

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



كِتَابُ الرِّهْرِ

مِنْ تَقَرِّراتِ الْمُحَقِّقِ الْفَقِيهِ
الْمِيرزا جَبِّبِ اللَّهِ الرَّشْتِيِّ
الْمُتَوَفَّى سَنَهُ ١٣١٢ هـ

تَأْلِيفُ

الْمُحَقِّقِ السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ باقرِ الْقَرْوَنِيِّ
الْمُتَوَفَّى سَنَهُ ١٣٣٨ هـ

تَحْقِيقُ

السَّيِّدِ عَلِيِّ الْعَلَوِيِّ الْقَرْوَنِيِّ

مُرَاجَعَةُ

مَرْكَزِ الشَّيْخِ الطُّوسِيِّ فَدَّيْهِ لِلدِّرَاسَاتِ وَالتَّحْقِيقِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة المركز

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين المعصومين، واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين.

وبعد، فمن الواضح أنّ علم الفقه ومعرفة الحلال والحرام من أهمّ الأمور بعد معرفة الله وتحصيل المعارف العقائديّة، حيث إنّ التفقه في الدين من مقدّمات امتثال أوامر الله واجتناب نواهيه والتقرب إلى ساحة معرفته وتعظيمه، وبه انتظام شؤون الخليقة على الصعيد الفردي والاجتماعي، ولذا عُني به أعلام الإماميّة (أعلى الله كلمتهم) تعليماً وتدويناً.

وقد تعارف تقسيم الفقه إلى قسمين: عبادات ومعاملات، وكان مزيد الاهتمام بفقه المعاملات قد تكثّف وتعمّق ببركة الجهود العلميّة الفذة التي قام بها الشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصاري (ت ١٢٨١هـ)، وهذا كتابه المكاسب شاهد صدق على ما نروم الإشارة إليه، فلذا كانت كلماته ﷺ في هذا الكتاب محور التدقيق والتعليق في الأبحاث العالية للأساطين من أعلام تلامذته ومن جاء بعدهم.

وكانت بعض أبواب فقه المعاملات - كأبواب الإجارة والرهن والمضاربة

والضمان - تتشاطر الأهمية مع باب البيع والخيارات؛ لما فيها من حلول لمشاكل المكلّفين ووقوع مسائلها موقع حاجتهم، ومن ثمّ كانت محور البحث عند الفقهاء على مرّ العصور، هذا مضافاً إلى أنّ القواعد الفقهية الجارية في باب البيع قد لا تجري في غيره من أبواب المعاملات، فلا محيص من بحثها بشكل مستقلّ وتنقيح قواعدها الخاصّة.

إلا أنّ ما وصلنا من مصنّفات الأعلام في باب الرهن والمضاربة والضمان ونحوه قليلٌ بالمقارنة مع الواصل منهم في باب البيع والخيارات، وعلى الرغم من ذلك فقد وصلنا من حقبة الشيخ الأعظم وتلامذته (قدّس سرهم) مبحث الرهن من كتاب مصباح الفقيه شرحاً على شرائع الإسلام للفقيه المحقّق الأغا رضا الهمدانيّ (ت ١٣٢٢هـ) الذي يعدّ من الطبقة الأخيرة من تلامذة الشيخ الأعظم؛ حيث تتلمذ على المجدّد الشيرازي بعد وفاة شيخهما الأنصاريّ (رضوان الله عليهم).

ومّا وصلنا من نتاج تلك الحقبة تقرير بحث كتاب الرهن للفقيه المحقّق الميرزا حبيب الله الرشتيّ (ت ١٣١٢هـ) - الذي هو من الرعيل الأول لتلامذة الشيخ الأعظم الأنصاريّ -؛ حيث باحث وكتب في كثير من مباحث فقه المعاملات، كالمتاجر والخيارات والإجارة والغصب والرهن، وطبع منها أخيراً كتاب (الغصب) من كتابه الكبير (الالتقاط)، كما طبع سابقاً تقارير بحوثه في مباحث البيع والخيارات بقلم السيّد محمّد كاظم الخلخالي (ت ١٣٣٦هـ).

ويُتّصف هذا التقرير لبحث كتاب الرهن بأنّه شرح على شرائع الإسلام، بصورة (قوله) (أقول)، وليس شرحاً مزجياً كما في غيره من شروح الشرائع،

كشرح المحقق الهمداني والشيخ محمد حسن النجفي صاحب الجواهر (ت ١٢٦٦هـ)، ولكلا نحوي الشرح ميزاتة التي لا تخفى.

والمقرر لبحثه في كتاب الرهن هو السيد محمد باقر بن السيد علي القزويني (ت ١٣٣٨هـ) الذي يعدّ أحد أعلام تلامذته، فقد كان شديد الاهتمام بتدوين أبحاث أستاذه ودروسه.

وقد بادر حفيد المقرر فضيلة السيد علي العلوي القزويني بتحقيق هذا التقرير وقدمه لمركز الشيخ الطوسي للدراسات والتحقيق، فجزاه الله خيراً على ما بذله من جهود في تحقيق الكتاب.

وكان دور المركز مراجعة الكتاب علمياً وإبداء الملاحظات للمحقق الكريم، والذي عمل ببعضها، وأوكل إكمال البقية للمركز، فقام الإخوة المحققون في المركز بالمهمة جزاهم الله خيراً.

وأخيراً لا ننسى شكر وتقدير المحققين في مركز الشيخ الطوسي للدراسات والتحقيق على ما بذلوه من جهود علمية وفنية ليخرج الكتاب بهذه الحلة، وأخص بالذكر:

الشيخ أمير النيشابوري، والميرزا علي الخليلي، والشيخ مؤمن شرارة، والشيخ محمد الزين والشيخ وسام الخاقاني على ما بذلوه من جهود في تخرج ما فات المحقق الكريم، فجزاهم الله خيراً.

وختاماً نسأل الله سبحانه وتعالى أن يتقبّل منا هذا العمل، ويجعله في ميزان حسناتنا يوم لا ينفع مال ولا بنون، وأن ينال رضا إمامنا الغائب عن الأنظار

والمطلع على الأعمال الحجة ابن الحسن عجل الله تعالى فرجه، والحمد لله أولاً
وآخرأً، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله
الطيبين الطاهرين.

مركز الشيخ الطوسي قنطرة للدراسات والتحقيق
١٤ شهر ذي الحجة ١٤٤٢ للهجرة
النجف الأشرف

مقدمة التحقيق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنْ مَقْبُوضَةً﴾^(١)

مقدمة التحقيق

قد اهتمت الشريعة المقدسة الإسلامية اهتماماً بالغاً بحفظ حقوق الناس، وتنظيم العلاقات المالية والاقتصادية للمجتمع من خلال تشريع العقود والمعاملات المشروعة المقررة، على وجه يحد من حصول المنازعات والخلافات المفضية إلى الفساد واختلال النظام العام، وأكدت على لزوم التزام الناس بما تعاقدوا عليه، ومن هنا جاء الأمر في القرآن الكريم بلزوم الوفاء بالعقود والالتزامات، كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢).

ومنها عقد الرهن الذي شرع لأجل المحافظة على حقوق الدائنين، وهو من أهم الضمانات التي يلجأ إليها الدائن المرتهن لضمان حقه، لأن أموال المدين من المنقولة وغيرها تعتبر ضماناً عاماً للدائنين مقابل دينهم في حالة عدم وفاء المدين به.

ولكن قد يطرأ على الضمان العام بعض الطوارئ المؤدية إلى نقصانه أو تلفه بسبب إهمال المدين أو تعرضه لخسارة أو إعسار أو إفلاس، أو خشية إقدامه

(١) سورة البقرة: ٢٨٣.

(٢) سورة المائدة: ١.

على إجراء تصرّفات في أمواله بغية إلحاق الضرر بالدائنين ونحوها من التصرفات.

وقد أدّى هذا الوضع إلى نشوء وتطوّر نوع خاصّ من الضمان كسلطة أو حقّ للدائن على نوع معيّن من أموال المدين، بحيث يمنع المدين من التصرف في مالٍ معيّن من أمواله، ويكفل هذا الضمان الخاصّ تسديد الدين منه، ويعطي للدائن حقّ التقدّم على كافّة الدائنين الآخرين لاستيفاء دينه منه، وحقّ تتبّع هذا المال تحت أيّ يد تكون عليه، وبذلك يتسنى للدائن استيفاء حقّه في حالة عدم وفاء المدين بالدين في وقت الاستحقاق.

ويسمّى هذا الضمان الخاصّ بالرهن أو التأمين، ويعدّ من الحقوق العينية التبعية في الحياة العلمية المعاصرة.

ومن أجل هذا يعدّ عقد الرهن في العصر الحاضر من أهمّ عقود التوثيق، وله دورٌ هامّ في ترويج النشاطات المالية وتحقيق التنمية الاقتصادية للبلاد، إذ به تتحقّق مصلحة المدين الراهن بتيسير حصوله على ما يحتاج إليه من قروض أو بيع وشراء، ويغنيه الرهن عن بيع أمواله بأبخس الأثمان نظراً للحاجة إلى المال، وفي نفس الوقت يحقّق مصلحة الدائن المرتهن لما يوفّره له من الاطمئنان على أمواله ويشجّعه على إقراضها، بالإضافة إلى ما فيه من التعريف بين أصحاب رؤوس الأموال وبين الآخرين، وتقوية الألفة والتعاون بين أفراد المجتمع.

وقد اعتنى فقهاؤنا الكرام - قدس الله أسرارهم - في كتبهم الفقهية منذ القرون الماضية ببيان الأحكام المتعلقة به شرحاً وتعليقاً وتأليفاً، وألفت في الأزمنة المتأخّرة كتب ورسائل عديدة حول الرهن، وفي طليعتها كتاب الرهن

للمحقق الحاج آقا رضا الهمداني رحمته الله (المتوفى ١٣٢٢ هـ)، ولكن - مع الأسف - لم يُطبع من تلك الكتب والرسائل إلا القليل، مع الحاجة الماسة في العصر الحاضر إلى وجود المصادر الفقهية المختصة بهذا الموضوع.

ومن جملة تلك الرسائل الثمينة التي بقيت مخطوطةً مهجورةً في زوايا المكتبات؛ الرسالة الماثلة بين يديك، والتي دبّجها يراع العالم الفقيه الحجة السيد محمد باقر الموسوي القزويني رحمته الله (المتوفى ١٣٣٨ هـ)، وهو نجل الفقيه الأصولي العلامة السيد علي الموسوي القزويني رحمته الله (المتوفى ١٢٩٨ هـ)، وقد دوّن بها تقريراً لأبحاث أستاذه العلامة الفقيه الأصولي الميرزا حبيب الله الرشتي رحمته الله (المتوفى ١٣١٢ هـ).

وقد شملتني الألفاظ الإلهية والعنايات الربّانية بتحقيقها وتنميقها في أيام انتشار الوباء العامّ العالمي المسمّى بفيروس «كورونا» التي أصابت حتّى الآن طبقاً للتقارير الرسمية العالمية نحو مئة مليون من الناس، وأدّى إلى وفاة أكثر من مليوني نسمة في أنحاء العالم، أعوذ بالله من سخطه وعذابه، لاجئاً إلى رحمته وغفرانه.

ولا بأس قبل التعريف بالكتاب ومؤلفه، بإشارة إجمالية إلى حياة المحقق الرشتي رحمته الله الذي كانت هذه الرسالة من نتائج أبحاث أفكاره القدسية وآرائه القيّمة، رغم غناه رحمته الله عن التعريف.

حياة المحقق الميرزا حبيب الله الرشتي رحمته الله

أولاً: اسمه ونسبه:

هو الشيخ حبيب الله ابن الميرزا محمد علي خان بن إسماعيل خان بن جهانگیر خان القوچاني الرانكويي الكيلاني المعروف بالميرزا الرشتي.

ثانياً: والده:

الميرزا محمد علي خان، قال عنه الشيخ آقا بزرك الطهراني رحمته الله في طبقات أعلام الشيعة: «من أعظم الملاكين، وأعيان المتمكنين، ومن العرفاء الصلحاء، وأهل الباطن والصفاء، وقد رأى في ولده هذا منامات صادقة قبل ولادته وبعدها تشعر بأنه يصير عالماً»^(١).

ثالثاً: ولادته:

ولد سنة (١٢٣٤ هـ) بمدينة رشت في إيران.

رابعاً: دراسته وتدريسه:

بدأ بدراسة العلوم الدينية في مسقط رأسه، ثم سافر إلى قزوین سنة (١٢٥٢ هـ) لإكمال دراسته الحوزوية، ثم سافر إلى النجف الأشرف سنة

(١) طبقات أعلام الشيعة ١٣: ٣٥٧ رقم ٧١٨

(١٢٥٩هـ) لإكمال دراسته الحوزويّة العليا، واستقرّ بها حتّى وافاه الأجل، مشغولاً بالتدريس والتأليف وأداء واجباته الدينيّة .

قال الشيخ آقا بزرك الطهراني رحمته الله: «وقد انتهى إليه أمر التدريس بعد وفاة أستاذه العلامة الشيخ مرتضى الأنصاري رحمته الله (المتوفّى ١٢٦٦ هـ)، وكان حَضَّار بحثه يعدّون بالمئات، وأكثرهم من شيوخ العلماء وأفاضل الفقهاء والمجتهدين، ولم يكن في زمانه أرقى منه تدريساً وأكثر نفعاً»^(١)

خامساً: أساتذته

١. الشيخ محمد حسن النجفي المعروف بصاحب الجواهر (المتوفّى ١٢٦٦ هـ).
٢. الشيخ مرتضى الأنصاري (المتوفّى ١٢٨١ هـ).
٣. الشيخ عبد الكريم الأيرواني (كان حيّاً حدود ١١٣٠ هـ).

سادساً: تلامذته

قد تخرّج من درسه المئات من الفقهاء والمجتهدين، ومن جملتهم:

١. الشيخ فتح الله الإصفهاني المعروف بشيخ الشريعة (المتوفّى ١٣٣٩ هـ).
٢. الميرزا محمد القمي المعروف بالأرباب (المتوفّى ١٣٤١ هـ).
٣. السيّد علي الداماد النجفي (المتوفّى ١٣٣٦ هـ).
٤. السيّد أبو القاسم الأشكوريّ الجيلانيّ (المتوفّى ١٣٢٥ هـ).
٥. السيّد أسدالله الأشكوريّ (المتوفّى ١٣٣٣ هـ).

- ٦ . السيد إسماعيل السبزواري الإصفهاني (المتوفى ١٣٢٢ هـ) .
- ٧ . الشيخ شعبان الجيلاني (المتوفى ١٣٤٨ هـ) .
- ٨ . السيد أبو تراب الخونساري (المتوفى ١٣٤٦ هـ) .
- ٩ . الشيخ أبو الفضل الطهراني (المتوفى ١٣١٦ هـ) .
- ١٠ . السيد أبو القاسم الدهكردی (المتوفى ١٣٥٣ هـ) .
- ١١ . السيد أحمد الخسرو شاهي (المتوفى حدود ١٣٢٦ هـ) .
- ١٢ . الشيخ أبو الفضل الرشتي (المتوفى حدود ١٣١٦ هـ) .
- ١٣ . السيد حبيب الله الخوئي (المتوفى ١٣٢٤ هـ) .
- ١٤ . الشيخ إسحاق الزنجاني (المتوفى ١٣٥٧ هـ) .
- ١٥ . السيد أحمد العراقي (المتوفى ١٣٥٦ هـ) .
- ١٦ . السيد أحمد الرشتي (المتوفى ١٣٣٦ هـ) .
- ١٧ . الشيخ عبد الكريم الجزبي (المتوفى ١٣٣٩ هـ) .
- ١٨ . الشيخ عبد الله المازندراني (المتوفى ١٣٣٠ هـ) .
- ١٩ . السيد محمد باقر القاضي الطباطبائي (المتوفى ١٣٦٦ هـ) .
- ٢٠ . الشيخ علي أكبر النهاوندي (المتوفى ١٣١٠ هـ) .
- ٢١ . الشيخ إسماعيل المحلاتي (المتوفى ١٣٤٣ هـ) .
- ٢٢ . السيد صادق القمي (المتوفى ١٣٣٨ هـ) .
- ٢٣ . السيد عدنان الغريفي (المتوفى ١٣٤٠ هـ) .

٢٤ . السيّد محمد باقر القزويني (المتوفى ١٣٣٨ هـ) .

سابعاً: أقوال العلماء فيه

قال تلميذه السيّد حسن الصدر رحمته الله في تكملة أمل الآمل: «أستاذي وأستاذ علماء العصر، محقق مدقق، مؤسس في الأصول، نابغ في الفروع، وحيد عصره في أبحار الأفكار، لم أر أشدّ فكراً منه، وأحسن منه تحقيقاً، وكان متورّعاً في الفتوى، شديد الاحتياط، دائم العبادة، مواظباً على السنن، كثير الصلاة، كثير الصمت، يدأب في العبادة حتّى في السفر»^(١).

قال تلميذه الشيخ حرز الدين رحمته الله في معارف الرجال: «عالم محقق، وأصولي قدير مدقق، وإنه في أصول المتأخرين فيلسوف معاصريه، وكان مدرّساً بارعاً، امتاز بدقّة خاصّة في التدريس»^(٢).

قال السيّد الأمين رحمته الله في أعيان الشيعة: «وكان المترجم أستاذ علماء عصره، فقيهاً أصولياً محققاً، مؤسساً في الأصول، وحيد عصره في أبحار الأفكار، لم ير أشدّ فكراً منه وأحسن تحقيقاً»^(٣).

قال الشيخ آقا بزرك الطهراني رحمته الله في طبقات أعلام الشيعة: «عالم مؤسس، ومحقق مدقق، من أكابر علماء عصره، وأساتذة فقهاء أوانه المشاهير»^(٤).

قال السيّد الأصفهاني الكاظمي رحمته الله في أحسن الوديعه: «كان عالماً فاضلاً،

(١) تكملة أمل الآمل ٢: ٣١٠ رقم ٣١٤.

(٢) معارف الرجال ١: ٢٠٤ رقم ٩٥.

(٣) أعيان الشيعة ٤: ٥٥٩.

(٤) طبقات أعلام الشيعة ١٣: ٣٥٧ رقم ٧١٨.

وزاهداً عابداً، ومحققاً مدققاً، وفقهياً نبيلاً، ومجتهداً جليلاً... وبالجملة فقد كان رحمته الله آية في الدقة، وحسن النظر والتحقيق، أعجوبة في تفریع الفروع على الأصول، ولعمري كان عديم النظير في زمانه في مصره، وفاقد البديل في أوانه»^(١).

قال الشيخ محمد هادي الأميني رحمته الله في معجم رجال الفكر والأدب في النجف: «من كبار الفقهاء الأصوليين، وشيوخ الفقه والأصول، مجتهد عالم محقق مدقق زعيم علمي، من أكابر علماء عصره، وأساتذة فقهاء زمانه»^(٢).

ثامناً: صفاته وأخلاقه

قال الشيخ آقا بزرك الطهراني رحمته الله في طبقات أعلام الشيعة: «وأما ورعه ونسكه وزهده، فهو ما لا يحده القلم، ولا يصفه البنان، فقد كان في غاية الورع والتقوى والزهد عن حطام الدنيا، وكان سليم الذات، صافي النية، بسيطاً للغاية، أعرض عن الرئاسة كل الإعراض»^(٣).

تاسعاً: أولاده

١. الشيخ إسحاق، قال عنه الشيخ حرز الدين رحمته الله في معارف الرجال: «عُرف بالفضل والتقوى والصلاح... وكان ممدوحاً بطيب النفس، والأخلاق الفاضلة، وضيافة من يفد عليه من أهل الفضل والعلم والزائرين»^(٤).

(١) أحسن الودیعة ١: ١٣٤ رقم ٤٨.

(٢) معجم رجال الفكر والأدب: ٥٩٦/٢.

(٣) طبقات أعلام الشيعة ١٣: ٣٥٧ رقم ٧١٨.

(٤) معارف الرجال ١/ ٢٠٤ رقم ٩٥.

٢. الشيخ إسماعيل، قال عنه الشيخ آقا بزرك الطهراني رحمته الله في طبقات أعلام الشيعة: «العالم الفاضل الجليل»^(١).

عاشراً: مؤلفاته

كتاب القضاء والشهادات (مجلّدان)، كتاب الطهارة (مجلّدان)، بدائع الأفكار في الأصول، كتاب الوقف والصدقات، كتاب صلاة المسافر، كتاب خلل الصلاة، كتاب الغضب، كتاب الإجارة، كتاب الزكاة، كتاب التجارة، الالتقاط في الفقه، رسالة في اجتماع الأمر والنهي، رسالة في المشتق، رسالة في اللباس المشكوك، رسالة في مقدّمة الواجب، رسالة في الاجزاء، رسالة في المفهوم والمنطوق، رسالة في التعادل والتراجيح، حاشية على تفسير الجلالين.
ومن مؤلفاته باللغة الفارسيّة:

الإمامة، كاشف الظلام في علم الكلام.

الحادي عشر: تقارير درسه

فقه الإماميّة (قسم البيع والخيارات) بقلم السيّد محمد كاظم الخليلي (١٣٣٦هـ).

التقاريرات للحاج الميرزا باقر بن ميرزا محمّد علي القاضي الطباطبائيّ التبريزيّ (المولود ١٢٨٥) له: حاشية الرسائل، وحاشية الفصول من تقاريرات أساتيده الميرزا الرشتي وغيره من الأعلام.

(١) طبقات أعلام الشيعة ١٣ / ٣٥٧ رقم ٧١٨.

حاشية المكاسب في البيع والخيارات من تقارير درس المحقق
الرشتي، وكتاب الوقف والرهن، والزكاة بقلم السيّد محمد باقر القزويني
(المتوفى ١٣٣٨ هـ).

وغيرها مما لسنّا بصدد حصره وعدّه.

الثاني عشر: وفاته

تُوفيَ ﷺ في الرابع عشر من جمادى الآخرة ١٣١٢ هـ بالنجف الأشرف،
ودُفن في الصحن الحيدري لأمير المؤمنين عليه السلام .

وقد أرّخ وفاته السيّد جعفر الحلي:

بكته الملة الغرافارخ بكي لحيها الشرع الشريف

حياة المؤلف السيّد محمد باقر القزويني^{رحمته الله}

أولاً: اسمه ولقبه

هو الفقيه المحقق والأصولي المدقق العلامة السيّد محمد باقر الموسويّ القزويني (المتوفى ١٣٣٨ هـ) نجل العلامة الفقيه الأصولي السيّد علي الموسويّ القزويني صاحب حاشيتي المعالم والقوانين وغيرهما (المتوفى ١٢٩٨ هـ)، عالم، فاضل، فقيه أصولي.

ثانياً: مولده

وُلد في أرض الغريّ في (حدود سنة ١٢٥٥ هـ) في بيت العلم والفضل والنجابة وترعرع في أحضان الفضل والتقوى، وعاش فيها برهةً من أيامه مشغلاً بتكميل الفضائل العلميّة والعملية، وأدرك جمعاً من الأعظم الكرام وأبطال العلم والفقاهة مستفيداً من أنوار علومهم وبركات أنفاسهم حتّى صار من المجتهدين والمحقّقين العظام.

ثالثاً: والده

هو المولى الأعظم الأكمل، درّة صدف الشرف، وغرّة وجه السلف، كاشف غوامض أسرار الأصول، الفقيه الأصولي، وحيد عصره وفريد دهره، العلامة السيّد علي بن اسماعيل الموسوي القزويني أعلى الله مقامه ورفع في الخلد

أعلامه (المتوفى سنة ١٢٩٨ هـ) صاحب الحاشية على المعالم والقوانين ومؤلفات قيّمة أخرى .

وقد أشبعنا الكلام بما لا مزيد عليه حول حياته وآثاره العلميّة في مقدّمة «تعليقة على معالم الأصول» وكتابه الكبير الموسوم بـ «ينابيع الأحكام في معرفة الحلال والحرام» المطبوعة بقم، وكذا رسالته الفارسيّة الموسومة بـ «سؤال وجواب» من منشورات جامعة طهران، ومن أراد الاطلاع على تفاصيل حياته - حسب ما وصل إلينا - فعليه بمراجعتها، ولا سيّما المقدّمة المبسوطة التي كتبناها على رسالة (سؤال وجواب)، ولكن لا بأس هنا أن نشير إلى المستخلص منها تيمناً وتبرّكاً، ورجاءً لنزول الرحمة كما عن النبي ﷺ: «عند ذكر الصالحين تنزل الرحمة»^(١).

فقد كان مولده الشريف في شهر ربيع المولود سنة (١٢٣٧ هـ) في مدينة قزوین، وهو ابن أخت العلّامة السيّد رضيّ الدين القزوينيّ (المتوفى بعد ٢٧ ربيع الثاني سنة ١٢٦٧ هـ) وكانت أمّه من أرحام الفقيه الأصوليّ الكبير السيّد ابراهيم الموسويّ القزوينيّ صاحب ضوابط الأصول (المتوفى سنة ١٢٦٢ هـ)، وقد مات أبوه في صغر سنّه وقبل أن يبلغ الحُلُم، وعاش في كنف خاله العلّامة السيّد رضيّ الدين القزوينيّ - المتقدّم ذكره - عيشة تعزّز ونعمة، وقد دأب خاله العلّامة على تربيته تربية علميّة صالحة، ومهدّ له السبيل إلى تحصيل العلم، فظهرت معالم النبوغ الفطري على هذا الطفل المؤمل من أوائل أمره، حتّى فرغ من تحصيل مقدّمات العلوم في حداثة سنّه وبداية أمره.

ثمّ هاجر في طلب العلم وتكميل مباني الفقه والاجتهاد إلى حائر الحسين عليه السلام في شهر شعبان المعظم سنة (١٢٦٢ هـ)، ثمّ هاجر إلى أرض الغريّ الأقدس النجف الأشرف لائذاً بمنبع العلم والفضيلة مولى الموحّدين أمير المؤمنين - عليه آلاف التحيّة والثناء - واستضاء من أنوار علوم أساتذة كبار وفي طليعتهم:

١ - شيخ المشايخ أستاذ الفقهاء والمجتهدين الشيخ محمد حسن النجفي رحمته الله (المتوفّى ١٢٦٦ هـ).

٢ - قدوة المحقّقين وفخر المجتهدين، نادرة الدهر وأعجوبة العصر الشيخ مرتضى الأنصاري (المتوفّى ١٢٨١ هـ)

حتّى نال في الفقه والأصول الرتبة العليا، ثم عاد إلى وطنه، وانتهت إليه الرئاسة، وتأهّل للتدريس والفتيا، وله تأليفات كثيرة؛ من أشهرها:

(١) الحاشية على قوانين الأصول: وهو الكتاب الذي نال به مؤلّفه شهرته الخالدة في علم الأصول حتّى صار يعرف المؤلف بالمؤلف ويوصف بـ «صاحب الحاشية على القوانين». وهي من أشهر حواشي القوانين وأحسنها تنقيحاً وأجودها توضيحاً وأمتنها تعبيراً وتحريراً.

(٢) تعلية على معالم الأصول: وهذا السفر الجليل أكبر تعلية علّقت على المعالم فيما نعلم، وقد قامت مؤسسة النشر الإسلامي بقم المقدّسة بطبعها ونشرها في سبع مجلّدات كبار.

(٣) ينابيع الأحكام في معرفة الحلال والحرام: وهذا التراث الفقهي الثمين يشتمل على خمس مجلّدات كبار، وقد طبعتها مؤسسة النشر الإسلامي بقم المقدّسة.

وله غيرها من المؤلفات التي ذكرنا تفاصيلها في مقدمة تعليقه على معالم الأصول، ونتركها هنا خوفاً عن التطويل.

وقد لبى نداء ربّه في يوم الثلاثاء لأربع مضيّن من شهر محرّم الحرام سنة (١٢٩٨ هـ) وبعد ساعتين من النهار في مدينة قزوين، وحمل جثمانه الشريف إلى حائر الحسين عليه السلام ودفن في الصحن الصغير في بقعة فيها مضجع السيّد ابراهيم القزويني صاحب ضوابط الأصول وخاليه السيّد تقّيّ والسيّد رضيّ الدين القزويني قدس الله أسرارهم.

رابعاً: مشايخه

ترعرع رحمته الله في بيت الشرف والعلم والسيادة، وتلمذ عند كبار من جهابذة العلم والتقى، ومنهم:

١ - والده العلامة السيّد علي بن اسماعيل الموسوي القزويني (المتوفّى ١٢٩٨ هـ).

٢ - الفقيه المحقق والأصوليّ المدقّق الحاج ميرزا حبيب الله الرشتي (المتوفّى ١٣١٢ هـ)، وقد كتب سيّدنا الجدّ تقارير دروسه في البيع والوقف والرهن كما سيأتي إن شاء الله.

٣ - الفقيه المحقق الشيخ محمّد حسن بن عبدالله المامقاني (المتوفّى ١٣٢٣ هـ . ق) صاحب «بشرى الوصول إلى أسرار علم الأصول» وقد علّق عليها سيّدنا المترجم له تعاليق مبسّطة كما يأتي إن شاء الله.

وكان رحمته الله مجازاً من قبل بعض أعظم الطائفة المحقّقة في التصديّ للأمر

الراجعة إلى الحاكم الشرعي، ومن الذين أجازوه في التحقيق والاستنباط والتصدي للأمر الحسيني آية الله العظمى والحجة الكبرى، السيد السند، أستاذ نقباء البشر، والعقل الحادي عشر، المجدد للدين في رأس القرن الثالث عشر الحاج الميرزا محمد حسن الشيرازي (المتوفى ١٣١٢ هـ)، ومنهم العلامة المحقق الميرزا محمد المشتهر بالفاضل الشرباني (المتوفى ١٣٢٢ هـ)، وستأتي صورة إجازتهما في ختام هذا المقال إن شاء الله.

خامساً: هجرته

وبعد ما حاز قسطاً وافراً من العلم والفضل هاجر إلى مولد والده بلدة قزوین، واجتمع حوله فضلاء البلد واقتبس جماعة كثيرة من أنوار علومه ورشحات بدائع أفكاره، ولذلك فقد استغرقت أوقاته بالتدريس والتأليف ونشر علوم سيد المرسلين، وتصدي لإقامة الجماعة في المسجد الذي بناه والده العلامة عليه السلام الواقع في ساحة سوق «السعادة» المعروف في هذه الأيام بمسجد «آقا سيد علي».

سادساً: أولاده

تزوج عليه السلام أولاً بالسيدة الجليلة خديجة بيگم بنت المرحوم السيد رضا، في يوم الأحد (عيد الأضحى) سنة (١٢٩٤ هـ)، ولم يرزق منها ولداً، ثم تزوج ثانية بالعفيفة الصالحة العلية العالية بنت الأمير أسدالله ميرزا، ابن إسحاق ميرزا، ابن الأمير علي نقی میرزا الملقب بـ «ركن الدولة» ابن السلطان فتح علي شاه القاجاري في اليوم التاسع من شهر جمادى الأولى سنة (١٣١٤ هـ)، ورزقه الله

تعالى منها ولدين صالحين هما: العالم الجليل والخبر النبيل آية الله السيّد علي المعروف بأقا بزرگ العلوي القزويني (المتوفى ١٣٩٤ هـ) والسيد حسين (المتوفى ١٤٠٩ هـ) وثلاث بنات.

وأما ولده الأكبر وهو العالم الجليل والفقير النبيل، آية الله السيّد علي العلوي القزويني المعروف بالحاج آقا بزرگ عليه السلام والذي كان من أجلة العلماء الصالحين، فقد ولد في سنة (١٢٨١ هـ) في بيت العلم والشرف والتقوى، وأكمل المقدمات والسطوح في قزوين ثم هاجر إلى مدينة قم، والتحق بمجلس آية الله الشيخ عبدالكريم الحائري (المتوفى ١٣٥٥ هـ).

وبعد ما نال رتبة الاجتهاد رجع إلى موطنه قزوين وتصدى للتدريس فقهاً وأصولاً في بيته، وكان يقيم الجماعة ظهراً في مسجد السلطاني الذي يسمّى اليوم بـ«مسجد النبي» وعشاءً في مسجد محلة «شيشه گرها» الواقعة قرب بيته، ويعظ الناس في بعض المناسبات أيضاً، وكان لوعظه أثر بليغ في تهذيب النفوس وتقريبها إلى الله تعالى، فقد كان عليه السلام متّعظاً بما يعظ به وصائناً لنفسه عن بعض ما يفتخر به الناس، ومُعْرِضاً عن الدنيا وزخارفها الفانية وحافظاً لدينه بقوله وفعله، ولا يتعيّش من الوجوه الشرعية مطلقاً مع أنّه عليه السلام كان وكيلاً لمراجع التقليد آنذاك، كآية الله العظمى السيّد أبوالحسن الأصفهاني (المتوفى ١٣٦٥ هـ) وآية الله العظمى السيّد حسين الطباطبائي البروجردي (المتوفى ١٣٨٠ هـ) وآية الله العظمى السيّد محسن الحكيم (المتوفى ١٣٩٠ هـ) قدّس الله أسرارهم، ومجازاً عنهم في التصديّ للأمر الشرعيّ.

وكان من خصائصه البارزة شدة غيخته على الدين، والمبالغة في تعظيم

شعائره، والشدة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لا تأخذه فيه لومة لائم، فصار عظيماً بعناية من الله تعالى وذا مهابة في أعين الناس، حتى اجتمعت القلوب على حبه، وأقبلت عليه النفوس بتعظيمه وتكريمه.

وقد كان ﷺ يعاني من وجع القلب سنين متتالية من حياته الشريفة، واشتد عليه في الأواخر إلى أن اختار الله له دار الكرامة وانتقل إلى رحمة ربه، وكنت حاضراً عنده ليلة وفاته وهو في فراشه وأنا آنذاك في حادثة السنّ وبداية الأمر، وأمر بعض أهل بيته بإحضار أحد الخطباء لإقامة مجلس العزاء عنده لأبي عبدالله الحسين عليه السلام، وكان ينعى نفسه ببعض الإشارات .

وفي صبيحة تلك الليلة المصادف ليوم الجمعة (٢٠) صفر المظفر (يوم الأربعين) سنة (١٣٩٤ هـ) لبى دعوة ربه وفاضت روحه إلى بارئها في قزوین، وحزن عليه الجميع وشيّع تشييعاً عظيماً بالأعلام ورايات العزاء، ثم نقل جثمانه الشريف إلى بلدة قم ودفن في المقبرة المعروفة التي بنيت بأمر أستاذه المرحوم آية الله الشيخ عبدالكريم الحائري عليه السلام والمسماة اليوم بـ «قبرستان نو»، ثم أقيمت له العديد من الفواتح، ورثاه الحجة السيد مهدي الحائري الواصلي بالفارسية، فقال:

فغان وآه كه از آسمان دانش ودين

غروب كرد درخشنده كوكب قزوین

فقيه كامل عامل شجاع وزاهد وراد

خجسته خوي وشايل نكوي وماه جبين

سلیل ساقی کوثر که نسبتش (علوی) است

دعامة الشرع طود العلم حامی دین

زرحلتش همه مردم نشسته در غم و حزن

چو رفت طایر روحش بسوی خلد برین

زبوستان نیاکان گلی ربود فلک

که ارمغان برد آن را به خدمت شه دین

اگر نبود چنان پس به اربعین چون شد

روان او به جنان وتنش به زیر زمین

جوار حضرت معصومه شد بخاک نهان

مزار اوست محط رحال أهل یقین^(۱)

وقد أرسل المرجع الديني الأعلى آية الله العظمى الخوئي رحمته الله كتاباً إلى ولده
بمناسبة رحيل والده رحمته الله وعزّاه بقوله:

بسمه تعالى، جناب مستطاب ثقة الإسلام آقاي آقا سید جواد علوي
دامت تأييداته

بعرض میرساند، ان شاء الله تعالى در کمال صحت وعافیت مؤید
بوده وخواهید بود، خبر تأثر آور رحلت مرحوم حجة الاسلام والد طاب
ثراه را جناب حجة الاسلام والمسلمین آقاي سامت دامت تأييداته اعلام
نمودند و موجب تأثر گردید، امیدوارم خداوند عزّ وجلّ درجات آن

(۱) گنجینه دانشمندان ۶: ۱۶۵ - ۱۶۴.

مرحوم را متعالی وبا اجداد طاهرینش محشور فرماید وبه جنابعالی أجر جزیل وصبر جمیل عنایت فرماید، ودر زمره صابرین الذین إذا أصابهم مصیبة قالوا إنا لله وإنا إليه راجعون محسوب فرماید، ودر مواقع توجه ملتمس دعا می باشم امیدوارم از دعا فراموشتان ننمایم، والسلام علیکم ورحمة الله وبرکاته، فی ٥ ربيع الأول سنة ١٣٩٤، الخوئی.

وکتب والدي المرحوم رحمته الله فی جوابه بقوله:

بسمه تعالی

نجف أشرف

محضر مقدس حضرت آية الله العظمی آقاي حاج سيد ابوالقاسم

خوئي مد ظله العالی

بعرض عالی میرساند، مرقومه حضرت آية اللهی كه حاكي از مراتب تفقدات وعنايات مبذوله به اينجانب نسبت به رحلت مرحوم والد حجة الإسلام آقاي حاج آقا بزرگ علوي قزوینی بود موجب تسلي خاطر ومزيد تشكر وامتنان گردید، وأسأل الله تعالى أن يمنّ علينا وعلى الشيعة بطول بقائكم عظمة لفرقة الناجية وتقوية لشريعة النبوة واستفادة لأنوار علومكم الساطعة على بقاع الأرض بمنّه وكرمه وبوجه وليّه الإمام المنتظر عجل الله تعالى فرجه الشريف، العبد الملتمس من الله بقاءكم جواد الموسوي العلوي القزويني ١٥ جمادي الأولى سنة ١٣٩٤.

وقد بقي له تأليفات لم تطبع، وبعضها في المواعظ والإخلاق، ونسأل الله تعالى أن يوفقنا لطبعها إن شاء الله تعالى.

سابعاً: تأليفاته

بقيت منه رحمه الله تأليفات أنيقة وحواشٍ كثيرة في الفقه والأصول والكلام بخطّ يده رحمه الله، ومن المأسوف عليه أنّها لم تطبع إلى الآن، ولم تذكر أساميها في الفهارس، ونسأل الله تعالى أن يوفّقنا لطبعها ونشرها إن شاء الله تعالى، وهي:

(١) التعليقة على فرائد الأصول: والموجود منها بخطّ يده رحمه الله منحصر في مجلّدين، يبدأ المجلّد الأوّل - حسب تجزئة المؤلّف - من أوّل مبحث أصالة البراءة إلى الشبهة الغير المحصورة، والمجلّد الثاني من الشبهة الغير المحصورة إلى المسألة الثالثة من تنبيهات الأقلّ والأكثر في ذكر الزيادة سهواً، ومن المأسوف عليه أنّ مباحث القطع والظنّ وكذا المسألة الثالثة في ذكر الزيادة السهويّة إلى آخر الكتاب مفقودة، وإنّا رغم فحوصنا الجادّ لم نحصل على مخطوطة كاملة من هذه التعليقة بيد المؤلّف رحمه الله ولعلّه ضاع بعضها مع مرور الأيام، وأمّا بالنسبة إلى تاريخ تأليفها فلم يكتب فيها تاريخ شروعه واختتامه، ولكن يبدو من بعض عباراته أنّ تأليفها كان في زمن حياة أستاذه المحقّق الرشتي رحمه الله يعني في (سنة ١٣١٢ هـ) أو قبلها، حيث عبّر عنه في التعليقة «ببعض الأساتيد زيد إفصاهم» أو «بعض الأساتيد سلّمه الله» وهكذا في موضعين من أوائل التعليقة، وأمّا ما بعدها فيعبّر عنه «ببعض الأساتيد رحمه الله» وبهذا يظهر أنّ تاريخ تأليف الكتاب كان في حوالي (سنة ١٣١٢ هـ)، والله العالم.

ومن الخصائص الممتازة لهذه التعليقة احتواؤها على كلّ ما يرتبط بشرح عبارات الكتاب وتوضيح مشكلاته بعباراتٍ مليحة وإشارات جميلة كافية، مستوفياً فيها لأكثر ما سطره على الفرائد من الحواشي القديمة والجديدة، بحيث يستغني بها الباحث عنها، كما قال رحمه الله في مفتاح الكتاب:

«يقول العبد الآثم الفقير المحتاج إلى رحمة ربّه الغنيّ محمد باقر ابن علي محمد الموسوي القزويني غفر الله لهما وحشرهما مع أجدادهما الطاهرين: إنّي لما فرغت عن تأليف الجزء الأوّل من الأجزاء المعلّقة على «فرائد الأصول» التي ألّفها الإمام الهمام علّم الوري نور الهدى شيخنا المرتضى قدّس الله روحه الشريف، أشرع في الجزء الثاني مستوفياً فيه كلّ ما يتعلّق بمسألة أصل البراءة التي في جملة الأصول العمليّة، ومتعرّضاً لكلّ ما يرتبط بشرح عباراته الشريفة وتوضيح كلماته المنيفة وتنقيح بياناته المليحة الصادرة عن ينابيع العلم والفضيلة، ولعلّ الناظر إلى ما سطرناه في هذه التعليقة أن ينتفع بها ويستفيد منها بالمنافع الكثيرة والفوائد العظيمة، لإحتوائها على ما اطّلت عليه ممّا احتواه أغلب ما سطرّوه على هذا الكتاب من الحواشي القديمة والجديدة واشتمالها على بعض كلماتٍ وتحقيقاتٍ انتخبتهما من بعض تقريرات مشايخنا الجليلة شكر الله تعالى مساعيهم الجميلة، ونسأل الله التوفيق والتأييد لإتمامها وإتمام ما يتلوها ممّا يتعلّق بسائر المسائل فإنّه وليّ التوفيق وبيده أزمة التأييد».

وقد شملتني بحمد الله تعالى الألفاظ الإلهيّة والعنايات الحسينيّة والعبّاسيّة - سلام الله عليهما - للقيام بتصحيحها وتنميقها ونشرها برعاية العتبة المقدّسة العباسيّة بكر بلاء المقدّسة إن شاء الله.

٢) طرائق الوصول في شرح معالم الأصول: وقد بقي عندنا منه أوراق قليلة بخطّ يده ﷺ، قال في مفتتح الكتاب: «بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله الذي وفقنا لتحصيل معالم الدين، ومهدّ لنا أصولاً وقواعد وقوانين، لتتوصّل بها إلى فهم أحكام شرعه المبين، ويّين لنا طرقاً نرتقي بها على مدارج الأحكام ومعارج

اليقين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء وصفوة المرسلين محمد سيّد الأوّلين والآخرين المبعوث رحمةً للعالمين، وعلى أهل بيته الأئمة المعصومين والهداة المهديّين عليهم أفضل صلاة المصلّين، صلاة دائمة بدوام السماوات والأرضين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

أمّا بعد: فيقول العبد الجاني الراجي عفو ربّه الغني محمد باقر بن عليّ محمد الموسوي القزويني عفى الله عن جرائمهما، إنّّي لمّا وجدت علم أصول الفقه بعد علم الكلام من أشرف العلوم قدراً وأعظمها خطراً، إذ به يحصل معرفة الحلال والحرام، وبه يتحقّق طريقة استنباط الأحكام، ومنه يتيسر بلوغ النفس إلى منتهى المقام، فطوبى لعبدٍ بذل بعد تحصيل المعارف الحقّة غاية جُهد في تحقيق مسائله، وصرف همّته في تنميق مطالبه وتدقيق دلائله، أحببت أن أنظر بحسن النظر في مبادئه ومبانيه رجاءً للوصول إلى كنوز معارفه والبلوغ إلى بحور معالمه، فبالغت في تسويد أوراقٍ تحتوي على مهمّات المسائل مع ما فيها من تحرير المطالب وتقرير الدلائل، لتكون تذكّرةً لي عند الحاجة وتبصرةً لمن أراد الانتفاع به من طالبي هذه الصناعة، إلّا أنّي لقصور الباع وقلة المتاع وتشتّت البال واختلال الأحوال وعظيم الخطب في هذا المقال لم أجترئ عليه، بل كنت أقدم رجلاً وأؤخّر أخرى حتّى أمرني بعض من لم يسعني مخالفته من أجلاء الأصحاب، والتمسني به جماعة من أذكى الطلاب، ورأيت أن كتاب «معالم الأصول» الذي ألفه الشيخ المحقّق والفاضل المدقّق الشيخ حسن بن الشيخ زين الدين قدّس سرهما من أحسن ما ألف في هذا الفنّ جمعاً، وأعظم ما صنّف فيه نفعاً، فألّمت أن أعلّق عليه تعليقةً لطيفة وأجعلها جاريةً لها مجرى الحاشية،

وأضفت إليه مسائل تلقّيتها من الأساتيد الفحول، وقواعد حصّلتها من مراجعة الكتب المصنّفة في الأصول وسمّيتها بـ«بطرائق الوصول في شرح معالم الأصول» وجعلتها ذخراً ليوم فقري وفاقتي، وستراً بيني وبين موبقاتي، وأسأل الله التوفيق في إتمامها والانتفاع بها لنفسي ولكلّ من حاول الانتفاع من أصحاب الرفعة والاتباع، إنّه وليّ الحسنات وبيده أزمنة الخيرات، فهذا أنا أشرع في المقصود بعون الله الملك المعبود .

(٣) خزائن الأصول في شرح قوانين الأصول: الموجود منه بخطه عليه السلام أوراق متفرقة في مكتبتنا كذلك.

قال في أوّل الكتاب ما هذا لفظه: «بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله الذي عجز عن إدراك كنه ذاته مدارك الأوهام، وقصر من عدّ نعمائه ألسنة الأقلام، والصلاة والسلام على مشرع شرايع الإسلام ومقنّن قوانين الأحكام، ومبيّن طرق الحلال والحرام، محمّد المبعوث لإرشاد الخواصّ والعوامّ، وعلى آله وأولاده مفاتيح الحكم ومصاييح الظلام، واللعنة على أعدائهم وغاصبي حقوقهم إلى يوم القيام، أمّا بعد: فيقول أحوج عباد ربّه الغني محمّد باقر ابن محمّد علي الموسوي القزويني مسكناً وموطناً غفر الله ذنوبهما في يوم المساق حين التقت الساق بالساق، إنّ هذه فوائد لطيفة وعوائد شريفة علّقتهما على قوانين الأصول المشتهر بين الفحول، والرجو من الإخوان أن يتلقّوها بالقبول، فإن وقع منهم موقع الرضا فهو غاية المأمول، وسمّيتها بـ«بخزائن الأصول في شرح قوانين الأصول»، وأسئل الله التوفيق لإتمامها والانتفاع بها فإنّه خير مدعوّ و....» .

(٤) التحفة الرضيّة تعليقة على شرح الروضة البهية: فالموجود منها بخطّه أوراق من أوّل الطهارة إلى مباحث الكرّ. قال في خطبة الكتاب: «بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله الذي جعل لنا الفقه دليلاً على سبيل النجاة، وسبيلاً إلى نيل مراتب السعادات، وطريقاً إلى الارتقاء إلى درجات الجنّات، والصلاة والسلام على أشرف الأنام وأفضل البريّات محمّد المبعوث على كافّة من في الأرضين والسموات، وعلى آله وأولاده وأصحابه أفضل الصلوات وأكمل التحيّات، وبعد فيقول العبد المستغرق في بحار الجرايم والمناهي والمنهمك في بوادي الملاعب والملاهي محمّد باقر بن علي محمّد الموسوي القزويني عفى الله عنهما وغفر ذنوبهما إنّي لمّا حاسبت نفسي ونظرت إلى صحيفة أعمالي فوجدتها خالية عمّا أعيش به يوماً تهول فيه الأهوال ويذكرني به الإخوان عند المذاكرة والاشتغال، ف وقعت في ظلمات الفكر زماناً حتّى وقفت على حديثٍ رواه الصدوق عليه السلام في المجالس عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «المؤمن إذا مات وترك ورقةً عليها علم تكون تلك الورقة سترًا بينه وبين النار، وأعطاه الله بكلّ حرفٍ مكتوب عليها مدينةً أوسع من الدنيا سبع مراتب، وما من عبدٍ يقعد ساعةً عند العالم إلّا ناداه ربّه عزّ وجلّ: جلست إلى حبيبي وعزّتي وجلالي لأسكنك الجنّة ولا أبالي»^(١)، فتشوّقت بذلك إلى تأليف كتابٍ في العلوم الشرعيّة ليكون ذخيرةً لمعادي وسترًا بيني وبين موبقاتي، ورأيت من بين العلوم علم الفقه أحقّ بالتعظيم وأعمّ في استجلاب الثواب الجسيم لكونه كافلاً للأحكام الشرعيّة ومتحمّلاً للوظائف الدينيّة وبه يحصل السعادة الأبدية

(١) الأملاني، للصدوق، المجلس العاشر، ح ٣.

ويتخلص عن الشقاوة السرمديّة، ومن أجل ما صنّف في هذا العلم شأنًا وأكمل ما ألف فيه قدرًا وبرهانًا هو «الروضة البهيّة في شرح اللمعة الدمشقيّة»، ولعمري أنّها كتاب جليل الشأن، رفيع المكان، لم يُر مثله في كتب المتقدّمين، ولم يصل إلى عمقها أفكار المتأخّرين، ولذلك تداولها الفضلاء في جميع الأعصار والأمصّار، واشتهرت بينهم إشتهار الشمس في رابعة النهار، ولقد أكثر في التعليق عليها أصحابنا المتقدّمون، وخاض في مطالبتها علماؤنا المتأخّرون ومع ذلك لم يأتوا بشيء يبرز حقائقها من كمونها ويظهر دقائقها عن مكنونها، وإنّي مع اعترافي بالقصور في هذه الصناعة قد خطر ببالي أن أعلّق عليها ما لعلّه يكشف دقائقها ويوضح حقائقها، محتويًا على ما قرع سمعي من تحقيقات أساتيدي المهرة من المطالب العالية والمسائل المهمّة، ومشمّلاً على جملة من الأدلّة الشرعيّة المستدلّ بها عند الفقهاء، والأصول العمليّة المتداولة بين العلماء، ومشيرًا إلى ما هو الحقّ الراجح من بين أقوال الفضلاء في مظانّ المسائل المختلف فيها، وسمّيت هذه التعليقة «بالتحفة الرضيّة في شرح الروضة البهيّة» وألتمس من الإخوان والطلّاب أن ينظروا إليها بعين الإنصاف ويحتنبوا عن الجور والاعتساف، وأن يسرحوا نظرهم إلى ما قال لا إلى من قال، ويمنّوا عليّ بإصلاح الخلل ويتفضّلوا بالصفّح عمّا يروه من الزلل، فإنّي قد أوضحت عذري من القصور وقلة البضاعة، وأسأل الله التوفيق والعصمة وأستعيّنه للتأييد والمعرفة، وأستعيّذه من خطأ اللسان قبل خطأ الجنان، ومن زلّة القدم قبل زلّة القلم، وهو حسبي ونعم الوكيل، نعم المولى ونعم النصير، فها هنا أنا أشعر في المقصود بعون الله الملك المعبود...»

۵) مجمع المسائل: فی بیان مسائل مختلفه من الفقه والأصول والفلسفة وغيرها مع ذکر أدلتها وبراهینها. قال فی مفتتح الكتاب: «بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله الذي أنعم علينا نعمة الإسلام، وأرشدنا بلطفه إلى معرفة الأحكام، ووفقنا بكرمه على فهم أدلة الحلال والحرام، والصلاة والسلام على من اصطفاه من الأنام محمد وآله وأصحابه ما دامت الليالي والأیام، واللعنة على أعدائهم ومخالفیهم إلى يوم القيام.

أما بعد: چنین گوید أفقر السادات وأحوجهم إلى فضل ربّه الغني محمد باقر ابن محمد علي الموسوي القزويني الخویني عفی الله عنهما، که چون بعضی از أخلاء روحانی وجمعی از طلبه علوم ربّانی از این بی بضاعت خواہش نمودند که رساله بنویسم مشتمل بر جمله ای از مسائل علمیّه از فقه وأصول وغیرهما با ذکر أدلة وبراهین آنها به لسان فارسی به عنوان سؤال وجواب به جهت تسهیل فهم بر مبتدی ومنتهی، فلذا إجابةً لمسئولهم اقتصار نمودم به ذکر مسائلی که محلّ افکار علماء ومطرح أنظار فقهاء رضوان الله علیهم بودند با رعایت الأهمّ فالأهمّ به ذکر آن مسائلی که عامّة البلوی وکثیر الفوائد بودند به واسطه اشتغال آنها بر قواعد أصولیّة وتحقیقات مسموعة از مشایخ عظام کرام طیب الله ارواحهم، ومسمّی نمودم این رساله را به «مجمع المسائل»، امید است نفعش عام وفیضش تام، مطبوع طبع طالین علم بوده باشد، واز خلاق عالمیان جلّ ذکره وعمّ إحسانه طلب توفیق واستعانت بر إتمام این مرام من البدو إلى الختم می نمایم، إنّه خیر موقّق ومعین، ابتدا شروع می نمایم در ذکر بعضی از مسائل تقلید که غالب طلاب مکلف به آنها می باشند ومحلّ گفتگو وخلاف ما بین فقهاء واقع شده پس می گوئیم...».

٦) كتاب الوقف والرهن والإجارة: من تقارير شيخه الأستاذ الحاج ميرزا حبيب الله الرشتي (المتوفى ١٣١٢ هـ)، وقد كتب في ظهر الكتاب ما هذا لفظه: «هو المالك الحقيقي، هذا من جملة الكتب التي كتبتها بيدي وسيقتل مني إلى غيري، وأنا الأحقر محمد باقر الموسوي القزويني»، محلّ خاتمه الشريف.

وكتب في آخر كتاب الوقف: هذه آخر ما قررنا عند الأستاذ عليه السلام في باب الوقف، ويتلوه باب الإجارة إن شاء الله تعالى.

وقد كتب العالم الفقيه السيّد محمد الجزّمي عليه السلام (المتوفى ١٣٦٥ هـ) ابن أخت السيّد محمد باقر القزويني عليه السلام في هامش الصفحة الأولى من هذا الكتاب ما هذا لفظه: «از جمله كتب موقوفه مرحوم فردوس آرامگاه آقای آقا سيّد باقر است، وتوليت با دو نفر آقا زاده های ایشان است جنابان آقا سيّد على وآقا سيّد حسين، حرّره محمد الحسيني المدعوّ بجزّمي اي». محلّ خاتمه الشريف.

٧) بغية الطالب في شرح المكاسب: وهو من تقارير شيخه الأستاذ الحاج ميرزا حبيب الله الرشتي (المتوفى ١٣١٢ هـ) قد جمعها حين قراءته عنده في أرض الغري، من أول البيع إلى آخر الخيارات في ثلاثة أجزاء في مجلد واحد، وقد فرغ من الجزء الأول في سنة ١٣٠٧ ومن الجزء الثاني في شهر رمضان المبارك سنة ١٣٠٩ ولم يكتب تاريخ اختتام الجزء الثالث، وتمامه موجود عندنا بخطه عليه السلام.

وقد كتب في ظهر الكتاب بخطّ يده: هذه من جملة تقارير شيخنا الأستاذ العلامة الحاج الميرزا حبيب الله الرشتي قدّس الله روحه على مكاسب الشيخ مرتضى الأنصاري، قد جمعتها حين قرائتنا عنده في الأرض الغري، وأنا العبد

الراجي محمد باقر ابن علي محمد الموسوي القزويني الخوئي. محل خاتمه الشريف.

(٨) التعاليق المبسوطه على «بشرى الوصول إلى أسرار علم الأصول»: لأستاذه العلامة المحقق الشيخ محمد حسن بن عبدالله المامقاني (المتوفى ١٣٢٣هـ) في ثلاث مجلدات كبار، وقد كتب على ظهر الورقة الأولى من المجلد الخامس من بشرى الوصول ما هذا لفظه: «هذه هي تقارير شيخنا قد كتبها وحررتها لنفسي وستنقل مني إلى غيري وأنا العبد السيّد محمد باقر الموسوي. محل خاتمه الشريف».

وقد كتب ابن اخته العالم الفقيه السيّد محمد الجزّمي (المتوفى ١٣٦٥هـ) في هامش الصفحة الأولى من هذا الكتاب أيضاً ما هذا لفظه: «از جمله كتب موقوفه از ثلث مرحوم آقا سيّد باقر است حسب الوصية خود آن مرحوم، وتوليت با دو نفر آقا زاده های ایشان جنابان آقا سيّد علي وآقا سيّد حسين است، حرره محمد الحسيني المدعوّ بجزّمي اي في ١٦ شهر صفر ١٣٤٠هـ». محل خاتمه الشريف.

(٩) كتاب المياه في شرح شرايع الإسلام، وكتب في ختامه: ونحمد الله على إتمام باب المياه في ليلة السبت سابع عشر من شهر صفر المظفر من شهور سنة ثلاث مئة وخمس بعد الألف من الهجرة النبوية على هاجرها ألف سلام وتحيّة، بيد أحقر السادات وأحوجهم إلى فضل ربّه الكريم المدعوّ بمحمد باقر ابن علي محمد الموسوي القزويني الأصل والمسكن والوطن.

(١٠) كشكول: مجموعة فوائد في الفنون المتنوعة تشبه الكشكول في ثلاث

مجلدات، جمع فيها مطالب طريفة وعدّة من الرسائل النادرة الوجود من الأعلام والمشاهير في العلوم المختلفة من الفقه والأصول والفلسفة والعرفان وغيرها. وحرّي به أن يطبع ويخرج من زوايا الخمول والنسيان إلى الحوزات والملاّ العلمي إن شاء الله تعالى.

ثامناً: مستنسخاته

لما كانت الكتب المطبوعة في عصره رحمته عزيزة الوجود جداً مع شدة احتياج الأعلام إليها، أخذ رحمته في استنساخ بعض ما احتاج إليها بخطّ يده الشريفة، والموجود منها بخطّه رحمته في مكتبتنا ما يلي:

(١) بشرى الوصول إلى أسرار علم الأصول، لمؤلفه العلامة الفقيه الشيخ محمد حسن بن عبد الله المامقاني (المتوفّى ١٣٢٣ هـ)، في ثلاث مجلّدات كبار، وعليها حواشٍ مبسّطة لسيدنا الجدّ كما أشرنا إليها في قائمة تأليفاته، وقد أرّخ في آخر الجزء الثالث تاريخ كتابته بقوله: بيد أقلّ الخليفة بل لاشيء في الحقيقة العبد الآثم الجاني المدّعوّ بمحمد باقر ابن محمد علي القزويني غفر الله له ولوالديه في يوم الجزاء برحمته، وهذا هو يوم الجمعة الرابع من شهر شوال المكرّم من شهور ثلاث مائة وخمس بعد الألف من الهجرة النبويّة المصطفويّة على هاجرها ألف سلام وتحيّة.

(٢) مرشد الدلائل في شرح دقايق الرسائل، لمؤلفه أحمد بن الحسين النجفي (المتوفّى ١٣١٥ هـ)، وقد كتب في ظهرها: كتبها لنفسي وسينتقل منّي إلى غيري، وأنا العبد الأحقر محمد باقر الموسوي القزويني، محلّ خاتمه الشريف (عبد الراجي محمد باقر الموسوي).

(٣) **تقريبات الأصول:** وقد كتب في ظهر الكتاب: كتبتها لنفسي وسينتقل مني إلى غيري، محلّ خاتمه الشريف (محمد باقر الموسوي)، قد فرغ من تسويده وتحريره أقلّ السادات وأحقرهم محمد باقر ابن محمد على الموسوي القزويني، غفر الله عنهما وحشرهما مع أجدادهما الطاهرين في ليلة الخميس من ليالي شهر الربيع الثاني من سنة ثمانية وثلاث مئة بعد الألف من الهجرة النبوية المصطفوية على هاجرها ألف سلام وتحيّة في الأرض المقدّسة الغروية على ساكنها ألف صلاة وتحيّة، وعليها حواشٍ كثيرة من محرّره، محمد باقر الموسوي.

(٤) **بدايع الأفكار:** لمؤلفه الميرزا حبيب الله الرشتي (المتوفى ١٣١٢ هـ)، وقد كتب في ظهره: بسمه تعالى شأنه، قد كتبتها لنفسي وسينتقل مني إلى غيري وأنا الأحقر محمد باقر الموسوي، محلّ خاتمه الشريف (عبد محمد باقر القزويني).

(٥) **حاشية المكاسب:** لمؤلفه أحمد بن الحسين النجفي (المتوفى ١٣١٥ هـ)،

(٦) **جواهر العقول في شرح فرائد الأصول:** لمؤلفه الميرزا أبو القاسم الحسيني الأشكوري، وهو من تقريبات بحث أستاذه الميرزا حبيب الله الرشتي (المتوفى ١٣١٢ هـ) في البيع والخيارات، وقد استنسخها سيّدنا الجدّ بخطّ يده الشريفة وكتب في ظهره: كتبه لنفسي وسينتقل مني إلى غيري، وأنا العبد العاصي محمد باقر الموسوي، محلّ خاتمه الشريف.

(٧) **ذرائع الأحلام إلى أسرار شرائع الإسلام:** لمؤلفه العلامة الفقيه الشيخ محمد حسن بن عبد الله المامقاني (المتوفى ١٣٢٣ هـ) في أربع مجلّدات، وقد كتب في ختام المجلّد الثاني: وليكن هذا آخر الجزء الثاني من كتاب ذرائع الأحلام إلى أسرار شرائع الإسلام، وقد انتهى هنا في يوم الجمعة من شهر رجب المرجّب في

الأرض الغري على شارفها ألف سلام وتحيّة، والحمد لله على نواله وأنا العبد
الأحقر الجاني أقلّ السادات وأحقّهم قدراً محمّد باقر الموسوي.

وكتب في آخر الجزء الثالث هكذا: وليكن هذا آخر الجزء الثالث من كتاب
ذرائع الأحلام إلى أسرار شرائع الإسلام، ويتلوه الكلام في الجزء الرابع القول
في أحكام النجاسات، والحمد لله ربّ العالمين.

ولقد وقع الفراغ من تحريره أقلّ خلق الله وأحوجهم إلى شفاعة أجداده
الطاهرين محمّد باقر ابن محمّد علي الموسوي القزويني في شهر صفر المظفر
١٣٠٧ في الأرض الطيبة الغروية على ساكنها ألف سلام وتحيّة.

وكتب في آخر الجزء الرابع: وقد اتّفق الفراغ بيد أحقر السادات وأضعفهم
قدراً محمّد باقر بن علي محمّد الموسوي القزويني في الأرض المقدّسة الغروية على
مشرفها ألف سلام وتحيّة، وأرجو الدعاء من جميع الإخوان الناظرين إلى تلك
النسخة الشريفة، وهذا هو اليوم الجمعة من العشر الأوّل من شهر جمادي
الأولى من شهور سنة سبع وثلاث مئة بعد الألف من الهجرة.

(٨) كتاب الغصب: لمؤلفه الميرزا حبيب الله الرشتي (المتوفّى ١٣١٢ هـ)،
وقد أرّخ تاريخ تحريره في آخر الكتاب بقوله: بيد الأقلّ الأحقر الأضعف محمّد
باقر ابن محمّد على الموسوي في الأرض المشرفة الغروية العلوية على ساكنها
ألف سلام وتحيّة في يوم الجمعة خمسة عشر من شهر ذي القعدة الحرام من
شهور ثمانية وثلاث مئة بعد الألف من الهجرة .

(٩) الجزء الثالث من كتاب القواعد الغروية في فقه الإمامية: في القضاء،
لمؤلفه ملا لطف الله الإسكي اللاريجاني، وفي أوّله: وبعد هذا هو التحرير الثالث

في كتاب القضاء من كتابنا المسمى بالقواعد الغروية في فقه الإمامية، وقد سبقه تحرير بعض مسائله مرتين بتوفيق رب العالمين.

وكتب سيدنا الجد في ختامه: قد فرغ من تحريره وتقريره الأقل الأحقر محمد باقر بن علي محمد الموسوي القزويني في الأرض المباركة المشرفة العلوية.

(١٠) غاية الآمال في شرح المكاسب: مؤلفه العلامة الفقيه الشيخ محمد حسن بن عبد الله المامقاني (المتوفى ١٣٢٣ هـ)، وقد كتب في آخره: وقد ساعدنا التوفيق على إتمامه من بركات سيدنا المستجن بأرض الغري صلوات الله وسلامه عليه وعلى أولاده الطاهرين في اليوم الإحدى عشر من شهر رمضان المبارك بيد أقل السادات وأحقرهم قدراً محمد باقر بن علي محمد الموسوي القزويني، اللهم اغفر لي ولوالدي ولجميع المؤمنين والمؤمنات بجاه محمد وآله الطيبين الطاهرين، آمين آمين.

(١١) كتاب الإجارة: مؤلفه الميرزا حبيب الله الرشتي (المتوفى ١٣١٢ هـ)، وأنا الأحقر محمد باقر بن علي محمد الموسوي القزويني غفر الله عنهما وتجاوز عن سيئاتهما بجاه محمد وآله الأجداد.

(١٢) كتاب الزكاة: مؤلفه الميرزا حبيب الله الرشتي (المتوفى ١٣١٢ هـ)، وقد كتب سيدنا الجد ﷺ في ختام الكتاب بقوله: هذه جملة مما عثرت به من تأليفات شيخنا العلامة الفهّام خاتم المحققين والمدققين جناب ميرزا حبيب الله الرشتي الأصل والغروي المسكن أدام الله أيام إفادته، وأنا الأحقر محمد باقر الموسوي القزويني في تاريخ شهر جمادى الأولى من شهور سنة ثمانية وثلاث مئة بعد الألف من الهجرة النبوية العلوية المصطفوية على هاجرها ألف سلام وتحيّة،

وأرجو الدعاء من الإخوان والناظرين إليها والمطالعين فيها إن شاء الله تعالى .

(١٣) زينة القراء (في علم التجويد): لمؤلفه محمد زمان بن محمد طاهر تبريزي، وقد كتب في آخرها: كتبها لنفسي وستنتقل مني إلى غيري، وأنا العبد الجاني محمد باقر ابن محمد علي الموسوي، محلّ خاتمه الشريف.

(١٤) توشيح الوافية بمعانٍ كافية: وهو شرح للوافية الذي هو نظم «الشافية الحاجية» في علم الصرف، نظمها السيّد ميرزا قوام الدين السيفي القزويني، وشرح النظم تلميذ الناظم وهو المولى محسن بن محمد طاهر القزويني المعروف بالنحوي^(١).

تاسعاً: إجازاته

وقد أجازته رحمته بعض أعظم عصره ومشايخ دهره في التصديّ للأُمور الراجعة إلى الفقيه الجامع للشرائط، ويظهر منها علوّ رتبته ومكانته في العلم والتقى، منها: ما أجازها السيّد المجدّد في رأس المئة الثالثة عشرة، الآية العظمى والحجة الكبرى، السيّد السند، الإمام العلامة، أستاذ نقباء البشر والعقل الحادي عشر السيّد محمد حسن الشيرازي رحمته (المتوفى ١٣١٢ هـ)، وهذه صورة إجازته:

بسم الله الرحمن الرحيم

بر قاطبه مؤمنين أيدهم الله تعالى مخفي نمائد كه جناب مستطاب
سلالة السادات العظام عمدة العلماء الأعلام كرّوبي جناب قدسي جناب
آقاي آقا سيد باقر ابن مرحوم مجتهد الزماني آقاي آقا سيّد علي قزويني

أعلى الله مقامه آراسته به زینت تقوی و متحلّی به حلیه پرهیزکاری و از جمله موثقین بوده و می باشند، لهذا آنجناب مأذون می باشند در تصرف کردن در جمیع امور حسیّه، إن شاء الله تعالی کمال احتیاط را رعایت خواهند فرمود، و اخوان از آنچه لازمه احترام است از ایشان مضایقه نخواهند فرمود. والسلام علی إخوانی المؤمنین ورحمة الله وبرکاته.

الأحقر محمد حسن الحسینی، محلّ خاتمه الشریف.

ومنها: ما أجازه الفقيه العالم الفاضل الكامل العلامة الشيخ محمد الفاضل الشربانی رحمته الله الذي انتهت إليه رئاسة الشيعة ولا سيّما في بلاد الترك من القفقاز وتبريز و آذربايجان، وكان مرجعاً للخوَصّ والعوامّ (المتوفى سنة ١٣٢٢ هـ) بما هذه صورته:

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي رفع درجات العلماء، وأورى فيهم نار الذكاء، وجعلهم ورثة الأنبياء، وفضل مدادهم على دماء الشهداء، والصلاة والسلام على الصادع بالشرعية الغراء ومؤسس الملة البيضاء، شمس فلك الاصطفاء محمد المصطفى وآله الطيبين الأصفياء . بعد، فإن أعظم نعم الله سبحانه بعد النبیین والأوصياء المرضيين صلوات الله عليهم أجمعين وجود العلماء الأمجاد، الذين هم منار الضياء والهدى في البلاد وأعلام الاهتداء للعباد، إذ بهم يُعرف صلاح المعاش والمعاد في البلاد ويوضح طريق الصواب والسداد، فطوبى لمن من الله عليه بهذه النعمة العظيمة وأعطاه تلك المرتبة الجسيمة، ولقد من الله بذلك على جناب العالم العامل الفاضل الكامل نور

حدقة المجد والشرف والسيادة ونور حديقة العلم والفضل والسعادة، صاحب القريحة الوقادة والطبيعة النقّادة، سلاله المصطفين المحرّز لقصبات السبق في مضمار الفضل من البين، الفائز في الآداب والكمالات بالعين الذي علاّ علاه الفرقدين وفاق نور سيماه التّيرين، أبي المكارم والمفاخر سليل الأكابر، وارث الشرف كابراً عن كابر، السيد الأحشم المولى الأشم ولدي وقرّة عيني السيد محمّد باقر القزويني أدام الله بقاءه ومَتّع المسلمين ببقاءه، فإنّه دام فضله كان مدّة من الأوان وسنين من الزمان ملتجئاً بالمشهد الغروي والحمى المرتضوي، حاضراً عندها مع جملة من الفضلاء الأعيان، وقد بلغ بحمد الله تعالى في تحصيل العلوم الشرعية وتنقيح المقاصد الأصوليّة والفروعيّة الدرجة العُلّيا والمرتبة القصوى، فليشكر الله سبحانه على ما أنعم عليه من هذه المرتبة العليّة والمنزلة السيّنة وذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، ثمّ إنّ دام فضله مع كونه بهذه المثابة من الفضيلة وتحليّه بتلك الحُلّية الجميلة استأذن منّي من باب التيمّن والأخذ بمجامع الاحتياط ودقائقه في التصدّي للأمور الراجعة الى الحاكم الشرعي فأذنت له في ذلك مع مراعاته لكمال الاحتياط الذي هو سبيل النجاة، وأوصيه بالتقوى التي هي الكهف الأوفى وخير الزاد في العقبى، واسأل الله تعالى أن يوفّقه لمراضيه ويسدّده في متقبّل عمره على خيرٍ من ماضيه، وأن يديمه كهفاً للشريعة وكافلاً لأيتام الشيعة، فإنّ الله المتعال هو المؤيدّ والمسدّد في كلّ حال، والرجاء منه أن لا ينساني من الدعاء في جميع الحالات ومظانّ الإجابات كما لا أنساه كذلك إن شاء الله تعالى .

حرّره الأحقر الجاني محمّد الشرياني . محلّ خاتمه الشريف.

عاشراً: وفاته

وقد لبّى دعوة ربّه وارتحل إلى دار السرور بكربلاء المقدّسة في العشرين من صفر الخير (سنة ١٣٣٨ هـ) يوم الأربعاء بعد ما جاءها زائراً، وقد سقط في الطريق عن المركب وأصابه الجرح والكسر حتّى إذا وصل إلى كربلاء المقدّسة اشتدّ به المرض ولم تطل أيّامه حتّى فاز بلقاء الله تعالى وحلّ في دار كرامته، ودفن في إحدى حجرات صحن أبي الفضل العباس عليه السلام التي تعرف سابقاً بحجرة القزاونة واليوم بـ «مكتب الإدارة»^(١)، رحمة الله عليه رحمةً واسعة وحشره الله مع أوليائه الأئمة الأطهار.

الحادي عشر: وصيّته

ثمّ لا بأس هنا بإيراد وصيّته التي أنشأها باللغة الفارسيّة لتتميم المرام وهي ما يلي:

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم فاطر السماوات والأرض، خالق الخلق أجمعين، عالم الغيب والشهادة، الرحمن الرحيم، اللهم إنّي أعهد إليك في دار الدنيا أنّي أشهد أن لا إله إلا أنت وحدك لا شريك لك، وأنّ محمّداً صلّى الله عليه وآله عبدك

(١) ولعلّ سبب اشتها هذه الحجرة بحجرة القزاونة - على ما حكاه ابن عمّنا العالم الخطيب السيّد مرتضى القزويني دام ظلّه العالي - أنّها كانت في سالف الأيام بيتاً خارجاً من الصحن الشريف ملصقاً به وقد اشتراه تاجر من أهالي قزوین ثمّ وقفه على الزوّار وجعل توليته على عاتق جدّ السيّد المعظم وأولاده من بعده، ثمّ بعد سنوات وقعت في عملية التوسعة في داخل الصحن الشريف وصارت حجرة من حجراته .

ورسولك، وأنّ الجنّة حقّ، وأنّ النار حقّ، والبعث حقّ، والحساب حقّ، والنيران حقّ، وأنّ الدين كما وصفت، وأنّ الإسلام كما شرعت، وأنّ القول كما أنزلت، إنّك أنت الله العزيز الحكيم والحقّ المبين، جزى الله محمّداً ﷺ خير الجزاء، وحيّاً محمّداً وآل محمّدٍ بالسلام، اللهم يا عدّتي بعد كربتي، يا صاحبي عند شدّتي، ويا وليّني في نعمتي، إلهي وإله آبائي لا تكلّني إلى نفسي طرفة عينٍ أبداً، فإنّك إن تكلّني إلى نفسي أقرب إلى الشرّ وأبعد [من] الخير، فإنّ النفس لأمارّة بالسوء، فأنس في القبر وحشتي واجعل لي عهداً يوم ألقاك منشوراً .

مخفي نماند که این سطورى که مرقوم می شود ایصاء ووصیت این عبد آثم وروسياه وغریق بحر گناه محمّد باقر ابن علي الموسوي است که در بیست وچهارم شهر رمضان المبارک سنة ۱۳۳۶هزار و سیصد و سی و شش هجری است در حال صحت بدن و استقامت مزاج و سلامتی آن از امراض با کمال قصد و شعور و اراده شروع در وصیت می نمایم، و جمیع اقرارات و کلمات مندرجه در آن همگی از روی حقیقت و خلوص از توریه و تمویه و وصایای مسطوره در آن بر سیل انشاء وصیت است نه عبث و هذویت است، و آن مشتمل بر چند مطلب است:

أولاً: این که وصی شرعی خود قرار دادم عیال دائمیه خود والده نور چشمی آقا بزرگ را که در أمورات حقیر ما بین خود و خدا عمل نماید به دستوری که مرقوم می شود، ولیکن به استصواب جناب مستطاب عمدة العلماء العاملين شریعتمدار آقا سید محمّد جزمه ای همشیره زاده این حقیر، و جناب مستطاب عمدة العلماء آقا سید محمّد

پرپنجی دام ظلّه که وصیّه مزبوره به نظارت ناظر عمل نماید .

ثانیاً: این که مبلغ يك صد تومان از بابت مظالم از أصل ترکه حقیر به هر که صلاح می دانند صرف نمایند، و اگر فوت این حقیر در قزوین واقع شد به عنوان امانت در بقعه متبرّکه پیغمبریه بگذارند در موقعش حمل به نجف اشرف یا کربلائی معلّی نمایند.

ثالثاً: این که کتب مملوکه حقیر را به موجب ثبتی که در جوف همین بیاض است فروخته در عوض چند جلد کتاب ابتیاع نموده وقف نمایند، مگر چند جلدی که خود آقا بزرگ و سیّد حسین فرزندان حقیر من بعد محتاج شوند، و کتبی که ابتیاع می شود به یتّ مرحوم والد که از جمله کتب موقوفه آن مرحوم بوده در نزد اینجانب تلف شده است: جلد ثانی مسالك، مدارك جلد طهارت، جلدین ریاض به یتّ واقف اصلی شخص شیروانی، مغنی چاپی به یتّ واقف حقیقی، شرایع چاپی به یتّ واقف اصلی، و چند جلد دیگر را از کتب چاپی به یتّ واقف اصلی وقف نمایند، تتمّه از کتب خطّی را که خود حقیر استنساخ نموده ام که به خطّ حقیر است وقف نمایند از بابت ثلث محسوب نمایند، و تولیت آنها را به نور چشمان آقا بزرگ و سیّد حسین تفویض نمودم، بعد از ایشان به اولاد ایشان نسلاً بعد نسل، و چند جلد دیگر را که مرقوم شد از کتب فقهیّه چاپی یا خطّی آن چه را صلاح بدانید به یتّ مرحوم حاجی سیّد نصر الله وقف نمایید که چند جلد کتب او که وقف بود در نزد این حقیر تلف شده، بقیّه کتب مملوکه از خطّی که خود حقیر نوشته ام وقف نمایند ثوابش به روح والدین خودم هدیه نمایند .

ورابعاً: این که تولیت افراد محبوسه سلطان آباد که به جعل و تفویض مرحوم آقا سید حسین زراآبادی طاب ثراه به موجب وصیت نامچه آن مرحوم که در پیش جناب مستطاب آقا سید ابوالقاسم ولد مرحوم حاجی سید جواد بزّاز است به جعل و قرارداد واقف تفویض نمودم به دو فرزند خود آقا بزرگ و سید حسین به شرط صلاح و تدبیر که آن چه مضمون وقف نامچه است عمل نمایند، و از جمله موقوفه که مفوض به حقیر است يك باب خانه که متعلق به واقف سلطان آباد است مرحوم حاجی میر عبد الباقي است که فعلاً در تصرف پسر ملا قاسم الموتی است که در محله سر کوچه ریحان است، ساکن در آن به موجب وصیت و قرارداد واقف همیشه يك نفر شخص فقیر متدینی بوده باشد، و سه دانگ دیگر در جنب همین خانه نیز وقف است باید به تصرف خانه وقفی بوده باشد ربطی به کسی ندارد .

و خامساً: این که دو باب اطاق فوقانی فوق دکان صباغی وقفی و انبار آب، این حقیر خود بنا نموده ام را نصف وجه اجاره آنها را در موقع حاجت صرف تعمیر انبار آب وقفی نمایند (محلّ سه مهر آن مرحوم) عجلتاً اکتفاء به این چند مطلب نمودم، چنانچه مطالب دیگری من بعد حادث شود در ذیل همین صفحه مرقوم خواهد شد، از جمله يك قطعه باغ چفته که مشتمل بر سه نفر بوته است متعلق به والده و آقا بزرگ و سید حسین است، و يك قطعه دیگر که مشتمل بر دو نفر ونیم است متعلق به همشیره ایشان ربابه بیگم است، و يك قطعه دیگر که مشتمل بر يك نفر بوته است متعلق به خود حقیر است، بعد از اخراج ثلث ما بین همدیگر کما فرض الله قسمت نمایند، هم چنین و از جناب مستطاب

مستصوب خواهش می کنم که وصیه مزبوره را به حال خود نگذارند، مسامحه در اعمال حقیر نمایند دائماً مراقب حال ایشان بوده باشند، ومخفی ومستور نبوده باشد که در چند موضع از این وصیت نامه که قلم رفته از تصرفات خود حقیر است محلّ شبهه و ایراد نشود، وکان تحریر وإنشاء هذه الوصية في يوم الثالث ثامن عشر من شهر رمضان المبارك من شهور سنة ۱۳۳۶ (محلّ دو مهر آن مرحوم) .

وأيضاً از نور چشمان آقا بزرگ وسید حسین متوقعم که از منافع افراد سلطان آباد همه ساله نقداً وجنساً بهره معتدّ به به سه همشیره خود از بابت دو ثلث افراد که به اختیار ایشان است در صورت احتیاج به ایشان برسانند وآلّا من از ایشان راضی نخواهم بود، ومن را هم همه اوقات خصوصاً در شبهای جمعه از خیر وإحسان وروضة خوانی وقرائت قران محروم نمایند من باب مذاکره ویاد اوری مرقوم شد، فإنّ الله لا یضیع أجر المحسنین.

الثاني عشر: کلمات بعض الأعلام في شأنه :

قال العلامة المتبّع الشيخ آقا بزرگ الطهراني رحمته الله:

السید محمد باقر القزويني: «هو السيد محمد باقر بن السيد علي القزويني مؤلف حاشية القوانين المشهورة، عالم فاضل، كان في قزوين قائماً مقام والده العلامة (المتوفى ۱۲۹۸هـ) الذي ترجمناه في (الكرام) بإمامة الجماعة في مسجده بقزوين والتدريس هناك، زار العتبات في (۱۳۳۸) فتوفّي بها في كربلاء»^(۱).

وقال أيضاً في ذيل عنوان «السيد حسين القزويني»:

«السيد حسين بن السيد علي القزويني صاحب حاشية القوانين المشهورة، عالم جليل وفاضل بارع، كان والده من أعلام العلماء ومشاهيرهم في عصره، وولده المترجم له من الأجلاء أيضاً، هاجر إلى النجف الأشرف بعد تكميل المقدمات في بلاده، فحضر على الميرزا حبيب الله الرشتي وغيره من المدرسين المبرزين آنذاك حتى حاز قسطاً وافراً من الفقه والأصول وغيرهما، فعاد إلى قزوین للقيام بالتكاليف الشرعية فصار من الرؤساء والمراجع في سائر الأمور إلى أن توفي بها رحمته الله»^(١).

ولا يخفى ما فيه من السهو، لأنه أولاً: ليس للعلامة السيد علي القزويني رحمته الله صاحب حاشية القوانين - والد المترجم له - ولد غير السيد محمد باقر، لأن أهل البيت أدري بما في البيت، وثانياً: أن المترجم له توفي في كربلاء لا في قزوین، كما ذكرنا تفصيل وفاته - آنفاً - عمن كان معه في سفره الأخير إلى العتبات العليات، إذن فالصواب في الأمرين هو ما ذكره رحمته الله في المجلد الأول من (نقباء البشر: ١ / ٢١٤).

التعريف بالكتاب:

كان هذا الكتاب شرحاً استدلالياً على كتاب الرهن من شرائع الإسلام للمحقق الحلي رحمته الله، ويعد جداً كونه من أجزاء شرح الشرائع للميرزا الرشتي رحمته الله الذي تسمى بـ «الالتقاط» كما في الذريعة (٢: ٢٨٥)، لأنه يوجد في المكتبات

(١) نقباء البشر: ٢ / ٦٠٢.

- كما في مكتبة كاشف الغطاء في النجف الأشرف أو مكتبة مجلس الشورى الإسلامي في طهران - نسخ من كتاب الرهن للميرزا الرشتي رحمته الله مع اختلاف فاحش في العبارات بينها وبين الكتاب المائل بين يديك مع اتحادهما في المضمون، وهذا يكشف عن كون الكتاب تقريراً وتحريراً آخر من أبحاث الميرزا رحمته الله حول كتاب الرهن غير ما تسمّى بـ «الإلتقاط» .

ويؤيده أنه لا يوجد فيه كلمة «التقاط» أصلاً، وأيضاً عبّر المصنف رحمته الله في مواضع متعددة عن استاذة بـ «الأستاذ العلامة دام ظلّه»، وهذا يكشف عن حياة أستاذه في زمن تأليف الكتاب وهو سنة (١٣٠٨ هـ) الذي أرّخه في ختام الكتاب.

وعليه لا يمكن أن يكون المراد به الشيخ الأنصاري رحمته الله، لأن وفاته رحمته الله في سنة ١٢٨١ هـ، مع أنه يعبر عنه بـ «خاتم المحققين»، فلا محالة يكون المقصود منه هو الميرزا الرشتي رحمته الله الذي كان حياً في تلك السنة لأنه مات في سنة ١٣١٢ ق، وهذا يدل على كون الكتاب من يراع سيّدنا الجد رحمته الله الذي عبّر عن أستاذه بـ «الأستاذ العلامة» .

ويؤيده أنه رحمته الله كتب في آخر كتاب الوقف الذي يليه الكتاب: «هذه آخر ما قرّنا عند الأستاذ رحمته الله» .

وبالجملة لا شك في كون الكتاب تقريراً لأبحاث الرهن للميرزا الرشتي رحمته الله بقلم سيّدنا الجد رحمته الله .

منهجية التحقيق:

غير خفي على الباحثين أن التحقيق في المخطوطات من الأمور الصعبة جداً

وتتطلب جهوداً أكثر من تأليف أثر علميٍّ مستقلٍّ بأضعافٍ مضاعفة، خصوصاً إذا انفرد المحقّق في تحقيقه ولم يكن له ناصر ولا معين.

ومع ذلك كلّه فقد شملتني الألفاظ الإلهيّة والتوفيقات الربانيّة وشمّرت عن الساعد للقيام بتحقيق هذه الرسالة الأنيقة، وصرفت ساعاتٍ كثيرةً ليلاً ونهاراً في تحقيقها وتصحيحها وتخريج شطرٍ من مصادرها، مع الاعتراف بقصور الباع وقلة الاطلاع والإقرار بالسهو والاشتباه، فإنّ العصمة لأهلها، والحمد لله على ما وفقنا بتوفيقاته.

مراحل التحقيق: وقد مرّ التحقيق عبر المراحل التالية:

(١) تقويم وضبط النصّ بالدقّة التامة.

(٢) تقطيع وتوزيع النصّ حسب الموازين العلميّة الدارجة في عمليّة التحقيق.

(٣) وضع علائم الترقيم وفق المناهج المتبعة لدى المحقّقين.

(٤) وضع عناوين الأبحاث في مواضعها المناسبة.

(٥) ترقيم الحواشي من البداية إلى النهاية ترقيماً تسلسلياً.

(٦) تخريج الأقوال وعزوها إلى مصادرها أو الحاكي لها أو هما معاً حسب الجهد المستطاع .

(٧) تخريج الآيات الكريمة والروايات الشريفة من مصادرها الأوّلية .

(٨) إصلاح المواضع غير المقروءة حسب الجهد المستطاع بالرجوع إلى نسخة أخرى من تقارير الرهن المتوفّرة في مكتبة كاشف الغطاء المرموزة في المتن بـ

(ش)، أو بالإضافات اللائقة والمناسبة لتلك المواضع، وقد جعلنا المواضع المضافة إلى المتن بين معقوفتين [...] .

ولنختم الكلام بالدعاء لتعجيل فرج القائم من آل محمد ﷺ وإصلاح أمور المسلمين وقطع أيادي الكفرة والجبابرة الطاغية عن بلاد المؤمنين، اللهم يا كاشف الهموم ومفرج الكرب العظيمة ارفع عنا هذا الوباء العالمي الهائل بمحمد وأهل بيته الطاهرين، آمين .

كتبه بيمنه الدائرة حفيد المؤلف السيد علي بن جواد بن علي بن محمد باقر الموسوي العلوي القزويني .

١٢ جمادى الآخرة ١٤٤٢ هـ .

قم المقدسة عش آل محمد عليهم السلام.

نماذج من النسخ المُعتمدة

وبه نسبح

بسم الله الرحمن الرحيم

الذي هو الحق والمعبر

الحمد لله رب العالمين والصلوة على محمد وآله الطاهرين واللعنة على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين فويل كتاب
الرهون والتفصيل في معنى قول المؤلف في الرهن وهو وصيفة للدين الزهني المجلج الكتاب بل يطلق على المعنى
المصدر الذي هو صفة قائمة بالموصوف وقد يطلق على المكتوب كالخلق والعكس البهرافان فافاد بطلاق
على المعنى الخدش الذي هو فعل الفاعل وقد يطلقان على العكس والمخوف وضاف الكتاب للرهون إما بتقدير
كله في كل وقت أو اللبس أو تقدير الاسم كافي عن ذلك لا يخفى رجحان الأول على الثاني في البناء كما لا يخفى
رجحان الثاني الأول في الأول ولما آلهن فهو لغة مصدر الرهن بمعنى تثبت ودام أو جعل كل ذكره كثير منهم
ومن الأول قوله لغة رهنه ومن الثاني قوله لغة رهنه بما كتبه رهنه بما كتبت ههنا أو لم يصدقه
كل في لغة فليدع ما ذكره كثير منهم أو السلم أو المال الرهن العبر عن الوصفة للدين الزهني والدين في
كلامهم فظهر مما ذكره ناعمة الحاجة إلى التمام كونه شعاعاً كما يظهر كثير منهم حيث قال في الشرع عبادة
عن المال الذي يجعل وصيفة الخ أو كونه معنى اصطلاحياً للفقهاء كل من يفسههم وكونه مأخوذاً من الدين
بمعنى الحبس لتثنية زهر الدوام أو الثبوت فان ذلك كله تكلف الادعاء الذي لا بل هو غفلة عن شريكات
ذلك المعنى لغة كما هو واضح اللهم ان يوم بيان فرضهم بيان اتحاد العرف في الشرع بأنه كونه شعاعاً فيهم يملكون
حقيقة فإن شأنهم ان لا اشكال في كونه حقيقة وكذا واحد من العلاء لعدم تبادل غير ما منه وهو
أية الاشتراك في كل واحد من حقيقة فيها وبين الوضع بان وضع الواسع تلك الحجة المذكورة فليدع
أو بعد بان تجدد الوضع الفيزيائي الحاصل من كثرة استعمال المجاز في المعين منها بعد كونه حقيقة

وهو نقص في

وهو أيضا كاذب والاولى ان يقال ان الملكية انزلها بالكيفية رأسا وانما مضت بحسب فرضت عن
حين الانتفاع فاذا زالت نصف الخربة الملكية الضعيفة الموجودة بحالها ونقلت فصار
كالسابق نفسها الملكية اللاحقة خربة ونقلت الاموال بالانسبة الى الملكية الموجودة
حال الامتار ويمكن ارجاع الوجوه المذكورة اذ لا يتأمل فان ثم احد الوجوه المذكورة عادلا
ملك النسبة الاموال مطلقا في لو انقلب خلا ليد الغير او بلا يد والا فلا وجه التقصير ان انقلب الخربة
خلا ليد فاعاد المملوكة مضمومة ولو قلنا بصيرته كالمبايعات بعد الخرج عن الملكية لانه اول من
غيره لان استدامته خربة بحرية الحياة المملوكة للمبايعات ولو قلنا باحتياها الى قصد المالك المقتل
المالك او القصد السابق لمحمد الاعراض يتحقق في ذلك لو انقلب بعد غير المالك الا ان كان هو
او لم يبر سواه كان عامسا او منتهنا او غيرهما وكذا الوجه الخمر الرقابة جامع او غاصب كان
الغصب محرما محترا بان يكون متحدا للتحليل لا للشرب المحرم لعدم الدليل على اختصاصه بطلول
عود الزهانة وهو مذهب عاود الملكية ومع ذلك فيرسل عن الاشكال ان هذا مذهب
جديد مغاير للاول الذي يتعلق به حق الرهن وليس كذلك ولا عروضا عن الرهن حتى يتحقق به حكم البلد
بناء على ما سبق من ان بدل الرهن رهن فصيرون رهنها احتياج العقد جديد نعم لو صار الزهانة
هو السبب في امتار اتجه ما ذكره من عود الزهانة كان العائد او بدل في الغرامة فتعبد بدلا
عن العصير المتألف الا ان يشب بما اوعينا نقابا العلة الملكية فعلا في ظل الامتار على وجه
الضعف الموهب يلبي الامكام شرعا وان العائد هو الذي كان كالوصار المزول سيما لو
في نظر العرف والله العالم



كِتَابُ الرِّهْرِ

مِنْ تَقَرِّراتِ الْمُحَقِّقِ الْفَقِيهِ

الْمِيرزا جَبِّبِ اللَّهِ الرَّشْتِيَّ

الْمُتَوَفَّى سَنَهُ ١٣١٢ هـ

تَأْلِيفُ

الْمُحَقِّقِ السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ باقرِ الْقَرْوَنِيِّ

الْمُتَوَفَّى سَنَهُ ١٣٣٨ هـ

تَحْقِيقُ

السَّيِّدِ عَلِيِّ الْعَلَوِيِّ الْقَرْوَنِيِّ

مُرَاجَعَةُ

مَرْكَزُ الشَّيْخِ الطُّوسِيِّ فَدَّيْهِ لِلدِّرَاسَاتِ وَالتَّحْقِيقِ

[مقدمة المصنّف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



الحمد لله ربّ العالمين والصلاة والسلام على خير
خلقه محمّدٍ وآله الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم
أجمعين إلى يوم الدين.



الفصل الأول:

في مفهوم الرهن
وما يشترط في صحّته أو لزومه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[الفصل الأول:]

في مفهوم الرهن وما يشترط في صحته أو لزومه

(١) قوله: «كتاب الرهن، والنظر فيه يستدعي فصولاً، الأول: في الرهن، وهو وثيقة لدين المرتهن»^(١).

أقول: الرهن يطلق - لغة^(٢) - على الحبس^(٣)، كقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾^(٤) أي: محبوسة، وعلى الدوام^(٥)، ومنه: نعمة راهنة، أي دائمة، على وجه الاشتراك بينهما لفظاً؛ لوجود آيته، أعني عدم تبادل غيرهما.

نعم، لم يُعلم أنه كان في أول الأمر حقيقةً في كليهما، أو في أحدهما ثم غلب الاستعمال في الآخر مجازاً إلى أن بلغ حد الحقيقة، وإن كان مقتضى أصالة تأخر الحادث وأولوية الحقيقة والمجاز على الاشتراك هو الثاني.

(١) شرائع الإسلام: ٣٢٩/٢.

(٢) في الأصل: «عرفاً»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٣) ينظر: المصباح المنير: ٢٤٢/٢، «رهن»، مجمع البحرين: ٢٥٧/٦، «رهن»، لسان العرب:

١٨٩/١٣، «رهن».

(٤) المدثر: ٣٨.

(٥) ينظر: الصحاح: ٢١٢٨/٥، «رهن»، مجمع البحرين: ٢٥٨/٦، «رهن».

وله بالنسبة إلى كل من المعنيين معنى اسمي ووصفي؛ لإطلاقه على كل منهما على الأعيان المتّصفة بالحبس والدوام، وعلى نفس الحدث والوصف، وهو الحبس والدوام، كإطلاق الوقف على العين الموقوفة والفعل الصادر من الواقف، والكتاب عليه وعلى المكتوب، ونحوهما من الألفاظ المشتركة بين الذات والوصف.

وقد يطلق على الوثيقة أيضاً في الكتاب^(١) والسنة^(٢)، وهو آية كونه من المعاني العرفية لا الشرعية ولا التشريعية.

و [قد]^(٣) عرفت أنّ الأوفق - بحسب القواعد - استناد الوضع في أحد المعنيين المتقدمين إلى غلبة الاستعمال، وحينئذ يمكن أخذ هذا المعنى من كل من الأولين، بأن يكون استعماله فيه قبل صيرورته حقيقة فيه؛ لمناسبته للحبس والدوام، غاية الأمر أنّه على تقدير الأخذ بمعنى الحبس فعيل بمعنى المفعول، ومن الدوام فعيل بمعنى الفاعل.

ولكن لا أرى ثمرة بين كونه حقيقةً فيهما من أول الأمر أو في أحدهما وتجدد الوضع في الآخر تعيناً بعد كونه الآن حقيقة في الجميع، وعدم إمكان إثبات ما هو حقيقة في أول الأمر عمّا كان مجازاً فيه، ولا يكاد ينكشف ذلك من مراجعة كتب اللغة.

(١) البقرة: ٢٨٣

(٢) وسائل الشيعة: ٢٩٧/١٥، ب ٣٨ من أبواب وجوب إصلاح النفس، ح ٢، وفيه: «فإنّ نفسك رهينة بعملك».

(٣) في الأصل: «ما»، والصواب ما أثبتناه.

وأما شرعاً: فعُرف بتعاريف أسدّها ما عن الفاضل^(١)، واختاره المصنّف في قوله: «وهو وثيقة لدين المرتهن»^(٢).

ومع ذلك أورد عليه:

أولاً: بأن ذكر المحدود في الحدّ ولو في ضمن هيئة أخرى غير هيئة المحدود دورٌ ظاهر، لا يندفع باختلاف الهيئة بعد اشتماله على مادة المحدود، كما لا يندفع بإرادة صاحب الدين أو من له الوثيقة من «المرتهن»، كما في جامع المقاصد^(٣)؛ لأنّه - مع أنّه لا يندفع الإيراد عن ظاهر الحدّ - مبنيٌّ على عدم لزوم التحرّز عن الألفاظ المجازيّة في الحدود، لأنّ إطلاقه عليه مجاز^(٤).

وأخرى: بعدم صدقه على الرهن المأخوذ على الأعيان المضمونة كالمغصوبة ونحوها؛ إذ لا يصدق عليه أنّه وثيقةٌ للدين^(٥).

وثالثة: بما في جواهر الكلام^(٦) من أنّ الرهن من العقود، والتعريف لا ينطبق عليه. ولكن يمكن الجواب عن الأوّل: بأنّ القيد المذكور مستدرِك؛ لتامّيته بدونه، ولذا اقتصر بعضهم^(٧) في تعريفه بأنّه: «وثيقةٌ للدين»، فلا دور حينئذٍ، لعدم توقّف معرفة المحدود عليه.

(١) ينظر: تذكرة الفقهاء: ٢٠٨/١٣، مسألة ١٥٢، قواعد الأحكام: ١٠٨/٢.

(٢) شرائع الإسلام: ٣٢٩/٢.

(٣) ينظر جامع المقاصد: ٤٤/٥.

(٤) ينظر: مسالك الأفهام: ٨/٤، التنقيح الرائع: ١٦٤/٢.

(٥) ينظر المصدران نفسيهما.

(٦) ينظر جواهر الكلام: ١٨٦/٢٦.

(٧) ينظر: اللمعة دمشقيّة: ١٢٩، الروضة البهيّة: ٥١/٤.

وما عن ثاني الشهيدين^(١) من أنّه ممّا لا بدّ منه، لحصول [التوثيق]^(٢) بمثل الوديعة والعارية ومطلق وضع اليد فيؤخذ مقاصّة عند جحود المديون، فهو محتاج إليه لإخراج تلك الأمور، لعدم كونها وثيقة لدين المرتهن وإن كانت وثيقةً للدين في الجملة، وحينئذٍ فيعود الدور.

مدفوع: بحصول الاستغناء عنه بالالتزام بتضمين الوثيقة معنى الدفع، فالمعنى حينئذٍ: أنّ الرهن مدفوع وثيقةً للدين، فتخرج حينئذٍ لعدم كونها مدفوعة للوثيقة، فافهم. نعم، يرد على التعريف حينئذٍ اشتماله على ما لا يُحتاج إليه، وهو سهلٌ في مقابل الدور.

وعن الثاني: بأنّ الاختلاف في الحدّ تارةً يرجع إلى الاختلاف في المحدود، وأخرى إلى الاختلاف في التعبير عمّا اتّفقوا عليه من حقيقة المحدود، والإيراد يتمّ على الثاني دون الأوّل الذي كان المقام منه؛ لأنّ اختلافهم في حقيقته، وأنّه يصحّ على الدرك والأعيان أم لا؟ وحينئذٍ يجب الاقتصار على ما هو المتيقّن من المحدود بين الكلّ، وليس هو إلّا الوثيقة على خصوص الدين.

نعم، من يعتبر فيه أمراً آخر يجب عليه أن يذكره في أحكامه لا في حدّه، ولذا ذكر المصنّف حكم الوثيقة للأعيان في أحكامه كما سيأتي^(٣)، ولا يحتاج حينئذٍ أن يجاب عنه بما في الروضة^(٤) تارةً: بأنّه مبنيٌّ على صحّة الرهن على الأعيان كالمغصوب والمبيع وثمرته ونحوها.

(١) الروضة البهيّة: ٥٣/٤

(٢) في الأصل: «الوثيقة»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٣) يأتي في ص: ٢٣١-٢٣٦.

(٤) ينظر الروضة البهيّة: ٥٣/٤.

وأخرى: بأنّ الرهن على الأعيان إنّما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق أو تعذر العين.

بل هما فاسدان؛ لأنّ الأوّل لا يدفع الإيراد عمّن يرى صحّة الرهن على الأعيان، كالشهيد في الدروس^(١).

والثاني مبنيّ على إطلاق الدين على العين بعلاقة الأوّل، وهو لا يناسب ما أورده على هذا الوجه بقوله: «مع أنّه قد يبقى بحاله فلا يكون ديناً»^(٢)؛ إذ يكفي في العلاقة كون العين في معرض صيرورتها رهناً ولو لم يتحقّق ذلك بعد كما في قوله تعالى: ﴿إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْرًا﴾^(٣).

إلاّ أن يقال: بلزوم تحقّق ما يؤوّل إليه بعد ذلك في علاقة الأوّل، ومجرد قابليّته للأوّل لا يكفي في ذلك، ولكنّه دعوى لا شاهد عليها من موارد الاستعمالات وتصريحات أهل اللسان، مع أنّه إعمال للألفاظ المجازيّة في الحدود، وهو أمر مرغوب عنه في الحدود، بل هو استعمال اللفظ في المعني الحقيقي والمجازي كما هو واضح.

وإن كان غرضه ﷺ تعميم الدين للفعليّ والشأنيّ، فهو وإن كان سالماً عن المناقشات السالفة، إلاّ أنّه يرد عليه: إنّ الرهن على العين الموجودة وجعله رهناً على الدين لصيرورته ديناً، لا يتمّ إلاّ بجعل صيرورتها ديناً بعد الأخذ كاشفاً عن كون الأخذ من حينه إنّما كان على الدين، وإن لم يكن كذلك حين الأخذ،

(١) ينظر الدروس الشرعيّة: ٤٠١/٣.

(٢) الروضة البهيّة: ٥٣/٤.

(٣) عبارة: كما في قوله تعالى: ﴿إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْرًا﴾ أضفناها من نسخة (ش)، سورة يوسف: ٣٦.

وإثبات الكشف بهذا المعنى في مثل الفصولي الذي ثبت فيه صحّة الإذن بعد العقد في غايه الإشكال، فكيف عن مثل المقام!.

مع أنّه ليس مراد من يرى صحّة الرهن على الأعيان^(١)، بل هو إنكار للرهن على العين بعد الاعتراف به.

وعن الثالث: بما أجاب عنه المورد^(٢) من أنّ المراد: أنّه حبس وثيقة الدين^(٣)، فينطبق على كونه من العقود، كانطباق تحديد البيع بأنّه: تمليك أو مبادلة على كونه منها، ولكن هذا - مع أنّه لم يكن مراداً لمن عرّفه به - لا يدفع الإشكال عن ظاهر الحدّ.

فالأولي أن يُجاب [عنه]: بأنّه إن أراد من كونه من العقود أنّه عقد واقعيّ يتوقّف تحقّقه واقعاً على الطرفين فهو مسلّم، والحدّ لا ينافي كونه عقداً بهذا المعنى؛ لأنّ مرادهم من كونه وثيقة وإن كان هو المعنى الإسمي، إلّا أنّ صيرورة الشيء وثيقةً يتوقّف على الإعطاء والأخذ، وهذا معنى كونه عقداً بهذا المعنى.

وإن أراد أنّه كالبيع إسم للإيجاب والقبول - كما يكشف عنه تعريف بعضهم به، كالمصنّف في باب البيع^(٤) - فهو ممنوع، كيف وإحراز مثل ذلك يتوقّف على بيانهم، لأنّ مرجع ذلك في الحقيقة إلى ثبوت الاصطلاح لهم في

(١) ينظر الدروس الشرعيّة: ٤٠١/٣.

(٢) وهو صاحب الجواهر^{رحمته الله}.

(٣) ينظر جواهر الكلام: ١٨٦/٢٦.

(٤) ينظر شرائع الإسلام: ٢٦٧/٢، وفيه: «العقد: هو اللفظ الدالّ على نقل الملك من مالك إلى آخر

بعوض معلوم».

خصوص الإيجاب والقبول، ولم يثبت ذلك منهم، حيث لم يعرفه أحدٌ بهما، بل عرفوه بما مرّ وأمثاله، كما عرفوا البيع بهما.

فالأقوى: أن لفظ «الرهن» باقٍ على معناه العرفي من غير أن يثبت لهم اصطلاح في معناه. نعم، هو بأحد معانيه العرفية صار اصطلاحاً عند الفقهاء، فلو استعملوا لفظه من حيث إنهم فقهاء في غيره كان مجازاً، كما لا إشكال في كونه حقيقةً لو كان الاستعمال مبنياً على كونهم من أهل العرف، وحيثُ فليس الإيجاب والقبول من معناه، ولكن يعتبران فيه، كما نبّه به المصنّف رحمته الله ^(١).

(١) حيث قال في شرائع الإسلام بعد تعريفه: (ويفتقر الى الايجاب والقبول): ٣٢٩/٢.

[صيغة الرهن]

(٢) قوله: «يفتقر إلى الإيجاب والقبول»^(١).

أقول: ولا حاجة إلى الاستخدام في ضمير «يفتقر» وإرجاعه إلى العقد، بعد إرادة المعنى المذكور من لفظ «الرهن» - كما عن خاتم المحققين رحمته الله^(٢) -؛ لصحة إرجاعه بالمعنى المذكور بعد ما عرفت من عدم حصوله إلا بالإعطاء والقبض، وافتقاره إليه حيثنَّه لا إشكال فيه لأنَّه لازم كونه من العقود، كما أطبقوا عليه^(٣).

(٣) قوله: «فالإيجاب: كل لفظ دلَّ على الارتهان، كقوله: رهنتك، أو هذه وثيقة عندك، أو ما أدَّى هذا المعنى»^(٤).

(١) شرائع الإسلام: ٣٢٩ / ٢.

(٢) والمراد منه هو الشيخ الأعظم الأنصاري رحمته الله (المتوفى ١٢٨١ق)، وقد كتب تقارير بحثه في جميع الفقه ما عدا الطهارة والمكاسب، تلميذه الفقيه الورع الشيخ محمود بن جعفر بن باقر الميثمي العراقي (المتوفى ١٣٠٨) وسمَّاه بـ (لوامع النكات)، راجع الذريعة: ٣٢٨ / ١٣. ينظر لوامع النكات - كتاب الرهن - (مخطوط، من كتب مكتبة مجلس الشورى الإسلامي): الورقة ٣١٥، وفيه: «الظاهر أنَّ المرفوع في «يفتقر» هو ما يرجع إلى الرهن بمعنى العقد، إذ هو المفتقر إليهما دون العين المرهونة المراد من الرهن المفسر بقوله: «و هو وثيقة»، فهنا نوع استخدام».

(٣) ينظر لهذا الاطلاق: المقنعة: ٦٢٢، الكافي في الفقه: ٣٣٤، المراسم العلوية: ١٩٢، الخلاف: ٢٢٣ / ٣، المذهب: ٤٤ / ٢، الوسيلة: ٢٦٥، الغنية: ٢٤٢، السرائر: ٤١٦ / ٢، شرائع الإسلام: ٣٢٩ / ٢، مختلف الشيعية: ٣٩٩ / ٥، الدروس الشرعية: ٣٨٣ / ٣، التنقيح الرائع: ١٦٦ / ٢، معالم الدين في فقه آل ياسين: ٤٢٠ / ١، المختصر من شرح المختصر: ١٩٠، غنية المرام: ١٣٥ / ٢، جامع المقاصد: ٤٥ / ٥.

(٤) ينظر شرائع الإسلام: ٣٢٩ / ٢.

أقول: من نحو: «وثقتك»، و«هذا رهنٌ عندك»، إلى غير ذلك من الألفاظ، ولكن اعتبار اللفظ كذلك، بل البحث عن كميّات الصيغة وشرائطها يبتنى على القول بعدم دخول المعاطاة في الرهن، وإلاّ فالبحث عنه ساقطٌ بالمرّة.

ولعلّ ما في جواهر الكلام^(١) من لزوم البحث عنها حتّى على القول بدخول^(٢) المعاطاة فيه مقايسة له بالبيع؛ لأنّ الأمر هناك كذلك، إلّا أنّ الصيغة^(٣) هناك أمر زائدٌ على ما يحصل من المعاطاة، وهو اللزوم، فللبحث عنها هناك مجال، بخلاف الرهن؛ فإنّ الجواز فيه غير معقول، لأنّه وثيقةٌ تنافيه صفة الجواز، فهو مطلقاً لازمٌ وقع بالصيغة أو بالتعاطي.

نعم، لو قلنا بأنّ له - أيضاً - سببين الصيغة والتعاطي، فلا بدّ من البحث عن كلّ ما يعتبر فيهما، ولكنّه مبنيٌّ على كفاية نفس الصيغة، وعدم كون القبض شرطاً فيه، وسيأتي أنّه شرطٌ، فإذا دخل فيه التعاطي فالقبض المقارن له كافٍ من غير أن يحتاج إلى الصيغة فضلاً عن أن يبحث عن شرائطها.

ودعوى: أنّ القبض في المعاطاة لا بدّ أن يكون على وجه الإنشاء لا الوفاء عمّا اقتضاه السبب المتقدّم، ولذا صرح خاتم المحقّقين^(٤) بأنّ القبض في البيع الفاسد لا يكفي في تحقّق التعاطي؛ لأنّه على الوفاء لا على وجه الإنشاء المعتبر في المعاطاة.

(١) ينظر: جواهر الكلام: ١٨٧/٢٦، وحكاه أيضاً عن تذكرة الفقهاء ١٣: ٩١.

(٢) في الأصل: «بعدم دخول»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٣) وفي (ش): «إلّا أنّه لمّا كان الصيغة» إلى آخره.

(٤) ينظر المكاسب: ١٠٦/٣، التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة.

مدفوعة: بأن القبض على وجه الوفاء لا يتحقق في الرهن على القول بأن القبض شرط فيه، لأن قصد الوفاء مبني على تمامية العقد حتى يكون هو وفاء عمّا اقتضاه العقد، والمفروض توقّف التمام عليه، وهذا دور ظاهر.

وليس للقبض حينئذ تصوير آخر حتى يُقال: إنه ليس كذلك، بل إنما يوجد لتحقيق ما هو شرط في الإنشاء المعتبر فيه الذي أوجده بالصيغة؛ لأن التعبير بالإشراط لا يخرج في الواقع عن كونه على وجه الإنشاء لا الوفاء، فافهم.

[المعاطاة في الرهن]

وكيف كان فالبحث عن كَيْفِيَّاتِ الصيغة على القول بدخول المعاطاة فيه ساقطٌ بالمرّة، فالحرّيّ حينئذٍ بيان أنّها تدخله أم لا؟

فنقول: حكى في جامع المقاصد^(١) عن التذكرة^(٢) أنّ الخلاف في المعاطاة في الرهن كالخلاف في المعاطاة في البيع، ثمّ استشكله بأنّ البيع ثبت فيه المعاطاة بالإجماع^(٣).

ولعلّه فهم من كلامه أنّ غرضه أنّ الخلاف في البيع بعد الاتفاق على إفادة المعاطاة فيه الإباحة، في أنّ الإباحة من جهة إفادتها للملكيّة المتزلزلة المستلزمة [لها]، أو من جهة أنّها تفيدها دون الملكيّة آتٍ في الرهن أيضاً.

فردّه: بأنّ الاختلاف المذكور في البيع مسبوق بالإجماع على إفادتها إباحة التصرف هناك، وهو مفقود في المقام.

وأما لو كان مراده أنّ النزاع في إفادتها للزوم هناك - كما عن أبي حنيفة^(٤) - أو الإباحة، كما عليه الأصحاب^(٥) آتٍ هنا، فلا وقع لهذا الإشكال أبداً.

(١) ينظر جامع المقاصد: ٤٥ / ٥.

(٢) ينظر تذكرة الفقهاء: ٨٩ / ١٣.

(٣) ينظر جامع المقاصد: ٤٥ / ٥.

(٤) حكاه في المكاسب عن بعض العامة: ٢٤ / ٣، وجواهر الكلام: ٣٤٢ / ٢٣، وينظر: المغني لابن

قدامة: ٥٦١ / ٣، والمجموع: ١٩١ / ٩.

(٥) ينظر لما عليه الأصحاب هنا ما ذكره الشيخ الأعظم في كتاب المكاسب: ٢٤ / ٣ وما بعدها.

وعلى أيّ حال، فالأصل عدم إفادة [المعاطاة]^(١) في الرهن للزوم، بل الإجماع على افتقار العقود اللازمة إلى الإيجاب والقبول يشمل المقام أيضاً.

وإن أبيتَ عن ذلك فيمكن استظهار الإجماع من تعرضهم [لحال]^(٢) إيجابه بآته: «رهنك» أو ما يؤدّي هذا المعنى، وسكوته عن دخول التعاطي فيه على عدم إفادته للزوم بغير اللفظ، بل الإجماع على عدم إفادة المعاطاة للزوم يأتي هنا أيضاً، ولا ينافي ذلك ثبوت الإباحة بالدليل.

وعبارة الفاضل - كما تقدّم^(٣) - لا تنافي هذا الإجماع بناءً على الاحتمال الثاني، بعد إطباق الأصحاب على إفادتها للإباحة، واختصاص القول بالزوم بأبي حنيفة.

ولا يجوز في مقابلها الأخذ بعمومات العقود^(٤)، وخصوص ما ورد في باب الرهن من الآية^(٥) والأخبار الواردة في جواب الأسئلة بعضها بلفظ «الرهن»^(٦)، وبعضها بلفظ «الاستيثاق»^(٧) الشاملين للمعاطاة أيضاً، زعمًا أنّ ما يدلّ على

(١) في الأصل: «الإباحة»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) في الأصل: «حال»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٣) تقدّم تخريجه في ص ١٠ هامش (٣).

(٤) كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾: سورة المائدة: ١، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً

عَنْ تَرَاضٍ﴾: النساء: ٢٩، وقوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئٍ مسلمٍ إلا عن طيب نفس»: عوالي اللآلي: ٤٧٣/٣.

(٥) كقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾: البقرة: ٢٨٣.

(٦) ينظر الكافي: ٢٣٣/٥ ب الرهن ح ١ و ٢.

(٧) ينظر الكافي: ٢٣٣/٥ ب الرهن ح ٣.

صحّة الرهن بالقبض يدلّ على لزومه، والسيرة التي ادّعاها في جواهر الكلام^(١) على الارتهان بالمعاطاة؛ لأنّ ما ذكرنا من الإجماعات على عدم اللزوم أخصّ من العمومات وغيرها، لدلالاتها على انحصار الرهن باللفظ، كدلالتها على لزومه به، وبغيرها أيضاً.

نعم، الإجماع على الأوّل وإن كان أعمّ منها من وجهٍ إلا أنّ دلالته على مفاده بالعموم، وهو أقوى ممّا يدلّ على خلافه بالإطلاق، فافهم.

وأما السيرة فلعلّها ناشئة عن عدم المبالاة، بل يمكن منعها؛ إذ لم يعلم من حال أحد السكوت عن اللفظ رأساً والاكتفاء في مقام الرهن بالقبض والإقباض، وليس عقد الرهن كسائر العقود مبنياً على المضايقة في ألفاظه.

وإن أبيت عن الأوّل، وادّعت شيوعها حتّى قبل الشرع مع تمكن صاحب كلّ شرع عن ردع رعيّته، وعن الثاني بأنّ من يقول بالمواسعة في ألفاظ الرهن لا يقول بكفاية كلّ لفظ، بل غرضه عدم وجوب الاقتصار فيه بالماضي كما في البيع، بل يكتفي بلفظ الأمر والجملة الاسميّة أيضاً.

فنقول: إنّ الإجماعات المذكورة كافية في الردع عنها، إلا أن يدّعى عدم كونها كاشفة عن دليل معتبر في زمن النبي ﷺ، بل عدمه في ذلك الزمان معلوم.

ولا ينافي ذلك الأخذ بالإجماع على اعتبار اللفظ في اللزوم في مقابل ما يدلّ على عدمه كالعمومات، حيث لم يكشف ذلك أيضاً عن اللفظ المعتبر في زمانه ﷺ، إذ الفرق بين المقامين واضح، لأنّ طرح العمومات هنالك من جهة

(١) ينظر جواهر الكلام: ١٨٧/٢٦.

أنّ اعتبار ظواهر الألفاظ إمّا من باب السببيّة المقيّدة أو الظنّ الشخصي، وعلى التقديرين يجب طرحها في مقابل الظنّ الغير المعتر الحاصل من الشهرة والإجماع وإن لم يكن كاشفاً عن اللفظ، بل لا يبعد دعوى كشفه عنه، لإشعار بعض الأخبار على أنّ العبرة في الجميع بالإيجاب، حيث قال عليه السلام: «ولا تواجهه البيع قبل أن يستوجبها»^(١)، بخلاف المقام، فإنّ الإجماعات حيث لم تكن كاشفةً عن دليلٍ معتبر، فوجب الأخذ بالسيرة، لعدم ما يصلح للردع عنها.

ودعوى: وجود مثل هذه السيرة في البيع أيضاً، فليؤخذ بها في مقابلة الإجماع هنالك.

مدفوعة: بأنّ السيرة هناك لا يتعيّن بها^(٢) جهة العمل، وأنها على وجه اللزوم أو الجواز؟ فلا منافاة حيثئذٍ بينها وبين الإجماع على عدم لزومه إلّا باللفظ، بخلاف السيرة في المقام، فإنّها على اللزوم؛ لمنافاة الوثيقة لعدم اللزوم.

ولكنّ الإنصاف: أنّ احتمال الردع كافٍ في منع حجّية السيرة المذكورة في الرهن وإن لم تصلح الإجماعات لذلك، بل لا يبعد دعوى حصول الظنّ به بعد ملاحظة الإجماعات المتقدّمة الكاشفة عن كون الأمر كذلك عند السالفين إلى زمان المعصوم عليه السلام، سيّما بعد ملاحظة كفاية فتوى واحدة في ردعها، كما عن بعضهم^(٣).

ومن التأمّل في ما ذكر يظهر أنّ العمومات وغيرها لا تصلح لإثبات الإباحة، أمّا العمومات فلاّنها لو تمتّ لدلت على اللزوم، وأمّا أدلّة الرهن فهي

(١) الكافي: ١٩٨ / ٥، ب بيع المرابحة، ح ٦. وما بين المعقوفين من المصدر.

(٢) كلمة «بها» أضفناها من نسخة (ش).

(٣) لم نقف عليه.

الفصل الأول: في مفهوم الرهن وما يشترط في صحته أو لزومه ٨٣

مهملةً من هذه الجهة، بل وكذا السيرة أيضاً؛ إذ لا يُعلم منها جهة العمل، نعم،
لو تمت يثبت بها اللزوم.

فالأقوى حينئذٍ عدم كفاية المعاطاة في الرهن، لا [في] لزومه ولا [في] إباحة
التصرف فيه.

[في جريان الفضولي في الرهن]

وفي جريان الفضولي فيه وجهان، من العمومات، ومن اختصاص الأدلة^(١)
الخاصة بغير الباب.

(١) ينظر ما رواه الشيخ في الخلاف في قضية عروة البارقي: ٣/٣٥٤.

[في شرائط الصيغة]

ثم إنَّ ظاهر كلامه عليه السلام جواز إيقاع الرهن بغير العربي، وعن جامع المقاصد^(١) منع صدقه على الواقع بالفارسي، والأوّل صريح الدروس^(٢) وظاهر الكتاب حيث قال: «وما أدّى هذا المعنى»^(٣).

وأما الماضيّة فاشتراطها العلامة والشيخ في التذكرة^(٤) والمبسوط^(٥)، وعن الشهيد^(٦) جوازه بالأمر والجملة الاسميّة.

والتحقيق: اعتبارهما للأصل، والعمومات ساقطة في أمثالهما، ولذا لم يتمسك المثبت والنافي هنا بالعمومات، بل بشيء آخر لا فائدة في ذكرها.

(١) في الأصل: «فقه الراوندي»، والصواب ما أثبتناه، ينظر جامع المقاصد: ٤٦/٥، وفيه: «نمنع صدق العقد

على ما كان باللفظ العجمي مع القدرة على العربي»، وقد حكى عنه المصنّف أيضاً في ص ٢٣.

(٢) ينظر الدروس الشرعيّة: ٣٨٣/٣.

(٣) شرائع الإسلام: ٣٢٩/٢.

(٤) ينظر تذكرة الفقهاء: ٩٢/١٣.

(٥) ينظر المبسوط: ١٤٩/٢، قال في جواهر الكلام: «أما الماضيّة فقد اعتبرها في التذكرة، بل ربّما

استظهر ذلك من المبسوط وغيرها ممّا اقتصر فيه على اعتبار الإيجاب والقبول، بدعوى:

انصرافهما إلى ذلك كلّهُ» إلى آخره، راجع جواهر الكلام ٢٦: ١٩٠.

(٦) ينظر الدروس الشرعيّة: ٣٨٣/٣.

[في كفاية الإشارة أو الكتابة عند العجز عن النطق وعدمها]

٤) «ولو عجز عن النطق كفت الإشارة»^(١) لكونها كاشفة عن المراد. نعم، لا يكفي الكتابة ما لم يقطع بكون المكتوب مقصوده، للأصل، وسقوط العمومات.

(١) شرائع الإسلام: ٣٢٩/٢.

[صَحَّةُ الْارْتِهَانِ سَفَرًا وَحَضْرًا]

٥) «ويصحّ الارتهان حضراً وسفراً»^(١) إجماعاً خلافاً لبعضهم من العامة^(٢).

[اعتبار القبض في الرهن]

٦) وكيف كان «فهل القبض شرط»^(٣) في صحّة الرهن، وترتّب الأثر عليه؟
«قيل:»^(٤) و[القائل] هو الشيخ في أحد قوليه^(٥)، وابن إدريس^(٦)،
والفاضل^(٧)، وولده^(٨)، والمحقّق الثاني^(٩)، والشهيد الثاني^(١٠)، وغيرهم^(١١) «لا

(١) شرائع الإسلام: ٣٢٩ / ٢.

(٢) ينظر: فتح الباري: ١٤٠ / ٥، المحلّى: ٨ / ٨٧، المغني لابن قدامة: ٤ / ٣٦٧، أحكام القرآن: ١ / ٥٢٣.

(٣) شرائع الإسلام: ٣٢٩ / ٢.

(٤) شرائع الإسلام ٣٢٩ / ٢.

(٥) ينظر: الخلاف: ٣ / ٢٢٣ المسألة ٥، المبسوط: ٢ / ١٥٠.

(٦) ينظر السرائر: ٢ / ٤١٧.

(٧) ينظر: تذكرة الفقهاء: ١٣ / ١٨٨، مختلف الشيعة: ٥ / ٣٩٩، قواعد الأحكام: ٢ / ١١٦.

(٨) ينظر إيضاح الفوائد: ٢ / ٢٥.

(٩) ينظر جامع المقاصد: ٥ / ٩٤.

(١٠) ينظر: مسالك الأفهام: ٤ / ١١، الروضة البهيّة: ٤ / ٥٦.

(١١) ينظر: الحقائق الناضرة ٢٠ / ٢٢٥-٢٢٦، مجمع الفائدة و البرهان: ٩ / ١٣٣-١٣٤، كفاية الأحكام:

يشترط^(١)، كما عن البشري^(٢)، وجواهر القاضي^(٣)، وتخليص التلخيص^(٤)، والمقتصر^(٥)، وغاية المرام^(٦)، وإيضاح النافع^(٧) وغيرها^(٨)، بل عن السرائر^(٩) نسبته إلى أكثر أهل العلم، وعن كنز العرفان^(١٠) نسبته إلى المحققين.

«وقيل: يشترط^(١١) وهو [خيرة] المفيد^(١٢)، والشيخ^(١٣) في القول الآخر، وبنو

(١) شرائع الإسلام: ٣٢٩ / ٢.

(٢) حكاه عنها في كشف الرموز: ١ / ٥٤٠، بشرى المحققين (المختبين) كتاب في الفقه كبير مبسوط، للسيد جمال الدين أبي الفضائل أحمد بن موسى بن طاووس الحسني الحلبي المتوفى سنة ٦٧٣، كما أرّخه وذكر تصانيفه تلميذه الشيخ تقي الدين الحسن بن علي بن داود في رجاله مصرحاً بأنّ البشري في ست مجلدات، أقول: ينقل عنه في الكتب الفقهية كثيراً، وقبره في الحلة مزار معروف بقبر أبي الفضائل. ينظر الذريعة: ١٢٠ / ٣.

(٣) ينظر جواهر الفقه: ٦٥، المسألة ٢٢٤.

(٤) حكاه عنه في مفتاح الكرامة: ١٥ / ٤٣١، وأما الكتاب فهو للسيد الفاضل العميدي ابن أخت العلامة الحلبي^{رحمته} كما قال في مفتاح الكرامة: «تخليص التلخيص للسيد الفاضل السيد محمد ابن السيد عبد المطلب عميد الدين ابن ابن أخت المصنّف...» مفتاح الكرامة: ٦ / ١٤٨، وكذا نقل عنه صاحب الجواهر^{رحمته} في مبحث صلاة الجمعة، ينظر جواهر الكلام: ١١ / ٢٩٧، ولم يذكره في الذريعة.

(٥) المقتصر من شرح المختصر - لابن فهد الحلبي -: ١٩٠.

(٦) ينظر غاية المرام في شرح شرائع الإسلام - للمفلح بن الحسين الصيمري -: ١٣٥ / ٢.

(٧) حكاه عنه في مفتاح الكرامة: ١٥ / ٤٣٠، قال في الذريعة (٥٠٢ / ٢): «إيضاح النافع في شرح النافع في شرح مختصر الشرائع، للشيخ إبراهيم بن سليمان القطيفي المعاصر للمحقق الكركي».

(٨) حكى في مفتاح الكرامة: ١٥ / ٦٣١ القول بذلك عن الميسية ومسالك الأفهام، ينظر مسالك الأفهام: ١٢ / ٤.

(٩) ينظر السرائر: ١٧ / ٢.

(١٠) ينظر كنز العرفان: ٦٠ / ٢.

(١١) ينظر شرائع الإسلام: ٣٢٩ / ٢.

(١٢) ينظر المقنعة: ٦٢٣.

(١٣) ينظر النهاية: ٤٣١.

الجنيـد^(١) وحمزة^(٢) والبرّاج^(٣) والطبرسي^(٤) وغيرهم^(٥) «وهو الأصحّ»^(٦) عند المصنّف، والأقوى عندنا، فلا جرم يكون شرطاً للزوم أيضاً.

وهنا قولٌ ثالث على ما في جواهر الكلام^(٧)، وهو أن يكون شرطاً للزوم لا للصّحة، وهو ظاهر الغنية^(٨) والمقنعة^(٩)، ولعلّ هذا ظاهر عبارات الأصحاب؛ لأنّها بين ما يظهر منه أنّ النزاع إنّما هو [في] الصّحة، كعبارة المقنعة والنهاية والوسيلة، قال في الأوّل: «لا يصحّ الارتهان إلّا بالقبض»^(١٠)، وفي الثاني: «لا يدخل الشئ في أن يكون رهناً إلّا بعد القبض له»^(١١)، وفي الثالث: «إن الرهن إنّما يصح بثلاثة شروط، الإيجاب والقبول والقبض برضا الراهن»^(١٢)، وعبارة الكتاب وأمثاله وإن كانت محتملة للأمريـن، إلّا أنّ الفروع الآتية قرينة على أنّ النزاع إنّما هو في الصّحة.

وبين ما يظهر منه أنّه إنّما هو في الزوم، وأنّ الصّحة مفروغ عنها، قال في الغنية - بعد ذكر أنّ شروط الصّحة ستّة - : «إذا تكاملت صحّ الرهن بلا

(١) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ٣٩٩ / ٥.

(٢) ينظر الوسيلة: ٢٦٥.

(٣) ينظر المهذب: ٢٣ / ٢.

(٤) ينظر: مجمع البيان ٤٠٠ / ١، ذيل الآية ٢٨٣ من سورة البقرة، وحكاه عنه أيضاً في مختلف الشيعة ٣٩٩ / ٥.

(٥) ينظر: المراسم العلوية: ١٩٦، الجامع للشرائع: ٢٨٧، كشف الرموز ١ / ٥٤٠.

(٦) شرائع الإسلام: ٣٢٩ / ٢.

(٧) ينظر جواهر الكلام: ١٩٩ / ٢٦.

(٨) ينظر غنية النزوع: ٢٤٣.

(٩) ينظر المقنعة: ٦٢٢.

(١٠) المصدر السابق .

(١١) النهاية: ٤٣١.

(١٢) الوسيلة: ٢٦٥.

خلاف، وأمّا القبض فهو شرطٌ في لزومه من جهة الراهن دون المرتهن^(١)، وقال في السرائر - بعد ذكر شرائط الصحة وأنها ستّة -: يصحّ الرهن معها بلا خلاف، وأمّا القبض وقد اختلف قول أصحابنا فيه، هل هو شرط في لزومه أم لا؟^(٢)، ونسب الإشتراط إلى بعض الأصحاب، وعدمه إلى أكثر المحصّلين، ثمّ اختاره، وبه صرح في المسالك^(٣) أيضاً، وعبارة أخرى في السرائر^(٤).

فعلى هذا تكون الأقوال ثلاثة: عدم الاشتراط مطلقاً، وهو خيرة الشيخ والحلي في الخلاف^(٥) والسرائر^(٦)، والاشتراط مطلقاً وهو ظاهر الشيخين^(٧) والوسيلة^(٨) وغيرهم^(٩)، والتفصيل بين الصحة واللزوم وهو ظاهر الغنية^(١٠) والمختلف^(١١).

ولكن صرح خاتم المحقّقين^(١٢) بأنّ القول الثالث ليس له في كلمات

(١) غنية النزوع: ٢٤٣.

(٢) ينظر السرائر: ٢/ ٤١٧.

(٣) ينظر مسالك الأفهام: ٤/ ١١.

(٤) ينظر السرائر: ٢/ ٢٤٤.

(٥) الخلاف: ٣/ ٢٢٣، المسألة ٥.

(٦) السرائر: ٢/ ٤١٧.

(٧) ينظر: المقنعة: ٦٢٢، النهاية: ٤٣١.

(٨) ينظر الوسيلة: ٢٦٥.

(٩) تقدّمت المصادر ص ٨٧-٨٨.

(١٠) ينظر غنية النزوع: ٢٤٢.

(١١) ينظر مختلف الشيعة: ٥/ ٣٩٩.

(١٢) ينظر لوامع النكات - كتاب الرهن - (مخطوط)، الورقة: ٣١٩، وفيه: «والحاصل: أنّ النزاع واحد وهو اشتراط الصحة بالمعنى الأوّل، والتعبير عنها باللزوم إنّما هو لتلازمهما في المقام، فاللزوم وإن استعمل في معناه الحقيقي إلّا أنّ المراد هو ذلك لاستلزامه الصحة - إلى أن قال -: ومما ذكرنا يظهر بطلان

الأصحاب عينٌ و[لا] أثر، وأنَّ الصَّحَّةَ في عبارة من يقول باشتراط القبض فيها هو اللزوم، كما أنَّ الصَّحَّةَ المفروغ عنها في عبارة الآخر هو الصَّحَّةُ العقديَّة، وأنَّ حال القبض فيها ليس كحال الموالاة والعربيَّة ونحوهما ممَّا له دخلٌ في أصل وجودها، بحيث لو اختلَّ بها أو بعضها لوجب الاستئناف.

وحيث رأى أنَّ هذا جمعٌ بين كلماتهم بلا شاهد، فلذا أتعب نفسه الشريفة لإقامته من وجوه:

مثل: عدم معهوديَّة تقسيم الرهن إلى الجائز واللازم من أحدٍ من الأصحاب، مع أنَّ لازم من يجعله شرطاً للزوم دون الصَّحَّة التقسيمُ إليها وذكر فروعها، وليس له في كلماتهم عينٌ ولا أثر.

ومثل: تمسُّك الفريقين لإثبات اشتراطه في الصَّحَّة واللزوم بدليلٍ واحد، وهو قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(١)، مع اشتراك النافين من الفريقين في الردِّ على كلمة واحدة، وهو كون الآية مسوقة لبيان الإرشاد.

ومثل: نسبة الحلِّي^(٢) - بعد نفي اشتراط الصَّحَّة بالقبض، وتحرير الخلاف في اللزوم - اعتباره إلى الشيخين في المقنعة^(٣) والنهاية^(٤)، وعدمه إلى الشيخ في

→

الاحتمال الثالث أيضاً؛ إذ لم نثر على من عنون النزاع في الصَّحَّة تارةً وفي اللزوم أخرى، بل في عباراتهم للمسألة عنوان واحد ليس إلَّا، بل لم نظفر على ثمرة فيه. نعم، توجه الثمرة بين اللزوم والصَّحَّة العقديَّة التأهليَّة، كما مرَّ عن التذكرة، فما مرَّ عن جواهر الكلام من تثليث الأقوال كما ترى لا وجه له.

(١) البقرة: ٢٨٣.

(٢) ينظر السرائر: ٤١٦/٢.

(٣) ينظر المقنعة: ٦٢٢.

(٤) ينظر النهاية: ٤٣١.

الخلاف^(١) زعماً لرجوعه عمّا في نهايته، مع أنّ عبارتهما - كما عرفت صريحة - في الصحة، ففيه شهادة واضحة على أنّه فهم من الصحة في عبارتهما اللزوم.

ومثل: دعوى الشهيد في المسالك^(٢) وغيرها^(٣) نفي الخلاف في عدم اشتراط الصحة به، ولو كان المراد بها اللزوم فأيّ معنى لدعواه مع هذا الاختلاف العظيم؟ فيعلم من ذلك أنّ الصحة المفروغ عدم اشتراطها بالقبض هي الصحة العقدية.

ومثل: تصريح الفاضل في التذكرة^(٤) بجواز بيع الراهن الرهن قبل القبض والامتناع عنه، فلو لم يكن المراد بالصحة الصحة العقدية لما جاز له الحكم بجواز البيع قبل القبض على وجه الإطلاق، بل لا بدّ أن يقيّد بالفسخ؛ إذ العقود بعد اتّصافها بالصحة الحكمية سبب تامّ للملك أو الحقّ المانع عن البيع، غايه الأمر أنّ للمالك الفسخ ثمّ التصرف لا التصرف، كما لا يجوز له الإمتناع عن الإقباض، مع دعوى الإجماع من أكثر المحقّقين على وجوبه بعد مطالبة المرتهن.

هذا محصّل ما أبداه من الشواهد على مرامه، وأنت بعد التأمل والدقّة تراها مدخولة:

أمّا الأوّل: فلأنّ المتتبّع يرى الفاضل والشهيدتين تقسيمهم الرهن في التذكرة^(٥) والروضة^(٦) والمسالك^(٧) إلى الجائز واللازم وإن لم يفرّعوا عليه شيئاً،

(١) ينظر الخلاف: ٢٢٣/٣، المسألة ٥.

(٢) ينظر مسالك الأفهام: ١١/٤.

(٣) حاشية المختصر النافع: ١٠٣، الروضة البهية: ٥٦/٤.

(٤) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٣: ١٨٧، المسألة ١٤٠.

(٥) المصدر المتقدم، وفيه: «فلو رهن ولم يقبض كان الرهن صحيحاً غير لازم».

(٦) ينظر الروضة البهية: ٥٧/٤.

(٧) ينظر مسالك الأفهام: ١٢/٤.

واستفادة عدم التقسيم من عدم التفريع مع ما عرفت أشبه شيء بالاجتهاد في مقابل النص.

وأما الثاني: فلأن الاستدلال بآية واحدة، أو رواية واحدة لا يدل على وحدة مرامهما كما لا يخفى، وكذا الرد عليه.

وأما الثالث: فلأن نسبة الحلّي القول باعتباره في اللزوم إلى الشيخين كما يحتمل أن يكون لفهمه اللزوم من الصحة، كذلك يحتمل أن يكون أنه لما رأى للصحة فردين الجائز واللازم فتوهم أن مرادهما هو الفرد الجامع للزوم، فنسبة اللزوم إليهما من جهة كونه فرداً من الصحة، لا أنه المراد بها، ولو سلّم فهو اجتهاد من الحلّي لم يكن حجة إلا عليه وعلى مقلّديه.

وأما الرابع: فلأن الفاضل ليس إلا سدّد^(١) أن جواز البيع قبل القبض من لوازم اشتراطه به، وأما أنه جائز مطلقاً أو بعد الفسخ فليس مقصوده، بل ليس محلّ ذكره أيضاً، وإنما هو موكول على القواعد المقررة في العقود الجائزة، مع أن الظاهر أن التصرفات الناقلة في العقود الجائزة عندهم عين الفسخ، ولا تتوقف تلك التصرفات على الفسخ قبلها.

وأما الخامس: فلأن هذا الإجماع كسائر إجماعاته التي لا أصل لها عند أرباب البصيرة، وكم له من مثلها، وكم لنا من ردّها أو ذكر محمل لها في محلّها.

وكيف كان فالإعتماد على هذه الوجوه لصرف كلمات الأصحاب - مع ظهورها في ما ذكره في جواهر الكلام^(٢)، وعليه نسجنا الكلام في شرح عبارة

(١) كذا في الأصل.

(٢) ينظر جواهر الكلام: ١٩٦/٢٦.

الكتاب - في غاية الإشكال، مع أن إعمال قاعدة الجمع في كلماتهم - مع تعددهم و[أنهم] ليسوا كمتكلم واحد مثل الأئمة الطاهرين عليهم السلام - بعيد عن مشرب التحقيق.

ولعل^(١) لذا لم يكتف بهذا^(٢) النحو من الجمع في جواهر الكلام^(٣) في المقام مع التفاته إليه في باب الهبة^(٤)، حيث اختلفوا في اشتراطها بالقبض وعدمه مع اختلاف كلماتهم في تحرير محل الخلاف، واحتمل في الدروس بأن المراد بالصحة في كلام من اشتراطها بالقبض هو اللزوم، قال: «و الروايات متعارضة، ولعل الأصحاب أرادوا من الصحة اللزوم»^(٥)، ثم استشهد^(٦) بكلام الشيخ^(٧).

ورده في المسالك^(٨) بمنع معارضة الروايات بعد إمكان الجمع بينها، كمنع إرادة جميع الأصحاب اللزوم من الصحة، فإن العلامة في المختلف^(٩) نقل القولين، واحتج لهما، ثم اختار الثاني، فكيف يحمل أحدهما على الآخر؟

قال في جواهر الكلام رداً على المسالك: «الظاهر أن مراده في المختلف من

(١) في الأصل: «ولعل»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) في الأصل: «إلى هذا»، و ما أثبتناه هو الأنسب بالسياق .

(٣) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ١٩٦.

(٤) ينظر جواهر الكلام: ٢٩ / ٣٥١.

(٥) الدروس الشرعية: ٢ / ٢٨٦.

(٦) المصدر المتقدم، وفيه: «أن الشيخ قال: لا يحصل الملك إلا بالقبض، وليس كاشفاً عن حصوله بالعقد، مع أنه قائل بأن الواهب لو مات لم تبطل الهبة».

(٧) ينظر المبسوط: ٣ / ٣٠٤.

(٨) ينظر مسالك الأفهام: ٦ / ١٩.

(٩) ينظر مختلف الشيعة: ٦ / ٢٨٥ - ٢٨٦.

الصحة الحاصلة بدون القبض صحة العقد من حيث كونه عقداً، لا الصحة بمعنى ترتب الملك عليه، فيكون المراد: عدم مدخلية القبض في مفهوم الهبة باعتبار أنها عطية، وهي كذلك، بل تصدق وتتحقق الهبة بالعقد وإن توقّف الملك مع ذلك على القبض»^(١)، ثم نقل^(٢) من المختلف^(٣) بعض ما يدل على ما ادّعاه.

إلا أن يقال: إنه تحقيق جديد اهتدى إليه عند شرح كتاب الهبة، وإن شرحه كان بعد شرح كتاب الرهن، ولم يلهم إليه في ذلك الزمان، أو أنه رأى هناك شاهداً على جمعه من مختلف الفاضل، ولم ير شيئاً مثله في المقام.

هذا كله مضافاً إلى منافاة ما ذكره من الجمع لتنبية الشهيد في المسالك^(٤) بأن القبض ليس شرطاً لصحة الرهن، وهو من مثله لا يناسب الصحة العقدية، بل المحتاج إليه هي الصحة الحكمية؛ لأنه مورد للتوهم.

وتعليل الفاضل^(٥) عدم فساده بالموت وجنون الراهن قبل القبض بأنه عقد جائز كالبيع الخياري، إذ التشبيه به لا يلائم وحدة الصحة وال لزوم، إذ يلزمها كون الرهن قبل القبض متصفاً بالصحة العقدية، مع أن المشبه به متصف بالصحة الحكمية جزماً.

وكذا الحكم بعدم فساده بالموت والجنون؛ لقيام الإجماع على لزوم بقاء

(١) جواهر الكلام: ٣٥٢ / ٢٩.

(٢) المصدر المتقدم.

(٣) ينظر مختلف الشيعة: ٢٧٢ / ٦.

(٤) ينظر مسالك الأفهام: ١٩ / ٦.

(٥) ينظر تذكرة الفقهاء: ٣٥٦ / ١٣.

المتعاقدين على الصفات المعتبرة فيها إلى إتمام سبب الملك، ولذا اتفقوا على فساد لو طرأ قبل القبول، وحكمه بعدم البطلان كاشف عن كونه قبل القبض متّصف بالصحة الحكمية كالبيع الخياري.

وقد التفت رحمته إلى هذا التشبيه، وحمله على أن الفرض إمكان أوله إلى اللزوم لاحتمال تعقب القبض للعقد المتّصف بالصحة، كإمكان أول البيع الخياري إليه بإسقاطه أو بمضيّ زمانه، وليس غرضه تمام التشبيه.

والعجب أنه رحمته لم يلتفت إلى حكمه بعدم البطلان، مع أنه أقوى شاهد على خلاف ما رامه من جعله قبل القبض صحيحاً عقدياً تأهلياً.

إلا أن يقال: إنه التفت إليه، ولكنه لم ير الإجماع - كما ادّعيناه - على بطلان العقود بمثل الموت والجنون مطلقاً قبل تحقّق جميع ما هو معتبر فيها، بل يراه مختصاً بالعقود الإذنية، كالوكالة والعارية ونحوهما، واستند في ردّ الإجماع إلى حكم الفاضل بعدم بطلان الرهن بالموت والجنون قبل القبض.

ولكنّ الإنصاف: إنّ حمل التشبيه على ما ذكره مخالفٌ لظاهر كلامه ^(١)، بل لو لم ندّع كون الصحة الحكمية من أظهر خواصّ المشبه به، فاللازم حمله على جميع الأحكام والآثار التي منها الصحة الحكمية، كما هو الشأن في التنزيلات إذا لم يكن في البين خاصّة ظاهره.

وأما إسناده منع الإجماع إلى ما ذكر فمبنيٌّ على وحدة الصحة واللزوم في كلام الفاضل، كي يكون قبل القبض صحيحاً تأهلياً لا يبطل بالموت والجنون، ولم يعلم ذلك من كلامه، بل حمله على التفكيك بينهما موافق لحكمه بعدم البطلان

(١) عبارة «لظاهر كلامه» أضفناها من (ش) لاستقامة العبارة.

-بعد بنائه على كون القبض شرطاً للزوم - ولكلمات الكلّ والإجماع، فحملة على ما ذكرناه^(١) أولى من حملة على ما يخالفهم ثمّ جعله سبباً لمنع الإجماع. وكيف كان، فالأوفق بعبارات الأصحاب تحرير الكلام على ما في جواهر الكلام^(٢).

(١) في (ش): «بل الإنصاف أنّ حمل كلامه على التفكيك بين الصّحة واللزوم، ليصير موافقاً لكلمات الكلّ وموافقاً للإجماع أولى من حملة على ما يخالفهم، ثمّ منع الإجماع لذلك، هذا».

(٢) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٠٠ - ١٩٩.

[أدلة اشتراط القبض وعدمه]

إذا عرفت هذا فلنرجع إلى ذكر الأدلة على اشتراط القبض وعدمه.

فنقول:

إن الأصل المؤسس في أبواب المعاملات هو الاشتراط، ولا يجوز هنا قطعه بعمومات العقود مثل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، و﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢)، و﴿تَحْرُكَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٣)، و﴿لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ﴾^(٤)، وخصوص ما ورد في باب الرهن من قوله في صحيحة ابن مسلم عن أحدهما قال: سألته عن السلم في الحيوان والطعام ويؤخذ الرهن؟ قال: نعم استوثق من مالك ما استطعت^(٥)، وغيرها مما يدل على تشريع الرهن، مع أنها مطلقة، وليس في شيء منها ما يدل على التقييد بالقبض.

لكن لا [مجال] للمناقشات المذكورة عليها في باب البيع؛ إذ الكلام هنا بعد فرض تماميتها من تلك الجهة، ولا لما يتوهم وروده على إطلاقات الرهن من كونها مسوقة لبيان أصل التشريع لا لبيان الشرائط ونحوها؛ إذ الكلام بعد سؤقه لتشريع ما هو المعهود المتعارف بين الناس لا بأس في الأخذ بإطلاقه لنفي

(١) المائدة: ١.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) النساء: ٢٩.

(٤) عوالي اللآلي: ١١٣/٢، ح ٣٠٩.

(٥) وسائل الشيعة: ٣٨٠ / ١٨، ب ١ من أبواب كتاب الرهن، ح ٤.

المشكوك، سيّما إذا كانت مورداً للسؤال، لأنّه إنّما يكون عن شرعيّة ما تعارف بينهم، فعدم اشتراطها بشيء في الجواب كاشفٌ عن عدم شرطيّته.

بل الوجه في سقوطها: أمّا على القول بكون القبض شرطاً في ماهيّته وعدم تحقّق الرهن والاستيثاق عرفاً إلّا به - كما عن بعض أهل اللغة^(١) وبعض الفقهاء^(٢) - فواضح؛ لعدم صدق الرهن والاستيثاق على الإيجاب والقبول الخاليين عنه، فلا ينفع حينئذٍ إطلاقات الرهن.

وأما العمومات المستعملة في جميع العقود التي لم ينط صدق اسم المعاهدة والتجارة عن تراضٍ وطيب النفس على تحقّق القبض، بل تصدق على مجرد الإيجاب والقبول فلوّضوح أنّ هذه العمومات - كعمومات العسر والضرر - لاتصلح لتشريع سببٍ جديد لا يندرج تحت العناوين المعهودة.

وغاية ما يترتّب عليها على تسليمه إثبات وجوب الوفاء بما صدر منها من الإلزام والالتزام بالرهن والإرتهان، وأمّا إثبات عنوان الرهن كي يترتّب عليه جميع ما يترتّب عليه من الأحكام الخاصّة فكلاً، ومثل ذلك خارج عن العقود المتعارفة، وإثبات شرعيّته بمثلها خارج عن طريقة الفقهاء، إلّا من لا يبالي عن مخالفتهم، كالمحقّق القمي^(٣) حيث يتمسّك بها لإثبات شرعيّة معاملة جديدة في قبال العقود المتعارفة.

(١) ينظر: الفائق في غريب الحديث: ٢/ ٦٨-٦٩، النهاية في غريب الحديث والأثر: ٢/ ٢٨٥، القاموس المحيط: ٤/ ٢٢٢.

(٢) ينظر: الوسيلة: ٢٦٥، المبسوط: ٢/ ١٩٤، فقه القرآن للراوندي: ٢/ ٥٩.

(٣) ينظر جامع الشتات: ١/ ٤٥٦ - ٤٦٦.

مضافاً إلى احتمال العهد في آية الوفاء^(١) كما يظهر من المحقق الثاني^(٢)، حيث استدلل لإثبات اشتراط العربيّة في الرهن بعدم صدق العقد على الفارسيّة، ولا يتمّ ذلك إلّا بحمل العقد على العهد، وإلّا فصدق مطلق العهد على الفارسيّة واضح لا ستره عليه.

بل وبمثل ما ذكرنا يُجاب عن العمومات على القول بكون القبض شرطاً شرعياً للصحة أو اللزوم على ما حرّرنا الخلاف فيه، بناءً على عدم كون العمومات مخصّصة أو مقيّدة بما دلّ على اشتراط القبض من قوله تعالى: ﴿وَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٣)، وقوله عليه السلام في رواية محمد بن قيس: «لا رهن إلّا مقبوضاً»^(٤)، ونحوهما.

نعم، أورد على الآية بوجهين:

أحدهما^(٥): أنّ وصف القبض في الآية للإرشاد، كما يشهده قوله: ﴿وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا﴾^(٦) فإنّه للإرشاد قطعاً، وحمل ما بعده على التشريع تفكيك ركيك. وعدم اشتراط استدامة القبض اتّفاقاً مع ظهورها على تقدير الإشتراط فيها، إذ لو ردّ الرهن بعد القبض لم يصدق عليه «رهانٌ مقبوضة».

(١) المائدة: ١.

(٢) ينظر جامع المقاصد: ٤٦/٥.

(٣) البقرة: ٢٨٣.

(٤) وسائل الشيعة: ٣٨٣/١٨، ب٣ من أبواب كتاب الرهن، ح ١ و٣.

(٥) ينظر مختلف الشيعة: ٤٠٠/٥.

(٦) البقرة: ٢٨٣.

وصحة قبض الوكيل اتفاقاً مع ظهورها في شرطية قبض الأصل.

وأنت خيرٌ بأنَّ الأصل في أوامر الشارع بل مطلق كلماته في مقام بيان الأحكام هو التشريع، ولا يرفع عنه اليد بمجرد الاستحسان ومنافاة السياق، مع ورود مثله في قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾^(١)، فإنَّ أصل الإستهناد للإرشاد، وأمّا كونها رجلين للتشريع جزمًا، وكم في الكتاب العزيز مثله.

وأما صحة قبض الوكيل: فلأنَّ ما يدلُّ على صحة الوكالة فيه يدخله في قبض الأصل موضوعاً من باب التنزيل.

وأما حكاية الاستدامة في القبض، فيمكن أن يقال: إنَّ المشتقَّ حقيقةً في ما انقضى عنه المبدأ، وإنَّ أبيت عن ذلك فلا شبهة في كونه حقيقة في ما تلبَّس به في زمان النسبة، وحينئذٍ فيصدق عليه «رهانٌ مقبوضة» في زمان الرهان، وإن لم يكن كذلك في الحال.

وثانيهما^(٢): إنَّ الاستدلال مبنيٌّ على حجية مفهوم الوصف، وهو كما ترى. وفيه: أنَّ الوصف إذا كان وارداً في مقام البيان كما في المقام - إذ لو لم يكن كذلك لكان التقييد لغواً وعبثاً تعالى [الله] عنه - كان له مفهوم، كما في محله. كما أورد^(٣) على الرواية بضعف السند؛ لاشتراك محمد بن الموثق وغيره^(٤).

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) ينظر مختلف الشيعة: ٤٠٠/٥.

(٣) ينظر: تذكرة الفقهاء: ١٣/١٨٨، التنقيح الرائع: ٢/١٦٥.

(٤) ينظر: كنز العرفان: ٦٠/٢، وحكاة عن الشهيد في جواهر الكلام: ١٠٣/٥.

وأخرى^(١): بأنها للإرشاد؛ لشواهد ذكرها له في الآية.

وثالثة^(٢): بإجمالها من حيث الصحة والكمال بعد تعذر إرادة نفى الحقيقة.

ولكن الأول مدفوع بانجبارها، والثاني مندفع بما ذكرناه في الآية، مع أنّ الحمل على الإرشاد لا يناسب اهتمامه عليه السلام بهذا المقدار من تأدية المطلب بإرادة الحصر وإن كثّر الإرشاد من الشارع في الأمور الدنيوية كتاباً وسنة، ولكن هذا المقدار من الاهتمام يناسب التشريع، ويعد حملها على الإرشاد.

مضافاً إلى أنّ الرهن بدون القبض على تقدير الإرشاد صحيح شرعاً، فنفي الرهنية عنه لا يصحّ إلاّ بتنزيل الرهن الشرعي منزلة المعلوم، فكأنّه عليه السلام قال: (إنّه وإن كان صحيحاً بدون القبض، إلاّ أنّكم نزلوه منزلة العدم، ولا ترهنوا إلاّ بالقبض)، وهو بعيدٌ عن منصب الإمام.

وأما الثالث فيندفع بأنّ نفى الصحة أقرب المجازات، على أنّه لو سلّم تكافؤ الاحتمالين لا يسلم في المقام؛ لأنّه إنّما يسلم لو كان للفرد المثبت كمالٌ ورجحان شرعي بالنسبة إلى الفرد المنفي، كما كان للصلاة في المسجد وبالطهارة رجحانٌ بالنسبة إليها في غيرهما، وإن لم يكونا كذلك - بل كانا متساويين في نظره، وكان كمال المثبت عرفياً - فلا وجه لحمل كلام الشارع على نفى الكمال، وإذا فرضنا عدم اعتبار القبض في الرهن كان المقبوض وغيره عنده سواء.

نعم للأوّل مزية استيثاق في نظر العرف، وحمل كلامه على نفى الكمال يرجع إلى ملاحظة المزية العرفية وترجيحها على غيرها، ونفى الكمال مع عدم كونه

(١) ينظر مجمع الفائدة والبرهان: ١٣٧/٩.

(٢) ينظر مختلف الشيعة: ٤٠٠/٥.

فاقداً لمزية شرعية موجودة في الآخر بعيداً عن الإمام عليه السلام، مع أن تعذر إرادة الحقيقة على مذهب من يعتبر القبض في تحقق ماهية الرهن ممنوع، بل يحمل عليها، ويثبت اعتباره في الصحة بطريق أولى.

ودعوى: أن أصالة الحقيقة معمولة لإثبات المراد بعد تشخيص الوضع، لا لتعيين الحقيقة والوضع بعد معلومية المراد، والشك في أنه حقيقة أو مجاز؟ كما عن المرتضى^(١)، فكيف يتمسك بها لإثبات وضع «الرهن» للمقبوض؟ مدفوعة: بأنه لا يتمسك به لإثبات الوضع في مصبها، كما إذا استعمل لفظ في معنى ولم يعلم أنه حقيقة أو مجاز، ولكن يتمسك بها لإثبات المراد وإن استلزم الوضع في كلمة أخرى، وليس هذا مما اختلف [فيه] بين المشهور والمرتضى، لأن ما دلّ على اعتبارها في إثبات المراد لا يفرق بين ما إذا استتبع وضعاً أم لا، ولكنها حينئذٍ مثبتة، والأمر فيها يحصل من باب الألفاظ. فظهر أن الأصل والدليل على اعتبار القبض في صحة الرهن، وهو الأقوى.

[الفروع المرتبطة بالقبض]

بقي الكلام في أمور:

أولها: إن القبض في الرهن لا يتحقق بمجرد التخلية حتى في غير المنقول، وإن كان ظاهر العلامة في التذكرة^(٢) أن القبض هنا كالقبض في البيع من تحويل ما يحول، وكيل ما يُكال، وتخلية ما لا يُنقل.

(١) ينظر الذريعة إلى أصول الشريعة: ١٣/١.

(٢) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٣/١٨٨، المسألة ١٤١.

ولكنّ الفرق بين القبض في المقام والقبض في سائر العقود واضح، حيث إنّ المستفاد من الأدلّة هناك أنّ اعتباره من باب المقدّمة لتسليط المشتري وتمكّنه عليه، ولذا قال في كشف الرموز: «إنّ القبض هو التمكين من التصرف»^(١)، وأين هذا من المقام الذي استُفيد من دليله أنّ للقبض موضوعيّة؟!

ومقتضى الجمود على حقيقته هو اعتبار الأخذ والوصول، لأنّه معتبرٌ فيه لغّةً، غاية الأمر قيام الدليل - من الإجماع ونحوه - على كفاية مجرد التخلية في غير المقام، وأنّ المراد به هو رفع الموانع من جانب المشتري، وإذنه في تصرفه وتمكينه وتسليطه عليه، بل إطلاق القبض عليه مسامحة وإن ساعد الدليل على الاكتفاء بها، وحينئذٍ فلو رهن غير المنقول فمقتضى وضع لفظ «القبض» الذي علّق عليه الحكم في الكتاب واللغة هو الأخذ والوصول ووضع اليد عليه لا مجرد التخلية.

الثاني: إنّه هل يستحقّ المرتهن من الراهن القبض أو يجب الإقباض أم لا؟
والظاهر أنّ هذا النزاع لا أصل له على القول باشتراط القبض في الصحة؛ إذ لا وجه له بمجرد إيقاع العقد بدون القبض الذي لا يتحقّق صحته إلّا به، لعدم ثبوت حقّ حينئذٍ ما لم يتحقّق هو.

والعجب أنّ بعضهم^(٢) قد صرح بتوقّف النزاع على القول باشتراط القبض، ثمّ اختار وجوبه.

والأقوى عدم وجوبه مطلقاً، أمّا على القول باشتراط الصحة به فواضح.

(١) كشف الرموز: ١/ ٤٧١.

(٢) لم نقف عليه.

وأما على القول باشتراط اللزوم به دون الصحة فلائنه: بعد كونه قبل القبض عقداً جائزاً كان له الامتناع عنه، وإبقائه على جوازه، وفسخه رأساً.

وأما عدم ثبوت الحق للمرتهن فواضح بعد جوازه وصحة امتناعه.

وأما على القول بعدم اشتراط شيء من الصحة واللزوم به، فلائنه: من حيث هو لا يقتضي إلا تعلق حق للمرتهن، لا ثبوت حق الإقباض على الراهن، ولا دليل عليه أيضاً، بل [ولا دليل على] ثبوت حق له أيضاً كي يجب على الراهن إقباضه بعد مطالبة المرتهن.

وما في جواهر الكلام من استفادة استحقاق المرتهن قبضه من الأخبار على وجه لا يسع للفقهاء إنكاره، معللاً: «بأن الأصل في مشروعيته التوثق، ولا يتم غالباً إلا به»^(١)، ثم حكى الجزم به عن تحرير الفاضل^(٢)، والتوقف عن قواعده^(٣).

ففيه: أن المستفاد من أخبار الباب - كما عرفت - هو اشتراط القبض، لا وجوبه أو استحقاقه على تقدير عدم الاشتراط، وليس هنا خبر آخر يدل على مراده.

وأما ما ذكره من الأصل ففيه: أنه بعد الاعتراف بثبوت مشروعيته بدون القبض لا وجه لقوله: «ولا يتم غالباً إلا به»^(٤)؛ إذ اللازم حينئذ تماميته في جميع الموارد بدون القبض، إلا أن يراد عدم حصوله عرفاً، ولكنه لا ينفع في إثبات الحق بعد حكم الشارع بحصول التوثيق بدونه وتمايمته.

(١) جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٠١.

(٢) ينظر تحرير الأحكام: ٢ / ٤٦٤.

(٣) ينظر قواعد الأحكام: ٢ / ١١٦.

(٤) جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٠١.

الثالث: لو نذر الرهن أو شرطه في عقد لازم، فالظاهر عدم وجوبه^(١) على القول بعدم اشتراطه به صحّة ولزوماً؛ إذ المستفاد من أدلة وجوب الوفاء ليس أزيد من وجوب إيجاد الرهن الصحيح اللازم، والمفروض حصوله بدونه، كما لا إشكال في وجوب الإقباض على القول باشتراط الصحّة به؛ إذ الشرط في العقد ليس إلّا الرهن الصحيح، والمفروض توقّفه عليه.

وأما على القول باشتراطه في اللزوم، فاستشكل في القواعد^(٢) استحقاق المطالبة، وقال في الدروس: إنّ الرهن المشروط في العقد اللازم يستحقّ القبض، وإن قلنا بكونه شرطاً في اللزوم^(٣)، ومال إليه في المسالك^(٤) اكتفاءً بدلالة القرائن عليه، وهو حسن؛ إذ لا فائدة في الرهن قبل اللزوم بالنسبة إلى الاستيثاق المطلوب منه، فشهادة حاله في خصوص إرادة المقبوض كافية في الحكم بوجوب الوفاء، ولا يحتاج بعد شهادة الحال إلى ذكره في متن العقد؛ لأنّها توجب ظهور اللفظ فيه.

(١) أي عدم وجوب الإقباض على الراهن.

(٢) ينظر قواعد الأحكام: ١١٦/٢.

(٣) والظاهر أنّ المصنّف أخذها عن المسالك، وقد صرح فيه: «بأنّه يظهر من الشهيد^{رحمته} إلى آخره»، ينظر مسالك الأفهام: ١٢/٤، ولكن يبدو أنّه سهو من قلمه الشريف، لأنّ الشهيد^{رحمته} صرح في الدروس بعدم إجبار الراهن على الإقباض، سواء كان مشروطاً أم لا، غاية الأمر يتخير المرتهن في فسخ العقد لو امتنع من الإقباض، ثمّ نسب إلى الشيخ الإقباض مع الشرط، راجع الدروس الشرعية: ٣/٣٨٥، والله العالم.

(٤) ينظر مسالك الأفهام: ١٣/٤.

[اعتبار الإذن في القبض]

(٧) وكيف كان فعلى ما اخترناه من اشتراط القبض في الرهن «لو قبضه من غير إذن الراهن لم ينعقد، وكذا لو أذن في قبضه ثم رجع قبل قبضه»^(١).

وإن كان لا محصل لهذا النزاع على القول بنفي الشرطية، إلا الجواز التكليفي الذي مرجعه إلى ثبوت الاستحقاق للمرتهن، ووجوب الإقباض على الراهن، وأمّا على المختار فمرجعه إلى أنّ آثار الرهن على تقدير القبض هل يترتب على المقبوض بدون الإذن أم لا؟

وحينئذٍ فمقتضى قوله: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٢)، و«لا رهن إلا مقبوضاً»^(٣) وإن كان كفايته بأيّ وجه اتفق، ولكن المشهور^(٤)، بل ظاهر بعضهم دعوى نفي الخلاف على الأوّل^(٥)، واستدلّ له في جواهر الكلام^(٦) تارة: بأنّه قبض غير مأذون فيه، بل منهي عنه.

وأخرى: باستصحاب بقاء حق رجوع الراهن الثابت له قبل تحقّقه.

(١) شرائع الإسلام: ٣٢٩ / ٢.

(٢) البقرة: ٢٨٣.

(٣) وسائل الشريعة: ٣٨٣ / ١٨، ب ٣ من أبواب كتاب الرهن، ح ١ و ٣.

(٤) ينظر: المبسوط: ١٩٤ / ٢، فقه القرآن: ٥٨ / ٢، الوسيلة: ٢٥٦، الجامع للشرائع: ٢٨٧، تلخيص المرام:

١١٣، الدروس الشرعية: ٣ / ٣٨٤، غاية المرام: ١٣٤ / ٢، جامع المقاصد: ٩٥ / ٥.

(٥) ينظر: مجمع الفائدة والبرهان: ١٤١ / ٩، الدروس: ٣٨٤ / ٣.

(٦) ينظر جواهر الكلام: ٢٠٦ / ٢٦.

ولكنك تعلم بأن النهي في مثل ذلك لا يوجب الفساد، وأن الاستصحاب منقطع بإطلاق ما دلّ على الإشراف به الشامل لمثله.

والأحسن الاستدلال بما نبّه به خاتم المحققين رحمته الله ^(١) من أن المستفاد من الأدلة أن اعتبار القبض إنّما هو لتأكيد الإيجاب في مقام الاستيثاق، وهو لا يحصل إلا بالقبض الحاصل بإقباض الراهن، وإن كان للاستفادة المذكورة مجال للمنع.

فالتحقيق حينئذٍ الاستدلال لهم بأن: المستفاد من قاعدة السلطنة في باب المعاملات عدم ترتيب الآثار إلا على الأسباب الاختيارية، وبه استقرّ بناء الأصحاب، وذلك ينافي تأثير القبض الحاصل من غير اختياره.

ولعلّ إليه ينظر ما في جواهر الكلام بعد دعوى انسباق القبض المأذون فيه من أدلة القبض، من دعوى: «استقراء نظائر المقام ممّا كان القبض فيه من تتمّة السبب، خصوصاً بعد معارضة قاعدة عدم سقوط حقّ الغير إلا برضاه» ^(٢).

نعم، لو قلنا باشتراط اللزوم به دون الصحة، فالظاهر كفايته مطلقاً؛ إذ المفروض تحقّق الرهن الصحيح، وتعلّق حقّ المرتهن عليه باختياره، وأمّا تسلّطه على الفسخ وعدمه فهو من الأحكام التي لا بأس بتعلّقها بالأمر الغير الاختيارية.

(١) ينظر لوامع النكات - كتاب الرهن - (مخطوط)، الورقة: ٣٢٠.

(٢) جواهر الكلام: ٢٧ / ٢٠٦.

[الخروج عن الأهلية قبل القبض]

٨) قوله: «وكذا»^(١) لا ينعقد الرهن على القول باشتراط القبض «لو نطق بالعقد ثم جنّ، أو أغمي عليه، أو مات قبل القبض»^(٢)، بل الحكم كذلك على طبق القاعدة، وليس مخالفاً لها كما ادّعاه^(٣) خاتم المحققين رحمته الله^(٤).

وتفصيل المقام: أنّ عروض تلك الحالات إمّا أن يكون قبل اتّصاف العقد بالصحة الحكميّة بعد اتّصافه بالصحة العقديّة من جهة فقد ما هو شرط في تأثيره، كالقبض في الرهن على القول بكونه شرطاً للصحة، وإمّا يكون بعد اتّصافه بها وقبل لزومه، إمّا لكونه من العقود الجائزة، أو لعدم شرط لزومه كالقبض على القول بكونه شرطاً للزوم الرهن.

وعلى الثاني إمّا أن يكون العقد من العقود الإذنيّة كالوكالة والعارية ونحوهما، أو من غيرها سواء كانت مملّكة كالبيع ونحوه، أو موجبة لثبوت الحقّ كالرهن، فالصور ثلاثة:

أحدها: عروضها بعد الصحة العقديّة وقبل الصحة الحكميّة، فالمشهور بل ادّعى الإجماع^(٥) على بطلانه بطروّها؛ للزوم وجود ما هو شرط لصحّته

(١) شرائع الإسلام: ٣٢٩ / ٢.

(٢) شرائع الإسلام: ٣٢٩ / ٢.

(٣) أي: ادّعى كون عدم الإنعقاد خلاف القاعدة كما سيأتي كلامه.

(٤) ينظر لوامع النكات - كتاب الرهن - (مخطوط)، الورقة: ٣٢٠.

(٥) ادّعاه الشيخ في جواهر الكلام: ١٠٧ / ٢٥.

من شرائط المتعاقدين ونحوهما إلى آخر تحقق السبب.

ولم أجد من تأمل فيها إلا خاتم المحققين رحمته (١)، زعماً لعدم الدليل عليه، ونسبه إلى الفاضل في التذكرة (٢) مستظهراً ذلك من حكمه بعدم بطلان الرهن بعروضها قبل القبض على القول باشتراط اللزوم به، بعد إرجاع اللزوم إلى الصحة، زعماً لوحدثها في كلمات الأصحاب كما عرفت مفصلاً منعه، المؤيد باختياره البطلان في القواعد (٣) بعد اختيار كونه شرطاً للصحة.

وكيف كان، فالدليل على ما عليه الأصحاب من بطلان العقد بعروض تلك الحالات واضح؛ لأنّ العلة إذا كانت مركبة من أمور فلا بدّ في تأثيرها عقلاً من وجود جميع أجزائها وشرائطها في آن واحد، بحيث لو وجد بعضها بعد انعدام الآخر لم يؤثر في شيء أبداً، ضرورة إنتفاء المركب بانتفاء بعض أجزائه، فلو فرض المعلول حينئذٍ لزم كون الأجزاء اللاحقة تمام العلة وهذا خلف، ولازم ذلك عدم حصول معلول العقد بتحقيق القبول إذا فرض انعدام الإيجاب وقت تحقّقه، ومجرد تحقّقه لا ينفع في فرض انعدامه حين تحقّق الجزء اللاحق.

وأولى من ذلك ما إذا كان العلة في المعاملات مركبة منها ومن القبض، كالرهن على القول بكون الصحة مشروطاً بالقبض، فإنّ الإيجاب والقبول حين تحقّقه لاحقاً معدومان فيلزمه بطلان العقد في الصورتين، مع أنّ الإجماع على صحّتهما مع كونها مخالفة لقضيّة العقل.

(١) ينظر لوامع النكات - كتاب الرهن - (مخطوط)، الورقة: ٣٢٠.

(٢) ينظر تذكرة الفقهاء: ٢٠١ / ١٣.

(٣) ينظر قواعد الأحكام: ١١٦ / ٢.

إلا أن يُقال في ما اشترط بالقبض: إنه سبب، والإيجاب والقبول شرطان له، فالعلة حينئذٍ هو القبض المسبوق بالعقد، وهو موجودٌ حين تحقّقه، ولكنّه مخالف لظاهر الأصحاب، بل تصرّحهم بكون القبض شرطاً.

فالأولى أن يُقال لدفع الإشكال: إنّ السبب المؤثّر حقيقةً هو الإنشاء والمرضاة النفساني المنكشف بالإيجاب والقبول لا نفسيهما، ومن البين وجودهما عند تحقّق القبول في الأوّل، والقبض في الثاني، فالعلة أي: المرضاة المنكشفة، والقبض موجودان في آنٍ واحد.

نعم؛ لو فرض انعدام المرضاة حين وجود القبض فاللازم بطلانه، وحيث إنّ موت الراهن سبب لفقدها فهو قبل القبض يوجب البطلان، وكذا الجنون والإغماء وأمثالهما من الأمور القادحة لأصل الإنسانية الموجبة لزوال المرضاة القائمة بالنفس الموجودة في الخزانة.

وأما مثل النوم وأمثاله ممّا لا يقدح لأصل الإنسانية وإنّما يوجب الغفلة عمّا في الخزانة مع بقائها فيها في الواقع، فتخلّلها بين العقد والقبض لا يوجب الفساد.

ولا ينافي ذلك ظهور كلمات الأصحاب في سببية العقد؛ لأنّ اتّصافه بها من جهة كشفه عن المرضاة، وإلا فلا ينبغي لأحد أن يدّعي سببيته من حيث هو مع قطع النظر عن جهة الكشف، ونحن أيضاً لا نتحاشى عن تعبدية الكاشف بتصرف الشارع فيه، واعتباره فيه بعض الشرائط من العربية والماضوية والموالة ونحوها.

ويتفرّع على ما ذكرنا: عدم الفرق بين موت الراهن والمرتهن؛ إذ السبب

-على ما عرفت - هي المراضاة القائمة بالنفس من الطرفين، وعروض القادح للإنسانية في كل طرفٍ يوجب انعدام مراضاة ذلك الطرف، فلا يتحقق السبب حينئذٍ كي ينفع القبض اللاحق، فما عن الدروس^(١) من التفصيل بين موت الراهن قبل القبض وموت المرتهن بالفساد في الأول والصحة في الثاني على القول بكونه شرطاً للصحة كما استظهر في جواهر الكلام^(٢)، ممّا لا وجه له أبداً.

وقيام وارثه مقامه في القبض على ما ذكره مبنيّ على كون القبض حقاً له، وهو كما ترى؛ لجواز كونه حكماً ثابتاً في المقام ينعدم بانعدام موضوعه.

ومنه اندفع ما استدللّ له^(٣) من: أنّه على تقدير موت الراهن ينعدم الدين، ويتعلّق حقّ كلّ من الورثة والديّان بنفس العين المرهونة، فلا يستأثر بالحقّ أحدهما، بخلاف ما لو مات المرتهن فإنّ الدين باقٍ ويبقى وثيقته، لأنّ بقاء الدين على هذا التقدير لا ينفع بعد ما عرفت من انعدام أحد جزئي العلة بموته.

كما يظهر اندفاع ما قيل^(٤) في توجيهه: من أنّ السبب هو الإيجاب، والقبول شرطٌ له، فبموت الراهن ينعدم السبب بخلاف موت المرتهن، فإنّ السبب موجودٌ حين تحقّقه، لأنّ وجود أحد الشرطين - وهو القبض - لا ينفع في تأثير السبب بعد كونه مشروطاً بشرطٍ آخر، وهو قبول المرتهن الكاشف عن رضائه، والمفروض انعدامه بموته.

(١) ينظر الدروس الشرعية: ٣ / ٣٨٥.

(٢) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٢١٢.

(٣) ينظر الدروس الشرعية: ٣ / ٣٨٥.

(٤) قاله الشهيد الثاني في الروضة البهية: ٤ / ٥٨.

وقد عرفت أنَّ الشروط أيضاً في الحقيقة من أجزاء العلة التي يجب تحققها بتمام أجزائها، مع أنَّ سببية الإيجاب وحده مخالف للإجماع على كون العقد هو السبب، وتأويله بأنَّ السبب ليس خارجاً عنه، وأنَّه داخل فيه ولو كان هو نفس الإيجاب تكلف لا ينفع في المقام كما عرفت.

وأما ما ذكره خاتم المحققين رحمته الله ^(١) في توجيه التفصيل من: أنَّ المستفاد من الأدلة أنَّ شرطية القبض إنَّما هو لتأكيد الإيجاب به وتقويته بالفعل، فإذا مات الرهن لا يتحقق ذلك؛ لأنَّ المؤكد هو القبض الناشئ عن إقباض الموجب، والمفروض موته، بخلاف ما لو مات المرتهن.

ففيه: منع استفادة ذلك من الأدلة المتقدمة سابقاً للقبض، فلا وجه حينئذٍ للتفصيل على القول بكون القبض شرطاً للصحة.

وثانيها: عروض تلك الحالات بعد الصحة الحكمية وقبل اللزوم مع كونه من العقود الإذنية، والظاهر عدم الإشكال والخلاف في فساد العقد بعروضها لكلٍّ من الأذن والمأذون.

وثالثها: هذه الصورة مع كونه من العقود المملّكة كالبيع ونحوه، أو المثبته للحق كالرهن على القول بكون القبض شرطاً للزوم، ومقتضى القاعدة في مثل ذلك ^(٢) لزوم الرهن بموت الرهن لانعدام الموضوع الذي ثبت له جواز الفسخ، وليس هذا من الحقوق - كالخيار - حتّى يقال بقيام الوارث مقامه، بل احتمال كونه حكماً كافٍ في عدم ترتّب آثار الحق كما سيأتي، كما أنَّ مقتضاها بقاءه على

(١) ينظر لوامع النكات - كتاب الرهن - (مخطوط)، الورقة: ٣٢٠.

(٢) عبارة «القاعدة في مثل ذلك» أضفناها من نسخة (ش).

جوازه بجنون الراهن أو إغمائه؛ لقيام الموضوع وإن عرض له بعض ما يمنعه عن التصرف بمقتضى جواز فسخه، وذلك لا يمنع عن الأخذ بما يدل على صحته، فيعمل حينئذ بمقتضاه بعد زوال المانع.

وفي قيام وليّ المجنون مقامه كما في المسالك^(١) إشكال؛ لعدم العلم بكون الإقباض الثابت للراهن من الحقوق كي ينتقل إلى وليّه مع رعايته المصلحة، كما في التذكرة^(٢)، ومن الجائز أنه كان من الأحكام، ولا دليل على إحراز كونه من هذا أو ذاك، بل مع تميّز الحق عن الحكم في سائر الموارد أيضاً في غاية الإشكال، فالمرجع حينئذ هو الأصل المؤسس عند الشك القاضي بالاكْتفاء بترتب آثار الحكم.

نعم، لو عرض تلك الحالات للمرتن فالظاهر عدم بطلان العقد، وبقائه على ما كان عليه، وحينئذ إن قلنا بثبوت حق المطالبة للمرتن بالإقباض، فيقوم وليّه مقامه، وإلا - كما هو المختار - فلا.

نعم، لو رضي الراهن بإقباضه اختياراً، ففي كون قبض الوليّ كقبض الراهن أو المرتن إشكال، والله العالم بحقائق الأمور.

(١) ينظر مسالك الأفهام: ٤ / ١٤.

(٢) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٣ / ٢٠١.

[عدم اشتراط استدامة القبض]

وليس استدامة القبض شرطاً، فلو عاد إلى الراهن ولو لم يكن بعنوان الوكالة من المرتهن، أو تصرف فيه ما لا ينافي كونه رهناً، لم يخرج عن حقّ الرهانة من غير خلافٍ وإشكال، بل الإجماع منّا، خلافاً لأبي حنيفة وأحمد ومالك^(١).

واستدلّوا للاستدامة: بالآية^(٢)، ولولا الإجماعات المستفيضة، بل المتواترة على خلافه لأمكن توجيه الآية بوجهٍ حسن، وما ذكرنا سابقاً في ردّها من كون المشتقّ حقيقة في زمان النسبة لا يخلو عن تأمل.

والعجب أنّه في المسالك^(٣) حمل الآية على الإرشاد؛ لدلالاتها على استدامة القبض، وليس شرطاً إجماعاً، فحكم بعدم اشتراط القبض لا في الصحة ولا في اللزوم، مع ردّ أبي حنيفة بأنّ: دلالة الآية على عدم الاستمرار واضح^(٤)، فتأمل.

(١) ينظر: المغني: ٤/ ٤٠٢، الشرح الكبير: ٤/ ٤٢١ - ٤٢٠، حلية العلماء: ٤/ ٤٢٢، بداية المجتهد: ٢/ ٢٧٤.

(٢) البقرة: ٢٨٣.

(٣) ينظر مسالك الأفهام: ٤/ ١١.

(٤) ينظر مسالك الأفهام: ٤/ ١٥.

[رهن ما هو بيد المرتهن]

٩) قوله: «ولو رهن ما هو في يد المرتهن لزم ولو كان غصباً، لتحقق القبض»^(١). ولا يحتاج إلى قبضٍ جديد على المشهور بين الأصحاب^(٢)، بناءً على الشرطيّة، وإلاّ فالبحث ساقط.

وعن بعضهم^(٣) لزوم القبض مجدّداً، وعن تذكرة الفاضل^(٤) التفصيل بين المقبوض صحيحاً كالعارية والوديعة ونحوهما وبين غيره كالمغصوب.

واستدلّ المشهور: بأنّ الشرط - وهو القبض - حاصل، ولا يحتاج إلى تحصيله ثانياً ولو بالإذن، ولو سلّم عدم كفاية القبض السابق فالإرهان إذن لاستدامته.

وفي جواهر الكلام^(٥) التعليل: بأنّ أدلّة اشتراط القبض لا تشمل هذه الصورة، بل هي تختصّ بما لم يكن مقبوضاً رأساً، وأمّا هي فتبقى على أصالة اللزوم.

ومرجعه كما ترى إلى منع اشتراط القبض في الرهن مطلقاً^(٦)، كما أنّ مرجع الأوّلين إلى تسليمه مطلقاً، وإثبات حصول الشرط في المقام.

(١) شرائع الإسلام: ٢ / ٣٣٠.

(٢) ينظر: تحرير الأحكام: ٦٤/٢، الدروس الشرعية: ٣ / ٣٨٤، جامع المقاصد: ٩٦ / ٥، كفاية الأحكام: ١ / ٥٥٥، الحقائق الناضرة: ٢٠ / ٢٣١.

(٣) لم نقف عليه.

(٤) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٣ / ١٨٩ و ١٩٣، في المسألتين ١٤٢ و ١٤٣.

(٥) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٢١٦.

(٦) كلمة «مطلقاً» أضفناها من نسخة (ش)، لاستقامة العبارة.

ولكن يرد على الأوّل: أنّ الشرط هو القبض المستند إلى فعل الراهن المسبّب عن إقباضه، لا مجرد المقبوضة وكونه تحت يده؛ إمّا لأنّ المستفاد من الأدلّة اعتباره لتأكيد الإيجاب وتقويته بالفعل، كما عن خاتم المحقّقين رحمهم الله ^(١)، أو أنّ المؤثّر في العقود والإيقاعات منحصر بالصادر عنهما اختياراً وإلّا انقلب العقود إلى الأحكام، وبالجمله: فالشرط هو الإقباض لا المقبوضة.

كما يرد على الثاني: إنّهُ إن أراد أنّ شاهد حال الراهن دالّ على الرضا بالقبض، ففيه: منع واضح؛ لأنّه قد لا يكون راضياً به، مع أنّ المستفاد من شهادة الحال لا أثر له في باب العقود، بل لا بدّ من كون الإذن مكشوفاً بالقول أو الفعل الصادرين منه وإن ذهب خاتم المحقّقين إلى الأوّل، ولكنّه كما ترى؛ إذ ليس حاله إلّا كنفس العقد الموقوف تأثيره على إنشائه واستكشافه، غاية الأمر كفاية مطلق الكاشف قولاً وفعلاً، ولا عبرة بما لا يكشف عنه قوله أو فعله وإن شهد به حاله. نعم، هو كافٍ في التكاليف، لا في ارتفاع الضمان.

وإن أراد دلالة الارتهان على الرضا بالقبض بالفحوى، كدلالة الإذن في إتلاف العين على الإذن في إتلاف منفعتها، ففيه: أنّه قد لا يرضى به بإرهان ماله، ولا لقبض المرتهن.

وعلى الثالث: أنّ أدلّتها مطلقة، ولا أرى في البين سبباً للانصراف.

ومن هنا يُعلم أنّه لا وجه للفاضل ^(٢) أن يتكل بهذه الوجوه لأحد شقّي تفصيله، كما [لا] يجوز له أن يستدلّ للشقّ الآخر منه - وهو عدم كفاية القبض

(١) تقدّم تخريجه.

(٢) تقدّم تخريجه.

السابق إذا كان مغصوباً - بأنه: قبض منهى عنه، وهو مقتضى الفساد؛ لأنّ النهي في المعاملات لا يوجبه حتّى لو تعلّق بالارتهان، فيسقط حينئذٍ توجيهه: بأنّ غرضه تعلّقه بالركن، وهو لا يقتضيه في غيره.

نعم، يمكن أن يوجّه التفصيل بأنّ: استناد القبض إلى فعل الراهن وإن كان معتبراً ولا ينافي عدم كفاية التخلية كما ذكرنا؛ لأنّ الغرض هناك عدم كفاية مجرّدها قبل حصوله في يد المرتهن كما يكفي في البيع، بل لا بدّ من وضع يده عليه مع استناد الوضع إلى الراهن، ولكن ندعي تحقّق ذلك في غير المغصوب دونه؛ إذ لا يعتبر فيه أزيد من كون الوضع السابق من قبل الراهن واختياره، وكون البقاء تحت يده في اختياره بحيث لو شاء انتزع منه، إذ الاستناد حينئذٍ يتمّ عرفاً، ويحكمون بأنّ الوضع مستندٌ إليه، وهو حاصل في القبض الصحيح كالعارية ونحوها؛ لأنّ استدامته كابتدائه في كونه منه، بخلاف ما لو كان فاسداً؛ فإنّ الأوّل - وهو كون الوضع السابق من الراهن - غير حاصل، فالتفصيل قويّ جدّاً، فتأمّل في أدلّة بقيّة الأقوال.

[بعض الفروع المرتبطة برهن ما في يد المرتهن]

فروع

الأول: لو رهن ما بيد المرتهن ولم يتمكن حين الرهن من انتزاعه لامتناعه فالرهن على القول باشتراط القبض باطل ولو رضي؛ لامتناعه ببقائه في يده، لعدم تحقق الاستناد بعد ما عرفت من توقّفه على الأمرين؛ لانتفاء الثاني، وهو كون البقاء باختياره لكونه مجبوراً فيه لامتناعه.

الثاني: حكى في المسالك^(١) عن التذكرة^(٢) أنّه لا بدّ على القول باشتراط القبض^(٣) من مضيّ زمانٍ يمكن تجديد القبض فيه، بل قطع بذلك مستدلاً عليه: «بأنّ ما دلّ على القبض دلّ على مضيّ الزمان، فإذا تعدّر الأول أو دلّ الدليل على عدم اعتباره في خصوص المورد بقي اعتبار الثاني بحاله.

وأنّ القبض إنّما يعتبر بعد الرهن، وهو لا يتمّ إلّا بالإذن، ثمّ الإذن في القبض يستدعي تحصيله، ومن ضروريّاته مضيّ زمانٍ، فهو دالّ على القبض مطابقةً، وعلى الزمان التزاماً، ولما لزم من القبض الفعلي تحصيل الحاصل أو اجتماع الأمثال المحالان حمل اللفظ على المعنى الالتزامي لتعدّر المطابقي^(٤).

(١) ينظر مسالك الأفهام: ١٦/٤.

(٢) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٣/١٩٣.

(٣) في نسخة (ش): «الثاني: على القول بعدم اشتراط القبض الجديد وكفاية الإذن، فهل في مضيّ الزمان...» إلى آخره.

(٤) مسالك الأفهام: ١٦/٤.

وبأن القبض المعبر فيه هو المقدور منه، ولا تتعلّق القدرة إلا بعد كونه في زمانٍ، فإذا بنينا على كفاية الإذن وبدليته عن القبض، فلا بدّ أن يتعلّق بما هو مقدور، ومع عدم مضيّه لا يتعلّق الإذن بالقبض المقدور المعبر فيه^(١).

ولكن يندفع:

الأوّل: بأنّ ما يدلّ على الزمان يدلّ عليه؛ لكونه مقدّمة لحصول الفعل، لأنّه من ضروريّاته، وحيث لا فعل فلا وجه لاعتبار زمانه.

والثاني: بأنّ بقاء الالتزام بدون المطابقة غير معقول، فتأمّل.

والثالث: بمنع بدليّة الإذن حتّى يلزم تعلّقه بما يعتبر في الرهن من القبض المقدور، مع تأمّل فيه أيضاً، بل اعتبار الإذن لحصول الاستناد المعبر فيه كما تقدّم، وبتحقّقه يتحقّق الاستناد من غير أن يحتاج إلى مضيّ الزمان.

الثالث: قد عرفت اعتبار الإذن المنكشف بالقول أو بالفعل، وعدم [العبرة بما] يستفاد من شاهد الحال، ولكن صرح خاتم المحقّقين رحمته^(٢) بكفايته، وفرّع عليه كفاية وجوده حين العقد، ولزوم بقائه بعده أيضاً؛ لكون القبض معتبراً بعد العقد، فلا بدّ من بقاء الرضا بعده، وحيث إنّ الأصل فاسدٌ فلا ثمرة في البحث في الفرع.

الرابع: لو رهن ما كان مضموناً بالغصب أو بالبيع الفاسد ونحوهما، فهل يرتفع الضمان بمجرد رهن ما في يده أم لا؟

(١) لم نقف على هذا الوجه في مسالك الأفهام.

(٢) ينظر لوامع النكات - كتاب الرهن - (مخطوط)، الورقة: ٣١٩.

قال في القواعد: «الأقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصباً، ويحتمل الضمان؛ لأنَّ الابتداء أضعف من الاستدامة، ويمكن اجتماعه مع الرهن، كما لو تعدَّى المرتهن فيه، فلاإن لا يرفع ابتداء الرهن دوام الضمان أولى»^(١).

و في جامع المقاصد: «هذا الاحتمال اختيار الشيخ في المبسوط»^(٢) والخلاف^(٣)، ويناسب أن يكون توجيهه هذا، سنداً لمنع التنافي المدعى في وجه القرب.

وتحقيقه أن يقال: لا نسلم أنَّ الرهن ينافي الضمان؛ لأنَّ الرهن قد يكون أمانة وقد يكون مضموناً، فيجتمعان، وحيث كان الابتداء أضعف من الاستدامة، بناءً على أنَّ الباقي مستغنٍ عن المؤثر، فإنَّ المبتدأ - أعني المحدث - محتاجٌ إليه، والمستغني أقوى من المحتاج ضرورةً، فعلى هذا يكون دوام الرهن أقوى من ابتدائه، كما أنَّ ابتداء الضمان أضعف من استدامته، فإذا طرأ الضمان - مع ضعفه - بالتعدّي على استدامة الرهن ولم يكن الرهانة - مع قوّتها - رافعةً للضمان، فلاأن لا ترفع الرهانة المبتدأة الضعيفة دوام الضمان الذي هو أقوى من ابتدائه أولى، فيكون سنداً للمنع بأبلغ الوجهين؛ إذ يكفي فيه أن يقال: لا نسلم التنافي، لإمكان اجتماعهما في ما إذا تعدّى المرتهن، ويمكن أن يكون هذا دليلاً بالاستقلال»^(٤) انتهى، وحكي ارتفاعه عن يحيى بن سعيد أيضاً^(٥).

قلت: والأولى لفصل النزاع الرجوع إلى ما يدلّ على عدم احتياج المقبوض

(١) قواعد الأحكام: ١١٦ / ٢.

(٢) ينظر المبسوط: ٢٠٤ / ٢.

(٣) ينظر الخلاف: ٢٢٨ / ٣، المسألة ١٧.

(٤) جامع المقاصد: ٩٧ / ٥.

(٥) ينظر: الجامع للشرائع ٢٨٩، وحكاه عنه في جواهر الكلام: ٢٦ / ٢١٧.

سابقاً إلى قبضٍ جديد، فإن كان الوجه هو أنّ الشرط هو المقبوضيّة - وهي حاصلة - فالأقوى ما في القواعد^(١) إن قلنا إنّ ارتفاع الضمان في الرهن من مقتضيات ماهيّته وينافيه^(٢).

ولكنّ الظاهر أنّه من مقتضى التسليط وإذن المالك، كما يكشف عنه ثبوته لدى التعدي، وحينئذٍ فالأقوى بقاء الضمان؛ لعدم التسليط من المالك، لأنّه يتحقّق بقبضه، ومن يقول بصحّته لا يقول بتحقيقه هنا، بل لأنّ الشرط هو المقبوضيّة وهي حاصلة.

وإن كان الوجه هو كون الإرهان إقباضاً - كما عن الخراساني^(٣) - فالضمان ساقط على التقديرين؛ لحصول الرهنيّة والإقباض.

وإن كان الوجه عدم كون القبض شرطاً في هذه الصورة، لانصراف أدلّته إلى غيرها كما في جواهر الكلام^(٤)، فارتفاع الضمان وعدمه مبنيٌّ على الوجهين. إلّا أن يقال: باستحقاقه القبض على تقدير عدم اشتراطه في صحّته ولزومه كما تقدّم عنه رحمته الله^(٥)؛ إذ يمكن على تقدير كونه حقّاً ثابتاً له في العين أن يقال: بسقوط الضمان حتّى لو قلنا إنّ من مقتضيات التسليط مع عدمه هنا؛ لأنّ كونه في يده حقّ له، فلا يتعقّبهُ الضمان.

(١) ينظر قواعد الأحكام: ١١٦/٢.

(٢) أي: أنّ الرهنيّة تنافي الضمان.

(٣) ينظر كفاية الأحكام ١: ٥٥٥، وفيه: «و لو رهن ما في يد المرتهن لزم من غير حاجة إلى قبضٍ جديد».

(٤) ينظر جواهر الكلام: ٢١٦/٢٦.

(٥) ينظر جواهر الكلام: ٢٠١/٢٦.

وإن قلنا بأن الاستحقاق المذكور مجرد حكم ثابت للراهن، ومرجعه إلى وجوب الإقباض عليه، فالضمان بحاله إلا إذا استأذن منه وأذنه في بقائه، أو من الحاكم لأنه ولي كل ممتنع لو امتنع عن الإذن، وحيث إن محل الكلام عدم حصول الإذن الجديد فالضمان بحاله.

وإن كان الوجه هو ما ذكرنا في تفصيل الفاضل^(١) فالضمان أيضاً بحاله؛ لعدم جريانه كما عرفت في القبض، إذ اللازم على ما ذكرنا تجديد القبض، ولم يحصل، مع كون ارتفاع الضمان من مقتضيات التسليط المفروض عدمه.

الخامس: لو أبرأه في المغصوب وغيره عن الضمان، ففي القواعد: «ولو أبرأ الغاصب عن الضمان والمال في يده فإشكال، منشؤه أنه الإبراء مما لا يجب وجود سبب وجوبه؛ لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف، والأقرب أنه لا يبرأ ولا تصير يده يد أمانة»^(٢).

قلت: لو كان منشأ الإشكال ما ذكره، لكان ما قرّبه أقرب؛ لأن ما ذكره لاحتمال حصول الإبراء من وجود السبب لا يجعل القيمة واجباً على الغاصب بعد عدم تحقق الجزء الأخير الموجب لوجوبها وهو التلف، وكذا لو قلنا بأن الإبراء إذن لبقاء العين في يده لأعميته منه؛ إذ ربّما لا يرضى المالك ببقاء ماله عنده، مع أنه غير مطالب بالقيمة على تقدير تلفه، فهو آثم بتصرفه فيه ما لم يأذن له وإن قلنا بسقوطه بإسقاطه؛ لما عرفت من أن الإسقاط أعم من الإذن في البقاء. ولا يرجع الإسقاط إلى رفع سببية اليد للضمان؛ لأنها غير قابلة للرفع، سواء

(١) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٨٩/١٣ و١٩٣، المسألتان ١٤٢ و١٤٣.

(٢) قواعد الأحكام: ١١٦/٢.

قلنا بجعلها أو انتزاعها من التكاليف؛ لأن ما جعل من الأحكام لمنافع العباد دُنْيَوِيًّا^(١) لا يرتفع بالإسقاط.

نعم، قد يوجّه السقوط بأن مقتضى قوله عَلَيْهِ السَّلَام: «على اليد....»^(٢) الخ، أن عهدة المأخوذ على الآخذ، وهي كالملكية أمرٌ موجود يرتبط بكل من الآخذ والمأخوذ، وثمرتها ثبوت القيمة عليه عند تلفه.

وإن شئت قلت: إن مفاده تهيؤ ذمة الآخذ للضمان بالتلف، والإبراء حينئذ يرجع إلى إسقاط هذا الذي وجد وتحقق، فليس حينئذ إبراء لما لم يجب.

نعم، لو قلنا بأن مفاده نفس التكليف فالإسقاط إبراء لما لم يجب، ولكن مع ذلك يمكن أن يقال: إن ما ذكرنا ينفع لو قلنا إن هذا الموجود من الحقوق القابلة للإسقاط، واحتمال كونه من الأحكام - كما هو الأصل لدى الشك - كافٍ في قدح هذا التوهم.

ومن هنا يُعلم أنه لا يمكن التمسك بعموم «الناس مسلطون على أموالهم»^(٣) لإثبات سقوطه بالإبراء؛ لأنه فرع كونه حقاً لا حكماً.

هذا إذا رهن المغصوب، ولو آجره، أو أودعه، أو أعاره الغاصب، أو وكله ففي القواعد: «ولو أودع الغاصب أو آجره فالأقرب زوال الضمان، وفي العارية والتوكيل بالبيع والإعتاق نظر»^(٤)، انتهى.

(١) في الأصل: «دنيا»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٢) عوالي اللآلي: ٣٤٤/٢، ح ١٠، مستدرك الوسائل: ١٤/٨ ب ١ من أبواب كتاب الوديعة، ح ١٢.

(٣) عوالي اللآلي: ٢٠٨/٣، ح ٤٩، سنن أبي داود: ٢٩٦/٣ ح ٣٥٦١، سنن الترمذي: ٥٦٦/٣ ح ١٢٦٦.

(٤) قواعد الأحكام: ١١٦/٢.

قلت: الظاهر عدم الإشكال في ارتفاع الضمان بالوديعة^(١)؛ لمنافاته الاستنابة في الحفظ، وأمّا العارية فعن الشارح العميدي رحمته الله^(٢) عدم ارتفاعه؛ لكون القبض [في الوديعة] لمصلحة المالك، بخلافه في العارية، فإنّه لمصلحة القابض.

وفيه: أنّ هذا الفرق وإن كان ظاهر الأصحاب إلّا أنّه لا يجدي في المقام، والأولى الفرق بأنّ: عدم الضمان في العارية قضية إطلاقها وعدم اشتراطها به، بخلاف الوديعة^(٣) فإنّه يُستفاد من مفهومها.

ولكنّ الإنصاف: أنّه أيضاً كالفرق بينهما - بدلالة العارية على عدم الضمان بالالتزام، والوديعة بالمطابقة - غير كافٍ، فتدبّر.

وأمّا التوكيل بالبيع فالظاهر عدم ارتفاع الضمان به؛ لعدم دلالة على الإذن بالقبض بشيء من الدلالات، وكذا التوكيل في الإعتاق.

وقد يُقال: إنّّه حيث كان إذناً في إعدام الملك وإخراجه عن ملكه فيدلّ على الإذن في القبض بالفحوى، ورجاء العوض الأخرى لا ينافي كون الإذن في الإخراج مجّاناً بخلاف الإذن في البيع، فإنّه لرجاء العوض الدنيوي، وهو لا يستلزم الإذن في القبض.

هذا إذا كان سبب الضمان هو الغصب ثمّ عرضه العناوين المذكورة، ولو كان هو التفريط أو اشتراط الضمان ففي القواعد: «أنّ المستعير المفرط أو المشروط عليه الضمان أو القابض بالسوم أو الشراء الفاسد، فالأقرب زوال

(١) في الأصل: «العارية»، والصواب ما أثبتناه، ويؤيده ما في نسخة (ش) من لفظة «الإيداع».

(٢) ينظر كنز الفوائد: ٥٠٨/١.

(٣) في الأصل: «العارية»، والصواب ما أثبتناه.

الضمان عنهم بالارتهان؛ لأنّ ضمانهم أخفّ من ضمان الغاصب»^(١)، وعن الفخر^(٢) عدم الإشكال فيه عدا العارية المشروطة فيها الضمان.

ولكنّ الإنصاف: أنّ الحكم بالضمان في الجميع لا يخلو عن وجهٍ وإن قلنا بكفاية القبض السابق في الرهن وعدم احتياجه إلى إذنٍ جديد؛ لما عرفت من أنّ القبض ابتداءً وإبقاءً إذا كان باختياره وإن كان كافياً في استناد القبض إلى الراهن إلّا أنّه لا يكفي في ارتفاع الضمان، لأنّ هذا القبض من حين حدوثه - مع كون الاستناد إليه أقوى - إذا كان لا يرفع به الضمان فكيف يرفع باستدامته مع ضعف الاستناد؟ إذ مجرد الاستيثاق والتسليط لا ينفع في رفع الضمان إلّا إذا كان مجّاناً غير مترقّبٍ لعوضٍ عاجلٍ أو آجلٍ، والإذن في الأمور المذكورة ليس كذلك جزماً، والمفروض عدم تحقّق إذنٍ جديد بعد الرهن، فالضمان بحاله.

نعم، لو أذن إذنًا جديدًا ففي جواهر الكلام^(٣) ارتفاعه بإذن الاستدامة وفاقاً لجماعة^(٤)، بل عن حواشي الشهيد^(٥) نفي الخلاف عنه؛ لانتقاض الحال الأوّل، هو شبه الوكالة في القبض عنه.

ولكن للإشكال فيه مجال، بل القول بعدمه لا يخلو عن قوّة، نظراً إلى أنّ ضمان الغاصب وغيره من الأيدي المضمونة مستندٌ إلى ما تحقّق منه من الغصب آن حدوثه، فحدوثه مقتضى لبث العهدة والضمان إلى أن يتحقّق الرافع أعني

(١) ينظر قواعد الأحكام: ١١٧/٢.

(٢) ينظر إيضاح الفوائد: ٢٨/٢.

(٣) ينظر جواهر الكلام: ٢١٦/٢٦.

(٤) ينظر الجامع للشرائع: ٢٨٩، مسالك الأفهام: ٥٨/٤، الحدايق الناضرة: ٢٣١/٢٠.

(٥) حكاه عنها في مفتاح الكرامة: ٤٦١/١٥.

قوله: «حتى تؤدّي»^(١)، كما أنّ الحكم بعدم الضمان في موارد الأمانات مستندٌ إلى عدم المقتضي له؛ لكون اليد مخصّصة بأدلتها، وقضائها كالأصل بعدم المقتضي له، ومن البين أنّه لا تعارض بين ما يقتضي وما لا يقتضي^(٢).

وإن أبيت عن ذلك وادّعت قضائها عدم الضمان لقضاء اليد له، وليس ببعيدٍ في خصوص الوديعة دون غيرها، فغاية الأمر هو التساقط والرجوع إلى استصحاب الضمان؛ لكونه حاكماً على أصالة عدمه، إلّا أن يدعى حصول الغاية الرافعة بالإذن بقاء العين زعماً لشمول التأدية له، أو يدعى أنّ الإذن في البقاء نوع توكيل له في القبض.

أو يُقال: إنّ أدلة الأمانات كما تدلّ على عدم اقتضاء اليد الضمان أو اقتضاؤها عدمه إذا كان حدوثها بتلك العناوين، كذلك تدلّ على عدم الاقتضاء أو اقتضاء العدم مع طرّوها بعد أن كان اليد حين حدوثها غصباً، بأن يكون عروض تلك العناوين كاشفاً عن عدم كون اليد حين حدوثها مقتضية له، فالأمانات كما تكون رافعة للضمان كذلك تكون دافعة له.

ولكن كلّها دعاوى لا يساعدها الدليل؛ لعدم صدق حقيقة الأداء على الإذن بالبقاء، كما أنّ دعوى كونه توكيلاً - مع منعها - لا تنفع في دفعه بعد

(١) تقدّم تخريجه في ص ١٢٣ رقم (٢).

(٢) يوجد في (ش) بدل قوله «كما أنّ الحكم بعدم الضمان - إلى قوله - وما لا يقتضي»: «والحكم بعدم الضمان في جميع عناوين الأمانات من الوديعة والعارية والرهن ونحوها إنّما هو لأجل أنّه لا مقتضي له معها؛ لأنّ ما يقتضيه من اليد مخصّصة بأدلة تلك العناوين، لأنّ مقتضاها عدم اقتضاء اليد فيها ضمان المال، مع أنّ مقتضى الأصل عدمه، فيحكم بعدم الضمان لأجل ذلك، ولا خفاء في أنّه لا تعارض بين ما يقتضي وبين ما لا يقتضي».

عدم صدق الغاية له، مع ما سيجيء في صحّة هذه الوكالة، وكذا إثبات رافعيّة العناوين من أدلتها في غاية الإشكال.

والعجب أنّه في جواهر الكلام^(١) إعترض على مَنْ منع صدق التّأدية له بمنعه، مع استناد اليد فيه إلى إذن المالك، وأنّه من تصرفه فيه، فهو كما لو تاب الغاصب وطلب من المالك قبض ماله، فقال له: «ليبق عندك وديعة»، وكما لو رهنه عند غير الغاصب وأذن المرتهن في قبضه وقبضه، وقطع بعدم الضمان فيها، وادّعى أنّه ظلم واضح.

ثمّ ادّعى صدق التّأدية على مثله، ولا ينحصر بالقبض الفعلي حينئذٍ، لأنّ الجمود على ظاهر الخبر يقتضي عدم صدقها على الإذن بالبقاء، ولازمه الضمان على التائب أيضاً قبل التّأدية، والقطع بلا مستند بعد مساعدة الدليل على ما ذكرنا.

وأما مثال الإرتهان عند غير الغاصب فارْتفاعه محصول الغاية بعد كون يد الوكيل يد الموكل، والفرق بين إذن غير الغاصب في القبض وبين إذنه في البقاء بحصول الأداء في الأوّل دون الثاني في غاية الوضوح.

نعم، يرد علينا: النقض بما إذا باعه المالك من الغاصب، ولكنّه مدفوع: بأنّ الضمان للمالك عليه، وبعد تحقّق البيع لا مالك هنا عدا من بيده العين.

فالأقوى حينئذٍ عدم ارتفاع الضمان، والإجماع على خلافنا كما عن حواشي الشهيد^(٢) غير معلوم، بل معلوم العدم، لظهور عبارة الفاضل في التذكرة ثبوت

(١) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٢١٨.

(٢) حكاه عنها في مفتاح الكرامة: ١٥ / ٤٦١.

الخلاف، بل اختار عدم السقوط، حيث قال: «لو رهن المالك ماله المغصوب في يد الغاصب صحَّ، وعلى قولنا بعدم اشتراط القبض يصير رهناً بمجرد العقد، وعلى القول باشتراطه لا بدَّ من مضي زمانٍ يمكن فيه تجديد القبض مع إذن فيه كما تقدّم جديداً، وهو أحد قولي الشافعية^(١)، والثاني: القطع في الغصب بافتقاره إلى إذنٍ جديد، لأنَّ يده غير صادرة عن إذن المالك أصلاً.

إذا عرفت هذا، فإذا رهن الغصب أو المستعار المشروطة فيه الضمان، أو المستام، أو المبيع فاسداً صحَّ الرهن إجماعاً، وهل يزول الضمان بالرهن؟ قال الشيخ: لا يزول، ويثبت فيه حكم الرهن، والحكم الذي كان ثابتاً فيه يبقى بحاله، وبه قال الشافعي ومالك وأبو ثور^(٢)، ثم ذكر استدلالهم، ثم حكى عن أبي حنيفة ومالك وأحمد زوال الضمان، وذكر استدلالهم^(٣).

ثم قال: «يمنع استلزام إذن الإمساك رهناً لعدم الضمان؛ فإنَّ المرتهن إذا تعدّى والمودع وغيرهما من الأئمة مأذون لهم في الإمساك مع ثبوت الضمان»^(٣)، إلى آخر كلامه رفع الله رتبته.

فإنَّه لا يخفى ظهور كلامه صدرأً وذيلاً في أنَّ قول الشيخ بالضمان يعمُّ صورة الإذن، وما ذكره رحمته الله في ردِّهم صريح فيها، فتدبر لعلَّك ترى غيرهما من الأصحاب أيضاً على الضمان.

فظهر أنَّ حكمنا بالضمان في صورة عدم الإذن من الراهن مجدداً مبنيٌّ على

(١) ينظر: العزيز في شرح الوجيز: ٤/ ٤٧٥، روضة الطالبين: ٣/ ٣٠٩ - ٣١٠.

(٢) ينظر الخلاف: ٣/ ٢٢٨، المسألة ١٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: ١٣/ ١٩٥.

كفاية الإذن الجديد في سقوطه، وإلا كما عرفت - وهو الأقوى - بقاء الضمان في جميع صور عدم الإذن بعد الرهن وغيره من الأمانات، والله العالم.

[رهن ما هو غائب]

١٠ قوله: «ولو رهن ما هو غائب لم يصير رهناً، حتى يحضر المرتهن أو القائم مقامه عند الرهن ويقبضه»^(١).

أقول: ولعل غرضه من [ال]تعرض [ل]هذا الفرع دفع توهم سقوط القبض إذا تعذر، أو دفع توهم كفاية التخلية في صورة الغيبة، وإلا فبعد اشتراطه في الرهن كان عدم صيرورة الرهن رهناً عند عدم القدرة عليه بالغيبة ونحوها - ولو قلنا بحصوله في التخلية - مفهوماً من اشتراط القبض من غير أن يحتاج إلى [التعرض له]^(٢)، نعم يحتاج إلى التنبيه، وكيف كان فهانها^(٣) فرعان:

أحدهما: إنه بعد ما عرفت من كفاية الإذن بالبقاء في القبض إذا كان العين حاضراً بيد المرتهن، فهل يكفي ذلك في ما إذا كان العين غائباً أم لا؟
الظاهر العدم، لأن حقيقة اليد والاستيلاء والسلطنة لا تصدق عرفاً إلا على

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٠/٢.

(٢) في الأصل: «تعرضه»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٣) عبارة «وكيف كان فهانها» أضفناها من نسخة (ش).

ما كان حاضراً عنده على وجهٍ يقدر على أنحاء التصرفات، لا على ما كان غائباً ولا سلطنة له عليه، وإن كان عليه يد حكمية ربّما ينتفع بها في ما لا يتوقّف على حضوره كالبيع، وصيرورته ذي اليد في مقام المرافعة، نظير يد الصغير اللقيط الكاشفة عن كون ثيابه ملكاً له، ومثل هذه الاستيلاء لا يكفي في الرهن الذي شرع للاستيثاق، بل لا بدّ من السلطنة التامة التي لا تحقّق لها في الأعيان الغائبة. ومن هنا قد يفصل بين ما إذا كان زمان حلول الدين أزيد من زمان الوصول إلى العين المرهونة، بأن يكون مؤجّلاً بأجلٍ يسع الوصول إلى الرهن وبين غيره، بكفاية الإذن في الأوّل - لحصول الاستيثاق - دون الثاني.

والإنصاف: أنّ الاكتفاء بمجرد حصول الاستيثاق في صحّة الرهن مع عدم تحقّق اليد حقيقةً مشكل، لأنّه حكمه له لا علة تدور الصحّة مداره.

مضافاً إلى ما عرفت من أنّ المعتبر هو المقبوضة المستندة إلى الراهن، كما عرفت أنّ الاستناد لا يتحقّق إلّا مع كون الرهن حين إذنه بقاءً واستدامةً تحت قدرته بحيث يتمكن من انتزاعه، ولا قدرة عليه مع الغيبة، فلا استناد، فالمسألة لا تخلو عن إشكالٍ وإن كان القول بعدم الاكتفاء بالإذن في البقاء كما في جواهر الكلام^(١) لا يخلو من قوّة.

ومن هنا يظهر حال ما لو كانت العين الغائبة بيد وكيل المرتهن باليد الحقيقية، إذ يمكن إن يقال: إنّ يده عليه يد حقيقة، لكون يد الوكيل يد الموكل، إلّا أنّ الأقوى استصحاب عدم صيرورته رهناً إلّا إذا حضر المرتهن أو القائم مقامه عند الرهن حتّى يقبضه.

(١) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٢٣.

وثانيهما: أنه لا إشكال - بل لا خلاف - في أن القبض من الأمور القابلة للتوكيل كالإقباض، وقضية ذلك جواز توكيل المرتهن غير الراهن في قبض الرهن. ولكن في جواز توكيل الراهن إشكال، بل صرح قي القواعد^(١) بعدم جوازه، واستدل له في مفتاح الكرامة: بأن القبض يحتاج إلى اثنين، والراهن مع كونه مقبضاً لا يجوز أن يكون قابضاً^(٢).

وفي جامع المقاصد: (أنه منافٍ للاستيثاق الذي شرع لأجله الرهن، وكونه في يد الراهن مثل ما لا رهن أبداً)^(٣).

ولعل الأول أخذ ذلك من اعتبار تعدد الموجب والقابل في النكاح على ما رآه بعضهم^(٤)، وفي الأصل ضعف وإن وردت فيه رواية^(٥)؛ لإمكان حملها على الإرشاد إلى أن مباشرة الزوج لطرفي النكاح ربما يؤدي إلى التنازع، كما فهمه المتأخرون، فكيف التعدي منه إلى القبض وغيره من الأفعال القائمة بالاثنتين، وأما الثاني فقد عرفت أن الاستيثاق حكمة، لا علة يدور الحكم معه.

والأولى أن يستدل له بما عن خاتم المحققين^(٦) من: أن التوكيل لا يتحقق

(١) ينظر قواعد الأحكام: ١١٧/٢.

(٢) مفتاح الكرامة: ٤٧١/١٥ - ٤٧٠، ولا يخفى أنه ﷺ أجاب عنه بقوله: «يجوز للواحد تولي طرفي العقد و القبض إلى آخره».

(٣) ينظر جامع المقاصد: ١٠٣/٥.

(٤) حكاها في جواهر الكلام: ٣٢٩/٢٢ عن شرح الأستاذ الشيخ جعفر الكبير حيث قال: ومن ذلك يظهر لك ما في شرح الأستاذ من الاستدلال بالانصراف إلى المغايرة الحقيقية لأنها الفرد الشائع.

(٥) وسائل الشيعة: ٢٠/٢٨٨، ب ١٠ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٤، و تهذيب الأحكام: ٧/

٣٧٨، ح ١٥٢٩، والاستبصار: ٣/٢٣٣، ح ٨٤١

(٦) ينظر لوامع النكات - كتاب الرهن - (مخطوط)، الورقة: ٣٢٣.

في ما ليس فيه حركة ولا فعلٌ من الأفعال الخارجيّة، بل لا معنى له في غيرها؛ لأنّ الاستنابة لا تتحقّق إلّا فيها، فتوكيل الراهن في القبض حسنٌ إذا صدر منه فعلٌ من الأفعال، بأن ينقل العين من موضعٍ إلى موضعٍ آخر بقصد القبض، وإلّا بأن لا يصدر منه فعلٌ [في] المنقول، أو إيجاد مقدّماته من التخلية في غيره، فلا.

ولعلّ هذا التفصيل هو الذي يقتضيه الجمود على أدلّة التوكيل من غير فرق بين ما إذا كان الرهن حاضراً عند الراهن أم لا، بل عدم الجواز في الثاني أولى. ومنه يعلم أنّه لو اقترض الوليّ مال الطفل كان عليه رهن شيء من أمواله، وإيجاد شيء من الأفعال^(١) الخارجيّة؛ لتحقّق القبض والإقباض^(٢)، حيث لا الاستدانة من ماله إلّا بالرهن، والله العالم.

(١) في الأصل: «أفعاله»، وما أثبتناه أوفق بالسياق.

(٢) كلمة «والإقباض» أضفناها من (ش)؛ لاستقامة العبارة.

[إقرار الراهن بالإقباض]

(١١) قوله: «و لو أقرّ الراهن بالإقباض قضى عليه إذا لم يعلم كذبه، ولو رجع لم يقبل رجوعه، وتسمع دعواه لو ادّعى المواطأة على الإشهاد، ويتوجّه اليمين على المرتهن على الأ شبه»^(١).

أقول: رجوعه عمّا أقرّ به تارةً لتصرفه في جهة الكلام، ودعوى عدم قصده لبيان الواقع بدعوى تعمّد الكذب تشهياً وعصيانياً، أو مزاحاً واستهزاءً، أو مواطأةً، أو ضرورةً وإكراهاً، ونحوه من الأمور الراجعة إلى جلب المنفعة أو دفع المضرة. وأخرى: بدعوى الغلط والخطأ والاشتباه، بأن يدّعي: «أنّي أقبضته بالقول، وظننت كفايته في حصول القبض»، أو «استندت فيه إلى كتاب كتبه إلى وكيلي فظهر التزوير»، ونحوه.

وثالثة: بدعوى التأويل في كلامه والتجوّز، بأن يراد: أنّ المراد بالإقباض الذي أقررت به هو الإقباض القولي، أو أنّ المراد من لفظ الماضي الإستقبال، ونحوها من التأويلات الممكنة.

وعلى التقادير إمّا أن يذكر مستنداً لدعواه - مثل ما تقدّم من الأمور - أم لا، وعلى الثاني إمّا أن يحتمل في حقّه شيء يمكن أن يستند إليه لدعواه أم لا، فهذه تسعة تحصل من ضرب الثلاثة في الثلاثة، وعلى التقادير إمّا أن يثبت إقراره بالبيّنة، أو اعترف به في مجلس القضاء، فهذه ثمانية عشر.

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٠/٢.

والظاهر عدم الإشكال والخلاف في [فرض] دعواه تعمّد الكذب تشهياً؛
لأنّه المتيقّن من الرجوع عن الإقرار الذي لا خلاف في عدم سماعه.

ثمّ إنّ الأقوال المحتملة ثمانية بملاحظة التقسيم الأوّل: السماع مطلقاً، وعدمه
كذلك، والتفصيل بين الأوّل والأخيرين بالسماع في الأوّل دونهما، وعكسه،
والتفصيل بين الأوّل والأخير وبين الثاني بالسماع فيهما دونه وعكسه، والتفصيل
بين الأوّلين والأخير بالسماع فيهما دونه وعكسه.

ويزيد احتمال القول بملاحظة التقسيم الثاني - وهو التفصيل بين ذكر المستند
وعدمه - بالسماع في الأوّل دون الثاني، ويحتمل إلحاق ما احتمل المستند ولم يذكره
بها إذا ذكره في الحكم بالسماع.

وقد يفصل بملاحظة التقسيم الثالث بين ما إذا اعترف به أو ثبتت بالبيّنة
بالسماع في الثاني دون الأوّل.

ولكن وجود القول على الجميع بين العامّة والخاصّة مشكل.

وصرح خاتم المجتهدين^(١) بوجود القول بالإثبات والنفي المطلقين، وحكى
الأوّل عن التذكرة^(٢) في غير دعوى المزاح، واعترف بعدم تحقّق القائل بالثاني،
والتفصيل بين دعوى تعمّد الكذب ودعوى الخطأ والتجوّز بالسماع في الأخيرين
دون الأوّل، ونسبه المصنّف^(٣) في كتاب الإقرار إلى قول.

(١) ينظر لوامع النكات - كتاب الرهن - (مخطوط)، الورقة: ٣٢٥.

(٢) ينظر تذكرة الفقهاء: ٣٣٧/١٣.

(٣) ينظر شرائع الإسلام: ١٢٣ / ٣ - ١٢٢، حيث قال: «إذا أشهد بالبيع وقبض الثمن، ثمّ أنكر في ما بعد،
وادّعى أنّه أشهد تبعاً للعادة ولم يقبض، قيل: لا يقبل دعواه، لأنّه مكذب لإقراره، وقيل: يقبل، لأنّه ادّعى
ما هو معناه، وهو أشبه».

والتفصيل بين ذكر المستند وغيره بالسماع في الأوّل إذا كان مستنده في دعوى الكذب أمراً ظاهراً غالب الوقوع كدعوى المواطأة للإشهاد مع عدم كون التجوّز والخطأ مستنكراً عادةً، ولو ادّعى ما لا يحتمل في حقّه لم يسمع، ولعلّ هذا هو المشهور بين الأصحاب، والتفصيل بين ما لو أقرّ أو ثبت بالبيّنة بعدم السماع في الأوّل والسماع في الثاني لا مطلقاً، بل على التفصيل المذكور في القول الخامس، ولعلّه من الدروس^(١).

ثم إنّ الحكم بالسماع في جميع الصور إمّا لأجل عدم كون الدعوى رجوعاً عن الإقرار بعد التسالم على عدم السماع في صورة الرجوع، وإمّا لمنع عدم السماع في جميع صور الرجوع، ومن هنا يتطرّق الإحتمالين في قول المصنّف: «ويسمع دعوى المواطأة»^(٢)، إذ يحتمل أن يكون ذلك لعدم كونها رجوعاً، كما يحتمل أن يكون لمنع عدم السماع في جميع صور الرجوع.

وتوضيح المقام يستدعي رسم أمور:

منها: أنّ الإقرار لغة^(٣): الإثبات، ومنه التقرير، أي: التثبت، وعن القاموس^(٤) هو: الإلزام بالحقّ^(٥)، وعند الفقهاء: «إخبار جازم بحقّ لازم»^(٦)، وهو أخصّ من الإثبات.

(١) ينظر الدروس الشرعيّة: ٣٨٧ / ٣.

(٢) شرائع الإسلام: ٣٣٠ / ٢.

(٣) ينظر: العين: ٢٢ / ٥، جمهرة اللغة: ١ / ١٢٥، تهذيب اللغة: ٨ / ٢٢٧.

(٤) حكاه عنه في مفتاح الكرامة: ٢٢ / ٢٨١.

(٥) ينظر القاموس المحيط: ٢ / ١٦٤، مادة (قرر)، وفيه «الإذعان» بدل «الإلزام».

(٦) ينظر: الروضة البهيّة: ٦ / ٣٨٠، التنقيح الرائع: ٣ / ٤٩٠، جامع المقاصد: ٩ / ١٩٥.

ولا ثمرة في أنه حقيقة شرعية أو متشرعية، أو عرفية، أو مجاز كاستعمال العام في الخاص؛ لإمكان استفادة ذلك من قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(١)، وغيره^(٢) من الأخبار بقرائن ذكرت^(٣) من غير حاجة إلى الالتزام بالنقل.

ومنها: أن اللفظ الصادر حين إخباره بالحق اللازم [هل هو] معتبر من باب الموضوعية، كبعض الألفاظ الصادرة من المرتد المحكوم بكفر قائله، وإن شك في اعتقاده بمضمونه، بل ولو علم عدم اعتقاده، أو من باب الطريقية والكشف عن اعتقاد القائل، أو عن الواقع، أو عن أحدهما، أو هما معاً؟ وجوه واحتمالات^(٤).

وهذا أحسن مما صنعه خاتم المحققين رحمته الله^(٥) في التفصيل من أن إخبار المتلفظ بالجملة الخبرية كقوله: «له علي ألف درهم» يشمل أموراً:

أحدها: اللفظ، أعني الصوت المشتمل على الحروف الهجائية.

وثانيها: النسبة الذهنية التي تكشف عنها الألفاظ في الأخبار الصادقة والكاذبة، وهي مدلول للجملة الخبرية.

وثالثها: النسبة الواقعية، أعني التزامه واقعاً بكون الألف في ذمته، فكل كلام له نسبة ذهنية إن طابقت النسبة الواقعية فصديق وإلا فكاذب، إلى آخر ما أفاده^(٦).

(١) عوالي اللآلي: ٢٢٣/١، ح ١٠٤، وسائل الشيعة: ١٨٤/٢٣، ب ٣ من كتاب الإقرار، ح ٤، ومستدرک الوسائل: ٣١ / ١٦، ب ٢ من كتاب الإقرار، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ١٨٥/٢٣ ب ٢ من ابواب الإقرار ح ١، وب ٤ ح ١، وب ٥ ح ١.

(٣) في الأصل «ذكر»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٤) يحتمل وقوع السقط هنا.

(٥) ينظر لوامع النكات - كتاب الرهن - (مخطوط)، الورقة: ٣٢٤.

(٦) المصدر المتقدم.

لأن النسبة الذهنية الكلامية عين الكلام النفسي، كما في محله، ولا نتعقل في الجملة خبرية الألفاظ والاعتقاد بمضمونها والواقع.

وكيف كان، فالظاهر أن الاحتمال الأول مخالف للإجماع وإن كان يقتضيه الجمود بظاهر الحديث الشريف، فإنه ظاهر في أن النفوذ من أحكام الإقرار وإنه سبب له.

إلا أن يقال: إن ثمرته تظهر في ما لو أقر بشيء وعلمنا مخالفته للواقع واعتقاده.

ولكن في صدق الإقرار عليه نظراً، سيما بعد ملاحظة ما عن القاموس^(١)؛ إذ لا إذعان مع الكذب الخبري، ولم يدعه أيضاً أحد، وإن كان يوهم أنه ظاهر توجيه النراقي^(٢) للتفكيك في آثار الزوجية بين الزوجين إذا أقر بها وأنكرتها، زعماً منه أن الآثار للزوجية، وحيث إن الزوج مقر بها فيحكم عليه بها دون الزوجة.

وهو كما ترى - مع ظهوره في كون الإقرار طريقاً للاعتقاد - مردوداً بما في العناوين^(٣) من أن لازمه عدم السماع إذا علمنا بكذبه المخبري واحتملنا صدقه الخبري، مع أن مجرد احتمال مطابقة الواقع كافٍ في سماعه، ولو علمنا بعدم اعتقاد المخبر، بل اعتقاد عدمه حينئذٍ، وظاهره اعتبار الكشف عن الواقع.

وتظهر ثمرته بين احتمالات الطريقية في أمرين:

(١) تقدّم تخريجه في ص ١٣٥ رقم ٥.

(٢) ينظر عوائد الأيام: ٤٩٥، العائدة ٤٨.

(٣) ينظر العناوين: ٦٤٠/٢ - ٦٤١.

أحدهما: ما إذا علمنا كذب المقرّ اعتقاداً واحتمل مطابقتها الواقع.
والثاني: عكسه.

ولا إشكال بل لا خلاف في عدم السماع على الثاني، وأمّا الأوّل فالظاهر أيضاً عدم سماعه، وإن كان ظاهر العناوين^(١) سماعه، بل [أرسله] إرسال المسلّمات فيه، وهو كما ترى؛ لمنع تحقّق الإقرار بما هو جازم بخلافه، لمجرّد مطابقة الواقع وصدقه عليه، أمّا على ما في القاموس فواضح، وأمّا على ما هو ظاهر الفقهاء فلعدم صدق الإخبار الجزمي على ما يصدر ممّن هو جازم بخلافه.

ودعوى: صدقه عليه على القول بالكلام النفسي، لأنّه نظير الإنشاء القائم بالنفس كإنشاء البيع، وعلى القول بعدمه؛ لأنّه كسائر الإنشاءات من الطلب والبيع والصلح عنوان يعرض لللفظ مثلها.

مدفوعة: بأنّه لو علم المقرّ بخلاف ما يقرّ به ليس في ضميره ما يصدق عليه الإقرار؛ إذ غاية ما يلزم على القول بالكلام النفسي وجود نسبة ذهنيّة في ضميره حتّى في الأخبار الكاذبة، وتحقّق الإقرار مبنيّ على تحقّق العلم المنفيّ في محلّ الفرض سيّما على تفسير القاموس، وكذا على القول بأنّه من عناوين اللفظ؛ لأنّ هذا العنوان إنّما يعرض اللفظ إذا علم بمضمون القضية في الإخبار، وبالصلاح المسمّى بـ «الإرادة»، وإذا كان الفرض فرض عدمه فليس هنا ما يتولّد منه عنوان يعرض اللفظ، فتأمل.

ولو سلّم صدق الإقرار عليه، فبعد الإجماع على عدم كونه من باب

(١) ينظر المصدر المتقدّم.

الموضوعية - بل الطريقية إلى الاعتقاد فقط - نعلم أن الشارع اعتبره لجهة لا نعلمها، فتردد بين أن يكون طريقاً إلى الواقع فقط، أو إليه والاعتقاد معاً؛ لأن احتمال كونه طريقاً إلى أحدهما مطلقاً سواء كان واقعاً أو اعتقاداً مندفع بالإجماع على عدم سماع ما خالف الواقع وإن احتمل موافقته الاعتقاد، فيكون الحديث الشريف بمنزلة العام المخصّص بالمجمل، فيجب الأخذ حينئذٍ بالقدر المتيقن، وهو كونه طريقاً إليهما معاً.

ودعوى: إرجاع الأمر إلى الأقل والأكثر؛ لأن للطريقية إلى الواقع مدخلية جزماً بعد بطلان الإعتقاد وحده، والشك في مدخليته مع الواقع، فيجب الأخذ بالأقل.

مدفوعة: بأنه لا يعقل الطريقية إلى الواقع بدون مدخلية الاعتقاد، إذ الخبر لا يكون كاشفاً عن الواقع إلا بعد كونه معتقداً به، فاحتمال مطابقة الاعتقاد معتبرٌ جزماً، وحيث قام الإجماع على عدم اعتباره مع العلم بمخالفة الواقع، فالمتيقن حينئذٍ هو اعتبارهما معاً.

نعم، احتمال الواقع وإن كان متيقناً إلا أنه لا يجدي بعد إجمال الحديث، وعدم وجود إطلاق يؤخذ به ويشمله وحده حتى يرجع في نفي غيره إلى الأصل، فالأقوى اعتبارهما معاً.

ومنها: أن كلمات الأصحاب وإن كانت مضطربة إلا أن التأمل في مجامع كلماتهم في كتاب الإقرار والمقام يعطي أن المسلم بينهم هو لغوية الرجوع عما أقر به، وإلزامه به من غير التفات إلى رجوعه، فالراجع عن الإقرار كغيره في الإلزام، وحينئذٍ فالإلزام تحقيق معنى الرجوع كي يحكم بنفي سماع ما يصدق هو

عليه بالإجماع، وإقامة الدليل لهذه القضية المجمع عليها كي يؤخذ به في فروعها.

[تحقيق معنى الرجوع عن الإقرار]

فنقول: أمّا «الرجوع» فليس عنواناً في الأدلة، ولا في الإجماع؛ لاختلاف تعابيرهم بين عدم سماع الرجوع عن الإقرار، وبين عدم سماع الإنكار، وبين عدم سماع ما ينافيه، وبين عدم سماع ما يضاده، وبين عدم سماع ما يخالفه، وليس معقد الإجماع لفظاً واحداً يؤخذ به.

نعم، والمحصل من المجموع تعقب الإقرار بما يناقضه، بأن تكون القضية المقرّ بها متّحدة مع ما يتعقبها موضوعاً ومحمولاً عند السلب والإيجاب، بحيث لا يتعرّض ما يتعقبها لما سبق بإظهار تأويل فيه، بأن أقرّ أولاً بقبضه أمراً ثمّ نفاه^(١) أو العكس، فهذا هو القدر المتيقّن من المجموع، ولكن هذا المقدار لا ينفع في شيء من الصور المتقدمة؛ لعدم كونها منطبقاً لما جعلناه متيقّناً، وحينئذٍ فلا بدّ من صرف الكلام إلى الدليل والتكلّم في ما يصلح أن يستند إليه، وهو من وجوه:

أحدها: الإجماع، ولم يظهر من أحد مخالفته عدا الشيخ في المبسوط^(٢) والعلامة في التذكرة^(٣)؛ فحكما بالسماع إذا ادّعى المقرّ بالإقباض عدمه، وهذا

(١) في (ش): «كأن يقول أولاً: أقبضت، ويقول ثانياً: ما أقبضت» بدل «بقبضه أمراً ثمّ نفاه».

(٢) ينظر المبسوط: ١٥٦/٢.

(٣) ينظر تذكرة الفقهاء: ٣٣٧/١٣.

عين المتيقن الذي استفدناه من كلماتهم، وإن أُوِّل^(١) كلامهما بما لا ينافي الإجماع، ولكن الاتكال عليه مشكّل، أمّا على تقدير عدم التأويل فواضح؛ لكشف مخالفتها عن عدم تحقّق الإجماع؛ لمكان الاختلاف، فلا ينفع حينئذٍ في الصور الخلافية، كما لا ينفع فيها على تقدير التأويل أيضاً.

وثانيها: أن سماع الدعوى فيها يوجب فتح باب الدعاوى الباطلة، وهذا أيضاً لا ينفع في المقام؛ لأنّه - مع كونه مجرّد اعتبار لا يصلح للتعويل^(٢) - معارض في ما إذا كانت الدعوى على جري العادة كما في دعوى المواطأة، فإنّ الغالب الإقرار والإشهاد عليه إقامة لرسم الوثيقة، حذراً عن تعذّر ذلك إلى زمان تحقّق القبض. وثالثها: عموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(٣)، كما تمسك به شيخنا خاتم المحقّقين رحمته الله^(٤).

وفيه أيضاً: أنّه لا ينفع في الصور المتقدّمة، لمعارضته بأدلة الموازين مثل قوله عليه السلام: «البينة على المدّعي..» إلخ^(٥). نعم، لا يعارض ذلك عموم أدلة سماع الدعاوى؛ لأنّ سماعها من حيث هي مع قطع النظر عن أدلة الموازين لا ينافي العمل بالإقرار والأخذ به، إذ لا نعني به إلّا مجرّد الإمضاء، وعدم منافاته للأخذ بالإقرار بين لا ستره فيه.

(١) ينظر جواهر الكلام: ٢٢٤ / ٢٦ - ٢٢٦.

(٢) في الأصل: «للتأويل»، والصواب ما أثبتناه.

(٣) عوالي اللآلي: ٢٢٣ / ١، ح ١٠٤، ووسائل الشيعة: ٢٣ / ١٨٤، ب ٣ من أبواب الإقرار، ح ٢.

(٤) ينظر لوامع النكات - كتاب الرهن - (مخطوط)، الورقة: ٣٢٥.

(٥) عوالي اللآلي: ٢٤٤ / ١، ح ١٧٢، ومستدرک الوسائل: ١٧ / ٣٦٨، ب ٣ من أبواب الحكم، ح ٤.

نعم، لو لوحظ أدلة السماع باعتبار ما يترتب عليه من مطالبة البينة والعمل بمقتضاها كان المعارضة راجعة إلى أدلة الموازين وعموم الأخذ بالإقرار، فتأمل.

وحينئذٍ فالأخذ بعموم الإقرار للفرد المتيقن من القضية المجمع عليها مبنيٌّ إمّا على الأخذ بالترجيح بينهما، أو التسايط - لكون التعارض عموماً من وجه - والرجوع إلى استصحاب بقاء أثر الإقرار الثابت قبل الرجوع عنه، وكلاهما كما ترى.

أمّا الأوّل: فلائنه لا مرجّح في البين إلّا مطابقة عموم الإقرار - كما قيل^(١) - للمشهور، وهو لا ينفع في المقام لترجيح السند؛ إذ المفروض قطعية سند المتعارضين، والترجيح بحسب الدلالة خلاف التحقيق كما في الأصول^(٢).

وأما الثاني: فلائن الشك هنا في المقتضي، وفي مقدار اقتضاء الإقرار لترتب الأثر مطلقاً أو ما لم يرجع عن إقراره، والاستصحاب فيه ليس بحجّة.

ولو سلّم، فاستناد إجماعهم لعدم سماع الإنكار بعد الإقرار إلى مثل هذا الأصل بعيدٌ في الغاية، بل هو كاشفٌ عن وجود دليلٍ معتبر اعتمدوا عليه.

نعم، لو كان هذا الأصل معتبراً لكان حاكماً على أصالة عدم نفوذ الإقرار، كما أنّ المرجع على القول بمنعه هو أصالة عدم نفوذ الإقرار، وحيث إنّها في المقام معارضة بأصالة عدم سماع الدعوى، ولا يجوز الأخذ بهما للعلم الإجمالي بلزوم الأخذ بمقتضى أحد العمومين في مورد التعارض، كان اللازم إيقاف الدعوى، كسائر ما لا ينتهي إلى الميزان المقرّر في باب الدعاوى لو قلنا بعدم لزوم الفصل في جميع موارد الخصومة.

(١) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٢٦ - ٢٢٨.

(٢) ينظر بدائع الأفكار: ٤٣٧.

وأما لو قلنا بأن مقتضي مشروعية القضاء وفتح باب الحكومة لزوم القضاء في كل مورد، نظير جريان دليل الانسداد في كل مسألة المقتضي للعمل بالظن فيها، فاللازم حينئذ رفع اليد عن الإيقاف وفصل الخصومة، لكن لا بالتخير والقضاء بشهوته في أول الأمر؛ لعدم الدليل عليه، مع أنه فتح لباب التشنيع والاثام على الحاكم، ولا التحري لتحصيل الظن بأحد الطرفين؛ لعدم وفائه بجميع الموارد، بل لا بدّ أولاً من الرجوع إلى الأمارات مثل البيّنة الموجودة؛ لأنّ ما دلّ على ميزانيتها وإن سقطت بمعارضة عموم الإقرار، إلّا أنّ ما دلّ على حجّيتها مثل آية النبأ^(١) ونحوها سليم عن المعارض.

ثمّ لو فقدت فليرجع إلى غيرها من الأمارات أو الأصول، ولو فقدت أو كانت متعارضة فليعمل على الاستحسان أو المصالح المرسلّة، ومع فقدتها فالتخير والحكم بشهوته؛ لأنّ ذلك مقتضى ما دلّ على لزوم الفصل في كل واقعة.

وأما القرعة فلا مسرح لها في الشبهات الحكميّة. نعم، لا بأس بإعمالها في تشخيص المدّعي والمنكر، كما حقّقناه في كتاب القضاء^(٢).

ومنها: [هل]^(٣) اللفظ في باب الإقرار مأخوذ من باب الطريقيّة، بحيث يكون قوام الإقرار بالاعتقاد، واللفظ أحد كواشفه، والآخر الإشارة من الأخرس أو غيره من الأفعال الكاشفة عنه، أو من باب الموضوعيّة، ولا يتحقّق

(١) الحجرات: ٦.

(٢) ينظر كتاب القضاء (للمحقّق الرشتي رحمته الله): ٢ / ١٨٥.

(٣) في الأصل: «إن»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

موضوع الإقرار إلا على تقدير استكشاف [الاعتقاد] من اللفظ، فتخرج إشارة الناطق حينئذٍ عن موضوعه؟

وهذا نظير الخلاف في اعتبار الكلام في الصدق والكذب من جهة عدم تحقّق موضوعيهما إلّا به، أو لكونه كاشفاً عن اعتقاده، ويتحقّقان بالإشارة أيضاً، والمختار هنا ما هو المختار هناك؛ لأنّ الإقرار مثلهما من مقولة الكلام، فلا يتحقّق إلّا باللفظ.

نعم، يظهر منهم إلحاق الإشارة بهما حكماً لا موضوعاً؛ لاشتراكهما مع الكلام المخالف للواقع أو المطابق له في الحسن والقبح.

وتظهر ثمرة الوجهين في ما إذا ادّعى المقرّ بما ينافي إقراره؛ إذ المعارض لدعواه على القول باعتبار اللفظ قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(١)، لتحقّق اللفظ الكاشف عن الاعتقاد قبل الدعوى الموجب لتحقّق الإقرار، وأمّا على القول بعدم اعتباره إلّا من باب الطريقيّة فالمعارض لدعواه ظواهر الألفاظ؛ حيث إنّ الإقرار الذي عبارة عن الأمر المعنوي غير محرز إلّا من جهة ظهور اللفظ في كونه مطابقاً للاعتقاد.

ومنها: أنّ اعتبار الإقرار من باب السببيّة المطلقة مطلقاً، أو المقيّدة كذلك^(٢)، أو من باب الوصف^(٣)، مبنيٌّ على القول بظواهر الألفاظ؛ لكونه أحدها.

ظاهر حكمهم بعدم نفوذ إقرار المريض إلّا في الثلث مع التهمة والظنّ

(١) عوالي اللآلي: ١/ ٢٢٣، ح ١٠٤، وسائل الشيعة: ٢٣/ ١٨٤، ب ٣ من أبواب الإقرار، ح ٢.

(٢) أي: المقيّدة بحصول الظنّ، أو بعدم الظنّ بالخلاف.

(٣) والمراد به هو التّعبد بظاهر الإقرار ولو كان موهوماً.

الغالب بأنّه إنّما يريد بالإقرار تخصيص المقرّ له بالمقرّ به، وأنّه في نفس الأمر كاذب هو الثاني، وعدم العبرة به لو ظنّ بخلافه، وأمّا نفوذه فيحتمل أن يكون لأجل أن ذلك وصيّة منه، ولا يعتبر فيها لفظ خاصّ.

ويمكن استظهار ذلك منهم في غير هذا المورد أيضاً.

ولكنّ التحقيق: اعتباره من باب السببيّة المطلقة، سواء قلنا بها في مطلق الظواهر أم لا؛ لعموم قوله: «إقرار العقلاء...»^(١)، أو إطلاقه الشامل لما إذا كان الظنّ على خلافه أيضاً.

إذا عرفت هذه الأمور فاعلم أنّ المشهور في دعوى المواطأة وإظهار التأويل في الإقرار هو السماع، واستدلّوا عليه بوجوه:

الأول: إنّ عموم الإقرار معارض لأدلة الموازين، ويرجّح الثاني بالشهرة؛ لأنّ الشهرة سماع الدعوى في الصورتين.

ولكن قد عرفت^(٢) عدم امكان الترجيح هنا سنداً ودلالةً.

الثاني: عدم المنافاة بين دعوى المواطأة والتأويل وبين الإقرار، فيؤخذ بكلّ منهما. وفيه: أنّ التنافي ليس عنواناً في الأدلّة حتّى يدعى تحقّقه أو عدمه، وليس هو هنا إلّا عدم إمكان الجمع بينهما، وهو هنا أوضح من أن يُبين.

الثالث: إنّ موضوع الإقرار ينتفي بدعوى المواطأة ونحوها، فيبقى قوله عليه السلام: «البينة على المدعي...»^(٣) سليماً عن المعارض.

(١) عوالي اللآلي: ١/ ٢٢٣، ح ١٠٤، وسائل الشيعة: ٢٣/ ١٨٤، ب ٣ من أبواب الإقرار، ح ٢.

(٢) ينظر صفحة: ١٤٢، عند قوله: «أما الأول: فلأنه لا مرجح في البين الا مطابقة عموم الاقرار».

(٣) عوالي اللآلي: ١/ ٢٤٤، ح ١٧٢، ومستدرک الوسائل: ١٧/ ٣٦٨، ب ٣ من أبواب الحكم، ح ٤.

وفيه: ما عرفت من أن الإقرار عنوان ثانوي يعرض للفظ المحتمل مطابقته للواقع والاعتقاد، ولا خفاء في صدور مثل ذلك الكلام عن مدّعي المواطأة؛ إذ الفرض عدم العلم بما ادّعاه وإلا فلا إشكال، وحيث لا وجه لمنع صغرى الإقرار.

الرابع: تحكيم قوله عليه السلام: «البيّنة على المدّعي...»^(١) على قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء...»^(٢)، بعد تسليم المنافاة بين إقراره ودعواه، وبين بقاء الإقرار وتحقيق صغراه مع تعقّبها.

بيانه: إنك قد عرفت أن الإقرار إنّما يؤخذ به في ما إذا احتمل مطابقته للواقع والاعتقاد، وقضيّة ذلك عدم الاعتماد به مع العلم بمخالفته للاعتقاد، وحيث إن العلم بها الموجب لرفع اليد عن الإقرار مأخوذ من باب الطريقيّة والكاشفيّة، فاللازم قيام الطرق والأصول مقامه، ومن أقواها البيّنة التي يقيمها مدّعي المواطأة والتأويل، فبعد قيامها على صدقه يصير المقام مثل ما لو علم الحاكم بأن إقراره مخالف لاعتقاده، وكذا اليمين وإن كانت أضعف في مقام الطريقيّة من البيّنة، إلا أنّها أقوى من الأصول التي تقوم مقام العلم.

ودعوى القلب بأن: الدعوى مسموعة ما لم يعلم الحاكم كذب المدّعي، فالعلم به موجب لعدم سماع دعواه، وحيث إنّهُ أيضاً مأخوذ من باب الطريقيّة فاللازم قيام الأمارات مقامه، ومن جملتها الإقرار السابق على الدعوى، ومع سبقه تصير الدعوى كأنّها معلومة الكذب.

مدفوعة: بأنّه حسن لو كان الإقرار من الأمارات الكاشفة عن الواقع، وليس

(١) المصدر المتقدم.

(٢) عوالي اللآلي: ١/ ٢٢٣، ح ١٠٤، وسائل الشيعة ٢٣: ١٨٤، ب ٣ من أبواب الإقرار، ح ٢.

كذلك، بل ليس مثل الأصول المجعولة مؤدّاهها في مرحلة الظاهر، وإنّما هو من أسباب الإلزام، يعني: يجوز إلزام الحاكم له بالحقّ، وليس كاشفاً عن الواقع، ولا سبباً لجعل الحقّ من الشارع في مرحلة الظاهر، بل الواقع معه تابع لما هو عليه، وإنّما ينفع لمجرّد الإلزام.

ويفصح عمّا ذكرنا جواز أخذ الحقّ لمن قام بالبيّنة ولو كان ظانّاً بعدم ثبوته بخلاف الإقرار، فتأمّل.

ولا ينافي ذلك ما عرفت من عدم اعتباره من باب الموضوعيّة بل من باب الطريقيّة؛ إذ الغرض هنا ليس منع طريقيّته، بل الغرض أنّه مأخوذ موضوعاً في مقام الطريقيّة.

وبعبارة أخرى: أنّه وإن كان كاشفاً عن الواقع، إلّا أنّه لادليل على اعتباره كذلك، بل هو معتبرٌ من باب السببيّة في مقام الكاشفيّة.

و بعبارة ثالثة: أنّه معتبر من باب السببيّة في مقام الجهل واحتمال مطابقته للواقع والاعتقاد، وهذا وجه حسنٌ لمقالة المشهور.

ومنه يظهر عدم احتياج تقيّد الحكم بسماع دعوى المواطأة^(١) بما إذا كانت معتادة؛ إذ الغرض منه ليس إلّا عدم صيرورة الدعوى معلومة الكذب، وهو كما ترى؛ لأنّ احتمال الصدق متطرّق فيها وإن لم تكن من الأمور العادية.

وإن كان الغرض منه جعل الدعوى مظنونة ليصير الإقرار موهوماً، فيسقط عن الاعتبار لذلك، حتّى تبقى أدلّة الموازين سليماً عن المعارض.

(١) في الأصل: «المعاطة»، والصواب ما أثبتناه.

ففيه: ما عرفت من أنه معتبر من باب السببية المطلقة، ولا يقدر فيه حصول الظن بخلافه، ولا حاجة في الأخذ بأدلة الموازين إلى سقوط الإقرار عن الاعتبار، لما عرفت من التحكيم، كما يظهر أن مقتضى القاعدة سماع الدعوى في جميع الصور المتقدمة حتى في دعوى المزاح والاستهزاء، بل الأقوى سماعها في الصور المتينة من الرجوع المنكشفة من الإجماع، إلا أن الإجماع مانع، ولولاه لأمكن السماع فيها أيضاً.

نعم، لو ادعى عدم قصد المعنى بعد الإقرار لا بشيء يرجع إلى واحد من الأمور المتقدمة حتى المزاح والاستهزاء، بأن صرح بعدم قصده في إقراره تشهياً، فالأقوى عدم السماع إذا لم يعلم بصدقه، كما هو المفروض في جميع الصور المتقدمة؛ لإمكان منع تحقق صغرى الدعوى، وإمكان منع شمول أدلة الموازين لمثله لو سلمت الصغرى، كما أن الأقوى سماع دعوى ذلك لغرض من الأغراض العقلانية، وكذا لو ادعى التورية لا لداعي، بل لمجرد التشهي.

وإن شئت قلت: إن صدور الكلام من العاقل يتوقف على تحقق غرض من الأغراض وسبب من الأسباب، ومنها الغفلة والخطأ والاضطرار ودفع المضرة وجلب المنفعة.

فدعوى: عدم القصد مصرحاً بأنه لم يكن خطأ ولا خوفاً ولا طمعاً ولا مواطأةً ولا غيرها من دواعي الكذب يرجع إلى الصورة المتفق عليها^(١)، أعني دعوى نقيض الإقرار من غير سبب، إذ لا فرق بين أن يقول بعد الإقرار: «ما قبضت» أو «ما قصدت معنى الإقرار»؛ لأن قصد الإقرار [هو] ذكر الكلام

(١) في الأصل: «صورة النطق فيها» بدل «الصورة المتفق عليها»، وما أثبتناه من «ش» هو الأنسب بالسياق.

لغرض التفهيم، فإذا قال: «ما قصدت التفهيم، ولا شيئاً آخر»، كان مرجعه إلى قوله: «ما أقررت»، وهو دعوى^(١) معلوم البطلان لا يجب سماعها.

وكذا دعوى التورية بلا سببٍ أو دعوى الهزل، وإن عُزي إلى الروضة^(٢) قبولها، لأنّ هذه الأمور إذا لم ترجع إلى استناد الإقرار إلى سببٍ وغرضٍ لم تسمع دعواها على الأقوى؛ لأنّ عدم قصد إفادة المدلول لا بدّ أن يرجع إلى دعوى السبب، فإن ذكر السبب دخلت الدعوى في ميزان السماع المذكور، وإلاّ كان مآله إلى دعوى النقيض بلا تأويل.

والحاصل: أنّه إذا أقرّ [بالقبض] ثمّ قال: «ما قبضت»، أو «ما أقررت»، أو «ما قصدت المعنى»، فالأقوى عدم السماع في الكلّ.

ودعوى: أن مرجع دعوى عدم القصد أو التورية بلا ذكر سببٍ إلى أنّ الإقرار كان لغرضٍ آخر غير غرض التفهيم وإفادة المعنى، فيكون كالدعوى المسموعة بعموم دليل سماعها.

مدفوعة: بأنّا لا نتحاشى عن سماعها إذا أسندها إلى سببٍ إجمالي غير غرض التفهيم وإن لم يذكره، وإنّما لم يسمع إذا اعترف بعدم الاستناد إلى شيء، وكذا إذا لم يعترف وكان احتمال السبب^(٣) من غير جهة الدعوى، والمسألة بعد محتاجة إلى التأمل.

بقي شيء: وهو أنّك بعد ما عرفت من أنّ مقتضي القاعدة سماع هذه الدعوى، فاعلم أنّ مقتضاها أوّلاً مطالبة الراهن بالبينة؛ لكونه مدّعياً، فما بال

(١) عبارة «دعوى» أضفناها من (ش) لاستقامة العبارة.

(٢) ينظر الروضة البهية: ٦ / ٢١، وعزاه إليه الشيخ الأنصاري في المكاسب: ٢ / ٢٧.

(٣) في نسخة (ش): «المسبّب».

القوم أهملوا ذكرها وحكموا بإحلاف المرتن ابتداءً، ولعل وجهه عدم الحاجة إليه؛ لوضوح حالها دون اليمين لحفائه، أو عدم اعتبارها في المقام لوجهين: أحدهما: أن مستند الشهادة هنا هو الاستصحاب، أي استصحاب بقاء المشهود به - وهو قصد التأويل مثلاً - من زمان الإشهاد إلى زمان الإقرار؛ لتعدد الزمانين، واحتمال الرجوع في المرتن عما استشهد له عند الإقرار كما لا يخفى.

وفيه: إنا نفرض علم الشاهد بعدم القصد عند الإقرار، وتوهم عدم إمكان العلم الوجداني بذلك مدفوع بالوقوع فضلاً عن الإمكان.

والثاني: إن الشهادة في المقام علمية؛ لأن قصد المعنى أو التورية أو التأويل من الأمور التي لا يمكن الاطلاع عليها حساً، والشهادة العلمية غير معتبرة.

وفيه: مضافاً إلى قبولها عند جماعة^(١)، أنها كالملكات - مثل الشجاعة والعدالة ونحوهما - وإن كانت من الأمور الباطنة إلا أن لها آثاراً محسوسة يمكن الاطلاع عليها^(٢) منها، وحينئذ فتسمع البيّنة على التورية ونحوها.

وأما اليمين فهو على المرتن؛ لأنه منكر، بل ظاهر كلمات الأصحاب إن عليه يمين البت لا نفي العلم، حيث أطلقوا ذكرها، وبه صرح غير واحد^(٣)، وهو الأقوى وإن كان المترأى في بادئ النظر أن الواجب [عليه] هو يمين نفي العلم بأن الراهن قصد التورية.

(١) ينظر فقه الإمامية (قسم الخيارات): ٢٨٧.

(٢) في الأصل: «بها».

(٣) ينظر: المبسوط: ٨/ ٢٠٦، القواعد: ٣/ ٤٤٧، جامع المقاصد: ٤/ ٣٥٥، مسالك الأفهام: ١٣/ ٤٨٥،

كشف اللثام: ٢/ ٣٤٢، مستند الشيعة: ١٧/ ٣١٤.

ولكن دقيق النظر على خلافه؛ لمنع كون اليمين متعلّقة بنفي فعل الغير، إذ مرجع دعوى التورية ونحوها إلى إنكار قصد المعنى الذي هو ظاهر الإقرار، فالراهن في الحقيقة منكرٌ لقصد المعنى وإن كان حكمه حكم المدّعي؛ لكونه في مقابل ظاهر الإقرار، بل نمنع الكبرى، وهو أنّ كلّ يمينٍ تعلّق بفعل الغير لا بدّ أن يكون على نفي العلم، لما ذكرنا في باب القضاء^(١) من أنّ الأصل في اليمين هو البتّ، خرج منه اليمين في بعض المقامات بالدليل وبقي الباقي، وأبطلنا هذه الكلّية، والله العالم.

(١) كتاب القضاء (للمحقّق الرشتي): ٢٩٥ / ١.

[رهن المشاع]

١٢) قوله: «ولا يجوز تسليم المشاع إلا برضا شريكه، سواء كان ممّا ينقل أو لا ينقل على الأُشبه»^(١).

أقول: ليس المراد عدم الجواز التكليفي؛ إذ ليس المقام مقام بيان التكليف في قبض المشاع، لبداهة عدم جوازه إذا لم يأذن الشريك؛ لكونه تصرفاً في مال الغير، مع أنّه لا معنى للتنبيه على التسوية بين المنقول وغيره؛ لعدم توهم الفرق بينهما من أحد. نعم، فرّق الشيخ^(٢) ومن تبعه^(٣) بينهما في كفاية التخلية في القبض، لا في الحكم التكليفي، بل التنبيه المذكور شاهد صدق على إرادة الجواز الوضعي، أي عدم الصّحة، ومن «التسليم» القبض المعتبر في الرهن على اختلافه في المنقول وغيره.

فمعنى العبارة حينئذٍ: لا يصحّ قبض المشاع إلا برضا الشريك ولو كان بالتخلية في ما يُكتفى بها.

نعم ظاهر القواعد^(٤)، بل صريحه إرادة الحكم التكليفي، توطئةً [لذكر] ما لو ارتكب الإثم وسلّمه إلى المرتهن بدون إذنه، ولكنّ المصنّف لم يتعرّضه كي يحمل على التوطئة، وكيف كان فالكلام في مسألتين:

(١) شرائع الإسلام: ٢ / ٣٣٠.

(٢) ينظر المبسوط: ٢ / ١٢٠.

(٣) ينظر: المهذب: ١ / ٣٨٦ - ٣٨٥، الوسيلة: ٢٥٢.

(٤) ينظر قواعد الأحكام: ٢ / ١١٧.

المسألة الأولى: إنَّ التخلية الكافية في [الملك] الطلق غير المشاع^(١) إمّا مطلقاً - كما عن جماعة^(٢) - أو في خصوص غير المنقول - كما عن الأكثر^(٣) - هل هي كافية في المشاع أيضاً أم لا؟

فعن الدروس^(٤)، بل عن جماعة^(٥) عدم الكفاية، كما عن المسالك^(٦) الجواز وإن اختار في باب الهبة عدمه ونسبه إلى الأشهر^(٧)، وعن المحقق الثاني في حاشية الكتاب^(٨) التفصيل بين ما لو تشبَّث الشريك بحقه أم لا، بالافتقار إلى الإذن في الثاني دون الأوّل، كما عن المختلف^(٩) في باب هبة المشاع كفايتها ولو كان منقولاً، ولو كان مذهبه في باب القبض مذهب المشهور من عدم كفايتها في المنقول^(١٠) - كما هو الظاهر - كان هذا تفصيلاً في المشاع وإلا فلا تفصيل في المسألة كما لا يخفى^(١١).
حجة الأوّل: أن القبض الحقيقي - وهو الأخذ باليد - غير متصوّر في مثل

(١) عبارة «غير المشاع» أضفناها من (ش).

(٢) شرائع الإسلام: ٢/ ٢٨٤، شرح الرموز: ٤٧٢/١، ونسبه في مختلف الشيعة إلى القيل: ٢٧٩/٥.

(٣) ينظر المختصر النافع: ١٢٤، كشف الرموز: ٤٧٠/١، المهذب البارع: ٢/ ٣٩٨.

(٤) ينظر الدروس الشرعية: ٣/ ٣٨٤.

(٥) ينظر: غاية المرام: ١٣٧/٢، تحرير الأحكام: ٢/ ٤٦٥، تذكرة الفقهاء: ١٢٧/١٣، جواهر الكلام: ٢٦/

٢٢٦ - ٢٢٨.

(٦) ينظر مسالك الأفهام: ٤/ ١٩.

(٧) ينظر مسالك الأفهام: ٦/ ٢٧.

(٨) ينظر حاشية شرائع الإسلام (ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره): ١١/ ١٧٠-١٧١.

(٩) ينظر مختلف الشيعة: ٦/ ٢٨٢.

(١٠) ينظر مختلف الشيعة: ٥/ ٢٧٩.

(١١) عبارة «تفصيل في المسألة كما لا يخفى» أضفناها من نسخة (ش).

الأرض ونحوها من غير المنقول، فلا بدّ من كونه كنايةً أو مجازاً في الاستيلاء والسلطنة الفعلية، وهي غير حاصلة هنا بمجرد التخلية؛ فإنّ النهي عن التصرف بدون إذن الشريك مانعٌ عن الاستيلاء، كما لو كان هناك مانع عقلي.

حجّة الثاني: أنّ القبض بعد امتناع بقاءه على ظاهره، ظاهر في إيجاد القابض ما عليه من المقدّمات، ولذا صرحوا بكفاية التخلية في غير المنقول^(١)، وصرحوا أيضاً بعدم الفرق في القبض المترتب عليه الآثار بين الأبواب^(٢)، فإذا خلّى الراهن بين المرتهن والرهن فقد أتى بما عليه من القبض.

وإنّ أبيت عن ظهوره في ذلك - بعد تعدّد الحقيقة - فغايته الإجمال؛ لعدم قيام القرينة على تعيين المراد، وأنّه التخلية حال عدم المانع أو مطلقاً؟

فيرجع في كلّ بابٍ حينئذٍ إلى عموماته، ففي المقام والهبة والصرف وارتفاع ضمان البائع ونحوها من العقود المعتبر في صحّتها القبض يرجع إلى العمومات القاضية بالصحة في محلّ الخلاف، وهو ما إذا تحقّق التخلية مع وجود المانع عن الاستيلاء والسلطنة الفعلية.

وفي باب تعيين ما في الذمّة يرجع إلى أصالة عدم التعيين، واستصحاب بقاء ما في الذمّة بحاله.

ودعوى: أنّ المعنى المجازي هو الاستيلاء الموقوف على التخلية مع عدم المانع، مصادر.

(١) ينظر: المبسوط: ٣/٣٠٤، تبصرة المتعلمين: ١٢٥، الدروس الشرعية: ٣/٢١٣، التنقيح الرائع: ٢/

٦٤٠، المهذب: ٢/٣٩٩، الروضة البهية: ٣/٥٢٣.

(٢) ينظر المصادر السابقة.

والحاصل: أن القائل بالكفاية يدّعي أولاً حمل القبض - بعد تعذر الحقيقة - على مجرد التخلية، سواء كان مع المانع أم لا، كما هو الظاهر منه عرفاً، ومن [كلمات] الأصحاب^(١)، إذ لم ينصّ أحدٌ باعتبار ارتفاع المانع، ثمّ يدّعي بعد التنزّل عن الظهور المذكور أنّه يجب الأخذ في الخروج عن الأصول والعمومات بالمتيقّن على اختلاف مواردها لقضاء الإجمال ذلك.

هذا، ولكنّ الإنصاف: إنّه منظورٌ فيه؛ لأنّ أقرب المجازات هنا هو الاستيلاء والسلطنة، كحمل قوله تعالى: ﴿يُدْأَلُّهُ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ﴾^(٢) على القدرة الكاملة والسلطنة التامة، وكذا قوله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»^(٣) إلخ، والقبض مثلها.

ثمّ المراد بالاستيلاء هو أنّ المستحقّ متى شاء أن يقبض يفعل ويقدر عليه، فإذا كان هناك مانع عقلي أو شرعي لم يتحقّق الاستيلاء المذكور، فلا يتحقّق القبض بمجرد التخلية في المشاع، كما يحصل في غيره.

هذا كلّه مبنيٌّ على كون القبض في الرهن كالقبض في البيع، وعن المحقّق الثاني^(٤) عدم الإكتفاء بالتخلية هنا وإن اكتفى بها في غيره^(٥)، ومثله عن آخر^(٦)

(١) ينظر: المبسوط: ٢/ ٢٠٤، الروضة البهيّة: ٤/ ٦٤ - ٦٥، كفاية الأحكام: ١/ ٥٥٦، رياض المسائل: ٨/ ٥١٠، الحقائق الناضرة: ٢٠/ ٢٣٣.

(٢) الفتح: ١٠.

(٣) عوالي اللآلي: ٢/ ٣٤٤، ح ١٠، مستدرک الوسائل: ٨/ ١٤: ب ١ من أبواب كتاب الوديعة، ح ١٢.

(٤) ينظر جامع المقاصد: ٥/ ١٠٢.

(٥) ينظر جامع المقاصد: ٤/ ١٦٨، و ٦/ ٤٣-٤٤.

(٦) لم نقف عليه.

أيضاً معللاً ذلك بدليل مزيّف، إلّا أنّه موافق للجمود على^(١) ظاهر قوله عليه السلام: «لا رهن إلّا مقبوضاً»^(٢)، ضرورة عدم كون التخلية قبضاً حقيقياً، والاكتفاء بها في البيع لرفع الضمان؛ للأخبار الظاهرة في ذلك، فلا يُقاس الباب والهبة به.

وهو حسنٌ ظاهراً [قد] اخترناه سابقاً، إلّا أنّ في النفس^(٣) منه شيئاً؛ إذ الوقوف على ظاهر القبض قاضٍ بعدم صحّة رهن الأرض وهبتها مثلاً، ضرورة عدم المشروط بعدم الشرط، وهو ممّا لا يرتكبه أحدٌ فضلاً عن المحقّق المذكور، وبعد فرض صحّة رهن الأرض وهبتها تعيّن حمل القبض على الاستيلاء والسلطنة الفعلية كما عرفت.

فلأظهر الأشهر أنّ القبض هنا مثله في سائر الأبواب، ومن هنا ظهر حال المانع العقلي بالأولوية جوازاً ومنعاً؛ لاتّحاد طريق المسألتين.

حجّة الثالث: واضحة، إلّا أنّ التفصيل كأنّه خارج عن محلّ الكلام؛ إذ بعد وصول حقّ الشريك إليه وتشبّثه به لا يبقى مشاعاً، والكلام إنّما في قبضه.

حجّة الرابع: أنّ مناط كفاية التخلية في غير المنقول - وهو عدم إمكان تحقّق حقيقة القبض - موجود في المشاع؛ لتعذّره كذلك من جهة نهى الشارع، ولازمه كفاية التخلية في المشاع مطلقاً ولو كان منقولاً؛ لاشتراكهما مناطاً.

وفيه: منع تعذّر القبض في غير المنقول؛ إذ المراد منه كما عرفت هو الاستيلاء، وهو يختلف باختلاف الموارد، ففي غير المنقول يتحقّق بالتخلية ورفع المانع، وفي

(١) في الأصل: «بظاهر»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٢) وسائل الشريعة: ٣٨٣/١٨، ب ٣ من أبواب كتاب الرهن، ح ١ و ٢.

(٣) عبارة «في النفس» أضفناها من (ش).

المنقول بالأخذ، فإذا امتنع الاستيلاء لمانع عقلي أو شرعي كما في المشاع لزم عدم كفاية التخلية مطلقاً، منقولاً كان أم لا.

وفي المسالك^(١) جعل الوجه في قول العلامة قاعدة الحرج، وتلقاه بالقبول، لكنّه منع أصل التعذر في المشاع عند وجود الحاكم.

ولكن قد عرفت إمكان حقيقة القبض، وهو الاستيلاء في المنقول.

ولو سلم أنّ القبض الحقيقي هو الأخذ باليد، فقياس غير المنقول بالمنقول كما ترى؛ لاحتمال أن يكون الإكتفاء بالتخلية في غير المنقول لعلّة غير مستنبطة^(٢) من تعذر حقيقة القبض.

المسألة الثانية: لو عصى الراهن، ورهن بدون إذن الشريك، فهل يحصل القبض أم لا؟

وجهان: اختار في هبة المسالك^(٣) البطلان؛ لاقتضاء النهي فساد المعاملة إذا تعلّق بركنها كالقبض هنا.

وفيه: منع، لما تحقّق في محلّه أنّه لا فرق في ذلك بين الركن وغيره وأنّه لا يدلّ على الفساد^(٤)، سواء تعلّق بذاتها أو جزئها أو شرطها أو وصفها، فالاعتذار لها بأنّ: النهي يكشف عن عدم كون القبض المنهيّ مراداً للشارع - كما في المسالك^(٥) وغيره^(٦) - ممّا لا وجه له أبداً، بل في كون القبض ركناً أيضاً

(١) ينظر مسالك الأفهام: ٢٧/٦.

(٢) في الأصل: «المستنبطة»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٣) نفس المصدر السابق.

(٤) عبارتا «لما تحقّق في محلّه أنّه لا فرق في ذلك» و«وأنّه لا يدلّ على الفساد» أضفناهما من «ش».

(٥) ينظر المصدر المتقدم.

(٦) ينظر: جامع المقاصد: ١٥٦/٩، الأنوار اللوامع: ٣٢٣/١٢ و ٢٥٠/١٣.

كلامٌ وبحث، فالحقّ [ما اختاره] ﷺ في المقام من الصّحة وإن أثم في الإقباض.

وقد يُستدلّ لها بتعدّد الجهة؛ لأنّ النهي إنّما تعلّق بالقبض من حيث كونه تصرفاً في ملك الغير، لا من حيث كونه إقباضاً للمرهون المشاع، ومرجعه إلى النهي عنه لوصفه لا لذاته، فلا يقتضي الفساد، وهو حسنٌ.

وإنّ اقتضاه الفساد - على تقدير كونه لذاته - مبنيٌّ على كونه إرشادياً، وإن أريد غير ذلك فتعدّد الجهة غير مجدٍ؛ لأنّ الجهة المباحة لا تزاحم الجهة المحرّمة وإن قلنا بجواز اجتماع الأمر والنهي؛ لما قرّر من أنّ العناوين الملزمة - كالنذر والمقدّميّة والحرمة ونحوها - حاكمّة على العناوين المباحة.

الفصل الثاني:

في شرائط الرهن

[كون المرهون عيناً]

١٣) قوله: «الفصل الثاني: في شرائط الرهن»^(١)، أي المرهون:

«ومن شرائطه: أن يكون عيناً مملوكاً»^(٢) للراهن أو لمن أذن له، فيخرج رهن مال الغير بغير إذنه، ورهن ما لا يملك شرعاً كالخمر ونحوه «يمكن قبضه»^(٣) بالاستيلاء عليه أخذاً أو تخليةً مع دفع الموانع، ولكن الظاهر عدم الحاجة إلى هذا الشرط بعد ما سبق منه اشتراط القبض فيه، «ويصح بيعه، سواء كان مشاعاً أو منفرداً، فلو رهن ديناً لم ينعقد»^(٤) أي لم يصح مطلقاً، سواء اشترط القبض أم لا، كما هو ظاهر العبارة، ويحتمل الصحة مطلقاً، كما يحتمل التفصيل بين القول بشرطيّة القبض وعدمها، بصحّته في الثاني دون الأوّل.

ويدلّ على الصحة مطلقاً وجود المقتضي - وهو عمومات الرهن^(٥) وسائر المعاملات القاضية بالصحة مطلقاً - وفقد المانع؛ إذ لا مانع عدا توهم عدم إمكان القبض، وعدم صلاحية الدين للمقبوضة لعدم وجوده في الخارج، وإنّ ما يدفعه المديون ليس نفسه، بل فردّه، مع أنّ مقتضى شرطيّة القبض

(١) شرائع الإسلام: ٢ / ٣٣٠.

(٢) المصدر المتقدّم.

(٣) المصدر المتقدّم.

(٤) المصدر المتقدّم.

(٥) من الكتاب العزيز قوله تعالى في سورة البقرة آية ٢٨٣: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، ومن السنة

الشريفة: وسائل الشريعة: ٣٧٩/١٨ كتاب الرهن.

صلاحية نفس المرهون له، فما هو متعلق للرهن غير قابل له، وما هو قابل له ليس بمرهون.

إلا أن يُقال: يمنع عدم تحقق القبض في الدين، كيف والمغايرة بين الكلي والفرد اعتبارية؟! فإذا عيّن المديون وأقبضه فقد تعلّق القبض بالمرهون، على خلاف قبض الأعيان، من غير فرق بينهما إلا في كون المرهون في العين عيناً قبل الرهن، وصيرورته عيناً بعد الرهن في الدين، وإلا فحين تعلّق القبض كان الرهن عيناً، ولا دليل أيضاً على لزوم كون الرهن عيناً قبل الرهن، بل هو على قابليته للقبض ولو بعده، من غير فرق بين القابلية الذاتية والعرضية، مع أن القبض - أي الاستيلاء والسلطنة - يتحقق للمرتهن بعد الرهن نحو تحققه للراهن قبله. هذا كله في الحال، وأما المؤجل فقد يقال: بعدم الاستيلاء والسلطنة للمرتهن بعد الرهن.

وفيه: أن الموالاة بين الرهن والقبض غير معتبرة، غاية الأمر تأخر الاستيلاء إلى حلول الأجل، فإذا حلّ الأجل يحصل الاستيلاء، كما في رهن المال الغائب، فإنه صحيح مع تأخره، فحال الدين كحال العين من حيث دوران الصحة مدار تحقق القبض، قارن الرهن أم تأخر.

[عدم صحة رهن المنفعة]

١٤) قوله: «وكذا» لا يصحّ «لو رهن منفعة، كسكنى الدار وخدمة العبد»^(١) من غير اشكالٍ؛ لأنّها غير موجودة، فكيف يستوفى منها الدين، ويحصل الاستيثاق المعتبر في الرهن؟ وأنّها غير قابلة للقبض، فلا يصحّ من هذه الجهة أيضاً.

ودعوى: إمكان الاستيفاء من عوضها، فلا يُعتبر إمكانه من عين الرهن، وإنّ قبض المنفعة يحصل بقبض العين، كما في الإجارة؛ إذ لا فرق في القبض بينها وبين المقام.

مدفوعة: بأنّها معدومة، ولا تقبل القبض، وإنّما يجري عليها حكم الأموال باقتراح العرف، وامضاء الشرع في الإجارة، وتحقيق الاستطاعة وغيرها، ولم يثبت التعارف والإمضاء في أمثال المقام، والإلحاق الحكمي في الأمور المعدومة ليس قياسياً، بل يتوقّف على ثبوت التعارف والإمضاء في كلّ موردٍ يراد الإلحاق بالأعيان في الصفات التي من عوارض الموجود.

ومنه يظهر فساد دعوى عدم الفرق بين الرهن والإجارة في ماهيّة القبض في حصوله بقبض العين؛ لأنّ القياس في الأمور العقلية أقبح منه في في الأمور الشرعية، فإذا لم يقدّم دليل على إجراء حكم قبض المنافع على قبض العين في خصوص مقام، فكيف يجري عليها حكمه قياساً على مقام آخر ثبت فيه بالدليل؟

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٠/٢، وفي الأصل: «كسكنى الدار ومنفعة العبد».

ثم إنَّ حكم رهن الكليِّ حكم الدين جوازاً ومنعاً، وتوهم الفرق ليس بشيء.

[رهن المدبر]

(١٥) قوله «و في رهن المدبر تردّد، والوجه»^(١) عند المصنّف «إنَّ رهن رقبتَه إبطالٌ لتدبيره»^(٢) من غير فرقٍ بين أن تكون حقيقته هو العتق - كما عن جماعةٍ من العامة^(٣) - أو وصيّة - كما عليه الخاصّة^(٤) -.

وتظهر الثمرة بين الوجهين في لزوم القربة على الأوّل دون الثاني، كجواز الرجوع على الثاني دون الأوّل، ولكن لا يتّضح الحال إلّا بعد إشباع الكلام في مقامات:

الأوّل: في أن إرھانه رجوع عن تدبيره أم لا؟ المشهور - كما قيل^(٥) - هو الأوّل. ولكن في النسبة تأمل، لأنّ الشهرة على كون الرهن إبطالاً لتدبيره، لا على كونه رجوعاً، وهو غير البطلان، وتظهر الثمرة [في ما] لو صرح بعدم الرجوع، فإن كان رجوعاً فلا وجه له في هذه الصورة، بخلاف ما لو كان إبطالاً، فإنّه يأتي في جميع الصور.

(١) شرائع الإسلام: ٢ / ٣٣٠.

(٢) المصدر المتقدم.

(٣) الأم: ٣ / ١٥٧، مختصر المزني: ٩٦، مغنى المحتاج: ٢ / ١٢٣، المغني لابن قدامة: ٤ / ٤٠٨.

(٤) قال في مسالك الأفهام: ١٠ / ٣٦٨: «والأشهر أنّه وصيّة بعق».

(٥) ينظر الحقائق الناضرة: ٢٠ / ٢٤٧.

وفي جواهر الكلام: «إنَّه إذا لم يجب التدبير بنذرٍ أو شبهه كان الرهن رجوعاً»^(١).

وفيه: أنَّ الرجوع إمَّا بالقول أو بغيره، والثاني إمَّا لكون الفعل ثانياً سبباً لانعدام موضوع الأوَّل - كبيع المدبّر ونحوه ممَّا أوصى به لأحدٍ - أو لكونه كاشفاً عن العدول - كوطئ الجارية في زمن الخيار - فإنَّه كاشف عن الفسخ ولو لأصالة الصحّة في فعل المسلم المستلزمة لحمل الوطئ على الحلال الكاشف عن فسخه.

ومثله تعريض المدبّر للبيع؛ لأنَّه ينافي التدبير والوصية، وإرادة أحد الضدّين والمتنافيين متضمّن لكرهية الضدّ الآخر والرجوع عنه، ولذا جعلوا التعريض للبيع دليلاً للفسخ في زمن الخيار^(٢) والرجوع بعد الوصيّة، على إشكال، بل منع. ولا ريب أنَّ الرجوع القولي [لا] سبيل [إليه] هنا كانعدام الموضوع^(٣)؛ إذ مجرد الارتهان ليس بيعاً وإن كان معرضاً له، فإن كان رجوعاً فلا بدّ أن يكون من باب الكشف، وليس كذلك أيضاً؛ إذ مجرد الرهن ليس ضدّاً ومنافياً للوصيّة والتدبير، إذ قد لا يترتب عليه البيع.

ولو سلّم الضدّيّة، فقد يكون إرادة الضدّ مع الذهول عن الضدّ الآخر، فالتعريض للبيع بمجرّده ليس فسخاً للعقد السابق، ولا رجوعاً عن الوصيّة بمجرّده؛ لاحتمال النسيان أو الجهل أو غيرهما ممَّا يجوز معه بقاء العزم الأوَّل، فتأمّل.

(١) جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٤١.

(٢) ينظر: العناوين الفقهيّة: ٩٩ / ٢، التعليقة على المكاسب للاري: ٣١٠ / ٢ و ٣٧١ / ٢.

(٣) في نسخة (ش): «والرجوع القولي لا سبيل إليه هنا، وكذا انعدام الموضوع».

مع أنّه لا بدّ من القول بعدم الرجوع لو صرح ببقاء التدبير، فالأقوى عدم دلالة مجرّد الإرهان على الرجوع.

وأما المقام الثاني: وهو أنّه بعد عدم كونه رجوعاً، فهل يبطل التدبير [بالرهن] أم لا؟

فالحقّ عدم بطلانه، بل الرهن أيضاً، لعدم انعدام موضوع التدبير، وعدم رجوع المدبّر، فلا يبطل بمجرّد الإرهان.

ودعوى: كون الرهانة مبطلّة كالبيع مصادرةً وقياس؛ لأنّ البيع انعدام للموضوع دون الرهن، وإنّما يوجب الانعدام إذا بيع للاستيفاء.

و أما المقام الثالث: وهو أنّه إذا لم يكن رجوعاً ولا إبطالاً، فهل يصحّ الرهن أم لا؟

فالظاهر عدم بطلان الرهن؛ لوجود المقتضي - وهو أدلّة الرهن - وفقد المانع، وليس هو إلّا اشتراط كونه محلاً للاستيثاق، ومع موت المولى قبل الأجل ينعق العبد فلا يبقى محلّ وثوق للدين.

و [هو] مع كونه منقوضاً بصحّة رهن ما يسرعه الفساد، ورهن العبد الجاني، والمريض الذي يحتمل موته، منحلٌّ بأنّ استيفاء الدين لا يجب أن يكون من عين المرهون، بل منه ومن بدله، وحينئذٍ إن كان للرهن التالف بدلٌ فلا مانع؛ لحصول الاستيثاق به أو ببدله، وإن لم يكن له بدلٌ فإن علم تلفه حين الرهن لم يجز رهنه بلا خلافٍ ظاهر؛ لعدم حصول الغرض المقصود منه، وإن لم يعلم فلا مانع من رهنه اتكالاً على أصالة البقاء. نعم، لو هلك قبل الاستيفاء كشف ذلك عن فساده أولاً، وأما قبله فلا مانع من رهنه.

المقام الرابع: أنّه بعد البناء على صحّة التدبير والرهن معاً فالحكم ماذا؟

فنقول: إن حلّ الأجل حال حياة الراهن بطل التدبير مع عدم وفائه بالدين؛ لتسلّط المرتهن حينئذٍ على بيعه، ومعه يبطل بانعدام الموضوع، كما لو مات العبد، وإن مات قبل حلول الأجل، ففي انعقاد العبد منجزاً أو مراعى بعدم فكّ الورثة، وجهان بل قولان، أقواهما الأوّل؛ عملاً بمقتضى التدبير.

ولا يعارضه وجوب العمل بالرهن؛ لكونه معلقاً على بقاء الموضوع، فإذا انعدم لم يبق للحكم محلّ.

ولا يمنع حقّ الرهانة - من جهة كونه عقداً لازماً أو حقّ الناس - عن تأثير التدبير لكونه عقداً جائزاً أو حقّ الله تعالى؛ إذ لا معارضة بينهما، لعدم صلاحية الحكم التعليقي لمعارضة ما ينظر إلى المعلق عليه نفيّاً أو إثباتاً، وقد عرفت اشتراط تعلّق الرهانة ببقاء الموضوع عند الأجل، والتدبير - بعد صيرورته لازماً بالموت - إعداداً لموضوع الرهن، فلا ينهض حقّ الرهانة مانعاً عن صحّة التدبير وتأثيره عند الموت، وفاقاً لغير واحد^(١) منهم صاحب الجواهر^(٢)، فإنّه وإن ذهب إلى كون الرهن رجوعاً عن التدبير الجائز، لكنّه قال بصحّة الرهن وانعقاد المدبّر إذا كان التدبير لازماً بوجه من الوجوه.

فإذا انعقد العبد فهل تكون قيمته رهناً، كما عن التحرير^(٣)؟ له وجه، وهو أنّ الإنسان مأخوذ بتسبباته بعد الموت، فلو حفر بئراً ووقع فيه رجلٌ بعد موت

(١) ينظر السرائر: ٢ / ٤٢٨، مجمع الفائدة والبرهان: ٩ / ١٤٧.

(٢) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٤١.

(٣) ينظر تحرير الأحكام: ٤ / ٢١٩.

الحافر أخذت ديته من تركته، والتدبير سببٌ لانعتاق العبد بعد الموت، فيكون المدبر مأخوذاً به؛ لكونه إتلافاً لحق المرتهن، فيضمن في تركته^(١)، ويكون رهناً. وفيه:

أولاً: أن هذا مبنيٌّ على كون حق الرهانة ممّا يضمن.

وفيه: منع، وصيرورة بدل الرهن رهناً لو أتلّفه متلفٌ إنّما هو بقاعدة البدلية القاضية بشبوت حكم التالف لبدله، وحيث لا بدل له لم يكن مجرد الحقّ مضموناً، إلّا أنّ الظاهر بناؤهم على ضمان حق الرهانة مستقلاً في ما لو أتلّفه الراهن، حيث يجب عليه أن يقيم مقامه قيمته ليتعلّق به الحقّ.

وثانياً: أنّ المرتهن هو الذي أقدم على ضرره، حيث رضي بارتهاّن ما هو في معرض الزوال، فلا يكون الراهن ضامناً، هذا كلّ إذا كان التدبير جائزاً.

وأما لو كان واجباً بنذرٍ أو شبهه من الشرط ونحوه، فقد وافقنا هنا من قال ببطالان التدبير الجائز، بناءً على صحّته وعدم بطلانه، إلّا أنّ الإشكال في إمكان صيرورته لازماً على وجه لا يجوز فيه الرجوع حتّى لو نذر أن لا يرجع؛ لأنّه إن أريد بعدم الرجوع عدم كونه له فهو نذر بغير الجائز والمشروع، وإن أريد منه عدم ارتكاب الرجوع فهو لا يمنع تأثيره لو رجع وإن أثم، إلّا أن يقال: إنّ النذر إذا انعدم [به] ارتكاب الرجوع اقتضى ذلك فسادَه، كما لو نذر أن لا يبيع مثلاً، فإنّه قد يقال: إنّ البيع بعد النذر المذكور يقع باطلاً على إشكالٍ فيه.

(١٦) قوله: «ولو صرح برهن خدمته جاز وصحّ»^(٢)، ولكنّه مبنيٌّ على

(١) في الأصل: «بتركته».

(٢) شرائع الإسلام: ٣٣١/٢، وفيه «مع بقاء التدبير، قيل: يصحّ» بدل «جاز وصح».

القول بجواز بيع المنافع، وثبوت عموم: «كُلَّ ما جاز بيعه جاز رهنه»^(١)، إذ لولاهما لكانت قضية اشتراط العينية وعدم جواز رهن المنفعة فساد رهن الخدمة بطريق أولى؛ لجهالة المدّة هنا، وتعيينها هناك.

والأوّل: ممّا دلّ عليه بعض الأخبار^(٢) إلّا أنّه غير صريح في البيع الحقيقي، ولم يعمل بها الجلل، فحملوه على محامل [بين] غريب وقريب؛ صوناً لكلّية عدم جواز بيع المنافع عن التخصيص^(٣).

ومن القريب احتمال كون المراد ببيع الخدمة تحليل خدمتها بعوض، فإنّه لا مانع منه وإن لم يصحّ إجارته للجهالة، فالخروج عن القواعد بظواهر بعض الأخبار غير المعمول بها من اعوجاج السليقة.

وأما الثاني فأرسله غير واحد^(٤) إرسال المسلّمات، ولكنّه عندنا غير بيّنة ولا مبيّنة.

(١) هذه قاعدة ذكرها غير واحد من الفقهاء، ينظر: الخلاف: ٣١/٣ المسألة ٢٣٨، تذكرة الفقهاء: ١٣/١٢٨،

والقواعد والفوائد: ٢/٢٦٨ القاعدة ٢٥٨، والحدائق الناضرة: ٢٠/٢٤٩، جواهر الكلام: ٢٦/٢٤٣.

(٢) وسائل الشريعة: ٢٣/١١٩ - ١٢٠، ب ٣ من أبواب التدبير، أحاديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

(٣) في الأصل: «التحقيق»، والصواب ما أثبتناه.

(٤) نقله الشهيد الأول عن جماعة في الدروس الشرعية: ٣/٣٨٧.

[رهن ما لا يملك]

(١٧) قوله: «لو رهن ما لا يملك لم يمض، ووقف على إجازة المالك»^(١) بناءً على كون الفضولي في العقود على طبق القاعدة؛ إذ لو كان على خلافها أشكل الأمر في المقام، لعدم ثبوت الإجماع والسيرة على الصحة هنا، بل إثبات كون الفضولي في العقود على طبق القاعدة كي ينفع في المقام في غاية الإشكال؛ لانحصار أدلته في أمور مدخولة:

منها: العمومات الواردة في أبواب العقود كـ ﴿تَحْكِرَةُ عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢)، ونحوه من الإطلاقات الواردة في خصوص كل واحد من العقود والإيقاعات، القاضية بالصحة إذا لحقها الرضا أو قارنها، وفيه كلام، بل منع، كما في محله.

ومنها: تعليل نكاح العبد فضولةً بأنه: «لم يعص الله وإنما عصى سيده»^(٣)، فإذا أجاز صحّ، حيث إنّ المستفاد منه صحة كل عقد فضولي يؤثر فيه الرضا ولحقه بعده، وإنّ ذلك لا يتصور في حق الله تعالى، فإنّ العقد إذا وقع معصيةً له، أي غير مأذون فيه استمرّ إلى آخره، ولا يلحقه الإذن بعده، وليس غيره تعالى كذلك؛ إذ يتصور في حقّه لحوق الرضا، فيصحّ؛ لعدم الفرق بين السابق واللاحق والمقارن، فتكون الرواية حينئذٍ من العلة المنصوصة السارية إلى كل عقد فضولي يؤثر فيه التوكيل والإذن، ومنه المقام.

(١) شرائع الإسلام: ٢ / ٣٣١.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) الكافي: ٥ / ٤٧٨، ح ٣، وسائل الشيعة: ٢١ / ١١٤، ب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

وفيه: إنَّ عموم منصوص العلة يتبع المقام من باب دلالة الاقتضاء وحكم العقل بأنَّه لو لا كَلْيَة الكبرى لكان التعليل باطلاً، وهي إنَّما تستفاد بمقدار صحَّة الكلام، وحفظ صورة الاستدلال منضمة إلى الصغرى المخصوصة، فلو استقام بالعموم في الجملة لم يتعدَّ عنه إلى ما فوقه، ولو اقتصرنا في المقام على عموم الحكم لأقسام^(١) النكاح الفضولي خاصَّة لصحَّ الكلام، واستقام الاستدلال من غير أن يحتاج إلى التعدي إلى سائر العقود، مع أن لازم العموم الشامل لجميع ما يؤثر فيه الإذن السابق سريان الحكم إلى الإيقاعات أيضاً، بل وإلى مثل الوقف المعتر فيه القرابة وغيره ممَّا قام الإجماع على خلافه.

وهو بعد تسليم دلالتها على صحَّه الفضولي في كلِّ ما ليس فيه معصية لله تعالى مستلزم للتخصيص الأكثر، وهو غير جائز في العموم اللفظي فضلاً عن العقلي المستفاد من الحكمة، فلا بدَّ حينئذٍ من استخراج كبرى لا يلزم منه المحذور مقتصرأً عليها، وليست هي إلَّا ما ذكرنا.

ومنها: دعوى تنقيح المناط وعدم الفرق بين البيع الثابت فيه الفضولي وغيره، أو دعوى الأولوية بدعوى: أنَّ الفضوليَّ إذا كان ثابتاً في النكاح ففي غيره أولى، وهي كما ترى.

والتحقيق: اختصاص الفضولي بكلِّ موردٍ قامت السيرة على جوازه أو الإجماع، ففي مورد الخلاف أو عدم ظهور الاتفاق فالمتَّبِع هو الأصل القاضي بالبطلان، فإن قام في المقام إجماع وإلَّا فالأصحَّ البطلان، وكذا لو قامت السيرة وهو أيضاً غير واضح.

(١) في الأصل: «لإتمام»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

[مسائل]

ثم إن هنا مسائل:

[المسألة الأولى: الرهن التبرعي]

الأولى: قال في التذكرة: «لو رهن غير المديون ماله تبرعاً لدين الغير صح»^(١)، وأرسله إرسال المسلمات، ولعل وجه الإطلاق القاضي بجواز الرهن سواء كان من مال المديون أم من غيره، وسواء كان الراهن هو المديون أم لا. وقوله ﷺ: «الناس مسلطون» إلخ^(٢)، وقوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣)، وفي الكل نظر.

أما الإطلاق: فلمنع شمولها للمتبرع، بشهادة قوله ﷺ في جواب السؤال: «استوثق من مالك»^(٤)، فإن الخطاب بالاستيثاق متوجه إلى الدائن من المديون؛ إذ لا حق له على غيره حتى يطالبه بالوثيقة، وليس في الجواب ما يعم غيره، فيجب الاختصار على المورد.

ولو سلم إطلاقه أو [إطلاق] آية: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٥) من هذه الجهة، أمكن

(١) تذكرة الفقهاء: ١٣ / ١٢٤، قال: «لو رهن إنسان عبده على دين غيره متبرعاً من غير إذن المديون، صح الرهن».

(٢) عوالي اللآلي: ٣ / ٢٠٨، ح ٤٩، سنن أبي داود: ٣ / ٢٩٦ ح ٣٥٦١، سنن الترمذي: ٣ / ٥٦٦ ح ١٢٦٦.

(٣) المائدة: ١.

(٤) وسائل الشيعة: ١٨ / ٣٧٩، ب ١ من أبواب كتاب الرهن، ح ١.

(٥) البقرة: ٢٨٣.

دعوى الانصراف إلى ما تعارف بين الناس في رهانهم، وتبرّع الغير بالرهن من [غير] سؤال الدائن أو المديون - بل ولا علمهما - غير معهود بينهما؛ فلا يثبت بالآية وغيرها. وأما قوله: «الناس مسلّطون..»^(١) فهو إنّما يدلّ على عموم تصرفات الناس، وأنحاء سلطنتهم على أموالهم، ولا بحث في ذلك، وإنّما الكلام في الحكم الوضعي وصحّة الرهن، وقد قرّر في محله أنّ عموم السلطنة لا يثبت سبباً شيء من العقود والإيقاعات.

وأما ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) فشموله لكلّ عقد ولو لم يكن متعارفاً محلّ تأملٍ وخلاف؛ لأنّهم بعد الاتفاق على تفسير العقد بالعهد الموثّق اختلفوا بين من يقول: أنّ المراد ولاية عليّ عليه السلام^(٣) في غير موضع^(٤)، وبه رواية^(٥).

وبين من قال: إنّ عقود الجاهليّة التي أمضاها الشارع^(٦)، وبين من قال: هي ما بين الله وعباده من عهود الواجبات والفرائض والحدود والأحكام^(٧).

وبين من قال: إنّها عبارة عن العقود الواقعة بين الناس^(٨)، وهم بين من

(١) ينظر هامش رقم ١ أعلاه.

(٢) المائدة: ١.

(٣) تفسير الصافي: ٥/٢.

(٤) في نسخة (ش): عشر مواضع.

(٥) الكافي: ١/ ٤٣١، ب فيه نكت ونتف من التنزيل في الولاية، ح ٨٩، والبحار: ٢٤/ ٣٥٨، ح ٧٧.

(٦) نقله الطبرسي في مجمع البيان: ٢٥٩/٣ عن ابن عباس، ومجاهد، والربيع بن انس، والضحاك، وقتادة، والسدي .

(٧) ينظر الكشاف: ٥٩١/١.

(٨) مجمع البيان: ٢٥٩/٣ - ٢٦٠، ذيل الآية ١ من سورة المائدة.

أطلق^(١) وبين من خصّها بالمتعارفة^(٢)، فيصحّ التمسك بها على هذا التقدير إن قلنا بأن «اللام» للاستغراق أو الجنس، وأمّا على العهد فلا يدلّ إلّا على الوفاء بالمتعارفة بينهم، وهذا هو المتيقّن للزوم تخصيص الأكثر لو أخذ بعمومها لكلّ عقدٍ حتّى ما يخرعه المتعاقدون، ولم يقل به أحدٌ ممّن يعبأ به، والرهن التبرّعي غير معهود، إلّا أن يقال: بتعارف نوع الرهن، وهو كافٍ في صحّته وإن لم تكن خصوصيّات هذا الفرد متعارفة.

[المسألة الثانية: رهن مال الغير بإذنه]

المسألة الثانية: يجوز رهن مال الغير بإذنه إجماعاً محققاً ومنقولاً^(٣)، مضافاً إلى وجود المقتضي من الإطلاقات كتاباً وسنّة عامّاً وخاصّاً، وعدم المانع، وهل هو ضمان - كما عن أحد قولي الشافعيّة^(٤) -، أو عارية - كما عليه أصحابنا^(٥) -، أو شيء آخر مستقلّ، كما قيل^(٦)؟

(١) ينظر: مجمع البيان: ٢٦٠/٣، مجمع البحرين: ١٠٣/٣.

(٢) ينظر: كنز العرفان: ٧١/٢، زبدة البيان: ٤٦٢.

(٣) نقله الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ٦١/٤، والاردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: ١٧١/٩، والفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع: ١٤٢/٣، والسيد العاملي في مفتاح الكرامة: ٢٩٩/١٥.

(٤) روضة الطالبين: ٢٩٣/٣، العزيز في شرح الوجيز: ٤٥٣/٤.

(٥) ينظر: المبسوط: ٢٠٢/٢، الجامع للشرائع: ٢٨٩، تحرير الأحكام: ٢١١/٣، تذكرة الفقهاء: ١٣/١١٤-١١٣، ونقل العلامة الحليّ في تذكرة الفقهاء: ١١٣/١٣ عن ابن المنذر أنّه قول كلّ من يحفظ عنه من أهل العلم، ونقل عليه الشهيد الثاني الإجماع في مسالك الأفهام: ٦١/٤، وكذلك الفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع: ١٤٢/٣، وفي مجمع الفائدة والبرهان: ١٤٨/٩ أنّه ممّا لا خلاف عليه.

(٦) القائل الشيخ الطوسي في المبسوط: ٢٢٧/٢.

وليس بضمان؛ لأنّه غير مقصود للإذن، ولأنّه تعهّد للدين على الذمّة ليكون نقلاً أو ضمّ ذمّة بذمّة على الخلاف، والإذن في الرهن ليس نقلاً ولا ضمّاً، وعن الشهيد^(١) توجيه الضمان بأنّ الإذن في الرهن توكيل للمأذون في أن يضمن الدين أولاً عن قبل الإذن ثمّ يرهّن له، وهو توجيه لا يرضى به أحد في المقام.

والأحسن توجيه الضمان بأنّه تعهّد للدين، إمّا على رقبة الإذن فيكون من الضمان المعروف، أو على رقبة ماله، فلا يرد عليه حينئذ أنّه غير مقصود، وإنّه نقل أو ضمّ وليس شيء منهما متحقّقاً في المقام^(٢)؛ لاندفاع الأوّل بأنّ الإذن في الرهن التزام بصرف المرهون في دين الراهن، وهذا عين الإلتزام والتعهّد بالدين، بل أقوى من قوله: «ضمنت الدين» ونحوه؛ لأنّ الذمّة أضعف وثوقاً بالوفاء من العين الخارجيّة، فإذا أذن في رهن ماله فقد أذن في بيعه وصرفه في وفاء الدين، وهو أشدّ أنحاء الإلتزام.

و[اندفاع] الثاني: بأنّ نقل الدين في الذمّة من أحكام الضمان لا من حقيقته؛ لأنّه ليس سوى التعهّد، وأمّا النقل فهو من أحكامه.

فالصواب في إبطاله أن يقال: إنّ هذا وإن كان تعهّداً بالدين على نحو خاصّ، إلّا أنّه لا دليل هنا سوى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣)، ومقتضاه اللزوم، ولا يقول به أحد، فلا دليل على صحّته ولا على شيء من أحكام الضمان المقصود إثباتها هنا؛ لأنّ أدلّتها لا تأتي هنا، كما يظهر بالتأمّل.

(١) ينظر الدروس الشرعيّة: ٣/ ٣٨٨، وعبارة الشهيد رحمه الله هكذا: «إلّا أن يقال: المعير أناب المستعير في الضمان عنه في في ذمّته ومصرفه هذا العين».

(٢) عبارة «وليس شيء منهما متحقّقاً في المقام» أضفناها من نسخة (ش) لاستقامة العبارة.

(٣) المائدة: ١.

فإن قلت: كيف لا يقول به^(١) أحدٌ مع أنَّهم فرَّعوه على ذلك^(٢)، بل القائلون بالعارية أيضاً يحكمون به جلاً^(٣).

قلت: اللزوم المتنازع فيه هو اللزوم بعد الرهن، ومقتضى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤) لزومه قبله؛ لأنَّ العقد متحقّق بالإيجاب والقبول، فإذا كان المالك وقبول الراهن كافيان في تحقّق العقد ولزومه، ودعوى توقّف القبول على إجراء عقد الرهن لا وجه لها أبداً.

وأما أنَّه عاريةٌ أو عقدٌ آخر فمبنيٌّ على جوازها لمطلق الفوائد ولو لم تكن الفائدة من المنافع التي يجري عليها حكم الأموال كما في الإجارة، وظاهرهم هنا وفي باب العارية أنَّه أوسع دائرة من الإجارة؛ لحكمهم بإعارة أشياء لا يجوز إيجارتها، وإنَّ قولهم: «كلُّ ما يصحَّ إيجارته تجوز عاريته»^(٥) غير منعكس؛ لأنَّ الرهن من الفوائد القطعيّة.

لكن الثمرة تظهر في الأحكام المختصّة بالعارية من حيث كونها عارية، لا من حيث اشتغالها على الإذن والتسليط في التصرف، كقبول اشتراط الضمان إن لم نقل باطراده في غير الوديعة من الأمانات أو ضمان الذهب والفضّة.

(١) أي: بلزومه

(٢) ينظر: كشف الرموز: ٢/ ٦٢، تذكرة الفقهاء: ١١/ ١٢، السرائر: ٣/ ١٤٩، ايضاح الفوائد: ١/ ٤٨٤، التنقيح الرائع: ٣/ ١٢٨ و ٤٧٠.

(٣) ينظر: جامع المقاصد: ٥/ ٦٦، تذكرة الفقهاء: ١٣/ ١١٦.

(٤) المائدة: ١.

(٥) ينظر: كشف الرموز: ٢/ ٣٢، مختلف الشيعة: ٦/ ١٦٤، مجمع الفائدة والبرهان: ١٠/ ٤٧، كفاية

الاحكام ١: ٤٥٠، الحقائق الناضرة: ٢١/ ٤٩٢.

[المسألة الثالثة: الرهن المستعار]

المسألة الثالثة: في أنّ العارية للرهن لازم كالعارية للدّفن في الأرض، أو باقية على جوازها؟

فنقول: إنّ رجوع المالك قد يلاحظ بالنسبة إلى فسخ العقد، وقد يلاحظ بالنسبة إلى فكه، وعلى الثاني قد يتكلّم في تسلّط المالك على الفك^(١) من دون رضا الراهن، وأخرى في مطالبة المرتهن به، وثالثة في مطالبة الراهن، وعلى التقادير الثلاث قد يتكلّم قبل حلول الدين، وأخرى بعده.

فنقول: لا سبيل للمالك إلى فسخه للأصل؛ ولأنّ الرجوع في العارية إنّما يصحّ بالنسبة إلى المنافع المستقبلية، ولا معنى للرجوع في الماضية، والرهن من المنافع الماضية للعين.

وأما الفك فيجوز للمالك أيضاً مع رضا المرتهن؛ إذ الظاهر أنّ التبرّع في أداء الدين لا يتوقّف على إذن المديون، خصوصاً لو قلنا بأنّ الوفاء معاوضة؛ فإنّه يرجع إلى تملك^(٢) المتبرّع للدين أوّلاً [عوض] ما دفعه ثمّ الإبراء، بناءً على عدم توقّفه^(٣) على قبول المديون، كما هو أقرب.

وأما مطالبة المرتهن ذلك الراهن [بالفك أو] بالإبراء فواضح البطлан، وكذا مطالبته بأحد الأمرين إمّا الإبراء أو مطالبة الراهن بالدين؛ لعدم الدليل عليه، والأصل عدم السلطنة على إجباره بأحد الأمرين.

(١) في الأصل: «الفسخ»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) في الأصل: «تمليك»، والصواب ما أثبتناه.

(٣) في نسخة (ش) زيادة قوله: «مطلقاً».

ودعوى: أنَّ المالك لا يجب عليه الصبر، ويريد فك ماله عن الرهانة بقاعدة السلطنة، فيجب على المرتهن تفريغ ماله مع عدم ضررٍ عليه بمطالبة الراهن .
مدفوعة: بأنَّ المرتهن والمالك بمنزلة شريكين في المال، وليس لأحدهما إلزام الآخر ولو تضرر إذا لم يتمكن من القسمة .

والحاصل: أنَّه لا سلطنة للمالك على المرتهن، سواء كان قبل الأجل أو بعده، وأمَّا سلطنته على مطالبة الراهن، فلا إشكال، بل لا خلاف في ثبوتها بعد الأجل؛ للسلطنة، مع سلامتها عن معارضة ضرر الراهن؛ لأنَّ أداء الدين ليس ضرراً عليه، فيجب عليه الوفاء، ولو تمَّ يطالب المرتهن تفريغاً لمال المالك عن حقه، وإثماً الإشكال فيها قبل الأجل، فعن المبسوط^(١) والسرائر^(٢) والتحرير^(٣) والتذكرة^(٤) والجامع للشرائع^(٥) أنَّ للمالك إلزام الراهن بالفك أيضاً؛ لأنَّها عاريةٌ، ومن شأنها جواز الرجوع عنها.

وعن جماعة^(٦) عدم الجواز، بل عن ظاهر المسالك^(٧) الإجماع عليه، حيث

(١) ينظر المبسوط: ٢ / ١٨٤.

(٢) ينظر السرائر: ٢ / ٤٢٨.

(٣) ينظر تحرير الأحكام: ٣ / ٢١٤.

(٤) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٣ / ١١٦، المسألة ١٠٢.

(٥) ينظر الجامع للشرائع: ٢٩١.

(٦) ينظر تحرير الأحكام: ٢ / ٤٩٥ - ٤٩٦، و جامع المقاصد: ٥ / ٦٥.

(٧) حكى عنه في جواهر الكلام بقوله: «بل ربّما يظهر من ثاني الشهيدين أنَّ لزومها إجماعي» جواهر الكلام: ٢٦ / ٤٥٧، وينظر مسالك الأفهام: ٤ / ٦١، حيث قال: «أجمع العلماء على جواز رهن مال الغير بإذنه.... وجعلوها مضمونة.... ولازمة لا يجوز للمعير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن....»

قال^(١): «قالوا: وأجيب عنه: بأنها عاريةٌ لُزمت لعارضٍ كالعارية للدفن، فإن الرجوع قبل الأجل ضررٌ على الراهن، وهو حاكمٌ على السلطنة القاضية به». وفيه: أن الرجوع وإن كان ضرراً منفياً، إلا أن قطع سلطنة المالك من استرجاع ماله سليماً عن حق الغير ضررٌ عليه، فيرجع إلى قاعدة السلطنة بعد تعارضهما، كما هو الشأن في أمثال المقام.

وقد يجاب: بأن ضرر الراهن جاء من قبل نفسه، للعلم بأن بناء العارية على الجواز.

وفيه: أنه معارض بالمثل، لعلم المالك أيضاً بلزوم الرهن، وقد أقدم فعليه الصبر، مع أن كون الراهن مُقديماً على الضرر موقوف على كون هذه العارية أيضاً جائزة الرجوع، فكيف يستدل على كونه مقدماً بكونه عالماً^(٢) بجواز الرجوع، وهل هذا إلا الدور أو المصادرة؟ وبمثله يُجاب عن دعوى إقدام المالك.

ثم إنهم صرحوا بجواز الرجوع في عارية الأرض للغرس والزرع مع

(١) الظاهر أنه من كلام الحاكي عن الشهيد الثاني وهو صاحب الجواهر رحمته الله، لأنه رحمته الله حكى عن المبسوط وغيره ثمرات للخلاف في كون الرهن المستعار هل هو عارية أو ضمان؟ والثاني منها: أنه على الضمان ليس لمالك العين إجبار الراهن على الفك، إذ هو كضمان الدين المؤجل الذي لا يصح للضامن المطالبة بالتعجيل لإبراء ذمته، بخلافه على العارية فإنها غير لازمة.

ثم تصدق رحمته الله لدفعها بقوله: «و في الثاني: أن الأقوى على العارية أيضاً عدم جواز إجباره على الفك قبل الحل؛ لأنها لُزمت بالعارض كالعارية للدفن، بل يظهر من ثاني الشهيد أن لزومها إجماعي»، وقد نقلها المصنف نقلاً بالمعنى كما لا يخفى، ينظر: جواهر الكلام: ٤٥٧ / ٢٦.

(٢) عبارة: «كونه مقدماً بكونه عالماً» أضفناها من نسخة (ش).

الأرث لا بدونه^(١)، معللاً بأنه جمع بين الحقين، ومراعاةً لضرر الجانبين.
وفيه: أن ضرر المستعير معارض بضرر مالك الأرض ببقائها مشغولة،
فتبقي قاعدة السلطنة سليمة، فله الإلزام بالقلع من دون أرث، كما قال به
بعض^(٢)، والمسألة محتاجة إلى التأمل، والله العالم.

[المسألة الرابعة: في ضمان الراهن]

المسألة الرابعة: في ضمان الراهن وفيه وجوه وأقوال، ثالثها: التفصيل بين قبل
الرهن فالضمان، وبعده فعدمه^(٣)، كما عن جماعة^(٤) منهم الشهيد رحمته الله في المسالك^(٥)،
وعن بعض^(٦) التفصيل بين بعد الرهن وقبل الفك فالضمان وقبل الرهن وبعد
الفك فعدمه، وهذا وإن لم أجد مصرحاً له إلا أنه ظاهر المفصلين، ضرورة
مساواة قبل الرهن وبعد الفك في الحكم، كما يستفاد من تعليلهم: «بأن الضمان

(١) ينظر: شرائع الإسلام: ٤١٠/٢، تذكرة الفقهاء: ١٤٢/١٤، جامع المقاصد: ٧٠/٤، مسالك الأفهام:

١٤٧/٥، جواهر الكلام: ٣٢٤/٢٨

(٢) ينظر: قواعد الأحكام: ١٩٤/٢، جامع المقاصد: ٧٤/٤.

(٣) كذا في المتن، ولكن ينبغي أن تكون العبارة هكذا: «التفصيل بين بعد الرهن فالضمان وقبله فعدمه»،
لاحظ مسالك الأفهام: ٦١/٤، حيث قال: «وإنما يلحق هذه العارية - أي العارية المستعارة - الحكمين
السابقين - أي ضمان التلف وتعذر الرد - بعد الرهن، أما قبله فالأقرب انتفاؤهما، فلا يضمن إلا
بالتفريط»، وسيأتي منه رحمته الله ما هو الصحيح في التفصيل الأول، حيث قال: «فمن المسالك تعليل التفصيل
الأول - وهو عدم الضمان قبل الرهن والضمان بعده - بأنه: إلى آخره»، راجع صفحة: ١٨٨.

(٤) ينظر: تذكرة الفقهاء: ٣٦٤/١٣، إيضاح الفوائد: ١٧/٢، مفتاح الكرامة: ٣١٩/١٥.

(٥) مسالك الأفهام: ٦١/٤.

(٦) ينظر تذكرة الفقهاء: ٣٦٤/١٣ و ١٩٣.

جاء من قبل الرهن فلا وجه له قبله»، فإنّه يأتي بعد الفك [أيضاً] لزوال مقتضي الضمان بزعمهم وهو الرهن.

واستدلّ للأوّل: بأنّ يد الراهن يد أمانة، لكونه مأذوناً من طرف المالك في أخذ الرهن، فلا وجه لضمانه مطلقاً^(١).

واستدلّ للثاني: بأنّ مجرد الإذن لا يقتضي عدم الضمان، فربّ مأذون ضامن لما أخذه كالمستام، وقيل: إنّ الضمان هنا كضمان من يدفع ماله لغيره لأداء دينه، ومن هنا ظهر الوجه للتفصيل الأوّل.

وأما التفصيل الثاني فعن شيخنا خاتم المحقّقين رحمته الله^(٢) تعليله: بأنّ المستفاد من أدلّة الأمانات ارتفاع الضمان في موضعين:

أحدهما: المأذون في الأخذ لمصلحة المالك كالودعي والمستأجر بالنسبة إلى العين [المستأجرة].

والثاني: أن لا يكون الإذن رافعاً لسلطنة المالك.

وفي غيرهما كان الأصل هو الضمان لعموم قوله: «على اليد... إلخ»^(٣)، والراهن قبل الرهن وبعد الفك مأذون من المالك مع بقاء سلطنته على ماله كيف شاء، بخلاف ما بعد الرهن وقبل الفك؛ فإنّ لزوم الرهن مانعٌ عن رجوعه وسلطنته على الانتزاع.

(١) من قوله: «واستدلّ» الى قوله: «مطلقاً» ساقط من نسخة الأصل، وقد أضفناها من نسخة (ش).

(٢) ينظر لوامع النكات - كتاب الرهن -، (مخطوط)، الورقة: ٣٣٣، وفيه: «حجّة الثالث: أنّ عدم الضمان في بعض الأمانات إنّما هو مسبّب عن كون العين مأخوذة لمراعاة مصلحة المالك».

(٣) عوالي اللآلي: ٣٤٤/٢، ح ١٠، مستدرک الوسائل: ١٤/٨ ب ١ من أبواب كتاب الوديعة، ح ١٢.

هذا، والحق: أنَّ الأمين غير ضامن بضمان اليد بلا خلافٍ، كما إنَّه ليس عليه إلاَّ اليمين في دعوى التلف، وهذان الحكمان وإن كانا مخالفين للأصل والعمومات إلاَّ أنَّ الإجماع قام عليهما، فالاختلاف بين الفقهاء في بعض الموارد إنَّما هو في صغرى الأمين؛ فإنَّه موضوع مستنبط شرعي، وليس بأمرٍ عرفي حتَّى يرجع إليه.

وحينئذٍ نقول: إنَّ المستفاد من الأصحاب في ضابط الأمين - بعد الاتفاق على كون الوكيل والمستأجر والودعي داخلاً فيه - إنَّ كلَّ مأذون أمين وكلَّ أمين مأذون، إلاَّ أنَّ بعض الأساطين^(١) ومن وافقه أو سبقه على ما هو صريح بعض أتباعه في العناوين^(٢) أنكروا الكلّية، زعماً منهم أنَّ الأمين أخصَّ من المأذون، فكلَّ حكم مخالف للأصل إذا ثبت للأوّل لا يثبت للثاني، بل حكم المأذون موكولٌ إلى القواعد، كما أنَّ حكم الأمين من عدم ضمانه وسقوط البيّنة عنه ونحوهما ثابت بالنصّ والإجماع على خلاف القاعدة.

ولكنَّ الإنصاف: أنَّ ما ذكره من أنَّ «الأمين» أخصَّ من جهة كونه عبارة عمَّن وضع يده على مال غيره بإذنه ومصلحته، وأمّا لو أخذه لمصلحة نفسه فهو ليس بأمينٍ شرعاً، بل هو داخل في عنوان «المأذون»، ولا بدّ في حكمه من الرجوع إلى القواعد خلاف ما يُستفاد من الأصحاب في ضابط الأمين؛ لاتّفاقهم على كون المستعير أميناً^(٣) مع كون القبض لمصلحة نفسه لا للمالك،

(١) ينظر: مفتاح الكرامة: ٣٨ / ١٣، منهل الغمام: ٣ / ٢، رسالة في قاعدة ضمان اليد ٣٣.

(٢) العناوين الفقهيّة: ٤٨٤ / ٢ - ٤٨٣، عنوان ٦٥.

(٣) ينظر: كنز الفوائد: ٤٩٥ / ١، جامع المقاصد: ٦٧ / ٥، الروضة البهيّة: ٢٦٥ / ٤.

فكيف يقتصر في الأمانة على مصلحة المالك؟ مع أن ظاهر تعليلاتهم عدم الضمان في الموارد الفقهيّة بأنّه أمينٌ عدم الفرق بين المصلحتين.

بل الظاهر المستفاد من الأدلّة في ضبطه اعتبار كون الإذن والتسليط مجّانياً غير ملحوظٍ فيه العوض عاجلاً أو آجلاً.

وحينئذٍ فيخرج المستام؛ لكون الإذن في حقّه متوقّعاً للعوض، وكذا المقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما ممّا كان الإذن والتسليط لتوقّع العوض؛ فإنّ الحكم فيها هو الضمان؛ لعموم «على اليد...»^(١) بعد الشك في دخولها تحت المخصّص، فإنّ التعديّ عن مورد النصّ بالأمانة - كالوديعة ونحوها - وإن كان ثابتاً من استقراء موارد نصوص عدم الضمان - مثل المضاربة والرهن وغيرهما - إلّا أنّ التعديّ في الجملة لا ينفع في صورة الشك، بل لا بدّ من الرجوع إلى العموم لدى دوران المخصّص بين الأقلّ والأكثر.

وأما عدم الضمان في المقبوض مجّاناً ولو لم يكن لمصلحة المالك فهو يظهر بعد مراجعة أدلّة عدم الضمان في دعوى الودعي، والمستعير، والمستأجر والمرتهن، و[العامل] بالمضاربة والزكاة، واللقطة ونحوها وفتاوى الأصحاب، فإنّ المتيقّن منها ليس إلّا القبض مجّاناً.

لا يُقال: إنّ المقام من القبض مجّاناً شرعاً؛ لأنّ قبض الراهن لاستيثاق الدين، والمالك المعير سلّمه إليه لذلك، لا لتحصيل العوض، ودخول المثلّث في ملكه لو باعه المرتهن حكم شرعي ثبت من قاعدة المعاوضة، وليس غرضاً

(١) تقدّم تخريجه في ص: ١٨١ رقم (٣).

للمالك حين الدفع إلى الراهن، بخلاف المستام، فإنه قبضه لأجل إيصال عوضه إلى مالكة، وهو [أيضاً] سلّمه إليه لتحصيل ثمنه.

لأنّا نقول: إنّ الغرض من القبض هنا وإن لم يكن هو المعاوضة لكنّه في معرضها، وهو كافٍ في كون اليد ضماناً، كما لو كان مقارناً للمعاوضة كالعقود الفاسدة، أو مقدّمة لها [كقبض] المستام.

والحاصل: أنّ القبض إذا كان للمعاوضة أو مقدّمة لها أو في معرضها فليس بأمانة؛ لعدم ثبوت التعدي عن مورد النصّ إليها، فالمرجع [حينئذٍ] هو عموم «على اليد...»^(١).

وأما المدفوع إلى الغير ليوقيّ منه دينه، فالضمان فيه مستندٌ إلى الإلتاف دون اليد، فتشبيه المقام به في غير محله، وإن أراد ضمان الآخذ قبل وفاء الدين، فهذا مثل المقام محلّ نظر وإشكال، وليس مسلماً كي يشبّه المقام به.

ولكنّ التحقيق: ثبوت الضمان فيه أيضاً؛ لكون هذا اليد أيضاً في معرض المعاوضة، لأنّ الوفاء به استدانة، وهي معاوضة.

وأما من يأمر غيره بأداء دينه الذي قد يُقال إنّ مثل المقام، ففيه بحث صغروي؛ لكون الضمان هنا ضمان يد، ولو قلنا به هناك لم يكن من اليد، كما لا يخفى.

وكبروي؛ لأنّ الحكم بالضمان هناك - بمعنى سلطنة المأمور على الرجوع إلى الأمر بعد الوفاء - محلّ نظر وإشكال، إذ لا وجه [له] إلّا قاعدة التسبيب؛ فإنّ الأمر بأمره صار سبباً لإلتاف المأمور ماله.

(١) تقدّم تخريجه في ص: ١٨١ رقم (٣).

وما ذكروه في باب الإجارة من أنه لو أمر أحداً بعملٍ كان على الأمر الأجرة، لاحترام عمل المسلم وإن لم تكن الإجارة صحيحة، وكلاهما كما ترى.

أمّا الأوّل: فلأنّ الخبير يعرف بأنّهم صرحوا بعدم التسبب في موارد كانت أجلى وأظهر من المقام، فهذا ليس بناءً جيّداً، كما يعلم بعد مراجعة باب الغصب.

وأما الثاني: فلأنّ مجرد كونه عملاً محترماً لا يكفي في الغرامة، بل لا بدّ فيها من كون العمل ممّا يعدّ مالاً في العادة، ويذل المال بإزائه، كالخياطة ونحوها، وليس كلّ عمل اقترحيّ كذلك، بل ربّ أعمالٍ صعبة لا يتعامل معها معاملة الأموال، بل وعرض المؤمن أشدّ احتراماً من ماله ومع ذلك لا يُسمّى مالاً، وهتكه [لا يوجب] غرامةً.

[ثم إنّ] أجرة مثل هذا العمل - أعني كون وفاء الدين عملاً استوفاه الأمر - قد لا يساوي مقدار ما وفي به الدين، فلا وجه لرجوعه بالدين.

نعم، يمكن أن يُقال في وجه الضمان: إنّ هذا توكيلٌ في الاستدانة والقرض كما قيل^(١)، فالمأمور وكيل للأمر في القبول، فيكون قرضاً على المأمور، فيجب الوفاء به.

وهذا وإن كان حسناً يصلح أن يكون وجهاً للإجماع على الضمان إن كان، إلّا أنّه أيضاً محلّ بحث؛ ضرورة عدم قصد الأمر الاستدانة، وعدم شعوره به، فكيف يكون توكيلاً في القبض مع عدم الالتفات إليه؟

(١) القائل العلامة الحلي في تذكرة الفقهاء: ١٣/٢٤٦.

ومن هنا ظهر حال نظائر المقام، مثل ما لو قال: «أعط زيدا درهماً فإني أوفيك»، أو «أعط ظالماً شيئاً لدفع حكمه»، بل ومنه: «ألق مالك في البحر وعليّ ضمانه» الذي ذكروه واختلفوا فيه، وإن كان بينهما فرق من جهة، إلا أنّ دليل الضمان لو تمّ لعمّ.

بقي الكلام في أمرين:

أحدهما: في حكم المأذون الذي لم يكن في قبضه مصلحة للمالك.

فهنا أربع صور:

أحدها: أن يصرح الآذن بضمان المأذون، وحكمه عندنا عدم الضمان؛ لأنّ شرط الضمان لا يجدي بعد كون اليد أمانة.

ودعوى: أنّ الأمانة ممّا لا تقتضي الضمان، لا أنّها تقتضي عدم الضمان، وكم فرق بينهما؟ فإذا وجد مقتضي الضمان في الأمانة فلا مانع من الأخذ بمقتضاها كما سبق ممّا، واشتراط الضمان من أسبابه؛ لأنّ «المؤمنون عند شروطهم»^(١).

مدفوعة: بأنّ الشرط إنّما يلزم إذا كان في ضمن عقد لازم، والابتدائيّ - كالمأخوذ في العقود الجائزة - لا يجب الوفاء به إلا ما خرج بالإجماع - كشرط الضمان في العارية - نعم، لو شرطه في عقد لازم كان له وجه، فالشرط المذكور هنا لغو، ومقتضى ما ذكرنا في الأمانة من كون الإذن مجانياً ولو كان لمصلحة المأذون عدم الضمان هنا ولو صرح به.

(١) وسائل الشيعة: ١٦/١٨، ب ٦ من أبواب التجارة، ح ١، ٢، ٥، وفيه: «المسلمون» بدل

ودعوى: أن شرط الضمان ينافي المجانية المعتبرة في معناها.

مدفوعة: بأن شرط الضمان غير شرط العوض؛ لأن الغرامة حكم شرعي، وليست عوضاً للتالف في الحقيقة؛ إذ العوض عبارة عن تملك شيء في مقابل تملك شيء آخر، والمغترم لا يملك شيئاً حتى يكون ما يغرمه عوضاً عنه، بل هو حكم شرعي صرف، فشرط الضمان لا ينافي المجانية، فلا ضمان حينئذ ولو شرطه في عقد لازم.

وأما على طريقتهم من توقف الأمانة على كون القبض لمصلحة المالك فلا وجه لعدم ضمانه مع عموم اليد، والتصريح بالضمان مؤكداً له، لا أنه ينافيه.

وثانيها: أن يصرح بعدم الضمان، فلا ضمان عندنا كالضمان على طريقتهم؛ لأنه حكم شرعي لا يرتفع من دون سببه.

وقوله: «ليس عليك ضمان» إن كان إبراءً، فهو إبراء لما لم يجب بعد، فلا يؤثر، وقد التفت إليه بعض من قال بخروجه عن الأمانة، وأجاب عنه بما محصّله: إن الضمان مبني على احترام مال المسلم، والتصريح بعدم [الضمان] سبب [لسقوط] احترام ماله^(١).

ويؤيده تصريحهم بعدم الضمان في الهبة الفاسدة^(٢)، ولا وجه له إلا إعراض المالك عن ماله بالهبة المذكورة، كالإعراض هنا عن مال ماله بالتصريح المذكور، وعدم الضمان في مورد الإعراض مما لا خلاف فيه.

(١) العناوين الفقهية: ٢/ ٥١٤، عنوان ٦٨.

(٢) ينظر: شرائع الإسلام: ٢/ ٤٦٠، جامع المقاصد: ٦/ ٢٣١، الحقائق الناضرة: ٢٢/ ٣٤٨.

ولكن فيه: أن التصريح بعدم الضمان ليس إعراضاً، ولا تملكاً كالهبة، فهو مال محترم، لم يخرج به عن احترامه، فقضية اليد بعد خروجه عن الأمانة هو الضمان.

وثالثها: أن يكون الإذن مجملاً لم يصرح فيه بالضمان وعدمه، ولكن [أحدهما] معلومٌ إجمالاً وشكٌ في تعيينه، فعلى طريقتنا من عدم الضمان في الصورتين فلا إشكال، وعلى الفرق بينهما - كما على طريقتهم - تُبنى المسألة على جواز التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية، فالضمان لعموم على اليد، وعدمه لعدمه.

ورابعها: أن يكون الإذن مهماً، بأن يكون عدم التصريح بشيء منهما لغفلته، وحكمه الضمان على المسلكين^(١).

الثاني من الأمرين في مدرك التفصيلين في أصل المسألة.

فمن المسالك^(٢) تعليل التفصيل الأول - وهو عدم الضمان قبل الرهن والضمان بعده - بأنه: «قبل الرهن أمانة، فلا ضمان، وإنَّما جاء الضمان بعروض الرهن على العين».

وهو مصادرة واضحة؛ لأنَّ كون الرهن سبباً لزوال حكم الأمانة - أعني عدم الضمان - أول الكلام، فلا بدَّ من إقامة الدليل على الضمان بعد الرهن. وقد عرفت ما عن شيخنا^(٣) في وجه التفصيل الثاني من [زوال] سلطنة

(١) كذا في الأصل، وفي نسخة (ش): «وحكمها أيضاً الضمان على طريقتهم لا على طريقتنا».

(٢) مسالك الأفهام: ٦١ / ٤.

(٣) تقدّم تخريجه سابقاً.

المالك بعد عروض الرهن، والقدر الثابت من أدلة الأمانات عدم الضمان مع بقاء سلطة المالك أو عود المصلحة إليه، وهو مع [زوال] السلطنة حال عروض الرهن باقٍ تحت عموم «على اليد...»^(١)؛ لانتفاء الشرطين، بخلاف ما قبل الرهن وما بعد الفك، فإنّه مسلّط على أخذ ماله متى شاء، فيأتي فيه حكم الأمانة، وهذا بظاهره منظورٌ فيه.

ولكن يمكن أن يوجّه: بأنّ الإجماع على أنّ: «كل أمين ليس بضامن» لا عموم له بحسب الأحوال؛ إذ غاية ما يُستفاد من مجموع الأدلة هو العموم بحسب الأفراد، لا الأحوال، حتّى مع التعدي أو التفريط، أو عروض الرهانة ونحوها من أسباب زوال السلطنة، فيرجع حينئذٍ إلى عموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»^(٢) إذا طرأ على يد الأمانة ما يوجب الشك في الضمان من الحالات.

وفيه:

أولاً: إنّهُ مبنيٌّ على صيرورة العارية للراهن لازمة بالعرض، كالعارية للدّفن، وإلا فعلى القول بعدمه - كما هو الأقوى، كما عرفت - لا يتمّ التفصيل، بل يبقى عدم الضمان في جميع الحالات بحاله، بل على القول باللزوم أيضاً قد عرفت أنّ يد الراهن ليست يد أمانة، بل يد ضمان؛ لكون المال معروضاً للمعاوضة، فيحكم حينئذٍ بالضمان مطلقاً، فلا وجه للتفصيل.

وثانياً: لو سلّم عدم العموم الأحوالي، فيقع التعارض بين استصحاب عدم

(١) عوالي اللآلي: ٢/ ٣٤٤، ح ١٠، مستدرک الوسائل: ٨/ ١٤ ب ١ من أبواب كتاب الوديعة، ح ١٢.

(٢) المصدر المتقدم.

الضمان قبل الرهن، وبين عموم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(١) القاضي
بالضمان حال الرهن، وقد تقرّر أنّ الاستصحاب في مثل المقام محكم.
فالأصحّ بطلان التفصيلين، كما أنّ الأصحّ الضمان والله العالم.

(١) المصدر المتقدم.

[فروع في الاستعارة]

فروع: ذكرها بعض الأصحاب لمناسبتها بالعارية للرهن:

[الأول: الاستعارة للبيع]

الأول: الاستعارة للبيع فعن التذكرة^(١) عدم جوازه، معللاً: بأن مقتضى البيع دخول الثمن في ملك مالك المبيع، فلا يعقل صيرورته ملكاً للمستعير، فلا انتفاع له بهذه العارية، ومن شأنها الانتفاع بالعين مع بقائها.

ورد^(٢): بأن الإنتفاع بها أعم من أن يكون بنفسها أو ببدلها، وهو الثمن في المقام، ويحافظ [على] شرط بقاء العين بجعل الخيار للمستعير إلى أجل معين، فيفسخ بعد رد الثمن، فيردّ العين إلى مالكيها.

ويمكن تنزيل منع التذكرة على البيع [البيّ غير] الخياري، وهو جيّد [و] لا إشكال في فساد العارية حينئذٍ.

ويتكلّم على الصحّة في سلطنة المالك على مطالبة الفسخ قبل الأجل، نظير البحث في الإلزام على الفك في العارية التي قبله، من غير فرق بينهما في ذلك.

نعم، قد يُقال: بعدم ابتناء مبنى السلطنة في الإلزام بالفسخ على الإلزام بالفك في الرهن، بل يمكن أن يقال: بالإلزام بالفك في العارية للرهن، ولا يقال بالإلزام على الفسخ هنا.

(١) تذكرة الفقهاء: ٢٥٧/١١، المسألة ٤٢١ و١٦: ٢٥٣ قال: «وكذا ليس له - للمستعير - أن يبيع».

(٢) لم نقف عليه.

أمّا الأوّل: فلتعارض ضرر الراهن بالتعجيل، وضرر المالك بالبقاء، وبقاء قاعدة السلطنة بعد تساقطهما بحالها.

وأمّا الثاني: فلعدم جريان قاعدة السلطنة هنا حتّى يحكم على المستعير بالفسخ، بل قد يقال بعكس ذلك، أعني عدم الإلزام بالفك في الرهن؛ رعايةً لضرر الراهن كما مرّ^(١)، والالزام بالفسخ هنا لعدم الضرر على المستعير. ولكنّ الأصحّ ما ذكرناه أولاً من الابتناء.

[الثاني: الاستعارة للإجارة]

الثاني: الاستعارة للإجارة، والكلام فيه كالاستعارة للبيع حرفاً بحرف؛ لتوقّف كلّ منهما على الملك، فكما لا يصحّ الأوّل لا يصحّ الثاني أيضاً.

ولكن عن الفاضل^(٢) جواز ذلك، وهو مشكّل بعد كون مفاد الإجارة تمليك المنفعة، وهو فرع كونها ملك المؤجّر، مع أنّ مفاد العارية هو الإذن في الانتفاع دون التمليك، ولذا صرح المصنّف^(٣) وغيره^(٤) بعدم جواز إجارة العين المستعارة معللاً ذلك بالوجه المتقدّم، وإن ذهب الفاضل في التذكرة^(٥) إلى جواز العارية للإجارة دون البيع.

نعم، قد تعلّل الصحّة: بأنّ مفاد العارية وإن كان إباحة الانتفاع دون الملك،

(١) مرّ في صفحة: ١٧٨.

(٢) لم نقف عليه في مظانه.

(٣) ينظر شرائع الإسلام: ٤١٠/٢.

(٤) ينظر: إرشاد الأذهان: ٤٣٩/١، مجمع الفائدة والبرهان: ٣٦٥/١٠، نهاية الأحكام: ٧٠٨/١.

(٥) ينظر تذكرة الفقهاء: ٢٥٧/١١، المسألة ٤٢١.

إلا أنهم يقولون: بأن الإباحة المطلقة تبيح جميع التصرفات وإن توقفت على الملك، كالعتق والبيع؛ زعماً لحصول الملك آنأماً قبل التصرف، ولذا صرح المشهور^(١) بجواز جميع التصرفات في المأخوذ معاطاةً - مع أنها عندهم لا تفيد إلا الإباحة - للحسبان المتقدم.

وبمثله قالوا^(٢) في ما أعرض عنه صاحبه، فإنه باقٍ على ملك صاحبه مع نفوذ جميعها، بل هو أيضاً ظاهر من يقول ببقائه في ملكه كالحلي^(٣)، ولا وجه له أيضاً إلا ما عرفت من الحسبان، ولا مانع عنه بعد قيام السيرة وبناء الأصحاب في غير المقام على ذلك.

وحينئذٍ يقال هنا: بأن العارية وإن لم تفد [إلا] الإباحة في التصرف إلا أن عمومها على وجهٍ تشمل الإجارة قاضٍ بجوازها، ودخول المنفعة في ملك المستعير قبلها، ولعلّ المنع من المصنّف ينظر إلى ما لم يعلم الإباحة المطلقة، وإلا فالالتزام بمقالة الفاضل جيد.

ولكن فيه: أن حصول الملك آنأماً لم يثبت كليةً، وحكاية المعاطاة لا تتم إلا على القول بالملك، ونفوذ التصرف في المعرض^(٤) عنه صاحبه أيضاً ليس بواضح، ولو سلّم فالأقتصار على الثابت لازم حتى قام الدليل على التعدي،

(١) ينظر: مسالك الأفهام: ٣/ ١٤٩، المكاسب: ٣/ ٣٨.

(٢) ينظر: كتاب الإجارة للمحقق الرشتي: ٧، كتاب القضاء للآشتياني: ٢/ ٨٨٢، غاية الآمال: ٣/ ٤٤٢.

(٣) السرائر: ٢/ ٢١٨، قال في ضروب البيوع المحظورة: «و نثار العرس إذا لم يعلم من صاحبه الإباحة، لا قولاً ولا شاهد حال، وأما إذا علم من قصد مالكة بشاهد الحال أو الإذن بالقول الإباحة لأخذه فلا بأس بذلك...».

(٤) في الأصل: «المعروض»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

بل ولو سلّم ثبوته كَلِّية بالسيرة في بعض الموارد فلا يتعدّى من الإباحة المتعلقة بالأعيان إلى المنافع.

ولو سلّم ذلك أيضاً فإنّما هو إذا كانت مطلقة لجميع التصرفات، و[أمّا] تعلّقها بتصرفٍ خاصٍّ موقوف على الملك مثل المقام فغير معهودٍ في الفقه، بل الظاهر بطلانه بالإجماع، كيف ولو جاز هذا لجاز أن يأذن المالك لغيره أن يبيع ماله للمأذون، ولم يقل به أحدٌ كما اعترف به الفاضل في الاستعارة للبيع على ما حُكي عنه في المسألة السابقة، فتأمّل.

[الثالث: الإجارة للرهن]

الثالث: الإجارة للرهن.

قيل: وهذا ممّا لا إشكال في جوازه؛ [إذ بعد] جواز العارية له اتفاقاً - كما تقدّم - [تجوز الإجارة له أيضاً]^(١)، لأنّ صحّة الرهن مبنية على كون الرهن من المنافع التي تستباح بالعارية، وقد أجمعوا [على] أنّ «كلّ ما صحّت عاريته صحّت إجارته».

تتميمٌ نافع: لا يخفى أنّ العارية موافقة للأصل من غير أن تحتاج إلى دليل؛ لأنّ حقيقتها الإذن في الاستمتاع والانتفاع بالعين، ولا مانع عنه في طرف الآذن والمأذون، بل قضية عموم «الناس مسلّطون على أموالهم»^(٢) جواز الإذن للغير في الانتفاع به مطلقاً، وأن يكون الانتفاع بعد الإذن مباحاً للمأذون.

(١) أضفناها لاستقامة العبارة.

(٢) عوالي اللآلي: ٣/ ٢٠٨، ح ٤٩، سنن أبي داود: ٣/ ٢٩٦ ح ٣٥٦١، سنن الترمذي: ٣/ ٥٦٦.

وما اشتهر^(١) من أنّ الأصل في الأموال الحرمّة فإنّما هو إذا كان التصرف من غير إذن المالك ورضائه، أو كان المقصود منه الملك، [أو] بعض الأحكام الوضعيّة، وإلاّ فالأصل^(٢) وعموم السلطنة قاضيان بجواز إباحة الانتفاع، كما في الرياض^(٣)، والمسالك^(٤)، قال في محكيّ الأوّل^(٥): «فإنّ اشتراط بقاء العين في العارية ممّا لا وجه له، لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم».

ثمّ وجه الاشتراط: بأنّ التلف يحتاج إلى إحراز الإذن، ولفظ العارية بنفسها قاصرة عن الدلالة عليه، إلّا أن يكون هناك شاهد حال يدلّ على الرضا^(٦).

ولكن في جواهر الكلام^(٧) المنع عن التصرف؛ لأنّ المعير قد قصد العارية الفاسدة، ولا فائدة في الإذن المقيّد بها بعد فسادها كسائر العقود الفاسدة.

وفيه: أنّ فساد العارية لو سلّم لا يقتضي فساد الإذن، وقياس المقام بالإذن في العقود الفاسدة مع الفارق، كما لا يخفى.

وكيف كان، فاستباحة التصرف الجائز بالعارية مطابق للأصل، ولا يحتاج إلى الدليل، سواء كانت فاسدة خارجة عن حقيقتها أم لا، وأمّا قولهم: «كلّما

(١) ينظر: تذكرة الفقهاء: ٢ / ٢١١، كتاب الغصب للمحقّق الرشتي ١٠٠ و ١٢٠، غاية الآمال: ٣ / ٤٨٢.

(٢) أي: أصالة الإباحة.

(٣) ينظر رياض المسائل: ٩ / ١٨٤.

(٤) ينظر مسالك الأفهام: ٥ / ١٤٣، قال: «هذا الحكم - إشتراط بقاء العين في العارية - بحسب

الأصل أو الغالب.... إلى آخره».

(٥) عبارة: «في محكيّ الأوّل» أضفناها من «ش».

(٦) ينظر رياض المسائل: ٩ / ١٨٤.

(٧) ينظر جواهر الكلام: ٢٨ / ٣١٤.

صَحَّت عاريتَه صَحَّت إجارته»، فيحتمل أن يكون سنده دليلاً خاصاً تعبدياً بحيث لو لم تصحَّ الإجارة بمقتضى القواعد^(١) حكمنا بصحَّتْها للدليل، كما يحتمل أن يكون هو القواعد العامة، وعموم أدلة الإجارة.

فعلى الأوّل لا بدّ من الحكم بجواز الإجارة للرهن، بناءً على ما تقدّم من كونه عارية لا ضماناً، إذ بعد فرض^(٢) كونها عارية صحيحة اندرجت تحت الكلّية المذكورة كما هو الظاهر، وعلى الثاني لا بدّ من ملاحظة أنّ فائدة الرهن من المنافع القابلة للمعاوضة التي منها الإجارة أم لا؟

ومن هنا قد يُتأمّل في ذلك، لإمكان أن يُقال بعدم كونها ممّا تصلح للمقابلة بالمال^(٣) ومصحّحاً للمعاوضة، ولذا قيل^(٤): «إنّ رهن مال الغير ليس بعارية ولا ضمان».

ثمّ الظاهر أنّ الكلّية مبنية على الغالب، وإلا فلا ريب [في] أنّ بعض ما يصحّ عاريتَه لا تصحّ إجارته، وكذا العكس، وتام البحث في غير المقام، والله العالم بحقائق الأحكام.

(١) عبارة: «الإجارة بمقتضى القواعد» أضفناها من (ش) لاستقامة العبارة .

(٢) «فرض» أضفناها من (ش).

(٣) في الأصل: «يصلح المقابلة للمال»، و ما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٤) ينظر الروضة البهيّة: ٦٥ / ٤.

[رهن المملوك له وغيره]

١٨ قوله «ولو رهن ما يملك وما لا يملك» في عقد واحد «مضى في ملكه، ووقف في حصّة شريكه» إن كان شريكاً «على الإجازة»^(١)، وكذا يصحّ لو لم يكن شريكاً من غير إشكال، إلّا من حيث تبعض الصفقة، زعماً أنّ الكلّ غير مقصود، والمقصود - وهو الكلّ - غير حاصل، وبطلانه سبب للبطلان بالقياس إلى الجزء أيضاً، لأنّ زوال الجنس يوجب زوال الفصل.

ولكن يمكن دفعه بما في باب البيع من: أنّ التبعض على مقتضى الأصل والقاعدة.

فما قيل^(٢): من أنّه على خلافه^(٣) فيحتاج في كلّ موردٍ إلى دليل، ليس بجيد، وذلك لأنّ الأسباب الشرعيّة كالأسباب العقليّة، ومقتضياتها صفات للأشياء الخارجيّة، إذ الملكيّة كالسواد والبياض من صفات الأجسام، فإذا وجد السبب وتعلّق بشيء أفاد مقتضاه بالقياس إلى كلّ جزء بشرط القابليّة كالأسباب الخارجيّة، فكلّ جزء سليم عن المانع يؤثّر فيه السبب، ولا يؤثّر في مالهو قارن المانع أو فقد الشرط، غاية الأمر فوات صفة الانضمام في الأجزاء، ويتدارك بالخيار.

(١) شرائع الإسلام: ٢ / ٣٣١، وفي الأصل: «ووقف في حصّة الشريك على إجازته».

(٢) ينظر رياض المسائل: ٨ / ٣١٧.

(٣) أي: على خلاف الأصل.

وزوال الجنس بزوال الفصل لا يأتي في الأجزاء الخارجية، بل هو في الأجزاء الذهنية التي بمنزلة الفصول المتنوعة أو العوارض المشخصة، ولذا يشكل صحة العقد مع الشرط الفاسد؛ لأنّ حاله غير حال الجزء في كونه سبباً لتخصيص الكلّي^(١)، وفساده يوجب زوال الفصل، وتام الكلام في محله.

فلو رهن حيثنّذ ماله ومال الغير غير المفروزين يصحّ في ماله بلا خلافٍ عندنا، ويتوقّف في غيره على إجازته، بل وكذا لو رهن^(٢) ملكاً مشاعاً كنصف داره مثلاً أو نصف الدار المشترك، خلافاً للحنفية^(٣)، فإنّهم يعتبرون في الرهن أمران آخران غير القبض:

أحدهما: الفراغ بأن لا يكون مشغولاً بغير الرهن، سواء كان الشاغل مال الراهن أو مال غيره.

وثانيهما: أن يكون المرهون معيّناً مفروزاً غير مشاع، ويسمّونه بالقبض التام على ما دعاهم إليه اجتهداهم الفاسد، وليس اعتبار الإفراز مستنداً عندهم إلى اعتبار القبض كما توهم^(٤)، بل إلى ما ليس المقام ذكره.

فرع: لو رهن الحصّة المشاعة من بيتٍ معيّن أو باعها، ففيه وجوه وأقوال بيننا وبينهم:

أحدها: بطلان البيع أو الرهن، وتوقّفهما على إجازة الشريك.

(١) في نسخة (ش): «لأنّ حال الشرط غير حال الجزء، فإنّ الشرط يوجب تخصيص الكلّي» إلى آخره.

(٢) في الأصل: «أجاز»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٣) حكاه عنهم في تذكرة الفقهاء: ٣٥٩/١٣، راجع بدائع الصنائع: ١٤٠/٦، ١٣٨، تحفة الفقهاء: ٣٨/٣.

(٤) ينظر جواهر الكلام: ٥/٢٦.

وثانيهما: صحّتها منجزاً.

وثالثها: الصحّة مراعى إلى القسمة، فإن وقع البيت في حصّة الراهن أو البائع صحّا ونفذاً، وإن وقع في حصّة الشريك بطلاً.

والفرق بينه وبين الأوّل أنّه يقع العقد باطلاً من حينه، وعلى الثاني من بعد القسمة.

وتظهر الثمرة في النماء [ونحوه] نظير [بيع] العبد الجاني، فإنّه يصحّ وإن لم يرض به المجنيّ عليه، لكن لو لم يفكه المولى كان للمجنيّ عليه أن يأخذ من يد المشتري.

ورابعها: الفرق بين البيع فيصحّ منجزاً، وبين الرهن فيصحّ متزلزلاً إلى أن يقع القسمة كما عرفت، أو يبطل كالفضولي.

وجه الأوّل: أنّ القسمة شرعت لدفع ضرر الإشاعة، فكلّ عقد ينافي مقتضاه مقتضاها يكون باطلاً؛ لأنّ مدرك شرعيّتها قاعدة نفى الضرر الحاكمة على أدلّة العقود.

ووجه الثاني: وجود المقتضي، وهو عمومات البيع والرهن، وعدم المانع؛ لأنّ الإشاعة ليست بهانعة، ولذا يصحّ لو باع أو رهن حصّته من مجموع الدار بلا إشكالٍ و[لا] خلاف عدا ما سمعت عن أبي حنيفة^(١)، فلا فرق بين أن يتصرف في ما سواه من مجموع الدار أو من خصوص بيتٍ معيّن؛ لتفكيح المناط.

ودعوى: عدم خروج المبيع أو المرهون بالقسمة عن ملك المشتري أو عن

(١) تقدّم تخريجه آنفاً.

حقّ المرتهن بخلاف القسمة في الثاني، إذ البيت الذي باع أو رهن حصّة منه قد يصير بسبب القسمة في نصيب الشريك، فيكون قد باع أو رهن مال الغير.

مدفوعة: بأنّها مصادرة؛ لأنّ قضاء القسمة ذلك بعد البيع أوّل الكلام.

كما أنّ دعوى: استتباع الإشاعة القسمة لأنّها من لوازمها، فكيف تمنع القسمة بعد البيع والرهن؟

فإذا بقيت شرعيّة القسمة بحالها الأوّلية لزم المحذور المذكور من كون البيع أو الرهن متعلّقاً بهال الغير.

مدفوعة: بأنّ كفيّة القسمة تتبع كفيّة الإشاعة، فإن كانت بين اثنين كانت بالنصف، فتكفي قسمة واحدة، وإن كانت الشركاء ثلاثة أو أربعة فربّما يحتاج إلى قسمتين أو أزيد، فقبل البيع أو الرهن كان للشريك مطالبة البائع أو الراهن بالقسمة نصفين مثلاً، لأنّ القسمة اللائقة بحال الشريك بين الاثنين كذلك، أمّا بعدهما فلا بدّ حينئذٍ من قسمة ما عدا المبيع، ثمّ قسمة البيت مستقلاً؛ لتغيّر موضوع الإشاعة الأولى بإشاعة أخرى لا تجري فيها تلك القسمة، فلو أراد الشريك القسمة حينئذٍ فلا بدّ من ملاحظة الإشاعة الأخرى دون الأولى، لتبدّلها بغيرها.

وتوهّم: بطلان البيع أو الرهن لكونهما سببين لتبدّل الإشاعة إلى أخرى غلط؛ إذ مرجعه إلى تعطيل الأسباب عند الإشاعة، وهو قول بلا دليل، بل لا أظنّ التزام أحدٍ به، ولذا لو باع أحد الشريكين نصيبه من المشترك باثنين أو ثلاث بكيفيّات مختلفة، بأن يبيع أحدٌ ربع ما يملك، وآخر سدسه، وثالث ثمنه وهكذا، لم يقل أحدٌ ببطلان البيع، مع أنّ القسمة بعده تغيّرها قبله.

والحاصل: أنَّ كلاً من البيع والرهن يؤثر أثره، ولو تعذر القسمة على الوجه الأول -التي قد تفيد دخول البيت في ملك الشريك- فلا يكون البيع بيعاً لمال الغير أبداً، وكذا الرهن، بل لو طلب الشريك القسمة حينئذٍ أُجيب إلى قسمة ما عدا البيت أولاً، ثم البيت.

ووجه الثالث: الجمع بين أدلتي الرهن والبيع وبين قاعدة نفي الضرر، فيؤخذ بمقتضى الإشاعة بعد الحكم بصحتهما قبل القسمة، ويقسم حينئذٍ، فإن وافقت فهو، وإلا فيحكم بطلانها بعد القسمة، نظير بيع العبد الجاني.

ووجه الرابع: أمّا صحة البيع منجزاً فلما مرّ، وأمّا صحة الرهن مراعى فلعدم كونه سبباً لزوال الشركة الأولى وانقلابها إلى أخرى كالبيع؛ ضرورة بقاء الأولى بحالها، فلا بدّ من جري القسمة على مقتضاها من قسمة مجموع الدار بينهما، فينظر إلى أنَّ القسمة تنافيه أم لا؟ إلى آخر ما عرفت.

وهذا أوجه، بل هو المعروف، إذ القائلون بالفرق بين البيع والرهن يعلّلونه بأنّ البيع^(١) يوجب زوال ملك البائع؛ فتعذر القسمة الأولى دون الرهن^(٢).

ثم إنَّ القائلين بالصحة فيهما اختلفوا في ضمان الراهن للمرتهن لو صار البيت في نصيب الشريك بالقسمة، ولم يتعرّضوا لحكم البيع، ولا لدليل المفصل صحةً وسقماً، فيستفاد منه أنّهم يقولون في البيع بمقالة المفصل، ويحتمل بعيداً قولهم بصحة البيع مراعى إلى القسمة، فيبطل لو وقع البيت في

(١) في الأصل: «يعلّلون البيع بأنّه» إلى آخره، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) ينظر: تذكرة الفقهاء: ٤٢/١٢، وقال به أبو حنيفة وأبو يوسف ونقله عنهما السرخسي في

نصيب الشريك، ويرجع المشتري إلى البائع بالثمن، إلا أن الأظهر هو الأول. ثم اختلفوا على القول بالبطلان في ما إذا وقع البيت في نصيب الشريك بسبب القسمة في أن هذا إتلاف من الراهن، فيجب عليه المثل أو القيمة مطلقاً، أو بشرط كونها اختيارية؛ إذ لو كانت إجبارية كان التلف من الله تعالى لا منه، فلا ضمان عليه.

ويمكن توجيه الإطلاق بأن الحكم الشرعي وإن كان هو السبب في تلف الرهن على المرتن، إلا أن الراهن مباشر، وهو مقدّم على السبب إذا اجتمعاً، ولا ينافي ذلك تعدّد الشركاء؛ لكون كلّ منهم حينئذٍ مباشراً، ويجري عليهم حكم الضمان بالنسبة.

وحينئذٍ فما في جواهر الكلام^(١) من وجوب التدارك بالحصة المقابلة [هو الأوجه]^(٢)؛ لأنّها وإن كانت إفرازاً إلا أنّها في الحقيقة معاوضة كما في بابها، ومعنى إفرازها سلب تعديّات المعاوضة من الأحكام، وإلا فلا محيص عن الالتزام بها؛ ضرورة سريان ملك كلّ من الشريكين في كلّ جزء، فنصيب كلّ منهما بعد القسمة مشتمل على ما كان ملكاً لآخر قبلها، وهل هذا إلاّ المعاوضة؟!

وسيّأتي إن شاء الله تعالى أنّ بدل الرهن يصير رهناً، سواء كان بالغرامة

(١) ينظر جواهر الكلام: ٢٥٠/٢٦، قال: «إلا أنّه قد يقال: بكون الرهن ما قابله من حصّة الراهن لا القيمة».

(٢) في الأصل: «مما لا وجه له»، والظاهر أنّه سهو، لأنّه لا ينسجم مع يأتي من التعليل: بأنّها معاوضة، أو أنّ بدل الرهن يصير رهناً سواء كان بالغرامة أو بالمعاوضة.. إلى آخره، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق، ويؤيده ما في نسخة (ش) من قوله: «الأوجه في المسألة ما قاله بعض مشايخنا من وجوب التدارك بالحصة المقابلة».

أو بالمعاوضة، وبذلك يستراح عن شبهة المفصل بين الاختياري والإجباري والاضطراري.

تنبيه: نقل عن المحقق القمي رحمته الله في جواب المسائل ^(١) بفساد البيع في نظير المسألة، وهو ما لو باع أحد الشريكين في أرضٍ مشتركة بينهما نصفاً معيناً منهما. ويظهر ممّا ذكرناه ما فيه، وأنّ الأصحّ هو الصحة، وتعدّر القسمة الأولى التي تقتضي وقوع المبيع في نصيب الشريك.

نعم نقل عنه ^(٢) أنّ الإشاعة راجعة إلى ذلك الكلّي المبهّم المرّدّد بين الأفراد كما في جواهر الكلام ^(٣) أيضاً، حيث يقول: إنّ كلّاً من الشريكين مالك للنصف الكلّي القابل للمصدق على الأنصاف الخارجيّة، والقسمة شرعت لتعيينه، فإنّ مقتضى هذا فساد البيع والرهن لبطلان المبهّم منها اتفاقاً.

ولكن يرد عليه: أنّ قوله هنا بصحة الرهن - وفقاً لتذكرة الفاضل ^(٤)، بل الظاهر كونه مسلماً عندهم - لا يوافق ما بنى عليه في المال المشاع. نعم، لا يتوجّه هذا على القمي رحمته الله، غير أنّ هذا المبنى فاسدٌ [عندنا و] عند الأصحاب؛ لأنّ

(١) ينظر جامع الشتات: ٢ / ١٩٤، سؤال ١٢٢، سؤال: زيد وعمرو شريكان در قطعه زميني بالمنافه، وزيد بدون اطلاع عمرو زمين را قيمت مي كند، وبعد از تعيين حصّه خود، آن حصّه را به بكر مي فروشد، وعمرو مي گويد: به اين قسمت راضي نيستم، آيا بيع صحيح است يا باطل؟
جواب: قسمت زمين با عدم رضاي عمرو باطل است، وبيع هم باطل است، وبكر هيچ حقّي در زمين ندارد..... إلى آخره.

(٢) المصدر المتقدم.

(٣) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٣١٢ - ٣١١.

(٤) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٣ / ١٢٧.

مبنى الإشاعة عندنا على سريان ملك الشركاء إلى كل جزءٍ جزء حتى ينتهي إلى الجزء الموهوم، كما حققناه في كتاب القضاء^(١).

[رهن المسلم خمرًا، ورهن أرض الخراج]

(١٩) قوله: «ولو رهن المسلم خمرًا لم يصحّ، ولو كان عند ذمي» إلى قوله: «ولو رهن أرض الخراج لم يصحّ»^(٢).

الظاهر أن بطلان رهن الخمر وأرض الخراج من فروع اشتراط الملكية التي جعلها من شروط المرهون، وهو جيّد لو كان على اشتراطها دليل، وليس سوى الإجماع المعلوم عدم استناده إلى النصّ، بل على ما تقتضيه القواعد العامّة، و[ليس] فيها ما يقضي بفسادها عدا عدم الوثوق والاستيثاق الواردين في الأخبار وكلمات الأصحاب المنوطة بهما صحّة الرهن؛ نظرًا إلى توقّفهما على إمكان البيع لدى تعذّر الوفاء الموقوف على الملك.

ولكن فيه: أن الاستيثاق أمرٌ عرفي يحصل برهن الخمر عند الذمي، كما هو واضح، بل وفي أخذه من الكافر أيضًا؛ اعتماداً على وفائه، لكونه مستحلًّا له وباذلاً جلّ^(٣) ماله بإزائه.

(١) ينظر كتاب القضاء للمحقّق الرشدي: ٣١/٢، قال: «فالإشاعة عبارة عن سريان ملك كل من الشريكين إلى كل جزء يفرض من العين المشتركة».

(٢) شرائع الإسلام: ٣٣١ / ٢.

(٣) في نسخة (ش): «جواد».

ودعوى: توقّف حقيقة الاستيثاق على إمكان البيع مصادرة، بل لولا الإجماع لأمكن القول بجواز أخذ الصغير رهناً من وليّه، كما تعارف بين الناس في بعض المقامات، بل الاستيثاق الحاصل من أخذ الأنفس أشدّ وأكّد من الحاصل من أخذ الأموال، وحرمة شرعاً لما فيه من الظلم والإيذاء لا ينافي صدق العنوان، فاشتراط صحّته بجواز البيع غير واضح.

وكذا الكلام في أرض الخراج، فإنّ المتصرف ينتفع به، وهو أولى من غيره، بعد جواز قيام المرتهن مقام الراهن، فله تحصيل دينه من نمائه ومنافعه وإن لم تكن الرقبة ملكاً للراهن، إلّا أنّ اختصاصه بالانتفاع من الأرض وأولويّته من غيره يكفي في حصول الاستيثاق.

فالأولى أن يستدلّ على بطلان رهن الخمر بإطلاق آية الاجتناب^(١) بالنسبة إلى جميع المنافع التي منها الرهن أخذاً أو دفعاً، بل لا يبعد القول بحرمة التداوي به ولو من غير جهة الشرب، ولا انصراف لها إلى المنفعة الظاهرة، وهي الشرب. كما أنّ دعوى: عدم قضاء النهي فساد المعاملة، مدفوعة: بأنّه كذلك لو تعلّق النهي بنفس السبب لا بنفس النتيجة، مثل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ﴾^(٢) فإنّه متعلّق بالعين، [و] المراد به بدلالة الاقتضاء النكاح أو الأكل أو اللمس في كلّ مقام بحسبه، فالنهي حينئذٍ يدلّ على عدم تأثير الأسباب ولغويّتها إذا تعلّقت بالنهي، والنهي عن قرب الخمر دليل [على] عدم تأثير أسباب القرب، كالبيع والرهن ونحوهما فيه.

(١) المائدة: ٩٠.

(٢) النساء: ٢٣.

وأما أرض الخراج فالأولى تفريعه على عدم جواز رهن المنافع بعموم دليله كما عرفت، بحيث لا يحتاج إلى نص، لا على اشتراط الملكية. ومن هنا يستراح من الإشكال في الخمر بالإيداع عند الذمي، وفي الثاني بجواز البيع تبعاً للآثار.

(١٨) قوله: «لأنّها لم تتعيّن»^(١) إلى آخره، إشارة إلى دليل عدم كون أرض الخراج ملكاً، بيانه: أنّ الملك والمالك إذا كان كلّ منهما كلياً حصل لأفراد المالك الملك في أفراد المملوك، فما يأخذه الفقير من الصدقات يملكه؛ لكون كلّ من المالك والمملوك كلياً، بخلاف الخراج؛ فإنّ المالك وإن كان كلياً - وهو المسلم - إلّا أنّ الملك جزئي خارجي، فيمتنع حصول الملك لمعيّن؛ لأنّه سبب لزوال ملك الجنس.

[رهن ما لا يصحّ إقباضه]

(٢٠) قوله: «كالطير في الهواء»^(٢) إلخ، لعلّ وجهه مع عدم إمكان قبضه عادةً عدم حصول الاستيثاق، فيفسد وإن لم نقل باشتراط القبض فيه.

(١) شرائع الإسلام: ٣٣١/٢، في الأصل: «لأنّ الملك لم يتعيّن».

(٢) المصدر المتقدم.

[رهن عبدٍ مُسلمٍ أو مصحفٍ عند الكافر]

(٢١) قوله: «وكذا لو رهن عند الكافر عبداً مسلماً أو مصحفاً»^(١) إلخ.
أقول: ويدلّ عليهما الأخبار الآمرة بتعظيم القرآن^(٢)، ورهنه عند الكافر نوع تخفيف له، وآية نفي السبيل^(٣) في العبد المسلم.
ونفي كون الرهن سبيلاً كما عن الشيخ^(٤)، كعدم كون إجارة المسلم نفسه للكافر [سبيل له عليه].

مدفوع: بالفرق؛ إذ الإجارة معاوضةٌ، فلا تكون سبيلاً لإثبات سبيل الكافر على رقبته، بل يتعلّق حقه بعمله، والفرق بين تعلّق الحقّ ابتداءً بالمال أو النفس واضح؛ إذ الأوّل سلطنة على المال وإن استتبع جواز المطالبة، إلّا أنّه حكمٌ لا حقّ حتّى يكون سبيلاً، والثاني هو السبيل المنفيّ.

ومنه يظهر عدم كون الوكالة سبيلاً سيّما إذا كان مع الجُعْل، بخلاف المقام؛ فإنّه إحداث حقّ من الكافر على المسلم وهو حقّ الرهانة، ويوجب تسلّطه عليه، وهو مستلزم للسبيل عليه.

(١) المصدر المتقدّم.

(٢) وسائل الشيعة: ٦ / ١٦٩، أحاديث ب ٢ و ٨ من أبواب قراءة القرآن ولو في غير الصلاة.

(٣) النساء: ١٤١.

(٤) ينظر المبسوط: ٢ / ١٨٨، قال: «فيه قولان، أحدهما لا يصحّ، والثاني يصحّ ويوضع على يدي مسلم عدل، وهذا عندي أولى».

[رهن العين الموقوفة]

(٢٢) قوله: «ولو رهن وقفاً لم يصحَّ»^(١) إلخ.

أقول: هذا أيضاً من فروع عدم جواز رهن المنافع بعين ما قلنا في أرض الخراج من امتناع حصول الملك لمعين، فينحصر الاستيثاق بالمنافع [الكلي]. ويلحق بالوقف منذور العتق والصدقة مطلقاً، أو معلقاً على صفة، كمجيء وقت أو شرط كقدوم الحاج، فإن المشهور على عدم جواز بيعه^(٢)، اعتماداً على أصالة عدم مجيئه، لتعلق حق الغير بالمنذور المانع عن صحة البيع. ودعوى: عدم كون تعلق الحق مانعاً عن البيع، كحق الخيار والجناية عند الأكثر، فلا مانع حينئذٍ عن بيع المنذور المعلق على الشرط؛ لاندفاع احتمال مجيئه بالأصل.

مدفوعة: بأن الحقوق ليست على نسق واحد؛ فإن حق الجناية لا يمنع عن البيع، لانحصار منعه باحتمال استيفاء هذا الحق بالاسترقاق، وهو مدفوع بالأصل، فما لم يسترقه [المجني عليه] يصح البيع، وكذا حق الخيار مع إمكان القول بأنه متعلق بالعقد السابق لا بالمال.

وأما حق المنذور له فمانع عن البيع؛ لعموم الوفاء بالعقود والشروط، فإن مقتضاه عدم جواز ما يمنع عن الوفاء من التصرفات، حتى إنه لا يجوز

(١) شرائع الإسلام: ٢ / ٣٣١.

(٢) ينظر: تحرير الأحكام: ٤ / ٣٧٧، السرائر: ٦ / ٥٦، مفتاح الكرامة: ٢١ / ٦٦٧، جواهر الكلام: ٢٥ / ١٣١.

له العمل بأصالة عدم تحقّق الشرط المحتمل في المعلق عليه، وهذا واضح.

ولذا فرّقوا بين ما جاء من الخيارات من الشارع وبين ما جاء من جانب مَنْ عليه الخيار بالشرط، فإنّ الأوّل بنفسه لا ينافي البيع وإن قلنا إنّ مقتضاه ثبوت حقّ لذي الخيار في العين لا في العقد، بل المنافي عمل ذي الخيار بمقتضاه وفسخه، فما لم يفسخ فشرائط صحّة البيع موجودة، وليس هنا شيء آخر يمنع عن تصرف من عليه الخيار، بل قضية عموم السلطنة سلطنته على جميع التصرفات حتّى ما توقّف منها على الملك كالبيع، بخلاف الخيار الذي جاء من طرف المالك، فإنّ وجوب الوفاء عليه بما التزم يمنع عن التصرف المنافي لاستيفاء الحقّ، فإنّ الوفاء ينافي ما ينافيه عرفاً، فينافيه أيضاً شرعاً لوجوب الوفاء، فظهر ممّا ذكرنا اختلاف الحقوق في اقتضاء الفساد.

والضابط: أنّ حقّ الغير إمّا أن يكون من المالك بنذرٍ أو شرطٍ أو نحوهما، أو من الله تعالى، والأوّل يمنع عن البيع، فالنذر سواء كان سبباً لخروج المندور عن الملك - كنذر النتيجة - أو لم يكن - كنذر السبب - مانع عن البيع مطلقاً ولو كان معلقاً على شرطٍ محتمل؛ لاستناد الحقّ الحادث إلى عهد المالك وشرطه، بخلاف الثاني فإنّه إن توقّف مانعيته على إعمال [حقّ] كحقّ الخيار والجناية حيث لا يمنع عن البيع بنفسهما، بل المانع عنه إعمالهما، فقبل الإعمال يصحّ لعموم الأدلّة، وإن لم يتوقّف على فعل من له الحقّ كحقّ الرهانة ففي مانعيّة هذا القسم تأمّل، بل يحتاج إلى الدليل^(١)، فتأمّل.

(١) إشارة إلى أنّ في الرهانة جهة شرعية لا تمنع، وغير شرعية جاءت من قبل الراهن فلا يصحّ بيعه.

[الرهن في زمن الخيار]

(٢٣) قوله: «ويصحّ الرهن في زمان الخيار، سواء كان للبائع أو للمشتري أو لهما»^(١).

أقول: صور المسألة أربع؛ لأنّ الراهن إمّا من عليه الخيار أو من له الخيار، وعليهما إمّا أن يكون الرهن متعلّقاً بما انتقل عنه أو إليه.

فإن كان الراهن من عليه الخيار، وتعلّق الرهن بما انتقل إليه بنى [المسألة] على الأقوال والإحتمالات في بيعه من الصّحة والبطلان، والأوّل متزلزلاً؛ فإنّ فسخ من له الخيار بطل، وإلاّ صحّ.

فعلى الأوّلين لا إشكال صحّة وفساداً، وفي الصّحة والبطلان على الأخير وجهان، من أنّ مبنى الرهن على الاستيثاق، وهو غير حاصل بالصّحة المتزلزلة، ومن أنّ حاله حال البيع لكونه مقدّمةً له، فلا وجه لصّحة البيع دون الرهن، وهو الأقوى كما سيأتي في رهن العبد الجاني إن شاء الله تعالى.

وإن كان [الرهن] متعلّقاً بما انتقل عنه، فإنّ أجاز من له الخيار كالمشتري فلا إشكال في صحّته، وإن ردّ بطل كذلك.

ولو فسخ البيع قبل الإجازة والردّ فوجهان مذكوران في باب من باع فضولة ثمّ ملك.

(١) شرائع الإسلام: ٢ / ٣٣١.

وإن كان الراهن من له الخيار، ورهن ما انتقل إليه، فلا إشكال في الصحة، وفي كونه التزاماً بالبيع وإسقاطاً للخيار^(١) وجهان، مبنيان على كون مطلق التصرف كافياً في الإجازة تبعداً، وإن لم يكن كاشفاً عن الرضا؛ لأن رهن مال الغير جائز، فلا يكشف عن التزام الراهن بالعقد السابق، فيأتي فيه الخلاف المذكور.

ولو رهن ما انتقل عنه ففي صحته قولان، وكذا كل تصرف يتوقف على الملك كالبيع والعتق والوطئ ونحوهما، وقد يفصل بين الحكم الوضعي فلا يصح وإن حصل به الفسخ، والتكليفي فيجوز^(٢)، أمّا الأول فللجمع بين ما دلّ على اعتبار سبق الملك في البيع مثلاً وبين ما دلّ على حصول الفسخ بكلّ تصرف ولو كان فاسداً.

وأما الثاني فلأن عموم ذلك يبيح كل تصرف، فيكون مخصصاً لما دلّ على حرمة، فالوطأ بلا عقدٍ وملك حرامٌ إذا لم يحصل منه الملك، وأما إذا حصل فمقتضى عموم ما دلّ على حصول الفسخ بكلّ تصرفٍ جوازه.

و أمّا حجة البطلان: فهو لزوم الدور، لتوقف الصحة على الملكية المتوقفة على الفسخ المتأخر عن التصرف.

وعن بعض العامة^(٣) تعليله: بأن الشيء الواحد لا يجوز أن يكون فاسخاً وعاقداً، كتكبيره الإحرام الثانية.

(١) في الأصل: «إسقاط الخيار».

(٢) في الأصل: «فلا يجوز»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق، ويؤيده ما سيأتي في صفحة: ٢١٥ من قوله: «ومن العجب ما سمعت من التفصيل بعدم صحة البيع والعتق وحلية التصرف».

(٣) ينظر: العزيز في شرح الوجيز: ٢٠٢/٤، وروضة الطالبين: ١١٨/٣، المجموع: ٢٠٢/٩، وحكاه عنهم في تذكرة الفقهاء: ١١/ ١٨٤.

وأجاب عنه العلامة^(١): بأنه بالقياس إلى شيء واحد كذلك، وأمّا بالقياس إلى اثنين فلا مانع من أن يكون التصرف فاسخاً للعقد السابق وعاقداً للثاني.

وفيه: أن التكبيرة أيضاً تبطل الصلاة الأولى، وينعقد بها الثانية.

والأولى أن يجاب عنه: بأنه لا مانع من أن يكون الشيء سبباً لزوال شيء وحدوث شيء آخر مثله، وفساد التكبيرة إمّا للنهي المقتضي للفساد في العبادة؛ لكونها إبطالاً للصلاة، وهو محرم، أو للإجماع.

وأجاب الشهيد^(٢) عن الدور: «بأنه دور معي»^(٣)، والفخر^(٤): بأن الفسخ يحصل بالجزء الأول، والنقل بما عداه.

وقد يقال: إن إشكال الدور إنما يرد لو قلنا بحصول الفسخ بعد التصرف كالبيع، ولو قلنا بحصوله قبله آنأ ما كما عن المصنّف^(٥) والمحقق^(٥) والشهيد الثانيين^(٦)، بل وجماعة^(٧) ارتفع الإشكال من أصله.

(١) ينظر تذكرة الفقهاء: ١١ / ١٨٤.

(٢) الحاشية النجارية (ضمن موسوعة الشهيد الأول): ١٤ / ٢٤٦. وفيها «دور معية» بدل «دور معي».

(٣) ينظر إيضاح الفوائد: ١ / ١٨، وقد أجاب عن إيراد الدور بقوله: «و الجواب عن الأول: أن الجزء الأول من عقد الرهن علة في الرجوع والملك، ومجموعه علة لصحة الرهن وهو مشروط بالملك، فلا دور، وهو الأصح عندي».

(٤) ينظر شرائع الإسلام: ٢ / ٣٣١.

(٥) ينظر جامع المقاصد: ٤ / ٣٠٩-٣١٠، وفيه عند قول المصنّف^(٥): «و يحصل الفسخ بوطء البائع»، قال: «لأننا نحكم بأن الوطاء يوجب الفسخ قبله، كما تبّه عليه في التذكرة».

(٦) ينظر مسالك الأفهام: ٤ / ٢٥ و ٨٩.

(٧) ينظر: تذكرة الفقهاء: ١ / ٥٣٤، المكاسب: ٦ / ١٣٤.

وهذا يتمّ لو قلنا بأنّ الفسخ يحصل بالقصد المنكشف بالتصرف على أن يكون التصرف كاشفاً صرفاً، ولم يكن له مدخلية في حصول الفسخ، و[أمّا] لو قلنا بأنّه ككشف الإجازة في الفضولي فالإشكال بحاله؛ لتوقّف حصول النقل والانتقال على وجوده المتأخّر وصحّته، وتوقّف صحّته على حصولها قبله بالقصد^(١) المستكشف، والأوّل باطل لا يقول به أحد؛ إذ الظاهر تسالمهم على توقّف الفسخ على الكاشف قولاً أو فعلاً، وأنّ مجرد القصد من دون كاشف ممّا لا يحصل به الفسخ.

وكيف كان فلتتكلّم في ما قيل لدفع الإشكال على الجميع حتّى على القول بحصول الملك آنأماً، وهو وجوه:

أحدها: إنّ الدور معي، كما عرفت.

وفيه: ما لا يخفى، نظراً إلى ظاهر الأدلّة من اشتراط صحّة البيع بالملك السابق - كما هو قضيّة الاشتراط - ضرورة تقدّم الشرط على المشروط.

وثانيها: إنّ معنى توقّف البيع ونحوه على الملك عدم تأثير الصيغة في ملك الغير، بأن يكون سبباً لنقل مال الغير من غير إذنه، لا توقّف تأثيرها على سبق الملك مع كون الأثر حاصلًا في ملك البائع لا ملك الغير، أو غير الملك من المباحات، والحصّر في قوله سَلَّمَ إِلَيْهِ: «لا بيع إلّا في ملك»^(٢) إضافي، أي: لا يكون البيع في نقل [مال] غير البائع، فلو لم يكن [المبيع] ملكاً له، ولكن صار ملكه

(١) في الأصل: «بالعقد»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) عوالي اللآلي: ٢/٢٤٧، ح ١٦، و ٢: ٢٩٩، ح ٤، مستدرک الوسائل: ١٣/ ٢٣٠، ب ١ من أبواب عقد

البيع وشرائطه، ح ٣ و ٤، وفيه: «لا بيع إلّا في ما تملكه».

بالجزء الأول من الصيغة، فوقع تمامه في ملكه، وأفاد نقله إلى الغير [صحّ] بمقتضى عموم الأدلة، وكذا قوله: «لا عتق إلا في ملك»^(١).

وثالثها: إنّ المراد بالبيع النقل لا السبب، أي: لا نقل إلا [في ملك]^(٢)، فإذا حصل بالجزء الأول من العقد، [و] دخل المبيع في ملك البائع، وقلنا بصحة البيع، كان النقل متعلقاً بملك البائع لا بغيره.

والمقصود من الجوابين إخراج المقام عن قوله: «لا بيع إلا في ملك»^(٣)، فيدخل تحت العموم، وهما متقاربان، وإنّما الفرق بينهما ابتداء الأول على كون المراد من البيع نفس السبب، والثاني على إرادة المسبب، وهو النقل.

وهذان الجوابان من سوانح شيخنا خاتم المحققين رحمته الله^(٤)، ذكرهما في باب أحكام الخيار.

ويمكن تنزيل ما سمعت من الفخر على كلّ منهما، وإن كان الحمل على الأول أقرب.

ولكن فيه: أنّه خروج عن الظاهر بلا دليل؛ لأنّ الظاهر من قوله: «لا بيع إلا في ملك»^(٥)، سبق الملك السبب، كما أنّ الظاهر من لفظ «البيع» هو قول البائع: «بعت»، لا النقل والانتقال الحاصلين من قوله.

(١) عوالي اللآلي: ٢٩٩/٢، ح ٤، وسائل الشريعة: ٣٢/٢٢، ب ١٢ من أبواب الطلاق، ح ١، المقنع: ١٥٧.

(٢) في الأصل: «فيه».

(٣) تقدم تخريجه آنفاً، فراجع.

(٤) ينظر المكاسب: ١٤٠/٦ - ١٣٩.

(٥) تقدّم تخريجه.

نعم يمكن توجيه الأوّل - بعد الاعتراف بأنّ المراد بالبيع هو الإنشاء^(١)، دون الأثر الحاصل منه، أي: النقل - بالتوسّع في نسبة البيع إلى الملك؛ لأنّ وقوع بعض أجزائه سيّما المعظم في الملك كافٍ في صدق وقوع البيع في الملك، إلّا أنّ ارتكابه، أو ارتكاب التوجيه الآخر المذكور حسنٌ بعد قيام الدليل على صحّة البيع من باب الضرورة، كما قام في باب الإجازة في الفضولي، ولا دليل عليه سوى تصرّيحهم بأنّ الفسخ كما يحصل بالقول كذلك يحصل بالفعل.

وأنت خير بأنّ تحقّقه بالفعل أعمّ من ذلك، فيختصّ بما إذا لم يستلزم الخروج عن القواعد العقلية والنقلية، هذا كلّ في الحكم الوضعي.

وأما الحكم التكليفي - كحلية الوطئ مثلاً - فلا يتمّ بهما؛ لأنّ أوّل جزئه لا [محالة]^(٢) يقع في ملك الغير، وهو حرام قطعاً.

ومن العجب ما سمعت من التفصيل بعدم صحّة البيع والعتق وحلية التصرف تمسّكاً بإطلاق ما دلّ على حصول الفسخ بالفعل، لأنّ حصوله به لا ينافي حرمة كما عرفت.

ثمّ لو قلنا بصحّته حصل الفسخ قطعاً، وإلّا فيدور مدار الكشف عن القصد.

فقد يقال: إنّ الأفعال الموقوفة على الملك كاشفة عن الفسخ قطعاً وإن كانت فاسدة، كما نقل عن المفصّل^(٣)، حيث جمع بين فساد البيع وحصول الفسخ، وعن

(١) في الأصل: «التأثّر»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) في الأصل: «لا بدّاً».

(٣) لم نتحقّقه.

غير واحد^(١) تعليل حصول الفسخ بالفعل بصيانة فعل المسلم عن الحرام، وفيه تأمل.

ثم لو قلنا به فإنما هو في مرحلة الظاهر، وأمّا في الواقع فلا بدّ أن ينويه^(٢)، فإن لم يكن قاصداً للفسخ لم يجز له الوطئ قطعاً، وكذا لو كان ذاهلاً، ولا أظنّ أحداً يقول بجوازه مع قصد العدم.

[رهن العبد المرتدّ]

(٢٤) قوله: «ويصحّ رهن العبد المرتدّ ولو كان عن فطرة»^(٣) إلخ.

أقول: المستفاد من أدلّة الرهن دوران صحّته مدار الاستيثاق، فلا يصحّ رهن ما لا وثوق فيه باستيفاء الدين منه، وقضيّة ذلك فساد رهن [العبد] المرتدّ والجاني ومن في مرض الموت، ولكنّ الأصحاب^(٤) صرحوا بصحّته في الموضعين.

ويمكن توجيه ذلك، والجمع [بينه و] بين الاستيثاق المنوط به بالنقض والحلّ، لأنّ احتمال الهلاك قائم في غير المرتدّ والجاني والمريض، بل في سائر الأموال أيضاً، وهو ينافي الاستيثاق.

(١) ينظر: تذكرة الفقهاء: ١١/١٨٣، جامع المقاصد: ٤/٣١٠ - ٣٠٩، المكاسب: ٦/١٣١.

(٢) في نسخة (ش): «فهو يدان بنبّته».

(٣) شرائع الإسلام: ٢/٣٣٢.

(٤) ينظر: المبسوط: ٢/١٦٥، الجامع للشرائع: ٢٩٠، إرشاد الأذهان: ١/٣٩٢.

واحتمال [دوران] قصر الحكم [بالصحة] مدار العلم بالبقاء أو الظنّ الاطمئنان، أو مطلقاً تنزيل للعمومات على الأفراد النادرة؛ لندرة حصولهما في الأمور المستقبلية، فليس مناط الصحة في الكل^(١) إلا استصحاب البقاء الموجود في المقام أيضاً.

ولكن يدفعه: أنّه إن أراد استصحاب الحكم الظاهري التعبدي فلا [يكاد] يجدي في المقام، لا بالنسبة إلى الاستيثاق الواقعي، أعني كون الرهن ممّا يمكن استيفاء الدين منه في رأس الأجل، ولا [بالنسبة إلى] الاستيثاق الظاهري، أعني إحراز إمكان الاستيفاء علماً أو ظناً عند العقد، أمّا الأوّل فلأنّ الاستصحاب الشرعي لا يثبت به الموضوع المنوط به الحكم إلا على القول بالأصل المثبت المخالف للكلّ أو الجلّ.

وأما الثاني فلأنّ وصف العلم أو الظنّ بالبقاء شرط آخر للرهن غير كونه قابلاً للاستيفاء؛ إذ مع عدمهما تكون المعاملة سفهية غير داخلية تحت الأدلة، نظير العقد على أمر غير مقدور، فالعلم والظنّ مأخوذان في المقام موضوعاً لا طريقاً، ولا يقوم مقامهما الطرق الشرعية فضلاً عن الاستصحاب وإن قلنا باعتباره في الموضوعات من باب [الظنّ أيضاً]؛ لأنّ الظنون الشرعية لا تنهض حجة إلا في ما كان العلم أو الظنّ طريقين لأحكام متعلّقتها، فلو كان الحكم ثابتاً لصفة العلم أو الظنّ، لم يفد شيء ممّا لا يفيدهما طريقاً كان أو أصلاً.

فالأصحّ دوران صحّة رهن المرتدّ والجاني والمريض، بل كلّ شيء مدار صفة

(١) في الأصل: «الفك»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) في الأصل: «في».

الظنّ بالبقاء إلى رأس الأجل، فلا يصحّ مع الشك، وظهور إطلاق الأصحاب في الصحة لا يجدي بعد مخالفتها للقواعد والأدلة، مع قوّة احتمال إرادتهم الصحة في الجملة ولو في صورة الظنّ بالبقاء؛ تنبيهاً على عدم كون الارتداد والجناية بنفسهما من موانع الصحة، بل المدار على الملكية الحاصلة حال الرهن، وإمكان الاستيفاء مطلقاً، لا الصحة مطلقاً، فما في جواهر الكلام^(١) من الميل إليها ليس بجيد.

ومنه يظهر الإشكال - بل المنع - مع الشك العاري عن الرجحان الذي هو أوّل مرتبة الظنّ، والله العالم.

[رهن ما يسرع إليه الفساد]

(٢٥) قوله: «ولو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه جاز، وإلا بطل، وقيل: يصحّ ويجزى [مالكه] على بيعه»^(٢) إلخ.

أقول: لا إشكال بل لا خلاف في الصحة إذا شرط بيعه أو ان الفساد قبل الأجل، كما أنّه لا إشكال بل لا خلاف في البطلان إذا شرط عدمه، عدا ما عن ثاني الشهيدين^(٣) من احتمال الصحة معللاً بحكم الشارع عليه بالبيع صيانة للمال المسمّى^(٤).

(١) ينظر جواهر الكلام: ٢٦/٢٦٣.

(٢) شرائع الإسلام: ٣٣٢/٢.

(٣) ينظر مسالك الأفهام: ٢٦/٤، وفيه: «وشرط عدم البيع لا يمنع صحة الرهن، لأن الشارع يحكم عليه به بعد ذلك، صيانةً للمال».

(٤) في نسخة (ش): «المسلم».

ولكن فيه: أن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد، ولا خلاف ظاهرًا في فسادهِ وإفساده العقد، مع أنه دورٌ بين؛ لتوقّف صحّة الرهن حينئذٍ على إجباره على البيع لدى الفساد الموقوف على الصحّة.

وأما لو أطلق فعن الفاضل^(١) والشهيد^(٢) وفاقاً للمصنّف^(٣) الصحّة، والبطلان محكي عن الشيخ^(٤) وابن زهرة^(٥) مستدلاً بعدم قضاء الرهن البيع قبل الأجل، فلا يجبر عليه.

واستدل أيضاً بلزوم الدور؛ لأنّ الحكم بالصحّة موقوفٌ على الإجبار، إذ لو لاهُ لما حصل الاستيثاق المنوط به صحّة الرهن عرفاً، والحكم بالإجبار موقوفٌ على الحكم بالصحّة.

واستدلّ للصحّة بوجهين:

أحدهما: ظهور الرهن عرفاً في التزام الراهن بالبيع قبل الفساد، بل هو شرط مستفاد من شهادة حال الراهن والمرتهن، فيرجع إلى الصورة الأولى.

والثاني: أصالة صحّة فعل المسلم، [فإنّه محمول] على الرهن الصحيح.

ويرد على الأوّل: مضافاً إلى منع الظهور منع صحّة ما لا^(٦) يرجع إلى

(١) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٥٤/١٣، وقواعد الأحكام: ١١١/٢.

(٢) ينظر: اللمعة الدمشقيّة: ١١٨، ومسالك الأفهام: ٢٦/٤.

(٣) ينظر شرائع الإسلام: ٣٣٢/٢.

(٤) ينظر المبسوط: ١٧١/٢-١٧٠.

(٥) ينظر غنية النزوع: ٢٤٥.

(٦) في الأصل زيادة: «لا»، وهو سهو من قلمه الشريف، وفي نسخة (ش): «و يرد على الأوّل أنّه بعد
←

الشرط الخارجي الغير المذكور في ضمن العقد على الأشهر الأظهر، ودعوى: إنه ظهور لفظي مستند إلى قرينة مقارنة حاليّة، واضحة المنع.

وعلى الثاني: أنّ أصل الصحّة إنّما يجدي في الشبهات المصدقيّة، والشبهة في المقام حكميّة منشؤها الشك في دخول صورة الإطلاق تحت الأدلّة، وكون الرهن فيها صحيحاً.

بل الصواب أن يستدلّ للصحّة عند الإطلاق بعموم الأدلّة، ولكن بعد البناء على أنّ المراد بالاستيثاق المنوط به الرهن هو الاستيثاق الواقعي، دون الظاهري الاعتقادي القائم بالمرتهن، فالمراد به كون المال المرهون موثقاً به في الواقع في استيفاء الدين منه، فهو صفة متعلّقة بالرهن، لا بالراهن، أو المرتهن بحيث يكون وثوقهما^(١) كافياً في الصحّة وإن لم يكن كذلك في الواقع، بل الاستيثاق بالمعنى المذكور علّة يدور الحكم مداره، لا حكمة لا يقدر تخلفها في بعض الموارد كتاباً وسنّة بل إجماعاً؛ لأنّ آية الرهن^(٢) وردت مورد الإرشاد، فلا تتناول ما لا قابليّة له للاستيفاء واقعاً، والأخبار^(٣) أيضاً ناصّة في أنّ شرعيّته لأجل استيثاق مال الراهن وصيانته عن التلف.

فدعوى: كفاية الوثوق الظاهري المفقود في ما يسرع إليه الفساد، واضحة المنع، مع أنّها لا تنفع.

→

تسليم الظهور مع أنّ للمنع فيه مجالاً يرجع إلى الشرط الخارجي الغير المذكور في ضمن العقد وهو غير مفيد على الأظهر الأشهر.

(١) في الأصل: «إعتقادهما الوثوق»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق..

(٢) البقرة: ٢٨٣.

(٣) ينظر وسائل الشيعة: ١٨ / ٣٧٩ ب ١ من كتاب الرهن.

ثم نقول: إن الرهن قد لا يكون له بدل عند هلاكه كالعبد المرتد، واستيفاء الحق من هذا النوع من المال لا يمكن إلا من عينه، فلو علم الراهن أنه يهلك قبل الأجل بطل بلا إشكال؛ لعدم الاستيثاق المنوط به صحة الرهن هنا.

وقد يكون له بدل أمكن تبديله قبل الهلاك، وصحة الرهن مشروطة بالثاني دون الأول، فإذا كان المرهون قابلاً لاستيفاء الحق من عينه أو بدله صح [الرهن]؛ إذ لو كان الأول^(١) شرطاً لزم الحكم بالفساد مع طرؤ الفساد لعارض دون الإجبار على البيع، وليس ذلك إلا من التعميم في الاستيفاء، فمتى كان الأمر كذلك نهض أدلة الرهن حجة على الصحة، سواء كان ممّا يسرع إليه الفساد أم لا، من غير فرق إلا في كون الاستيفاء في أحدهما مختصاً بالعين وفي الآخر ببدلها.

ومن هنا ظهر فساد [توهم] الدور؛ لأن الإجبار وإن توقّف على صحة الرهن، إلا أنها مستلزمة له، لا موقوفة عليه؛ لأن الصحة إنما تتوقّف على قابلية المرهون للاستيفاء عيناً أو بدلاً، فكل مال كان كذلك فمقتضى العمومات صحة رهنه، فإذا صحّ لزم الإجبار على البيع عند الفساد، ولولا ذلك لما يتمّ الحكم بالإجبار مع [طرؤ الفساد]^(٢) لعارض، بل اللازم فيه الحكم بالفساد، مع أنهم لا يقولون به، فالأظهر هو الصحة عند الإطلاق، وهو الأشهر.

وزاد في القواعد^(٣) شرطاً خامساً مضافاً إلى الشروط الأربعة، وهو كون المرهون معلوماً معيّناً.

(١) أي: كونه ممّا يستوفى الحق من عينه.

(٢) في الأصل: «الإجبار»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٣) ينظر قواعد الأحكام: ١١٢/٢، قال: «لا يصح رهن المجهول».

وعن المبسوط^(١) والخلاف^(٢) نفى الخلاف في فساد رهن ما في الحق^(٣)، وفي التذكرة: «لو كان ما في الحق مجهولاً لم يصحّ الرهن قطعاً في المظروف خاصّة؛ للجهالة على إشكال»^(٤).

وفي الدروس: «لا يصحّ رهن العبدین أو العبد لا بعينه؛ للغرر»^(٥)، وعن بعض الحواشي^(٦) وجامع المقاصد^(٧) اختصاص البطلان بما إذا كان مجهولاً من جميع الوجوه.

ومستند الاشتراط قوله ﷺ: «نهى النبي عن الغرر»^(٨) الشامل للبيع وغيره، وعليه عمل الأصحاب في المعاملات، كما في غير المعاوضات الحقيقية مثل الصداق وعوض الخلع، فاشتروا العلم فيهما دفعاً للغرر المنهي وإن اختلف التعيين باختلاف الأبواب، فإنّ المعتبر منه في البيع والإجارة أشدّ وأضيق

(١) ينظر المبسوط: ٢/ ٢٤٦.

(٢) ينظر الخلاف: ٣/ ٢٥٥، المسألة ٦٥.

(٣) الحقّ: المنحوت من الخشب أو العاج أو غير ذلك، المحكم (لابن سيّده): ٢/ ٤٧٦، مادة: (حقوق).

(٤) تذكرة الفقهاء: ١٣/ ١٠٧.

(٥) الدروس الشرعية: ٣/ ٣٨٨، الدرس ٢٧٦.

(٦) ينظر الحاشية النجارية (ضمن موسوعة الشهيد الأول): ١٤/ ٢٦٧.

(٧) ينظر جامع المقاصد: ٥/ ٧٠، حيث قال: «المراد به المجهول جهالة تمنع من توجه القصد إليه، كشاة من قطع مثلاً، أمّا المجهول لا كذلك كهذه الصبرة إذا لم يعلم قدرها، فلا بأس، لأنّ عقد الرهن ليس من العقود المبنية على المغالبة والمكايسة... إلى آخره».

(٨) والظاهر أنّه لم يثبت وجود هذه الجملة بدون لفظ «البيع» في كتب الروايات والأحاديث، لا من طرق العامة ولا الخاصة. نعم، في غير واحدٍ من الصحاح المعتبرة عندهم يروون أنّ النبي ﷺ

نهى عن بيع الغرر، فراجع: الرسالة للشافعي: ٣٤٨، فتح العزيز: ٨/ ١٢٦، المجمع للنووي: ٦/ ٩٠،

الموطأ لابن مالك: ٢/ ٦٦٤.

مما في غيرهما، إلا أن ارتفاع الجهل ولو من بعض الجهات مما لا بد منه في الكل، ومنه المقام.

وأما مقدار التعيين فالتبع فيه عمل الأصحاب كلاً أو بعضاً^(١) على وجه يحصل [معه] جبر الضعف^(٢)، وإن بنيت على اعتبار ظواهر الألفاظ والعمومات من باب وصف الظن كان اشتراط عملهم أوضح.

وعلى أي تقدير لا يجوز ترك العمل بها لضعف سندها، ولا الاتكال بها في اعتبار ارتفاع جميع مراتب الجهالة مطلقاً، بل المدار في كل مرتبة [من مراتبها] رعاية عمل فئة منهم، فإن وجد ترتفع تلك المرتبة وتخصّص بها عمومات الصحة، وإلا يعمل بها.

فحينئذ نقول: إن رهن أحد العبيد ونحوه لا يجوز؛ لكونه مبهماً، لا لعدم حصول الاستيثاق المطلوب منه، أو لأنّ المبهم غير قابل للقصد، كما عن المحقق الثاني^(٣)، بل لأنّه داخل في الغرر المنفي^(٤).

فما في جواهر الكلام^(٥) من أن مقتضى القاعدة صحته لولا الإجماع على خلافه، ليس بجيد؛ لما عرفت من أن بطلانه لكونه غرراً يجعلها على خلاف القاعدة، ويكفي تصريح من عرفت جبراً في اعتبار هذه المرتبة من الجهالة.

(١) في الأصل: «جلاً»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق..

(٢) في نسخة (ش): «ضعف السند».

(٣) ينظر جامع المقاصد: ٧٠ / ٥.

(٤) من «أو لأنّ المبهم» الى «الغرر المنفي» ساقطة من الأصل، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٥) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٧٩، قال: «قلت: إن تمّ هذا الإجماع كان حجة على خصوص معقده وما شابهه من المجهول من جميع الوجوه، وإلا فالإطلاقات تقتضي الجواز... إلى آخره».

وكذا العوض المجهول من جميع الجهات، لعين ما ذكر، [و] كرهن ما في الحق، ولا يكفي العلم بكونه قابلاً لاستيفاء الدين منه؛ لقضاء النبوي بفساده في قبال العمومات.

وأما المجهول من بعض الجهات - كالمجهول قدراً - فالظاهر الصحة؛ لعدم الانجبار، لتصريح غير واحد بصحته؛ للعمومات.

نعم، قديم - كما في التذكرة^(١) - قاعدة نفى الغرر في العقود المبتنية على الإرفاق، كالرهن والهبة، كنفي جريان الضرر والخرج في المستحبات والعقود الجائزة.

إلا أنه من دفع بأن هذه القاعدة لا تنظر إلى فعل المكلف، بل تنظر إلى الحكم، أي: لا غرر في الأحكام الشرعية، ومعناه عدم مشروعية الأسباب عقداً كان أو إيقاعاً [في ما هو مشتمل على الغرر والجهالة]، وليس معناه النهي عن تغيير بعضهم بعضاً، حتى يقال: بأنه لا تغيير بعد علم المتعاقدين بالجهالة وتراضيهما له، كما لو علم البائع بالغبن، فإنه لا خيار له، وليس هذا إلا لكون الرضا بما فيه الضرر رافعاً لموضوعه، ومثله الإقدام على الجهالة، مضافاً إلى عدم المخاطرة في ما بني على الإرفاق، فإذا رضي المرتهن بأخذ المجهول من جميع الجهات رهناً ارتفع موضوع الغرر، ولا يندرج في القاعدة.

ومن هنا ظهر أن قضية نفى الغرر بطلان هبة المجهول أيضاً؛ لعدم تحقق

(١) ينظر تذكرة الفقهاء: ٢٣٦ / ١٠، قال في باب بيع الغائب: «الأقرب جواز هبة الغائب غير المرئي ولا الموصوف، ورهنه؛ لأنهما ليسا من عقود المغابنات، بل الراهن والواهب مغبونان والمرتهن والمتهب مرتفقان، إلى آخره».

موضوع الضرر مع إقدام المتعاقدين، لعدم كون الحكم حينئذٍ ضرراً، ولذا لا يثبت خيار الغبن مع العلم، بخلاف الغرر؛ فإنه لا يرتفع بالإقدام، فإقدام البائع أو الواهب على الضرر يرفع موضوع الضرر، فلا يكون الحكم بالصحة ضرراً، أمّا إقدامهما على المجهول لا يرفع موضوع الغرر؛ إذ الحكم بالصحة مع الجهالة وارد في موضوع الغرر، ولو رضي به المتعاقدان وأقداً عليه، [فلو باع مجهولاً] كان الحكم بصحة البيع في موضوع الغرر المنفي، بخلاف ما لو باع بأقل من ثمن المثل؛ فإن صحته ليس حكماً ضررياً.

ومن هنا ظهر أن مقتضى نفي الغرر بطلان هبة المجهول، ولكنه يحتاج إلى الجابر [بعمل الأصحاب]، وهو غير معلوم، فلا بُدَّ^(١) حينئذٍ في الحكم بصحتها. كما ظهر أيضاً وجه اختلاف الأبواب في كيفية التعيين، ومقدار الجهالة المانعة، فإنهم لا يكتفون بالمشاهدة في المكيل والموزون والمزروع في البيع، ويكتفون بها في الصداق وعوض الخلع ومال الجعالة ونحوها، مع أن مقتضى نفي الغرر كون الأبواب على نسقٍ واحد.

ووجهه اختلاف عمل الأصحاب الجابر له في المقامات، أو لأن البناء على المضايقة في رفع الجهالة في العقود لدليل تعبدي لا يأتي في غيرها.

فظهر أن رهن المبهم - كالمجهول جنساً - باطل، وأمّا المجهول وصفاً فالظاهر [فيه] الصحة؛ للعمومات، وعدم معلومية الجبر لحديث [نفي] الغرر، [أو] لعدم حصول الظن [الفعلي المعتبر] في حجية الظواهر على أحد الوجوه القويّة، كما في محله.

(١) في الأصل: «فلا يقدر»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق..

الفصل الثالث:

في الحقّ المرهون به

[الفصل الثالث : في الحق المرهون به]

(٢٦) قوله: «الفصل الثالث: في الحق وهو كل دين ثابت في الذمة»^(١) إلخ.

أقول: اعلم أن وجود حقيقة الرهن في الخارج يتوقف على رهن، ومرتهن، ومرهون، ومرهون به، ولا يتعقل وجودها في الخارج بفقد أحدها؛ لانعدام الأمور الإضافية بانعدام إحدى الإضافات.

فحينئذ نقول: إن الحق إما دين أو عين، وإما ثابت فعلاً أو لا، وعلى الثاني فإما سببه موجود كالجعالة قبل الشروع في العمل بناءً على توقفها على الرد، والدية قبل استقرار الجناية، أو لا^(٢)، لا إشكال في الصحة على الأول، كما يجوز ضمانه وإبرائه؛ لأنها متقاربة في اعتبار ثبوت الحق.

وأما الثاني فقضية ما عرفت من انعدام الأمر الإضافي بانعدام الإضافات بطلان رهنه وضمنه وإبرائه؛ لأن الضمان التزام بالحق، وإذ لا حق فلا التزام، وكذا الإبراء، فإن معناه وإن كان عدم المطالبة فليس أمراً وجودياً يحتاج إلى محل موجود، إلا أنه عبارة عن إسقاط الحق، فلا بد أيضاً من وجوده حتى يتعلق به الإسقاط، ويحصل به عدم استحقاق المطالبة، ومجرد وجود السبب لا يجدي شيئاً قبل وجود المسبب.

فحقيقة الإبراء بملاحظة السبب فقط هو إسقاط حكم الله تعالى الذي يحدث

(١) شرائع الإسلام: ٢/ ٣٣٢.

(٢) من قوله: «وعلى الثاني» إلى قوله: «أو لا» أضفناها من نسخة (ش).

بوجود السبب، لا زوال الحقّ الذي يتوقّف ثبوته على وجود الشرط بعد المقتضي.
لكنّ العلامة رحمته الله^(١) استشكل في زوال الضمان عن الغاصب إذا تبدّل عنوان الغصب بعنوان العارية أو الوديعة، وقد سبق في استدامة الإذن؛ نظراً إلى كونه إبراءً لما لم يجب فعلاً مع وجود سببه.

وبعضهم^(٢) صرحوا بصحّة الإبراء عن الضمان مع بقاء عنوان الغصب، وربّما يرجع إليه من قال بعدم ضمان الطبيب مع البراءة قبل العلاج.

والتحقيق: ما عرفت من البطلان إلّا أنّ يقوم دليل، ولعلّ الخلاف في بعض الأبواب يرجع إلى الصغرى، بأن يدّعي القائل بصحّة الإبراء وجود الحقّ فعلاً، فلا بدّ في كلّ بابٍ من التأمّل والرجوع إلى الأدلّة وكلمات الأصحاب، بعد البناء على ما عرفت من الفساد - على القاعدة - لولا الدليل، وعن التذكرة: «أنّه يصحّ ضمان ما لم يجب، ولا يصحّ الرهن عليه»^(٣).

وقد ظهر ممّا ذكرنا عدم الفرق بينهما، ويحتمل بعيداً إرادته من «ضمان ما لم يجب» ضمان ما لم ينكشف، كضمان درك المبيع الذي يأتي حكمه.

وأما العين فهي إمّا غير مضمونة، كالوديعة والعارية الغير المضمونة وغيرهما من الأمانات، أو مضمونة، والمضمونة إمّا مضمونة باليد، كالمنصوب والمأخوذ بالسوم مثلاً والعارية المضمونة على أحد الوجهين، أو مضمونة بالعقد، كالمبيع

(١) ينظر قواعد الأحكام: ١١٦/٢.

(٢) ينظر: شرائع الإسلام: ١٣٣/٢، مسالك الأفهام: ١١٦/٥، جامع المقاصد: ٤٨/٦، تذكرة الفقهاء:

١٦١/١٦، في ما إذا فرط الودعي في الوديعة فأبرأه المالك من ضمانها.

(٣) تذكرة الفقهاء: ١٨٤/١٣، قال: «و ما لا يجب لا يصحّ أخذ الرهن به ويصحّ ضمانه».

قبل القبض والعارية المضمونة على الوجه الآخر، ويلحق به ضمان درك المبيع أو الثمن، فهذا هنا أبحاث:

[الرهن على الأعيان غير المضمونة]

الأول: في الرهن على الأعيان غير المضمونة، وبطلانه واضح من غير خلافٍ ظاهرٍ بيننا؛ لأنّ الغرض من [الرهن] استيفاء الحقّ منه لو تعدّ، وحينئذٍ إن كان الرهن بإزاء العين - لا قيمته - فهذا ممّا لا يمكن استيفاؤه من الرهن، وهو واضح، فلا يتصوّر حقيقة الرهن بالقياس إلى نفس العين، فهي وإن كانت حقّاً فعليّاً ثابتاً للمرتهن، إلّا أنّه غير ممكن الاستيفاء، فلا معنى لأخذ الرهن بإزائه.

وإن كان بإزاء بدلها مثلاً أو قيمةً فهو وإن كان ممكن الاستيفاء، إلّا أنّه غير ثابت فعلاً، فالحقّ الذي هو ثابت فعلاً - أعني العين - لا يمكن استيفاؤه من الرهن، والذي يمكن فهو غير ثابت، وقد عرفت أنّ حقيقة الرهن لا تتمّ بانتفاء أحد ما هو متعلّق ومرتبّط به.

ودعوى: أنّها مضمونة على تقدير التعدي والتفريط، فهي في عهدة الضامن فعلاً ولو على بعض التقادير، وهو يكفي في أخذ الرهن من الضامن، نظير أخذه في الأعيان المضمونة؛ نظراً إلى كونها مضمونة.

واضحة الفساد؛ لأنّ الضمان - على تقدير غير موجود - ليس من الحقوق، بل من الأحكام، بخلافه على تقدير حصول سببه فعلاً.

[الرهن على الأعيان المضمونة]

الثاني: الرهن على الأعيان المضمونة، ففيه خلافٌ عظيم، نسب كل من القول بالصحة والفساد إلى المشهور، ففي الرياض: «إنّ الأكثر على عدم صحة الرهن عليها»^(١)، وربّما نسب بعض^(٢) الجواز إلى مشهور المتأخّرين.

حجّة القول بالبطالان: الأصل وعدم الدليل، إذ قصارى ما يمكن التمسك به في المقام لإثبات صحة الرهن أمران: عموم وجوب الوفاء بالعقود، وإطلاق قوله عليه السلام: «استوثق من مالك»^(٣).

وكلاهما قاصران:

أمّا الأوّل: فإنّه منزل على العقود المتعارفة، وهذا القسم من الرهن غير معتاد ولا متعارف.

وأمّا الثاني: فلانصرافه إلى ما يكون المرهون به ديناً، كما لا يخفى.

هذا مضافاً إلى ما عرفت من منع موضوع الرهن؛ لفقدان المرهون به فيه.

(١) رياض المسائل: ٥١٨ / ٨، قال: «و أمّا العين فلا يصحّ الرهن عليها إن كانت أمانة بالاتّفاق - إلى أن قال -: وكذا إذا كانت مضمونة كالغصب عند الأكثر».

(٢) لم نعر على من نسب القول بالصحة إلى مشهور المتأخّرين صريحاً، ولعلّ مقصوده من المناسب هو صاحب الجواهر رحمته الله: ٢٦ / ٢٨٧، حيث نسب القول بالصحة إلى الفاضل (تذكرة الفقهاء ١٣ / ١٧٦) والشهيدين (الدروس الشرعية ١ / ٤٠١، مسالك الإفهام: ٤ / ٢٨ - ٢٧) والمحقّق الثاني (جامع المقاصد: ٨٩ / ٨٨) وغيرهم، كالفخر في الإيضاح: ٢ / ٢٣، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: ٩ / ١٤٩ - ١٤٨.

(٣) وسائل الشريعة: ١٨ / ٣٨٠، ب ١ من أبواب أحكام الرهن، ح ٤ و ٣.

وقد يناقش في الأوّل: بكفاية تعارف جنس العقد، ولا يعتبر في التمسّك بعموم وجوب الوفاء تعارف نوع العقد.

وفي الثاني: بمنع الانصراف أو تنقيح المناط؛ إذ من الواضح أنّ جواز الرهن ليس إلّا للاستيثاق، وعدم ضياع المال، فيجب التعديّ عن المنصرف إلى المقام على فرض التسليم؛ لأنّ ماليّة العين أقوى من ماليّة الدين.

وفي الثالث: بمنع [عدم] تحقّق المرهون به فعلاً في المقام؛ لأنّ التعهّد بالماليّة القائمة بأحد الأمرين من العين أو القيمة موجود فعلاً، فماليّة العين بالفعل ثابتة في ذمّة الراهن ومتعلّقة بذمّته، وهذا هو الفارق بين الأعيان المضمونة والأعيان غير المضمونة؛ إذ ليس في حال كون اليد أمانة شيء يكون ذو اليد متعهّداً به فعلاً، بل يتوقّف تعهّده وضمانه بماليّة الدين على حدوث سبب الضمان في ما بعد، فالحقّ المالي موجود في الأعيان المضمونة، فلا مانع من أخذ الرهن عليه مع عموم الأدلّة، بخلاف الغير المضمونة.

وفي الكلّ نظراً، أمّا الأوّل: فبمنع صدق جنس الرهن أيضاً؛ إذ المدّعي للبطلان يدّعي عدم تحقّق مفهوم الرهانة في المقام، نظراً إلى عدم تحقّق الحقّ الموقوف عليه صدق الرهن فعلاً، وبعد ذلك لا مجال للتمسّك بالعام ولو قلنا بكفاية تعارف الجنس في التمسّك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)؛ لكون النزاع في الموضوع.

وأما في الثاني: فلمنع شمول إطلاق الرواية للمقام؛ إذ المفرد المضاف يفيد العموم حيث لا عهد، لكونه إطلاقياً مستفاداً من الحكمة، لا من الوضع كالألفاظ

العموم، ومن شرائط الحكمة عدم العهد في المقام، كعدم وجود المتيقن من الأفراد حتّى يتساوى في الإطلاق دخولاً وخروجاً، وقوله عليه السلام: «استوثق من مالك»^(١) وقع جواباً للرهن على ما في ذمّة بائع السلم، واحتمال العهد - وهو خصوص المورد وما يجري مجراه من الحقوق الثابتة في الذمّة - قائم، والمفرد المضاف كالمحلّى باللام والموصول يستعمل تارةً في العهد وأخرى في العموم، وليس لها ظهور وضعي [في العموم]، بل هي كالمشتركات تحتاج إلى القرينة إمّا بعدم العهد أو بقيام قرينة معيّنة، ولا تحتاج إرادة العهد إلى قرينة حتّى تحمل على العموم عند فقدانها، كما لا يخفى على العارف بالقواعد اللفظيّة.

وأما الثالث: فلأنّ التعهّد بماليّة العين غير قابل لأن يكون مرهوناً به؛ لدورانه بين أمرين غير قابلين للارتهان، لأنّ ماليّة نفس العين من حيث كونها عيناً لا تكون قابلةً للاستيفاء من الرهن، فلا يجوز الرهن عليها، وماليّة القائمة بالقيمة عند التلف غير موجودة فعلاً حال كون العين باقية، فالعهد المنتزعة من الأمرين غير القابلين كيف تكون قابلةً لتعلّق الرهن عليها؟ لأنّ حكم الكلّي تابع لحكم الأفراد، وبعد عدم قابليّتها له كيف يكون الكلّي قابلاً له؟

هذا بعد تسليم إفادة «على اليد»^(٢) للحكم الوضعي، والإغماض عمّا عليه من المناقشات، خصوصاً على القول بعدم جعل الأحكام الوضعيّة؛ إذ لازمه انحصار الحكم الشرعي في مورد الضمان في تكليفين: أحدهما فعليّ موجود تعلّق برّد العين، والآخر متعلّق بالتلف، فلا حقّ فعليّ يتصوّر أخذ الرهن بإزائه.

(١) وسائل الشيعة: ١٨ / ٣٨٠، ب ١ من أبواب أحكام الرهن، ح ٤ و ٣.

(٢) عوالي اللآلي: ٣٤٤ / ٢، ح ١٠، مستدرک الوسائل: ٨ / ١، الباب ١ من أبواب كتاب الوديعة، ح ١٢.

والحاصل: إنّ «على اليد»^(١) وإنّ دلّ على الضمان والتعهد بمجرد اليد، ولا نقول بسكوته عن حكم التلف، بل الدليل على ضمانه هو الإجماع، وإنّما يدلّ على وجوب ردّ العين أو حفظها على اختلاف الآراء، إلّا أنّ التعهد والضمان غير قابل للرهن.

إلّا أن يقال: بثبوت بدل الحيلولة في ذمّة الغاصب، واشتغال ذمّته فعلاً به، ودلالة الرواية عليه.

وحينئذ فتدلّ الرواية على وجوب ردّ العين، واشتغال ذمّته بالبدل، وهو ثابت في جميع حالات العين، ولكنّه مشروط بتعذر الردّ، والضمان المشروط بالتلف، أي الغرامة^(٢).

فالحقّ الفعلي الذي يصلح تعلّق الرهن [به] موجود قبل التلف وإن لم يكن مكلفاً به فعلاً، فيأخذ الرهن بإزاء بدل الحيلولة.

ويمكن الاستدلال على ذلك بمشروعية التقاصّ في العين على القول به؛ فإنّه لا يتعقّل إلّا إذا كان في ذمّة الغاصب بدل العين، فإنّ العين من حيث هي ليست قابلة للتقاصّ، كما أنّها غير قابلة للرهانة؛ لامتناع استيفائها من الوثيقة، إلّا أنّ ظاهر الأصحاب^(٣) توقّف بدل الحيلولة على تعذر الردّ، وإنّه مع إمكانه لا شيء في ذمّة

(١) تقدّم تخريجه.

(٢) في (ش): هاهنا أحكام ثلاثة، أحدها: حكم تكليفيّ محض، وهو وجوب ردّ العين، والآخران حكمان وضعيان، أحدهما ثابت فعلاً في جميع حالات وجود العين، وهو اشتغال ذمّته ببدل الحيلولة، ولكن التكليف به مشروط بتعذر الردّ، و ثانيها مشروط بالتلف، وهي الغرامة .

(٣) ينظر كتاب الإجارة للمحقّق الرشتي: ٣٢٠، حاشية المكاسب للأخوند: ٨٥

الغاصب فعلاً، وأنت خير بأنّ هذا لا يجمع مع شرعيّة المقاصّة في العين.

وكيف كان فهذا الوجه لو تمّ فإنّما هو في خصوص المغصوب، ولا يأتي في جميع الأعيان المضمونة مثل المقبوض للسوم وغيره؛ إذ لا حيلولة فيها حتّى يلزم ثبوت البذل في ذمّة القابض فعلاً مع وجود العين وإمكان الردّ، فإن لم يكن التفصيل بين المغصوب وسائر الأعيان المضمونة خرقاً للإجماع المركب أمكن المصير إليه.

[الرهن على المضمون بضمان العقد]

وأما المضمون بضمان العقد - كالمبيع قبل القبض - فالظاهر أنّ كلّ من قال ببطلان الرهن في المضمون باليد قال به في المقام، فعلى القول ببطلان الرهن هناك لا إشكال في بطلانه هنا بطريق أولى، وأما على القول بصحّته ففيه إشكال وخلاف، والأكثر على الصحّة.

ووجهها: أنّ الصحيح هو كون العين مضمونةً على من بيده، وبه امتاز عن غير المضمون، وهو موجود في المضمون بالعقد أيضاً؛ إذ العبرة بالمسبّب لا بالسبب، فلا فرق في سبب الضمان بين اليد والعقد، كما لا فرق بين كونه بالمثل أو القيمة أو كونه بالثمن؛ لأنّ كلّ واحدٍ من القيمة والثمن بدلٌ للعين، ومعنى الضمان هو التعهّد بالبدل، سواء كان هي القيمة أو المثل أو الثمن المسمّى الجعلي، وكونه هناك بالقيمة رهناً وهنا بالمثل ليس بفارق.

فوجه الفساد حينئذٍ: أنّه فرق بين المقامين؛ لأنّ مرجع الضمان باليد إلى التعهّد بالماليّة فعلاً قبل التلف كما شرحناه، فقبل التلف ماليّة العين ثابتة

في ذمّة من بيده، وعليه الخروج عن عهده إمّا برّد العين أو بالغرامة، فيصحّ أخذ الرهن بإزائه.

وأما الضمان [بالعقد] فليس كذلك؛ لأنّ المبيع ملك للمشتري، ويد البائع عليه أمانة، لا عادية، فليس له قبل التلف حقّ مالي والتمن ملك له، ولا يعقل ضمان شخص بماله، ويصير ملكاً للمشتري بالتلف لقاعدة: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»^(١)، فهو حكم شرعي لا يجوز أخذ الرهن عليه، بل لا بدّ من كون المرهون به حقّاً للمرتهن، فقبل التلف ليس للمشتري المرتهن حقّ حتّى يؤخذ الرهن بإزائه، وهذا هو الأصحّ.

[الرهن على درك المبيع]

وأما الرهن على درك المبيع لاحتمال كونه مستحقّاً للغير، ففي صحّة الرهن عليه وعدمها وجوه، بل أقوال:

الأوّل: بطلان الرهن لو ظهر كونه مستحقّاً للغير.

الثاني: صحّته منجزّة.

الثالث: صحّته متزلزلة إلى انكشاف الحال، فإن ظهر مستحقّاً كشف عن صحّته، وإلا فلا.

وتظهر الثمرة بين الصحّة المنجزّة والمتزلزلة في التصرف غير المنافي للرهانة،

(١) ويدلّ عليها النبوي المشهور: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»، راجع عوالي اللالكى:

فلا يجوز على الأوّل، كما يجوز على الثاني؛ لعدم المانع وعدم المنافاة^(١) لحقّ المرتهن ولو بان صحّته.

وأما [التصرف] المنافي لاستيفاء الحقّ على فرض ثبوته فقد يقال بجوازه ظاهراً، اعتماداً على أصالة عدم ثبوت الحقّ للمرتهن، فلا مانع؛ لعموم قاعدة السلطنة.

والأظهر عدم الجواز؛ لما عرفت سابقاً من تحكيم وجوب الوفاء بالعقد والشرط على الأصل في ما لو حصل سببه من قبل العاقد، ولذا لا يجوز للناذر التصرف في المنذور المعلق بالشرط قبل مجيئه، سواء كان محقق الوقوع أم لا، وقد تقدّم مزيد بيان لهذه القاعدة في رهن المرتدّ والجاني^(٢).

حجّة القول بالبطلان: أصالة الصّحة في البيع القاضي بعدم كون المبيع ملكاً للغير، أو ظاهر اليد، وأصالة عدم ثبوت الحقّ للمشتري على البائع؛ فإنّ مقتضاها البناء على عدم ثبوت حقّ للمشتري، وقد عرفت اشتراط صّحة الرهن بثبوته فعلاً.

حجّة القول بالصّحة المنجّزة: عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣)، وإطلاقات الرهن، وقياس الرهن على الدرك بضمانه؛ لاشتراكهما في التوقّف على ثبوت حقّ يتعلّقان به، والإجماع على صّحة الضمان على الدرك، وقد اعترف الفاضل^(٤) القائل بعدم جواز الرهن عليه بأنّه يجوز أخذ الضامن عليه.

(١) في الأصل: «المنافي»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) تقدّم في ص ٢١٧.

(٣) المائدة: ١.

(٤) ينظر تذكرة الفقهاء ١٣: ١٨٤، قال: «فكلّ ما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به، وما لم يجز أخذ

وفي الكلّ نظر: أمّا العمومات فلا تُبَيَّنُها مَخَصَّصة بما دَلَّ على اشتراط صحّة الرهن بثبوت الحقّ، ومقتضى الأصل عدمه، مع أنّ الشك في الشرط شك في المشروط، والشبهة هنا موضوعيّة لا يجوز التمسك بالعمومات فيها، بل غير مجد^(١) هنا وإن قلنا بجوازه؛ لأنّ مقتضى الأصل والأمارات كون المشكوك من أفراد المخصّص، فلا شبهة حينئذٍ حتّى يتمسك بالعامّ، كما لو أمر بإكرام العلماء، ونهى عن إكرام الفاسق، وشك في حقّ عالم، فإنّ مقتضى الأصل^(٢) فسقه، وهو يجعله^(٣) من أفراد المخصّص.

نعم، لو لم يكن الفسق على طبق الأصل بني على جواز التمسك بالعموم في الشبهة المصدقيّة، فلم يبق سوى قياس الرهن على الضمان^(٤) لو كان عليه إجماع، وهو كما ترى لا كرامة فيه.

حجّة القول الثالث: أنّ الصحّة والفساد يدوران مدار وجود الشرط وعدمه في الواقع، لا بحسب الظاهر، غاية الأمر أنّه مع عدم إحراز الشرط لا يحكم بالصحّة، لا أنّه يحكم بالفساد، فلو شككنا في بلوغ العاقد مثلاً لم يحكم بالصحّة ظاهراً، لكن لو انكشف بعد ذلك بلوغه كشف عن صحّة العقد واقعاً في الابتداء. نعم، قد يحكم بكون الجهل بالشرط مانعاً إذا كان العلم به شرطاً آخر.

→

الرهن به لم يجز أخذ الضمين به، إلّا ثلاثة أشياء: عهدة البيع يصحّ ضمانها، ولا يصحّ الرهن بها....

(١) في الأصل: «لم يجد»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) في (ش): «الاستصحاب».

(٣) في نسخة (ش): «لأنّ الأصل الموضوعي يجعل الفرد المشكوك من أفراد المخصّص».

(٤) أي: ضمان الدرك.

ومنه يظهر ما تقدّم على المختار من فساد الرهن على فرض الشك في كون المرهون قابلاً للاستيفاء، وكذا العقد على المجهول، فإنّ فساده لكون التعيين شرطاً، فلا إشكال في صحّة الرهن بعد انكشاف الخلاف، وتبيّن فساد العقد في ما بعد.

ولكن قد استُدلّ^(١) على البطلان مطلقاً ولو مع انكشاف الخلاف بالتعليق في إنشاء الرهن؛ فإنّه مبطل للعقد، فإذا لم يعلم ثبوت الحقّ ظاهراً، وكان بناء عقد الرهن^(٢) على ثبوته في الواقع، كان هذا تعليقاً للإنشاء، نظير البيع على تقدير كون المبيع ملكاً، فإنّه مع الشك غير صحيح، وإن كان صحيحاً مع العلم؛ ضرورة عدم التعليق حينئذٍ في الإنشاء، والتعليق الصوري لا يقدر مع التنجيز في المعنى. وفيه: بعد النقص بالضمأن أنّ الدليل على بطلان التعليق في الإنشاء هو الإجماع، مع أنّه غير قابل له^(٣)، فحيث كان تعليق فلا إنشاء حقيقةً، فلا بيع ولا رهن مثلاً كما في محلّه، فإذا كان مدركه الإجماع لم ينفع في مثل هذا التعليق الراجع إلى التعليق على الموضوع، خصوصاً إذا كانت الصحّة في الجملة ولو في بعض الموارد مسلّمة، وسيّما إذا كان المورد المسلّم قريباً من محلّ الكلام، فإذا كان ضمان الدرك لاحتتمال خروج المبيع [المستحقّ للغير] صحيحاً فأيّ مانع من صحّة الرهن على الدرك؟ بل مقتضى المقايسة صحّته ظاهراً، بناءً على كون الضمان كذلك كما عرفت، فالصحّة على فرض انكشاف فساد البيع متّجهة.

وكيف كان، فبعد ما عرفت من اعتبار ثبوت الحقّ في الرهن يتفرّع على ذلك فروع:

(١) ينظر تذكرة الفقهاء: ٢١٤/١٣.

(٢) في الأصل: «وكان عقد الرهن بناءً على ثبوته»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٣) أي: مع أنّ الإنشاء غير قابل للتعليق.

[فروع]

[الأول: الجمع بين سبب الحقّ وعقد الرهن]

الأول: أن يجمع بين سبب الحقّ وعقد الرهن، كأن يقول البائع للسلم: «بعتك الحنطة بكذا، ورهنت داري هذا»، فقال المشتري: «قبلت البيع والرهن»، فعن الشافعية^(١) الصحة، وفي القواعد: «لو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقدٍ، ففي الجواز إشكال ينشأ من جواز اشتراطه في العقد، فتشريكه في متنه أكد، ومن توقّف الرهن على تمامية الملك - إلى أن قال - لو قدّم الارتهان لم يصحّ» إلى آخره^(٢).

ومثله في الدروس^(٣)، وفي التذكرة: «لو امتزج الرهن بسبب ثبوت الدين، مثل أن يقول: «بعتك هذا العبد بألف، وارتهنت هذا الثوب به»، فقال المشتري: «اشتريت ورهنت» فالأقرب الجواز؛ لأنّ شرط الرهن في البيع جائز لحاجة الوثيقة، فكذا مزجه بهما، بل هو أولى؛ لأنّ الوثيقة هنا أكد، فإنّ الشرط لا يفي به^(٤).

وعن المحقّق الثاني^(٥) التصريح بالفساد، بل عن الرياض^(٦) نسبته إلى

(١) حكاه عنهم في تذكرة الفقهاء: ١٣ / ١٧٩، لاحظ المغني: ٤ / ٣٩٩، التهذيب للبغوي: ٤ / ٥، والوجيز: ١٦١ / ١.

(٢) قواعد الأحكام: ١١٥ / ٢.

(٣) ينظر الدروس الشرعية: ٤٠١ / ٣، الدرس ٢٨٠.

(٤) تذكرة الفقهاء: ١٣ / ١٧٩.

(٥) ينظر جامع المقاصد: ٩٠ / ٥.

(٦) ينظر رياض المسائل: ٥٢٠ / ٨ - ٥٢١.

الأكثر، ووجهه واضح بعد الإجماع على اشتراط صحّة الرهن بثبوت الحقّ؛ لأنّ قضية ثبوت الاشتراط تقدّم الشرط على المشروط، واحتمال الاكتفاء بثبوته في أثناء الرهن كاحتمال الاكتفاء به بعده؛ إذ لا فرق بين أجزاء السبب، فكما أنّ الجزء الثاني مشروط به فكذلك الجزء الأوّل، فلا بدّ من ثبوته قبل الجزء الأوّل، وإلاّ لم يكن السبب واجداً لشرطه؛ لأنّ جزء السبب ليس بسبب.

وأما وجه الصحّة: فقد عرفت ما في القواعد^(١) والتذكرة^(٢) من القياس على الإشتراط بطريق أولى، وهو مبنيّ على ثبوت الحكم في المقيس عليه، ويأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى في الفرع الثالث، فإن قلنا به نظرنا إلى دليله^(٣)، فإن كان مخالفاً للقاعدة وجب الاقتصار عليه؛ لبطلان القياس، ومنع دعوى الأولوية على وجه تفيد في التعديّ عنه إلى المقام، وإن كان موافقاً لها - بأن يكون ممّا يقتضيه الإشتراط في العقد - فالظاهر أنّ القياس في محله؛ لأنّ المانع عن الصحّة ما عرفت من لزوم تقدّم الشرط على المشروط، وهو مشترك بين المقامين.

ودعوى: أنّ ثبوت الحقّ شرطٌ لخصوص الرهن، ولا يأتي في الشرط؛ لأنّ كلاً من العقد والشرط سبب مستقلّ، فلا وجه لقياس أحد السببين بالآخر.

مدفوعة: بأنّ ثبوت الحقّ شرط لماهيّة الرهن، وليس من شرائط العقد كالعربيّة والموالاتة، بل هو نظير شرط البلوغ وارتفاع الجهالة في البيع، فكما لا يختلف الحال فيهما بين عقد البيع وشرطه فكذلك هنا.

(١) ينظر قواعد الأحكام: ١١٥ / ٢.

(٢) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٧٩ / ١٣.

(٣) في الأصل: «دليل»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

فما في جواهر الكلام^(١) من الردّ على التذكرة بما عرفت ليس على ما ينبغي، بل الصواب في القياس المذكور ما عرفت من التفصيل.

وعن شيخنا خاتم المجتهدين رحمته الله^(٢) تأييد ما في التذكرة من القرب، بل الميل إليه، مستدلاً عليه بما حاصله: أنّ للرهن وغيره من المعاملات حقيقتين ووجودين: وجود إنشائي ووجود واقعي، والمسلم من اشتراط ثبوت الحقّ هو اشتراط وجوده الواقعي به، وهو حاصلٌ هنا؛ إذ الفرض مقارنته مع سبب الحقّ، فيكون مفاد العقدين وجود الحقّ مرهوناً به؛ لأنّه هو الذي يقتضيه الجمع بين السببين وتقارنهما في الزمان، فإنّ تقدّم الموضوع على الحكم طبعي لا زمني، فلا مانع من وجود الرهانة ومحلّها - أي الحقّ - [في زمانٍ واحد]، وأمّا وجوده الإنشائي فلا دليل على اشتراطه بالحقّ.

نعم، لا بدّ من تأخّر إنشائه عن انشاء سبب الحقّ، وهو البيع مثلاً؛ إذ مع عدم وجوده لا واقعاً ولا إنشاءً لا محلّ لإنشاء الرهن، كما صرح به العلامة^(٣) والشهيد^(٤)، وعن الشافعي عدم الفرق بين الصورتين^(٥)، وهو فاسد، إذ نقول:

(١) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٩٣.

(٢) ينظر لوامع النكات - كتاب الرهن - (مخطوط)، الورقة: ٣٣٩.

(٣) ينظر قواعد الأحكام: ٢ / ١٥، قال: «و لو قدّم الإرتهان لم يصح».

(٤) ينظر الدروس الشرعية: ٣ / ٤٠١، الدرس ٢٨٠، قال: «و لو قدّم الرهن لم يجز».

(٥) لم نقف عليه، بل حكى عنهم في تذكرة الفقهاء (١٨٠ / ١٣) لزوم تقدّم إنشاء سبب الحقّ عن إنشاء الرهن، حيث قال: «شرط الشافعية في الصّحة تقدّم خطاب البيع على خطاب الرهن، وتقدّم جواب البيع على جواب الرهن، وبالجمله الشرط أن يقع أحد شقّي الرهن بعد أحد شقّي البيع، والآخر بعد شقّي البيع»، راجع: العزيز في شرح الوجيز: ٤ / ٤٥٩، روضة الطالبين: ٣ / ٢٩٧.

إنَّ تأخّر إنشاء السبب هو المتيقّن من دليل اعتبار ثبوت الحقّ، وهو الإجماع، فلا يجوز التقديم؛ للإجماع.

والحاصل: أنّ ماهيّة الرهن الخارجيّة مقارنة للحقّ الذي تعلّق به، وإنشاء الرهن مؤخّر عن إنشاء السبب، والزائد عليه لا دليل على اعتباره، فيرجع إلى عموم الأدلّة.

ولكن فيه: أنّه بظاھر غير مستقيم، أمّا أولاً: فلاّنه ليس للرهن ماهيّتان، ماهيّة إنشاءيّة وماهيّة واقعيّة، وكذا البيع وسائر العقود؛ لأنّ حقائق العقود هي إنشاؤها، ولا نتعلّق لها حقيقة أخرى خارجيّة. نعم، آثارها الخارجيّة كالمليّة في البيع والرهنية في الرهن مغايرة لحقائقها، وهي ليست من سنخ العقود المشروطة بشرائطه.

وأما ثانياً: فلاّنه لو تمّ لآخه عدم الفرق بين تأخّر إنشاء الرهن وتقدّمه؛ لانتفاء وجود الحقّ حين الإنشاء في الصورتين، وأيّ فائدة لإنشاء السبب بمجرّده من غير أن يترتب عليه وجود الحقّ فعلاً؟

ودعوى: أنّه القدر المتيقّن من الإجماع الذي هو^(١) الدليل على اعتبار وجود الحقّ في الرهن بيّنة الفساد، فإنّ كلماتهم تأبى عن الحمل على الوجه المذكور، لتصريحهم بأنّ من شرائط صحّة الرهن وجود الحقّ فعلاً، وإلاّ فلا صحّة له،

→

ولذا أورد عليهم - أي على الشافعية - في جواهر الكلام بعد ما حكى عنهم اشتراط تقدّم إيجاب البيع على إيجاب الرهن، بقوله: «إذ تقدّمه بعد عدم تأثيره الحقّ في الذمّة غير مجدّ، فلا فرق بين تقدّم إيجاب البيع عن إيجاب الرهن وتأخّره، كما هو واضح». جواهر الكلام: ٢٦/ ٢٩٢.

(١) عبارة «الذي هو» أضفناها من نسخة (ش) لاستقامة العبارة.

وأين هذا من اعتبار تأخر الرهن عن إنشاء السبب؟ وأي احتمال في معقد إجماعهم حتّى يؤخذ بالمتيقّن؟

والحاصل: أنّه بونٌ بعيد بين اعتبار وجود الحقّ في صحّة الرهن وبين تأخر إنشائه عن إنشاء سبب الحقّ، ولا يعقل إرجاع أحدهما إلى الآخر.

فالأولى أن يقرّر وجه الصحّة: بأنّ اعتبار وجود الحقّ ليس شرطاً شرعياً ثبت بالدليل تعبدّاً، بل هو شرط عقلي نشأ من افتقار الحكم إلى الموضوع، كما عرفت سابقاً؛ حيث ذكرنا أنّ الرهانة من الأمور الإضافيّة المفتقرة إلى أمورٍ أربعة: الراهن، و[المرهون]، والمرهون به، والمرتهن، فإذا انتفى أحدهما لم يعقل وجودها في الخارج.

ومن الواضح أنّ أصل إنشاء الرهن لا يتوقّف على فعلية وجود ما عدا الراهن من الأمور الأربعة؛ لأنّ تصوّر ما عداه يكفي في إنشاء الرهن، وإنّما يحتاج إليها وجود أثر الإنشاء في الخارج، كالملكيّة في البيع؛ فإنّها في الوجود الخارجي تحتاج إلى محلٍّ موجود حقيقةً أو حكماً، وهو حاصل مع مزج السببين وإن تقارن أثرهما، فإنّه غير ضارٍّ، فينهض عموم الأدلّة حجةً على الصحّة. نعم، لو كان وجود الحقّ شرطاً لصحّة الرهن فلا بدّ من كونه شرطاً^(١) مقدّماً على إنشائه؛ إذ ليس له^(٢) حقيقة سوى الإنشاء، فيكون نظير البلوغ وغيره من الشروط الشرعيّة للعقود.

وبهذا يفرق عن البيع؛ لأنّ الدليل على اعتبار الملكيّة في البيع هو قوله ﷺ: «لا

(١) من قوله «فإنه غير ضار» إلى قوله «من كونه شرطاً» ساقطة من الأصل، وقد أضفناها من نسخة (ش) لاستقامة العبارة.

(٢) في الأصل: «فيه»، وما أثبتناه أوفق بالعبارة.

بيع إلا في ملك»^(١)، فلا يكفي تحقق الملكية بعد إيجاب البيع قبل القبول، وليس على ثبوت الحق في صحة الرهن دليل كذلك، وإنما حكموا بها نظراً إلى افتقار الحكم إلى الموضوع، لا إلى كونه شرطاً تعبدياً لصحة الإنشاء وتأثيره، فيبقى دعوى اعتبار سبق الحق في صحة العقد الذي فائدته الرهانة به محتاجة إلى الدليل، كدعوى اعتبار العريية وسائر الشروط الشرعية المقررة^(٢) للإنشاءات، لكن مقتضى هذا الوجه عدم الفرق بين تقدم إنشاء الراهن على إنشاء السبب، وتأخره عنه.

فصار محصل البحث: أن وجود الحق لو كان شرطاً شرعياً للرهن كان المتجه الفساد مطلقاً، كما في جواهر الكلام^(٣)، وإن كان شرطاً عقلياً كانت الصحة متجهةً مطلقاً تقدم إنشاء الرهن أو تأخر، كما عن الشافعي^(٤).

[الفرع الثاني: الجمع بين الرهن وسبب تمليك المرهون]

الفرع الثاني: الجمع بين الرهن وسبب تمليك المرهون، كما لو قال: «بعثك هذا العبد بكذا، ورهنت الثمن على الدين السابق أو المقارن»، كما لو بدّل العبد المعين الخارجي بالعبد الموصوف، وجعل الثمن رهناً عليه، فعلى القول بالفساد هناك لا إشكال في الفساد هنا، أمّا على الصحة ثمة ففيل^(٥): إن هذا لا يصح، لما

(١) مستدرک الوسائل: ٢٩٣/١٥، ب ١٣ من أبواب كتاب الطلاق، ح ٥، عوالي اللآلي: ٢٣٣/١،

ح ١٣٦، وفيه: «ولا يبيع فيما لا تملك».

(٢) في الأصل: «المفيدة»، وما أئتنه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٣) ينظر جواهر الكلام: ٢٩٢/٢٦ - ٢٩٣.

(٤) تقدّم تخريجه، فراجع.

(٥) ينظر مفتاح الكرامة: ٧٤٢/١٤.

تقدّم من اشتراط صحّة الرهن بكون المرهون مملوكاً يصحّ بيعه، وهذا رهن لمال الغير؛ ضرورة عدم دخوله في ملك الراهن بعد، فكيف يكون صحيحاً؟

فالرهن هنا فاسد؛ لانتفاء شرط آخر للصحة، والكلام في مسألة المزج إنّما هو بعد كون الرهن جامعاً لشرائط الصحة من جميع الجهات، والرهن كالبيع، فكما لا يصحّ بيع مال الغير فكذا رهنه.

والتحقيق هنا أيضاً ابتناء المسألة على كون ملكيّة المرهون شرطاً شرعياً تبعدياً لصحة الرهن، أو شرطاً عقلياً ناشئاً من توقّف الاستيثاق عليها، فيبطل على الوجه الأوّل، ويصحّ على الثاني؛ لما عرفت في المسألة الأولى حرفاً بحرف، وقد سبق منّا تحقيق المبنى، وأنها شرط عقلي، لا شرعي، كما في البيع، فقياس الرهن عليه ليس في محله.

وعليك بالتأمّل في المقام حتّى لا يشتبه عليك حقيقة المرام، والله العالم بالأحكام.

[الفرع الثالث: الجمع بين سبب الحقّ وشرط الرهن]

الفرع الثالث: أن يجمع بين سبب الحقّ وشرط الرهن، وهو على قسمين:

أحدهما: شرط المبدأ، وهو عقد الرهن مثلاً.

وثانيهما: شرط النتيجة، وهو مرهونيّة العين، ولعلّ الأوّل ظاهر العلامة من شرط الرهن في المقايسة المذكورة، نظراً إلى قوله: «إنّ الشرط قد لا يفني به»^(١)؛ إذ الوفاء لا يناسب شرط النتيجة.

(١) تذكرة الفقهاء: ١٧٩ / ١٣.

وكيف كان، لا خلاف ولا إشكال في صحّة الأوّل؛ لوجود المقتضي،
وفقد المانع.

وأما الثاني فهو مبنيٌّ على صحّة شرط الغايات والنتائج، وقد حقّقناه
مفصّلاً في كتاب الزكاة^(١).

ومجمل القول فيه هنا - كي يتفرّع عليه صحّة اشتراط الرهانة وعدمها -
أنّ ظاهر غير واحد^(٢) بطلان نذر الغايات مطلقاً.

والمعروف هو الصّحة بين من يصرفه إلى إيجاد السبب^(٣)، فمن نذر أو
شرط صدقة مال معيّن وجب عليه الوفاء بالتصدّق.

وبين من يراه صحيحاً من دون إيجاد سبب^(٤) إذا لم يقدّم دليل على انحصار
سببها في غير النذر والشرط، وإن قام فقيلاً: بالبطلان، وقيل:
بالصّحة، والصرف إلى إيجاد السبب مطلقاً، أو في الغايات التي لم يقدّم دليل
على انحصار سببها في شيء.

فالضابط: أنّ كلّ نتيجة قام دليل على انحصار سببها لا تثبت بالنذر
والشرط، وإلاّ فيثبت بهما، وما قيل: إنّ الظاهر هو انحصار السبب وعدمه ليس
بظاهر؛ لأنّ كلّ شيء تنحصر أسبابه في شيء أو شيئين أو أشياء، بل المراد
بالانحصار قيام الدليل على عدم حصولها إلاّ بسبب معيّن، أو أسباب معيّنة،

(١) كتاب الإجارة للمحقّق الرشدي ٧٧ و ٥٤.

(٢) ينظر الحاشية على الروضة البهيّة (لأغا جمال الخوانساري): ٤٦٠.

(٣) ينظر: كتاب الزكاة للشيخ الأنصاري ٥٩، نهاية المقال في تكملة غاية الآمال ١٦٢.

(٤) ينظر المصادر المتقدّمة.

كالزوجة والحرية والبيع، وعدم قيامه، كالوكالة والملكية، وبينهما أفراد نظرية، ومصاديق حقيّة.

حجّة القول بالبطلان وجوه:

أولها: ما قيل^(١) من أنّ النذر والشرط إنّما يتعلّقان بالأفعال؛ لأنّ مقتضاهما الالتزام بالشيء، وغير الفعل ليس قابلاً له، والغايات من الصفات القائمة بالأشياء، وليست من الأفعال.

وثانيها: أنّها لا يتعلّقان بغير المقدور، ونفس النتائج مع قطع النظر عن أسبابها ومبادئها غير مقدورة، فإذا نذر أن يكون عبده حرّاً فقد نذر أمراً غير مقدور، وحقّه أن يكون باطلاً، كذا نقل عن المدارك، ومثله يأتي في الشرط أيضاً.

وثالثها: أنّ أدلّة الشروط لا تشرع السبب إذا شك في سبب شيء أو مدخليّة بعض الأجزاء والشرائط فيها، كما توهمه بعض الأصحاب^(٢)، بل إنّما تدلّ على وجوب العمل بالأسباب المشروعة، فشرط النتيجة التزام بالشيء بلا سبب، وهو باطل، وكذا أدلّة النذر.

ورابعها: أنّ من لوازم النذر قبول البرّ والحنث، ولا يمكن حنث النذر إذا لزم بلا سبب، فكيف يكون حينئذٍ من النذر المقرّر في الشريعة، كذا في شرح الروضة عن جمال المحقّقين رحمهم الله^(٣)، ولو تمّ لجرى في الشرط أيضاً.

(١) ينظر المصادر المتقدّمة.

(٢) ينظر المصادر المتقدّمة.

(٣) ينظر الحاشية على الروضة البهيّة (للاغا جمال الخوانساري): ٤٦٢، قال: «أنّ المتبادر الشائع من النذر هو أن يكون متعلّقه فعلاً يصلح بعد النذر للإتيان به، والوفاء بالنذر، ولعدمه، فيحنث وتجب

وفي الكلّ نظر؛ أمّا الأولان: فلأنّ القائل بالصحة يقول أنّ نذر الغاية أو شرطها ينصرفان^(١) بدلالة الاقتضاء إلى الأسباب والأفعال، أو الآثار العمليّة المتفرّعة عليهما، فمعنى شرط الملكيّة شرط التمليك، كما في جامع المقاصد، قال: «لو شرط الوكالة يجب على المشروط عليه إيجاد الصيغة»^(٢)، أو معناه اشتراط الالتزام بالآثار، فمعناه التزام المشروط عليه بآثار ملكيّة الشارط، فالشرط متعلّق بالعمل، كما لو شرط السبب أو العمل بمقتضى الشرط صريحاً؛ لأنّه المفهوم منه عرفاً، كما يفهم من قوله: «يحرم الخمر» حرمة شربه، فأين تعلّقها بغير المقدور؟

وأمّا الثالث ففيه: أنّ دعوى عدم اقتضاء وجوب الوفاء سببيّة الشرط والنذر لحصول النتيجة مصادرة. نعم، وجوب الوفاء بهما لا ينفع إذا شك في سببيّة غيرهما من الأسباب، أو شك في شروطها من العربيّة والماضويّة ونحوهما.

كما أنّ دعوى: أنّ وجوب الوفاء تكليف محض [و] لا يستفاد منه شرطيّتهما لحصول النتيجة قهراً.

منقوضة: بأنّ سببيّة العقود استُفيدت من الأمر بالوفاء مع أنّه تكليف، فكيف يستفاد منه سببيّة العقد لحصول الغاية، دون سببيّة الشرط والنذر لحصولها^(٣)؟

→

الكفّارة، والروايات الواردة في موارد النذر إنّما هي في ما هو من هذا القبيل، كما يظهر بتصفّحها.

(١) في الأصل: «ينصرفانه»، وهو لا يناسب السياق، ولذا أضفنا عبارة «يقول أنّ نذر الغاية أو شرطها ينصرفان» من نسخة (ش) لاستقامة العبارة.

(٢) لم نقف عليه.

(٣) في الأصل: «حصولهما»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق، أي: حصول الغاية.

ومنحّلة: بأنّ التكليف إذا تعلّق بمقتضى العقود والأسباب كشف عن سببّيتهما، كما أنّ النهي المتعلّق به كاشف عن فسادها من غير إشكال، مع أنّ النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد.

والحاصل: إنّّه إذا نذر الحرّية أو شرطها يجب صرفها بدلالة الاقتضاء إلى وجوب العتق بإيجاد الصيغة كما عن جماعة، أو يقال: إنّ مفادها العرفي الالتزام بآثار الحرّية من غير عتق، فينعتق من غير صيغة، بناءً على عدم قيام الدليل على انحصار سببها في خصوص العتق، وعلى التقديرين يصحّ الشرط.

وأما الرابع: فبمنع الملازمة بين صحّة الشرط والنذر وإمكان الحنث؛ لعدم الدليل عليه، مع أنّ مخالفتها - أي الحنث الموجب للكفّارة - لا ينافي صحّتها^(١) المستلزمة لتحقيق الغاية من دون صيغة، فلا منافاة بين حصول الملكية من غير تمليك، وبين لزوم المخالفة والحنث الموجب للكفّارة إذا فعل ما ينافي وجوب الوفاء بهما، فلو تصرف في منذور الصدقة ضمن، وتجب عليه الكفّارة، كما عن العلامة^(٢) التصريح به، وكذا منذور الحرّية، بناءً على عدم انحصار سببها في العتق إذا ارتكب ما ينافي وجوب الوفاء بالنذر.

حجّة القول الثاني: قد ظهرت ممّا ذكرنا، وهو حمل كلام الناذر والشارط على الالتزام بالسبب، [لدلالة الاقتضاء]، كما ظهرت حجّة القول الثالث، أعني الصحّة من غير صيغة إذا لم يقدّم دليل على انحصار سبب [تلك] الغاية في شيء أو أشياء، وهو حمل كلامهما على الالتزام بالآثار دون السبب، بدعوى الفهم العرفي، وهذا هو الأظهر، فتأمّل.

(١) في الأصل: «صحّتها»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) ينظر: قواعد الأحكام: ٣/٣٠٦، تحرير الأحكام ٤/٣٦٣، مقابيس الأنوار ١٩٥.

تنبيهان:

الأول: أن شرائط العقد لا بد أن تكون موجودة في شرط النتيجة إلا ما يرجع إلى الصيغة، فكما لا يعتبر نفسها^(١) كذلك لا يعتبر شرائطها؛ لانتفاء الموضوع، وأما غيرها من الشرائط فتدور مدار ماهية العقد.

فما قيل: من أن شرائط العقد لا تعتبر في الشرط لا يتجه على إطلاقه، فكما أن ثبوت الحق شرط في عقد الرهن فكذا في شرطه؛ لأن لازم الماهية لا ينفك [عنها] حيث ما يوجد من العقد والشرط.

الثاني: أن العقد والشرط قد يختلفان في حكم اللزوم والجواز، وقد لا يختلفان، والضابط هو عموم دليل الحكم المذكور، أو قيام الدليل عليه في الموضعين.

ومن هنا لا يجوز للراهن التصرف في الرهن فيهما، أي العقد والشرط، وينعزل الوكيل في عقد الوكالة دون شرطها؛ لأن دليل عدم جواز التصرف في الرهن عام^(٢)، ولا اختصاص له بسبب دون سبب، بخلاف انعزال الوكيل^(٣)، وعدم نفوذ تصرفه بعد العزل؛ فإنه في صورة التوكيل مستند إلى الأصل، وهو عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه بعد عدم [لزوم] عقد الوكالة، وهو لا يأتي في صورة الاشتراط؛ لأن مقتضى وجوب الوفاء بالشرط بعد البناء على صحة [شرط] الوكالة من دون صيغة هو عدم الانعزال.

(١) أي: نفس الصيغة.

(٢) في الأصل: «دليل عدم جواز التصرف عام في الرهن»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٣) في الأصل: «عدم انعزال الوكيل»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

وهذا هي الوكالة غير القابلة للانعزال المعروفة بين الناس، فلو بنينا على عدم صحّة شرطها أو لزوم الصيغة لم يكن لها صورة صحيحة، كما لا يخفى بالتأمل.

هذا حال المبنى، وأمّا حال البناء والابتناء، أعني اشتراط عقد الرهن سواء كان في سبب الحقّ - بأن كان المرهون ملكاً للمشروط عليه قبل السبب - أو في سبب الملك - بأن صار ملكاً له بهذا السبب، بأن يقول: «بعثك داري بألف، وشرطت عليك أن تجعل الدار رهناً على الثمن» - فالظاهر الصحّة.

ودعوى: أنّه شرط غير مقدور حال الشرط على الثاني؛ لعدم كون الدار ملكاً للمشتري حال الشرط، فاشتراط رهنه كاشتراط رهن مال الغير أمر غير مقدور. مدفوعة: بكفاية القدرة في حال الوفاء بالشرط، والمفروض حصولها، ولا دليل على اعتبار الزائد.

وأما شرط النتيجة [وهي الرهانة] ففي جواهر الكلام^(١) أنّه صحيح وإن قلنا بالبطلان في صورة المزج بين السببين؛ لأنّ كلّاً من الشرط والرهن سبب مستقلّ، والملكيّة شرط في [عقد] الرهن [خاصّة]، لا [في] الشرط؛ لعموم دليله، ولأنّ الملكيّة محرزة في الشرط، لأنّه شرط الرهانة بعد الملك لا قبله^(٢).

(١) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٩٤.

(٢) قال في جواهر الكلام (٢٦ / ٢٩٤): «فينتقل حينئذٍ مقارناً لتعلّق حقّ الرهانة أو مقدّمًا عليه كما هو مقتضى الاشتراط الذي يراد منه الرهن بعد ثبوت الحقّ كما قيل»، لاحظ أيضاً جامع المقاصد (٥ / ٩٠): حيث قال: «ولأنّ اشتراط الرهن مقتضاه إثبات استحقاق الرهن على الثمن بعد ثبوته».

ويندفع الأول: بما عرفت من أن الملكية من شروط ماهية الرهن^(١) شرطاً كان أو عقداً؛ لأنّ لوازم الماهية لا تفارقها في الوجود. نعم، لا يعتبر في الشرط شروط الصيغة وما يتعلق بها من صفات الألفاظ.

والثاني: بأنه يستلزم التعليق في إنشاء الشرط، وهو مبطل لجميع العقود إجماعاً^(٢)، فهو مثل ما لو شرط عتق ولد يولده العبد الفلاني.

[و] لأنّه إذا شرط أن يكون داره رهناً بعد صيرورته ملكاً فقد شرط ما يتوقّف على مضيّ زمانٍ من حين الإنشاء، فكأنّه قال: «شرطت أن يكون الدار رهناً بعد دقيقة أو دقيقتين» ولا خلاف ظاهراً في بطلان مثل ذلك، حتّى في شرط الملكية والوكالة والصدقة التي يصحّ اشتراطها عند الكلّ أو الجلل، فلا يصحّ لو قال: «شرطت أن يكون مالك صدقة بعد يومٍ أو ساعة»، وكذا شرط الملكية والوكالة بعد زمان كذا.

وفيه: أنّ اعتبار التنجيز في الشرط ليس أمراً مسلماً، والإجماع المدعى ممنوع، بل المورد^(٣) ممّن قال أو ركن إلى عدم اعتباره في الشرط، وعموم الأدلة قاضية بالصحة بعد [منع] الإجماع، وما ذكر من أمثلة التوقيت في الملكية والوكالة والصدقة لا مانع من القول بصحتها.

ولو سلّم بطلان التوقيت لإجماعٍ أو نحوه فلا يتعدّى إلى غيره، مثل ما لو شرط على تقدير كذا.

(١) في الأصل: «العقد»، وهو سهو، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) «إجماعاً» أضفناها من «ش» لاستقامة العبارة.

(٣) ينظر: الحقائق الناضرة: ١١/٢٢، المكاسب: ٥٧/٦.

هذا، والتحقيق عندنا: ما عرفت مراراً من أنّ ملكيّة الرهن لو كانت شرطاً شرعياً لم يجز الجمع بين سبب الملك وسبب الرهن، سواء كان بالعقد أو الشرط، وإلاّ بأن كان اعتبارها من جهة توقّف استيفاء الحقّ عليها وحصول^(١) الاستيثاق الذي يدور مداره حقيقة الرهن، وعلى الاستيفاء جاز الجمع بين سبب الرهن وسبب الملك في الصورتين.

هذا كلّ في الجمع بين الرهن وسبب ملكيّة المرهون، وإمّا الجمع بينه وبين سبب الحقّ فلا يتفاوت فيه بين العقد والشرط قولاً واحداً، فإنّ كلّ من قال بالصحة في الأوّل قال بالصحة في الثاني، والفرق المتوهم إنّما هو في الجمع بين الرهن شرطاً وبين سبب ملكيّة المرهون كالبيع مثلاً، فقد ظهر لك ما فيه من الردّ والقبول، والله العالم.

(١) عبارة «استيفاء الحقّ عليها وحصول» أضفناها من نسخة (ش) لاستقامة العبارة.

[الرهن على الدية قبل استقرارها]

(٢٧) قوله: «ولا على ما حصل سبب وجوبه ولم يثبت، كالدية قبل استقرار الجناية»^(١).

أقول: للمسألة صور ثلاثة؛ لأنّ كلّاً من ديتي الجنايتين السارية إحداهما إلى الأخرى: إمّا متباينان، أو متوافقان، وعلى الثانية إمّا أن يكونا متساويين أو من قبيل الأقلّ والأكثر، والذي تقتضيه القاعدة الأولى نظراً إلى الأدلّة الشرعية تعدّد الدية؛ لأنّ قوله عليه السلام: «من قطع إصبعاً فعليه كذا»^(٢) مثلاً، يدلّ على لزومه بالقطع المزبور، وقوله: «من قطع يداً فعليه كذا»^(٣) يدلّ أيضاً على لزومه، فلو قطع إصبعاً [و] سرى ذلك إلى قطع اليد فعليه دية الإصبع واليد معاً؛ لإطلاق الدليلين، إلّا أنّه خلاف الإجماع على أنّ العبرة بما انتقلت إليه، سواء كان الانتقال من الدنيا إلى العليا أو بالعكس، فالذي يثبت نظراً إلى إجماع الصحابة إنّما هو مقتضى الجناية الثانية المنتقل إليها.

فنقول: أمّا الرهن على دية الجناية الأولى قبل استقرارها في الصورة الأولى

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٣٢.

(٢) لم نجد هذا اللسان في مجاميعنا الحديثية. نعم، ورد: «في كلّ إصبع عشر من الإبل»: الاستبصار:

٤/ ٢٩١ ب دية الاصابع ح ١١٠٠.

(٣) لم نجد هذا اللسان في مجاميعنا الحديثية. نعم، ورد: «دية اليد إذا قطعت خمسون من الإبل»: من

لا يحضره الفقيه: ٤/ ١٣٠ ب ما يجب فيه الدية ح ٥٢٧٩.

فالمشهور^(١) بين الأصحاب بطلانه، والكلام فيه تارةً في الصّحة الواقعيّة، وأخرى في الظاهريّة.

أمّا الأولى: فإن قلنا إنّ سببيّة الجناية الأولى مشروطة بعدم السراية فلا إشكال في البطلان؛ لأنّه إذا لم يكن هناك حقّ ثابت فعلاً فكيف يؤخذ الرهن بإزائه؟ وإن قلنا إنّها سبب فعلاً لمقتضاها إلّا أنّها إذا سرت إلى الثانية بطلت بعد السراية أنّجه الحكم بالصّحة؛ لوجود الحقّ فعلاً، إلّا أنّ المعزّي إلى الأصحاب هو الأوّل، فلا إشكال في البطلان.

بل قد يشكّل^(٢) في الصّحة على الثاني أيضاً؛ لأنّ الحقّ وإن كان ثابتاً حال الرهن على هذا التقدير، إلّا أنّه في معرض الزوال عند الاستيفاء، والعبرة بوجوده عند الاستيفاء لا عند الرهن؛ إذ لا يترتب على وجوده عنده فائدة الرهن التي هي الاستيثاق.

وكيف كان، فالظاهر ما يقوله الأصحاب من عدم صحّة الرهن على مقتضى الجناية قبل الاستقرار، سواء كان سببيّتها مشروطة بعدم الانتقال إلى الأخرى أو كانت زائلة عند الانتقال؛ إذ الاستيفاء لا يمكن على التقديرين.

وقد يقال: إنّّه لا مانع من الصّحة على الثاني، ودعوى: عدم إمكان الاستيفاء لكونه زائلاً مدفوعة: بأنّه يزول مضموناً، فيؤخذ الرهن على الجناية فعلاً، فإذا زال سبب الانتقال^(٣) إلى شيء آخر غرم الجاني ببدله الشرعي، أعني

(١) ينظر: كفاية الأحكام: ١/ ٥٥٧، مفتاح الكرامة: ١٥/ ٤٢١.

(٢) ينظر مسالك الأفهام: ٤/ ٢٩.

(٣) كذا في الأصل.

مقتضى الجناية المنتقل إليها، أو بالمثل والقيمة على احتمالٍ بعيد، والمسألة من هذه الجهة محلّ إشكال، لكن الخطب سهل؛ لأنّ ظاهر الأصحاب هو الأوّل أعني اشتراط سببيّة الأولى بعدم الانتقال إلى الأخرى، فلا إشكال في عدم الصحّة الواقعيّة.

وأما الثانية: فالذي يقتضيه الأصل هو الصحّة؛ لأنّ أصالة [عدم] الانتقال وعدم السراية تثبت السببيّة.

وتوهم: كون الأصل مُثَبِّتاً؛ لأنّ السببيّة قائمة بالجناية المستقرّة، وأصالة عدم الانتقال لا يثبت الاستقرار إلّا على الإثبات.

مدفوع أولاً: بأنّ موضوع السببيّة هي الجناية بشرط عدم السريان، فإذا ثبت ذلك بالأصل المزبور يثبت الحكم الشرعي، وهي السببيّة.

وبعبارة أخرى: أنّ الحكم الشرعي إذا كان مترتباً على نفس العدم، فبالأصل الجاري فيه يثبت الحكم من دون واسطة، كأصالة عدم تغيّر الماء عند الشك في التغيّر إجماعاً.

نعم، لو كان موضوع الحكم أمراً وجودياً لم يثبت بأصالة عدم ما ينافيه، كأصالة عدم وارث آخر إذا كان وجوده محتملاً، وتام الكلام في محله.

ومن البين أنّ ما نحن فيه من القسم الأوّل؛ لأنّ السببيّة متفرّعة على الجناية غير المنتقلة، فإذا أحرز العدم بالأصل يثبت السببيّة، اللهم إلّا أن يدعى أنّ الجناية المستقرّة والمنتقلة إلى غيرها ممتازان في الوجود الخارجي بصفة وجوديّة يعبر عنها بالعدمي.

وثانياً: لو سلّم كون الأصل مُثبتاً لكنّ الواسطة خفيّة كادت أن تكون معدومة، فلا بدّ من التأمل.

فتلخّص: أنّ [مقتضى] الأصل صحّة الرهن عليه ظاهراً، ولعلّ حكمهم بالبطلان ناظر إلى الصحّة الواقعيّة، وقد عرفت وجه البطلان أيضاً، أو إلى أنّ السببيّة مشروطة، كما هو الظاهر من كلماتهم، وأنّ الأصل لا يثبت، لكونه مُثبتاً. ثمّ إنّ بناءً على عدم اعتبار الأصل لكونه مُثبتاً، فلا مانع من الصحّة المتزلزلة؛ لاحتمال وجود الشرط واقعاً، فلو انتقلت إلى آخر كشف ذلك عن فساد الرهن ابتداءً، ولو لم ينتقل كشف عن صحّته من حينه، ولا ينافي ذلك حكمهم بالبطلان؛ لأنّ كلامهم ناظر إلى الصحّة المنجّزة، هذا تمام الكلام في الصورة الأولى.

وأما الصورة الثانية: كقطع ما يوجب تمام الدية، ففي المسالك^(١) نفى البعد عن صحّة الرهن بعد أن نسبه إلى قيل، بل قد يقال أو قيل^(٢): أنّه خارج عن محلّ كلام القائلين بالبطلان؛ فإنّه مخصوص بما إذا اختلف مقتضى الجنائتين.

وكيف كان فالوجوه والم احتمالات أربعة:

أحدها: اشتراط سببيّة الأولى بعدم السراية، فلو سرت إلى الأخرى كشف ذلك عن عدم كون الأولى سبباً.

ثانيها: استقلالها في السببيّة، لكن الثانية سبب لبطلانها، وحدوث مثلها لها.

(١) ينظر مسالك الأفهام: ٣٠ / ٤.

(٢) لم نقف عليه.

ثالثها: تداخل السببين، بأن تكون الأولى سبباً للدية الكاملة والثانية أيضاً كذلك، إلا أن الشارع حكم فيها بالتداخل، فاكتمت بدية واحدة عنهما، كما هو الشأن في تداخل الأسباب، لا أن الثانية أبطلت أثر الأولى، وأحدثت مثلها.

ورابعها: عدم سببية الثانية أصلاً؛ لاستحالة توارد علتين على معلول واحد، إذ بعد ما فرض من أن الموت لا يزيد أكثر مما يثبت بالجناية لا يقبل تأثيره في ما يثبت، نظير الأحداث المتعقبة، فإن الرفع للطهارة إنما هو الأول.

فنقول: بناءً على الأخير لا إشكال في صحة الرهن على الجناية قبل استقرارها؛ لثبوت الحقّ المعتبر في ماهية الرهن من غير تزلزل وزوال، كما [أنه] لا إشكال في فساده على الأول، لعين ما عرفت.

وكذا لا إشكال في الصحة على التداخل، لثبوت الحقّ واستقراره حين الاستيفاء أيضاً.

وأما على الثاني - وهو البناء على [كون] الثانية مبطلّة لأثر الأولى [لا] كاشفة عن عدمه - فحكمه بدقيق النظر حكم الصورة الأولى صحةً وفساداً، إلا أنه لو قلنا بالفساد هناك؛ لعدم حصول الاستيثاق، لاحتمال انعدام الحقّ حين الاستيفاء، يمكن أن يلتزم بالصحة هنا؛ لأن مقتضاهما متساويان، وتبدّل أحد المتساويين إلى مثله لا يعدّ زوالاً عرفاً، ولا ينافي الغرض الباعث على التشريع، أي الاستيثاق للحقّ الثابت، والتبدّل بالمثل ليس كالتبدّل بالمباين في عدم الثبوت، وأقوى الوجوه أوّلها، ثمّ ثالثها.

أما الأول: فلأن حكم الجنايات والسرديات على نسق واحد، وقد عرفت أن بناء الأصحاب على اشتراط سببية الجناية بعدم السراية في الصورة الأولى،

فلا بدّ أن يكون في المقام أيضاً كذلك؛ لأنّ الجنايات على نسقٍ واحد، والتفكيك بينهما - بأن يكون الإنتقال إلى حالةٍ أخرى كاشفاً عن عدم تأثير الأولى، وعدم سببيتها رأساً في المتباينين، وسبباً لبطلان تأثير الأولى، وعدم حدوث مثلها في المتساويين - لا يكاد يستفاد من الأدلة.

مضافاً إلى [أنّ] احتمال مبطلية الثانية للأولى لا مدرك [له] سوى إطلاق الدليلين، والمستفاد منه - بعد ملاحظة الإجماع على أنّ العبرة بما انتقل إليه - هو التداخل، بمعنى أنّ كلّ واحدٍ من القطع والموت سبب للدية، إلّا أنّه يتداخل فيهما، ويكفي الدية الواحدة عنهما.

وبعبارةٍ أخرى: إنّهُ بعد ما لم يمكن العمل بالإطلاق؛ لمخالفة الإجماع، فاستفادة المبطلية منه ليس بأولى من استفادة التداخل، بل هو أولى؛ لبقائهما [حينئذٍ] على السببية.

وأما الاحتمال الآخر من بطلان الجناية الثانية، وعدم سببيتها رأساً؛ لاستحالة توارد العلتين على المعلول الواحد.

فمدفوع: بأنّ المقام ليس مورداً للتوارد المذكور؛ لأنّه إنّما يلزم في ما إذا كان المعلول واحداً شخصياً، كموت حيوان معيّن، فإنّه بعد قتل الحيوان بسببٍ لا يعقل تأثير سائر الأسباب في موته، وأمّا إذا كان كلياً يمكن تعدّده بتعدّد أسبابه فمقتضى تعدّد الأسباب تعدّد المسببات، كما هو الحقّ الموافق لأكثر المحقّقين^(١)، فلا مانع في تأثير السبب الثاني أيضاً، بل هو المعيّن كما عرفت، غاية الأمر تداخل المسببين؛ للإجماع.

(١) ينظر: رياض المسائل: ٢٩٧/٧، جواهر الكلام: ٤٠٦/٤، رسالة في قاعدة «ما يضمن بصحيحه

يضمن بفاسده» للسيد عليّ القزويني: ٢٢٤.

والحاصل: [أنّ] قوله: «في قطع الأنف دية كاملة»^(١) يدلّ على سببِية القطع للدية، وقوله: «في قتل النفس دية كاملة» يدلّ أيضاً على ثبوتها، وتأثير القطع للدية لا يمنع عن تأثير القتل أيضاً؛ لأنّ الدية ليست شخصية حتّى لا يقبل ورود السببين عليها، فمقتضى إطلاق الدليل عدم التداخل، لكنّه لما كان مخالفاً للإجماع فيحكم بالتداخل، لا تقدّم تأثير قتل النفس.

فتلخص ممّا ذكرنا: أنّ الأوجه هو الأوّل؛ لعين ما عرفت، فيبطل الرهن عليها وفقاً للمشهور، ثمّ الثالث، وأمّا الثاني والرابع فقد ظهر - ممّا ذكرنا - ضعفهما، بل فسادهما.

وأما الصورة الثالثة: فقد ظهر حكمها وحكم الرهن عليها ممّا مرّ بالتأمّل؛ إذ يجري البحث المذكور هناك في تمام الدية هنا في نصفها.

ثمّ من المعلوم أنّ الدية في الخطأ على العاقلة منجّمة في ثلاث سنين، في كلّ سنة ثلث الدية، وفي شبه العمد [على] الجاني منجّمة [في] سنتين، ولا إشكال ولا خلاف في صحّة الرهن على الدية بعد حلول الحول في الموضعين، وإنّما الإشكال في صحّته قبله، والمعزّي إلى المشهور بطلانه في الأولى.

فنقول: إنّ الكلام فيها تارةً في الحكم الواقعيّ، وأخرى في الظاهريّ.

أما الأوّل: فالمشهور هو المنصور؛ لوجهين:

أحدهما: عدم تعيين المستحقّ عليه الذي يؤخذ الرهن منه قبله؛ لأنّه هو العاقلة الجامعة لشرائط العقل عند تمام الحول، فربّما تبدّل العاقلة، ويتقلّ العقل من أحد

(١) لم نجد هذا اللسان في مجاميعنا الحديثية. نعم، ورد «في دية الأنف اذا استؤصل مائة من الإبل»:

تفسير العياشي: ١/ ٣٢٣ ح ١٢٥.

إلى أحد^(١)، فالعاقلة الذي يستحقّ عليه الدية لا يتشخص إلا عند الأجل، ومع عدم معلومية من عليه الحقّ لا يصحّ أخذ الرهن، كذا قيل^(٢)، ولا يخلو عن مناقشة. ثانيهما: وهو الوجه، عدم ثبوت الحقّ حال الرهانة، لأنّ مضيّ الحول شرط لثبوت الحقّ، فلا حقّ قبله حتّى يؤخذ بإزائه، والفرق بينه وبين [الدين] المؤجل: أنّ الأجل في الدين شرط للحكم التكليفي، وهو وجوب الأداء، لا في أصل شغل الذمّة، بل هو ثابت فعلاً لا يجب إدائه إلا بعد حلول [الأجل]^(٣)، فإنّه لو مات المديون حلّ الدين، ويتعلّق بتركته.

وهذا يدلّ على ثبوت الحقّ فعلاً في الذمّة بخلافه في الدية، فإنّها مشروطة ببقاء شرائط العقل إلى الأجل، فقبله غير ثابتة.

وأما الثاني: فالظاهر الحكم بالصّحة؛ اعتماداً على الأصل الموضوعي، لأصالة بقاء الشروط إلى الأجل، ومقتضاه ثبوت الحقّ حين الرهن ظاهراً، وهذا نظير اشتراط وجوب الزكاة بانقضاء الثاني عشر، حيث إنّها تجب بمضيّ الحادي عشر مع اشتراط استقرار وجوبها بمضيّ الثاني عشر، ومعنى اشتراطه به بقاء المالك والنصاب على شرائط الوجوب إلى آخر الحول، فلو مات المالك أو ثلّم النصاب قبله كشف ذلك عن عدم وجوبها سابقاً.

ومّا ذكرنا ظهر ضعف ما في جواهر الكلام^(٤) من أنّ التمسك باستصحاب بقاء

(١) في الأصل: «من أجل إلى أجل»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) ينظر: الدروس الشرعيّة: ٤٠١/٣، جامع المقاصد: ٩٢/٥، جواهر الكلام: ٢٦/٢٩٧.

(٣) في الأصل: «حلوله».

(٤) ينظر جواهر الكلام: ٢٦/٢٩٧، قال: «واستصحاب الجامعية إلى مضيّ الحول غير مُجدٍ بعد أن

كان جزء سبب الثبوت مضيّ الحول».

العاقلة على ضمانه غير مجدي، بعد أن كان مضيي الحول جزء سببٍ لثبوت الحق.
 وجه الظهور: أنه إن أراد من كونه جزءاً للسبب اشتراط بقاء النصاب
 والشرائط إلى رأس الأجل - كجزئية الهلال الثاني عشر لسبب وجوب الزكاة -
 فهذا لا يمنع عن ثبوته ظاهراً باستصحاب بقاء الشرائط إلى رأس الأجل.
 وإن أراد كونه جزءاً بنفسه - كجزئية مضيي أحد عشر شهراً في وجوبها -
 فهذا ممنوع.

ألا ترى أنه لو سمحت العاقلة بدفع تمام الأقساط عند الجناية كان هذا
 [دية]، فلو كان الأجل جزءاً للسبب لزم القول بعدم كونها ديةً، بل قرضاً أو هبةً
 أو نحو ذلك، ولا أظنّ أحداً يلتزم بذلك.

وإن أبيت عن القبول، فظاهر كلمات الأصحاب حجة عليك، لأنهم
 يقولون^(١): إن دية الخطأ على العاقلة، وأتمها مقسطة على سنتين، وهو كالصریح
 في استقرار الدية عند الجناية على فرض بقاء الشرائط إلى الأجل، ولو كان كما
 قال لكان عليهم أن يقولوا: «وإذا حلّ الأجل وجب عليه الدية»، لا «أنه يجب
 عليه عند الأجل»، وفرق بين أن يقال: «يجب عليه الدية عند الأجل»، وأن يقال:
 «إن حلّ الأجل وجب عليه الدية»، وبين أن مرادهم هو الأوّل دون الثاني،
 فراجع كلماتهم، ومدرک المسألة هي الأخبار.

نعم، قد يقال، بل قد قيل^(٢): إن حلول الأجل جزءٌ لسبب استقرار الدية،
 فلا ينفع استصحاب بقاء الأمور المعتمدة في العقل.

(١) ينظر: الخلاف: ٥/ ٢٧٥، الكافي في الفقه: ٣٩٢، إرشاد الأذهان: ٢/ ٢٢٩.

(٢) ينظر مسالك الأفهام: ٣٠/ ٤، جواهر الكلام: ١٥٠/ ٢٥.

ويدفعه: أن ظاهر الأدلة وكلمات الأصحاب كون الأجل هنا كأجل الدين في كونه شرطاً للمطالبة، لا ثبوت أصل الدية، فقد ورد أن العاقلة يؤخذ بالدية في سنتين^(١)، وهذا في كون الأجل شرطاً للمطالبة أظهر من كونه شرطاً لأصل الثبوت.

وإنما^(٢) حكم الأصحاب ببطلان الرهن قبل الأجل نظراً إلى اعتبار شرائط العقل إلى الحول، فقبل تحقق الشرائط لا ثبوت لها؛ لأن الحول جزء للسبب، كحلول الحول في استقرار الزكاة، خلافاً لظاهر المحكي عن الشهيد^(٣) فإنه حكم ببطلان الرهن قبل [الأجل في] الخطأ وشبه العمد الذي ديته على الجاني في سنتين^(٤) لا على العاقلة.

وتحقيق المقام: أن الاحتمالات في اشتراط حلول الأجل لثبوت الدية ثلاثة:

(١) ولا يخفى أن العاقلة يؤخذ بالدية في ثلاث سنين نجوماً كما ورد في بعض الروايات: «تستأدي دية الخطأ في ثلاث سنين، وتستأدي دية العمد في سنة»، راجع وسائل الشيعة: ٢٩ / ٢٠٥، ب ٤ من أبواب ديات النفس، ح ١، وأيضاً قد ورد في بعضها: «فألزمه الدية وخذه بها نجوماً في ثلاث سنين»، لاحظ: وسائل الشيعة: ٢٩ / ٣٩٢، ب ٢ من أبواب العاقلة، ح ١، وفي جواهر الكلام: «تضمن العاقلة دية الخطأ في ثلاث سنين، كما في خبر أبي ولّاد، بل عليه إجماع الأمة إلّا من ربيعة....»، جواهر الكلام: ٤٤ / ٧٣٧.

(٢) في الأصل: «ومنها»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٣) ينظر الدروس الشرعية: ٣ / ٤٠١، قال: «فلا يصحّ الرهن على الدية قبل استقرار الجناية وإن حصل الجرح، ويجوز بعد الاستقرار في النفس والطرف، فإن كانت مؤجلة فبعد الحلول على الجاني، أو على العاقلة في شبه العمد والخطأ».

(٤) تقدّم آنفاً أن دية الخطأ تستأدي في ثلاث سنين، وأمّا دية المشبه بالعمد فيؤخذ في سنتين، فراجع والمقنعة: ٧٣٦، جواهر الكلام: ٤٤ / ٤٢ و ٧٣٧.

أحدها: كونه جزء سببٍ لثبوت الدية، فلا دية قبله.

وثانيها: اشتراط بقاء العاقلة بصفات العقل إلى الأجل، وذلك على وجهين؛
لأنه^(١) إمّا [أن] يكون البقاء جزءاً للسبب بحيث لا دية قبل الحلول واقعاً،
كالحلول في وجوب الزكاة، وإمّا [أن] يكون بقاء الشرط كاشفاً عن ثبوتها عند
الجناية، نظير اعتبار مضيّ الثاني عشر في استقرار وجوب الزكاة، فيكون المقام من
باب الشرط المتأخّر، فكون العاقلة باعتبار صفات العقل إلى مضيّ الأجل على
هذا الاحتمال شرط للعلم بثبوتها عند الجناية واستقرارها، لا لأصل الثبوت، ولا
خفاء في عدم إجداء الاستصحاب على الأوّلين، وإثبات الاستصحاب الصحة
الظاهريّة - كما سمعت - مبنيٌّ على احتمال الأخير.

وأجود الاحتمالات أوسطها، لظهور الشرطيّة المستفادة من الأدلّة، وكلمات
الأصحاب في الواقعيّة، وحملها على الشرط المتأخّر لا يصار إليه إلاّ بدليلٍ
مفقود في المقام.

وأما الاحتمال الأوّل فمخالف لظاهر الأصحاب^(٢)، لسوقهم دية الخطأ
وشبه العمد مساقاً واحداً^(٣)، فهما عندهم على نسقٍ واحد، فكما أنّه ليس جزء
سببٍ في الثاني فكذلك في الأوّل، فالتفكيك بينهما كما ترى.

بل أخبار المسألة أيضاً ظاهرة في كون الأجل شرطاً للمطالبة، كما أشرنا
إليه، ففي توقيع عليّ عليه السلام إلى بعض عمّاله على الموصل: «خذ بها نجوماً في ثلاث

(١) عبارة «وذلك على وجهين؛ لأنّه» أضفناها من نسخة (ش) لاستقامة العبارة.

(٢) ينظر: مسالك الأفهام: ٢٩/٤، جواهر الكلام: ٢٦/٢٩٥ - ٢٩٧.

(٣) في الأصل: «مساقٍ واحد».

سنين - إلى أن قال - : واستأد ذلك منهم في ثلاث سنين»^(١)، فإنّنه ظاهر في استقرار الدية عند الجناية على تقدير بقاء الشرط إلى الأجل؛ إذ لو كان ثبوتها مشروطاً بمضي الأجل لكان الصواب أن يقال: «إذا مضى ثلاث سنوات خذه بها».

فالتعبير بما ذكر ظاهر - لو لم يكن صريحاً - في عدم مدخليّة الأجل المذكور في ثبوت أصل الدية، غاية الأمر اشتراط بقاء العاقلة بصفات العقل إلى رأس الأجل، فالقول بكون الحلول جزء للسبب في غاية البعد في دية العاقلة.

وأبعد منه ما عن الشهيد^(٢) من احتمال الجزئيّة في شبه العمد أيضاً، كما لا يخفى على من راجع كلماتهم في باب الدية، بل كادت أن تكون صريحة في ذلك، حيث يقولون: بأنّه لو مات قبل الأجل تعلّقت الدية بتركته كسائر الديون، فاحتمال الجزئيّة على القول به مختصّ بدية الخطأ، ولا يجري في شبه العمد الذي لا شرط له سوى الأجل.

واحتمال مدخليّة اليسار فيه - فيأتي حينئذٍ ما عرفت في مدخليّة الصفات - ضعيف؛ إذ الظاهر كونه شرطاً للمطالبة كما في الدين، لا لأصل ثبوتها حتّى يحتاج إلى الاستصحاب على أحد الوجهين.

فإذا فسد الاحتمال الأوّل تعيّن أحد الاحتمالين، وحيث إنّ الشرط المتأخّر خلاف الأصل، ويحتاج إلى دليل - وإلّا فظاهر اعتبار شرائط العقل عند الأجل كونها جزءً للسبب، فقبل الأجل لا دية، لا ظاهراً، ولا واقعاً، فلا يجري

(١) وسائل الشريعة: ٣٩٢/٢٩ - ٣٩٣، ب ٢ من أبواب العاقلة، ح ١.

(٢) ينظر الدروس الشرعيّة: ٤٠١ / ٣.

الاستصحاب [حينئذٍ] لإثبات الصحة الظاهرية - فتعيّن الاحتمال الثاني.

إلا أن يوهن احتمال كونها شرطاً للثبوت الواقعي لا الاستقرار والعلم، أن مقتضاه أنه لو سمح العاقلة بدفع الدية قبل الأجل لم يكن المدفوع دية، بل قرضاً أو هبةً، ولا أظنّ أحداً يلتزم به، وهذا يقوّي الاحتمال الأخير، وهو كونها شرطاً للاستقرار، وحينئذٍ يجري الاستصحاب، ويترتب عليه الصحة قبل الأجل ولو ظاهراً، فإن بقيت إلى الأجل وإلا فيكشف عن فساد الرهن كما عرفت، والمسألة بعدُ غير صافية محتاجةً إلى التأمل.

هذا في الرهن على دية الخطأ.

وأما الرهن على دية العمد فمبنيٌّ على كون الأجل فيها كالأجل في الخطأ، بمعنى كونه جزءاً للسبب أو شرطاً لوجوب الأداء، كأجل الدين، فعلى الأول يفسد الرهن واقعاً وظاهراً، ويصحّ على الثاني، كما هو المشهور؛ إذ لا مانع منها بعد كونها متعلّقة بالذمة، ولو مات تعلّقت بتركته، وعلى التقديرين لا مسرح للاستصحاب أصلاً.

نعم، لو أخذ فيه شرط آخر يعتبر بقاؤه إلى آخر الأجل - كيسار الجاني، بناءً على كونه شرطاً في استقرار الدية على نحو الشرط المتأخّر - أمكن إثباته ظاهراً بالاستصحاب.

ولكنّ الإنصاف أنّ اليسار شرطٌ للحكم التكليفي، وهو وجوب الأداء، ولا مدخلة له في ثبوت الحق واستقراره في الذمة، والله العالم.

[الرهن على مال الجعالة قبل الردّ]

(٢٨) قوله: «ولا يجوز الرهن على مال الجعالة قبل الردّ»^(١).

أقول: وجهه ما عرفت من اعتبار ثبوت الحقّ في الرهن، وهو غير ثابت للمجعول له قبل الردّ، إذ لا أثر للعقد في ثبوت الحقّ، بل المؤثر هو العمل؛ لأنّ الجعالة عوض للعمل، ولا حقّ قبله أصلاً، ولذا يصحّ^(٢) التعليق في عقدها على خلاف سائر العقود المملّكة عكس الإجارة.

والفرق بينهما: أنّ الإجارة معاوضة منجّزة يتحقّق أثرها بتحقيق العقد، فالأجرة تثبت في الذمّة بنفس العقد الذي هو السبب، وأمّا الجعالة فهي معاوضة معلّقة؛ لأنّها إنشاء التزام بالأجرة على تقدير تحقّق العمل ووجوده في الخارج، كما هو الشأن في الإنشاء التعليقي؛ لأنّ أثره لا يحصل إلّا بعد وجود المعلق عليه، ولا شيء من العقود كذلك، فإنّ التعليق مبطل للعقود إلّا الجعالة، ولا فرق في كونها إنشاءً [معلّقاً] بين أن يقول: «من ردّ عبدي فله عليّ كذا»، أو يقول: «إن رددت عبدي فلك كذا»؛ إذ الالتزام بالأجرة معلّق على وقوع العمل في الصورتين، ومن هنا اتّضح عدم الفرق في بطلان الرهن على مال الجعالة بين الشروع في العمل وعدمه، خلافاً للمحكّي عن العلامة^(٣).

(١) شرائع الإسلام: ٢/ ٣٣٢، وفيه: «وكذا لا» بدل «ولا».

(٢) في الأصل: «لا يصحّ»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٣) ينظر تذكّرة الفقهاء: ١٣/ ١٨٢.

[الرهن على مال الكتابة]

(٢٩) قال: «وكذا مال الكتابة، ولو قيل بالجواز فيه أشبه»^(١).

أقول: بل الجواز أقوى، وفاقاً للمشهور^(٢) عند المتأخرين في المشروطة كما قيل^(٣)، وللمتفق عليه في المطلقة كما عن المسالك^(٤) لثبوت الحق، ولا ينافيه تسلط المولى على رده في الرق، لأنه كالثمن في مدة الخيار فهو حق ثابت وإن كان غير مستقر، فيصح أخذ الرهن عليه ظاهراً اعتماداً على الأصل.

ثم إن الرهن عنه إن كان من مال المكاتب فلا فائدة فيه، لأنه محجور^(٥) عن التصرف في كسبه إلا في أداء مال الكتابة، وإن كان من غيره تبرعاً فلا بأس به.

(١) شرائع الإسلام: ٢ / ٣٣٢.

(٢) ينظر: غاية المرام: ١٤٠ / ٢، مسالك الأفهام: ٣٠ / ٤، جواهر الكلام: ١٥٢ / ٢٥.

(٣) قال ذلك الصيمري في غاية المرام: ١٤٥ / ٢.

(٤) ينظر مسالك الأفهام: ٣٠ / ٤.

(٥) في الأصل: «مهجور»، والصواب ما أثبتناه.

[الرهن على ما لا يمكن استيفاؤه]

٣٠ قال: «ولا يصحّ على ما لا يمكن استيفاؤه من الرهن كالإجارة المتعلّقة بعين المؤجر مثل خدمته»^(١)

أقول: المنافع التي يؤخذ الرهن عليها إمّا كلّية أو جزئية، فالأولى كالعمل المطلق الثابت في الذمّة، وهو [في] ما لم يعتبر المباشرة فيه، والثانية ما اعتبر فيه المباشرة، ومثله ما تعلّقت بالأعيان الشخصية مثل إجارة الدار المعينة والعبد المعيّن مثلاً، والحقّ في تلك الموارد إنّما يتعلّق بالعين لا بالذمّة، ولا إشكال كما لا خلاف في صحّة أخذ الرهن في الصورة الأولى منها؛ لأنّه حقّ قابل لاستيفائه من الرهن، فمع التّعذر ونحوه يُباع الرهن، ويستوفى منه العمل.

وأما الثانية فالمشهور^(٢) هو الفساد؛ لما مضى في الأعيان المضمونة من اعتبار إمكان الاستيفاء من الرهن، ومن البين عدم إمكان استيفاء منفعة [دارٍ أو] دابة معيّنة من الرهن كالأعيان المضمونة، فحكمه حكمها صحّةً وفساداً.

لكن قد يقال: [إنّه] كما لا يعتبر [في صحّة الرهن] استيفاء الحقّ من شخصه، بل منه أو بدله، كذلك لا يعتبر استيفاء شخص الحقّ من الرهن؛ لأنّ استيفاء الأموال كما يتحقّق باستيفاء أشخاصها كذلك يمكن باستيفاء أعواضها، فلا

(١) شرائع الإسلام: ٢/ ٣٣٣.

(٢) ينظر: تحرير الأحكام: ٢/ ٤٧٧، تذكرة الفقهاء: ١٣/ ١٨٢، كفاية الأحكام: ١/ ٥٥٧، جواهر

الكلام: ٢٦/ ٢٩٤.

فرق بين المستوفى والمستوفى منه [عيناً وبدلاً]، وتجويز القيمة في أحدهما دون الآخر كما ترى، بل مقتضى عمومات الأدلة سيما ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) صحة أخذ الرهن على المنافع وإن لم يمكن استيفاؤها عيناً؛ لأنّ ماليّتها تستوفى من الرهن، وهو يكفي في صدق [قوله عليه السلام]: «استوثق من مالك»^(٢) على بعض الوجوه الماضية في الأعيان المضمونة.

و منه يظهر فساد ما تقدّم من فساد الرهن عليها؛ لأنّ نفس العين حقّ ثابت يجب على الضامن إيصالها إلى صاحبها، وهو يكفي في أخذ الرهن عليه بعد التعميم في الاستيفاء على الوجه المذكور.

ولا يذهب عليك: أنّه ليس التزاماً بصحّة أخذه على القيمة لكونها في عهدة الضامن، أو على الماليّة المشتركة بين العين والبدل كما قيل، حتّى يرد عليه ما أوردناه على الأعيان المضمونة، بل هو وجه [آخر] لتصحيح أخذ الرهن عليها. وحاصله: أنّ صحّة الرهن موقوفة على ثبوت الحقّ فعلاً، أعمّ من أن يكون شخصاً خارجياً أو كلياً في الذمّة؛ إذ لا مانع منه في الأوّل سوى امتناع استيفائه من الرهن، ويندفع بإمكان الاستيفاء؛ لأنّه كما يكون استيفاء الماليّة بالاستيلاء على نفسه، كذلك يكون بالاستيلاء على بدله.

ومن هنا تتّجه صحّة الرهن على الأعيان المضمونة باليد، وأمّا المضمونة بالعقد التي منها المنافع المضمونة بالإجارة فقد عرفت الإشكال في صحّة الرهن عليها حتّى على القول بصحّته على المضمونة باليد؛ لأنّ المضمونة بالعقد في

(١) المائدة: ١.

(٢) وسائل الشيعة: ٣٨٠/١٨، ب ١ من أبواب كتاب الرهن، ح ٤.

الحقيقة ليست في عهدة الضامن، بل سبيلها سبيل الأمانات، وعود العوض المسمّى إلى المستحقّ^(١) على تقدير وصوله إليه حكمٌ شرعيٌّ صرف، وإطلاق الضمان عليه مغاير لإطلاقه على الضمان الثابت باليد.

فإشكال الرهن على المنافع الشخصية بحاله، كالإشكال عليه في المضمونة بالعقد دون اليد، فإنّ المشهور على الصحة فيه، وهو الأقوى.

بل قد يقال: إنّ حكم المنافع حكم الأعيان غير المضمونة، كالأمانات، فإنّها غير مضمونة على المؤجّر بالعقد، بل هو سبب لدخولها في ملك المستأجر والأجرة في ملك المؤجّر، فإذا تلفت العين [المستأجرة] قبل التسليم كان [هذا] كاشفاً عن بطلان العقد من حينه، لا من حين التلف، كما هو كذلك في تلف المبيع وإن امتنع عن تسليمها، فهو^(٢) سبب لتفويت المنفعة، فتستقرّ أجرة المثل في ذمّته، وكذا لو استوفاه المؤجّر.

فضمان المنافع لا يكون إلّا بالتفويت أو بالإستيفاء، ولا سبب لضمّانها غيرهما، فليست [هي] مضمونة على المستأجر لا بالعقد ولا باليد، بل سبيلها سبيل الأعيان غير المضمونة، فأخذ الرهن عليها مثل الأخذ على الثانية^(٣)، لاحتتمال التعدي والإتلاف، فمن هذه الجهة يكون أخذ الرهن على المنافع أشكل من أخذه على الأعيان المضمونة مطلقاً.

وما ذكرنا وجهاً لصحة الرهن عليها لا يجري في المنافع بعد عدم كونها في

(١) عبارة: «إلى المستحقّ» أضفناها من نسخة (ش).

(٢) وفي نسخة (ش): «فهذا».

(٣) في نسخة (ش): «بإزاء الأعيان الغير المضمونة».

عهدة الضامن؛ إذ مجرد قابليّة أخذ الرهن عليها لإمكان الاستيفاء عيناً أو بدلاً غير مُجدِّ بعد عدم وجود سبب ضمانها.

فالأقوى ما هو المشهور من المنع مطلقاً، حتّى لو قلنا بالصحة في الأعيان المضمونة، فإحالة المنافع عليها، كما عن غير واحدٍ من الأساطين^(١)، ليس في محلّه، والله العالم بحقائق أحكامه.

(١) ينظر: غاية المرام: ٢/ ١٤٦، رياض المسائل: ١/ ٥٨٢.

[ارتهان عين واحد للدينين]

(٣١) قال: «ولو رهن على مالٍ رهناً، ثم استدان آخر، وجعل ذلك عليهما جاز»^(١).

أقول: ظاهر العبارة فسخ الرهن الأوّل وتجديد الرهن على الدينين؛ لأنّ جعل المال رهناً على دين آخر مع بقاء الأوّل بحاله ليس جعلاً عليهما، بل هو إبقاء بالنسبة إلى الأوّل، وجعل بالنسبة إلى الثاني، وهذا بظاهره - أي فسخ الرهن الأوّل، وتجديد الرهن عليهما - ليس محلّ كلام ولا خلاف ولا إشكال، ولا فائدة في ذكره أيضاً؛ لأنّه من إيضاح الواضحات، إلّا أن يكون الوجه في ذكره دفع ما قد يتوهم من عدم قابليّة الرهن للفسخ كالإيقاعات، ولعلّه لذا تعرّضه في ما بعد.

وكيف كان، فالظاهر أنّ المراد من العبارة ضمّ الرهن الثاني إلى الرهن الأوّل وإضافته إليه، فإنّه مورد إشكال وخلاف دون فسخ الأوّل، ومبنى الإشكال إنّما هو بقاء الرهن الأوّل بحاله وعدمه دون صحّة الرهن الثاني؛ فإنّه صحيح بعد إذن المرتهن بلا كلام، فعن القواعد^(٢)، والتحرير^(٣)، والدروس^(٤) التردّد، والإشكال في صحّة الأوّل، وهو الذي جزم به بعض من حرّر المسألة.

(١) شرائع الإسلام: ٢/ ٣٣٣.

(٢) ينظر: قواعد الأحكام: ٢/ ١١٣، قال: «ولو أجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسخاً لرهنه مطلقاً، أو في ما قابل الدين الثاني، أو العدم مطلقاً، نظر».

(٣) ينظر: تحرير الأحكام: ٢/ ٤٧٨، قال: «ولو أذن الأول على أن يكون رهناً عند الثاني ففي إبطال رهنه نظر».

(٤) ينظر الدروس: ٣/ ٤٠٢، الدرس ٢٨٠، قال: «وإن أطلقا ففي بطلان الأوّل تردّد».

ومبنى الإشكال كما عن الإيضاح^(١) وجامع المقاصد^(٢) التنافي بين الرهنين وعدمه، فعلى الأوّل لا بدّ من بطلان الرهن الأوّل، لأنّ اختيار أحد المتنافيين إعراض عن الآخر، فإذا أذن المرتهن الرهن الثاني الذي ينافي الأوّل فقد أسقط حقّه الثابت له بالرهن الأوّل، وأعرض عنه، وعلى الثاني فلا، وهو واضح.

ووجه التنافي - على ما في الإيضاح^(٣) - من أنّ مقتضي الرهن اختصاص المرهون بالدين، والشيء الواحد غير قابل للاختصاص بالاثنتين، ولذا لا يمكن أن يكون شيء واحد ملكاً لاثنتين، وهو واضح.

وأما وجه عدم المنافاة فتقريره على وجوه:

أحدها: ما عن جامع المقاصد^(٤) من منع المنافاة بينهما؛ لأنّ حقّ الرهانة لا مانع من ثبوته في مالٍ واحد لاثنتين، لأنّ اجتماع الحقوق غير عزيز. نعم، استيفاء أحد الدينين من الرهن لا يجمع استيفاء الآخر، إلّا أنّ الاستيفاء من فوائد الرهن لا عينه، وقد يترتب عليه وقد يتخلّف عنه حتّى في الرهن الواحد، فلا مانع من بقاء الرهن الأوّل بحاله وإن كان حقّ الثاني مقدّماً عليه؛ لأنّ ترجيح أحدهما على الآخر ليس إبطالاً له رأساً.

وتظهر الثمرة عند بقاء شيء من المال بعد استيفاء الثاني، أو سقوط حقّه بإبراء ونحوه، وفي مزاحمة سائر الغرماء.

(١) ينظر إيضاح الفوائد: ٢٠ / ٢.

(٢) ينظر جامع المقاصد: ٧٧ / ٥ - ٧٨.

(٣) ينظر إيضاح الفوائد: ٢٠ / ٢.

(٤) ينظر جامع المقاصد: ٧٦ / ٥، وفيه: «وفي المنافاة المذكورة نظر».

والثاني: إنّ قضيّة الرهن سلطنة المرتهن على استيفاء الدين من المال، واجتماع سلطتين على شيء واحد جائز واقع، كسلطنة الوليّين والوكيلين على شخص واحد^(١)، ومنه سلطنة الاثنيْن على فسخ العقد إذا كان الخيار لهما، والذي لا يمكن اجتماعهما [هو] استيفاء الدينين من المال الذي فرض عدم قابليّته لذلك، وهو خارج عمّا تقتضيه الرهانة؛ فإنّها تقتضي السلطنة على الاستيفاء لا نفس الاستيفاء، فأيّها سبق يبطل الثاني؛ لانتفاء الموضوع والمحلّ، كما لو سبق في التصرف أحد الوليّين.

الثالث: إنّ اختصاص المرهون بالدين ليس من مقتضيات حاقّ الرهن، بل هو من مقتضيات إطلاقه، بدليل قابليّة عدم الاختصاص للاشتراط، فهذا يكشف عن كون الاختصاص الكامل المطلق من مقتضيات الإطلاق؛ فإنّ إطلاق الرهانة قاضٍ بالاختصاص، وعدم مزاحمة أحدٍ للمرتهن قبل استيفاء الدين من المال، وأمّا حاقّ الرهانة فلا يقتضي الاختصاص الكامل المطلق المانع عن الأغيار، بل إنّها يقتضي اختصاصاً ما ولو على بعض الأحوال والتقادير.

أمّا الوجه الأوّل: فغير مفيد؛ لكونه كالمصادرة، لأنّ المنافاة حسب ما قرّرناه واضحة، ولم يأت في رفعها سوى أنّ الاستيفاء من فوائد الرهن، وليس داخلياً في ماهيّته، ومدّعي المنافاة يدّعي أنّ حقّ الرهانة يقتضي اختصاص الراهن بالمرهون به، وثبوت الاختصاصين في عين واحدة لاثنين حقيقةً أو حكماً غير ممكن، ولم يدّع أنّ استيفاء الحقّين معاً لا يمكن، فهذا الوجه الذي ارتضاه المحقّق الثاني^(٢) ومن تبعه لا بدّ أن يرجع إلى

(١) في نسخة (ش): «على التصرف».

(٢) ينظر جامع المقاصد: ٧٦/٥.

أحد الوجهين الآخرين، أو غيرهما مما تبين به وجه عدم المنافاة، وإلا فهو مصادرة.

وأما الوجه الثاني: فبطلانه واضح؛ لأنَّ حقَّ الرهانة حقَّ مالي متعلّق بعينٍ خارجية كالملكية، وليس مجرد السلطنة على الاستيفاء، فإنَّه من آثاره وأحكامه، لا من حقيقته، بخلاف حقَّ الخيار أو حقَّ الولاية والوكالة، فإنَّ محلَّ^(١) هذه الحقوق هو الأفعال الخارجية، أي الفسخ والتصرف، ولا مانع من سلطنة اثنين أو أكثر على فعلٍ واحد، فقياس الرهانة على ما ذكر واضح الفساد، مع أنَّ السلطنة التامة على الاستيفاء لا يمكن ثبوتها أيضاً لاثنين، وليس مثل السلطنة على التصرف في إمكان ثبوتها للمتعدد.

فتعيّن الوجه الثالث وهو الأوجه، وخلاصته: أنَّ حقَّ الرهانة لا يقتضي الاختصاص المطلق، بل مطلق الاختصاص، أي الاختصاص في الجملة ولو في بعض الأحوال، لكن مع إطلاق العقد محمول على الاختصاص الكامل الثابت على جميع التقادير المانع من صرف الرهن في رهنٍ آخر^(٢)، فعلى هذا يتعيّن القول ببقاء الرهن الأول، وعدم بطلانه رأساً؛ لأنَّ إذن المرتهن في رهنٍ آخر إنّما يوجب ترجيحه على نفسه في الاستيفاء، ولا غائلة فيه، كما لو أذن سائر الغرماء في الاستيفاء من الرهن، فإنَّ ذلك ليس فسخاً للرهن قطعاً، فإن لم يتحقّق الاستيفاء منهم استوفاه منه، فكما أنَّ إذن الغير في الاستيفاء منه ليس إبطالاً للرهن فكذلك الإذن في الرهن ليس إبطالاً له.

(١) في الأصل: «مثل»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) في نسخة (ش): «في دينٍ آخر».

ولقد أجاد المحقّق الثاني حيث استدلّ على عدم بطلانه بأنّه: «لو جعله رهناً على شيئين وشرط في عقدٍ واحد تقديم أحدهما على الآخر كان ذلك جائزاً، ففي العقدين المستقلّين أولى؛ لوقوع الثاني بعد صحّة الأوّل، فلا بدّ في طرؤ البطلان عليه من دليل أقوى من دليل الصحّة، لا صحّة أحدهما أو فساده، وفي العقد الواحد صحّة كلّ من العقد والشرط وفساده لازم للآخر، فإنّما أن يصحّحاً أو يفسدا»^(١).

ثمّ قال: «والذي يقتضيه النظر الصحّة وعدم الانفساخ مطلقاً؛ لوجود الدلائل الدالّة على وجوب الوفاء بالعقد الشامل بعمومه لموضع النزاع، وعدم ثبوت منافي يقتضي البطلان»^(٢)، ولقد أجاد وكفى عنّا مؤونة الاستدلال على المراد.

ومنه يظهر صحّة الرهن الثاني ولو لم يجز المرتهن أيضاً، بل ولو ردّ أو منع، لكن لازمه تقديم الأوّل على الثاني في الاستيفاء عكس صورة الإجازة؛ لأنّ صحّته بهذا المعنى لا تتوقّف على إجازته لعدم كونه منافياً ومزاحماً لحقه، فقضيّة عموم الأدلّة صحّته أيضاً، كما قال المحقّق المذكور.

فإن أرادوا من توقّف صحّة الثاني على إذن المرتهن توقّفه عليه في تقدّمه على الاستيفاء عليه فهو متّجه؛ ضرورة توقّفه على إذنه لكونه منافياً لما ثبت له بالرهن الأوّل من حقّ الاستيفاء.

وإن أرادوا توقّفه مطلقاً - حتّى بالنسبة إلى مزاحمة الغرماء على فرض بقاء

(١) جامع المقاصد: ٥ / ٧٧.

(٢) المصدر المتقدّم.

شيء منه بعد استيفاء الأول، أو سقوط حقه بإبراء ونحوه - فلا وجه له؛ لأنَّ صحّة الرهن لا [تتوقّف] ^(١) إلا على إمكان الاستيفاء في بعض الأحوال حسب ما شرحناه، وهذا موجود حال وجود حقّ الأول أيضاً، وإنّما لا يترتب عليه جواز استيفاء الثاني مع بقاء الحقّ الأول لكونه مانعاً، فلا يجوز مع وجوده، وهذا بمنزلة بيع العين المسلوب المنفعة في عدم ترتّب فوائد العقد التامّ عليه.

ومن العجيب ما في جواهر الكلام ^(٢) وفاقاً للمحقّق الثاني ^(٣) من الجمع بين أمرين متنافيين:

أحدهما: اختيار صحّة الرهن الثاني لو فرض افتكاك الرهن من حقّ المرتهن الأول ولو لم يحز، وأنّ أحد الأمرين كافٍ في صحّة الثاني؛ إمّا الإجازة أو الإفتكاك من الأول.

ثانيهما: أنّه لو ردّ المرتهن الأول الرهن الثاني كشف ذلك عن فساده، وتعلّق حقّ سائر الغرماء عليه.

ضرورة أنّ صحّة الثاني إذا لم تتوقّف على خصوص الإجازة، بل تثبت على تقدير الافتكاك أيضاً فكيف يكشف بالردّ فساده من أول الأمر؟ مع إمكان الافتكاك الذي هو أيضاً يكفي في الصحّة؛ لأنّ المدار بعد كفاية أحد الأمرين في

(١) في الأصل: «لا يحتاج»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) ينظر جواهر الكلام: ٣٠٧/٢٦.

(٣) ينظر جامع المقاصد: ٧٨/٥، قال: «والتحقيق: أنّ نفوذ الرهن الثاني إنّما يكون بأحد أمرين: إجازة الأول، أو افتكاك العين - إلى أن قال -: فإذا لم تصحّ الإجازة والافتكاك امتنع نفوذ الرهن الثاني إلى آخره».

الصحة على زوال المانع، وهو حقّ المرتهن الأول سواء حصل بالإجازة أو بالافتكاك، وغاية ما يترتب على الردّ انحصار زوال المانع في السبب الآخر، وهو الفك، فينبغي أن تبقى صحة الثاني بعد الردّ أيضاً مراعاة إلى زوال المانع، فإن زال بالإبراء أو بالاستيفاء استقرت الصحة.

والحاصل: أن حقّ المرتهن الأول لا ينافي صحة الثاني مراعى، بمعنى أنه لو فرض زواله بإجازة أو فك أثر الرهن الثاني أثره، وبالرد^(١) يتعدّر الزوال بالإجازة لا بالفك، فلو فك بعد الردّ استقرت صحته، ومنع عن تعلّق حقّ سائر الغرماء، فالردّ إنّما يفيد بطلان ما يحصل بالإجازة، لا بطلان أصل الرهن، والله العالم.

تذنيب: هل ينفك الرهن بأداء بعض الدين المرهون عليه، أو يتوقّف الانفكاك مطلقاً على أداء تمامه، أو يتبعّض الانفكاك ويسقط بالنسبة إلى ما أدّى، فيبقى بالنسبة إلى القدر الباقي، وينفك بالنسبة إلى المؤدّى؟ وجوه تنشأ من أن متعلّقات الفعل إذا كانت مركباً حقيقياً - كالدار مثلاً - أو حكماً - كأسماء العدد مثل العشرة والعشرين - فهل يتعلّق النسبة الحكمية أو سائر النسب الناقصة المشتمل عليها الكلام بالمجموع من حيث المجموع، أو تتعلّق وتسري إلى أجزاء المركب؟

فعلى الأول لا بدّ من حصول الانفكاك مطلقاً بأداء شيء من الدين؛ لأنّ نسبة الرهانة كانت متعلّقة ومتوقّفة بمجموعه، فإذا انتفى جزء منه انتفى موضوع ما كانت الرهانة قائمة به.

(١) في الأصل: «بالرهن»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

وعلى الثاني - أي على فرض سريّة نسبة الرهانة إلى كلّ جزء جزء - يحصل الإنفكاك بالنسبة إلى الجزء الذي أدّاه إن كانت متعلّقة بمقدار ما يقابله من أجزاء الرهن خاصّة، وإن كانت متعلّقة بجميع أجزائه - بأن يكون كلّ جزء من أجزاء الرهن رهناً على كلّ جزء من أجزاء الدين - فلا يجدي انتفاء بعض أجزائه مع بقاء الجزء الآخر، إذ المفروض أنّ كلّ جزء من العين رهناً على كلّ جزء من الحقّ، فمهما كان شيء منه باقياً كانت الرهانة بحالها.

والذي يقتضيه الجمود على ظاهر اللفظ - وعليه الأكثر^(١) في أشباه المسألة ونظائرها في باب الألفاظ - هو الأوّل، وعليه يبنى ما هو المشهور^(٢) من أنّ السلب الوارد على العموم يفيد سلب العموم، والعموم الوارد على السلب يفيد عموم السلب، وكذا قول بعض^(٣) في المفاهيم أنّ مفهوم الموجبة الكلية سالبة جزئية، ومفهوم السالبة الكلية موجبة جزئية.

ولكن أغلب مجاري الاستعمالات العرفيّة على عموم النسبة وسريانها إلى الجميع، مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ مُخْتَالٍ فَخُورٍ﴾^(٤) الذي هو من أظهر موارد ما قالوا من تعلق النسبة الحكميّة بالمجموع، فكيف حال الباقي؟ وليس هذا مجازاً في الكلمة، ولا في الكلام، بل توسّعات في النسبة،

(١) ينظر: القوانين المحكمة: ١/ ١٣٨، بدائع الأفكار: ١٥٥.

(٢) ينظر: هداية المسترشدين: ١/ ٢٠٣، الفصول الغرويّة ١٧١، ضوابط الأصول ٣١٣، بدائع الأفكار ٧٨ و ٢٢٤.

(٣) ينظر: تمهيد القواعد ١٧٦، التعليقة على معالم الأصول للسيد علي القزويني: ٤/ ٣٥٩.

(٤) لقمان: ١٨.

وتصرفات من أهل المحاورات فيها، بحيث أمكن أن يقال: أنّها حقائق ثانوية.

لكنّ التحقيق خلاف ذلك، بل مفاد التراكيب حقائق أولية وإن خالف الجمود على أوضاع المفردات، وهذا مع إمكان الوجهين، وإلاّ فقد يتعيّن أحدهما؛ لخصوصيّة في الحكم، أو لقرينة المقام، فقولك: «هذا الحجر يحمله العشرة»، أي: لا يحمله الأقلّ، ليس لأنّ وضع الكلام يقتضيه، بل لقرينة المقام، فلو قال: «أكرم العشرة» دلّ على وجوب إكرام كلّ واحدٍ على الاستقلال القاضي بتعدد الامتثال، لا على إكرام المجموع من حيث المجموع، حتّى يكون هناك امتثال واحد ينتفي بانتفاء البعض، كما يقتضيه الجمود على ظاهر اللفظ، وبه قال أهل الظاهر.

وأما احتمال التوزيع والتقسيط - كما في البيع - فلا وجه له على أحد الوجهين؛ لأنّ ظاهر الكلام إمّا قيام النسبة بكلّ جزءٍ جزء، أو بالمجموع من حيث المجموع، وعلى التقديرين لا وجه للتوزيع.

نعم، ربّما يقال: إنّ تقابل الجمع بالجمع ظاهر في التوزيع، ولو تمّ هذا لأمكن أن يقال: إنّ تقابل المركب بالمركب أيضاً [كذلك]، إلّا أنّه غير مطّرد، بل يحتاج إلى قرينة المقام، وإلاّ فظاهر الكلام أحد الوجهين، ومن ذلك يظهر أنّ قياس المقام بالبيع ليس في محله؛ لوجود قرينة التوزيع فيه، إذ التملك بعوضٍ يقتضي أن يكون في مقابل كلّ جزء جزء، لا جزءان أو أزيد، لأنّ الشيء الواحد لا يكون له عوضان مستقلّان، هذا اختصار في الكلام لتحقيق المرام، ويحتاج الإذعان بما ذكر إلى تأمّل تامّ، وسير عامّ، والله العالم.

الفصل الرابع :

في شروط المتعاقدين

[الفصل الرابع : في شروط المتعاقدين]

[منها: البلوغ]

(٣٢) قال: «ويشترط فيه: كمال العقل، وجواز التصرف»^(١) إلخ.

أقول: المشهور^(٢) بين الأصحاب بطلان عقد الصبي، بل عن الغنية^(٣) دعوى الإجماع عليه، وفي كنز العرفان^(٤) نسبته إلى الأصحاب، وظاهره التعميم بصورة إذن الولي أيضاً، وعن التذكرة: «الصبي محجور عليه بالنص والإجماع، سواء كان مميزاً أم لا، من جميع التصرفات إلا ما استثنى كعبادته وإسلامه وتدبيره»^(٥).

وعن الأردبيلي^(٦) القول بالصحة، كما عن الفخر^(٧).

(١) شرائع الإسلام: ٢ / ٣٣٣.

(٢) ينظر: الخلاف: ٣ / ١٧٨، شرائع الإسلام: ٢ / ٢٦٨، الجامع للشرائع: ٢٨٢، وغيرهم.

(٣) ينظر غنية النزوع: ٢١٠.

(٤) ينظر كنز العرفان: ٢ / ١٠٢.

(٥) تذكرة الفقهاء: ٦ / ١٧٩.

(٦) ينظر مجمع الفائدة والبرهان: ٨ / ١٥٢ - ١٥٣.

(٧) حكاة عنه المحقق التستري في مقابس الأنوار (ص: ١١٠)، ولكن الموجود في الإيضاح (٥٥ / ٢) كما حكاة عنه أيضاً في مفتاح الكرامة (٧٣ / ٧) هو تقوية القول بعدم الصحة، حيث قال عند قول والده العلامة عليه السلام في القواعد: «و هل يصح بيع المميز وشرائه مع إذن الولي؟ نظراً»، ما هذا لفظه: «ينشأ من أن البلوغ شرط إجماعاً قيل في اعتبار الصيغة وصلاحيّتها، لترتب الحكم عليها، لمساواته النائم والمجنون في رفع القلم كما في الحديث، وهو نفى نكرة فيعم، ومن وقوعها بإذن الولي فصار كما لو صدر منه، والأقوى عدم الصحة»، ولذلك ترى أن الشيخ الأعظم الأنصاري عليه السلام بعد ما حكى القول بالصحة عن الفخر في شرحه، قال: «ولكن لم أجده فيه». راجع المكاسب: ٣ / ٢٧٩.

وعن بعضٍ آخر^(١) التفصيل بين إذن الولي فيصحّ وعدمه فلا، وعن المحقّق الثاني^(٢) ابتناء المسألة على شرعيّة عبادات الصبي وعدمه.

واحتجّ المشهور: بالأصل، وإجماع التذكرة^(٣) وغيره^(٤)، وما ورد: «أنّ عمد الصبي وخطأه واحد»^(٥)، ولا يجوز تصرفه حتّى يبلغ^(٦)، وحديث رفع القلم عنه^(٧) كالنائم والمجنون حتّى يبلغ، وما ورد: «أنّ عمدته وخطأه سواء»^(٨)، و«أنّ عمدته خطأ»^(٩)، وفي الكلّ نظر.

أمّا الثالث^(١٠): فلاّنّ المستفاد منه [عدم] استقلاله في التصرف والأمر، فلا

(١) ينظر: الخلاف: ١٧٨/٣، تذكرة الفقهاء: ١١/١٥، تحرير الأحكام: ٥٣٦/٢.

(٢) ينظر جامع المقاصد: ١٩٤/٥.

(٣) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٧٩/٦.

(٤) ينظر غنية النزوع: ٢١٠.

(٥) وسائل الشيعة: ٢٩/٤٠٠، ب ١١ من أبواب العاقلة، ح ٢.

(٦) لم أعثر عليه بلفظه، ولعلّه إشارة منه إلى حديث حمزة بن حمران عن مولانا الباقر عليه السلام حيث قال:

«والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء... حتّى يبلغ خمس عشرة سنة»، راجع وسائل الشيعة:

١٢/٢٦٨، ب ١٤ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح ١ وذيله.

(٧) عوالي اللآلي: ١/٢٠٩، ح ٤٨.

(٨) ولا يخفى أنّ الموجود في الحديث هو لفظة «واحد» بدل «سواء» كما في صحيحة محمد بن

مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام: «عمد الصبي وخطؤه واحد»، الذي مرّ الإشارة إليه آنفاً. نعم، قال في

المبسوط: «روي عنهم عليهم السلام: أنّ عمد الصبي وخطأه سواء»، المبسوط: ١/٣٢٩، ولعلّه إشارة إليها

أيضاً.

(٩) لم أعثر عليه بلفظه، ولعلّه إشارة إلى ما ورد في عمد المجنون والصبي من قوله عليه السلام: «أنّ عمدتهما خطأ

تحمله العاقلة»، لاحظ وسائل الشيعة: ٢٩/٩٠، ب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس، ح ٢.

(١٠) أي: الأحاديث الدالة على عدم جواز أمر الصبي حتّى يبلغ.

ينفع [إلا] في ردّ من يرى استقلاله مطلقاً، أو في خصوص الأشياء الحقيرة، أو غير ذلك من الأقوال التي لسنا بصدد [بيانها، وبيان] أدلتها وردّها، فلا يدلّ على سلب عبارته، وأنّه مع علمه وضبطه للألفاظ [ومعانيها] على ما تقتضيها الأوضاع الأوّليّة والثانويّة - خصوصاً إذا بقي من البلوغ شيء يسير - أقلّ من العوام الذي لا يعرف شيئاً منها حقّ المعرفة، وأنّ اللفظ الصادر منه كلفظ البهائم.

وتمسّك جملة مثل الشيخ^(١)، وابن زهرة^(٢)، والحليّ^(٣)، والعلامة^(٤)، ومن تبعهم^(٥) من المتأخّرين به على سلب عبارته ليس حجّة على ظهوره في ذلك، بحيث يوجب تخصيص ما هو قاضٍ بالصحة من العمومات.

وأما الرابع^(٦): فظاهره رفع المؤاخذه والعقوبة أخرويّة كانت أو دنيويّة كالحدود والقصاص، وتمسّك الإمام^(عليه السلام) به لرفع الدية والقصاص من جهة كونها قسماً من العقوبة كالدية.

وأما الخامس^(٧): فلمنع عمومه بشهادة تمسّك الأصحاب به في خصوص

(١) ينظر الخلاف: ٣/ ١٧٨، المسألة ٢٩٤، المبسوط: ٣/ ٣، وفيه: «ورفع القلم عنهم يقتضي ألا يكون لكلامهم حكم».

(٢) ينظر غنية النزوع: ٢١٠.

(٣) ينظر السرائر: ٢/ ٦٩٣، قال: «و رفع القلم عنه يدلّ على أنّه لا حكم لأفعاله»، وأيضاً ٣/ ١٨٩ و ٢٧٩.

(٤) ينظر التذكرة: ٦/ ١٧٩.

(٥) ينظر المكاسب: ٣/ ٢٨١-٢٨٢.

(٦) أي: حديث رفع القلم.

(٧) أي حديث: عمد الصبيّ وخطأه سواء.

الجنايات، ولو سلّم عمومته فقد خرج عنه إسلامه ووصيته وغيرهما من الأمور الكثيرة، فيدور الأمر بين التخصيص والتخصّص بحمله على ما فهمه الأصحاب من خصوص الجناية، والثاني متعيّن في مثل المقام الذي استند العموم فيه إلى الإطلاق لا الوضع، فإنّ الأمر فيه بالعكس، فلا يدلّ على سلب عبارته. وكذا لو تعدّينا عن الجنايات إلى ما هو مثلها كالاختطاب والالتقاط والقبض ونحوها ممّا يعتبر فيه القصد، فإنّه أيضاً لا ينفع في سلب عبارته؛ فإنّ اعتبار القصد في الألفاظ عقداً أو إيقاعاً أو دعاءً أو خبراً ونحوها ليس أمراً معمولاً من الشارع حتّى يرتفع برفعه، وهذا قرينة على اختصاص الرفع بخصوص الجنايات وما يجري مجراها في ثبوت الحكم الوضعي تأسيساً من الشارع لا إمضاء.

ولو أغمضنا عن جميع ذلك نقول: إنّ مقتضاه أن يكون عبادة الصبي تربيّة لا شرعيّة، والمشهور على خلافه، ولقد أجاد المحقّق الثاني رحمته الله (١) في ابتناء المسألة على ذلك.

ولم يبق من أدلّة المسألة عدا الأصل والإجماع، وفيهما الكفاية، ولا يجوز الخروج عن الأصل بالعمومات؛ لاختصاص عموم وجوب الوفاء بالبالغين، بل وكذا عمومات الصحّة والحليّة والحرمة كـ ﴿وَأَحَلَّ...الْبَيْعَ﴾ (٢) و﴿تَجْكِرَةً عَنْ تَرَاوِضٍ﴾ (٣).

(١) ينظر جامع المقاصد: ١٩٤ / ٥.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) النساء: ٢٩.

وأما أخبار الرهن وغيرها فمهملة من هذه الجهة، وواردة في مقام آخر وإن كان عمومات الرهن أحسن من غيرها؛ لسلامتها عن دعوى الإهمال، كما تقدّم في أوّل الباب.

وأما عمومات الإيقاعات فأوضح سقوطاً في شمولها لإيقاعات الصبي. هذا إذا كان المتعاقدان صبيين، وأما إذا كان أحدهما بالغاً ربّما يتخیّل دخول العقد تحت العمومات بالنسبة إلى البالغ، وثبتت الصّحة في الصبي بالإجماع المركب.

وأورد عليه بما حاصله: أنّ وجوب الوفاء تكليف واحد ولو كان متوجّهاً إلى اثنين، فإذا لم يكن أحدهما مكلفاً يسقط عن الآخر أيضاً؛ لأنّ التكليف يتبع الموضوع القابل، والعقد المركب من القابل وغيره غير قابلٍ للتكليف به، لعدم القدرة عليه.

ولو سلّم انحلال وجوب الوفاء إلى تكليفين: أحدهما متعلّقاً بالموجب، والآخر بالقابل، لكنّهما ارتباطيان كأجزاء العبادات، فإذا سقط أحدهما سقط الآخر كالأوّل.

ويرد عليه: بعد المماشة على ما فيها من المقدّمات النظرية، أنّ الوليّ قائم مقام الصبي في ما يجب عليه وضعاً وتكليفاً، فإذا أذن في العقد توجه إليه وجوب الوفاء؛ إذ لا يعتبر فيه مباشرة المأمور للعقد، وإلاّ لم يصحّ عقد الوكيل والفضولي.

فالأولى أن يجاب: بأنّ الألف واللام في «العقود» للعهد، وبدل عن

الإضافة، أي: أوفوا بعقودكم، أي: ما صدر عنكم، والعقد الصادر من البالغ والصبي ليس صادراً من البالغين المأمورين بالوفاء.

ولا ينتقض بعقد الوكيل والفضول، إذ المفروض صدوره من البالغين، لكفاية الإذن والإجازة في الانتساب إلى الآذن وتوجه الأمر بالوفاء إليه، لأنّ المفروض صدوره من البالغين، وكلّ عقد كذلك يجب الوفاء به على فاعله تسبباً أو مباشرة أو إجازة، فيبقى العقد الصادر من غير البالغين بلا دليل.

أو يقال: إنّ صدق العقد مع عدم بلوغ العاقد غير معلوم، وكفى به دليلاً على الفساد بعد عدم نهوض العمومات لإثبات الصحة.

واحتجّ الأردبيلي^(١) وغيره^(٢) بالعمومات، وفحوى جواز وصيته وتدبيره وصدقاته، كما ورد في الأخبار وعمل به الأخيار، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَسْتَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٣)، لأنّ الإبتلاء قبل البلوغ لا يكون إلّا بالمعاملات، فالآية تدلّ على إمضاء معاملاته، ولأنّ حجره لصيانة ماله عن الإسراف والإتلاف، فمع إحراز عدمهما - حيث يكون أشدّ مدافعةً ومماكسةً من البالغين - لا مانع من الصحة، ولأنّ السيرة الجارية كافية في الصحة.

وفي الكلّ أنظار لا تخفى على المتدرب.

وحجة المفصل يظهر بما قرّرنا في القول الأوّل من العمومات، وعدم دلالة ما ورد في الصبي من الأخبار على سلب العبارة، كما أوضحناه.

(١) ينظر مجمع الفائدة والبرهان: ٨ / ١٥١-١٥٢.

(٢) ينظر: غاية المراد: ٢ / ٢٠٥، كنز العرفان: ٢ / ١٠٢، جامع المقاصد: ٥ / ١٨٤.

(٣) النساء: ٦.

[من شروط المتعاقدين: الاختيار]

(٣٣) قال: «ولا ينعقد مع الإكراه....»^(١).

أقول: الكلام في موضوع الإكراه، وأقسامه، وبعض ما هنا من الفروع، وأحكامه في مقامات:

الأول: في الموضوع.

الإكراه لغةً وعرفاً على ما صرح به غير واحد، هو: حمل الغير على ما يكرهه^(٢)، وذكره وال - في باب الطلاق وغيره - شروطاً:

أحدها: أن يكون ترك ذلك الفعل المحمول عليه مقروناً بالوعيد.

وثانيها: أن يكون ما أوعده مظنون الوقوع، والظاهر أن الخوف يكفي، كما صرح به بعض^(٣) وإن اعتبر الأكثر الظن^(٤).

وثالثها: أن يكون الضرر في ماله أو نفسه أو عرضه أو من يجري مجراه - كالولد والأخ ونحوهما من الأقارب الدينية^(٥) - وأما الأجانب ففيه إشكال ستعرفه، وإن كانت الضرورة المبيحة للكذب ويمين الغموس تعم الإخوان المسلمين جميعاً.

(١) شرائع الإسلام: ٢/ ٣٣٣.

(٢) ينظر: مجمع البحرين: ٤/ ٣٧، مادة (ك ر ه)، والمكاسب: ٣/ ٣١١.

(٣) ينظر جواهر الكلام: ٣٣/ ٢٧، قال: «ولا يخفى عليك أن إيكال الأمر إلى ما سمعت أولى، ضرورة عدم اعتبار غلبة الظن بالفعل، بل يكفي تحقق الخوف....».

(٤) ينظر: شرائع الإسلام: ٣/ ٣، وقواعد الأحكام: ٣/ ١٢٢، المسالك: ٩/ ١٨، والمكاسب: ٣/ ٣١١.

(٥) في نسخة (ش): «القريبة».

وضرر النفس أعمّ من القتل والجرح، والتخصيص بالأوّل كما عن بعض العامة^(١) خلاف ما صرح به الأصحاب^(٢).

وأضعف منه التخصيص بالنفس دون المال والعرض، وإن كان المنساق من الإكراه والإستكراه الوارد في حديث الرفع غير المال.

والمعيار في الضرر المالي أن يكون معتدّاً به، ويعتبر أيضاً - على الأظهر - أن يكون نفس الفعل ممّا أكره عليه، فلو أكره على مالٍ فباع داره [لدفع]^(٣) ذلك المال، فليس [ذلك] داخلاً في الإكراه مطلقاً، خلافاً لبعض^(٤) ففصل بين ما لو توقّف دفع المال على بيع الدار وغيره، ولعلّ نظره إلى التساوي في المناط، والعلة المستنبطة، والاستحسان، أو غير ذلك ممّا لا يلتفت إليه، والجمود على ظاهر الدليل قاضٍ بمراجعة ما ذكرنا؛ إذ الإكراه على دفع المال ليس إكراهاً على بيع الدار.

وقد يردّ: بأن أكثر المعاملات صادرة لدفع المضارّ المتوجّهة إلى الإنسان، فلو بنى على التعميم لما بقي لمعاملة المختار مورد.

وفيه: أنّه فرق بين المضارّ التي غلب الله تعالى بها على العباد، وبين المضارّ المتوجّهة من بعض الإنسان إلى بعض؛ إذ لا وجه لصدق الإكراه في الأوّل بخلاف الثاني؛ فإنّ صدق الإكراه فيه غير بعيد، إلّا أنّه خلاف التحقيق الذي عليه ظاهر الأصحاب.

(١) لم نقف عليه.

(٢) ينظر: شرائع الإسلام: ٣/ ٤، تحرير الأحكام: ٥٠/ ٤، جواهر الكلام: ١١/ ٣٢.

(٣) في الأصل: «على دفع»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٤) ينظر: تذكّرة الفقهاء: ٢٥٧/ ١٥، قواعد الأحكام: ١٤/ ٢، جامع المقاصد: ٢٠٧/ ٩.

المقام الثاني: في بيان الأقسام.

فنقول: إنّ الحمل على الفعل قد يبلغ حدّ الإلجاء، وأخرى إلى حدّ الجبر، وثالثة إلى حدّ الإكراه.

والإلجاء: هو أن يصدر اللفظ منه قهراً من غير اختيارٍ، كحركة يد المرتعش، وهذا لا إشكال في عدم اعتباره وخروجه عن البحث، كما صرح به الشهيد^(١) وغيره^(٢) وإن كان في وقوع مثل ذلك في الخارج نوع خفاء.

والجبر: هو أن لا يكون مندوحة عن الضرر الموعود.

والإكراه: هو أن يكون له المندوحة، وإلى هذين القسمين يشير ما في الخبر: «لا يمين في قطيعة رحم، ولا في جبرٍ، ولا في إكراه»، فقال الراوي: «أصلحك الله فما فرق بين الجبر والإكراه؟ قال عليه السلام: «الجبر من السلطان، ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب^(٣)، وليس ذلك بشيء»^(٤)، فإنّه لا يمكن للإنسان الفرار والتفصّي ممّا أراد السلطان، بخلاف إكراه الأهل، فإنّ التفصّي والفرار عن الفعل بحيث يسلم من الضرر المخوف غالباً ممكن.

ولا فرق بين الإيعاد الصريح، وما يستفاد من قرائن الحال، فلو لم يصرح المكروه بالضرر إلّا أنّ المكروه يعلم أو يظنّ أو يخاف على نفسه أو عرضه أو ماله لو لم يفعل، كان الفعل حينئذٍ صادراً منه من غير اختيارٍ.

(١) الدروس الشرعية: ٣/ ١٩٢، قال: «فلو أكره حتّى ارتفع قصده لم يؤثّر الرضا كالسكران».

(٢) ينظر جامع المقاصد: ٦٢/٤.

(٣) في الأصل: «والإكراه من الأهل»، وما أثبتناه هو عبارة الحديث.

(٤) وسائل الشريعة: ٢٣/ ٢٣٥، ب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان، ح ١.

والمراد بعدم الاختيار في الباب هو ما ذكرنا من خوف الضرر مع كون اللفظ صادراً عن اختيارٍ، بمعنى: أن له أن يفعل وأن لا يفعل، وهو في المعنيين الأخيرين موجود، إلا أنه يختار الفعل فراراً عن الضرر المخوف الموجود صريحاً، أو مستفاداً من شاهد الحال.

ولا خلاف ولا إشكال في صدق الإكراه وتحققه في الأول، أعني الجبر. وأما القسم الثاني ففيه خلاف، فقيل: إنه لا إكراه مع المندوحة، وقد يفصل بين ما كان في المندوحة أيضاً ضرر فيتحقق الإكراه، وإلا فلا، وهو حسن. والظاهر أن الكلفة والمشقة المعتدّ بها أيضاً مثل الضرر.

فتظهر الثمرة في ما لا يكون هناك ضرر ولا كلفة وإن فات بها غرض [له] ديني أو دنيوي، كتلاوة القرآن، والتزّه، والتفرّج؛ لأن المتبع هو الصدق العرفي. وبعضهم^(١) اعتبر في الضرر المالي حدّ الإجحاف، وهو غير بعيد وإن كان ظاهر كلمات الأصحاب أعم، بقرينة استثناء الضرر اليسير، إلا أن يراد به غير البالغ حدّ الإجحاف.

وينقسم أيضاً إذا كان المكروه عليه من العقود والإيقاعات إلى ما كان مشتملاً على قصد المعنى، أو مجرداً عنه، ولا إشكال ولا خلاف في فساد الثاني، بمعنى عدم الحكم بصحّته فعلاً، بل في كونه باطلاً غير قابل للإجازة، كعقد الهازل. ونقل عن جماعة من العامة^(٢) والخاصة^(٣) أن المكروه غير قاصد للمعنى، بل

(١) لم نقف عليه.

(٢) نقله عنهم في جواهر الكلام: ١٥/٣٢.

(٣) ينظر تحرير الأحكام: ٢/٢٥٦، الدروس الشرعية: ٣/١٩٢، العناوين الفقهية: ٢/٥٣، عنوان: ٣٠.

عن الشهيد في باب البيع والطلاق من الروضة^(١) والمسالك^(٢) التصريح بأنّ المكره - كالهازل - غير قاصدٍ للمعنى، فالإكراه المبحوث عنه عند هؤلاء خصوص القسم الثاني، أي الفعل المجرد عن قصد المعنى، فلهم أن يقولوا بالصحة في القسم الأوّل؛ نظراً إلى أنّ القصد غير قابل للإكراه، فإذا كان مقروناً بالقصد كان كعقد المختار.

وهذا هو المحكي عن التحرير، حيث قال: «ولو أكره على الطلاق فطلق ناوياً، فالأقرب الصحة»^(٣)؛ إذ لا إكراه على القصد، واختاره الشهيد الثاني^(٤) بعد أن ذكر فيه وجهين، من حصول القصد إختياراً، ومن أنّ الإكراه يبطل أثر اللفظ، ومجرد النية لا تكفي.

وعن سبطه في نهاية المرام^(٥) نقل القول بالفساد عن البعض، واستدلّ عليه بعموم النصّ والإجماع على بطلان عقد المكره، وهو هنا حاصل؛ إذ لولاه لما فعله. وعن بعض الأعلام^(٦) التفصيل بين ما لو كان غافلاً عن تجريد اللفظ عن المعنى فقصد، فلا يصحّ، وما لو كان ملتفتاً فقصد إختياراً، فيصحّ.

(١) ينظر: الروضة البهية: ٣/ ٢٢٦ - ٢٢٧، ٦/ ٢١.

(٢) ينظر مسالك الأفهام: ٣/ ١٥٦ - ١٥٧، ٩/ ٢٢.

(٣) تحرير الأحكام: ٤/ ٥١، وفيه: «ولو أكره على الطلاق فطلق ناوياً له فالأقرب أنّه غير مُكره، إذ لا إكراه على القصد».

(٤) ينظر مسالك الأفهام: ٩/ ٢٢.

(٥) ينظر نهاية المرام: ٢/ ١٢، وفي الأصل: «غاية المرام» وهو سهو، والصواب ما أثبتناه في المتن.

(٦) حكاه المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١١٧ عن بعض الأجلّة، ولكن لم نتحقّقه من هو، وفيه: «قال بعض الأجلّة: أنّه لو علم أنّه لا يلزمه إلّا اللفظ وله تجريده من القصد فلا شبهة في عدم الإكراه، وإنّما يحتمل الإكراه مع العلم بذلك، سواء ظنّ لزوم القصد وإن لم يردّه المكره أو لا».

وأنكر عليهم جملة من مشايخنا وأتباعهم^(١)، وشدّدوا عليهم الإنكار، حتّى قال بعضهم^(٢) بعد نقل كلام الشهيد الثاني حيث قال: «المكره والهازل كلاهما قاصدان للفظ دون المدلول، فلم يصحّ بعد حصول الرضا، ويبطل عقد الهازل مطلقاً مع عدم الفرق بينهما»^(٣)، ما لفظه: «وهذا الإشكال من الوهن ما لا ينبغي صدوره من مثله، نظراً إلى أنّ الرضا والإكراه أمران مغايران لقصد اللفظ والمعنى، والهازل قاصد للفظ دون معنى التمليك، بخلاف المكره فإنّه قاصد للفظ، وقاصد معنى التمليك والأثر»^(٤) انتهى مهذباً.

وصرح في جواهر الكلام^(٥) أيضاً بلزوم قصد المعنى، وأنّ المكره قاصد له لا محالة، وعليه بنى الفساد في الفروع المذكورة، وهو لازم كلّ من يقول: بأنّ المكره المبحوث عنه كان قاصداً للمعنى أيضاً دون اللفظ خاصّة، كالهازل.

وأشدّهم عليهم في الإنكار خاتم المحقّقين رحمته الله^(٦) فتارة ادّعى الاتفاق على بطلان عقد غير القاصد من غير فرق بين المكره والهازل ولو أجاز بعده، وأخرى قال: «إنّ هذا الذي ذكرنا - أي كون المكره قاصداً للمعنى أيضاً - لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في معنى الإكراه لغةً وعرفاً، وأدنى تتبّع في ما ذكره الأصحاب في فروع المسألة»^(٧).

(١) وسيأتي ذكرهم.

(٢) العناوين الفقهيّة: ٧١٢ / ٢، عنوان ٩٠.

(٣) مسالك الأفهام: ١٥٧ / ٣.

(٤) العناوين الفقهيّة: ٧١٢ / ٢، عنوان ٩٠.

(٥) ينظر جواهر الكلام: ٣٣ / ٣٢ - ٣٣.

(٦) والمراد منه هو الشيخ الأعظم الأنصاري رحمته الله.

(٧) المكاسب: ٣ / ٣٠٩.

ومَن يظهر منه كون المكره غير قاصد للمعنى المحقق الثاني عليه السلام^(١)، بل قد يستأنس أو يستفاد من المصنّف^(٢) في باب البيع، حيث ذكر في شروط العاقد العقل والبلوغ والاختيار، ولم يذكر القصد. نعم، ذكره في باب الطلاق، وجعل كلاً من القصد والاختيار شرطاً مستقلاً، ولعلّه تبع في ذلك ما ورد في باب طلاق من لم يرد الطلاق^(٣)، وكيف كان فإنّ المسألة في غاية الغموض.

والذي بدا لي ابتناء المسألة على أنّ الطلب عين الإرادة أم غيرها؟ فعلى الثاني لا بدّ أن يلتزم في سائر الإنشاءات من - العقود والإيقاعات وغيرها، كالتمني والترجي والاستفهام ونحوها - بأنّ هناك إنشاءً نفسانياً مكشوفاً بالصيغة، أو متولّداً منها على اختلاف كلماتهم، ويعبر عنه في البيع بإنشاء التملك، وفي الطلاق بإنشاء التطليق، وهكذا في غيرها، فيتصوّر في المكره حينئذٍ القسمان المذكوران، فتارةً يتكلّم بالصيغة مجرّداً عن ذلك الإنشاء الذي هو معناها، فيكون حينئذٍ لفظاً بلا معنى، وأخرى مقروناً بذلك.

فالمراد بقصد المعنى في صيغة البيع وغيره هو ذلك الإنشاء، أمّا اللفظ فهو دليل عليه، وشرط لترتب الأحكام، وهو عين الكلام النفسي. الذي يقول به الأشاعرة، وألزمنا القائلين بالمغايرة به في محله^{(٤)(٥)}، وليس الكلام هنا في أنّه هو

(١) ينظر جامع المقاصد: ٦١ / ٤، قال: «واعلم أنّ هذه المسألة إن كانت إجماعية فلا بحث، وإلا فلننظر فيها مجال، لانتفاء القصد أصلاً ورأساً مع عدم الرضا، ولا يتحقّق العقد المشروط بالقصد إذا لم يتحقّق الرضا....».

(٢) ينظر شرائع الإسلام: ٢٦٧ / ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ٨٧ / ٢٢، ب ٣٨ من أبواب مقدّمات الطلاق، ح ١.

(٤) في نسخة (ش): «بيّنّا أنّ القائلين بالمغايرة من الإمامية قالوا هنا بالكلام النفسي من حيث لا يشعرون».

(٥) ينظر بدائع الأفكار: ٨ و ٢٠٦ و ٢٥٣.

أم غيره، وعلى الأول [هل] هو صحيح أو فاسد، بل الغرض حال المكره أنه قاصد للمعنى أم لا، بل هو كالهازل؟

وعلى المغايرة فيقع الكلام ثانياً في أن الإكراه على مجرد اللفظ كافٍ في الفساد - مع وقوع قصد المعنى الذي هو البيع حقيقةً اختياراً - أو لا؟

وأما [على] القول بالاتحاد فلم يكن لهذا التقسيم وجهٌ أبداً، ولا يكون عقد المكره وإيقاعه حينئذٍ قسماً؛ نظراً إلى اطراد القول المذكور في البيع والطلاق وسائر الإنشاءات، فمن قال بالمغايرة هناك يقول: إن «بعت» يتضمن إنشاءً معنوياً قائماً بالنفس متعلقاً بالتمليك والمبادلة، وينكره القائل بالاتحاد، ولا يرى في نفسه سوى الطلب والرضا بالمبادلة، وهي حالة نفسانية موجودة في النفس قبل اللفظ وبعده، وليس إنشاءً موجوداً بوجوده ومعدوماً بعدمه.

فإن قلت: فما معنى استعمال «بعت» في معناه حينئذٍ؟

قلت: هذه شبهة دعت الأوهام إلى الالتزام بالنسبة الحكمية في الإخبار والإنشاء، وأبطلناها في الأصول^(١)، ونجيب هنا أيضاً: بأنه عبارة عن قصد الإعلام والتفهم بالرضا النفساني المتعلق بمدلوله العرفي، أعني مبادلة المال بالمال، فإن لمفردات العقود والإيقاعات معنى، والصيغة وضعت لإخبار ما في النفس من الحالات على اختلافها كل بحسبه، «فبعت» يدل على الرضا بالمبادلة، و«هي طالق» يدل على الرضا بفك الزوجية، والاستفهام يدل على جهالة المتكلم بالحال، وكذا غيرها، وليس سوى تلك الحالات انشاءات آخر حادثة بحدوث اللفظ.

(١) ينظر بدائع الأفكار: ٣٥٣.

و لقد أجاد المصنّف^(١) حيث عرّف البيع بالإيجاب والقبول الدالّين على المبادلة، فالعدول عنه إلى إنشاء النقل، أو التملك، أو المبادلة، أو نحوها ممّا ذكره المتأخرون، لا وجه له، بل غير صحيح؛ لأنّ النقل والمبادلة يتحقّقان بذكر اللفظ الكاشف عن الرضا، فهو عنوان ثانوي يعرض اللفظ، لا أنّه إنشاء نفساني يكشف عنه اللفظ.

ومن البيّن أنّ الاستعمال بالمعنى المذكور ملازم لعقد المكره؛ لأنّه إنّما يتكلّم بالصيغة إظهاراً للرضا على الجاهلين بالحال، فلا يتصوّر حينئذٍ فيه القسمان^(٢)، وبه يفترق عن الهازل؛ لأنّ غرضه من اللفظ هو الهزل دون التفهيم والإعلام بالرضا. ولقد ضاق الأمر على جملة من المتأخرين، فقال بعضهم^(٣): إنّّه قاصد للمعنى، ولكنّه قصد هزلي، وقال بعضهم^(٤): إنّّه ليس في نفسه إنشاء نفساني متعلّق بالمبادلة، بخلاف المكره فإنّ له^(٥) ذلك الإنشاء إلّا أنّه غير راضٍ به.

وكيف كان، فإن قلنا بالاتّحاد فلا صورة للفرع المذكور، بل هو ساقط من أصله، وإن قلنا بالمغايرة ففيه الوجهان الماضيان، [و] أوجهها البطلان؛ لما سمعت من نهاية المرام^(٦) وفاقاً لجدّه^(٧) من عموم النصّ والإجماع على بطلان

(١) ينظر مختصر النافع: ١١٨، قال: «البيع فهو الإيجاب والقبول اللذان تنتقل بهما العين المملوكة من مالك إلى غيره بعوض مقدّر»، وقريب منه ما في شرائع الإسلام: ٢ / ٢٧٧.

(٢) أي: المقرون بقصد المعنى وغير المقرون به.

(٣) ينظر جواهر الكلام: ٣٣ / ٣٣.

(٤) ينظر العناوين: ٧١٢ / ٢، عنوان: ٩٠.

(٥) وفي الأصل: «فإنّه ليس ذلك الإنشاء»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٦) ينظر نهاية المرام: ١٢ / ٢.

(٧) ينظر مسالك الأفهام: ٢٢ / ٩.

عقد المُكره، وإن أراد أن العقد عبارة عن الصيغة المقرونة بقصد اللفظ، فإذا صدرت عن كره دخلت تحت الإطلاق؛ لأن السبب - وهو المركب - ما صدر عن اختيار، بل عن التذكرة: «و لو باعتبار أحد جزئيه»^(١)، وإليه يشير قوله: «إذ لولاه لما فعله»^(٢).

و مما ذكرنا ظهر الحال في لزوم التورية مع الإمكان وعدمه في العقود والإيقاعات، فلو لم يورّ مع الالتفات إليها وإمكانها فعن^(٣) جماعة^(٤) الحكم بالصحة، وخالفهم جملة من مشايخنا^(٥) وحكموا بالفساد أيضاً؛ نظراً إلى إطلاق النص والإجماع، بل ظهور بعضها في عدم لزومها في الكذب ويمين الغموس^(٦) للضرورة أو الإكراه، مثل ما روي عن عمار وأبيه حين أكرها على إظهار كلمة الكفر^(٧).

و مما حقّقنا ظهر أنّها غير لازمة على القول بالاتّحاد؛ إذ بعد البناء على أنّه ليس للكلام معنى آخر في الضمير يسمّى بالنسبة الحكميّة إنشاءً وخبراً، وأنّ

(١) لم نقف عليه.

(٢) نهاية المرام: ١٢ / ٢.

(٣) حكاه عنهم الشيخ الانصاري في المكاسب: ٣ / ٣١٣.

(٤) ينظر: مسالك الأفهام: ٩ / ٢٢، الحقائق الناضرة: ٢٥ / ١٦٣، جواهر الكلام: ٣٢ / ١٥، المكاسب: ٣ / ٣١٣.

(٥) منهم المحقّق النراقي في مستند الشيعة: ١٤ / ٢٦٧.

(٦) قال الشهيد الثاني في مسالك الأفهام (١١ / ٢٩٢): «المعهود بين الفقهاء وأهل اللغة أنّ اليمين الغموس هي الحلف على الماضي كاذباً متعمّداً، بأن يحلف أنّه ما فعل وقد كان فعل أو بالعكس، وأنّها محرّمة، وأنّها سمّيت غموساً لأنّها تغمس الحالف في الذنب أو النار».

(٧) وسائل الشيعة: ١٦ / ٢٢٥، ب ٢٩، من أبواب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ح ٢، مجمع

إرادة المعنى عبارة عن التكلم لإظهار ثبوت مدلوله ولو لم يكن في الواقع كذلك، تكون التورية وعدمها سيان؛ لأن معنى التورية حينئذ تصور معنى من المعاني غير مدلول الكلام حين صدور اللفظ، وغير خفي أن اعتبار هذا لغو صرف؛ إذ لا دخل له في حقيقة الكلام، فلا وجه لاعتباره تفصيلاً عن الكذب؛ لأنه لا يخرج عنه، بناءً على هذا القول، إذ لا دخل [له] في كلامية الكلام، ولا حاجة إلى التمسك بالإطلاق، حتى يورد^(١) عليه: بأنه عند الشك في تحقق الموضوع غير مفيد.

وأما على القول بالمغايرة فله وجه في المقامين، أما في مقامنا فلما عرفت من عدم كون القصد قابلاً للإكراه، فمع قصد المعنى لا يصدق عليه أنه مكره عليه، ولا يجدي الإطلاق أيضاً مع الشك أو مع العلم بعدم الصدق.

وأما في الكذب واليمين [الغموس] فكذلك لا ضرورة لارتكابهما مع المندوحة، ولا تجدي الإطلاقات أيضاً بعد توقف صدق الكذب على قصد المعنى، وإن كان [الحق] كون الإلجاء أو الضرورة إلى إصدار اللفظ كافياً في خروج العقد المركب من الجزئين عن كونه اختيارياً، وكذا خروج الكلام المركب منها عن كونه كذباً اختيارياً حسب ما عرفت عن نهاية المرام^(٢) وفاقاً لجدّه الشهيد^(٣).

بقي الكلام في أمور:

الأول: هل المراد بالإكراه المفسد للعقود والإيقاعات هو الإكراه الواقعي

(١) ينظر كتاب القضاء للأشتياني ١٣.

(٢) ينظر نهاية المرام: ١٢ / ٢.

(٣) ينظر مسالك الأفهام: ٢٢ / ٩.

النفس الأمري، أو المراد منه الإكراه الظاهري الاعتقادي، فعلى الأول يعتبر في الإكراه مطابقة اعتقاد المكره للواقع من جميع الجهات، من حيث شخص المكره والمكره، والمكره عليه، والضرر الذي أوعده به، وغيرها من الجهات، وعلى الثاني يناط الحكم بمجرد الاعتقاد وإن كان عن اشتباهٍ وجهلٍ مركب؟
وجهان:

من عدم طيب النفس للمكره الذي يدور الفساد مداره، وهو مطرد في الصور كلها، وموجود في الإكراه بمجرد الاعتقاد، فيكفي الظاهري مطلقاً.
ومن اعتبار أمورٍ آخر مع عدم طيب النفس في موضوع الإكراه المقتضي لانتفائه واقعاً بانتفاء أحدها، فلا وجه لثبوت حكم الإكراه الذي هو الموضوعات النفس الأمرية الواقعية، كسائر الموضوعات المترتب عليها الأحكام الشرعية.

وتظهر الثمرة في فروع كثيرة لا تحصى:

منها: [ما] لو أكره شخصٌ ضعيفٌ^(١) في الواقع لا يقدر على فعل ما أوعده به، لكن المكره حسبه سلطاناً قاهراً، فعلى الأول لا يثبت له أحكام الإكراه، وعلى الثاني تثبت.

ومنها: ما لو أكرهه على طلاق زوجة معينة أو بيع شيء معين، فأخطأ المكره، وطلق غيرها، أو باع غيره.

ومنها: [ما] لو أوعده بضرر يسير مالي في الواقع لا يكفي في صدق الإكراه، وزعم المكره أنه كثيرٌ جداً، وهكذا إلى ما لا يحصى كثرة.

(١) في الأصل: «شخصاً ضعيفاً»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

والجامع هو انتفاء موضوع الإكراه في الواقع، وثبوته في زعم المكره، فعلى الأول يلزم الحكم بالصحة في جميع هذه الفروع؛ لعدم تحقق الإكراه واقعاً، والألفاظ موضوعة للمعاني الواقعية النفس الأمرية دون الاعتقادية، كما في محله^(١).

نعم، يمكن الحكم بفساد المعاملات مطلقاً؛ نظراً إلى عدم تحقق طيب النفس ولو كان ذلك عن خطأ واشتباه، لكن الكلام ليس في خصوص المعاملات، بل في عدم تحقق الإكراه الجاري في الإيقاعات والأسباب أيضاً كما يأتي، ومن الواضح أنه لا دليل على فسادها وعدم ترتب الأثر لولا النص والإجماع على بطلان إيقاع^(٢) المكره.

والحاصل: أنه لولا أدلة الإكراه أمكن الحكم بالفساد في المعاملات أيضاً من جهة فقدان طيب النفس لكونه شرطاً أو جزءاً للسبب، لكن الإيقاعات ليست كذلك؛ إذ لولا تلك الأدلة كان مقتضى القاعدة إجراء حكم الطلاق على طلاق المكره، لكونه سبباً شرعياً لزوال علقه [الزوجية] إذا كان مقروناً بقصد المعنى، كالجنابة لوجوب غسل الجنابة، والإتلاف للضمان، وإنما يحكم بفساد إيقاع المكره نظراً إلى أدلته الإكراه، ومن الواضح دوران الحكم مدار الموضوعات الواقعية دون الاعتقادية، كما أنه من الواضح بحكم الفرض عدم ثبوت الإكراه في الفروع المذكورة واقعاً، فلا وجه لإجراء حكم المكره عليها.

(١) ينظر التعليقة على معالم الأصول للسيد القزويني: ٤٠٧/١.

(٢) في الأصل: «عقد»، وما أثبتناه من (ش) هو الأصح.

ومن هنا يتطرق الإشكال، بل المنع في ما ذكره مسلماً من أن المكره لو قصد المعنى عن شعور والتفات لم يتحقق الإكراه، ولو كان عن غفلة أو دهشة أو جهل تحقق؛ لأنّ القصد إذا لم يتعلّق به الإكراه واقعاً، فالغفلة والدهشة لا يصيران سببين لتعلّقه به، كما لو أكره على شيء فارتكب المكره شيئاً آخر دهشة أو غفلة، أو اشتباهاً.

الثاني: أنّه لو وطّن المكره نفسه على ما أكره عليه، فقصد المعنى موطناً نفسه على وقوعه والالتزام بلوازمه، فطلق مثلاً ناوياً للطلاق راضياً به بملاحظة الإكراه، إمّا لأجل غفلته عن كون التخلّص^(١) غير متوقّف على قصد المعنى، ورفع أثر الطلاق مثلاً وحصول البينونة، فيرفع اليد عن زوجته ويطلقها، وإمّا لأجل الغفلة وجهله بالحكم الشرعي، و[حسبان]^(٢) وقوع الطلاق ولو مع الإكراه كما هو مذهب العامة^(٣)، ففي كتاب شيخنا خاتم المحقّقين رحمته الله^(٤) الإشكال في بطلان مثل هذا الطلاق، وبنى عليه فرع التحرير^(٥) الذي ذكرناه، وذكرنا ما فيه من وجهي الإشكال.

وفيه: أنّ التوطين على الطلاق إمّا بملاحظة ورود ضرر الإكراه لو لم يفعل، ففعل تفصيلاً عن الضرر، فلا شك أنّ جميع العقود المكره عليها كذلك، لأنّ الفعل اختياريّ صدر منه تفصيلاً عن ضرر الإكراه، وهذا النحو من التوطين

(١) في الأصل: «التحقّق»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) في الأصل: «بنى»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٣) ينظر: بداية المجتهد: ٨١ / ٢، المغني لابن قدامة: ٧ / ١١٨.

(٤) ينظر المكاسب: ٣ / ٣٢٨.

(٥) ينظر تحرير الأحكام: ٤ / ٥١.

والرضا العرضي الناشئ عن الخوف موجود في جميع موارد الإكراه، فكيف ينزل عليه الفرع المذكور الذي استقرب العلامة رحمته الله ^(١) والشهيد ^(٢) صحته.

وإمّا بملاحظة مصلحة أخرى مقارنة للإكراه، فبعد ملاحظة تلك المصلحة تطيب نفسه ويرضى [حتى] مع فرض زوال الإكراه، وهذا ممّا لا إشكال في [صحته]، ولا في عدم صحّة تنزيل ^(٣) الفرع المذكور عليه، لأنّه كما مرّ مورد إشكالٍ وترديد، بل الوجه فيه ما تقدّم مشروحاً ولا نعيد.

الأمر الثالث: أنّه هل يعتبر في موضوع الإكراه وتحقّقه خوف الضرر على خصوص نفس المكره، ومن يجري مجراه - كالأب والإبن والأخ ونحوهم ممّن يختصّ بالمكره - أو يعمّ الأجانب من الإخوان المؤمنين أيضاً؟

والظاهر هو الأوّل، كما صرح به غير واحد ^(٤) منهم المصنّف ^(٥) في باب الإكراه على الولاية من السلطان الجائر؛ لعدم صدق الإكراه هنا، بخلاف الضرر على من يتعلّق بالمكره.

نعم، خوف الضرر على الإخوان المؤمنين أيضاً مبيح للكذب واليمين [الغموس] وسائر المحرّمات، لصريح الأخبار ^(٦) وفتوى بعض الأخيار ^(٧)،

(١) المصدر المتقدّم .

(٢) ينظر مسالك الأفهام: ٢٢ / ٩.

(٣) في الأصل: «عدم صحته تنزيلاً»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٤) ينظر: مسالك الأفهام: ١٨ / ٩، جواهر الكلام: ١١ / ٣٢.

(٥) ينظر شرائع الاسلام: ٥٨ / ٣.

(٦) ينظر وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٤ ب ١٢ من أبواب الإيمان.

(٧) ينظر: كشف اللثام: ٢ / ٢٥، رياض المسائل: ١١ / ٤٧٢.

وتفصيل ذلك موكول إلى مقام آخر.

الأمر الرابع: أنّه هل يتحقّق الإكراه بخوف الضرر، أم لا بدّ من الظنّ؟
وجهان، أوجهها الكفاية، كما صرح به بعض الأصحاب^(١).

(١) جواهر الكلام: ٢٧/٣٣، قال: «و لا يخفى عليك أنّ إيكال الأمر إلى ما سمعت أولى، ضرورة عدم اعتبار غلبة الظنّ بالفعل، بل يكفي تحقّق الخوف....».

[فروع: في الإكراه]

ثم ها هنا فروع:

أحدها: أنه لو أكره على الحق، فقد صرحوا^(١) بأنه لا أثر للإكراه هنا، فيصحّ عقده من غير مراعاة لحق الاختيار إيّاه، فلو أكره الحاكم المفلس على بيع ماله للديان صحّ، وقام رضا الحاكم مقام رضاه؛ لأنه وليّ الممتنع.

وربما يفصل أو فصل بين ما لو قصد الإنشاء عن كره، وبين ما لو تكلم بالصيغة من غير قصد المعنى، ففي الأوّل قام رضا الحاكم مقام رضاه، وأمّا الثاني ففي قيام قصد الحاكم للمعنى مقام قصده، أو مباشرة الحاكم للبيع نفسه وجهان: أو جههما الأخير.

قلت: هذا التفصيل أيضاً من فروع كون المكره قاصداً للإنشاء أو غير قاصد كالهزل، وقد عرفت الحال فيه، فعلى ما اخترناه من عدم [قصده] الإنشاء كان الحكم في القسمين واحداً، كما لا يخفى.

وأما على القول بأنه قاصد له ولو لم يكن راضياً، ففي القسم الثاني يسقط مباشرة المكره، ويقوم مباشرة الحاكم مقامه، كما ذكره المفصّل.

وأما القسم الأوّل فالتحقيق فيه أيضاً قاضٍ بذلك؛ لأنّ الاختيار بعد كونه شرطاً لصحة العقود كان الإيجاب على مجرّد الصيغة مع المعنى يكون نظير الإيجاب على مجرّد اللفظ بدون المعنى؛ لأنّ كلّاً من الاختيار وقصد المعنى شرط مستقلّ لتأثير الصيغة.

(١) ينظر: المبسوط: ٧٣/٨، مسالك الأفهام: ١٥٧/٣.

ففي الصورتين هو ممتنع عما وجب عليه من البيع الصحيح، وحينئذٍ فقضية ولاية الحاكم على الممتنع انتقال ولاية المال إليه، وسقوط مباشرة المكره رأساً. ودعوى أن مقتضى الولاية سقوط الشرط خاصة دون المشروط شططاً لا نفهمه، ولو صحّ فلا محيص عن الالتزام به في الصورتين، فيجبر المكره على اللفظ بدون المعنى، ويقوم [قصد] الحاكم مقام قصده، والظاهر عدم التزام الفقيه بذلك، فلا بدّ من سقوط المباشرة أيضاً، وهو آتٍ في الصورة الأولى أيضاً حرفاً بحرف، كما لا يخفى على المتأمل.

ودعوى: أن اتصال قصد المعنى باللفظ كاتصال أوصاف اللفظ به، مثل الإعراب والبناء والجر والإخفات، فلا يتصور التفكيك بين اللفظ والمعنى، بأن يراعى صدور اللفظ من أحد، وقصد المعنى من آخر، فإذا امتنع المكره من قصد المعنى كان ذلك بمنزلة امتناعه من اللفظ، فيقوم الحاكم مقامه في اللفظ، بخلاف الرضا، وطيب النفس فإنّهما أمران خارجان عن الصيغة، فإذا امتنع عن البيع مع الرضا، سقط مباشرته عما هو ممتنع عنه خاصة، وهو الرضا، فلا وجه لسقوط مباشرته الصيغة أيضاً، فلا يقوم مباشرة الحاكم مقام مباشرته.

مدفوعة: بأن قصد المعنى أمر راجع إلى الالفاظ، وأمره بيده إن شاء فعل وإن لم يشأ لم يفعل على ما هو مبنى تصوّر القسمين في عقد المكره، فحال قصد المعنى كحال الرضا بمفاد العقد^(١)، وقياسه بالإعراب والبناء والجر والإخفات وأمثالهما كما ترى.

فالذي يقتضيه النظر الدقيق: سقوط المباشرة، وبطلان عقده، كعقد المكره

(١) في الأصل: «الفعل»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

على الباطل، وقيام الحاكم مقامه في البيع لفظاً ومعنى وطيباً، إلا أن ظاهر الأصحاب كما قيل الإجماع على البيع الصوري، كما أن ظاهرهم أيضاً عدم التفصيل، والأحوط الجمع بين مباشرة المكره و[مباشرة] الحاكم، كما هو واضح.

وثانيها: لو أكره على التوكيل في عقد أو إيقاع فالظاهر بطلانها وإن كان الوكيل راضياً وقاصداً للمعنى، خلافاً لظاهر من^(١) جعل الاختيار شرطاً للصيغة كالعربية، فإن مقتضاه الاكتفاء برضا العاقد، لاتحاد المناط.

اللهم إلا أن يقال: إن المستفاد من الأدلة اشتراط رضا المالك أيضاً، وهو كما ترى.

وثالثها: لو أكره على إيقاع العقد مع رضا المالك، فعن جماعة^(٢) بطلانه، بناءً منهم على اشتراط اختيار العاقد ورضاه مضافاً إلى اختيار المالك، فلو كان العاقد مكرهاً بطل العقد ولو كان المالك راضياً سواء كان وكيلاً أو فضولياً، ونظرهم إلى أن مقتضى قوله عنه: «رفع عن أمّتي ما استكروهوا عليه»^(٣) كون إنشاء المكره كإنشاء الصبي، فيكون المكره مسلوب العبارة.

وفيه: أن النبوي سيق مساق الغالب من كون المكره العاقد مالكاً أو وكيلاً عنه، ومن الواضح أن البطلان حيثئذٍ مستند إلى عدم رضاه من حيث كونه مالكاً، لا من حيث كونه عاقداً، فالنبوي على تقدير دلالة على الحكم الوضعي إنما يدل

(١) ينظر: تحرير الأحكام: ٢/ ٢٧٦، تذكرة الفقهاء: ١٠/ ١٣.

(٢) ينظر: مسالك الأفهام: ٩/ ٢٢، المكاسب: ٣/ ٣٢٢.

(٣) وسائل الشريعة: ١٥/ ٣٦٩، ب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، ب جملة مما عفي عنه، ح ١ و ٢ و ٣، مع اختلاف في اللفظ.

على ما يدلّ قوله: **«لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ»**^(١)، ولا يزيد مفاده على مفاده، فإذا كان المالك راضياً بالعقد فلا ينظر إلى رضا العاقد وعدمه.

فالأظهر وفاقاً للمحكيّ عن جمع من المحقّقين^(٢) عدم اعتبار رضا العاقد من حيث كونه عاقداً، وحينئذٍ يكون الإكراه على إجراء الصيغة - لجهل المالك وعدم رضاه للصيغة^(٣) - غير قادح في صحّته. نعم، هو عقد فضولي يحتاج إلى الإجازة؛ لبطلان الوكالة بالإكراه.

ورابعها: أنّه لو أكره على أحد الأمرين، كبيع أحد المالين أو طلاق إحدى الزوجتين، فاختر أحدهما، فعن القواعد^(٤) صحّته، والمشهور بطلانه^(٥)؛ لأنّ الإكراه وقع على القدر المشترك، فأين ما وجد يكون إكراهاً، وحمله بعض^(٦) على ما لو قنع المكره (بالكسر) بطلاق المبهم الباطل، فاختر المكره الصحيح، فإنّ اختيار الفرد حينئذٍ لا يكون عن إكراه، كما يأتي.

ولو أكره على مباح أو حرام لم يجز ارتكاب الحرام، كما صرح به غير واحد^(٧).

(١) عوالي اللآلي: ١١٣/٢، ح ٣٠٩، وسائل الشريعة: ١٢٠/٥، ب ٣ من أبواب مكان المصلّي، ح ٣، مع اختلافٍ في اللفظ.

(٢) ينظر: مسالك الأفهام: ٢٢/٩، وفيه: لو قال: «طلّق زوجتي وإلا قتلتك» فطلّق، ففي وقوع الطلاق وجهان، أصحّهما الوقوع»، جواهر الكلام: ٣٣/٣٣، المكاسب: ٣/٣٢٢.

(٣) في نسخة (ش): «لقصور المالك عن إجرائها وعدم إحسانها، لكونها عريّة، وهو عجمي، أو غير ذلك».

(٤) ينظر قواعد الاحكام: ٣/١٢٢.

(٥) ينظر: مسالك الأفهام: ٢١/٩، حيث قال: «ويحتمل قويا عدم الوقوع»، كفاية الأحكام: ٣١٩/٢، جواهر الكلام: ٢٣/١٤.

(٦) نقله المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١١٨ عن بعض الأجلّة، ولكن لم نتحقّق من هو.

(٧) المكاسب: ٣/٣٢٠.

ويشكل: بأن الإكراه على القدر المشترك إكراه على أحد الأفراد، كما عرفت، فيكون ارتكاب الحرام حينئذٍ مكرهاً عليه، وإلاّ اتّجه قول العلامة^(١) بالصحة في ما لو أكره على طلاق إحدى زوجاته، فطلق زوجةً معيّنة.

ويندفع: بأنّه يشترط في موضوع الإكراه أو حكمه - على أحد الوجهين - عدم المندوحة، فارتكاب الحرام - كشرب الخمر مثلاً - مع المندوحة، وهو التفصي عنه بالمباح كشرب الماء، غير جائز. نعم، ينبغي أن يراعى فيه التفصيل المتقدم في شرط المندوحة، وهو السلامة من الضرر، بل المشقة المعتدّ بها، وإلاّ لم يحرم.

وكذا الكلام في ما لو أكره على الصحيح أو الفاسد فاختار الصحيح، فلا يصدق الإكراه على الصحيح إلاّ إذا كان في الفاسد ضرراً ومشقةً معتدّ بها.

ثمّ لو شك في صدق الإكراه فإن كانت الشبهة حكميّة فالمرجع عمومات الصحة، اقتصاراً في تخصيصها على القدر المتيقّن؛ لكون الدوران بين الأقلّ والأكثر، كما هو واضح، ولو لم يكن إطلاق أو عامّ ينفع في المقام - كما هو الواضح في الطلاق ونحوه من الإيقاعات - فالأصل الفساد، وهو واضح.

وإن كانت موضوعيّة فصرحوا^(٢) بأنّ الأصل هو الاختيار، وعدم الإكراه، ويؤيّدّه [أيضاً] أصالة الصحة، والظاهر عدم الخلاف فيه، غير أنّ المحكيّ عن ثاني الشهيدين^(٣) اعتبار عدم قيام الأمانة على الإكراه، كالحبس ونحوه، وإلاّ قبل دعواه مع اليمين.

(١) ينظر قواعد الأحكام: ١٢٢/٣.

(٢) ينظر جواهر الكلام: ١٦/٣٢.

(٣) ينظر مسالك الأفهام: ٢٣/٩، وحكاه عنه المحدث البحراني في الحقائق الناضرة: ١٦٥/٢٥،

والنجفي في جواهر الكلام: ١٦/٣٢.

فإن أراد الأمانة القطعية فلا وجه لليمين، وإن أراد الظنية فهو مبني على تفسير المدعي بمن يدعي خلاف الظاهر، لا خلاف الأصل.

ولو شك في قصد المكره للمعنى، بناءً على كون المكره قاصداً، بني على القصد^(١) عكس الإكراه، لأن ظاهر حال اللفظ إرادة المعنى، وهو حاكم على أصالة عدم القصد، وكذا أصالة الصحة قاضية بالقصد.

وفيه وفي سابقه تأمل بعد إحراز الإكراه، وإن صرح به شيخنا خاتم المحققين^(٢).

(١) في الأصل: «بل على العقل»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٢) المكاسب: ٣/ ٣٢٣، حيث قال: «مع أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً».

[في حكم الإكراه]

المقام الثاني: في حكم الإكراه، وفيه مقامات:

الأول: في الإيقاعات والعقود.

الثاني: في الأسباب التي لا يشترط فيها القصد، كالإتلاف والجناية ونحوهما.

والثالث: ما كان مشروطاً به مثل الحيازة، والإحياء على قول، والقبض، ونحو ذلك.

الرابع: في المحرّمات والواجبات.

فنقول: أمّا الإيقاع المكره عليه فالنص^(١) والإجماع على فساده، بحيث لا تصلحه الإجازة والرضا المتأخّر، خلافاً لجماعة من العامة^(٢)، فحكموا بصحة طلاق المكره، بناءً منهم على كون الصيغة سبباً وإن كان عن إكراه.

وأمّا العقود فلا كلام، بل لا خلاف في غير الملحق بالإجازة، بل يدلّ عليه

(١) نحو الأخبار التي يثبت بطلان طلاق المكره، والتي منها صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن بطلان طلاق المكره وعتقه؟ فقال: ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق»، الكافي: ١٢٧/٦ ب
طلاق المضطر والمكره ج ٢.

(٢) بداية المجتهد: ٨١/٢، والمغني لابن قدامة: ٧/١١٨ و ٢٦٠/٨، مختصر المزملي ١٩٤، الوجيز: ٢/٥٧، مغني المحتاج: ٣/٢٨٩، السراج الوهاج ٤١٢، بدائع الصنائع: ٣/١٠٠، المحلى: ١٠/٢٠٣، الشرح الكبير: ٨/٢٤٣.

ما دلّ كتاباً^(١)، وسنّة على أنّه: «لا يحلّ مال امرئٍ إلّا بطيب نفسه»^(٢)، وقد يدعى استقلال العقل عليه أيضاً.

وأما الملحق بالإجازة فالمشهور^(٣) على أنّه صحيح كشفاً أو نقلاً.

والمراد بالعقود هنا كلّ ما يتحمّل الفضولي مثل البيع والإجارة ونحوهما، لا مثل الوقف ونحوه ممّا لا يأتي فيه الفضولي، وهذا هو الفارق بين الإيقاعات والعقود، والوجه في الإيقاعات هو عدم جريان الفضولي فيها، فكلّ عقدٍ كذلك فحكمه حكم الإيقاع.

ولا خلاف في المسألة، إلّا أنّ المحكيّ^(٤) عن المحقّق الثاني^(٥) والأردبيلي^(٦) وصاحب الكفاية^(٧) التأمّل في الصحّة، وربّما نسب^(٨) إلى بعضٍ أيضاً، واستدلّ عليه بعد الأصل بوجوه:

أحدها: آية التجارة^(٩)، فإنّ ظاهر كلمة المجاوزة اقتران التجارة

(١) النساء: ٢٩.

(٢) وسائل الشيعة: ١٢٠/٥، ب ٣ من أبواب مكان المصلّي، ح ٣، مع اختلافٍ في اللفظ، وعوالي اللآلي: ١١٣/٢، ح ٣٠٩.

(٣) ينظر: تحرير الأحكام: ٢٧٦/٢، كنز العرفان: ٥٠/٢، حاشية مجمع الفائدة والبرهان: ١٦١، مقابس الأنوار: ١١٦.

(٤) حكاة في مفتاح الكرامة: ٥٥٥/١٢.

(٥) جامع المقاصد: ٦٢/٤.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: ١٥٦/٨، وفيه بعد نقل الصحّة عن المشهور، قال: «و ما نعرف لها دليلاً»

(٧) الكفاية: ٤٤٩/١، حيث قال: «والمسألة محلّ إشكال».

(٨) نسبه إلى: [الخلاف: ٤/٤٧٨ مسألة ٤٤] صاحب مفتاح الكرامة: ٥٥٥/١٢.

(٩) النساء: ٢٩.

بالتراضي، فلا ينفع لحوقه بعد العقد، كما لا ينفع في الإيقاع.
وأجيب عنه^(١): بأنّ التجارة عبارة عن الملكيةّ دون العقد، فالمقارنة المستفادة من الآية معتبرة حين حصول الملك، وهي حاصلة في المقام؛ لأنّ التملك الحاصل بعد الإجازة والرضا مقرون بالرضا.
وفيه ما لا يخفى من الضعف، بل الفساد، لأنّ التجارة إنّما هي الإكتساب دون الملكيةّ، فنفس البيع لا بدّ أن يكون مقروناً بالرضا؛ لأنّه التجارة دون الملكيةّ المسبّبة عنه.

بل الجواب هو: أنّ دلالتها على الفساد في غير المقرون بالرضا إمّا أن يكون بمفهوم الحصر، وإمّا بمفهوم الوصف؛ إذ لا تنافي بين المثبتين في الأحكام الوضعيّة وأسبابها، فلو لا دلالتها على الفساد كان المستفاد منها صحّة العقد المقارن للرضا، وهو لا ينافي صحّة [غير] المقارن أيضاً الذي يقتضيه إطلاق الأدلّة، وكلاهما باطلان.
أمّا الأوّل: فلأنّ الاستثناء منقطع غير مفرّغ، والمعنى: أنّه يحرم أكل المال بالباطل، ويحلّ بالتراضي.

وأما الثاني: فلأنّ مفهوم الوصف غير معتبر، وعلى القول به فإنّها هو إذا لم يرد مورد الغالب، مثل قوله تعالى: ﴿وَرَبِّيبُكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾^(٢)، وأغلب التجارة مقارنة للرضا كما لا يخفى، فلا يستفاد من الوصف الوارد مورد الغالب مفهوم يعارض الإطلاقات^(٣).

(١) ينظر: حاشية مجمع الفائدة والبرهان ٦٧، العناوين: ٧١١ / ٢، عنوان ٩٠.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) في الأصل: «الإيقاعات»، وما أثبتناه من (ش) هو الأصح.

ويمكن الجواب عن هذا: بأن الغلبة إن كانت سبباً لعدم مفهوم القيد فهي سبب أيضاً لانصراف المطلقات إلى محلّ القيد، فتسقط الإطلاقات عن صلاحية الاستدلال.

ودعوى: أن الانصراف لا يأتي في العمومات، بل الإطلاقات، فلا مانع عن عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

مدفوعة: بأن عموم العام إنما هو في مدلول المادّة، فإذا فرض اختصاص «الرجل» وضعاً أو انصرافاً بالرجل الكامل، فعموم «الرجل» غير متناول للنقص؛ إذ لا فرق بين الظهور الوضعي والظهور الناشئ عن الانصراف عند العرف، ولذا يسوقون الثاني مساق الأوّل في ظواهر الألفاظ، فيعدّون كلّاً منهما من الظهور الحاكم على الأصول والعمومات.

والأمر هنا أيضاً كذلك؛ لأنّ البيع والعقد غالباً مقارنان للرضا، فكما لا يشمل إطلاق لفظ «العقد»، فكذلك لا يتناوله عموم العقود، وهذا هو التحقيق وإن يرى في بادئ النظر مخالفة للقوم؛ لأنّهم يفرّقون بين المطلق والعام في الانصراف.

وقد يقال: إنّ المانع عن المفهوم هو غلبة الوجود، وسبب الانصراف والمانع عن الأخذ بالإطلاق هو غلبة الاستعمال، فإطلاق ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢) مثلاً وعمومه الناشئ من الإطلاق غير موهون بدعوى مثل هذا الانصراف، إذ لم يثبت غلبة استعمال لفظ «البيع» في ما كان مقارناً للرضا حتّى لا يتناول غير المقارن للرضا، وكذا لفظ «العقد» و«التجارة»، فيؤخذ بإطلاقاتها القاضية

(١) المائدة: ١.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

بصحة كل عقد سواء كان مقارناً للرضا أو ملحوقاً به، بخلاف مفهوم الوصف في الآيّة، فإنّ غلبة مقارنة العقود للرضا وجوداً يكفي في عدم المفهوم له.

وقد يجاب: بأنّ غلبة الوجود وإن لم تكن سبباً للإنصراف ما لم يكن سبباً لغلبة الاستعمال على التحقيق عندنا خلافاً لبعض^(١)، إلّا أنّ مثل هذا يمكن أن يكتفى به في سقوط المفهوم أيضاً^(٢)، فليس كلّ غلبة منافية لظهور الوصف في المفهوم، كما لا يخفى على المتأمل، كيف ولدعوى انصراف ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٣) إلى ما كان مقروناً برضا المالك في المقام مجال.

وثانيها: أنّه لو صحّ عقد المكره بلحوق الرضا لصحّ عقد الهازل بلحوق رضاه، وهم لا يقولون به.

وأجيب^(٤): بوضوح الفرق بينهما؛ لأنّ الهازل غير قاصد للإنشاء الذي به قوام العقد، بخلاف المكره فإنّه قاصد له، كما يشهد به الوجدان، فالقياس مع الفارق. وأنت خبير بأنّ هذا لا يتمّ على مذهب من قال بأنّ المكره غير قاصد للإنشاء، لكونه غير قابل للإكراه^(٥).

وثالثها: القاعدة المعروفة وهي: «أنّ العقود تابعة للقصد»^(٦)، والاستدلال بها على فرض كونها قاعدة مستقلة بنفسها مبنيٌّ على عدم قصد المكره.

(١) ينظر: تقارير في أصول الفقه لللاري: ٢ / ٣٨١، التعليقة على المكاسب لللاري: ١ / ١٧.

(٢) في نسخة (ش): يمكن أن يقال في المفهوم.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) لعلّه صاحب الجواهر، ينظر جواهر الكلام: ٣٢ / ١٥.

(٥) كالشاهد الثاني في مسالك الأفهام: ٩ / ١٧، و ٣ / ١٥٦.

(٦) ينظر عوائد الأيام: ١٥٩، عائدة ١٦.

ومع ذلك يرد عليه: أتمها مسوقة لبيان وجوب تطابق العقد الواقع لما قصده القاصد إطلاقاً وتقييداً، إباحةً وتمليكاً، لا لبيان اعتبار القصد، فإن ذلك لا يجمع موارد إجرائها عند القوم التي ترجع إلى عدم المطابقة، لا عدم القصد، ولا قدر جامع بين القسمين، كما لا يخفى.

ورابعها: النبوي المعروف: «رفع عن أمّتي تسعة...»^(١) ومنها المستكره عليه. وأورد عليه^(٢): بأن الاستدلال مبني على كون المقدّر بدلالة الاقتضاء ما يعمّ الأحكام الوضعيّة [أو] خصوص الأثر الظاهر، فعلى فرض كونه خصوص المؤاخذه ورفع القلم - كما هو الأظهر الموافق للقواعد اللفظيّة على ما [حقّق] في محله - لا دلالة [له] على فساد عقده الذي لولا النبوي لكان صحيحاً، كما هو المفروض.

مع أنّه ورد في مقام الإمتنان، فنختار رفع الأحكام الوضعيّة التي يترتب عليها ضرر وإلزام ومشقّة على المكره؛ إذ لا منّة في رفع غيره خصوصاً إذا كان له لا عليه. والحكم بصلاحيّة عقده للتأثير بعد الاختيار ليس إلزاماً عليه بشيء قبل الرضا، بل له أن يرضى به وأن لا يرضى، ومثل ذلك خارج بقريته المقام. وأيضاً بعد ملاحظة مدخليّة الرضا وطيب النفس في سببيّة العقد يكون السبب هو المقرون أو الملحق بالرضا، ويكون الحكم الشرعي ثابتاً للمجموع، فمجرّد العقد ليس له حكم شرعي حتّى يرفع بالإكراه.

(١) وسائل الشيعة: ٣٦٩/١٥، ب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، ب جملة ممّا عفي عنه، ح ١ و ٢ و ٣، مع اختلاف في اللفظ.

(٢) ينظر: التعليقة على المكاسب لللاري: ٤١/٢، حاشية على المكاسب لليزدي: ١/١٢٠.

ويضعّف الأول - وهو كون المرفوع خصوص المؤاخذة، بقرينة ما عداه من التسعة، أو للإجمال والبناء على القدر المتيقّن - بأنّ الأمر وإن كان كذلك، إلّا أنّ الإمام عليه السلام استدللّ بحديث الرفع على رفع الحكم الوضعي أيضاً، فيصير قرينة على كون المقدّر المرفوع هو مطلق الآثار وضعاً وتكليفاً.

ففي صحيحة البنزطي، عن أبي الحسن عليه السلام، في الرجل يستحلف على الطلاق والعتاق وصدقة ما يملك، فقال عليه السلام: «لا، قال رسول الله ﷺ: رفع عن أمّتي ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا»^(١)، فإنّ الحلف بالطلاق والعتاق وإن لم يكن صحيحاً عندنا من دون إكراه أيضاً، إلّا أنّ مجرد استشهاد الإمام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف عليه بالنبوي يدلّ على أنّ المراد به ما يعمّ المؤاخذة والآثار الوضعيّة، مع أنّ الحلف على صدقة ما يملك صحيح فيكفي دليلاً على عموم النبوي للحكم الوضعي.

وقد يجاب عن ذلك: بإمكان توجيه الإستشهاد بناءً على كون المقدّر خصوص المؤاخذة أيضاً، فلا تكون قرينة على تقدير جميع الآثار أو الأثر الظاهر؛ وذلك لأنّ الحكم الوضعي قد يكون متفرّعاً على الحكم التكليفي، وقد يكون بالعكس، بأن يكون التكليف ناشئاً عن الوضع، فإن كان الأول كان تقدير المؤاخذة خاصّة أيضاً كافياً في عدم ترتّب الحكم الوضعي المترتب عليه، وإن كان الثاني فلا.

ومن هنا إذا شك في [وجوب] الزكاة في بعض الفروع يتمسّكون للنفي بأصل البراءة، بخلاف ما إذا شكوا في صحّة بيع مثلاً.

(١) وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٢٤، ب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، ح ١٢.

ومن البين أنَّ سببَ الحلف لبعض الآثار الوضعية من الكفارة وغيرها ناشئة عن حرمة الحنث ووجوب برِّ اليمين، فإذا رفع الشارع المؤاخذة عن المستكره عليه ارتفع ما يترتب عليها من الحكم الوضعي أيضاً، بخلاف سببِ البيع للأثر الوضعي؛ فإنَّها نشأت من تأثيره في النقل، ووجوب الوفاء المستفاد من ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) من فروع ذلك الأثر الوضعي؛ حيث إنَّ قضية النقل رفع اليد عن المنقول فراراً عن الظلم وإمساك مال الغير، وارتفاع مثل هذا الأثر لا يكاد يستفاد من رفع خصوص المؤاخذة بخلاف الأوّل، كما لا يخفى.

وفيه: أنَّ قضية تقدير المؤاخذة خاصّة رفع الإثم المترتب على نفس الفعل المكره عليه، دون الإثم المترتب على مخالفة العمل بمقتضاه، فكيف يشمل رفع الأوّل للثاني؟

ودعوى: العموم والإطلاق في المؤاخذة المرفوعة للقسمين.

مدفوعة: بأنَّهما معنيان مغايران لا يجتمعان في مفاد كلام واحد كمعنى المشترك، كما لا يخفى على المتدرب البصير في فهم مداليل الكلام الخبير لسر عدم^(٢) جواز استعمال المشترك في المعنيين، وعلى فرض التسليم فإنَّما تستقيم تلك الدعوى لو كان لفظ «المؤاخذة» مذكوراً في الكلام، وليس كذلك، بل هو من المداليل الالتزامية التي ليس لدعوى العموم فيه مسرح؛ إذ المداليل الاقتضائية معاني لبّية يدركها العقل الصحيح، فيجب فيها الاقتصار على المقدار الذي يصحّ به الكلام، فما زاد يحتاج إلى دليل آخر.

(١) المائدة: ١.

(٢) من قوله: «المتدرب» إلى قوله: «عدم» أضافناها من نسخة (ش).

فإن قلت: فكيف يمكن الاستشهاد بالرواية المذكورة على كون المقدّر جميع الآثار من الوضعية والتكليفية، وهل هو إلا استعمال في المعنيين الذي لا يصار إليه؟ وكيف يستدلّون بالنبوي على ارتفاع الحكمين بناءً على العموم؟

قلت: فرق بين تقدير جميع الآثار وبين التعميم في المؤاخذه للمؤاخذتين؛ إذ الأوّل جائز لا يحتاج إلى الدليل، وليس من قبيل إرادة المعنيين المتباينين من كلام واحد، بل هو نظير إرادة العموم من المقام، أو من قرينة الحكمة، بخلاف الثاني، فإنّه من قبيل إرادة المعنيين من لفظ واحد، فهو نظير ما لو أريد من الإضافة معنيان [متباينان]، كما لو أريد من «ضرب زيد» كونه ضارباً، وكونه مضروباً؛ إذ المؤاخذه على نفس الفعل إضافة خاصّة [لها] إليه، والمؤاخذه على مخالفة مقتضاه إضافة أخرى لها إليه، فكيف يمكن جمعها في لفظ واحد محققاً أو مقدّراً؟ فتدبّر.

فظهر: أنّ استشهاد الإمام عليه السلام بالنبوي على عدم صحّة حلف المكره عليه لا يكون إلا على تقدير كون المرفوع جميع الآثار وضعاً وتكليفاً، فالمناقشة^(١) على النبوي بعدم العموم للحكم الوضعي ليس في محله.

ويرد على الجوابين الأخيرين:

أولاً: النقض على الهبة، وبيع الصرف والسلم، والرهن، فإنّها مشروطة بالقبض، فالسبب فيها ما كان مقروناً بالقبض، فغير المقرون به ليس سبباً شرعياً مترتباً عليه الحكم الوضعي، أي السببية، وصحّتها التأهيلية لا يترتب عليها إلزام وكلفة على العاقد حتّى يدخل تحت النبوي، فيخرج بقرينة المقام، أو لعدم كون الصحّة التأهيلية حكماً شرعياً حسب ما قيل في العقد قبل الرضا حرفاً بحرف.

(١) ينظر: التعليقة على المكاسب لللاري: ٢/ ٤١، حاشية على المكاسب لليزدي: ١/ ١٢٠.

وأيضاً منقوض بالإيجاب والقبول؛ فإنَّهما معاً سبب، فلا تأثير للإكراه على أحدهما.

وأما ثانياً: فلأنَّ السبب إنَّما هو العقد، والرضا شرط، فالحكم الوضعي -أي السببية- ثابتة لها، فهي مرفوعة بالإكراه، وكذا القبض في ما هو شرط فيه، مع أنَّ جعل السبب المركب من الأجزاء والشرائط جعل للحكم الوضعي للأجزاء أيضاً، بل وكذا الشروط، فلا كرامة في المناقشة على دلالة النبوي على فساد الصيغة الصادرة عن الإكراه بالجوابين المذكورين، فلا معتمد في المسألة بعد النبوي سوى ظهور الاتفاق الذي هو الفارق بين عقد المكره وبين العقد المجرد عن القصد في بطلان الثاني دون الأوَّل.

وأما المقام الثاني: فيظهر حكمه ممَّا ذكرنا أيضاً، فإن قلنا بعموم حديث الرفع للأحكام الوضعيَّة فلا بدَّ من الحكم فيها بالبطلان وعدم التأثير، فيتلاف مال الغير كرهاً ليس سبباً للضمان، وبه قال الأكثر^(١) حيث يقولون بعدم ضمانه، بل بضمان المكره، إلَّا أنَّهم لا يستندون في ذلك إلى حديث الرفع، بل إلى ضعف المباشر بالنسبة إلى السبب الذي هو المكره.

وخالفهم - على ما نقل^(٢) - الشهيد الثاني^(٣) فحكم بضمان المكره، ورجوعه إلى المكره، كالمغرور إلى الغار؛ نظراً إلى استناد التلف فيه إليه، فيكون

(١) ينظر: شرائع الإسلام: ٣/ ١٨٦، تحرير الأحكام: ٢/ ١٣٨، تذكرة الفقهاء: ١٩/ ١٦١، تمهيد القواعد: ٧٦.

(٢) حكى عنه في العناوين: ٢/ ٤٣٥.

(٣) ينظر: مسالك الأفهام: ١٢/ ١٦٥، الروضة البهية: ٧/ ٣٣.

ضامناً كالمرور، فليس الإكراه من أسباب ضعف المباشر في جنب السبب الذي هو المناط لدى اجتماعهما، وهذا هو الأصح، فلا مناص عن الاستناد إلى النبوي في عدم ضمان المُكره، وفاقاً لصاحب الجواهر رحمته الله^(١) حيث استدللّ به على ذلك بعد موافقة الشهيد الثاني رحمته الله في استناد الفعل إلى المُكره كالمرور.

وفي كتاب العناوين كلام عجيب، قال: «أوردت على صاحب الجواهر رحمته الله إشكالاً وهو: أتهم يقولون بأنّ المُكره على إتلاف المال ليس بضامن؛ لضعف المباشر، وعلى إتلاف النفس ضامن، فإن كان الإكراه يوجب انتساب الفعل إلى المُكره (بالكسر) دون المُكره فلا وجه لضمان النفس، وإلا فلا وجه لعدم ضمان المال.

وأجاب: بعد اختيار الثاني، بأنّ الرافع لضمان المال هو حديث الرفع. قال: فأوردت عليه: بأنّ الحديث لا يرفع الأحكام الوضعيّة، وإلاّ لزم أن نقول به في السهو والنسيان أيضاً.

فأجاب: بأنّ الحديث يرفع جميع الآثار، ولكنّه معارض بما يوجب الضمان، والنسبة بينهما عموم من وجه، فلا بدّ من الرجوع إلى المرجّح، والمشهور بين الأصحاب عدم ضمان المُكره وضمان المُتلف، وقضيّة الشهرة الترجيح والبناء على ما حكم به الأصحاب من عدم ضمان المكره في المال دون المكره في النفس^(٢) انتهى^(٣).

(١) ينظر جواهر الكلام: ٨٤/٣٨، ولكن قال فيه: «ولكن مع ذلك إن لم يكن إجماعاً لا يخلو من نظرٍ خصوصاً مع عود النفع إلى المباشر.... إلى آخره».

(٢) من قوله: «وقضيّة الشهرة» إلى قوله: «النفس» أضفناها من نسخة (ش) تميمياً للمرام.

(٣) ينظر العناوين: ٧٠٧/٢، عنوان ٩٠.

وأنت خير بأنّ حديث الرفع على تقدير عمومه للأحكام الوضعيّة حاكم على أدلة أسباب الضمان، كما أنّ الترجيح بشهرة الفتوى بعد تسليم التعارض وعدم الحكومة ليس في محلّه، كما في محلّه^(١).

فلولا الإجماع على عدم ضمان المكره - كما هو الظاهر - لوجب المصير إلى الضمان، ودعوى عدم استناد الفعل إلى المكره ممّا لا تصغى، ويستثنى منها النفس بالنصّ والإجماع.

(١) ينظر: الحقائق الناضرة: ١٠ / ٤٤١، كتاب الطهارة للشيخ الأنصاري: ٢٨ / ٥.

[الأسباب التي يعتبر فيها القصد]

وأما المقام الثالث: ففي العناوين^(١) - بعد إبداء احتمالات ثالثها: الصحة مع حقوق الاختيار والرضا في ما بعد، لا بدونه كالعقود - ما حاصله: أن الإكراه لا يأتي فيها بعد اعتبار القصد، فينبغي النظر إلى عموم أدلتها، والحق أن الفعل وإن كان أعم من الاختيار والإكراه لكنه منصرف إلى الاختياري، فقوله: «من حاز شيئاً أو أحياء ملكه»^(٢) لا يتناول الحيازة الصادرة عن كره، فلا يملك المكره ما حازه من المباحات، ولا يملكه المكره (بالكسر)؛ لعدم استناد الفعل إليه، إلا أن يكون قاصداً للحيازة لنفسه، فلا يبعد صدق الحيازة حينئذٍ بالنسبة إليه، وكون المكره كالألة له.

نعم، لو حصل للمكره (بالفتح) الرضا بعد ذلك فالظاهر حصول الملك له؛ لصدق الدليل، لأنه حيازة وإحياء مع الرضا، وقد كان المانع من الصدق عدم الرضا، وقد حصل.

ثم ذيله^(٣) بسؤال وجواب وتحقيق أستنكف عن ذكرها فكيف عن التكلم فيها.

(١) العناوين الفقهية: ٧٠٨ - ٧٠٩، عنوان ٩٠.

(٢) لم نجده في كتب الحديث من العامة والخاصة، وإن كان يظهر من صاحب الجواهر^{رحمته} أنها رواية (جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٩١)، ونحتمل قريباً أنها عبارة اصطلاحية للفقهاء من الروايات الواردة في الأبواب المختلفة كإحياء الموات والتحجير وغيرهما.

(٣) ينظر العناوين: ٧١١ / ٢، عنوان ٩٠.

والتحقيق - على القول باعتبار القصد في الحيازة والإحياء - : أن أدلتها عامة، لا مانع من دخول المكره عليه تحتها، ودعوى انصرافها إلى الاختيار بعد الاعتراف بالصدق لغةً وعرفاً بما لا وجه له، فينبغي البحث في جريان حديث الرفع:

فنقول: إنه لا إشكال عند من له أدنى تأمل أن حكمها حكم الإيقاعات، فإما البطلان رأساً وإما الصحة فعلاً، وليس حكمها حكم العقود في كفاية الرضا المتأخر في الصحة؛ ضرورة عدم الدليل على اعتبار الاختيار وطيب النفس في سببيتها، كيف وذهب المصنف^(١) وغيره من الأجلاء^(٢) إلى عدم اعتبار القصد، فما ظنك بطيب النفس والاختيار؟ فإلحاقها بالعقود في كفاية الرضا اللاحق من العجائب.

وأعجب منه الجمع بين ذلك وبين دعوى الانصراف إلى الاختيار، فإن قضية الانصراف وقوع الفعل حين وقوعه فاسداً غير مؤثر في حصول الملك، فكيف يدخل تحت الأدلة بعد لحوق الاختيار والرضا في ما بعد؟ وكيف ينقلب الفعل الصادر على وجه إلى وجه آخر؟ مع استحالة قيام العرض بغير معروض [واحد]، وحينئذ يأتي جميع ما مر في الإكراه على الإنشاء المركب من اللفظ، وقصد المعنى في المقام.

(١) شرائع الإسلام: ١٣٣/٢، قال في المسألة الثانية من لواحق الشركة: «وهل يفتقر المخير في تملك المباح إلى نية التملك؟ قيل: لا، وفيه تردد».

(٢) جامع المقاصد: ٥٢/٨ - ٥٠، قواعد الأحكام: ٣٣٠/٢، التحرير: ٢٣٥/٣، العناوين: ٥٢/٢ و ٥٦،

[الإكراه على الحيابة]

فإذا أكره على الحيابة فالكلام تارةً في صيرورته ملكاً للمكره، وأخرى في صيرورته ملكاً للمكره (بالفتح).

أما الأول: فلا بد من ملاحظة أدلة الوكالة، وإلا فمجرد قصده لا يجدي في انتساب الحيابة إليه؛ لأن فعل المكره بالفتح ليس فعلاً إلجائياً اضطرارياً حتى يقال: إن الفاعل كالألة، وإن الفاعل حقيقة هو المكره (بالكسر)، فلا وجه لصيرورته ملكاً له مطلقاً قصد أو لم يقصد، بل لو قصد المكره أيضاً أم لم يقصد اتّباعاً لقصد العنوان^(١)، ومعلوم أن الفعل لم ينتسب إلى الأمر المكره في جميع الأحوال إذا لم يبلغ حدّ الإلجاء والاضطرار.

نعم، على القول بصحة الوكالة في الحيابة - كما هو المشهور^(٢) والأقوى - كان فعل المحيز فعل الأمر مع مراعاة القصد في الأمر والمأمور معاً؛ لعدم حصول الاستنابة إلا به^(٣)، أمّا على القول بعدم الصحة فلا يحصل الملك للأمر مطلقاً.

وأما الثاني: فإما أن يقصد الملك أو لا يقصد، وعلى الأول فإما أن قصده عن اختيار، أو دهشة وغفلة ونحوهما مما يتحقق معه القصد من غير اختيار.

(١) في نسخة (ش): لصدق العنوان.

(٢) السرائر: ٨٣/٢، جامع المقاصد: ٥٧/٧، جواهر الكلام: ٧٠٧/٢٨، ٦٢٧/٢٧.

(٣) عبارة: «لعدم حصول الاستنابة إلا به» أضفناها من نسخة (ش)، تمييزاً للمرام.

ففي الأول: وجهان ماضيان في الإكراه على الأسباب التي [هي] من قبيل الكلام في العقود والإيقاعات، من أن تمام السبب ليس صادراً عن إكراه؛ لأنّ القصد غير قابل للإكراه.

ومن أن الإكراه على جزء السبب يكفي - كما عن ثاني الشهيدين وغيره ^(١) - في ما لو طلق [المكره] ناوياً، حيث قال: «إنّ الإكراه أبطل أثر اللفظ فيكون باطلاً، وهذا هو الأقوى» ^(٢) كما سبق.

وفي الثاني: لا إشكال في الفساد؛ ضرورة صدور السبب بكلا جزئيه عن إكراه، لكن سبق لنا إشكال عليه، وهو: أن الإكراه من الموضوعات الواقعيّة دون الاعتقاديّة، فلو ارتكب المكره غير الذي أكره عليه جهلاً - مركباً أو بسيطاً - ينبغي أن لا يجري عليه حكم الإكراه، وفرّعنا عليه بطلان ما ذكره من أن المكره لو قصد المعنى لدهشة أو غفلة عن عدم القصد أو التورية فهو القدر المسلّم المتيقّن منه.

ووجه البطلان: أن الدهشة والغفلة [صارت] ^(٣) سبباً لارتكاب المكره ما لا يتحقّق فيه الإكراه، أي القصد، فليس ما صدر [منه] مكرهاً عليه واقعاً، فينبغي أن لا يجري عليه حكم الإكراه، كما لو أكره على طلاق زوجة زيد فطلق زوجته اشتباهاً أو دهشةً أو نحو ذلك.

ويمكن الجواب عنه: بأنّ الإكراه على الملزوم إكراهٌ على اللازم، والملازمة

(١) ينظر تحرير الأحكام: ٥١ / ٤.

(٢) مسالك الأفهام: ٢٢ / ٩.

(٣) في الأصل: «صدرت»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

قد تكون واقعيّة، وقد تكون عاديّة، أو لخصوصيّة المقام، فإذا أكره على اللفظ في حال كونه ملازماً لقصد المعنى ولو لعارضٍ، كان قصد المعنى أيضاً لأجل الإكراه، فالإكراه على اللفظ إكراه على القصد أيضاً في صورة الغفلة والدهشة، فليس ما صدر عنه مركباً من الاختيار وغيره، بل الجزءان كلاهما صدرا عن إكراهٍ، فصَحَّ ما ذكرناه من نفي الإشكال عن تحقّق الإكراه عند الغفلة والدهشة. وعلى هذا لا إشكال هنا أيضاً في صدق الإكراه إذا قصد المَلِكُ غفلةً أو دهشةً.

وكيف كان، فالمسألة على تقدير عموم [حديث] الرفع للأحكام الوضعيّة الثابتة للأسباب، حكمها^(١) ما مرّ في العقود والإيقاعات.

(١) «الثابتة للأسباب، حكمها» أضفناها من نسخة (ش) تمييزاً للمرام.

[حكم الإكراه على ارتكاب المحرمات]

وأما المقام الرابع: وهو كون الإكراه مسوّغاً لارتكاب المحرمات وترك الواجبات، فهذا من المشكلات، والذي في نفسي عاجلاً - وعليه الإجماع في كلام غير واحد^(١) - [أنّ] هذا في الجملة ممّا لا إشكال فيه ولا خلاف، وإنّما الإشكال في ثبوت الكليّة في الجانبين.

وتوضيحه: أنّ الإكراه - كما مرّ - لا بدّ في تحقّقه من ثبوت خوف الضرر على النفس أو العرض أو المال، والمكره عليه إمّا أن يكون سلبياً عن الإضرار بالغير - كالشرب، والكذب وسائر المعاصي التي لا يترتب عليها ضرر الغير - أو يكون متضمّناً لذلك، كما لو أكره على قتل النفس، أو هتك عرض الغير، أو إتلاف ماله، فضرر الثلاثة في مثلها يرتقي إلى تسعة.

فإن كان الخوف على النفس جاز تناول كلّ محرّمٍ إلّا قتل النفس، نصّاً^(٢) وفتوى^(٣) في المستثنى والمستثنى منه.

وكذا إن كان الخوف على العرض إذا لم يكن هناك ضرر على الغير، حتّى مثل شرب الخمر، و[أكل الميتة]، وترك الصلاة، وإفطار الصوم [في رمضان]، ونحوها من الكبائر.

(١) ينظر: المناهل: ٣١٧، العناوين: ٢ / ٧٠٤ عنوان ٩٠، المكاسب: ٢ / ٩٢.

(٢) وسائل الشريعة: ٤٨٣ / ١١ ب ٣١، مستدرك الوسائل: ١٢ / ٤٧٤.

(٣) ينظر: شرائع الإسلام: ٤ / ١٥٨، تبصرة المتعلمين: ٢١٦، اللعة: ٢٢١، الروضة البهية: ٧ / ٢٤٨،

كفاية الأحكام: ٢ / ٦٢٦.

وإن كان الخوف على المال فلا عبء باليسير منه بلا إشكالٍ وخلاف؛ لصحة سلب الإكراه في بعض الصور عرفاً.

وإن كان كثيراً^(١)، فإن لم يكن فيه إجحاف فيستباح [به] كلٌّ محرّم لم يكن إضراراً على الغير، وإن كان فيه ضرر وإجحاف فإطلاق النصّ والفتوى على الجواز عدا قتل النفس والجرح، ولكن لشيخنا خاتم المحقّقين رحمته الله^(٢) فيه تأمل، حيث يذكر فيه وجهين، ثمّ اختار الجواز؛ لإطلاق أدلّة الإكراه، والتأمل في محله. وأمّا إطلاق فتاويهم بجواز تناول كلٍّ محرّم بسبب الإكراه فهو مسلم، ولكنه لا يجدي في المقام؛ لأنّ الكلام في أنّ جميع أقسام الإكراه مسوّغة للإضرار بالغير ما عدا القتل أو بعضها، وغاية ما يقتضي إطلاقهم العموم في المكروه عليه، لا في ما يتحقّق به الإكراه.

فلو قيل: إنّ المسوّغ خصوص الخوف على النفس دون غيره، لم يلزم تخصيص في الكليّة المذكورة، وأمّا عموم الأدلّة فحديث الرفع لا يأتي في المقام، لما قيل: من أنّه ورد في مقام الامتنان والإشفاق على الأمّة، ولا منّة عليهم في ترخيص الإضرار بالغير دفعاً للضرر عن نفسه، بل لا يبعد دعوى قبح الرخصة فيه.

وأجاب [عنه] شيخنا خاتم المحقّقين^(٣) - بعد تسليم قبح الرخصة إذا كان

(١) في نسخة (ش): «أمّا الكثير فقسمان، المضر بالحال وقد يعبر عنه بالإجحاف وغيره، والثاني يستباح به كلٌّ محرّم لم يكن إضراراً بالغير».

(٢) ينظر المكاسب: ٨٧ / ٢.

(٣) ينظر المكاسب: ٨٧ / ٢.

الضرر متوجّهاً على الإنسان ابتداءً - : بمنع القبح في صورة الإكراه؛ لأنّ تحميل الضرر المتوجّه إلى الغير على الإنسان، وإيجاب التحمّل عليه بتحريم الإضرار، تكليف حرجي لا تتحمّله جبلة [الإنسان]، فلا مانع من طرف العقل في الترخيص.

ويدفعه - بعد المساعدة على الفرق بين المقامين في القبح العقلي، وفيه نظر واضح؛ لإمكان دعوى قبح الإضرار على الغير، دفعاً للضرر [الوارد] على النفس مطلقاً، سواء توجّه إليه من جانب الله، أو من جانب المكروه (بالكسر) - : أنّ مجرّد عدم القبح في الترخيص لا يجدي بعد عدم الدليل عليه سوى حديث الرفع الواردة في مقام الامتنان، وليس في الترخيص مطلقاً منّة، وحيثُ فيشكل العموم كما لا يخفى.

ولو سلّم فيعارضه لا ضرر، وهو حاكم على أدلة الأحكام التي منها الرخصة في ما استكروها عليه.

ودعوى: أنّ الضرر معارض بمثله، فيبقى حديث الرفع سليماً عن المعارض. مدفوعة: بأنّ الضرر إذا كان معارضاً لزم أولاً مراعاة الترجيح بالقوّة والضعف، ثمّ الرجوع إلى العام، ومن البين أنّ التحفّظ عن الإضرار بالغير أولى وأرجح من الفرار عن الضرر المترتب على النفس.

بل قد يقال: إنّه لا تعارض في المقام؛ لأنّ الإضرار على النفس وإن كان قبيحاً محرّماً شرعاً^(١)، إلّا أنّ تحمّل الضرر الوارد عليه تحفّظاً عن الظلم

(١) في الأصل: «شرعياً»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

والإضرار بالغير لا قبح فيه على مذاقه، ولو كان فهو أقلّ قبحاً، فيجب المصير إليه فراراً عن الأقبح، كلّ ذلك بعد الغصّ عمّا في عموم الرفع لما عدا خوف النفس من المنع.

لا يقال: يجوز قبول الولاية نصّاً^(١) وإجماعاً^(٢)، وإطلاقهما قاضٍ بجوازها ولو اشتملت على الإضرار بالغير سوى قتل النفس، من هتك العرض ونهب الأموال.

لأنّا نقول: إنّ الإكراه المسوّغ للولاية غالباً يكون بالخوف على النفس، ولا كلام حينئذٍ، وإنّما البحث في ما إذا كان الخوف على غير النفس، وفي عمومها له تأمّل، ولو سلّم فما ذكرنا من المعارضة بلا ضرر يأتي هنا أيضاً.

(١) ينظر مستدرك الوسائل: ١٢٩/١٣ ب ٣٨.

(٢) ينظر: النهاية: ٣٥٧، قواعد الأحكام: ١١٩/١ و ٢٠١/٢، تذكرة الفقهاء: ١/٥٨٣، مسالك الأفهام

٣/١٤، كشف اللثام: ٢/٣٢١.

[في تصرفات الأولياء]

٣٤ قال: «ويجوز لوليّ اليتيم أخذ الرهن له»^(١).

أقول: هذه المسألة من جزئيات تصرفات الأولياء في أموال المولّى عليه، ولا خلاف ولا إشكال في جواز تصرفاتهم في الجملة، وإنّما الخلاف فيه من حيث وجوب مراعاة المصلحة، أو كفاية عدم المفسدة.

فمنهم من اعتبر المصلحة والغبطة مطلقاً، وهو ظاهر الأكثر، بل المشهور^(٢). ومنهم^(٣) من اكتفى بعدم المفسدة إذا تصرف لنفسه، وأمّا إذا تصرف لغيره اعتبر المصلحة والغبطة مطلقاً، سواء كان الوليّ إجبارياً أو غيره.

ومنهم^(٤) من اختار هذا التفصيل في خصوص الإجباري، أي: الأب والجدّ دون غيره مطلقاً، أو مع استثناء الوصي.

وقد يفصل بين ما لو جرت العادة، وقام شهادة الحال [فيه]، كالصلاة في الأراضي المتّسعة، والوضوء من الأنهار العظيمة ونحوها، وغيره، فتعتبر الغبطة في الثاني، وعدم المفسدة في الأوّل.

(١) شرائع الإسلام: ٢/ ٣٣٣، وفيه «الطفل» بدل «اليتيم».

(٢) المبسوط: ٢/ ٢٠٠، السرائر: ١/ ٤٤١، شرائع الإسلام: ٢/ ٧٩ - ٧٨ و ١٧١، تذكرة الفقهاء: ١٤/

٢٤٥، قواعد الأحكام: ٢/ ١٣٥، جامع المقاصد: ٤/ ٨٧ و ٥/ ٧٢، مسالك الأفهام: ٧/ ١٥٥، مجمع

الفائدة والبرهان: ٤/ ١٤، مفتاح الكرامة: ١٢/ ٦٨١.

(٣) ينظر: جواهر الكلام: ٢٣/ ٥٣٣، ٢٦/ ٣٢٥، المكاسب: ٣/ ٥٤٠، مستند الشيعة: ١٦/ ١٦٧.

(٤) لم نقف عليه.

وهذه الأقوال والوجوه [هي] المذكورة في المسألة، والمهم هو التكلّم في مقامين:

أحدهما: في تصرفات غير الأب والجدّ.

والثاني: في تصرفاتهما [خاصّة] بعد البناء على اعتبارها في تصرفات سائر الأولياء؛ إذ لو قيل بكفاية عدم المفسدة في تصرفاتهم كفى أيضاً في تصرفاتهما قطعاً، بل إجماعاً مركباً.

أمّا المقام الأوّل: فنقول: [إنّ] المشهور، بل [عليه] الإجماع - كما في مفتاح الكرامة^(١)، تبعاً لشيخه في شرح القواعد^(٢) - اعتبار المصلحة.

قال في السرائر: «لا يجوز لوليّ الطفل التصرف في مال الطفل إلّا بما يكون فيه صلاح المال، ويعود نفعه إلى الطفل دون المتصرف فيه، وهذا الذي يقتضيه أصول المذهب»^(٣). فظاهر المحكيّ عن التذكرة^(٤) أنّه اتّفاقي بين المسلمين.

وفي المبسوط - بعد تقسيم الأولياء إلى خمسة -: «وكلّ هؤلاء الخمسة لا يصحّ تصرفهم إلّا على وجه الإحتياط والحظّ للصغير [المولّى عليه]، لأنّهم إنّما

(١) ينظر مفتاح الكرامة: ٦٨١/١٢.

(٢) حاشية القواعد (مخطوط): الورقة ٧١ - ذيل قول العلامة: مع المصلحة للمولّى عليه - وفيه: وظاهرهم الإجماع على ذلك.

(٣) السرائر: ٤٤١/٢.

(٤) ينظر تذكرة الفقهاء: ٢٤٥/١٤، وفيه: «الضابط في تصرف المتولّي لأموال اليتامي والمجانين اعتبار الغبطة، وكون التصرف على وجه النظر والمصلحة - إلى أن قال -: ولا نعلم فيه خلافاً...»، واستظهر منه في مفتاح الكرامة نفي الخلاف في ذلك بين المسلمين، أنظر مفتاح الكرامة: ٢٦٠/٥.

نصبوا لذلك، فإذا تصرف على وجه لا حظ فيه كان باطلاً، لأنه خلاف ما نصب له» انتهى^(١).

ونسب في جواهر الكلام^(٢) إلى بعض من تأخر من الأصحاب اعتبار المصلحة في خصوص تصرفات غير الأب والجد، ولكنه رحمه الله ذهب إلى كفاية عدم المفسدة مطلقاً^(٣)، وهو المحكي عن شيخنا خاتم المحققين رحمتهما في درسه^(٤)، وإليه مال في مكاسبه^(٥).

حجة القائلين باعتبار المصلحة وجوه:

الأول: أصالة حرمة التصرف في مال الغير؛ لأن الأصل في الأموال الحرمة، كالفروج والدماء؛ لتوقف الحل فيها على الأسباب المحللة، فإذا لم يوجد سبب الحل كان التصرف حراماً.

وقد يقال: إن التصرف في مال الغير إنما يكون حراماً عقلاً وشرعاً إذا كان ظلماً، وذلك إنما يتحقق بأمرين:

(١) المبسوط: ٢٠٠/٢.

(٢) ينظر جواهر الكلام: ٣٢٥/٢٦، و ٥٣٣/٢٣.

(٣) قال في كتاب الرهن: «فإنه يحتمل فيهما - أي في تصرفات الأب والجد - الإكتفاء بعدم الضرر...»، ينظر جواهر الكلام: ٣٢٥/٢٦.

هذا مع أنه رحمه الله في كتاب البيع بعد ما رجح القول بكفاية عدم المفسدة مطلقاً، احتاط وقال: «مع أن الأحوط فيهما - أي الأب والجد - وفي غيرهما مراعاة المصلحة كما اعترف به الأستاذ في شرحه ... إلى آخره»، أنظر: جواهر الكلام: ٥٣٣/٢٣.

(٤) لم نعر على الحاكي.

(٥) ينظر المكاسب: ٥٤٠/٣، حيث قال: «ولكن الأقوى كفاية عدم المفسدة..».

أحدهما: أن يكون التصرف مضرًا بالمالك في الحال أو في المستقبل، بل يكفي احتمال الضرر في المستقبل فضلاً عن الحال.

والثاني: أن يكون المالك كارهاً للتصرف، وغير راضٍ به ولو اقتراحاً أو تشهياً، لعداوة، أو صداقة، أو سفاهة، أو بخل، أو حسد، أو نحو ذلك، ولو فرض الأمن من الضرر عاجلاً أو آجلاً ولم يكن المالك كارهاً فلا دليل على حرمة.

ودعوى أن عدم احتمال الكراهة عبارة أخرى عن الإذن المستفاد من شاهد الحال لا تضرنا؛ لأن الغرض قصر الحرمة على ما ذكر، سواء كان هذا داخلياً في ما جوزه بشاهد الحال أم لا، وإن كان الظاهر عدم الدخول.

وتظهر الثمرة في تصرف الأولياء وغيرهم في أموال الصغار والمجانين والمغمى عليه، فلو قلنا بحرمة التصرف في مال الغير مطلقاً عقلاً وشرعاً إلا في ما ثبت بالدليل لم يجز لهم ولا لغيرهم التصرف في أموالهم.

أمّا لو قلنا بالجواز إلا في الصورتين المذكورتين لزم الحكم بكفاية عدم المفسدة؛ لأن الشرط الأول - وهو السلامة عن الضرر - موجود بحكم الفرض، وكذا الثاني؛ لأن المالك ممّا لا اعتبار برأيه منعاً وترخيصاً كالبهائم.

واحتمال الكراهة في الوليّ الحقيقي أيضاً اقتراحاً وتشهياً ممّا لا سبيل إليه، ومن الوليّ المجازي لا [يفيد]^(١) قبحاً حتّى يكون ظلماً، والأصل في الأشياء الإباحة، فالاستناد إلى أصالة الحرمة في المسألة ضعيف.

وبذلك يتمّ الحكم بجواز الوضوء في الأنهار المشتركة بين الصغير والكبير،

(١) في الأصل: «لا يقل»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

والصلاة في الأراضي المتسعة ما لم يترتب عليه ضرر [بالمالك]، ولم يحتمل كراهة الكبير منهم ولو اقتراحاً، ولا حاجة إلى التمسك بشاهد حال المالك المنتقض بما لو كان أحد الشريكين صغيراً، ولا إلى التمسك بالسيرة المحتمل نشوؤها من عدم المبالاة، فلم يبق حينئذٍ إلا الأصل.

الثاني: قاعدة السلطنة المستفادة من قوله ﷺ: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١)، فإن كمال السلطنة قاضٍ بمنع تصرف الغير وعدم جوازه، اللازم لسلب السلطنة عن غير المالك.

وفيه:

أولاً: أن المدلول الالتزامي تابع للمطابقة، فإذا لم يكن للمالك سلطنة فلا تدل القاعدة على عدم جواز تصرف الغير.

وثانياً: أن كمال السلطنة يقتضي سلطنة المالك على منع الغير، لا حرمة تصرفه مع عدم المنع كما هو المفروض، فلا وجه للاستدلال بتلك القاعدة على عدم جواز التصرف في مال الصبي والمجنون، كما لا يجوز التمسك بأصالة الحرمة.

نعم، لا يجوز التصرف في مال الغائب من دون إحراز رضاه، لكن ذلك داخل في الميزان الذي ذكرنا، فأصالة حرمة التصرف^(٢) في جميع صور المسألة غير مسلمة.

الثالث: أصالة الفساد وعدم الصحة، وهذا جيد، لكن مجراه خصوص الأسباب الناقلة، فلا يجري في الأكل والشرب ونحوهما من الإتلافات.

فظهر أنه لا أصل مطرد في جميع صور المسألة؛ لأن أصالة الحرمة لا تجري

(١) عوالي اللاكي: ٢٠٨/٣، ح ٤٩، سنن أبي داود: ٢٩٦/٣ ح ٣٥٦١، سنن الترمذي: ٥٦٦/٣ ح ١٢٦٦.

(٢) في الأصل: «أصالة الحرمة»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

في مال الصبي والمجنون، وإنّما يجري في مال الغائب ونحوه ممّن يجب إحراز إذنه، ولا في الأسباب الناقلة، وإنّما يجري فيها أصالة الفساد كما أوضحناه.

الرابع: بعض الأخبار، كصحيحة عليّ بن رئاب، [قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بيني وبينه قرابة، مات وترك أولاداً صغاراً، وترك ممالك غلماناً وجواري ولم يوص، فما ترى في من يشتري منهم الجارية، فيتخذها أمّ ولد؟] وما ترى في بيعهم؟].

قال: فقال عليه السلام: «إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم باع عليهم، ونظر لهم وكان مأجوراً فيهم.

قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية ويجدها أمّ ولد؟ قال عليه السلام: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيمّ بأمرهم الناظر في ما يصلحهم، وليس لهم أن يرجعوا في ما فعله القيمّ»^(١)، حيث دلّت على اعتبار المصلحة في تصرف القيمّ في مال اليتيم في موضعين:

الأوّل: قوله: «نظر لهم»؛ لأنّ الظاهر من «النظر» تتبّع المصلحة، لا عدم المفسدة، كذا قيل^(٢)، وفيه تأمل.

الثاني: قوله: «الناظر في ما يصلحهم» بمفهوم الشرط؛ لأنّ الجار والمجرور متعلّق بـ «يباع»، ولو كان متعلّقاً بالناظر فلا يدلّ بالمفهوم.

نعم لو قيل: بأنّ التعليق على الصفة يدلّ على كونها علّة، كان توصيف القيمّ بـ «الناظر في ما...» إلى آخره، دالّاً على وجوب مراعاة المصلحة من باب

(١) ينظر وسائل الشيعة: ١٧ / ٣٦١، ب ١٥ من أبواب عقد البيع، ح ١.

(٢) ينظر رسائل ومسائل (للنراقي): ١ / ٣٣٦.

دلالة التعليق بالوصف على العليّة، فيدلّ من التوصيف المذكور على كون القيمومة منوطة بالنظر في المصلحة؛ لأنّ الناظر في مصلحتهم بمنزلة التفسير للقيّم وتعريفه وحدّه، فالمعنى: أنّ القيّم هو الذي ينظر في المصلحة، فيدلّ بعكس النقيض على أنّ من لا ينظر المصلحة فليس بقيّم عليه.

وأجاب في العوائد^(١) عن احتمال كون «في مصلحتهم» صفة للناظر، لا متعلّقاً بـ «يباع» بأنّ احتمال كونه متعلّقاً به قائم، ومعه تكون الرواية مجمّلة، وبعد إجمالها تسقط العمومات الدالّة على صحّة التصرف في مال اليتيم مطلقاً، بناءً على سرّاية إجمال المخصّص إلى العامّ وإن دار الأمر فيه مردّداً بين الأقلّ والأكثر خلافاً للمشهور، فالأولى في تقريب الاستدلال ما ذكرنا.

الخامس: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(٢)، بناءً على أن يكون المراد من «القرب» هو التصرفات العرفيّة، ومن «الأحسن» هو الأحسن التفصيلي، كما سيجيء الكلام فيه إن شاء الله.

السادس: الإجماع المنقول عن التذكرة^(٣) كما عرفت، المؤيّد بالشهرة المحقّقة^(٤)، والمعتضدة بالأصل على بعض الوجوه المتقدّمة^(٥).

(١) ينظر عوائد الأيّام: ٥٦١.

(٢) الأنعام: ١٥٢، والإسراء: ٣٤.

(٣) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٤ / ٢٤٥.

(٤) ينظر: شرائع الإسلام: ٧٨/٢ و ٧٩ و ١٧١، القواعد: ١/١٢٥، الإرشاد: ١/٣٦٠، اللمعة: ١٣٨،

الدروس: ٣/٤٠٣، مسالك الأفهام: ٣/١٦٦ و ٤/٣٣ و ٥/١٣٦، جامع المقاصد: ٤/٨٧ و ٥/٧٢،

مجمع الفائدة والبرهان: ٤/١٤ و ٦/٧٧.

(٥) ينظر ص ٣٣٨ وما بعدها.

السابع: رواية الكاهلي، قيل لأبي عبدالله عليه السلام: «إنّا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام، ومعه خادمٌ لهم، فنقعد على بساطهم، ونشرب من مائهم، ويخدمنا خادمهم، وربّما طعمنا فيه طعام من عند صاحبنا، وفيه من طعامهم، فما ترى في ذلك؟

قال عليه السلام: إذا كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، وإن كان فيه ضرر فلا^(١)، حيث علّق فيه الجواز على وصول المنفعة إلى الأيتام، ولا يخفى ظهورها^(٢) في الزائد على ما يطعمون من مالهم؛ لأنّ التدارك بالمساوي لو لم يكن ضرراً فليس بمنفعة، كما لا يخفى.

ولا ينافيه ما في ذيلها من إناطة الحرمة على الضرر، كما في جواهر الكلام^(٣)، حيث حكم بإجمالها في تصرفٍ خلا عن المصلحة والمفسدة؛ لتعارض الصدر والذيل، لأنّ التعليق بالضرر بيان لموضوع الحكم، وسبق مساق التفسير له، ومعناه: أنّه إذا لم يكن فيها نفع فهذه [التصرفات] تصرفات ضرورية ينبغي التحرّز عنها، فالشرط هنا ناظر إلى تعرّف الموضوع، أي الضرر، لا للاحتراز عمّا ليس بضررٍ حتّى يتعارضاً^(٤).

وتوضيحه: أنّ نقيض أحد الضدّين ونقيض الآخر لا يتصادقان إذا كان لهما ثالث، فيتعارض الحكمان الثابتان للنقيضين، كما لو قال: «هذا إن كان أبيض

(١) وسائل الشريعة: ١٧/ ٢٤٨، ب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٢) أي: ظهور المنفعة.

(٣) لم نعثر عليه في جواهر الكلام، ولكن حكاه الشيخ الأعظم الأنصاري رحمته الله في المكاسب عن بعض معاصريه، لاحظ: المكاسب ٣/ ٥٧٧.

(٤) أي: يعارض الصدر والذيل

فافعل، وإن كان أسود فلا تفعل»، فيتعارضان إن كان أحمرًا، ومقتضى ذلك التعارض بين الصدر والذيل، كما زعمه في بادئ النظر؛ لأنَّ الدخول في بيت الأيتام قد يكون نافعًا، وقد يكون ضارًّا، وقد لا يكون نفعًا ولا ضررًا، ففي الأخير يتعارضان.

ولكن التأمّل التامّ قاضٍ بأنَّ الأمر ليس كذلك؛ إذ السؤال ليس عن محض الدخول في بيوتهم، بل عن أكل طعامهم، واستخدام خادهم، والقعود على بساطهم وغيرها ممَّا يرجع إلى إتلاف مالهم عيناً أو منفعةً، ومن الواضح أنَّ هذه تصرفات ضرورية ليس لها فرداً أو أفراداً آخر بملاحظة التداركات الواقعة بعدها؛ إذ التدارك في ما بعد لا يسلب الضرر عنها [حين وقوعها].

نعم، لو تعاقب تدارك أزيد صحَّ أن يقال: إنَّ فيها نفعاً على الأيتام، ولم يصحَّ سلب الضرر عنها؛ لكونها ضرورية قطعاً، ولا ينقسم بملاحظة التدارك إلى الضروري وغيره، كما ينقسم إلى النافع وغيره؛ لأنَّ الضرر المتدارك بالآتم هو مع كونه ضرراً من حينه نافع بملاحظة تدارك الآتم.

والحاصل: أنَّ التصرف^(١) بملاحظة التدارك ينقسم إلى النافع وغيره، ولا يصحَّ تقسيمه إلى الضروري وغيره، وحيثُ تعيّن العمل بمفهوم الصدر في ما لا يكون هناك منفعة، سواء حصل التدارك بالمثل أم لا، إذ ليس له معارض سوى مفهوم الذيل، وهو مبنيٌّ على صحّة تقسيمها إلى الضروري وغيره، وهي ممنوعة.

ومع الغصّ عن ذلك - وتسليم أنَّ أكل طعامهم مثلاً ينقسم بملاحظة التدارك إلى الضروري وغيره، كما ينقسم إلى النافع وغيره - فنقول: إنّه لا بدّ

(١) في الأصل: «الضرر»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

حيثُ من أن يكون المراد بالمنفعة عدم الضرر، أو بالضرر عدم النفع بعد عدم ثبوت الوساطة في مقام البيان، فلا يجوز حيثُ أن يكون هنا فردٌ ثالث مسكوت عنه، وهو ما لا يكون نافعاً ولا ضاراً، ومن الواضح أنَّ الثاني أولى؛ لتقدّم المنفعة على الضرر، فأَيُّ الضدّين ^(١) كان مقدّماً يكون المراد من الضدّ المتأخّر نقيضه.

وبذلك يظهر ضعف ما في كتاب شيخنا خاتم المحقّقين رحمته، فإنّه بعد أن أورد على التعارض بما عرفت من عدم الوساطة، جعل المراد بالمنفعة عدم الضرر، واستدلّ بالرواية لكفاية عدم المفسدة.

وهو وإن كان مصيباً في عدم التعارض؛ لعدم الوساطة الموقوف عليه التعارض، إلّا أنَّ حمل المنفعة على عدم الضرر محلّ تأمل، بل قضية تقديم المنفعة على الضرر كون المراد بالضرر عدم النفع لا ما ذكره، فتدبّر جيّداً، هذه أدلّة المشهور.

وأما القول بكفاية عدم المفسدة: فاستدلّ له - بعد السيرة المستمرة في تصرف الأولياء على مراعاة عدم المفسدة دون المصلحة - بقوله تعالى في سورة البقرة: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَاطَبُوا عَنْهُمْ فَأَخَوْنَكُمْ وَأَلَلَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَغْنَتْكُمْ عَنْ اللَّهِ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ ^(٢)، ودلالاتها على المدعى من وجوه:

الأول: أن قوله: «فأخوانكم» علّة للجزاء المقدّر، كما في قوله تعالى: «إن

(١) في الأصل: «المقدّمين»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) ينظر المكاسب: ٥٧٧/٣ - ٥٧٨.

(٣) البقرة: ٢٢٠.

يسرق فقد سرق أخٌ له من قبل»^(١) و«وإن يكذبوك فقد كذبت رسلٌ من قبلك»^(٢) وغيره من الآيات وكلمات الفصحاء، فإن [حذف]^(٣) الجزء وإقامة العلة مقامه من طرق الفصحاء، والجزء المحذوف هنا عدم البأس [بالمخالطة].
فالمعنى: «وإن تخالطوهم فلا بأس، لأن الأيتام إخوانكم في الدين»، فتدل على مراعاة عدم المفسدة [لا المصلحة]، لأن الأخوة لا تقتضي أزيد من ذلك.
وثانيها: قوله: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾^(٤)، لأن تقديم المفسد يدل على أن المراد من الصلاح عدم الفساد، ولو كان المراد العكس لكان اللازم تقديم المصلح.

وهذا الوجه مبني على عدم الوساطة عند الله بين الصنفين، فالمخالط إما مصلح أو مفسد، ولا ثالث لهما، حتى يقال: إنه مسكوت عنه؛ إذ لو كان واسطة لم يكن وجه لإهمالها، وقصر أفراد المخالط بما عداها.

هذا مع تسليم كون الصلاح [هي] المصلحة، وفيه منع؛ إذ الظاهر منه عرفاً عدم الفساد.

ومنه يظهر منع ظهور كلام كل من عبّر بالصلاح من الأصحاب^(٥) في مراعاة المصلحة؛ لاحتمال أن يكون مراده عدم الفساد، ودعوى الظهور في المصلحة ممنوعة.

(١) يوسف: ٧٧.

(٢) فاطر: ٤.

(٣) في الأصل: «صدق»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٤) البقرة: ٢٢٠.

(٥) ينظر: السرائر: ٣/ ٣٠٣، مختلف الشيعة: ٥/ ٣٧، الدروس الشرعية: ٣/ ١٦٩.

وثالثها: قوله: ﴿وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَغْنَيْنَاكُمْ﴾^(١)؛ لأنَّ العنت هي المشقة، أي: ولو أراد الله الكلفة [والمشقة] لأمركم بمراعاة المصلحة.

ورابعها: استشهاد الإمام عليه السلام بالآية لاعتبار عدم المفسدة وكفايتها^(٢).

وخامسها: ما ورد أيضاً في تفسيرها من جواز المشاركة مع اليتيم في المآكل والمشارب^(٣)، فإنَّ الظاهر منها كفاية عدم المفسدة في جواز المشاركة.

وسادسها: ورودها في رفع توهم الحظر، وهو التصرف^(٤) من دون غبطة، لا مع عدم المصلحة.

وفي كلِّها نظراً، لا يخفى على المتأمل عدا الثاني؛ إذ الظاهر عدم الوساطة بين المصلح والمفسد عنده تعالى، كما أنَّ الظاهر من تقديم المفسد كون المراد بالصلاح عدم الفساد، إلَّا أنَّ هذا الظهور معارض بظهور قوله تعالى قبل الآية: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الَّتِي تَمْنَى قُلْ إِصْلَاحٌ لِّمَنْ خَيْرٌ﴾^(٥) في وجوب مراعاة المصلحة، وهو أقوى من ظهور التقديم في كفاية عدم الإفساد أو مساوٍ له، وعلى التقديرين لا يتم الاستدلال.

أمَّا على الأوَّل: فواضح، وأمَّا على الثاني: فلا جملها.

(١) البقرة: ٢٢٠.

(٢) وسائل الشيعة: ١٧ / ٢٤٨، ب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٣) الكافي: ١٣٠ / ٥، ب ما يحلّ لقيم مال اليتيم منه، ح ٥، تهذيب الأحكام: ٦ / ٣٤١، ب المكاسب،

٩٥٢.

(٤) في الأصل: «القرب»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٥) البقرة: ٢٢٠.

وأما الأخبار فمع الغض عن أسانيدها، و[تسليم] ظهورها في عدم المفسدة - مع كونه ممنوعاً -: أن غايتها كفاية عدم المفسدة في خصوص الأكل والشرب ونحوهما من وجوه الانتفاعات، وهذا مما يستقلّ العقل بجوازه، كما قدّمناه^(١) في تأسيس الأصل، ولا حاجة في إثبات جوازه إلى الآية، والغرض الأهمّ [في المقام إثبات] كفاية عدم المفسدة في التصرفات الناقلة مثل البيع والإجارة ونحوهما من الأسباب الوضعية.

ودعوى: عدم القول بالفصل أو الإجماع المركب بين الأسباب [الناقلة] وغيرها من الانتفاعات ولو بإتلاف العين أو المنفعة في أمثال هذه الفروع، ممنوعة جداً. ومنه يظهر ضعف الاستدلال برواية الكاهلي^(٢)، لأنّ موردها غير الأسباب الناقلة.

ومثلها رواية ابن المغيرة، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: إنّ لي ابنة أخٍ يتيمة، فربّما أهدي لها شيء فأكل منه، ثمّ أطعمها بعد ذلك بشيء من مالي، فأقول: يا ربّ هذا بذاء، فقال عليه السلام: «لا بأس»^(٣).

وهذا أيضاً واردٌ في الأكل والشرب ونحوهما من الانتفاعات التي يستقلّ العقل بجوازها بالشرط المذكور سابقاً.

ثمّ لو سلّم دلالتها على الجواز مطلقاً فأدلة اعتبار المصلحة أقوى وأظهر، وكيف يقاس بها هذه الوجوه الضعيفة المبنية على دعاوى غير بينة ولا مبيّنة؟ أم

(١) ينظر ص ٣٣٨ وما بعده.

(٢) وسائل الشريعة: ١٧ / ٢٤٨، ب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٣) وسائل الشريعة: ١٧ / ٢٤٩، ب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

كيف تقاوم ما دلّ على اعتبار المصلحة، خصوصاً قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ أَحْسَنُ﴾^(١)؟

فالأصل وفاقاً للأكثر اعتبار المصلحة في الأسباب الناقلة دون الإنتفاعات غير المشتملة على الحكم الوضعي وإن تضمن إتلاف عين أو منفعة، فإنّها جائزة للأصل، والأخبار المتقدّمة.

ويستثنى من التصرفات الناقلة خصوص القرض؛ فإنّه جائز للوليّ وفاقاً للأكثر^(٢)، ولما دلّ عليه من الأخبار المذكورة في باب الزكاة^(٣)، وخالف فيه العلامة^(٤) واعتبر فيه المصلحة.

وقد يقال: إنّ جواز الإقتراض مبنيّ على الإرفاق والإشفاق على الوليّ، فإذا جاز هذا جاز كلّ تصرف أراد ولا مفسدة فيه ولا مصلحة؛ لأنّه لا يقدم عليه إلّا بدواعي النفسانيّة، ومقتضى الإرفاق الترخيص في ذلك كالقرض.

ولكن يدفعه: أنّ مراتب الإرفاق مختلفة بعضها فوق بعض، وثبوت بعضها لا يدلّ على ثبوت ما فوقه ولا مثله، وفي الاقتراض عند الحاجة مترفية^(٥) ليس في غيره، ولا يدركه إلّا المحتاج، وأين هذا من الترخيص في كلّ ما يشتهي الأولياء مع عدم المفسدة؟

(١) الإسراء: ٣٤، والأنعام: ١٥٢.

(٢) ينظر: النهاية: ٣٦١، الوسيلة: ٢٧٩، جامع الشرائع: ٢٨١، تذكرة الفقهاء: ٢٥٢/١٤، واحتمل ذلك في مسالك الأفهام ٤: ٣٥، وكفاية الأحكام: ١/٥٥٨.

(٣) وسائل الشيعة: ٢٥٨/١٧، ب ٧٦ من أبواب الزكاة، ب جواز القرض من مال اليتيم بنية الأداء مع ضرورة المقرض أو مصلحة اليتيم، ح ١.

(٤) التذكرة: ٢٥٢/١٤.

(٥) كذا في الأصل، وفي نسخة (ش): «مترفية».

ومنه يظهر أيضاً الإشكال في غير الاقتراض وإن اشتدت إليه الحاجة؛ لعدم الدليل سوى دعوى تنقيح المناط الممنوعة على مدّعيه، فلو احتاج إلى تملك دار المولّى عليه بالذمة مثلاً لم يحز، ولو كان الاحتياج إليه أزيد من الاحتياج إلى الاقتراض.

وهل له الاقتراض من دون حاجة؟ إشكال، من إطلاق النصّ^(١) الوارد عليه بحيث لم يعتبر سوى الملاءة، ومن الأصل، وإمكان منع الإطلاق من هذه الجهة، كيف وقد ذهب جماعة إلى تنزيل الإطلاق على [صورة] المصلحة، ونحن وإن لم نقل به، إلّا أنّ حملَه على فرض الاحتياج غير بعيدٍ مع كونه أحوط. وأيضاً تقويم الجارية غير جائز؛ لاختصاص دليل جوازه بالأب، فلا يتعدّى إلى سائر الأولياء، حتّى القيم.

فظهر ممّا ذكرنا جواز الانتفاعات من ماله - كالأكل والشرب والجلوس على البساط ونحوها - للأصل والأخبار، وعدم صحّة التصرفات الناقلة مطلقاً، سواء كان لنفس الوليّ أو لغيره إلّا مع الغبطة، سوى الاقتراض لدى الحاجة، لا مطلقاً.

بقي الكلام في المراد والضابط في القُرب المنهَيّ عنه، والتصرف الذي فيه المصلحة، وفي المراد من «الأحسن»، وفي بعض ما هنا من الفروع.

فنقول: أمّا القُرب فذكر له وجوه:

أحدها: القرب المكاني الذي يقتضيه الجمود بظاهر اللفظ، وبطلانه ضروريّ.

(١) ينظر وسائل الشريعة: ١٧ / ٢٥٨ ب ٧٦ من ابواب الزكاة.

وثانيها: وضع اليد، وهو كذلك فساداً.

وثالثها: ما يعدّ في العرف تصرفاً، كالبيع والصلح والإجارة والاقتراض، وهذا لا يشمل الإبقاء؛ لعدم كونه تصرفاً عرفاً، فلو كان الشراء مصلحة والإبقاء مفسدة لم يجرم؛ لأنّه لا يعدّ تصرفاً عرفاً.

ورابعها: ما يعمّ التصرف وعدمه، فيكون التصرف المنهيّ عنه هو ارتكاب شيء في ما يتعلّق بهال اليتيم إتلافاً كان أو إبقاءً، [فهو] أيضاً كالأولين في البعد؛ لأنّ الإبقاء عنوان ثانوي انتزاعي من وجود شيء وعدم ارتكاب ما يوجب العدم^(١)، والجمع بينه وبين التصرف في المراد من القرب لا يخلو عن صعوبة ومنع؛ لأنّه كالجمع بين الوجود والعدم في لفظ واحد.

وتظهر الثمرة بينهما في أنّ الإبقاء على الثالث ليس داخلاً في المنهيّ عنه، فلا مانع منه وإن كان فيه مفسدة، فضلاً عن عدمها فيه، بل لا بدّ في حكمه من الرجوع إلى قاعدة أخرى، فيختلف حكم صور الإبقاء، فإن لم يكن فيه ضرر ومفسدة لم يجب [على الولي] البيع ولو كان فيه [مصلحة] أو كان أصلح.

وإن كان فيه مفسدة فإن كانت هي تلف العين، أو بعض الأوصاف المنوطة بها الماليّة وجب البيع، لأنّ الأولياء أمناء، وحفظ الأمانة واجب عليهم.

وإن كانت تنزل القيمة السوقية ففي وجوب البيع حينئذٍ إشكال، من عدم تلف العين ذاتاً وصفةً، فلا يجب مقدّمةً للحفظ، ومن أنّ وجوب [حفظ] العين إنّما هو لحفظ الماليّة، ولذا لو فرض زوال الماليّة بالكليّة وجب البيع بلا إشكال، فكذا زوال بعض مراتبها.

(١) في نسخة (ش): «انعدامه»

ويحتمل الفرق بين احتمال غرضٍ متعلّق بالعين للمالك فلا يجب، بل لا يجوز، ومن هنا لا يجوز بيع الوديعة لأجل تنزّل القيمة السوقية، وكذا مال الغائب، وبين عدمه كمال التجارة أو مال الصبيان والمجانين وغيرهم ممّن لا عبرة بأغراضهم، وهذا التفصيل يساعده الاعتبار، وليس عندي نصّ منهم في الباب. وعلى الرابع فهو داخل في القرب المنهيّ عنه، فلا إشكال في وجوب التصرف لو كان عدمه مفسدة، وكذا لو لم يكن مفسدة ولا مصلحة، بناءً على المختار المشهور من لزوم مراعاتها؛ إذ المفروض دخوله تحت القرب المنهيّ عنه فلا يجوز الإبقاء بناءً على هذا القول.

وأما على القول بعدم اعتبارها وكفاية عدم المفسدة فلا يجب، وهو واضح، فالأمر في محتملات القرب دائر بين الأخيرين، والثمرات المذكورة مترتبة عليهما، وقد عرفت أنّ الأظهر هو المعنى الثالث.

وأما المراد بالأحسن فنقول: إنّه قد يطلق ويراد منه مقابل القبيح، وهو شائع، كما نبّه عليه الشهيد الثاني في تمهيد القواعد^(١)، ومنه [وجوب] حمل فعل الأخ على الأحسن^(٢).

وقد يطلق ويراد به ما كان مشتملاً على مصلحةٍ أو صفةٍ محسنة، وهذا هو الظاهر عند الإطلاق، بل في ما يحتمل أن يكون من الأوّل مناقشة.

ودعوى الشيوع ممنوعة، وصيغة «أفعل» قد يكون بمعنى الفاعل أو الصفة

(١) تمهيد القواعد: ٤١، قاعدة (٥).

(٢) كقوله عليه السلام: «ضع أمر أخيك على أحسنه»، راجع وسائل الشيعة: ٣٠٢/١٢، ب ١٦١ من أبواب كتاب الحج أحكام العشرة، ح ١.

المشبهة، ويقال له: «أفعل الصفتي»، وهو نادر مخصوص بموارد خاصّة لا يصار إليه إلّا بمساعدة المقام أو القرينة^(١)، فتعيّن أن يكون المراد منها التفضيل، بل الظاهر عدم صحّة حملها هنا على الصفة؛ لأنّ الحُسن بمعنى عدم القبح - أي: ما لا حرج في فعله كالمباحات - معنى عديمي لا يقبل التشكيك واختلاف الأفراد الذي هو شرط في «أفعل الصفتي».

وما قيل^(٢) في ردّه: إنّه راجع إلى صفة وجوديّة عبّروا عنها بعدم الحرج باللازم، فمبنيّ على عدم الفرق بين عدم المقتضي ومقتضى العدم؛ ضرورة كون منشأ عدم الحرج عدم ما يقتضي الحرج فعلاً أو تركاً، لا وجود ما يقتضي عدم الحرج.

فتعيّن أن يكون المراد بالأحسن هو الأصلح، فلا بدّ حينئذٍ من تعيين المفضّل عليه، وهو مردّد بين أمرين:

أحدهما: الضدّ العامّ، أي: عدم التصرف، فكلّ تصرفٍ يكون أصلح من عدمه فهو جائز، فلو كانا متساويين لم يجز، إلّا من باب التخيير العقلي الثابت بين الوجود والعدم عند عدم المرجّح عقلاً، ولو كان الترك أصلح فقد عرفت تفصيل القول فيه.

والثاني: الضدّ الخاصّ، أي الفعل الآخر، فالمراد به هو الفرد الأعلى.

وأورد على الأوّل: بأنّ مقتضاه جواز الفرد الأدنى مع وجود الأعلى إذا كان التصرف أرجح من عدمه مطلقاً، فلو كان في اقتراض مال اليتيم مصلحة

(١) في الأصل: «القضيّة»، والصواب ما أثبتناه.

(٢) ينظر المكاسب: ٥٧٤/٣.

لغرقٍ أو حرقٍ أو سرقةٍ أو نحوها ليست في عدمه جاز حينئذٍ؛ لكونه أحسن من عدمه مطلقاً، سواء انحصر الإقراض في شخصٍ واحد أم لا، وكان بعضها أولى وأغبط من الآخر، كما إذا كان أحد المقترضين فاسقاً [مفلساً]، والآخر عادلاً ملياً باذلاً للرهن أيضاً، وهذا مما لا يلتزم به أحد.

وعلى الثاني: بأن مقتضاه تعطيل المال وتطلب الأعلى فالأعلى؛ لأن كل ما يفرض فيه الصلاح أمكن فرد آخر أصلح منه.

ويندفع الأول: بإرادة الأعم من الترك والتصرف الآخر، فليس المراد خصوص الأحسن من الترك، ولا [من] التصرف الآخر الذي هو ضد خاص، بل المراد التصرف الذي كان أحسن من غيره، وهو أعم منهما، فكل تصرف كان أصلح من غيره سواء كان ذلك الغير تركه أو تصرف آخر فهو جائز.

فعلى هذا يتعين في الفرض المذكور اقراض العادل الموسر؛ لأنه أصلح من غيره.

وبالجملة: المراد هو الأحسن من الغير الذي هو الترك، لا تصرف آخر كذلك. ويندفع الثاني: بملاحظة التفضيل في صورة الدوران والابتلاء لا مطلقاً؛ لأنه المتعين بقريئة المقام، بل بقريئة العقل؛ لاستحالة تعلّق الحكم رخصة ومنعاً بما لا وجود له في الخارج، إذ التصرف الذي لم يتصور أحسن منه مجرد فرض لا وجود له عادةً.

فالمعنى: أنه عند الدوران بين أمرين أو أمور لم يجز اختيار المرجوح على الراجح.

لكن يجب حمل إطلاقها على الأسباب الناقلة؛ لما أقمنا من الأدلة على جواز

سائر التصرفات من دون مراعاة الغبطة، فللولي أن يتصرف في مال المولى عليه بكل وجه لا يكون فيه ضرر أو فساد، وهي^(١) أصل الإباحة، وخصوص ما ورد في الأكل والشرب من الأخبار^(٢).

ودعوى: أن النسبة بينها وبين الآية عموم من وجه.

مدفوعة: بأن الأخبار [المذكورة] كالنص في جوازها مع عدم المفسدة، كما لا يخفى على المتأمل، فتكون أخص من الآية، ولو سلم كفى أصالة الإباحة مرجعاً، كما أوضحناه.

ويستثنى من التصرفات الناقلة خصوص الاقتراض، فإنه يجوز للوصي و[كذا] الحاكم بناءً على عدم الفرق بينهما - كما هو الظاهر - من غير مراعاة الغبطة، لأن ما دل على جوازه كالنص أيضاً في عدم وجوب مراعاتها، فالنسبة هي العموم المطلق، لا من وجه، حتى يرجع إلى أصالة الفساد.

(١) في الأصل: «هو»، والصواب ما أثبتناه، أي: وتلك الأدلة.

(٢) تقدّم تخريجه سابقاً.

[في تصرفات الأب والجدّ]

هذا كلّ في تصرف غير الأب والجدّ، وأمّا تصرفهما فالمشهور على أنّ حالهما حال سائر الأولياء.

نعم، اختار جماعة^(١) بعد اعتبار المصلحة في تصرف غيرهما كفاية عدم المفسدة فيهما، ومنهم شيخنا خاتم المحققين رحمته في مكاسبه^(٢)، وقصوى ما يدلّ عليه وجوه: أحدها: الأولوية المستفادة ممّا دلّ على سلطتهما على بضع الأولاد ونكاحهم من غير مراعاة الغبطة.

وفيه: بعد المساعدة على إطلاقه - مع امكان حمله على مراعاة الغبطة، كما عن بعض^(٣)، ويدلّ عليه إطلاق بعض معاهد الإجماعات المتقدمة على وجوب مراعاة المصلحة في فعل الأولياء - أنّها لا تعارض الآية^(٤) الواردة في خصوص التصرفات الماليّة إلاّ بضميمة الإجماع المركب أو الأولوية القطعيّة، وكلاهما ممنوعان. وثانيها: ما دلّ على جواز تقويم الأب جارية الابن على نفسه^(٥).

وفيه: أيضاً ما عرفت من إمكان منع الإطلاق، ومنع الإجماع المركب أو الأولوية، مع أنّ الجمود على إطلاقه قاضٍ بجواز التصرف مع المفسدة؛ ضرورة

(١) ينظر جواهر الكلام: ٣٣٢ / ٢٢.

(٢) ينظر المكاسب: ٥٤٠ / ٣.

(٣) لم نقف عليه.

(٤) الأنعام: ١٥٢.

(٥) وسائل الشريعة: ٢٦٧ / ١٧، ب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، ح ١ و ٢.

كون التقويم - خصوصاً مع عدم ملاءة الأب، كما يقتضيه الإطلاق - مفسدة محضة، فعلى فرض التعدي إلى سائر التصرفات لا بدّ من القول بالجواز ولو مع المفسدة وهم لا يقولون به، وهذا دليل على كون المسألة تعبدية محضة شرعت إرفاقاً للأب، فكيف يتعدّى منها إلى غيرها!

وقد يجاب عن ذلك: بما دلّ على عدم جواز إفسادها في مال اليتيم كما يأتي، فيقيّد به إطلاقه القاضي بالجواز مع الإفساد.

ويدفعه: أنّ الإفساد المنهي عنه هو التعدي عن قدر الحاجة، ولا ضير في الالتزام به وإلاّ فأيّ مفسدة أعلى من تقويم الجارية على نفسه عند الحاجة؟! وثالثها: المستفيضة الواردة في أنّ مال الولد لأبيه:

منها: ما رواه محمد بن سنان في محكي العلل^(١)، عن الرضا عليه السلام من أنّ علّة تحليل مال الولد لوالده: أنّ الولد موهوب للوالد في قوله تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنِئْتَنَا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذَّكَورَ﴾^(٢).

ومنها: مصحّحة أبي حمزة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قال رسول الله ﷺ: أنت ومالك لأبيك»، ثمّ قال: «لا نحبّ أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما يحتاج إليه ممّا لا بدّ منه، إنّ الله لا يحبّ الفساد»^(٣)، وهذه الرواية استدلّ بها على عدم الجواز مع المفسدة^(٤).

ومنها: رواية الحسين بن أبي العلاء: «ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال:

(١) وسائل الشيعة: ١٧ / ٢٦٦، ب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٩، علل الشرائع: ١ / ٥٢٤.

(٢) الشورى: ٤٩.

(٣) وسائل الشيعة: ١٧ / ٢٦٢، ب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

(٤) ينظر: جواهر الكلام: ١٥ / ٢٠، كتاب الزكاة للشيخ الأنصاري: ٢٧.

قوته بغير سرفٍ إذا اضطرَّ إليه»^(١)، فدلّنا على جوازه بدون الإفساد، وعدمه معه، وغير ذلك من الأخبار.

ولكن في الكلّ نظر:

أمّا أولاً: فلائها وردت في تصرف الوالد في مال ولده الكبير دون الصغير، قال أبو حمزة - بعد ما عرفت - : فقلت له: قول رسول الله ﷺ للرجل الذي أتاه فقَدَّم أباه، فقال ﷺ: أنت ومالك لأبيك»^(٢).

وأمّا ثانياً: فلأنّ المستفاد منها هو جواز انتفاع الأب من مال الابن، ولا ربط له بالمدعى، وهو نفوذ تصرفاته الناقلة مع عدم المفسدة، وناهيك عن ذلك عدم ولاية الأب على الكبير ولو مع الغبطة فكيف على الصغير؟ وحمل الولد في الأخبار على الصغير مقطوع الفساد خصوصاً بعد رواية أبي حمزة^(٣).

وأمّا ثالثاً: فأنّها تدلّ على جواز التصرف لنفسه، وأين هذا من التصرف لغيره؟ فهو خارج عن مدلولها.

نعم، لو اعتبر أن يكون تصرف الأب لنفسه لا لغيره - كما عن بعض^(٤) - كان دليلاً على هذا القول.

وأمّا القول بصحّة تصرف الوليّ الإجباريّ مع عدم المفسدة من حيث كونه وليّاً - الذي مقتضاه عدم الفرق بين عود أثر التصرف إليه أو إلى المولّى

(١) وسائل الشيعة: ١٧ / ٢٦٥، ب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

(٢) المصدر المتقدم.

(٣) تقدّم تخريجه آنفاً.

(٤) ينظر: السرائر: ٢ / ٢٠٧، منتهى المطلب: ١٥ / ٤٨، نهاية الأحكام: ٢ / ٥٣٢، المكاسب: ٣ / ٥٣٧.

عليه أو [إلى] الأجنبي - فبمعزلٍ عن هذه الأخبار، كما لا يخفى على من لاحظها بعين الإنصاف.

فالأظهر وفاقاً للأكثر اعتبار المصلحة في تصرف الولي الإجمالي أيضاً، إلا ما خرج بالنص والفتوى، مثل الاقتراض، وتقويم الجارية على الابن، فإن الإرفاق بالأب في موردٍ أو موردين لا يوجب فتح باب جواز التصرف مع عدم المفسدة مطلقاً، كيف ولو صحَّ التعدي لزم إسقاط شرط عدم المفسدة أيضاً؟ إذ لا يخفى أن الاقتراض والتقويم من دون مصلحة يرجع إلى الصغير مفسدة محضة، كما عرفته آنفاً.

ثم إن مقتضى الأخبار المذكورة إباحة التصرف في [مال] الكبير أيضاً من غير إذن، بل مع النهي والكراهة عند الحاجة، ولا بأس بذلك بعد مساعدة الدليل المؤيد بالإنصاف، والإعتبار الصحيح، إلا أن حفظ مراتب الاحتياج لازم، فليس كل حاجة مسوغة له، بل لا بد من شدة الحاجة البالغة إلى حد المشقة عرفاً؛ لما عرفت من حصر الجواز في رواية أبي حمزة^(١) في ما اضطر إليه، والظاهر أن المراد به ما كان تحمله شاقاً، لا الاضطرار المبيح لأكل مال الناس ظلماً، وإلا لم يكن فرق بين الولد والأجنبي.

(١) تقدّم تخريجه سابقاً.

[في شرط وكالة المرتهن لنفسه أو لغيره]

٣٥ قال: «إذا اشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره، أو وضع الرهن على يد عدلٍ معيّن» صحّ، [و] «لزم، ولم يكن للراهن فسخ الوكالة على تردّدٍ، وتبطل مع موته»^(١).

أقول: اشتملت العبارة على مسائل:

الأولى: صحّة شرط الوكالة في عقد الرهن، والظاهر عدم الخلاف فيه، سواء كان الوكالة فيه بمعنى التوكيل، أي: عقدها، أو بمعنى الغاية والنتيجة، لأنّ الظاهر أنّ الخلاف في صحّة شرط الغاية والقول ببطلانه رأساً ليس في شرط الوكالة، فعن الشهيد^(٢) أنّه يقول ببطلان شرط الغايات إلّا اشتراط^(٣) الوكالة، وما هو مثلها في كون العقد المشروط فيه كافياً في تحقّقها، وقد عرفت الكلام في شرط الغاية سابقاً^(٤).

الثانية: أنّه ليس للراهن فسخ الوكالة، بمعنى عدم تأثير فسخه وعزله، وهذه

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٤/٢.

(٢) حكى في مسالك الأفهام (٢٧٤/٣) والروضة البهيّة (٥٠٧/٤) عن الشهيد^(رحمته الله) في بعض تحقیقاته: «أنّ الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافياً في تحقّقه ولا يحتاج بعده إلى صيغة، فهو لازم لا يجوز الإخلال به، كشرط الوكالة في الرهن ونحوه، وإن لم يكن كافياً في تحقّقه بل يحتاج إلى أمرٍ آخر وراء ذكره في العقد فليس بلازم، بل يقلب العقد اللازم المشروط فيه جائزاً، كشرط رهن شيء على الثمن، فإنّه لا يصير رهناً بمجرد الشرط.....» انتهى.

(٣) في الأصل: «لاشترط»، والصواب ما أثبتناه.

(٤) تقدّم سابقاً في مسألة الجمع بين الرهن وسبب الدين، فراجع.

المسألة - كما في المسالك^(١) - خلافة حيث نقل فيها قولين، والظاهر أن القائل بالجواز هو الشهيد في اللمعة^(٢)؛ إذ لم ينقل الخلاف من أصحابنا [عن] غيره، بل نفى فيه الخلاف إلا منه. نعم، للعلامة^(٣) في المسألة قولان، وكيف كان فالمتبع هو الدليل.

واستدل في المسالك^(٤) على جواز العزل بوجوه يظهر من جوابها دليل القول بال لزوم:

أحدها: أن الشرط لا يجب الوفاء به وإن كان في عقد لازم، بل غايته تسلط المشروط له على الفسخ، واستدل به في اللمعة^(٥) حيث علل جواز العزل بذلك. وأجاب عنه في المسالك^(٦): بأن الأصح لزوم الوفاء بالشرط في العقد، لا جواز الفسخ على تقدير عدم الوفاء، وهذا هو المشهور، والظاهر أن الشهيد متفرد في هذا القول، فالكلام هنا في موضعين: أحدهما: صحة المبنى، والآخر: صحة التفريع والبناء.

أمّا الأوّل: فنظر الشهيد - على ما حكى^(٧) عنه - إلى أن مفاد الشرط تعليق

(١) ينظر مسالك الأفهام: ٣٦/٣.

(٢) ينظر اللمعة الدمشقية: ١١٧.

(٣) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٣/٢٦٦-٢٦٧.

(٤) ينظر مسالك الأفهام ٤: ٣٦.

(٥) ينظر اللمعة الدمشقية: ١١٧.

(٦) مسالك الأفهام: ٣/٣٦.

(٧) حكى عنه في مسالك الأفهام: ٣/٢٧٤، وفيه: «واشترط ما سيوجد أمرٌ منفصل عن العقد وقد علّق

عليه العقد، والمعلّق على الممكن ممكن».

إنشاء بإنشاء آخر، وربطه به، كما يقتضيه لفظ «الشرط»؛ لأنه على ما في القاموس^(١) هو الإلزام والالتزام بشيء في ضمن البيع، فإذا قال: «بعت وشرطت عليك كذا»، فقد علّق البيع عليه، ومقتضاه لزوم الوفاء بالبيع على تقدير الوفاء بالشرط لا مطلقاً، فإذا لم يأت بالشرط كان البائع بالخيار بين أن يفي بالبيع أو يفسخ، وليس معنى تعليق شيء بشيء لزوم الوفاء بالمعلّق عليه.

وأجابوا عنه^(٢): بأنّ التعليق في الإنشاء سبب لبطلان العقد من رأس لا صحّته مع الخيار، فلو كان مرجع الاشتراط إلى ما زعمه من التعليق لزم الحكم ببطلان العقد.

وربّما وجّه [كلام] الشهيد^(٣) بما يخرجّه عن التعليق المبطل، وهو: أنّ مراده كون الاشتراط سبباً لإحداث العلاقة بين الإنشائين، إنشاء الإيجاب وإنشاء الشرط، لا تعليق الإيجاب على الشرط، حتّى يكون من التعليق المبطل في العقود إجماعاً.

نعم، يرد عليه: أنّ مفاد الشرط - لغة^(٤) وعرفاً - هو الالتزام بشيء في ضمن العقد، فيجب العمل به، عملاً بقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(٥)، لا إحداث العلاقة والربط بين الإنشائين.

ولو سلّم أنّ مفاد الشرط هو إحداث العلاقة والربط لزم الحكم ببطلان

(١) القاموس المحيط: ٢ / ٣٨١.

(٢) ينظر: التعليقة على المكاسب للسيد اللاري: ١ / ٤٦٠، التعليقة على رياض المسائل للسيد اللاري ٥٠٢، نهاية المقال ١٤٥.

(٣) الذي تقدم تخريجه.

(٤) ينظر: لسان العرب: ٧ / ٣٢٩، تاج العروس: ١٠ / ٣٠٥.

(٥) مستدرک الوسائل: ١٣ / ٣١٠، ب ٦ من أبواب الخيار، ح ٧، وعوالي اللآلي: ٣ / ٥٤، ح ٧٧.

العقد أيضاً بتخلف الشرط، لا صحته مع ثبوت الخيار للمشروط له، فلا فرق بين القول بأن إنشاء الإيجاب معلق على الوفاء بالشرط - الذي هو التعليق المجمع على بطلانه - وبين القول بأن معنى الإشتراط إحداث ربط بين الإنشائين؛ لوضوح أنّ قضیة الارتباط زوال كل من المرتبطين بزوال الآخر، فكما يبطل الشرط بزوال المشروط وهو العقد، فكذا يبطل المشروط بزوال الشرط.

قلت: في كل من التوجيه والردّ نظر:

أمّا الأول: فلائنا لا نتعلّل الفرق بين تعليق إنشاء البيع على الوفاء بالشرط وبين إحداث العلقه بين الإنشائين من غير أن يرجع إلى التعليق، وإثبات الفرق بينهما دونه خرط القتاد.

وأمّا الردّ: فلائّ دعوى الفهم العرفي - بعد عدم مساعدة وضع الكلام على المدعى في مقابل الشهيد - دعوى غير ثابتة، بل مصادرة واضحة.

وهنا توجيه آخر لا يرد عليه إيراد التعليق، وهو: أن يكون مفاد الإشتراط في ضمن العقد اللازم تعليق وجوب الوفاء بالإيجاب والقبول على الوفاء بالشرط، لا تعليق نفس الإيجاب والقبول حتّى يكون من التعليق، فيكون معنى قوله: «بعت بشرط كذا»، أو «شرطت عليك» كون وجوب الوفاء بمقتضى البيع معلقاً على وفاء المشتري بالشرط، ومعنى قوله: «بعتك وشرطت على نفسي كذا» كون وجوب الوفاء بمقتضى القبول معلقاً على وفاء البائع بالشرط، فمفاد الشرط تعليق حكم الإنشاء على حصول الشرط، لا تعلّق موضوعه عليه، حتّى يكون تعليقاً في العقد.

وهذا النحو من الإشتراط وإن كان جائزاً نظراً إلى عموم «المؤمنون عند

شروطهم»^(١)، إلا أنه مخالف للكتاب والسنة القاضيين بوجوب الوفاء بالعقود مطلقاً.

فالجواب عن هذا التوجيه أنه شرط غير نافع، وتام الكلام في المبنى موكول إلى مقام آخر.

وأما [الثاني: وهو] التفريع والبناء، ففيه نظرٌ أيضاً؛ لأن الاشتراط إن رجع إلى شرط الفعل والسبب، فتخلف الشرط وعدمه يلاحظان بالنسبة إلى التوكيل بعد الرهن وعدمه، لا بالنسبة إلى القبول وعدمه، فتفريع جواز العزل على مذهبه غير وجيه، كما أن تفريع عدم الجواز غير متّجه، وفيه تأمل يظهر وجهه في التنبيهات.

وإن رجع إلى شرط النتيجة فمعنى اشتراطها الالتزام بآثار الوكالة دائماً، وهذا ممّا لا يقبل التخلف حتّى يتفرّع على مذهبه، كما اعترف به في بعض تحقیقاته على ما نقله في الروضة، حيث قال: «إن الشرط يوجب انقلاب العقد اللازم جائزاً إلا في مثل شرط الوكالة، فالعقد كافٍ في تحقّقه»^(٢)، فإنّه لازم لا يصير سبباً لانقلاب اللازم جائزاً»^(٣).

وفيه: أن شرط النتيجة هنا التزام بآثار الوكالة أبداً، والالتزام بآثارها كذلك التزام بعدم العزل، فأثر الشرط في صورة شرط النتيجة بناءً على مذهبه يظهر في جواز العزل وعدمه، فيصحّ التفريع كما لا يخفى.

(١) تقدّم تخريجه آنفاً.

(٢) في الأصل: «صحّته»، والصواب ما أثبتناه كما في الروضة.

(٣) الروضة البهية: ٥٠٨ / ٣.

نعم، ما نقل عن بعض تحقیقاته^(١) لا یلائم کلامه هنا، والتدافع بینهما بیّن، ولعلّ ذلك یصیر قرينة على أنّ المراد بشرط الوكالة هنا شرط السبب^(٢) أي: العقد دون النتيجة، ویأتی له مزيد توضیح إن شاء الله تعالى.

وثانیهما: أنّ وجوب الوفاء بالشرط إنّما یكون إذا ذکر فی عقد لازم کالبيع، وليس الرهن كذلك.

وأجیب عنه^(٣): بأنّ الرهن لازم من طرف الراهن، فیتبعه الشرط، وإن كان جائزاً من طرف المرتهن، وهو جید.

وتوضیحه: أنّ الشرط بنفسه لا یجب الوفاء به، فلا بدّ له من مقتضى اللزوم من الخارج، ولأجل ذلك لا یجب الوفاء بالشرط غیر المذكور فی العقد، ولا المذكور فی العقد الجائز من الطرفين، فإذا ذکر فی عقد لازم من أحد الطرفين وجائز من الجانب الآخر، كان لازماً على من كان لازماً من طرفه، وجائزاً على من كان جائزاً من قبله، فیلزم العمل بالشرط على الراهن تبعاً لكون العقد لازماً من قبله، فليس له العزل، بخلاف المرتهن، فله عزل نفسه لكون العقد جائزاً من قبله.

وقد یجاب: بأنّ مقتضى عموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٤) وجوب العمل

(١) تقدّم آنفاً.

(٢) فی الأصل: «بحسب أثر»، والصواب ما أثبتناه.

(٣) ينظر: مسالك الأفهام: ٤/ ٣٦، الحقائق الناضرة: ٢٠/ ٢٥٧، مفتاح الكرامة: ٣٩٥/ ١٥، جواهر الكلام: ٢٥/ ٢٢١.

(٤) تقدّم تخريجه، فراجع.

بالشرط مطلقاً، خرج منه الشرط غير المذكور في العقد، أو المذكور في الجائز من الجانبين، وأمّا اللازم من أحدهما خاصّة فلا دليل على خروجه أيضاً، وما ذكرنا أولى.

وثالثها: أنّ الوكالة من العقود الجائزة كالهبة والعقد الخياري، واشترط العقد الجائز [لا] يقلبه لازماً؛ إذ الجواز واللزوم من الأحكام الثابتة لموضوعاتها، وقضيّة وجوب الوفاء بالشرط هو الوفاء به لا تغيير الحكم الشرعي، ألا ترى أنّه لو شرط الهبة لم يمنع ذلك عن جواز الرجوع، وكذا لو شرط البيع الخياري لم يمنع ذلك عن الفسخ، أو شرط النكاح لم يمنع عن الطلاق.

وأجيب عنه بوجوه^(١):

الأول: أنّ شرط الوكالة سبب لحدوث حقّ للوكيل في مال الموكل، وبعد ثبوت الحقّ لا دليل على زواله بالرجوع، وليس معنى اشتراطها إيجاد عقد الوكالة بعد الرهن حتّى يرد ما ذكر من أنّ الشرط لا يقتضي تغيير الحكم الشرعي، ألا ترى أنّه لو نذر الصدقة على زيد ثبت له حقّ ماليّ في المال المنذور، وهكذا شرط الوكالة في البيع، فإنّه يحدث حقّ ولاية للوكيل على الموكل [في ماله]، فيكون كالوليّ الإجباري مسلّطاً على البيع رضي الموكل أم لا.

وفيه: منع كون شرط الوكالة مقتضياً لثبوت حقّ للوكيل في مال الموكل، بل إنّما هو شرط للبيع عن وكالة، والبيع عن وكالة ليس من الحقوق، كما لا يخفى.

ثمّ لو فرضنا تصريح الراهن والمرتهن في ضمن الرهن بثبوت الحقّ

(١) ينظر: تحرير الأحكام: ٢٢/٣، مسالك الأفهام: ٢٣٩/٥، مجمع الفائدة والبرهان: ٨٤/٩، المناهل ٤٢٩.

للمرتن كما ذكره، كان لمنع صحّة مثل هذا الشرط مجال وإن أرسله بعض^(١) إرسال المسلّمات؛ وذلك لأنّ الشرط لا يصلح أن يكون مشروعاً لشيء غير ثابت مشروعاً، ومثل هذا الحقّ تشريع لحكم جديد ليس له في الشرع والعرف عين و[لا] أثر.

فلو شرط المرتن أن يكون له حقّ في بيع الرهن كان باطلاً، للاتّفاق على عدم كون الشرط مشروعاً وإن اختلف في إمكان كونه من الأسباب، فمنعه بعض^(٢)، وفرّع عليه بطلان شرط الغاية، وجوّزه بعض^(٣) - وهو الحقّ - فحكم بصحّة اشتراطها؛ لكون الشرط أيضاً من أحد الأسباب، نظراً إلى دليل وجوب الوفاء.

وعلى القولين لا بدّ من إحراز مشروعيّة تلك الغاية، فلو شرط غاية لم تثبت مشروعاً - سواء ثبت خلافه، كشرط الولاء لغير من أعتق، أو لم يثبت - لم يصحّ؛ لأنّ مساق أدلّة الشرط وجوب الالتزام بالشيء بعد ثبوت كونه مشروعاً ولو بأسبابه الشرعيّة، فلا يكون^(٤) الشرط من أحد الأسباب لإحراز [مشروعيّة] شيء غير ثابت.

(١) ينظر: الجامع للشرائع: ٢٩٠/٦، مصباح الفقيه: ٢٢٦/١٤، العروة الوثقى: ١٨٨/٦، حاشية المكاسب (لليردي): ١٢٤/٢.

(٢) ينظر: السرائر: ٤٢٣/٢، مسالك الأفهام: ٣٦/٤، جواهر الكلام: ٣٢٤ - ٣٢٦.

(٣) ينظر: المبسوط: ٢١٦/٢، الوسيلة: ٢٦٥، السرائر: ٤١٨/٢، شرائع الإسلام: ٣٣٤/٢، تحرير الأحكام: ٤٨١/٢، الدروس الشرعية: ٣٨٩/٣، مسالك الأفهام: ٣٦/٤.

(٤) في الأصل: «فيكون»، وفي نسخة (ش): «لا جواز»، وعلى كلا النسختين لا تنسجم العبارة، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

والسرفيه: أنَّ العناوين الثانويّة - كإطاعة الوالدين والوفاء بالنذر ونحو ذلك إنّما تعرض العناوين الأوليّة بعد إحراز مشروعيّتها في الجملة، كالملكيّة والزوجيّة والحرّيّة والوكالة، فلا يجوز إثبات حقٍّ غير معهودٍ أصلاً بعموم وجوب الوفاء خلافاً لبعض الأوهام^(١)، وسيأتي له مزيد توضيح إن شاء الله تعالى.

الثاني: أنَّ الشرط جزءٌ من العقد، فيكون واجباً بوجوبه.

وفيه: أنَّ ما دلّ على جواز الوكالة أخصّ [مطلقاً] ممّا دلّ على وجوب العمل بمقتضى العقد المشروط فيه؛ إذ لا دليل على لزوم البيع مثلاً إلّا عموم وجوب الوفاء بالعقد، ودليل جواز الرجوع عن الوكالة أخصّ [مطلقاً] من عمومه. نعم، لو كان للزوم البيع أو الرهن أو الإجارة أو نحوها من العقود اللازمة دليل آخر مختصّ به غير العموم المذكور لكانت النسبة بينهما عمومياً من وجه، لكنّه ليس كذلك، كما هو واضح.

الثالث: أنَّ الوكالة - كالهبة ونحوها من العقود الجائزة - وإن كانت لا تقتضي اللزوم بنفسها إلّا أنّها لا تنافي عروض اللزوم لها من الخارج، كالنذر وأمر الوالدين ونحوهما من العناوين الثانويّة، والشرط كالنذر من الأسباب الملزمة.

ووجهه: أنَّ الإباحة ونحوها من الأحكام المبنية على الرخصة إنّما تثبت للعناوين الأوليّة من حيث هي، وهذا هو الذي خفي على كثير من الأعلام، فلا حظوا التعارض بين أدلّة الطرفين، وأجروا عليهما أحكام المتعارضين، وهذا

(١) ينظر المكاسب: ٤٥٧/٣.

باطل كما حققناه في أبواب متفرقة.

نعم، لو سلطنا مسلكهم لاحظنا التعارض بين دليل جواز الرجوع عن الوكالة وعموم «أوفوا بالعقود»^(١)، وحيث إنّ النسبة بينهما عموم من وجه على ما زعموه، رجعنا إلى أصالة عدم^(٢) تأثير العزل استصحاباً للحالة السابقة^(٣)، وأصالة بقاء اللزوم في الملكية إذا شك في زوالها بفسخ البائع أو بشيء آخر.

الرابع: أنّ معنى الوكالة كون الوكيل نائباً عن الموكل، ونازلاً منزلة، وهذا المعنى يتوقف على الإذن حدوثاً وبقاءً، كما يتوقف على حياة الآذن، وقد صرحوا بزوال الوكالة المشروطة هنا بموت الراهن، فكذا بزوال الإذن؛ لاشتراكهما في زوال الموضوع.

والجواب: بعد كون الاشتراط سبباً للزوم الوكالة، أنّ معنى لزومها بقاء أحكامها [مطلقاً] ولو بعد زوال الإذن، ودوران بقائها مدار الإذن منافٍ للزومها المفروض بالاشتراط.

وقياس العزل بالموت مع الفارق؛ إذ الموت سبب قهريّ لزوال الموضوع لا يمكن نفي سببيته بلزوم الوفاء بالشرط، بخلاف العزل، فإنّ سبب اختياري، فإذا التزم بأحكام الوكالة فقد التزم بتلك الأحكام ولو بعد العزل، وهو أمرٌ

(١) المائدة: ١.

(٢) في الأصل: «بقاء»، والصواب ما أثبتناه.

(٣) «استصحاباً للحالة السابقة» أضفناها من نسخة (ش) لاستقامة العبارة.

شائع^(١) ينهض به «المؤمنون عند شروطهم»^(٢).

وبهذا البيان يندفع ما [ربّما] يتوهم من أنّ هذا الوجه وسابقه مبنيان على كون الشرط سبباً للزوم الوكالة، وهو أوّل الدعوى.

ووجه الاندفاع: أنّ سببيّة لزومها مستفاد من عموم وجوب الوفاء بعد كون مفاد الشرط هو الالتزام بآثارها وأحكامها دائماً، فهذا هنا دعويان:

إحدهما: أنّ مفاد الشرط هو الالتزام بأحكامها أبداً، وهذه الدعوى في شرط الغاية بناءً على صحّتها واضحة لا تحتاج إلى الدليل، وقد سبق في [مسألة] المزج بين السببين^(٣) توضيحه، وكذا في شرط المبدأ، أي العقد، كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

والثانية: صيرورة الوكالة غير قابلة للعزل بعد كون مفاد الشرط هو الالتزام بأحكامها أبداً، وهذه تثبت بأدلة وجوب الوفاء^(٤) بالشرط، فأين المصادرة؟ فظهر أنّ الأوجه هو الوجه الثالث.

بقي الكلام في أمور:

[الأمر] الأوّل: أنّ شرط الوكالة على أقسام:

شرط الغاية، وشرط التوكيل بعد العقد، وما يحتمل الأمرين.

ولا غرض لنا في الثالث بعد كون المرجع فيه هو الظهور المستفاد من قرائن

(١) في نسخة (ش): «سائع».

(٢) تقدّم تخريجه سابقاً.

(٣) أي: في مسألة الجمع بين الرهن وسبب الدين.

(٤) في الأصل: «أو فوا» بدل «وجوب الوفاء»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

الحال أو المقال، أو الأصل بعد الإجمال.

والأوّل هو المتيقّن من عدم جواز الفسخ، وفي الثاني إشكال من حيث الحكم، ومن حيث دخوله في إطلاق الأصحاب، مع احتمال اختصاص كلامهم به، وخروج الأوّل عن مرادهم، فلا بدّ من التكلّم في الجهات الثلاثة.

أمّا الأولى: أعني الحكم، فالأصحّ [فيها] عدم جواز الرجوع، أي عدم الانعزال بالعزل؛ لأنّ شرط التوكيل من دون قيد (عدم العزل) عبث لا يتعلّق به غرض العقلاء، ولا اعتداد بالنادر منه؛ لأنّ العقود وتوابعها جارية على طبق الأغراض العقلانيّة، فشرط التوكيل بقريّة المقام شرط له مع عدم العزل، فإذا وجب الوفاء بهذا الشرط كان رجوعه وعزله لغواً؛ لأنّه منافٍ للوفاء المأمور به، فشرط التوكيل مع هذا القيد وشرط الغاية على حدّ سواء.

وأمّا الجهة الثانية: فقد صرح بعض^(١) بخروجه عن مراد الأصحاب، حيث نزل كلامهم على شرط الغاية، ولكنّه ليس كذلك، بل العكس أولى؛ إذ الظاهر اختصاص كلامهم بشرط التوكيل، لأنّه الذي ينبغي البحث عن جواز العزل فيه، وأمّا شرط الغاية فيلحق البحث عن صحّته وفساده، لا قبول العزل وعدمه، ويشهد له ما مرّ من اللمعة^(٢)، لأنّه صرح في بعض تحقیقاته بأنّ الشرط لا يجب الوفاء به إلّا شرط الوكالة، ومع ذلك كيف يضعّف القول بعدم جواز العزل هنا بأنّ الشرط لا يجب الوفاء به؟

فلزوم التناقض قرينة على أنّ المبحوث عنه هو شرط التوكيل دون الغاية،

(١) لم نقف عليه.

(٢) تقدّم تخريجه.

فإنّه - على تقدير صحّته - ممّا لا يجوز الرجوع [فيه] بلا إشكال.

وأيضاً أورد عليه الشهيد الثاني رحمته الله ^(١) وغيره ^(٢) بأنّ الحقّ [هو] وجوب الوفاء بالشرط، لا صيرورة اللازم جائزاً، وهذا لا ربط له بشرط الغاية إلّا بتكليف لا يخفى.

نعم، قال بعد ذلك: «مع أنّ الوكالة يكفي العقد المشروط فيه في تحقّقها، ولا يحتاج إلى التوكيل» ^(٣)، وهذا بشرط الغاية أربط، وإن أمكن ربطه بشرط التوكيل أيضاً، نظراً إلى أنّ العقد المشروط فيه إذا كان كافياً في تحقّقها فلا يحتاج بعد إلى التوكيل حتّى يكون [تخلّفه] ^(٤) موجباً للخيار.

وممّا يشهد له أيضاً ما عن المحقّق الثاني رحمته الله في حاشية الإرشاد ^(٥) حيث ذكر صورة اشتراط الوكالة لوارث المرتهن، بأن يوكل الراهن وارث المرتهن في ضمن العقد، فدلّ على أنّ شرط الوكالة المبحوث عنه هو شرط التوكيل، ولظهور لفظ «يوكل» في شرط المبدأ دون الغاية.

وعنه أيضاً في الحاشية المذكورة ^(٦): «أنّ صورة شرط الوكالة في عقد الرهن أن يقول: «أرهنك ووكلتك» فمزج بين السببين، وهو وإن كان محلّ نظرٍ وإشكال، إلّا أنّه دليلٌ على أنّ مراد الأصحاب هو شرط التوكيل.

(١) ينظر: المسالك: ٣٧/٤.

(٢) ينظر جواهر الكلام: ٣٢٧/٢٦.

(٣) مسالك الأفهام: ٣٧/٤.

(٤) في الأصل: «تحقّقه»، والصواب ما أثبتناه.

(٥) لم نقف عليه في مظانه من حاشية الإرشاد.

(٦) لم نقف عليه في مظانه من حاشية الإرشاد.

وكيف كان فليس للراهن فسخ الوكالة مطلقاً، سواء شرط الغاية أو المبدأ.
الأمر الثاني: أن شرط الوكالة في عقد الرهن يقتضي تعليقها على حلول الأجل، فعلى القول بعدم جواز التعليق في الشروط كالعقود ينبغي أن يكون فاسداً، فما بال القوم قد حكموا بصحته؟

وأجاب عنه في التذكرة: بأنه تعليق في التصرف، كأن يقول: «وكلتك الآن في بيع داري يوم الجمعة»، وليس من التعليق لأصل التوكيل، كأن يقول: «وكلتك يوم الجمعة أن تبيع داري»^(١) وهو حسن، إلا أنها أيضاً معلقة على عدم أداء الراهن دين المرتهن، وهذا ليس تعليقاً في التصرف، بل لأصل الوكالة، كما لا يخفى.

فالجواب لا يجدي، فلا بد من حمل إطلاق كلماتهم على ما بعد إحراز شرائط صحة التوكيل التي هي منها على أحد القولين^(٢) أو أشهرهما، في إطلاق كلامهم مسوق لبيان صرف الصحة في الجملة توطئة للبحث عن قبول العزل، والله العالم.
الأمر الثالث: أنه نقل عن المحقق الثاني^(٣) في حاشية الإرشاد^(٤) أنه قال: «صورة شرط الوكالة أن يقول: «رهنك كذا ووكلتك في البيع»، وهو بظاهره غير مستقيم، لأن المزج بين العقدين ليس من الشرط المذكور في متن العقد، كما لو قال: «بعتك هذا ووكلتك في طلاق زوجتي»، فإنه ليس شرطاً للوكالة في الطلاق وفي البيع، ولا يجري عليه حكم الشرط قطعاً.

(١) تذكرة الفقهاء: ١٤/١٥، وفيه: «والفرق ظاهر بين تنجيز العقد وتعليق التصرف، وبين تعليق العقد....».

(٢) ينظر المناهل ٢٤٩.

(٣) لم نقف عليه في مظانه من حاشية الإرشاد.

وعن شيخنا خاتم المحققين رحمته الله^(١) توجيهه بأن: التوكيل في البيع من توابع الرهن، فيكون بمنزلة الشرط ولو بمساعدة فهم العرف، فضمّ عقد بعقد قد يكون بمنزلة اشتراط العقد المضموم بحكم العرف، وقد لا يكون كذلك، فإذا كانت الضميمة من توابع المضموم إليه كان ضمّها بمعنى الشرط عرفاً وإلا فلا، كما لو قال: «بعتك داري وصالحتك فرسي».

وفيه نظر: صغرى وكبرى؛ لأنّ التوكيل في البيع ليس من توابع الرهن، لكونه أعمّ منه، والتابع ما لا يفارق المتبوع ولو غالباً.

ولو سلّم، فدعوى: فهم العرف الإشتراط من الضمّ، غير بيّنة ولا مبيّنة.

ويمكن أن يوجّه: بأنّ ذكر الشرط في العقد [على قسمين]، فتارةً يكون العقد ظرفاً للشرط، كأن يقول: «بعتك كذا وشرطت على نفسي عتق عبدي»، وأخرى يكون ظرفاً للمشروط دون الشرط، بأن يقول: «بعتك كذا وأعتقت عبدي»، وكلاهما شرطٌ للعتق في البيع.

ودعوى: الاختصاص بالأوّل، ممنوعة؛ لعموم الأدلّة، فإنّ مقتضاه^(٢) وجوب الوفاء بالشرط مطلقاً، خرج منه ما لو لم يكن الشرط مذكوراً في العقد، بأن لا يكون ظرفاً للاشتراط، ولا ظرفاً للمشروط، أمّا ذكره بأحد الوجهين فلا دليل على التخصيص.

(١) لوامع النكات: ٣٥٩ (مخطوط)، وفيه «إلا أن يقال: أنّه ليس كلّ عقدٍ ينضمّ إلى الآخر مستقلاً، بل المنضمّ

إلى الآخر إن كان من توابعه فهو التزام بمدلول العقد في ضمن ذلك العقد الآخر، ... إلى آخره».

(٢) أي مقتضى عموم: «المؤمنون عند شروطهم».

وفيه: أيضاً ما لا يخفى، فالظاهر أنّ المثال المنقول من المحقق الثاني ليس من شرط الوكالة في ضمن العقد.

الأمر الرابع: أنّه لو شرط أن يكون للمرتهن حقّ في البيع عن الراهن، فقليل: إنّ غير شرط الوكالة، وإنّه ينتقل إلى وارثه بعد الموت، ولا يبطل بموته كما تبطل الوكالة المشروطة.

وفيه: إشكال سبق؛ لأنّ هذا تشريعٌ بالشرط، وهو غير جائز اتفاقاً؛ لأنّ فائدة الشرط عندهم وجوب الالتزام بالشياء بعد إحراز كونه مشروعاً، فلا يشرع بالشرط أمرٌ غير معهود.

الأمر الخامس: ذكر بعضهم^(١) أنّ النيابة أعمّ من الوكالة، ولعلّ نظره إلى عدم توقّف النيابة على الاستنابة؛ لجواز التبرّع بها بخلاف الوكالة، وأنها جائزة من الميّت بخلاف الوكالة، وأنها جارية في العبادات دون غيرها، وغير ذلك ممّا يتوهمّ منه الفرق بينهما، فجعل كلّ منهما شيئاً، وذكر بينهما بعض الثمرة.

وفيه: أنّ اسم الوكالة وإن لم يطلق على كلّ نيابة، لكنّه فرقٌ يرجع إلى اللفظ دون المعنى، وإلاّ فالفعل الصادر عن الوكيل هو الفعل الصادر عن النائب، حيث إنّ نيابة عن الموكل، غاية الأمر أنّها نيابة غير مأذونة، وهذا ليس بفرقٍ معنوي مجدي في الحكم الشرعي أو العرفي، وسيأتي له مزيد توضيح في إبطال الثمرة.

المسألة الثالثة: أنّ الوكالة تبطل بموت الراهن، وقد ظهر وجهه ممّا مرّ من أنّ

(١) ينظر جواهر الكلام: ١٢٣/٢٥.

حقيقة الوكالة هي صيرورة الوكيل بمنزلة الموكل، وفعله بمنزلة فعله، فإذا مات الموكل لم يعقل بقاء المنزلة المذكورة، وهو واضح لا خلاف فيه.

نعم، لو صرح الراهن بوكالة المرتهن بعد الموت أيضاً لم تبطل بالموت، لا بمعنى كونه وكيلاً [عنه]؛ فإنه غير معقول، بل بمعنى الوصية، فإذا صرح بالبقاء فهذا شرط للأمرين، أحدهما: الوكالة، والآخر: الوصاية.

المسألة الرابعة: أنه كما تبطل الوكالة بموت الراهن^(١) كذلك تبطل بموت المرتهن^(٢)، ولا ينتقل إلى الورثة؛ إقتصاراً على موردتها المذكور في متن العقد، فثبوتها لغيره يحتاج إلى توكيل آخر، سواء كان هو الوارث أو الأجنبي، إلا أن يشترط ثبوتها للوارث أيضاً، فيكون حينئذٍ وكيلاً على ما صرحوا^(٣) به من غير تكبرٍ وخلاف.

لكن أورد عليهم^(٤): بأن شرط الوكالة للوارث أيضاً غير صحيح؛ لأن الوكيل لا بد أن يكون شخصاً معيناً في الخارج، والوارث عنوان كلي يتبدل ويتغير، فربما يموت قبل المرتهن، فكيف يثبت لمن يوجد بعد ذلك؟

ولو شرطها لعنوان «الوارث»، أي: كل من هو وارث بعد موته، فهذا توكيل لشخص غير معين؛ فلا يجوز.

(١) في الأصل: «المرتهن»، والصواب ما أثبتناه.

(٢) في الأصل: «الراهن»، والصواب ما أثبتناه.

(٣) ينظر: الدروس الشرعية: ٣/٣٩٩، الروضة البهية: ٤/٥٦، مسالك الأفهام: ٤/٣٦، كفاية الأحكام:

١/٥٥٨، الحقائق الناضرة: ٢٠/٢٥٧، جواهر الكلام: ٢٥/١٢٢.

(٤) ينظر جواهر الكلام: ٢٥/١٢.

نعم، لو شرط النيابة جاز؛ لجواز كون النائب كلياً، ولذا كان الفقهاء
نواباً للأئمة عليهم السلام.

وفيه:

أولاً: منع اعتبار التعيين في الوكالة، فلم لا يجوز أن يكون كلياً
كالعلماء مثلاً؟

وثانياً: أن دليل اعتبار التعيين لو تمّ جرى في النائب أيضاً، وكون العلماء
نواباً حكم شرعي توقيفي، وليس من النيابة الحقيقية.

وثالثاً: ما عرفت من [عدم] تعقل الفرق المعنوي بين فعل الوكيل وفعل
النائب؛ فإن الفعل الصادر [عن شخص إذا كان] عن قبل الغير فهو حقيقة
واحدة سمّه وكالة أو نيابة، وليس في فعل النائب خصوصية لم تكن في فعل
الوكيل مع قطع النظر عن التوقف على الإذن، فالأصحّ جواز هذا الشرط،
وفاقاً لكل من تعرّض المسألة على ما اطلعنا عليه، فتدبر.

[لومات المرتهن ولم يعلم الرهن في تركته]

(٣٦) قال: «لومات المرتهن، ولم يعلم الرهن، كان كسبيل ماله حتى يعلم بعينه»^(١) إلخ..

أقول: محصل المسألة على وجه الكلية: من كان عنده أمانة، ولم يوص بها، فمات، فهل يجب إخراج قيمتها من التركة مطلقاً؟ أو يفصل بين ما لو علم بوجودها في التركة إجمالاً ولكن جهلت عينها، وما لو لم يعلم، أو علم بعدم الوجود مع العلم بتفريطه أو مطلقاً، أو غير ذلك من الوجوه والتفاصيل.

وقد تكلم الأصحاب في [هذه] المسألة في مواضع، منها: الوديعة، ومنها: المضاربة، ومنها: باب الحج في آداب السفر، واختلفت فيها الآراء والأقوال حتى وجدت من فقيه واحد أقوال متعددة بين مصيب ومخطئ، فإذن لا بأس علينا في ذكر صور المسألة بتفاصيلها، وهي كثيرة:

الصورة الأولى: أن يعلم إجمالاً بوجودها في التركة، ولم يعرف عينها، سواء عرف صاحبها أم لا؛ إذ لا مدخلية لمعرفة المالك في حكم المسألة، وظاهر المصنف هنا عدم وجوب إخراجها من التركة، ولعلمه لخبر القلاء^(٢)

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٤/٢.

(٢) في الأصل: «القلاسي»، والصواب: القلاء، وهو محمد بن رباح القلاء، وهو من وُلد عمر بن رباح القلاء، راجع: رجال النجاشي: ٩٢، الرقم ٢٢٩، وص: ٢٦٠، الرقم ٧٧٩، والفهرست

للطوسي: ٦٥، الرقم ٨٢.

الوارد في صندوق فيه رهون هلك صاحبه^(١)، المحمول على التقاصّ.
ولكنّه مخالف لما صرح به غير واحد^(٢) من لزوم الإخراج مع العلم
بوجودها فيها، بل يمكن دعوى الإجماع عليه، إذ لا إشكال في وجوب أصل
الإخراج، ضرورة عدم كون الاشتباه سبباً لخروجها عن ملك صاحبها.
فلا بدّ من حمل العبارة على غير هذه الصورة، وهي صورة الجهل بوجودها
فيها^(٣)، كما صرح به في محكيّ المسالك^(٤)، وكذا الخبر يطرح أو يؤوّل.

بل الظاهر عدم الإشكال في تقديمه على الغرماء لو ضاقت التركة عن
الدين، كما صرح به غير واحد^(٥)، وإن كان المحكيّ عن ظاهر المصنّف في
الوديعة عدم التقديم، حيث قال: «حاصّهم المستودع مع ضيق التركة على
تردّد^(٦)»، إلّا أنّه ضعيف لا يلتفت إليه بعد فرض وجود عين المال في التركة؛
لأنّ الجهل ليس سبباً لانتقاله إلى الميّت بالقيمة حتّى يكون صاحبها في
عرض الغرماء، بل اللازم إخراجها بتمامها عنها، ودخول النقصان مع الضيق
على الغرماء خاصّة، بل يصير شريكاً مع من يستحقّها من الوارث أو
الغرماء، لما قيل: من أنّ الأصل المستفاد من الأدلّة في الأموال المشتبهة

(١) ينظر: الكافي ٢٩١/١٠، ب ١٠٩ كتاب المعيشة، ح ١٩، الفقيه: ٣١٣/٣، ح ٤١١٨ وتهذيب

الأحكام: ١٧٠/٧، ح ٧٥٦، ووسائل الشيعة: ٣٩٩/١٨، ب ١٤ من أبواب، ح ١.

(٢) ينظر السرائر: ٤٢٣/٢.

(٣) أي: في التركة.

(٤) ينظر مسالك الأفهام: ٣٨/٣، وفيه: «المراد أنّ الرهن لم يعلم كونه موجوداً في التركة ولا معدوماً،
فحينئذٍ يكون كسبيل مال المرتهن».

(٥) ينظر: حاشية شرائع الإسلام: ٤٧٩، كفاية الأحكام: ٧٠١/١.

(٦) شرائع الإسلام: ١٣٤/٢.

الشركة، كما ورد^(١) في الدرهم المردّد بين اثنين عند الودعي من الحكم بالتنصيف، ومنه تنصيف العين المتنازع فيه اثنان، وهو حسنٌ إلّا أنّ في ثبوت الأصل إشكالاً ومنعاً، كما حقّقناه في باب القضاء^(٢) وإن اعترف به في جواهر الكلام^(٣).

وقد توجه الشركة: بأن مقتضى السلطنة تسلّط الناس على عين ماله عيناً وقيمةً، فإذا تعذّر التسلّط على العين بعذرٍ شرعيٍّ أو عقليٍّ فهو مسلّط على بدله [مثلاً] أو قيمةً، ولذا حكموا في مزج الحبوب - بل الدراهم والدنانير - بالشركة؛ إعمالاً لقاعدة السلطنة مهما أمكن، فإنّ مقتضاها التسلّط على العين كلّاً، فإن تعذّر فبقدر الميسور، ثمّ البدل^(٤) من المثل أو القيمة، وهذا هو الشركة، فإذا مزج خمسة بخمسة فكلٌّ من المالكين يستحقّ الخمسة؛ لأنّ بعضها عين ماله [قطعاً]، وبعضها بدله، فلو تعذّر الوصول إلى العين انحصر التسلّط في القيمة - كما صرحوا به في باب القضاء^(٥) - في المالكين المتلاصقين الذين لا يمكن انفصالهما، حيث قالوا: «إنّ صاحبيهما يشتركان في القيمة، فيباع المال ويقسمان الثمن بينهما»^(٦).

(١) ينظر وسائل الشريعة: ٤٥٢/١٨، ب ١٢ من أبواب كتاب الصلح، ح ١.

(٢) لم نقف عليه.

(٣) ينظر جواهر الكلام: ٢٨٠/٢٨.

(٤) في الأصل: «الحبوب» بدل «الميسور» والصواب ما أثبتناه، وعبارة «الميسور ثم البدل» أضفناها

من نسخة (ش) لاستقامة العبارة.

(٥) في نسخة (ش): الغصب.

(٦) ينظر كتاب الغصب للمحقّق الرشتي: ١٠٣.

والاشتباه أيضاً سبب لتعذر الوصول إلى العين، فينحصر الوصول حينئذٍ بالقيمة. وما حكموا [به] من الشركة في بعض أقسام المزج - كمزج الدراهم والجوز ونحوه من الحبوب - أقوى شاهد على ذلك؛ لأنه في الحقيقة اشتباه مالٍ بهال، لا امتزاج بينهما في الواقع، كما في مزج الماء بالماء. ويضعف: بأن الحكم بالشركة في مزج الدراهم والجوز ليس مسلماً عند الكل، فلمنع الشركة فيه مجال، إلا أن يكون إجماع.

وأما مزج الحبوب - كالحنطة والشعير - فهو عند العرف ملحق بالمزج الحقيقي، كمزج المائين أو الدهنين ولو اقتراحاً، والشركة في المزج الحقيقي على طبق القاعدة؛ لاشتغال كل جزء من المجموع على مال كل واحد من الشريكين، وموضوعات الأحكام تتبع ما عليه بناء العرف ولو اقتراحاً، وأين هذا من اشتباه مثل الفرس بالدار؟ وكيف يقال: إن الدار مشتركة بينهما عند الله؟ كما هو كذلك في [المزج] الحقيقي.

بل الذي تقتضيه القاعدة أولاً هو القرعة عيناً أو قيمةً، فلو أتلَفَ الفرس مثلاً قام قيمته مقامه في إجراء القرعة، ولا دليل على كونها [بينهما] نصفين، كما تقتضيه قاعدة الشركة، إلا أنني لم أعثر بمصرح بالقرعة، والمعروف أنها تحتاج إلى عمل الأصحاب، فإن بعض العمومات كذلك^(١).

وإن لم نقل بها تعيين الصلح القهري، أي يمنع صاحباهما^(٢) عن التصرف حتى يتصالحا، ويسمى هذا بالصلح القهري، كما هو القاعدة في الأموال المشتركة

(١) أي: لا يعمل ببعض العمومات إلا بعد عمل الأصحاب بها كلاً أو بعضاً.

(٢) في الأصل: «صاحبها»، والصواب ما أثبتناه، أي: صاحب المالين المشتبهين.

عند تشاحّ الشركاء، فما احتمله بعض في المسألة من الصلح القهري حسنٌ لو أراد ما ذكرنا، وإن أراد اقتراح الحاكم بالصلح بينهما بما يراه قهراً فلا وجه له، بل لا دليل عليه.

وهذا أصل مطرّد في جميع الأبواب، فاعمل به، ولو رأيت فقيهاً حكم به عند اشتباه المال بشبهة موضوعية أو حكمية، فقل: إنّه أراد منه ما ذكرنا، لا ما احتملنا من اقتراح الحاكم.

وقد يطلق الصلح القهري على الحكم الشرعي الثابت في المسألة بدليل، ومنه إطلاقه على التنصيف الثابت في الدرهم [المشتبه] عند الودعي، وهو جيد، وليس المقام كذلك قطعاً.

هذا كلّ إذا علمنا بعدم التفريط والتقصير عمّن عنده الوديعة، كما لو عيّنه في كتابٍ وضاع الكتاب، فإن علمنا بتقصيره و[تفريطه] وأنّه ترك الوصية الواجبة عليه - قصوراً أو تقصيراً على أظهر الوجهين في القصور - ضمن ضمان الحيلولة، كما صرح به المحقّق الثاني رحمته الله^(١) في بعض فروع المسألة، فعلى الورثة أيضاً الغرامة من التركة.

والظاهر عدم الإشكال في تقديمه على الغرماء، كما عن مضاربة القواعد^(٢)، حيث قال: «أنّه لو علم وجود مال المضاربة في التركة قدّم على سائر الغرماء، ولو جهلت عينها»، بل قد يقال: بالشركة لو تمّ دليلها في المسألة الأولى، وليس

(١) ينظر جامع المقاصد: ١٥٧/٨.

(٢) ينظر قواعد الأحكام: ٣٤٦/٢، وفيه: «و مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتاً في ذمّته، وصاحبه أسوة الغرماء على إشكال، وإن عرف قدّم وإن جهلت عينه».

ببعيدٍ، إلّا أنّ الثمرة بين الشركة وضمان الحيلولة بعد مساواتهما في التقديم على الغرماء كالمعدومة.

الصورة الثانية: أن لا يعلم وجودها في التركة رأساً، لا سابقاً ولا لاحقاً، بل المعلوم وصول الأمانة بيده، وأمّا بقاؤها أو تلفها قبل الموت فغير معلوم، وهذه الصورة ممّا اختلف فيه، والشهرة المحكيّة فيها متعارضة، فعن التذكرة: «إذا كان عنده وديعة ولم توجد في التركة، فإنّ الذي يقتضيه النظر عدم الضمان، والذي عليه فتوى أكثر العلماء منّا ومن الشافعيّة^(١) الضمان»^(٢).

واختلف كلام المصنّف كالقواعد، فعن رهن القواعد^(٣) عدم الضمان، وعن وديعته^(٤) الضمان مع التقديم على الغرماء على تردّد، وعن مضاربتة^(٥) الضمان مساوياً مع الغرماء على إشكالٍ، وقد سمعت ما عن التذكرة، وعن المسالك^(٦) نسبة الجزم بعدم الضمان إلى ظاهر الأصحاب عكس التذكرة، وعن ظاهر المبسوط^(٧) الضمان كما يأتي نقل كلامه، وبه صرح في المقابس^(٨)

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز: ٢٩٧/٧، روضة الطالبين: ٥/ ٢٩٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: ١٧٩ / ١٦.

(٣) ينظر قواعد الأحكام: ١٢٣ / ٢، وفيه: «لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسييل ماله».

(٤) ينظر نفس المصدر: ١٩٠ / ٢، وفيه: «لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها، ففي الضمان إشكال».

(٥) نفس المصدر: ٣٤٦ / ٢، وفيه: «ولو مات العامل ولم يعلم بقاء مال المضاربة بعينه، صار ثابتاً في ذمته وصاحب أسوة الغرماء على إشكال...».

(٦) ينظر مسالك الأفهام: ١٢٣ / ٥، و ٣٧ / ٤ - ٣٨ و ٣٩٨.

(٧) ينظر المبسوط: ١٤٨ / ٤.

(٨) ينظر مقابس الأنوار: ٢٥٣.

وجواهر الكلام^(١) هنا، وعن وديعته^(٢) عدم الضمان، وكيف كان، فالمتبع هو الدليل، وهو من وجوه:

الأول: ما عن وديعة المبسوط^(٣): «إذا حصلت الوديعة في يد المودع يلزمه الرد، وإذا شككنا في أنه هل هلك أم لا؟ فلا يسقط الرد إلا إذا تحقق الهلاك، ولا يسقط عنه الضمان بالشك»، وظاهره - كما قيل^(٤) - الاستدلال على الضمان بوجوب ردّ الوديعة مطلقاً إلا إذا ثبت تلفها.

وهو بظاهره لا محصل له:

أمّا أولاً: فلأنّ المخاطب بالردّ قد مات، فعلى من يجب الردّ؟

وأمّا ثانياً: فلأنّ وجوب الردّ لا يستلزم الضمان، لأنّ الأمين غير ضامن، وإن وجب عليه الردّ مع مطالبة المالك، ولهذا الدليل توجية سيأتي إن شاء الله تعالى.

الثاني: ما في المقابس^(٥) - ويحتمله كلام المبسوط - من أنّ اليد مقتضى للضمان مطلقاً في الأمين وغيره، إلا أنّ التلف من غير تفريط مسقط للضمان في خصوص الأمانة، فإذا شككنا في تحقق المسقط بعد إحراز المقتضي دفعناه بالأصل، ولذا حكموا في ما لو اختلف الدافع والقابض في كون المدفوع قرضاً أو وديعةً بتقديم قول المالك^(٦)، فلو لا أنّ الأصل في اليد الضمان لم يتّجه

(١) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٤٦ - ٢٤٨.

(٢) نفس المصدر: ٢٨ / ٢٧٩ - ٢٨٠.

(٣) المبسوط: ٤ / ١٤٨.

(٤) ينظر: إيضاح الفوائد: ٢ / ١١٦، جامع الشتات: ٣ / ٣٥٢.

(٥) مقابس الأنوار: ٢٥٣.

(٦) ينظر: النهاية: ٤٣٧، مختلف الشيعة: ٦ / ٦٢ ونقله عن ابن الجنيّد.

ما حكموا به؛ لأن مقتضى الأصل - بل الأصول - عدم الضمان.

وفيه أولاً: منع كون يد الأمين يد ضمان، كيف وقد تطابق النص والإجماع على أن الأمين غير ضامن، ولا ينافيه ضمانه بالتعدي والتفريط؛ لأنهما سببان لخروجه عن عنوان الأمين، أو يرجعان إلى الإلتلاف الذي لا فرق فيه بين الأمين وغيره.

ومع الغص عن ذلك فقصى ما هنا تنويع الأمين إلى من يضمن ومن لا يضمن بعد ملاحظة ما دلّ على ضمانه بالتعدي أو التفريط، وأين هذا من كون يده سبباً للضمان مطلقاً، وكون التلف مسقطاً؟

وأما حكمهم بالضمان عند الاختلاف في القرض والوديعة فهو مبني على جواز التمسك بالعام في الشبهات الموضوعية؛ لأن مقتضى عموم «على اليد» الحكم بالضمان في كل فرد من أفراد الخارجية إذا شك في كونه من أفراد الباقي، أو من أفراد المخصص.

أو^(١) على الأصل الموضوعي الجاري في الفرد المشكوك، وهو أصالة عدم الأمانة على أصح الوجهين، سواء كانت الأمانة مانعة عن الضمان، أو كان عدمها شرطاً؛ إذ لا فرق بينهما إذا كان الشرط موافقاً للأصل.

والمراد بالأصل هو استصحاب العدم الأزلي، دون عدم كون الفرد المشكوك أميناً حتى يقال بعدم إحراز الحالة السابقة.

ولا يقدح كونه أصلاً مثبتاً بالدقة؛ لأن الواسطة - وهو اتّصاف الفرد المشكوك بالعدم - خفية.

(١) عطف على قوله: فهو مبني على جواز التمسك، إلى آخره.

وثانياً: بأنّه إن أريد بالضمان - الذي يسقطه التلف من غير تفريط - وجوب الردّ؛ فهو مسلّم، لكنّه يرجع إلى الوجه الأوّل الذي عرفت ما فيه.

وإن أريد به الغرامة بعد التلف مع التفريط كان وجوبها حينئذٍ مشروطاً بالتلف عن تفريط، فهو السبب للضمان، أمّا التلف من غير تفريط فهو أمرٌ آخر مغاير للسبب، وضدّ له، وليس أحد الضدّين أو النقيضين مسقطاً للآخر، فدعوى: كون اليد سبباً للضمان لكن التلف من غير تفريط مسقطٌ ممّا لا محصل له.

الثالث: أنّ اليد سبب للضمان مطلقاً من غير فرق بين الأمين وغيره، ومعنى الضمان هو وجوب الغرامة على تقدير التلف، لكن دعوى الأمين للتلف، أو العلم به، أو ثبوته بالبيّنة مسقطٌ للضمان دون التلف الواقعي، فبعد احتمال التلف من غير ثبوته شرعاً يحكم بالضمان عيناً أو قيمة؛ لوجود السبب مع عدم المانع، وهو العلم بالتلف، أو ما في حكمه.

وهذا الوجه وإن كان معقولاً، إلّا أنّه دقّة سوفسطائية، لا يساعده الاعتبار، ولا ظواهر الأخبار^(١) النافية للضمان عن الأمين.

الرابع: ما عن غير واحدٍ منهم الشهيد في المسالك^(٢) وفاقاً للمحقّق الثاني^(٣) من أصالة بقاء الوديعة، وأضاف إليها في جواهر الكلام^(٤) أصالة عدم مال آخر غير التركة حتّى يترتب عليها وجودها في التركة وإلّا لم ينفع، لأنّ مجرد البقاء من

(١) ينظر وسائل الشريعة: ١٩ / ٧٩، ب ٤ و ١٠ من كتاب الوديعة.

(٢) ينظر مسالك الأفهام: ٥ / ١٢٣، و ٤ / ٣٨.

(٣) ينظر جامع المقاصد: ٥٠ / ٦.

(٤) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٣٣٤، وفيه: «كما أنّ الأصل عدم تركة له غير الموجود، فينحصر الرهن في التركة الموجودة... إلى آخره».

غير أن يكون جزءاً للتركة لا يترتب عليه الردّ عيناً أو بدلاً على الورثة، وأنت خبيرٌ بأنّ الأصلين لا يترتب عليهما وجود المال في التركة، إلّا على القول بالأصل المثبت الذي لا يقول به المستدلّ.

وإليه أشار في المسالك حيث ردّ أصالة البقاء بأنّه: «لا ينافي أصالة البراءة من الغرامة»^(١) وإلّا فللمنافاة واضحة.

وقيل^(٢) في وجه عدم المنافاة: إنّّه يجمع بين الأصلين، فيترتب على أصالة البقاء كلّ حكمٍ مترتب على بقاء المال واقعاً، وعلى أصالة البراءة إخراج الديون وإجراء أحكام المواريث على التركة، وهو حسنٌ لو فرض للمال الواقعي الذي لا تصل إليه اليد حكم شرعي، وفيه تأمل.

فالأولى الحمل على ما ذكرنا من سقوط الأصل المذكور؛ باعتبار كونه مثبتاً، فتبقى أصالة البراءة سليمة في المسألة.

الخامس: ما عن مضاربة جامع المقاصد^(٣) من أنّ ترك الوصيّة تفريط من الأمين، فيكون ضامناً في ماله، وهو أحسن الوجوه وإن أورد عليه: بأنّ عدم العلم بالوصيّة ليس سبباً للتفريط والضمان، بل السبب هو عدمها، وترك الإشهاد عليها، وهو غير معلوم.

ولكنّه باطل، لأنّ الضمان لو كان مترتباً على عدم الوصيّة فلا مانع من إحرازه بالأصل.

(١) مسالك الأفهام: ٣٩ / ٤، ١٢٣ / ٥ - ١٢٤، وفيه: «و أصالة بقائها إلى الآن لو سلّمت لا يقتضي تعلّقها بالذمة».

(٢) ينظر: مسالك الأفهام: ٣٩ / ٤، جامع الشتات: ٣ / ٣٥٦، جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٤٤ - ٢٤٦.

(٣) جامع المقاصد: ٨ / ١٥٧.

نعم، يرد عليه: أنَّ الضمان مترتب على التفريط لا على عدم الوصية، وإن كان بينهما ملازمة، فالاعتماد على أصالة عدمها [مبني] أيضاً [على] الأصل المثبت.

وقد يقال: إنَّ ترك الوصية قد يكون لعذر، مثل السهو والنسيان ونحوهما، فلا ملازمة بين التفريط وعدم الوصية.

وهو حسنٌ لو قلنا باعتبار الإثم في تحقق التفريط، والأصحَّ أنَّه غير معتبر، فلو ترك الأمين ما يجب عليه نسياناً كان ضامناً أيضاً.

السادس: ما رواه الشيخ عليه السلام بإسناده عن محمد بن علي بن محبوب، عن أحمد، عن البرقي، عن النوفلي، عن السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن علي عليه السلام أنَّه قال: «من يموت وعنده مال المضاربة، قال: إن سَمَّاهُ بعينه قبل موته، فقال: هذا لفلان فهو له، وإن كان ولم يذكر فهو أسوة الغرماء»^(١)، وفي بعض النسخ^(٢): «سئل عن علي عليه السلام مكان «قال»، وهو أنسب.

وعن المجمع^(٣): أنَّ المال أسوة بينهم، أي: مشترك بينهم وهم فيه سواء. وسند الرواية معتبر إلا من طرف النوفلي والسكوني، وحالهما في الرجال معروف: بين من لا يعتدَّ بهما، وهم الأكثر^(٤)، وبين من يقبل، كالشيخ^(٥) على ما

(١) تهذيب الأحكام: ٧/ ١٩٢، ح ٨٥١، وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٩، ب ١٣ من أبواب المضاربة، ح ١.

(٢) لم نقف عليه.

(٣) مجمع البحرين: ١/ ٧٦، مادة (أ س و)، وفيه: «والمال أسوة بين الغرماء» أي شركة ومساهمة بين غرماء المفلس لا ينفرد به أحدهم دون الآخر.

(٤) ينظر: مختلف الشيعة: ٨/ ٤٠٤، مجمع الفائدة والبرهان: ٢/ ٤٦٣، المناهل: ٧١٢، وغيرهم.

(٥) ينظر العدة في أصول الفقه: ١/ ١٤٩.

عُزِّي إليه، والظاهر أنَّ العاملين بالرواية من الأصحاب يبلغون ما يكفي في جبر سندها، فلا مانع من العمل بها من جهة السند.

وأما الدلالة فقد اختلف فيها بين احتمالات ثلاثة:

يحتمل أن يكون المراد: أنَّه كان في زمان حياته عنده مال المضاربة، وأما وجوده عند الموت فغير معلوم، وهذه هي الصورة المبحوث عنها، وهذا [الاحتمال] يحتاج إلى إضمار: «كان» قبل «عنده»، أو إضمار: «قبل الموت» بعد «المضاربة»، والإضمار مخالفٌ للأصل، إلَّا أنَّه لو ارتكبناه بقيت سائر الفقرات على حالها.

و دعوى: أنَّ قوله عليه السلام: «فإن سمَّاه، وقال: هذا لفلان» ظاهر في وجودها عند الموت، غير واضحة؛ إذ لا تنافي بينه وبين ما لو علم بوجودها قبل الموت، وشككنا فيه عنده، كما لا يخفى، وهذا الاحتمال اختاره في محكيِّ المقابس^(١).

وقيل^(٢): إنَّ معناه: أنَّه كان عنده حين الموت عين المضاربة موجودة، ولكنَّها مشتبهة.

ومعنى «أسوة الغرماء»: أنَّه أسوة أرباب سائر المضاربات التي كانت عنده، فالمراد بالغرماء حينئذٍ أرباب المضاربات دون الديَّانين، وهذا المعنى منسوب إلى شيخنا خاتم المحققين رحمته الله^(٣) وفاقاً للمحكيِّ عن المصنِّف^(٤) والعلامة^(٥)

(١) مقابس الأنوار: ٢٥٣، ولا يخفى أنَّه ذكرها احتمالاً ثم لم يرض بها، وقال: «ولا ريب أنَّه مستبعدٌ جداً من وجوه شتى».

(٢) ينظر: رياض المسائل: ٣٦٢/٩، جامع الشتات: ٣/٣٤٧.

(٣) لم نقف عليه.

(٤) ينظر شرائع الإسلام: ٣٩٠/٢.

(٥) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٧/١٤٤.

والشاهد^(١) وغيرهم في معنى الرواية، فإنّهم حملوها على ما لو علم بوجود مال المضاربة، وفسروا الغرماء بأرباب المضاربة، وعلى هذا فيكون قوله: «وعنده مضاربة» باقٍ على ظاهره.

وقيل أنّ المراد: أنّ حكمهم^(٢) حكم الغرماء، ويجري في حقّ [صاحب] مال المضاربة^(٣)، وحكمهم أنّ من يجد عين ماله في تركة الميت يأخذه، نظير ديّان المفلس، فإن كان معلوماً فهو، وإلا كان حكمه حكم مال المشتبه.

وهذا مثل سابقه في إبقاء السؤال على ظاهره، وارتكاب خلاف الظاهر في لفظ «أسوة» بحمله على التشبيه دون الحقيقة.

والإنصاف: أنّ أظهرها أوّلها؛ لأنّ المجاز وإن كان أولى من الإضمار، كما صرحوا به^(٤) في تعارض الأحوال، [إلا أنّ] من البين أنّ «الغرماء» حقيقة في الديّان، وحملها على أرباب المضاربة بعلاقة المشابهة - وهي التسلّط على التركة، فإنّ كلّاً من الديّان وأرباب الأمانات مسلّطون على تركة الميت وإن كانت جهة التسلّط مختلفة - في غاية البعد والركاكة.

بل يمكن القطع بفساده؛ لأنّ مفاد الجواب لا يزيد على مفاد السؤال شيئاً، إذ السائل سأل عن حكم مال المضاربة الموجود في التركة، والجواب عنه: بأنّ

(١) ينظر مسالك الأفهام: ٤ / ٣٩٧.

(٢) أي: حكم أرباب المضاربات حكم الغرماء.

(٣) في نسخة (ش): قيل: أنّ المراد بكونه أسوة الغرماء أنّ حكم الغرماء يجري في حقّ صاحب المضاربة.

(٤) ينظر مفاتيح الأصول: ٩٢.

حكمه حكم أرباب المضاربات الموجودة، حوالة إلى المجهول أو المعلوم، وعلى التقديرين لا يفيد السائل شيئاً، ولا يزيد إلا تحيراً.

هذا إذا كان مكان: «قال» «سئل عن عليّ عليه السلام» كما عن بعض النسخ، ولو كان: «قال» فهو أفصح، كما يظهر بأدنى تأملٍ.

وفهم جملة من العلماء معارضٌ بفهم جملة أخرى من القائلين في المسألة بالضمّان^(١) المستدلّين بالرواية، مع أنّ رفع اليد عن ظاهر القواعد اللفظيّة بفهم جملة من العلماء خلاف طريقتهم.

وأما المعنى الثالث فمع ابتناؤه على أصلٍ نظري؛ لأنّ أولويّة الديان بعين ما لهم الموجودة في التركة من غيرهم - كما هو كذلك في ديّان المفلس - محلّ خلافٍ عظيم، [فهو] من مضحكات الشكلى.

فمعنى الرواية مردّد بين الاحتمالين الأوّلين، وقد ظهر رجحان الأوّل، فلا بأس بالعمل بها في المسألة، مع اعتضاها بالأصول المتقدّمة وإن كانت مثبتة؛ لما ذكرنا من أنّ بناء الأصحاب على العمل بها من باب الظنّ النوعي، ومحلّ تحقيق المسألة في الأصول، وكذا تعميم «على اليد» على بعض التقاريب، والله العالم.

الصورة الثالثة: أن يعلم بوجودها في التركة سابقاً وشك في وجودها فيها بعد الموت؛ لاحتمال تلفها قبله.

والحكم بالضمّان هنا أظهر من سابقتها؛ عملاً باستصحاب بقائه، ولذا قال بالضمّان هنا بعض^(٢) من لم يقل به هناك، إلّا أنّه أيضاً من الأصول المثبتة، نظير

(١) ينظر: جامع المقاصد: ٨/ ١٥٨، مفتاح الكرامة: ١٧/ ٢٦٤، جواهر الكلام: ٢٦/ ٢٤٦ - ٢٤٨.

(٢) لم نقف عليه.

استصحاب بقاء الكرّ في الحوض لإثبات كرية الماء الموجود فيه، لكنّ الواسطة خفيّة كما في استصحاب الكرّ.

لا يقال: إذا علمنا كون بعض أجزاء التركة أمانة في السابق، يثبت بالاستصحاب كونها كذلك بعد الموت، فأين الواسطة؟

لأنّا نقول: أنّ كون بعض أجزائها أمانة في السابق خارج عن محلّ الكلام، إذ المفروض احتمال تلف ما كان في السابق أمانة، فباستصحاب بقاء الأمانة نريد أن نحكم بكون بعض أجزائها بعد الموت أمانة، وليس الكلام في ما إذا علم بكون أحد أجزاء التركة الموجودة أمانة في السابق؛ فإنّه داخل في الصورة الآتية لو احتمل انتقالها إليه قبل الموت، وإلاّ فحكمها حكم الصورة الأولى المفروض فيها العلم الإجمالي بوجودها في التركة، بل هي عينها.

الصورة الرابعة: أن يعلم بوجودها في التركة فعلاً، لكنّ يحتمل انتقالها إليه قبل الموت بسبب من الأسباب، كعدم فك الرهن وصيرورته ملكاً للمرتهن مقاصّة عن الدين ونحوها، والحكم في هذه الصورة غير صافٍ عن الإشكال، ولذا تردّد فيه في جواهر الكلام^(١) مع ترجيح الحكم بعدم الضمان؛ عملاً بظاهر اليد.

وجزم بعض الناظرين^(٢) في المسألة - الواردين على كلامه - [بالضمان] نظراً إلى أصالة بقاء الرهانة، وكأنّه يدّعي الضرورة فضلاً عن الإجماع، وليس في محله؛ لأنّ الاستصحاب هنا معارض باليد، فينبغي تقديمها عليه، فكيف يدّعي الجزم بخلافه؟

(١) ينظر جواهر الكلام: ٣٣٨/٢٦.

(٢) لم نقف عليه.

وقد يمنع اعتبار اليد هنا؛ لأنّ الدليل على اعتبارها وتقديمها عليه ليس إلاّ الإجماع والسيرة، ولا إطلاق فيهما، فللاقتصار على موضع اليقين مجال، وهو ما إذا كانت مقرونة بدعوى الملكية، أو بالتصرفات الموقوفة على الملك، فلو لم يظهر من صاحب اليد ادّعاء الملكية، ولم يصدر منه أيضاً تصرف موقوف عليها، كيد الدّالّ المحتمل شراؤه قبل الموت، فالحكم بالملكية اعتماداً على صرف اليد لا يخلو عن تأمّلٍ، بل منع.

نعم، لا شبهة في تقديمها على أصالة عدم الانتقال، أو أصالة البقاء في ملك الغير، فيحكم بملكية التركة للميت ولو علم بأنها كانت سابقاً للغير على وجه الإجمال؛ إذ الغالب في الأموال التي تحت أيادي الناس كونها [سابقاً] ملكاً للغير، فلو لم نقدّمها على الأصلين لم يبق لما دلّ على كون اليد دليلاً مورد، بل الإجماع والسيرة قائمان على اعتبارها، وتحكيمها على الأصلين.

و أمّا العمل بها في مقابل الاستصحاب الوجودي التفصيلي - كاستصحاب ملكية زيد مثلاً من دون ادّعاء صاحبها الملكية، أو تصرفه فيه تصرفاً موقوفاً عليها - فليس بثابت، فالمدار على مساعدة الدليل دون القياس والاعتبار.

فلا يرد سؤال: الفرق بين الاستصحاب الخاصّ التفصيلي، وبين أصالة عدم الانتقال، أو أصالة البقاء في [ملك] الغير إجمالاً.

وإن شئت قلت: إنّ مقتضى الاستصحاب الموضوعي في ما نحن فيه الحكم بعدم الملكية، وهو استصحاب صفة الأمانة في العين التي كانت أمانةً أو رهناً أو غيره، وهو حاكم على دليل اليد، ضرورة خروج يد الأمانة عن تحته، فقضية استصحاب الأمانة، أو استصحاب حكمها البناء على كون يده [عليها]

يد أمانة، كما كان كذلك في السابق، فلا وجه للأخذ بظاهر اليد وجعلها معارضاً للاستصحاب.

وفيه: أنَّ محصّل هذا هو استصحاب كونه ملكاً للغير، فيرجع الأمر إلى معارضته الاستصحاب، وليس يد الأمانة خارجة عما يدلّ على اعتبار اليد حتّى يكون استصحابها حاكماً على الدليل المذكور، كما لو قال: «أكرم العلماء، ولا تكرم العالم الفاسق»، وشككنا في بقاء الفسق السابق، فإنَّ استصحاب الفسق هنا حاكم على عموم «أكرم العلماء»، لكونه استصحاباً موضوعياً بالقياس إلى العالم المشكوك الفسق.

بل ما دلّ على اعتبار اليد إنّما دلّ عليه في صورة الشك، فاليد المعلوم أنّها أمانة لم تكن داخلية تحت دليل اليد من أوّل الأمر، فليس هنا استصحاب موضوعي حاكم على دليل اليد كما توهم، وقياسه بالمثال المذكور مبنيٌّ على الخلط بين المقامين، فلا تغفل.

هذا حكم الصور التي أشكل الأمر فيها على الناظرين، والصور الباقية ليست بذلك الإشكال، أو يظهر حكمها بأدنى تأمل لمن أحاط بالأصول والقواعد.

تذنيبان:

الأوّل: لو كان الوارث عالماً بدين مورّثه سابقاً وشاكاً في بقائه عند الموت، فهل يجب عليه أدائه عملاً بالاستصحاب أو لا؟

قال [بعض] المعاصرين: «إنّ الدين إن كان من حقوق الناس لم يجب؛ للسيرة الجارية بين المسلمين، فإنّهم يتصرفون في تركة مورّثهم إلّا أن

يُدَّعي عليهم مدَّع، فمع عدم المدَّعي لا يلتفتون إلى الدين السابق ولو شكوا في الأداء»^(١).

قال: «و يؤيِّده تشريع اليمين الاستظهارى عند الدعوى على الميِّت؛ إذ لو كان احتمال البقاء واستصحابه كافياً في ثبوت اشتغال ذمَّة الميِّت فعلاً بعد الموت لم يكن وجهٌ لاعتباره.

وإن كان من حقوق الله تعالى - كالخمس والزكاة والكفارة والنذر - ففيه إشكال»^(٢)، ولم يذكر وجه الإشكال فيه.

قلت: ولعلَّ الأمر بالعكس أولى؛ [لأنَّ] تأخير الخمس والزكاة والكفارة إلى حين الموت إثْمٌ ومعصية لدى مطالبة المستحقِّين^(٣)، وأصل الصَّحَّة قاضٍ بحمل أمر المسلم على أحسنه، فعدم الوصية بإخراجها ظاهر في براءة ذمَّته، بخلاف حقِّ الناس؛ إذ لا معصية في تأخيرها إلى الموت، لأنَّ وجوب الأداء مشروط بالمطالبة، فلا أصل فيه يقتضي البراءة.

والاستظهار باليمين يدفعه: أنَّ هذا الحلف إنَّما هو لحفظ [حصر] موازين [القضاء] بالبينَّة والإيمان، فضمَّ الحلف إلى البينَّة لئلا يكون سند القضاء استصحاب البقاء، وليس الكلام هنا في القضاء، بل في عمل الوارث وتكليفه في ما بينه وبين الله تعالى، فلا وجه لاستصحاب البقاء؛ لسقوطه عن الاعتبار في المسألة.

(١) ينظر سؤال وجواب للسَّيد اليزدي: ٤٠١، سؤال: ٦٤٢.

(٢) ينظر المصدر السابق.

(٣) في نسخة (ش): «لمطالبة المستحقِّين».

وأما دعوى السيرة، ففيها: منع صغرى وكبرى، كما لا يخفى.

الثاني: أن المشهور في الوديعة - على ما ادّعاه بعض^(١) - الضمان في المسألة، وفي المضاربة والرهن عدم الضمان، بل قد قيل^(٢): أنهم أرسلوا عدم الضمان في الأخير إرسل المسلّمات، وحيثُ يتوجّه عليهم سؤالان: سؤال الفرق بين الوديعة والمضاربة، والفرق بينهما وبين الرهن.

وعن المحقق القمي^(٣) تعليل الفرق: بأن وضع الوديعة على البقاء وعدم التحويل، فالظاهر فيها بقاء يد الأمانة بحالها، بخلاف المضاربة؛ فإنّ بناءها على التقلب والتقلب، فالظاهر فيها عدم البقاء، وكذا الرهن فإنّه أيضاً في معرض الزوال والتلف بالبيع ونحوه ولو بوكالة المرتهن في البيع، ثمّ أورد عليه: بأنّ ذلك لا يقتضي الضمان في الوديعة.

(١) ينظر مسالك الأفهام: ١٢٣/٥.

(٢) ينظر جامع الشتات: ٣/٣٥٤.

(٣) ينظر المصدر السابق: ٣/٣٥١، سؤال: ١٦٧.

[جواز ابتياع المرتهن الرهن لنفسه]

(٣٧) قال: «ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن لنفسه....»^(١).

أقول: إذا كان أحدٌ وكيلاً في بيع أو إجارة، ففي جواز إجارته أو شرائه لنفسه خلاف، وقد سبق عنوان كليّ [هذه] المسألة، ويرجع إليه مسألة أخرى ذكروها في باب المكاسب^(٢) من أنّ الوكيل في تفريق مال الفقراء هل يجوز له أخذه لنفسه إذا كان فقيراً أم لا؟

وكيف كان فالظاهر المحكيّ عن الأكثر الجواز في المسألتين^(٣)، وعن ظاهر بيع المصنّف^(٤) المنع، وهو المحكيّ عن المحقّق الثاني^(٥) هنا، وهو قويّ؛ للأصل، وقصور عبارة التوكيل لشمول نفس الوكيل، إلّا أن يعلم عدم تعلّق غرض الموكل بشخص المشتري والمستأجر، وأنّ غرضه ليس إلّا الوصول إلى الثمن، أو الإيصال إلى المستحقّ، أو غير ذلك من الأغراض المختلفة باختلاف الأفعال المكلف فيها.

وهو حسنٌ، إلّا أنّ في كفاية المناط القطعي - على فرض مساعدة المقام له مطلقاً، أو في خصوص بعض الموارد كما يتّفق كثيراً في صحّة العقد وخروجه عن الفضوليّ -

(١) شرائع الإسلام: ٢ / ٣٣٤.

(٢) ينظر: مسالك الأفهام: ١٣٦/٣، جواهر الكلام: ٢٣ / ٢٤٨.

(٣) ينظر الدروس الشرعية: ١٧١/٣، الدرس ٢٣٣.

(٤) ينظر شرائع الإسلام: ٢ / ٢٦٩.

(٥) ينظر جامع المقاصد: ١٣٠/٥.

تأملًا، بل منعًا، إذ الظاهر - كما هو المعزّي إلى المشهور^(١) - أن مجرد الرضا وطيب النفس وإن علم به لا يكفي في صحّة العقد، بل لا بدّ لها من كاشفٍ لفظي أو فعلي.

ومن البين أن المناط القطعي لا يرجع إلى الدلالات اللفظيّة، فيرجع إلى الإكتفاء بمجرد طيب النفس المنكشف من شهادة الحال، كما لو صرح الموكل وقال: «أنت وكيل في بيع ذلك من زيد بكذا» مع العلم بأنّه لا يريد إلا الثمن، فباعه من عمرو بأزيد أو بمثله، فهو فضولي بناءً على اعتبار إنشاء الإذن فعلاً أو قولاً في صحّة البيع وغيره من العقود.

والحاصل: أن انصراف قوله: «أنت وكيل في بيع مالي» إلى غير الوكيل غير بعيد، كما أن العلم بالمناط ليس إلا كالعلم بالرضا من شهادة [الحال]، فعلى القول بعدم كفايته في إخراج العقد عن الفضولي اتّجه المنع هنا.

وربما يستدلّ عليه: بما ورد في الأخبار^(٢) في المسألتين من النهي، وهو ضعيف؛ لأنّه إمّا أن نقول بالانصراف إلى غير الوكيل فالنهي حينئذٍ إرشادي لا يفيد شيئاً، وإن لم نقل بالانصراف وجب حمله على الكراهة، كما فعله القائل بالجواز^(٣)؛ لأنّ الحكم بالحرمة تعبدًا على ما تقتضيه القاعدة في ألفاظ التوكيل بعيد جدًّا، لا يقول به فقيهه، فلا بدّ من الحمل على الكراهة؛ لما في ارتكاب الوكيل لذلك من التهمة ولو بحسب النوع، والله العالم.

(١) ينظر حاشية مجمع الفائدة والبرهان ٧١.

(٢) ينظر: تهذيب الأحكام: ٦/ ٣٥٢، ب ٩٣ المكاسب، ح ٦، الاستبصار: ٣/ ٥٤، ب ٢٨ الرجل يعطي شيئاً ليفرقه، ح ١، وسائل الشيعة: ١٧/ ٢٧٧، ب ٨٤ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

(٣) ينظر: الاستبصار: ٣/ ٥٤، جواهر الكلام: ٢٣/ ٢٥٢.

[نفقة الرهن على الراهن]

٣٨ قال: «وإن كان للرهن مؤونة كالدابة، أنفق عليها وتقاصّا، وقيل: إذا أنفق عليها كان له ركوبها أو يرجع إلى الراهن بما أنفق» الخ^(١).

أقول: توضيح المقام يحتاج إلى رسم مقدّمة يبحث فيها عن وجوب حفظ الأموال والنفوس في مقامين:

الأوّل: في حفظ الأموال، وفيه بحثان:

أولهما: في وجوب حفظها كفايةً على كافّة المؤمنين عند عدم قيام مالك المال بحفظه قصوراً؛ لغيبه أو صغر أو جنون، أو تقصيراً.

وثانيهما: في وجوب حفظه على صاحب المال.

أمّا الأوّل: فقد صرح الشهيد الثاني رحمته الله في الوديعة^(٢) بوجوب الإنفاق عليها على الودعي إذا كان حيواناً، ثمّ قال: «وكذا الشجرة»^(٣)، أي وجوب الإنفاق عليها إذا توقّف حفظها عليه.

وقد صرح في ما لو لم يقبل الودعي الوديعة، فتركها المالك المستودع عنده

(١) شرائع الإسلام: ٢ / ٣٣٥.

(٢) ينظر مسالك الأفهام: ٨٧/٥.

(٣) مسالك الأفهام: ٨٨/٥، وفيه: «و في حكم الحيوان الشجر الذي يفتقر إلى السقي وغيره من

ومشى، بوجوب حفظها عليه كفايةً بعد عدم قبول الوديعة^(١)، ويمكن الاستدلال عليه بوجوه:

أحدها: قوله ﷺ في خطبة الغدير: «حرمة أموالكم كحرمة نفوسكم»^(٢)، ووجه الشبه الظاهر هنا ليس إلّا وجوب الحفظ، فيدلّ عليه من غير أن يحتاج إلى دعوى عموم المنزلة؛ لأنّ محلّ^(٣) هذه الدعوى [هو] ما إذا لم يكن هنا وجه شبه ظاهر، وإلّا فيدلّ عليه بلا إشكال وخلاف.

وثانيها: ما عن قواعد الشهيد^(٤) أنّه ما شرع إلّا لحفظ المقاصد الخمس الإلهية: الدين، والعقل، والنفس، والمال، والنسب، فحفظ المال يعدّ [من] المقاصد الإلهية التي بعث لصيانتها الأنبياء [على نبينا وآله وعليهم السلام].

وثالثها: أنّه لا إشكال عندهم في ثبوت ولاية الحاكم على الغائب، ومن فروعها وجوب حفظ ماله عليه، كما صرحوا به في محلّه^(٥)، ولولا [أنّ] حفظ الأموال كالنفوس من الواجبات الكفائية لم يكن وجهٌ لولاية الحاكم على حفظه بالاتّفاق، لما [تقرّر] في محلّه من أنّ ولايته ثابتة في موضعين: أحدهما: الولاية

(١) ينظر مسالك الأفهام: ٨٠/٥.

(٢) دعائم الإسلام: ٤٨٤/٢، ح ١٧٢٩، وفيه: «أنّ رسول الله ﷺ خطب يوم النحر بمنى في حجة الوداع وهو على ناقته العضباء - إلى أن قال -: فإنّ حرمة أموالكم عليكم وحرمة دماءكم، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا...»، وأنظر: مستدرک الوسائل: ٨٧/١٧، الباب ١ من أبواب كتاب الغصب، ح ١.

(٣) في الأصل: «محتمل»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٤) ينظر القواعد والفوائد: ٣٨/١، قاعدة (٧).

(٥) ينظر: مسائل ابن طي: ٢٥٤، مسالك الأفهام: ٥٤٣/١٢.

على الممتنع، والثاني: الأمور الحسبيّة التي ثبت مطلوبيّتها من المكلفين كفايةً، فإنّ الحاكم حينئذٍ أولى من غيره، ولا يجوز لأحد القيام به مع وجوده، فما صرحوا به من ولايته على حفظ مال الغائب أقوى دليل على وجوب حفظ أموال الناس كفايةً عند انقطاعه عن المالك.

ويضعّف الأوّل: بأنّه يحتمل أمرين:

أحدهما: وجوب حفظ أموال بعضهم على بعض.

والثاني: وجوب حفظ مال كلّ مكلفٍ عليه لا على غيره.

والثاني هو الظاهر من قوله: «حرمة أموالكم»، يعني: يجب عليكم حفظ أموالكم كما يجب حفظ نفوسكم، خصوصاً بعد ملاحظة مقابلة الجمع بالجمع، فإنّه يفيد التوزيع المناسب للثاني دون الأوّل.

كما يضعّف الثاني: بأنّه ليس رواية، بل هو كلام من الشهيد عليه السلام، ومراده ما فسره به من [سبب] تحريم الغصب، والسرقة، وإجراء الحدّ والتعزير عليه^(١)، وأين هذا من وجوب حفظ المال كفايةً؟

(١) حيث قال: الوسيلة الرابعة: ما هو صلة إلى حفظ المقاصد الخمسة، وهي النفس والدين والعقل والنسب والمال، التي لم يأت تشريع إلّا بحفظها، وهي الضروريات الخمس، فحفظ النفس بالقصاص أو الدية أو الدفاع.

وحفظ الدين بالجهاد وقتل المرتدّ.

وحفظ العقل بتحريم المسكرات والحدّ عليها.

وحفظ النسب بتحريم الزنا وإتيان الذكران والبهائم، وتحريم القذف والحدّ على ذلك.

وحفظ المال بتحريم الغصب والسرقة والخيانة وقطع الطريق، والحدّ والتعزير عليها. راجع:

القواعد والفوائد: ٣٨/١، قاعدة (٧).

والثالث: بأن ثبوت ولاية الحاكم على حفظ مال الغائب إذا لم يكن من النفوس المحترمة محل إشكالٍ ومنع، وإنَّما المسلم ولايته عليه في أداء الديون والإنفاق على من يجب عليه إنفاقه.

ولو سلّم يمكن أن تكون ولايته على حفظ ماله داخلة في القسم الأوّل من الولاية، بناءً على كون حفظ المال واجباً على الإنسان؛ فإنّ في عدم الحفظ نوع تضييع، وهو محرّم مطلقاً، أو على التفصيل الآتي، فتكون الولاية على الحفظ من حيث كونه وليّاً للممتنع قصوراً لغيبه ونحوها، أو تقصيراً^(١).

والحاصل: أنّ الأصل لا يصار إليه إلّا بدليل، وإذ ليس فليس، إلّا أن يكون هناك إجماع، كما هو ظاهر الأخبار^(٢) وكلمات الأخيار في باب اللقطة^(٣)، وسائر أبواب الأمانات؛ فإنّ ولاية الحاكم كأنّها مفروغ عنها في خصوص حفظ مال الغائب، مضافاً إلى أداء الديون.

وأما الثاني: فلا بأس به؛ لأنّ ترك الحفظ بلا مشقّة تبذير وتضييع وإن كان للمالك التصرف في ماله كيف شاء إذا طابقت أغراض العقلاء، وأمّا الإسراف والتضييع فالظاهر عدم الإشكال في حرمة، وعلى هذا يفصل بين مراتب الحفظ، فقد يعدّ من التضييع، وقد لا يكون كذلك، والمعيار على صدقه [حكم العرف]، وعليه يحمل كلامه عليه السلام في خطبة الغدير^(٤)، وأما

(١) في الأصل: اضطراراً، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) ينظر وسائل الشريعة: ٤٥٠/٢٥، ب ٧ من كتاب اللقطة.

(٣) ينظر: جواهر الكلام: ٣٦٧ / ٢٦ - ٣٦٩، ينابيع الأحكام: ٤٢٩ / ٢، غاية الآمال: ١٥٦ / ١.

(٤) تقدم تخريجه.

وجوب الحفظ مطلقاً حتّى إذا لم يكن تضييعاً عرفاً، ففيه: إشكال، وإن كان ظاهر الخطبة قاضياً به.

والمقام الثاني: في حفظ النفس المحترمة:

واعلم: أنّ احترام النفس بمعنى حرمة القتل ممّا يمكن الالتزام به؛ لما في قتل كلّ ذي روح من الإيذاء والظلم المحرّم، سوى ما لا يعدّ نفساً عرفاً، كبعض أنواع الحشرات والديدان، ويستثنى أيضاً كلّ مؤذٍ شخصي لا نوعي، كما يدلّ عليه أخبار الإحرام من النهي عن قتل السباع إذا لم يقصد الإنسان^(١)؛ فإنّه وإن كان أخصّ^(٢) ممّا نحن فيه، ضرورة اختصاص حال الإحرام^(٣) بذلك، حتّى يحرم قتل هوامّ البدن عند جماعة^(٤)، إلّا أنّه لا يخلو عن تأييد.

ولكن لا يخفى أنّ حرمة القتل لا تقتضي وجوب الحفظ، فما صرحوا في باب الأمانات من وجوب الإنفاق على الحيوان مقدّمة لحفظه لا يتمّ إلّا بدليل عليه، إلّا في خصوص الدوابّ، أو كلّ حيوان مأكول اللحم، وهذا الدليل غير موجود، غير أنّه مرسل في تلك الأبواب إرسال المسلّمات، فالظاهر أنّه إجماع قام على وجوب الإنفاق عليها تعبدّاً، لا لكونها من النفوس المحترمة، فإنّ احترام النفس لا يقتضي وجوب حفظ غير الإنسان.

(١) تهذيب الأحكام: ٣٦٥/٥، ب الكفارة عن خطا المحرم وتعدّيه الشروط، ح ١٨٥، الاستبصار: ٢/

٢٠٨، ب ١٣٤ ب من قتل سُبُعاً، ح ١، وسائل الشيعة: ١٦٦/٩، ب ٨١ من أبواب، ح ١.

(٢) في الأصل: «أعمّ ممّا نحن فيه، ضرورة عدم اختصاص محلّ الإحرام بذلك»، وما أثبتناه من (ش) هو الأصح.

(٣) في الأصل: «محلّ الإحرام».

(٤) لم نقف عليه.

ويمكن أن يقال: أنّها مسخّرات للإنسان وداخلة تحت سلطانه، إمّا أن يخلّيها وأنفسها لتحصيل الرزق، أو إرزاقها من ماله، وإلا كان ظلماً.

بل يمكن أن يقال بذلك في غير المسخّرات أيضاً، فليس للإنسان أن يحبس ذي روح محترم ولو كان وحشياً محرّماً^(١)، إلا أن يرزقه من ماله، كما يدلّ عليه ما روي: أنّ امرأة دخلت النار في هرة حبستها.. ولا تركتها حتّى تأكل من حشاش الأرض^(٢).

لكن مقتضى ذلك وجوب الإنفاق على من هو تحت يده مالكاً كان أو غيره، فالتكليف بحفظ الحيوان يرجع إلى تكليف إلهي مختصّ بذوي اليد، وفي مثل ذلك لا يجب الاستئذان من المالك ولا الحاكم، إلا إذا أراد الرجوع بما أنفق على مالكه لئلا يكون متبرّعاً.

ثم إنَّ إنكارنا عدم وجوب حفظ غير الحيوان من الأموال كفاية لا ينافي وجوب حفظها عليه عيناً؛ لقضاء عقد الأمانة - كالوديعة - به، فإنّها استنابة في الحفظ، فيجب على الودعي القيام لحفظ ما قبل ولو لم يكن حيواناً، وهذا هو الوجه في إلحاق [الشهيد] الشجرة بالحيوان، دون ما قال من الوجوب كفاية في من لم يقبل الوديعة^(٣)؛ فإنّه مبنيٌّ على أصلٍ غير ثابت حسب ما أشرنا إليه.

إذا عرفت هذا، فلنرجع إلى شرح العبارة، فنقول: الرهن إن كان غير الحيوان فلا يجب إنفاقه مقدّمةً لحفظه، بل ليس في كلماتهم ما يدلّ على

(١) أي: وحشياً غير مأكول اللحم.

(٢) ينظر: نواذر الراوندي: ١٥٩، ح ٢٣٤، البحار: ٣١٦ / ٨٤، ح ٩٦، أيضاً البحار: ٥٧ / ٦٢ و ٧٣ / ٣٥١.

(٣) ينظر مسالك الأفهام: ٨٨ / ٥.

الوجوب، نعم ذكره الشهيد في خصوص الوديعة^(١) وهو حسنٌ؛ لقضاء عقدها به، ولا يأتي في جميع الأمانات كالرهن والعين المستأجرة.

وإن كان حيواناً وجب حفظه في مطلق الأمانات، فإن كان وديعةً كان للودعي^(٢) ولاية خاصة؛ لكونه نائباً عن المالك، فمع قصوره - لغية ونحوها - أنفق من غير مراجعة إلى الحاكم، ومع قصوره وامتناعه عن الإنفاق والإذن فيه لا يجوز له الاستبداد، بل يرجع إلى الحاكم مع إمكانه؛ لسقوط الولاية الخاصة بعد نهى المالك، فلا بدّ له من الرجوع إلى الحاكم؛ لأنّه وليّ الممتنع.

وإن كان غير الوديعة فالحكم كذلك مع حضور المالك، ومع غيبته وجهان مبنيان على أنّ الحفظ واجب عيني أو كفائي على ذي اليد.

فلا يحتاج إلى الاستئذان على الأوّل؛ لأنّ تكليفه بالإنفاق عليه عيناً يجعله وليّاً خاصّاً كالمالك، كما لا يحتاج إلى إذنه على الثاني، إمّا لأنّه وليّ الممتنع، أو لاختصاص الولاية في الواجبات الكفائية بالحاكم.

(١) ينظر مسالك الأفهام: ٨٧ / ٥.

(٢) في الأصل: «للوديعة»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

[جواز استيفاء المرتهن مما في يده إن خاف جحود الوارث]

٣٩ قال: «ويجوز للمرتهن أن يستوفي دينه مما في يده إن خاف جحود الوارث مع اعترافه» إلخ^(١).

أقول: ظاهره كالمحكّي عن الأردبيلي^(٢) جواز أخذ حصّة من الرهن تقاصاً وإن كان له بيّنة مقبولة، وهو الذي يقتضيه كلامهم في باب المقاصّة^(٣)، فإنّ المشهور على جوازها عند جحود الغريم ولو مع البيّنة، ولكنّ صرح جماعة^(٤) هنا بعدم الجواز مع وجودها.

وقد التفت في جواهر الكلام إلى التنافي بين المقامين، فقال: «إنّ المقام خارج عن المقاصّة»^(٥) ولم يبيّن وجه الخروج، ولم يظهر لنا بعد التأمّل وجهٌ معتدّ به عدا دعوى: أنّ المقاصّة مشروطة بحياة الغريم، فلو كان ميّتاً - كما هو محلّ البحث - فليس ذلك فيها، أو أنّها مشروطة بالجحود الفعلي، ولا جحود هنا فعلاً، وإنّما هو خوفه، أو أنّها غير ثابتة في الأمانات، والرهن منها، أو أنّها مشروطة بأن لا يكون في مقابل الدين رهن، والكلّ كما ترى.

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٥ / ٢.

(٢) ينظر مجمع الفائدة والبرهان: ١٦١ / ٩.

(٣) ينظر: تحرير الأحكام: ٥٠٤ / ٢، تلخيص المرام: ١١٤، رياض المسائل: ٢٢٦ / ٩، رسائل ومسائل (للنراقى): ١٩٤ / ١، مفتاح الكرامة: ٥٦٤ / ١٥.

(٤) ينظر: التحرير: ٥٠٤ / ٢، الروضة البهيّة في شرح اللمعة الدمشقيّة: ٨٢ / ٤، كفاية الأحكام: ٥٦١ / ١.

(٥) جواهر الكلام: ٣٦٢ / ٢٦، وفيه: «ضرورة أنّه ليس من المقاصّة المشروطة بامتناع من عليه الحقّ، ولا يكفي فيها الخوف».

أما الأولان^(١): فلأن الناظر في أدلة المقاصة وكلمات الأصحاب لا يتأمل في إلغاء الخصوصيتين، مع أن الأول لا يجدي؛ لأن المطالب بالحق هو الوارث الموجود لما في يده من تركة المورث وإن كان سبب المطالبة اشتغال ذمته، وكفى به إلحاقاً حكماً إن كان خارجاً عن الموضوع.

وأما الثالث ففيه: أن الخارج من المقاصة خصوص الوديعة لا مطلق الأمانات، مع أنه بناء على الخروج لا يجوز التقاص ولو مع البيّنة.

وأما الرابع: فلا شاهد له بعد عموم الأدلة من هذه الجهة عدا مكاتبة المروزي، عن أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وله ورثة، فجاء رجل فادّعى عليه مالاً، وأنّ عنده رهنًا، فكتب عليه السلام: «إن كان له على الميت مال ولا بيّنة له فليأخذ ماله ممّا في يده، ويرد الباقي على ورثته، ومتى أقرّ بما عنده أخذ به، وطولب بالبيّنة على دعواه، وأوفى حقه بعد اليمين، ومتى لم يقم البيّنة والورثة ينكرون، فله عليهم يمين علم، يلففون بالله ما يعلمون [أنّ له] على ميتهم حقاً»^(٢).

وفيه - بعد الإغماض عن السند لكونه معمولاً به في باب القضاء لإثبات شرعية اليمين على نفي العلم في الجملة - : منع الدلالة كما عن الأردبيلي^(٣)، وإنما غايته الاشعار، لورود القيد - وهو قوله: «لا بيّنة» - مورد الغالب، إذ الإنسان مع وجودها وإمكان أخذ الحق بها لا يختار التقاص، مع أن رفع اليد عن القواعد المسلمة بمثله كما ترى.

(١) في الأصل: «أما الأول»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٢) الفقيه: ٣/٣١١/٤١١، تهذيب الأحكام: ١٧٨/٧، ح ٤١، وسائل الشريعة: ١٨/٤٠٦، ب ٢٠ من

كتاب الرهن، ح ٤٠٦.

(٣) ينظر مجمع الفائدة والبرهان: ٩/١٦٢.

مضافاً إلى معارضتها^(١) بأخبار المقاصّة، والنسبة [بينهما] عموم من وجه؛ لأن مقتضاها عدم جواز المقاصّة مع عدم وجود البيّنة، اعترف الورثة وبذلوله أم لا، ومقتضى أخبار المقاصّة جوازها مع عدم البذل، سواء كان في مقابل الدين رهنّ أم لا، وحيث إنّ دلالتها بالمنطوق، والمكاتبة بالمفهوم كان الأوّل أولى بالأخذ للقوّة، إلّا إذا كان المفهوم أخصّ، فإنّ فيه خلافاً، فالأصحّ جريان حكم المقاصّة هنا، لأنّه من شعبها.

وهل يشترط العلم بالبحود - كما عن العلامة^(٢) - أم يكفي الظنّ، كما هو الأقرب؛ لإطلاق المكاتبة من هذه الجهة، مع أنّ الظنّ في الأمور المستقبلية يقوم مقام العلم للانسداد، بل صريح المصنّف كفاية الخوف؛ لإطلاق المكاتبة، ولا يكفي الاحتمال المجرّد عن الخوف؛ لأنّه لا ينفك عن الظنّ بعدم الجحود، فيكون بمنزلة العلم بالعدم.

ولو فرضنا انفكاكه عن الخوف والظنّ معاً ففيه إشكال، ولا يخلو الجواز عن القوّة؛ للإطلاق.

ويضعّف: بأنّ اشتراط عدم البيّنة ظاهر في صورة العلم أو الظنّ أو الخوف، فمجرّد الاحتمال خارج عن الإطلاق، والأصل العدم.

ولو خاف جحود الراهن فحكمه ما تقرّر في باب المقاصّة لا ما في هذه المسألة، بناءً على خروجها عن بابها، وإلحاقها بها بتنقيح المناط - كما قيل^(٣) - كما ترى.

(١) في الأصل: «معارضته»، والصواب ما أثبتناه، أي: معارضة مكاتبة المروزي مع أخبار المقاصّة.

(٢) قواعد الأحكام: ١٢٣/٢.

(٣) ينظر: ارشاد الأذهان: ٣٩٣/١، الدروس: ٤٠٩/٣، مسالك الأفهام: ٤١/٤، الروضة البهية: ٨٣/٤.

مجمع الفائدة والبرهان: ١٦١/٩، كفاية الأحكام: ٥٦١/١.

[عدم رجوع المشتري على المرتهن لبيع الرهن وظهر مبيعاً]

(٤٠) قال: «ولو باع المرتهن أو العدل الرهن^(١)، ودفع الثمن إلى المرتهن، ثم ظهر فيه عيب، لم يكن للمشتري الرجوع على المرتهن» الخ^(٢).

أقول: عن الشيخ الفاضل موسى بن جعفر النجفي^(٣) إشكال غريب، ومحصله: أن بدل الرهن رهنٌ، والفسخ بالعيب معاوضة، فينبغي انتقال الرهانة المنتقلة إلى الثمن بالبيع إلى المبيع ثانياً، فلا وجه لعدم استرجاع المشتري الثمن بعد الفسخ.

وأجاب عنه في جواهر الكلام^(٤) تارة: بمنع صيرورة بدل الرهن رهناً بدون عقد رهانية جديد، فالثمن بعد الفسخ باقٍ على الرهانة الطارئة عليه بالبيع، فكيف يسترجعه المشتري قبل إرهان المبيع ثانياً؟

وأخرى: بعد تسليم صيرورته رهناً من غير صيغة جديدة، أنه يمكن دعوى: أن الفسخ بعد ما صار الثمن رهناً بالبيع لا يؤثر في عوده إلى المشتري حتى ينتقل منه إلى بدله الذي هو المبيع؛ لكونه بمنزلة التالف حيث كان مشغولاً بحق لازم [للمرتهن].

(١) في الأصل: «باع المرتهن الرهن أو العدل».

(٢) شرائع الإسلام: ٣٣٦/٢.

(٣) حكاة في جواهر الكلام من دون تصريح باسمه: ٣٧٢ / ٢٦ - ٣٧٤.

(٤) حكاة عنه في جواهر الكلام: ٣٧٢ / ٢٦ - ٣٧٤.

وثالثة: بأن مرجع المسألة إلى التعارض بين دليل الفسخ بالعيب ودليل لزوم الرهن؛ إذ الأول قاضٍ بالاسترداد متى كان المبيع قائماً بعينه، أي موجوداً مطلقاً سواء كان مرهوناً أم لا، والثاني قاضٍ بلزوم الرهانة حيث ما وجدت، سواء حصل الفسخ أم لا؛ لجواز عدم زوال حق الرهانة بمزيل عدا أداء الدين، نظير ما لو اشترى من ينعق عليه، وظهر الثمن معيباً، ففسخ المشتري، فإن الفسخ لا يوجب عود الرقبة، بل على البائع القيمة؛ تغليباً لجانب الحرية.

فالمرجع بعد التعارض هو استصحاب بقاء الرهانة في الثمن، وليس هذا شكاً في قابلية المستصحب، لأن التحقيق حجته لدى الشك في المزيل، سواء كان في القابلية أم لا، كما أن التحقيق عدم حجته في الشك في المقتضي كذلك كما في محله^(١).

وهذا الوجه هو المعتمد، وسيأتي حكم المسألة في ما لو ظهر الثمن معيباً ففسخ الراهن حرفاً بحرف، والفرق بينهما - كما قيل^(٢) - ضعيف، كالفرق بين البيع - لحفظ الرهن لكونه ممّا يسرع إليه الفساد - وغيره، إلا إذا اشترط المرتهن البائع على المشتري أو على الراهن عدم استرداد الثمن.

(١) ينظر بدائع الأفكار ٢٨٢.

(٢) ينظر جواهر الكلام: ٢٧٢ / ٢٦ - ٢٧٣

[حكم تصرفات الراهن في الرهن]

(٤١) قال: «لا يجوز للراهن التصرف في الرهن باستخدام، ولا سكنى، ولا إجارة»^(١).

أقول: هذا ممّا لا خلاف فيه، بل عن غير واحد^(٢) الإجماع عليه، وعن الخلاف: الإجماع على أنّه «ليس له أن يكرى داره المرهونة أو يسكنها غيره إلّا بإذن المرتهن»^(٣).

وعن المبسوط: «ليس له استخدام العبد، وركوب الدابة، وزراعة الأرض، وسكنى الدار، وذلك كلّ غير جائز عندنا، ويجوز عند المخالفين»^(٤).
وعنها أيضاً: «الإجماع على عدم جواز وطئ الأمة المرهونة»^(٥).
وعن الجواهر: «لا خلاف فيه»^(٦).

وعن السرائر^(٧) والمفاتيح^(٨): الإجماع على أنّه ليس لأحدهما التصرف، مستثنياً في الأخير [منهما] ما يعود^(٩) نفعه إليه.

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٦ / ٢.

(٢) ينظر: السرائر: ٤٢٥ / ٢، تذكرة الفقهاء ٢٣٩ / ١٣، رياض المسائل: ٢٠٩ - ٢١٠، وغيرهم.

(٣) الخلاف: ٢٥٣ / ٣ - ٢٥٢، مسألة ٥٩.

(٤) ينظر المبسوط: ١٥٩ / ٢.

(٥) الخلاف: ٢٣١ / ٣، مسألة ٢٠، والمبسوط: ١٥٩ / ٢.

(٦) جواهر الفقه: ٦٦، مسألة ٢٥٠.

(٧) ينظر السرائر: ٤٢٥ / ٢.

(٨) ينظر مفاتيح الشرائع: ١٣٩ / ٣، مفتاح ١٠٢٠.

(٩) في الأصل: «بالعود».

وفي الرياض^(١) وجواهر الكلام^(٢): «بلا خلافٍ أجده فيه».

ويدلّ عليه النبي ﷺ: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن»^(٣)، وقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤) بالقياس إلى التصرفات المنافية لحقّ الرهانة؛ لأنّ قضيّة الوفاء بعقد الوثاقة الاجتناب عن كلّ تصرفٍ ينافيه^(٥).

وتفصيل المقام: أنّ التصرف على أقسام:

منها: ما يكون منافياً لحقّ المرتهن، مثل إتلاف العين، أو المنفعة الباعث على قلّة رغبة المشتري، ومنه العتق والبيع والرهن ونحوها ممّا ينافي الاستيثاق والسلطنة على استيفاء الحقّ منه.

منها: ما هو كذلك لكنّه ممّا ينتفع به الراهن، كسكنى الدار وركوب الحيوان، واستخدام العبد، ووطئ الأمة مع الأمن من الإحبال^(٦).

منها: ما هو كذلك، ولكن فيه صلاح للمرهون، كسقي الشجرة، ومعالجة العبد المريض، ونحوهما.

أمّا الأوّل: فلا خلاف في عدم جوازه وضعاً وتكليفاً، بل هو مقطوع به من الأدلّة.

(١) رياض المسائل: ٩/ ٢١٠ - ٢٠٩.

(٢) جواهر الكلام: ٣٨٣/ ٢٦.

(٣) مستدرک الوسائل: ١٣/ ٤٢٦، ب ١٧ من كتاب الرهن، ح ٦.

(٤) المائدة: ١.

(٥) عبارة «الاجتناب عن كلّ تصرفٍ ينافيه» أضفناها من نسخة (ش) لاستقامة العبارة.

(٦) من قوله: «منها: ما هو كذلك» إلى قوله: «من الإحبال» قد سقط من الأصل، وقد أضفناها من نسخة (ش).

والثالث^(١): ممّا صرح بجوازه العلامة^(٢) والشهيدان^(٣) وغيرهم^(٤) ممّن تأخّر، بل قيل^(٥): وكذا التصرف الذي لا يضر بالرهن ولا ينفع للراهن، مثل وضع يده عليه، أو نقله من مكانٍ إلى مكان.

والتحقيق: أنّ مناط النهي^(٦) يحتمل وجهين:

أحدهما: هو التضييق على الراهن ليسرع إلى أداء الدين، إمّا من الرهن، أو من غيره، كما صرح به بعضهم^(٧)، وعليه يحرم جميع التصرفات المذكورة؛ لعموم المناط، وعموم الأدلّة.

والثاني: أن يكون هو محافظة ما اقتضاه عقد الرهن خاصّة من الاستيفاء عن عين المرهونة، ومقتضاه الاقتصار على القسم الأوّل؛ لعدم منافاة ما عداه لحقه في العين المرهونة، فالفرق بين الأقسام المذكورة حينئذٍ تحكّم، وظهور الإجماع على جواز ما فيه صلاح للرهن - كالسقي ونحوه - غير مسلّم وإن أرسله من ذكره^(٨) إرسال المسلّمات.

هذا، ويمكن أن يقال: إنّ العمدة في الباب هي الإجماعات المنقولة، وهي من

(١) لم يذكر الثاني.

(٢) ينظر تذكرة الفقهاء: ٢٦٢/١٣

(٣) ينظر: الدروس: ٣/٣٩٩، الدرس ٢٧٩، المسالك: ٤/٤٧.

(٤) ينظر: المهذب البارع: ٢/٤٩٧، غاية المرام: ١٥١/٢.

(٥) ينظر جواهر الكلام: ٢٨٠/٢٦ - ٢٨١.

(٦) أي نهى الراهن عن التصرفات.

(٧) ينظر: تذكرة الفقهاء: ٢٠٨/١٣، مسالك الأفهام: ٤/٤٧، جواهر الكلام: ٢٨٠/٢٦ - ٢٨١.

(٨) ينظر: تحرير الأحكام: ٥٠١/٢، مسالك الأفهام: ٦٤/٤، مفتاح الكرامة: ٥٨٣/١٥، جواهر الكلام:

جهة كونها مذيّلة بأمثلة القسم الأوّل أو الثاني مشكوكة الإطلاق أو العموم بالنسبة إلى الأخير، وما يجري مجراه ممّا لا يضر ولا ينفع، فلا يمكن التجمّد بإطلاقها حينئذٍ، بل التذييل بها مخصّصة أو مقيدة متّصلة بالكلام يوجب سلب ظهورها في غير التصرفات الضارّة، والانتفاعات الراجعة إلى الراهن.

فيكون مناط النهي دائراً بين الأمرين، وليس هو خصوص محافظة حقّ الرهانة المتعلقة بالمرهون، حتّى يجب الاقتصار على خصوص القسم الأوّل، ولا هو تضيق الأمر على الراهن تكليفاً ولو كان تصرفه إصلاحاً للرهن، بل هو أمر بين الأمرين، وهو التضيق عليه في خصوص الانتفاعات التي هي ^(١) أغراض للملاك في أموالهم، فإنّ هذا المقدار من التحريج أيضاً زائد عن مقتضى عقد الرهن، ولم يثبت أنّ المناط هو التحريج المطلق وإن كان أدخل في المسارعة إلى الأداء.

ومن هنا ظهر ضعف ما عن الأردبيلي ^(٢) والسبزواري ^(٣) وصاحب الحدائق ^(٤) من الإقتصار على خصوص القسم الأوّل، حتّى جوّزوا الوطئ الذي على حرمة إجماعات عديدة، زعماً منهم على قصر المناط المستنبط من الأدلّة على الوجه الأوّل، فلا وجه لمنع مطلق الانتفاع إذا لم يضر بالمرتهن.

ونحن نقول: إنّ العبرة في المسائل بعموم الأدلّة إلّا إذا كانت موهونة ببعض الشواهد، ولا موهن لعموم الإجماعات بالنسبة إلى القسم الثاني، بل هو داخل فيه

(١) عبارة: «التي هي» أضفناها من نسخة (ش).

(٢) ينظر مجمع الفائدة والبرهان: ١٦٤/٩.

(٣) ينظر كفاية الأحكام: ٥٦٣/١.

(٤) ينظر الحدائق الناضرة: ٢٦٧/٢٠ - ٢٦٦.

قطعاً، سيّما بعد ملاحظة تمثيلهم للتصرفات بمثل الوطئ والسكنى والاستخدام. و[دعوى:] تخصيص المناط على الوجه المذكور ممنوعة، لم لا يكون هو التضييق على المرتهن ليسرع إلى الأداء كما قيل^(١)؟ بل ولولا تذييل الإجماعات بالأمثلة المذكورة لانتج التعميم في النهي إلى كل تصرف ولو كان إصلاحاً للمرهون، إلّا أنّك قد عرفت تطرّق المنع إلى عمومها لذلك.

فإن قلت: إنّ النبوي الذي هو مدرك الإجماع ليس فيه شيء من التصرفات المنافية، فعلى ما ذكرت من الأخذ بالعموم مهما أمكن انتج المنع عن جميع التصرفات.

قلت: النبوي مع قطع النظر عن فهم الأصحاب لا ينهض بإثبات الحكم الشرعي التعبدّي؛ لمخالفته قاعدة السلطنة، خصوصاً بعد ملاحظة الجمع بين منع الراهن والمرتهن؛ لأنّ منع المرتهن ليس بحكم تعبدّي، بل لكونه تصرفاً في مال الغير، ومنع الراهن أيضاً كذلك بالنسبة إلى التصرفات المنافية لحقّ الرهانة، ومقتضى القاعدة حمله أيضاً على ما يوافقها.

ويؤيّده، بل يدلّ عليه: أنّ ظاهر قوله: «ممنوعان» هو الإخبار، ولا يتمّ إلّا بإرادة خصوص التصرفات المنافية، وحمله على إرادة الأعمّ - ليلزم حمله على الإنشاء وهو مجاز - لا يصار إليه إلّا بالقرينة المفقودة في المقام، فمقتضى قاعدة السلطنة وظاهر القضية الاقتصار على التصرفات المنافية، فلولا فهم الأصحاب منه الإنشاء لم نقل بحرمة مطلق الانتفاعات.

(١) ينظر: تذكّرة الفقهاء: ٢٠٨/١٣، مسالك الأفهام: ٤٧/٤، جواهر الكلام: ٢٨٠/٢٦ - ٢٨١.

فإن قلت: بعد ملاحظة فهمهم لا بدّ من حملة على الإنشاء، فيؤخذ حينئذٍ بعمومه.
قلت: حملة على الإنشاء مجاز، وليس للمعاني المجازيّة إطلاق وعموم إلّا
بمقدار مساعدة القرينة، وإلّا وجب الأخذ بالمتيقّن في مقابل الأصول
والعمومات، وليس هو إلّا خصوص التصرفات المنافيّة لحقّ المرتهن، وفيه
رعاية لظهور الإخبار، ومحافظة لقاعدة السلطنة عن التخصيص.

فالأظهر ما هو المشهور من منع مطلق الانتفاعات، عدا ما يتوقّف عليه
حفظ الرهن، فإنّه جائز؛ لجواز ما لا يضر ولا ينفع، لما مرّ.

بقي الكلام في ما استند للقول بالجواز:

عن التذكرة^(١) - بعد حكاية جواز مطلق ما لا يضر بالرهن عن الشافعي^(٢)،
والمنع عن الشيخ^(٣) -: ويمكن [الاحتجاج] للأوّل بقوله ﷺ: «الظهر يُركب إذا
كان مرهوناً، وعلى الذي يركب نفقته»^(٤)، وروي أيضاً أنّه قال ﷺ: «الرهن
محلوب ومركوب»^(٥).

ثمّ ذكر من طريق الخاصّة^(٦) ما يقرب من النبوي المذكور، ثمّ قال: «ولأنّ في
التعطيل ضرراً منفيّاً بالأصل، وبقوله: «لا ضرر ولا ضرار» انتهى كلامه»^(٧).

(١) ينظر تذكرة الفقهاء: ٢٢٤/١٣.

(٢) ينظر العزيز شرح الوجيز: ٤٩١/٤، روضة الطالبين: ٣٢٠/٣.

(٣) المبسوط: ٢٠٦/٢.

(٤) سنن ابن ماجه: ٨١٦/٢، ح ٢٤٤٠، سنن الترمذي: ٥٥٥/٣، ح ١٢٥٤.

(٥) سنن البيهقي: ٣٨/٦، المستدرک للحاكم: ٣٨/٢، الكامل لابن عدي: ٢٥٠٤/٧.

(٦) الفقيه: ١٩٥/٣، ح ٨٦٦، تهذيب الأحكام: ١٧٥/٧ - ١٧٦، ح ٧٧٥.

(٧) التذكرة: ٢٢٥/١٣.

وهذه العبارة ممّا اختلف في كونها احتمالاً منه للقول بالجواز أو ميلاً إليه.

والجواب عن الأولين: بعد الإغماض عن الطعن في الطريق العامي، منع الدلالة على ما نحن فيه، مضافاً إلى أنّ ظاهره مخالف للإجماع على عدم جواز انتفاع المرتهن من الرهن بدون إذن الراهن، سواء كان ركوباً أو حلباً، وعلى كون النفقة^(١) على الراهن دونه.

وعن الثاني والثالث: بأنّ قوله ﷺ: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»^(٢) أخصّ منهما، ويجب تخصيصهما به.

ثمّ الفرق بينهما لا يخلو عن غموضٍ، ولعلّ المراد بالأصل النافي للضرر عموم قاعدة السلطنة، وإلاّ فلا أصل عملي يقتضي جواز التصرف سوى استصحاب الجواز الثابت قبل الرهن الذي تغيّر موضوعه، وشك في مقتضيه بعد الرهن.

وقد يستدلّ بما ورد عن طريقنا صحيحاً في وطئ الراهن الأمة المرهونة من الرخصة بدون الإذن، ففي الصحيح^(٣)، والحسن عن الحلبي^(٤) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل رهن جاريته عند قوم، أيجلّ له أن يطأها؟ قال: إنّ الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها، قلت: أرايت إن قدر عليها خالياً؟ قال: نعم، لا أرى هذا عليه حراماً^(٥).

(١) في الأصل: «المنفعة»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) مستدرک الوسائل ١٣/ ٤٢٦، ب ١٧ من كتاب الرهن، ح ٦.

(٣) الفقيه: ٣١٣/٣، ح ٤٢٠، وسائل الشيعة: ٣٩٦/١٨، ب ١١ من أبواب كتاب الرهن، ح ١.

(٤) الكافي: ٢٣٥/٥، ح ١٥، تهذيب الأحكام: ١٧٩/٧، ح ٩، وسائل الشيعة: ٣٩٧/١٨، ب ١١ من

أبواب كتاب الرهن، ح ٢.

(٥) من قوله: «ففي الصحيح» إلى قوله: «عليه حراماً» أضفناها من نسخة (ش).

وأجيب عنه^(١): بالحمل على التقيّة، حيث نقل^(٢) عن الشيخ^(٣) أنّه حكى عن المخالفين جواز كلّ تصرفٍ للراهن إذا لم يضر بالرهن، وظاهره عدم اختصاص هذا القول بالشافعي.

وفيه:

أولاً: أنّ مذهبهم في خصوص الوطئ المنع، على ما نقل عن التذكرة، حيث قال^(٤): «قال ابن المنذر^(٥): أجمع أهل العلم على أنّ للمرتهن منع الراهن [من وطئ] أمته المراهونة^(٦)، والجواز غير منقول عن أحدٍ منهم إلّا عن الشافعي احتمالاً لا قولاً، وحينئذٍ فكيف يجوز حملها على التقيّة.

وثانياً: أنّ الحمل عليها من خصائص الأخبار المتعارضة، وغيرها لا يحمل عليها على التحقيق وإن وافق كافّتهم؛ فإنّ مجرّد الموافقة لا يقدر إذا كان جامعاً لشرائط الحجية، وإلّا لزم ترك العمل بأكثر الأخبار لموافقتها لهم كلّاً أو جلاً، إلّا إذا قامت قرينة حالية أو مقالية على التقيّة.

ولعلّ ما دلّ على الجواز هنا كذلك، لاشتغال الجواب عن سؤال جواز الوطئ بما لا يليق بمنصب الإمامة، حيث قال: «إنّ الراهن لا يقدر على الوطئ لمكان منع المرتن»، ثمّ أجاب بعدم البأس بعد فرض السائل القدرة عليه، فإنّ

(١) ينظر جواهر الكلام: ٣٨٧/٢٦، وفيه: «مضافاً إلى موافقتهما للعامة التي جعل الرشد في خلافها».

(٢) ينظر تذكرة الفقهاء: ٣٥٨/١٣.

(٣) ينظر: النهاية: ٤٣٣، المبسوط: ٢٠٦/٢، الخلاف: ٢٣١/٣، المسألة ٢٠.

(٤) عبارة: «على ما نقل عن التذكرة، حيث قال» أضفناها من نسخة (ش).

(٥) في الأصل: «ابن الجنيد»، وما أثبتناه من (ش) هو الأصح.

(٦) تذكرة الفقهاء: ٢١٧/١٣.

الجواب الأوّل يشبه الطفرة والإعراض عن الجواب الواقعي في المجلس، ولا يليق ذلك بالإمام إلّا لخوف التقيّة ونحوها.

إلّا أنّ الاتّكال على هذه القرينة الظنيّة في الحمل عليها كما ترى، بل الجواب عن الخبر ما عرفت من إعراض الأصحاب عنه، حتّى حملوه تارةً على ما بعد الاستئذان، وأخرى على فرض احتياج الأمة إلى الوطئ وغيرها ممّا ينافي ظهور السياق، بل صراحة بعض الفقرات التي لا يصار إليها إلّا لضرورة.

[حكم بيع الراهن الرهن أو وقفه]

(٤٢) قال: «ولو باع أو وهب، وقف على إجازة المرتهن»^(١).

أقول: في المسألة على ما ذكره بعض فقهاء العصر^(٢) أقوال أربعة:

[أحدها:] بطلان البيع من أصله بحيث لا تصلحه إجازة المرتهن، ونسبه إلى الشيخ^(٣) وابني إدريس^(٤) وزهرة^(٥) وجمع غيرهم.

و[ثانيهما:] الصحة بعد الإجازة، فيكون موقوفاً من طرف الراهن والمرتهن، ولكل منهما الرد قبل الإجازة.

و[ثالثها:] الصحة، لكن [مع] اختصاص الرد بالمرتهن، ويلزم من طرف الراهن.

(١) شرائع الإسلام: ٢ / ٣٣٦.

(٢) مقابس الأنوار: ١٨٩ - ١٨٨، وفيه: «ثم إنهم اختلفوا في العقود الصادرة من الراهن قبل الإذن والفك على أقوال، فقال جماعة منهم أنها تقع باطلة من الأصل وهو الذي يقتضيه كلام الشيخ في الخلاف وابن إدريس كما ذكر - إلى أن قال -: وذهب آخرون إلى أنها لا تبطل من الأصل وهؤلاء بين قائل بأنها تقف على إجازة المرتهن، فإن أجاز صحت ولزمت وإلا بطلت، وقائل بأنها تلزم من طرف الراهن من حين وقوعها، فمتى ارتفع المانع بأن يجز المرتهن أو ينفك الرهن نفذت، وقائل بأنها تلزم بالإجازة أو الانفكاك ولم يتعرض لغير ذلك ومتردد في لزومها بالانفكاك..... إلى آخره».

(٣) ينظر: المقنعة: ٦٢٢، المراسم العلوية: ١٩٦، الخلاف: ٣ / ٢٢٧، المسألة ١٤.

(٤) ينظر السرائر: ٢ / ٤١٧.

(٥) ينظر غنية النزوع: ٢٤٣.

[رابعها:] اللزوم بعدها، ولم يتعرّض هذا القائل للصحة.

قلت: الخلاف في أصل المسألة على قولين:

أحدهما: كونه موقوفاً على الإجازة.

والثاني: البطلان من رأس، وهو ظاهر من ادّعى الإجماع على عدم جواز التصرف، كالشيخ^(١) وابن إدريس^(٢) حيث صرحوا بعد ذلك بأنّه: «لو باع أو أجار كان باطلاً»، فإنّ ظاهره هو البطلان رأساً بحيث لا تصلحه الإجازة كبيع الصبي والهازل.

وأما القول الثالث^(٣) فلا مساس له بالمقام، بل متعلّق بالعقد الفضولي مطلقاً بعد القول بصحته بعد الإجازة، فإنّهم صرحوا بلزومه من طرف الأصيل، والظاهر أنّه لا خلاف فيه وإن قلّ المتعرّض له في بابه، ولا يحضرنى من يقول إنّ العقد من طرف الأصيل جائز متزلزل، ولا غرض لنا في المقام بذلك، وقد حقّقناه في محله^(٤).

وأما القول الرابع: فمع ضعفه لم أر له قائلاً، فلنقتصر على القولين الأوّلين. ثمّ على الثاني اختلفوا في أنّ إجازة المرتهن هنا كإجازة العقد الفضولي كشفاً أو نقلاً أم لا؟ وفي كون فك الرهن أو سقوط حقّ المرتهن ببعض المسقطات بعد البيع مثل الإجازة أم لا؟ فالكلام في مقامات:

(١) تقدّم تخريجه آنفاً.

(٢) تقدّم تخريجه آنفاً.

(٣) في الأصل: «بذلك»، وما أثبتناه من (ش) هو الأصح.

(٤) ينظر كتاب الإجازة للمحقق الرشتي ١٦٩.

الأول: الصّحة المتزلزلة في مقابل البطلان، وفيه قولان:

أحدهما: البطلان، ونسب ذلك إلى الشيخ^(١) وبني^(٢) إدريس^(٣) وحمزة^(٤) وزهرة^(٥)، ولعلّ مستند النسبة ذهابهم في باب الفضولي إلى البطلان رأساً، وصرحوا به هنا أيضاً.

وفي مكاسب^(٦) خاتم المحققين^(٧) [نسبته] إلى ظاهر عبائر جماعة من القدماء وغيرهم، ثم قال: «إلا أنّ صريح الشيخ في النهاية^(٨) وابن حمزة في الوسيلة^(٩) وجمهور المتأخرين^(١٠) عدا شاذّ منهم وقوفه على الإجازة^(١١)، وأراد من الشاذّ بعض معاصريه في المقابس^(١٢)، فإنّه صرح بالبطلان وجعله كبيع أمّ الولد والوقف، وزعم أنّه مذهب أساطين الفقهاء جموداً على ما يقضي به لفظ «البطلان» في كلامهم.

(١) تقدّم تخريجه.

(٢) في الأصل: «ابني»، و الصواب ما أثبتناه .

(٣) تقدّم تخريجه.

(٤) ينظر الوسيلة: ٢٢٦.

(٥) تقدّم تخريجه.

(٦) ينظر المكاسب: ٤ / ١٤٥.

(٧) ينظر النهاية: ٤٣٣.

(٨) ينظر الوسيلة: ٢٢٦.

(٩) ينظر: شرائع الإسلام: ٨٢/٢، الجامع للشرائع: ٢٨٨، قواعد الأحكام: ١٦/١، تحرير الأحكام: ٢٠٧/١ وغيرهما من كتبه، اللمعة: ١٤٠، مسالك الأفهام: ٤٧/٤، مقابس الأنوار: ١٨٩، مفتاح

الكرامة: ١١٦ / ٥.

(١٠) المكاسب: ٤ / ١٥٤.

(١١) ينظر مقابس الأنوار: ١٨٩.

وعن ظاهر التذكرة^(١): «أنَّ كلَّ من أبطل العقد الفضولي أبطل العقد هنا». لكن عن إيضاح النافع^(٢): «أنَّ الظاهر وقوف العقد هنا، وإن قلنا ببطلان الفضولي»، وهذا هو الأقرب الذي استظهر شيخنا خاتم المحققين رحمته الله^(٣)، وإن كان فيه تأمل، كما يأتي إن شاء الله تعالى.

واستدلوا على الصحّة بالعمومات السليمة عن المخصّص؛ إذ ليس هو إلّا الإجماع والأخبار الواردين في منع الرهن عن التصرف.

وفيه: أنَّ الظاهر منها بقرينة عطف المرتهن على الرهن - بعد الاتفاق على أنَّ بيع المرتهن موقوف لا باطل - هو استقلال الرهن من غير توقّف على إجازة المرتهن لا البطلان رأساً.

ويشهد به تصريح الشيخ في النهاية^(٤) بالموقوفيّة بعد الحكم بالبطلان، وعن المبسوط^(٥) والخلاف^(٦) أيضاً التصريح بصحّة تزويج العبد المرهون بشرط أن لا يسلمه إلى الزوجة، بل عنه في باب الزكاة: «أنَّ بيع النصاب أو رهنه بيعٌ مراعى في مقدار الزكاة، وكذا الرهن، فإن أقام عوضاً للمساكين مضى البيع والرهن»^(٧).

(١) تذكرة الفقهاء: ٤٢ / ١٠، المسألة ٢٢، وفيه: «و من أبطل بيع الفضولي لزمه الإبطال هنا».

(٢) إيضاح النافع للفاضل القطيفي (لا يوجد لدينا)، ولكن حكاه عنه في المكاسب: ١٥٥ / ٤.

(٣) ينظر المكاسب: ١٥٤ / ٤.

(٤) ينظر النهاية: ٤٣٣.

(٥) ينظر المبسوط: ٢٣٨ / ٢.

(٦) ينظر الخلاف ٢٥٣ / ٣، المسألة ٦٠.

(٧) المبسوط: ٢٠٧ / ١، نقلاً بالمعنى.

وهذا يدلّ بالفحوى على وقوف بيع الراهن؛ لأنّ بيع النصاب قبل إقامة العوض من مشكلات فروع الفضولي، وهي: ما لو باع فضولاً ثمّ ملك، وذهب جماعة^(١) فيه إلى البطلان^(٢) مع القول بصحّة الفضولي، فإذا قال فيه بالصحّة لزمه القول بها في بيع الرهن بطريق أولى.

هذا مضافاً إلى فحوى أدلّة الفضولي، والعلّة المنصوصة خاصّة في نكاح العبد فضولاً بعد إجازة المولى من أنّه: «لم يعص الله وإنّما عصى سيّده»^(٣)، إذ المستفاد منها أنّ المانع من صحّة العقد إن كان هو منع الشارع تعبدّاً وقع باطلاً، وإن كان هو المانع لأجل حقّ الناس وقع موقوفاً على إجازته.

فالمستفاد منها قاعدتان، ومحصّلهما: أنّ المانع إن كان ممّا لا يرجى زواله كان سبباً لفساد العقد رأساً، وإن رجى زواله مراعى إلى زوال المانع.

فمثل^(٤) توجه النهي الإلهي إلى العقد لذاته يدلّ على الفساد، وتوجّهه إليه لأجل حقّ الغير وتوقّفه على رضاه صار موقوفاً على إجازته، فهي بهذا البيان مطرّد في جميع الحقوق كحقّ الخيار والشفعة والجناية والغرماء والتحجير ونحوها من الحقوق التي أحصاها بعض إلى نيّف وعشرين^(٥)، ويدلّ على صحّة عقد المالك مع إجازة أرباب الحقوق بعد العقد.

(١) ينظر: قواعد الأحكام: ١٩ / ٢، كالمحكّي عن المحقّق الثاني في تعليق الإرشاد، كما حكاه عنه

في مقابيس الأنوار: ١٣٤، جواهر الكلام: ٤٧٨ / ٢٣ - ٤٧٩، المكاسب: ٣ / ٤٣٥.

(٢) في الأصل: «البطلان»، والصواب ما أثبتناه .

(٣) وسائل الشيعة: ١١٥ / ٢١ - ١١٤، ب ٢٤ من أبواب نكاح العبد والإماء، ح ١ و ٢.

(٤) في (ش): «فمتى» .

(٥) ينظر: السرائر: ١١٥ / ٢، تحرير الأحكام: ٢٦٧ / ٥، مختلف الشيعة: ٨ / ٤٧٧.

هذا مع أنَّ قصوى مداليل الإجماعات والأخبار هو النهي، وهو لا يقتضي الفساد إمّا مطلقاً أو إذا كان لأمرٍ خارجي كما في المقام، لكون سبب النهي هو ضياع حق المرتهن، فلا يدلّ على الفساد رأساً.

هذا غاية ما استدللّ أو يستدلّ [به] على القول بالصحة واقتضائه.

وهو كما ترى ضعيف؛ إذ بعد قيام الدليل على عدم لزوم العقد الواقع على [متعلّق] حق الغير وعدم صحّته منجّزة، فمن أين يثبت له الصحة التأهلية؟

وبعبارة أخرى: أنَّ مفاد ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) ونحوه صحّة البيع، بمعنى ترتّب أثره عليه فعلاً لزوماً أو جوازاً على حسب اختلاف العقود، وبعد الإجماع على عدم الصحة فعلاً فما الدليل على صيرورته صحيحاً بعد الإجازة؟ فالتمسك بالعمومات أو هن شيء في المقام، فلا بدّ من ملاحظة الأدلة الخاصة.

ومن هنا يظهر وجه ما أوعدناك من التأمل؛ فإنّ تصحيح العقد الفضولي بالعمومات ممكن، سيّما بعد منع اعتبار مقارنة رضا المالك، وأمّا العقد المتعلّق بهالٍ فيه حق الغير فإمّا أن يكون صحيحاً لازماً، أو فاسداً بالمرّة، كبيع الوقف ونحوه، ومن هنا استدللّ في المقابس^(٢) للفساد بما يقرب ممّا ذكرنا، فراجع.

والقول بعدم تعلّق النهي بذات المعاملة، بل بالوصف الخارجي، فلا فساد في البين، مبنيٌّ على عدم التمييز^(٣) بينهما؛ إذ المراد بالثاني ما تعلّق بعنوان آخر غير عنوان المعاملة مصادف معه في الخارج، أو بعنوانها ولكن علّم أنّ سبب النهي

(١) المائدة: ١.

(٢) ينظر مقابس الأنوار: ١٨٩.

(٣) في الأصل: «الفرق»، وما أثبتناه من (ش) هو الأصح.

هو الوصف الخارج، كالنهي عن البيع وقت النداء، من جهة كونه سبباً للمنع عن الميل إلى الجمعة، فلو تعلّق [النهي] به لا لذلك، بل لكون مفاده منافياً لحقّ الغير فهو متعلّق بذات المعاملة، والتحقيق في محله، كتحقيق أنّ النهي عن ذات المعاملة متى يقتضي الفساد ومتى لا يقتضيه؟ مع أنّ الفساد هنا بمعنى عدم ترتّب الأثر لزوماً أو جوازاً لا يحتاج إلى التمسك بالنهي وإن استدّل به في المقابس^(١)؛ لكونه إجماعياً، وكفى به دليلاً على الفساد؛ ضرورة توقّف إثبات الصحّة الموقوفة حينئذٍ على دليلٍ آخر غير العمومات.

فلا بدّ في المقام ونحوه - ممّا ليس العقد سبباً تامّاً مستتبعا للأثر المقصود لمنافاة الصحّة مراعاة الحقّ اللازم المتعلّق بمحله - من التمسك بالأدلة الخاصّة على صحّة العقد الفضولي، فإن تمتّ تمتّ، وإلّا فالعمومات لا تنهض دليلاً على الصحّة المتزلزلة.

فنقول: إنّ الأدلة الخاصّة كلّها واردة في الفضولي، وإجرائها في المقام وأمثاله إنّما يكون بالفحوى كما قيل^(٢)، لأنّ^(٣) العقد هنا صدر من المالك، وهناك صدر من الفضول، فإذا صحّ ما صدر من الأجنبي بالإجازة كان الصادر من المالك برضا الأجنبي الذي هو صاحب الحقّ أولى بالصحّة.

وهي كما ترى ممنوعة؛ لما عرفت من أنّ المانع عن الصحّة هنا هو تعلّق حقّ الغير، ولا مانع من كونه سبباً للبطلان رأساً، كبيع الوقف وأمّ الولد، بخلاف

(١) المصدر المتقدّم.

(٢) ينظر: رياض المسائل / ٥٢٥/٨، مفتاح الكرامة: ١٤٢/١٣.

(٣) في الأصل: «إلا أن»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

العقد الفضولي؛ فإنَّ المحلَّ فيه سليم عن المانع، والفساد مستند إلى فقدان شرط [الصحة] ^(١)، فالمقامان مختلفان، [و] لا أولوية لأحدهما على الآخر، مع أنَّ الأولوية إنَّما تستقيم في الأحكام التكليفية ^(٢)، وأمَّا الأحكام الوضعية فلا مسرح للأولوية فيها على التحقيق.

نعم، يمكن دعوى إستفادة المناط من الأدلة الخاصة دون الأولوية، ولكن غاية الظنَّ بالمناط، وأنَّ كلَّ مقامٍ يصحَّ العقد بالرضا المقارن يصحَّ بالتأخّر أيضاً، أمَّا القطع فلا.

وأمَّا العلة المنصوصة في أخبار النكاح، فأجاب عنها في المقابس ^(٣): بأنَّها وردت في العقد الصادر من غير المالك أي مالك العقد، والتعدّي عنه إنَّما يكون إلى العقود الصادرة من غير وليّ العقد، سواء كان نكاحاً أو بيعاً أو نحوهما، دون العقد الصادر من الولي، هذا محصّله.

ورده شيخنا خاتم المحققين رحمته الله من: «أنَّ ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد هنا مستنداً إلى الفرق بينهما، فلم أتحقّق الفرق بينهما، بل الظاهر كون النهي في كلّ منهما لحقّ الغير، فإنَّ منع الله تعالى من تفويت حقّ الغير ثابتٌ في كلّ ما كان النهي لحقّ الغير، من [غير] فرق بين بيع الفضولي ونكاح العبد، وبيع الراهن» ^(٤) انتهى.

(١) في الأصل: «الفساد»، والصواب ما أثبتناه.

(٢) في الأصل: «وإنَّما يستقيم الأولوية في الأحكام التكليفية».

(٣) ينظر مقابس الأنوار: ١٨٩.

(٤) المكاسب: ١٥٩ / ٤.

وفيه: أن عموم العلة المنصوصة [عموم] حكمتي، وليس بوضعي ناشٍ عن دلالة الاقتضاء، إذ لولا التعدي لكانت العلة صغرى بلا كبرى، وهو في مقام [التعليل و] الاستدلال غلط، فلا بدّ من ضمّ كبرى كلية لتلك العلة صوتاً للكلام عن الغلط، فإذا كان التعدي مبنياً على ما ذكرنا لزم الإقتصار على أقلّ ما يصحّ به التعليل، ولا يتعدّى إلى الزائد من غير ضرورة، مثلاً إذا قال: «لا تأكل الرمان، لأنّه حامض»، يستفاد منه النهي عن كلّ حامضٍ، رماناً كان أم غيره، لانحصار الكبرى المصححة للكلام في قولنا: «كلّ حامضٍ حرام»، وليس هنا قدر متيقّن فيؤخذ بالجامع العامّ.

أمّا إذا قال: «لا تأكل هذا الرمان، لأنّه حامض» فالكبرى المطوية [في هذا الكلام] تحتل أمرين:

أحدهما: كلّ حامضٍ حرام، فيدلّ على حرمة مطلق الحامض ولو لم يكن رماناً.

والثاني: كلّ رمانٍ حامض حرام، فيدلّ على حرمة كلّ رمانٍ حامض. وبأيهما نأخذ يستقيم التعليل، وينتظم الاستدلال بالشكل الأوّل، فلا بدّ حينئذٍ من البناء على المتيقّن، ولا داعي للأخذ بالأعمّ.

فالجواب المذكور [عن التعليل في أخبار العبد] متينٌ، إذ الكبرى المطوية في العلة المنصوصة، كما يحتمل أن يكون: كلّ عصيان مخلوق ذي حقّ لا يقتضي الفساد، فكذا يحتمل أن يكون هو: عصيان خصوص وليّ العقد ومالكه.

وعلى الأوّل يتمّ الاستدلال [بها] على صحّة كلّ عقدٍ متعلّق بحقّ الغير، سواء

صدر من الأجنبي أو من المالك الولي، فيعم بيع الراهن، وبيع مالك العبد الجاني، وأمثالهما، وأمّا على الثاني فلا يدلّ إلّا على صحّة العقد الصادر من غير المالك.

فظهر: أنّ إثبات وقوف العقد بالدليل دونه خرط القتاد.

نعم، يمكن إثباته بالشهرة المحقّقة المعتضدة بالمناط المستنبط من أخبار الفضولي، إلّا أنّه من الظنون المطلقة التي لا يقولون بها.

وهنا طريق آخر لإثبات الوقوف، وهو أن يقال: إنّ لا منافاة بين حقّ الرهانة والجناية ونحوهما وبين صحّة البيع؛ لأنّ مجرد الحقّ من غير أن يتشبّث به صاحبه ويستعمله غير مضادّ للبيع، وإنّما المضادّ المنافي له هو المطالبة، فقبلها يكون مقتضي الصحّة - وهو البيع - موجوداً، والمانع - وهي المطالبة - مفقوداً، فإمّا أن يبنى على الصحّة منجزاً، ويراعى اللزوم إلى زمان الإجازة أو الردّ، فإن ردّ بطل [البيع] من حينه، وصار بمنزلة الفسخ، وهذا هو القول الرابع الذي حكاه بعض المعاصرين^(١) وضعّفناه بمخالفته ظاهر الأصحاب.

أو يبنى على اللزوم منجزاً مع انتقال حقّ المرتهن من المبيع إلى الثمن، أو يبنى على اشتراط الصحّة باستمرار عدم المانع، فإن ردّ ظهر الفساد من حينه، وإنّ أجاز صحّ، وهو القول بالوقف في مقابل البطلان رأساً، لكن مقتضى ذلك البناء على كون الإجازة نافذة لا كاشفة، كما عن المشهور^(٢)؛ لأنّه قضية شرطيّة الإستمرار، إلّا أن يقام دليل من الخارج على الكشف، وسيأتي له مزيد بيان في المقام الثالث؛ لأنّ المقامين متقاربين.

(١) ينظر مقابس الأنوار: ١٨٩.

(٢) ينظر: مدارك الأحكام: ٢٠/٥، مجمع الفائدة والبرهان: ١٥٩/٨، ذخيرة المعاد: ٤٢٢، وغيرهم.

المقام الثاني: في أنّ الإجازة كاشفة أو ناقلة، أو أنّ حالها حال الإجازة في الفضولي كشفاً ونقلًا، وجوه، بل أقوال:

ثالثها: ما عن المحقق الثاني^(١)، ولعلّه ظاهر الأكثر، وعن حواشي الشهيد^(٢) احتمال الثاني؛ لأنّه فسر الوقوف الذي في الكتاب وغيره بالنقل، وجعله مقابل المراعى^(٣) المستلزم للكشف، وعن بعضهم - وأظنّه صاحب المقابس^(٤) -: أنّ الكشف هنا متعيّن وإن قلنا في الفضولي بالنقل؛ لأنّ رضا المالك جزء للمقتضي دون رضا المرتهن، فإنّ مرجعه إلى إسقاط الحقّ.

والتحقيق: أنّ إجازة المرتهن إن كان سبباً مستقلاً لصحة البيع فلا فرق بين إجازته وإجازة المالك، ويدلّ على الكشف أو النقل هنا ما يدلّ هناك، لكن إقامة الدليل على هذا المبنى مشكل سوى الإجماع، وهو غير بعيد^(٥)، إذ بعد الفراغ عن توقّف البيع على الإجازة - لا البطلان من رأس - فظاهرهم كلاً أو جلاً مدخليّة الإجازة من حيث كونها إجازة، لا من حيث كونها إسقاطاً للحقّ.

(١) ينظر جامع المقاصد: ٧٦/٥-٧٥، وفيه: عند قول المصنّف: «والأقرب للزوم من جهة الراهن»، قال: «والتحقيق أن يقال: إنّ الإجازة في العقد الفضولي إن جعلناها كاشفة فالجواز من طرف من وقع العقد فضولياً بالنسبة إليه خاصة، دون العاقد الآخر مع الفضولي، فاللزوم هنا من طرف الراهن أظهر - إلى أن قال -: وما قرّبه أقرب، فإنّا قد أسلفنا في الفضولي أنّ الإجازة كاشفة».

(٢) حكى عنه في مفتاح الكرامة: ١١٨/٥.

(٣) كلمة: «المراعى» أضفناها من نسخة (ش) لاستقامة العبارة.

(٤) ينظر مقابس الأنوار: ١٨٩، وفيه: «لا يخفى لاحتمال كون الإجازة ناقلة في الفضولي - إلى أن قال -: بخلافها هنا فإنّها كاشفة قطعاً».

(٥) في الأصل: «مفيد»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

ويمكن الاستدلال عليه بآية التجارة^(١)؛ فإنّها تدلّ على اعتبار رضا كلّ ذي حقّ في صحّة التجارة، ولا شاهد لتخصيصها بمرضاة خصوص المالك إلاّ اختصاص الخطاب بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٢) في المستثنى منه بالملّك، وفي صلاحيّته للتخصيص المذكور منع واضح لمن تدبّر بعد الإطلاق.

إلاّ أن يقال: إنّ تعميم المرضاة مبنيٌّ على العموم الحكمي دون الوضعي، والمتيقّن منه هو رضا خصوص المالك، لا مطلق أرباب الحقوق، وفيه تأمل.

واستدلّ عليه أيضاً^(٣): بأنّ حال الإجازة كحال الإذن، فكما أنّ اعتبار إذن المرتهن في صحّة التصرفات - وضعاً وتكليفاً - إنّما هو من حيث كونه إذناً، لا من حيث كونه إسقاطاً للحقّ، فكذلك اعتبار الإجازة؛ لأنّها رضا متأخّر كما أنّ الإذن رضا مقارن.

وإن كان إسقاطاً لحقه^(٤) على حذو سائر المسقطات، فحالتها كحال الفك على ما يأتي إن شاء الله تعالى.

وها هنا مسائل:

الأولى: أنّ ظاهر الأصحاب قبول حقّ الرهانة للإسقاط كحقّ الخيار، فلو قال المرتهن قبل الإجازة: «أسقطت حقّي» صحّ البيع، ولا حاجة إليها بعده، بناءً على

(١) النساء: ٢٩.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٨٥-٢٨٧.

(٤) عطف على قوله: «أنّ إجازة المرتهن إن كان سبباً مستقلاً لصحّة البيع» إلى آخره.

صحته بالفك، وهذا هو الدليل، وإلا فالأصل عدم السقوط، كما في كلِّ مقامٍ شككنا في أنّه حقّ قابل للإسقاط، أو حكم غير قابل له، كحق الرجوع في الطلاق.

الثانية: لو أذن المرتهن في البيع، واشترط في إذنه أن يكون الثمن رهناً، فصرح بعضُ بأنّه يصير رهناً^(١).

وفيه: إجمال وإشكال؛ لأنّه إن أراد صيرورة الثمن [رهناً] بالاشتراط في ضمن الإذن وإن لم يشترط الرهانة في ضمن البيع، أو إيقاع عقد الرهانة؛ ففيه منع؛ لأنّهما تحتاج إلى سببٍ، والاشتراط في ضمن الإذن ليس سبباً؛ لعدم كونه عقداً، ولو كان فليس بلازم، والشروط لا يجب الوفاء بها ما لم تكن في عقدٍ لازم.

وإن أراد الاشتراط في ضمن البيع أو إيقاع عقد على الثمن بعد البيع^(٢) فهو حسنٌ، إلّا أنّ الراهن إذا لم يف بالشرط على أحد الوجهين كان البيع باطلاً؛ لكونه^(٣) غير مأذون فيه، وإن وفى صار الثمن رهناً، كما هو واضح.

الثالثة: لو ردّ المرتهن ثمّ أجاز ففي صحته بالإجازة وجهان، مبنيان على ما مضى من أنّ اعتبار إجازة المرتهن في الصحة من جهة كونه إسقاطاً للحق، فيكون مثل الفك، أو لكونها سبباً آخر في الصحة غير الفك؟

فعلى الأوّل لا تأثير في الردّ؛ إذ العبرة حينئذٍ على زوال المانع بسقوط حقه، فمتى سقط بالإجازة أو بغيرها صحّ البيع.

(١) نصّ على ذلك الشيخ في الخلاف: ٢٣٣/٣.

(٢) عبارة «أو إيقاع عقد على الثمن بعد البيع» أضفناها من نسخة (ش) لتتميم المرام.

(٣) في الأصل: «فيكون»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

وعلى الثاني فوجهان مبنيان على أنّ الإجازة هنا كإجازة المالك لعقد الفضولي، فلا ينفع بعد الردّ، كما عليه الأكثر^(١)؛ لزوال ارتباط العقد بالمالك [بعد الردّ] كزوال ارتباط الإيجاب بالقبول بعد رجوع الموجب قبل القبول، أو أنّها ليست مثلها؟ لأنّ ارتباط العقد بالمالك غير ارتباطه بالأجنبي الذي له حقّ، فلا يأتي هنا ما تعلّقوا به هناك لفساد الإجازة بعد الردّ، ولا يخفى ضعفه، بل الظاهر هو الأوّل بعد الالتزام بالمبنى.

الرابعة: لو أذن المرتهن في البيع ثمّ رجع قبله، ففي سقوط حقّ الرهانة بمجرد الإذن أو توقّفه على وقوع البيع إشكال، كما عن القواعد^(٢)، وجه السقوط: أنّ الإذن في المسقط رضا بالسقوط، ولأنّ التصرف الناقل لا يجامع الرهن فلا بدّ من السقوط قبله.

ويدفعه: أنّ الإذن فيه^(٣) يدلّ على الرضا بالسقوط عنده [لا قبله]، ومنافاة التصرف الناقل للرهن مطلقاً ممنوع، بل هي في غير صورة إذن المرتهن فيه، فلا مانع من صحّة التصرف ما لم يرجع عن إذنه، فإذا رجع عاد الحكم الأوّل من البطلان.

ومنهم من التزم هنا بالسقوط آنأ ما قبل التصرف بعد التنزّل وتسليم المنافاة، قياساً على سائر المقامات التي يلتزم فيها بذلك؛ تصحيحاً للتصرف الناقل

(١) ينظر: جامع الشتات: ٢٦٩/٢، جواهر الكلام: ٤٤٩/٢٣ - ٤٥٠، المكاسب: ١٦١/٤، ينابيع الأحكام

٢: ٧٥٢.

(٢) ينظر قواعد الأحكام: ١٢٩ / ٢.

(٣) أي: الإذن في المسقط.

الموقوف على ما اعتبر فيه، وهو جيد بعد تسليم المناقاة، وأجود منه عدم التسليم.

المقام الثالث: في الفك ونحوه من مسقطات حق الرهانة:

والكلام فيه أيضاً في موضعين: أحدهما: الصحة بعد الفك، والثاني: في كونه كشفاً أو نقلاً.

أما الكلام في الأول: فتارةً على طريقة القوم من البناء على كون نفس حق الرهانة مانعاً عن نفوذ البيع ولزومه، وأخرى على طريقتنا من جعل المانع مطالبة ذي الحق لا نفس الحق. فعلى طريقتهم قد يستدل على الصحة بعد الفك بالعمومات السليمة عن المخصص حسب ما تقدّم في إجازة المرتهن.

لكن عن القواعد^(١) احتمال البطلان، ووجهه: أنّ الراهن تصرف في ما فيه حق المرتهن، وسقوطه بعد ذلك لا يؤثر في صحّحه.

والفرق بين الإجازة والفك: أنّ الإجازة تصرف من المرتهن في العقد بالإمضاء وإن لزم منه سقوط حقّه، بخلاف الفك فإنّه لا مساس له بنفس العقد، وإنّما هو زوال مانع بعد فقدان المقتضي، فلا يعتدّ به.

مضافاً إلى استصحاب عدم لزوم الحاكم على عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، بناءً على خروج المقام عمّا يتمسك فيه بعموم العام بعد طرق التخصيص [عليه] في برهنة [من الزمان].

(١) ينظر قواعد الأحكام: ١١٣/٢، وفيه: «فلو افتك الرهن ففي لزوم العقود نظر»، يمكن أن يكون مراده من اللزوم هو الصحة كما احتمله صاحب الجواهر^{رحمته}، حيث قال (٣٩٦/٢٦): «و مقتضاء المفروغية من الصحة وإنّما الكلام في اللزوم، ويمكن أن يريد بها منه، وإن كان من لوازمها هنا اللزوم».

(٢) المائدة: ١.

والحاصل: أنَّ الفك هنا نظير من باع فضولة لنفسه ثمَّ ملك، وقد اعترف القائل بصحَّة الفضولي بعدم صحَّة ذلك.

ويؤيِّد عدم الصحَّة - بل يدلُّ عليه - ما يظهر من بعض الروايات^(١) من عدم صحَّة نكاح العبد بدون الإذن بعد العتق، مع كون المانع عنها الرقيَّة وقد زال، نظير الفك في المقام.

وقد يجاب: بأنَّ عدم تأثير البيع في زمان الرهن ليس إلَّا لمزاحمة حقِّ المرتهن المقدَّم على حقِّ المالك، فليس في المقتضي قصور، وإنَّما هو لأجل وجود المانع، فإذا زال أثر المقتضي أثره، ولا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع، للعلم بمناط المستصحب وارتفاعه^(٢)، فالمقام من باب العمل بالعام [لا] بالاستصحاب^(٣).

قلت: وتوضيح الجواب: أنَّ التخصيص الملحوظ في المقام أحوالي لا أزماري، فإنَّه نظير ما لو قال: «أكرم العلماء، ولا تكرم زيدا الفاسق»، فإذا زال فسقه المانع عن دخوله تحت العام دخل تحته بلا إشكال؛ إذ العبرة في دخوله وخروجه تحت العام بوجود الفسق وعدمه، ولا مجال هنا لاستصحاب حكم المخصَّص، حتَّى يقال: أنَّه لا مسرح للعام بعد طرؤ التخصيص عليه في برهنة من الزمان على ما هو التحقيق في محلِّه، فإنَّ محلِّه ما لو كان التخصيص بملاحظة الأزمان لا الأحوال المنوَّعة للعام.

(١) لعله مثل قوله عليه السلام في رواية عمار الساباطي: «إباق العبد طلاق امرأته».

(٢) في الأصل: «لعدم العلم ببقاء المستصحب»، وهو لا ينسجم مع السياق، وقد أبدلناه بـ «للعلم بمناط المستصحب وارتفاعه» من نسخة (ش)، لكونها أنسب بالمقام.

(٣) أي: استصحاب حكم المخصَّص، وهو استصحاب عدم اللزوم.

هذا غاية توجيه الجواب، وهو كما ترى لا يرفع الإشكال إلا بعد فرض وجود المقتضي حال زوال المانع، كما في المثال المذكور، فإن العلم مقتضي لوجوب الإكرام، والفسق مانع، فإذا زال المانع حال وجود المقتضي - وهو العلم - دخل تحت العام فيؤثر أثره، ولا يأتي فيه استصحاب حكم المخصّص، لتبدّل الموضوع كما عرفت.

والكلام [في المقام] إنّما هو في وجود المقتضي، فإنّه مفقود حال زوال المانع قطعاً؛ لأنّ المقتضي للنقل والانتقال ليس إلا العقد، وقد زال، فهو حال وجوده كان مقروناً بعدم الإمضاء بالمانع، وبعد انعدامه أيّ فائدة في زوال المانع؟ بل لو شك حينئذ فلا بدّ من استصحاب حكم المخصّص الثابت في حال وجود المانع.

هذا، لكن هنا كلام آخر، وهو: أن يجعل المقتضي ما في نفس العاقد من الرضا وطيب النفس المنكشف بالعقد دون نفس العقد، أي إنشاء البيع [مثلاً] الفاني بفناء اللفظ، فيتمّ الجواب المذكور حينئذٍ، فيكون المقام مثل المثال المذكور؛ لأنّ الرضا المنكشف باللفظ موجود إلى زمان زوال المانع أيضاً فيؤثر أثره، إلا أنّه بعيد عن مشرب القوم، فإنّ المقتضي عندهم هو إنشاء نفس العقد، وعليه لا تكاد تتمّ المسألة أبداً.

فما عن المحقّق الثاني^(١) وغيره^(٢) من الأصحاب من البناء على الصحّة بعد الفك؛ نظراً إلى وجود المقتضي، وزوال المانع، إن تمّ فإنّما يتمّ على الوجه المذكور [الذي هو] الصحيح عندنا، كما حقّقناه مراراً؛ حيث فرّعناه على مسألة

(١) ينظر جامع المقاصد: ١٦١/٥ - ١٦٢.

(٢) ينظر: المبسوط: ٢١٠/٢، الدروس: ٤٠٩/٣.

أصوليّة، وهي كون الطلب عين الإرادة أو غيرها، فراجع إلى مسألة اشتراط القبض في الرهن تجد هناك ما ينفع في المقام.

هذا كلّه على طريقة القوم من كون المانع هو حقّ الرهانة لا مطالبته^(١)، وأمّا على تقدير كونه المطالبة فلا ريب في عدم وجود المانع حين البيع، لكن لما كان محتمل المجيء فلا بدّ من الالتزام بأحد أمورٍ أشرنا إليها في إجازة المرتهن:

أحدها: أن يحكم بصحّة البيع ولزومه منجزاً؛ نظراً إلى وجود المقتضي وفقد المانع، حتّى مع القطع بمطالبة المرتهن فضلاً عن احتماله، فيتعلّق حقّ المرتهن حينئذٍ بالثمن كما قيل^(٢)، بناءً على كون بدل الرهن رهناً.

ومن هنا يفرّق بين حقّ الرهانة والجنائية في أنّ الالتزام بلزوم البيع يوجب سقوط حقّ الجنائية دون الرهانة، وإن احتمل هنا أيضاً ضعيفاً.

ودعوى: عدم سقوطها بلزوم تعيين الفداء باطلة؛ لأنّ وجوب الفداء لا يتدارك [به] حقّ المجنيّ عليه، وإنّما يتدارك بفعليّة الأداء.

وثانيها: الصحّة دون اللزوم، فيكون المرتهن مسلّطاً على الفسخ على تقدير المطالبة، وهذا احتمال حكاه بعض المعاصرين^(٣) في الإجازة، وضعّفناه بعدم ظهور القائل له.

وثالثها: كونه موقوفاً متزلزلاً، فإن طلب المرتهن حقه بعدم الإمضاء كشف عن فساد البيع، وإلاّ ظهرت الصحّة، وهو الأقرب؛ لأنّ احتمال الصحّة دون

(١) أي: مطالبة المرتهن لحقه.

(٢) القائل هو العلامة الحلي في تحرير الأحكام: ٥٢٠/٢.

(٣) ينظر مقابس الأنوار: ١٨٩.

اللزوم وتسلب المرتهن على الفسخ ممّا لا دليل عليه، إذ بعد انحصار المانع بمطالبة المرتهن دون نفس الرهانة فإنّما أن نقول بكفاية عدمه المقارن في اللزوم، أو يعتبر استمرار العدم.

فعلى الأوّل تعيّن الاحتمال الأوّل، وهو اللزوم، بناءً على ثبوت قاعدة البدليّة، وإلاّ كان باطلاً صرفاً؛ لمنافاة لزومه وصحّته حقّ المرتهن، كحقّ المجنيّ عليه.

وعلى الثاني يتعيّن الوقوف والتزلزل، كما هو واضح، وهو الأظهر وفاقاً للأكثر، بل الكلّ، بناءً على ثبوت البدليّة على الإطلاق، كما يأتي إن شاء الله تعالى.

فظهر ممّا ذكرنا صحّة قول المشهور، أعني الصحّة بعد الفك على الوجهين، أمّا على ما هو ظاهر المشهور من كون المانع نفس حقّ الرهانة فلقاعدة المقتضي والمانع كما مرّ بيانه، وأمّا على تقدير كون المانع هو المطالبة فلبطلان سائر الإحتتمالات عدا الوقف.

وأمّا احتمال اللزوم فلم يقل به أحدٌ، وإن كان على تقدير ثبوت البدليّة له وجه، وكذا احتمال الصحّة وتسلب المرتهن على الفسخ، فإنّه أيضاً خالٍ عن الدليل، ومخالف لظاهرهم، فتعيّن التوقّف إلى أن ينكشف الحال بالفك وعدمه.

أمّا الموضع الثاني: فمقتضي القاعدة حصول النقل عند الفك، فيكون ناقلاً لا كاشفاً، إلاّ أن يستفاد الكشف من أدلّة الفضولي؛ لظهورها - سيّما ما دلّ على صحّة نكاح العبد بعد الإجازة^(١)، لأنّه أشبه بزوال المانع من لحوق الشرط - في أنّ

(١) مثل صحيحة محمد بن قيس المروية في وسائل الشيعة: ٥٩١/١٤، ب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد

والإماء، ح ١، و٥٢٧/١٧، ب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ١.

زوال المانع حكمه حكم الشرط المتأخر؛ أي الإجازة، فيجري عليه حكم الإجازة اللاحقة، فيكون كلّ منهما كاشفاً لا ناقلاً، وفيه تأمل، بل منع.

هذا إذا سلكنّا في الفضولي مسلك القوم، وأمّا على طريقتنا من الكشف الحقيقي، وكفاية الرضا التقديري الموجود حال العقد وإن كان كاشفه - وهي الإجازة - متأخراً، فتعيّن النقل في الفك، ولا سبيل إلى احتمال الكشف أبداً كما يظهر بالتأمل، والله العالم.

[حكم عتق الراهن العبد المرهون]

٤٣) قال: «وفي صحّة العتق مع الإجازة تردّد، والوجه الجواز»^(١).

أقول: المشهور صحّة العتق موقوفاً على إجازة المرتهن، ومستند المنع أمور:

أحدها: أنّ العتق من الإيقاعات، وهي لا تقع موقوفة.

ثانيها: أنّ عمومات العتق ليست كعمومات البيع في صلاحية الاستدلال بها؛ لإهمالها، وإجمالها، وسوقها لبيان بعض الأحكام.

وثالثها: أنّ القربة شرط في العتق، ويمتنع ذلك في حقّ المرتهن؛ لكونه ممنوعاً عن التصرف، أو لكونه نظير وقف مال الغير ممّا لا رجحان فيه؛ إذ لا فرق بين ملك الغير وحقّه في عدم الرجحان في الدفع^(٢).

وأجاب في المسالك^(٣) عن الأوّل: بأنّه لا دليل على عدم كون الإيقاع موقوفاً سوى الإجماع الممنوع في ما إذا كان الموقوف عليه عدم المانع، كما في المقام؛ إذ المقتضي موجود، وإنّما لا يؤثر لوجود المانع، وهو حقّ المرتهن، فالوقوف إنّما هو بالنسبة إلى زوال المانع لا حصول الشرط، فإذا زال المانع أثر المقتضي أثره.

ومحصّله: منع الإجماع على بطلان هذا الموقوف، فلا مانع حينئذٍ من

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٦/٢.

(٢) كذا في الأصل، وفي نسخة (ش): «الوقف».

(٣) ينظر مسالك الأفهام: ٤٨/٤.

العمل بمقتضى القاعدة كما عرفت في صحّة بيع الراهن بدون إجازة المرتن [بعد الفك].

وأنت خبير بما في المقدّمتين:

أما الأولى: فلاّطلاق معقد الإجماع على عدم الوقوف في الإيقاعات، فإنّ تمّ مطلقاً، وإلاّ فلاّ يتمّ في الشرط أيضاً.

نعم، يمكن منع الإجماع؛ لاعتراف المدّعي بوجود الخلاف، والإجماع المنقول على القول بحجّيته إنّما هو في ما [إذا] لم يكن الخلاف معلوماً أو كان نادراً، لا في المقام الذي صرح غير واحد بوجوده.

أمّا في الثانية: فلما مرّ سابقاً من منع المقتضي؛ لأنّه ليس إلّا إنشاء العتق، ولا بقاء له حتّى ينفع عند زوال المانع، إلّا أن يقال: بأنّ المقتضي هو الرضا والإرادة المستكشفة باللفظ، وهو موجودٌ في نفس الموقع حين زوال المانع، كما تقدّم بيانه.

وفي كتاب بعض أجلاء العصر^(١) في الجواب عن هذا الدليل بأنّ الوقوف في الإيقاع موقوف على النقل في الإجازة دون الكشف، بل الصيغة من حيث وقوعها إمّا صحيحة أو فاسدة، وينكشف ذلك بالإجازة وعدمها.

ويؤيّده تصرّيحهم بصحّة الطلاق إذا قال: «إحدى زوجاتي طالق» مع تعيين المطلّقة بعد الطلاق، وهذا عين الوقوف، وكشف التعيين عن صحّة الطلاق قبله.

(١) لم نقف عليه.

ففيه: أنه إنما يتم على الكشف الحقيقي، وأمّا الكشف الحكمي فهو كالنقل من حيث الوقوف.

إلا أن يوجه: بأنه على الحكمي يقع التعارض بين ما دلّ على عدم قبول الإيقاع للوقوف وبين أدلة الفضولي بناءً على عمومها؛ لدلالة الأول على بطلان الفضولي، لكونه وقوفاً في المعنى، والثانية على عدم بطلان الوقوف إذا كان الإيقاع فضولياً، والنسبة عموم من وجه، ولكن أدلة الفضولي - [بناءً على [الكشف] الحكمي - حاكمة على الأول؛ لأن مقتضاها تنزيل الموقوف منزلة المنجز، فيثبت له حكم تنجز العتق، أعني الصحة.

هذا إذا قلنا بأنّ مبطليّة الوقوف للإيقاع حكم تعبدي، فإنّ الحكومة حينئذٍ غير بعيدة، بل لا تخلو عن وجه.

أمّا لو قلنا بأنّها عقلية - نظير ما قيل في تعليق العقد، أو الإيقاع - فلا وجه للحكومة؛ لأنّ الحكم العقلي غير قابل للإثبات والإسقاط، وحيث إنّ المبنى ضعيف كما [تقرّر] في محله، فالوجه المذكور ذو منظرٍ مليح^(١).

ويجاب عن الثاني - بعد وضوح الإطلاق في أدلة العتق، سيّما ما ورد في الكفّارات كتاباً وسنةً - بأنّ: الشك في المقام ليس ممّا يرجع إلى شيء من شرائط العتق أو موانعه حتّى يتمسك بالإطلاق؛ إذ الكلام في العتق الصحيح الجامع لجميع الشرائط عدا عدم المانع، فيتم الاستدلال بوجود المقتضي عند زوال المانع.

كما يجاب عن [الثالث] أيضاً: بما سيأتي في عتق المرتهن بدون إذن الراهن من

(١) كذا في الأصل.

الوجه لتصحيح القربة في العقود أو الإيقاع الفضولي، فإن تمّ، وإلا ففي الصّحة هنا إشكال.

لكنّ المصنّف^(١) فرّق بين المسألتين، فحكم هنا بالصّحة، وفي الآتية بالمنع، وتبعه ثلّة من الأعيان^(٢).

نعم، يمكن توجيه الفرق: بأنّ العتق هنا صدر من المالك، وهو أمرٌ راجح قابل لقصد القربة وإن كان مشروطاً بإذن الراهن، بخلاف [المسألة] الآتية، فإنّه صدر من غير المالك، ولا يقبل القربة.

وفيه تأمل، والمسألة غير صافية عن الإشكال وإن كان المشهور هو الصّحة بعد إجازة المرتّهن^(٣)، وحكم الفك حكم الإجازة، بل الأمر فيه أسهل؛ لأنّ الإجازة شرط، والفك زوال المانع، وقد عرفت أنّ عدم قبول الإيقاع للوقف إنّما يسلم في الشرط دون المانع.

ومن هنا يمكن نسبة الخلاف إلى الشهيد في خصوص الإجازة، وإن كان المحكيّ عنه^(٤) البطّالان في خصوص الفك؛ لأنّ البطّالان معه يستلزم البطّالان مع الإجازة بطريق أولى.

(١) ينظر شرائع الإسلام: ٣٣٦/٢.

(٢) ينظر: تحرير الأحكام: ٤٨٩/٢، ايضاح الفوائد: ١٩/٢، الدروس الشرعية: ٣٩٨/٣، التنقيح الرائع ١٧١ /٢، جامع المقاصد: ٧٤/٥، حاشية شرائع الاسلام: ٤٠٠.

(٣) ينظر: النهاية: ٤٣٣، تحرير الأحكام: ٢٠٧/١، الدروس الشرعية: ٣٩٨/٣، الروضة البهية: ٨٣/٤، رياض المسائل: ٢١٤/٩.

(٤) حكى عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة: ١١٨/٥.

[حكم تصرفات المرتهن في الرهن]

(٤٤) قال: «وكذا المرتهن»^(١).

أقول: تصرفات المرتهن إمّا عقد أو إيقاع، وعلى التقديرين إمّا قابل للتوكيل أو يشترط فيه المباشرة، وعلى التقادير إمّا أن يعتبر في صحّته [قصد] القربة أم لا، لا إشكال في أنّ ما لا يقبل التوكيل - مثل الحلف والظهار واللعان ونحوها من الإيقاعات - لا يأتي فيها الفضولي، وليس ببالي من العقود ما لا يقبل التوكيل عدا الضمان على القول باشتراط القبول فيه.

وأما ما يقبل التوكيل ولا يشترط فيه القربة، فجريان الفضولي فيه مبنيٌّ على التعدي في صحّة الفضولي من البيع إلى غيره، ولتحقيقه مقام آخر حقّقناه في محلّه، والمقصود بالبحث هنا هو جريان الفضولي في ما اشترط بالقربة.

وأما الإيقاعات فقد عرفت حالها في المسألة السابقة، فإن قلنا فيها بعدم الجريان إمّا مطلقاً أو بالنسبة إلى زوال المانع خاصّة، فلا إشكال في فساد عتق المرتهن؛ لأنّ الوقوف هنا ليس بالنسبة إلى زوال المانع، كما كان في السابقة كذلك، بل هو موقوفٌ على الشرط، وهو رضا المالك وإجازته، كما في بيع الفضولي، فعلى القائل بصحّة العتق سؤال: الفرق بينه وبين الطلاق المجمع على بطلان الفضولي فيه؟

وكيف كان، فليس الغرض هنا تحقيق حاله أيضاً، بل في خصوص الفضولي

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٦/٢.

من المرتهن في ما يشترط فيه القربة ولو كان عقداً كالوقف، فالبحث في صحّة عتق المرتهن فضولاً بعد إجازة الراهن أيضاً مقصور على الجهة المذكورة، بناءً على اشتراط القربة فيه.

فعلى القول بعموم الفضولي للإيقاعات يكون حاله كحال العقد المشروط بالقربة، مثل الوقف.

والحاصل: أنّ المقصود بالبحث في عتقه بيان أنّ قصد القربة مانع عن الفضولي فيه أم لا؟ لا بيان أنّ كونه إيقاعاً مانع أم لا؟

فلنتكلّم في وقف الفضول، حتّى يتبيّن منه حال عتق المرتهن فضولاً، ونقول: إنهم اختلفوا في بابه إختلافاً عظيماً.

وتوضيح الحال: أنّ الواقف إمّا [أن] ينوي القربة لنفسه أو للمالك أو لا، وعلى التقديرين فالمالك المجيز إمّا أن ينويها عند الإجازة أم لا، وحكم الكلّ يظهر من حكم صورتين، أحدهما: أن ينويها الواقف دون المجيز، والثانية: عكسها.

أمّا الأولى: فالظاهر فسادها، لفقد حقيقة القربة المعتبرة في الوقف، إذ القربة تحتاج إلى الأمر المفقود في المقام، فكيف يكون وقفه صحيحاً^(١) بعد الإجازة.

وغاية ما قيل في تصحيح [قصد] القربة هنا: إنّه بعد فرض شمول أدلّة الفضولي [له] يستكشف منه أحد أمرين، إمّا سقوط القربة في الفضولي أو استحبابها، وعلى التقديرين يصحّ بعد الإجازة.

(١) عبارة «وقفه صحيحاً» أضفناها من نسخة (ش)، لاستقامة العبارة.

أمّا على الأوّل: فواضح؛ إذ بعد سقوطها لا مانع من تأثير الإجازة فيه، لأنّه حينئذٍ كالبيع وغيره ممّا لا يعتبر فيه القربة.

وعلى الثاني: فشرط القربة يحصل بقصد الواقف، كما لا يخفى.

ويضعّف: بأن أدلّة الفضولي مساقها تصحيح العقد الجامع للشرائط، فلا يستفاد منها سقوط شرط أو ثبوته، فلا بدّ أولاً من إحراز الشروط [المقرّرة] ثمّ تصحيحه بالإجازة؛ لأنّها بمنزلة الإذن، وليس مفاد أدلّة الفضولي أزيد من قيام الإجازة مقام الإذن السابق، فكما أنّ الإذن لا يصحّح العقد الفاقد للشرط فكذلك الإجازة، أترى من نفسك أن تقول: أنّ عموم أدلّة الفضولي ينفع في ما لو كان العاقد صبيّاً أو الصيغة غلطاً؟ بل معنى عمومها عدم اختصاصها بموردها، بل يلحق بالبيع ما عداه.

وغير خفيّ أنّ وقف الفضول - مع قطع النظر عن أدلّة الفضولي - ممّا لا يمكن فيه قصد القربة؛ لعدم الأمر، فيكون فاسداً.

نعم، يمكن الفرق بين النصّ إذا ورد على الصحّة وبين العموم، بأنّ النصّ بدلالة الاقتضاء العقلي كاشف عن أحد أمرين، ولا ثالث لهما، إمّا الحمل على سقوط القربة في الوقف الفضولي؛ ليكون تخصيصاً لعموم ما دلّ على اعتبارها، أو حمّله على الاستحباب النفسي^(١)، والثاني أولى؛ إذ ليس فيه إلّا ارتكاب خلاف الأصل العملي، وهو أولى، في قبال العمل بأصالة العموم الذي هو دليلٌ بالنسبة إليه.

(١) أي: استحباب قصد القربة.

ولا سبيل لهذه المناقشة بالنسبة إلى أدلة الفضولي بعد ما عرفت من ورودها في مقام إلحاق الإجازة بالإذن، بعد استكمال العقد بجميع الشروط والشروط. ودعوى: كفاية الرجحان الذاتي في تحقّق القربة من غير أن يحتاج إلى الأمر ممنوعة.

ولو سلّم، نمنع رجحان التصرف في مال الغير، بل هو قبيح، كما استدللّ الفخر^(١) وأتباعه لبطلان الفضولي مطلقاً بآئه: تصرف في مال الغير، وهو قبيح. فظهر من ذلك الفرق بين الإذن والإجازة، وبطل توهم المساواة بينهما في عدم الأمر، كما في جواهر الكلام^(٢)، وأرجع وجه الصحة فيهما إلى شيء [واحد وهو] إمّا عدم اعتبار القربة في غير صورة المباشرة، أو رجحان العقد الفضولي، نظراً إلى أنّ المأذون والفضوليّ كلاهما غير مأمور، وإنّما توجه الأمر إلى المالك خاصّة، وحيث إنّ وقف مال الغير بإذنه وتوكيله صحيح اتفاقاً، فيكشف ذلك إمّا عن عدم اعتبار القربة في غير صورة المباشرة، أو عن رجحان نفس العمل ولو لم يكن مأذوناً فيه.

ووجهه: أنّ وقف مال الغير بإذنه بعد مشروعية الوكالة فيه، وعدم اشتراط المباشرة في تأثير الصيغة أمرٌ راجح، كرجحان الوقف من المباشر، فيتعلّق به الأمر المصحّح للقربة بخلاف الإجازة، فإنّ الصيغة الفضولية فاقدة لشرط الرضا، ولا رجحان في العقد الفاقد لشرائط التأثير حتّى يتوجّه إليه الأمر.

والحاصل: أنّ وقف المأذون صحيح، [وكلّ وقفٍ صحيح عبادة مأمور

(١) ينظر إيضاح الفوائد: ٢٨/٣.

(٢) جواهر الكلام: ٢٩٥/٢٦ - ٢٩٧.

بها^(١)، بخلاف الفضولي، فإنه مع قطع النظر عن القربة أيضاً غير صحيح، فلا وجه لتعلق الأمر به.

والقول بأن في الاستدلال المذكور شائبة الدور، حيث إن كونه وفقاً صحيحاً يتوقف على كونه مأموراً به يعتبر فيه قصد القربة، ويتوقف كونه مأموراً به على كونه صحيحاً.

مدفوع: بأن الصحة تتوقف على كونه مأذوناً لا مأموراً به؛ لأن الإذن سبب لرجحانه، وهو سبب لتعلق الأمر، كما كان الأمر في وقف المالك كذلك؛ فإن رجحانه صار سبباً لتعلق الأمر به، ورجحانه لا يتوقف على الأمر وإلا لدار، بل الأمر في جميع العبادات كذلك؛ إذ الأمر فيها مسبب عن الرجحان الذاتي من غير عكس وإلا لدار.

فالاستدلال صحيح، والفرق بين العقد المأذون [فيه] والفضولي واضح، كالفرق بين المقام وبين النيابة في العبادات؛ إذ النائب لا بد له من قصد النيابة في العبادات، ولا يصح بدونه، ولا يلزم ذلك هنا؛ إذ الوكيل يصح عقده وإن لم ينو النيابة، بل الوقف من هذه الجهة يشبه البيع في عدم لزوم القصد، بل يصح وإن نوى لنفسه على الأصح.

فقضية العمومات صحة وقف المأذون ورجحانه وإن لم يقصد النيابة، فإذا رجع كان مأموراً به وتصح القربة به، ولزم مراعاته؛ مراعاة لشرط القربة في الوقف، ولو نوى النيابة^(٢) صح بلا إشكال.

(١) في الأصل: «وكل عقد صحيح عنده مأمور به» وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٢) في الأصل: «العبادة»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

وتظهر الثمرة بين الوجهين في ما لو كان على المالك وقف بنذرٍ أو شبهه، فوقف، فلا يبرأ على الأول وإن كان الوقف صحيحاً، ويبرأ على الثاني بلا إشكال.

وأما توهم أن وقف الفضولي كصدقة مجهول المالك، فحال الوقف التبرّعي من غير إذن حال الحجّ والصلاة تبرّعاً عن الغير في عدم التوقّف على الإذن، وبه استشهد بعض^(١) على صحّة الوقف الفضولي في الوقف.

وفيه: أن الصدقة بمجهول المالك لثبوت الولاية له شرعاً بالدليل، ولذا لا يقدح ردّ المالك بعد الصدقة، وكذا التبرّع بالعبادات^(٢) فإنّها أيضاً ثبت بالدليل، رضي المنوب عنه أم لا، بخلاف التصدّق بهال الغير المعلوم مالكة، فإنّ التبرّع به غير ثابت، وأدلة الفضولي لا تفي بذلك، وإلا لم يكن فضولياً، بل كان صحيحاً منجزاً ولو ردّ المالك.

والحاصل: أن التبرّع إن ثبت بالدليل صحّ العمل، أذن الغير أم لا، فيكون العمل راجحاً^(٣) للأمر الغيري الذي يتوجّه إليه بعد قصد النيابة في جعل نفسه بمنزلة المنوب عنه، وأما ما لم يثبت التبرّع فيه، بل ثبت جواز التوكيل خاصّة، توقّف رجحان العمل على التوكيل، فيصير سبباً لرجحانه، وإلا فلا رجحان فيه أبداً، فيبطل من جهة عدم القربة، ولا تنفع الإجازة اللاحقة في العمل الفاقد للشرط.

(١) ينظر مفتاح الكرامة: ٢٣/٢٦٠.

(٢) في (ش) زيادة: «البدنيّة».

(٣) في (ش) زيادة: «فيأتي به العامل نيابةً عن الغير إمتثالاً».

ثم إنَّ بعض المعاصرين^(١) اكتفى في تحقُّق القُرْبَة برجاء تعلُّق الأمر بالعمل، وإحرازه عنده^(٢) غير لازم، وعليه بنى [جواز] الاحتياط في العبادات؛ زعماً لكفاية احتمال الأمر، وإيجاد العمل لذلك [يكفي] في قصدها من غير أن يعتبر إحرازه، فرجاء إجازة الرهن نظير رجاء الأمر في [محمل] العبادة.

وهو كما ترى؛ إذ الفرق بين رجاء الأمر الموجود ورجاء الأمر في المستقبل واضح، مع أنَّ العمل الماضي غير قابل لتعلُّق الأمر به، فكيف يرجى تعلُّقه به في المستقبل؟ إلاَّ أن يلاحظ في فعل المجيز، وهو - مع خروجه عن محلِّ الكلام - فعل آخر غير العقد الصادر من الفضول.

ويتلوه في الفساد ما قيل^(٣): من أنَّ هذا العقد الصادر [من الفضولي] معاونة على البرِّ والتقوى، فيكون راجحاً مأموراً به.

وفيه: بعد المنع^(٤)، أنَّ القُرْبَة المعتبرة في العبادات ما كانت متعلِّقة بذاتها، لا بشيء آخر تصادق معه في الوجود، فلو قصد القربة بالصلاة لا من حيث كونها صلاة، بل من حيث كون هذه الركعات نافعة للمزاج، لم تصحَّ، وكذا غيرها من العبادات، فالمعتبر في الوقف قصد القُرْبَة من حيث كونه وقفاً، لا من حيث كونه إعانة.

فظهر من جميع ذلك: الإشكال، بل المنع عن الصَّحَّة في الصورة الأولى من غير فرقٍ بين قصد الفضول القربة لنفسه أو عن المالك.

(١) وهو الشيخ النجفي في جواهر الكلام: ٢٢/٢٩-٢٣.

(٢) في (ش): «عند العمل».

(٣) نقله الحطاب الرعيني في مواهب الجليل: ٧٥/٦ عن صاحب الطراز.

(٤) أي: منع دعوى كونه معاونة على البرِّ.

وأما الصورة الثانية: وهي قصد المجيز القربة في إجازته، ففيها وجهان مبنيان على أن القربة من شرائط الصيغة، أو المعنى وهو التملك، أو الإخراج، على الخلاف في معنى الوقف مطلقاً أو في الوقف العام.

فعلى الأول لا ينفع قصدها في الإجازة، وصحّ على الأخيرين؛ لأنّ التملك إنّما يحصل بالإجازة، وليس في كلمات الأصحاب تعرّض لذلك، وإن كان الثاني لا يخلو من رجحان بحسب الاعتبار، إلا أن الظن لا يغني من الحق شيئاً.

والحكم بجريان الفضولي في الوقف مشكّل في جميع الصور التي منها قصد العاقد والمجيز كليهما، لأنّ ضمّ اللاشيء بلا شيء لا يفيد شيئاً.

ثم إنّ الإجازة على الصّحة ناقلة هنا، لا كاشفة في الصورة الثانية، لأنّ الكشف إنّما هو بالنسبة إلى شرط الرضا، وأمّا بالنسبة إلى غيره من الشروط فهو باقٍ على قاعدة النقل، كما لو حصلت الإجازة بالإقباض في العقود التي يعتبر فيها الإقباض، فإنّ صّحة الفضولي لا بدّ أن يكون على وجه النقل عند حصول القبض، فإذا بنينا على كفاية القربة عند الإجازة تعيّن أن تكون ناقلة، نظراً إلى فقدان بعض أجزاء العلّة - وهو القربة - حال العقد، فلا وجه لكونها كاشفة.

وهذا مطرّدٌ في جميع الأبواب، فكلّ ما فقد فيه بعض الشرائط عند العقد ووجد مقارناً للإجازة فلا وجه [فيه] للكشف، إذ الثابت من أدلّة الفضولي هو الكشف من حيث شرط الرضا، لا من حيث شرط آخر.

وأما الصورة الأولى فحكمها حكم سائر الأبواب؛ ضرورة استكمال العقد للشروط - حتّى القربة - على أحد الوجوه المذكورة في تلك الصورة.

ومن هنا ظهر حال عتق المرتهن عن الراهن، وأمّا عتقه عن نفسه فإن كان بإذن الراهن فهو نظير ما لو قال: «أعتق عبدك عنّي» الذي تطابق النص^(١) والفتوى^(٢) على صحّته، وأنّه يفيد دخول العبد في ملك السائل قبل العتق آنأما، وإن كانت مسألتنا على عكسها؛ حيث إنّ المالك وهو الراهن يقول: «أعتق عبدي عنك»^(٣) إلّا أنّ مناط المسألتين واحد، وهو جواز عتق الإنسان عبده عن غيره؛ لأنّ المرتهن بسبب الإذن يصير بمنزلة الراهن، فكأنّه المعتق لعبده عن غيره، فيصحّ ويجزي عن المرتهن إذا كان عليه الكفّارة ونحوها.

وإن كان بغير إذنه ففي صحّته بالإجازة - بناءً على عمومته للإيقاعات أيضاً - إشكالٌ ومنع لما عرفت؛ إذ صحّة الفضولي إنّما هي بعد إحراز سائر الشروط غير الرضا، ومن الشرائط في العتق المالك، والمفروض أنّ الفضول غير مالك، وهذا هو الوجه.

وما قيل^(٤): من أنّ الفضولي على خلاف الأصل، والمعلوم [من] مشروعيتها غير ذلك، فإن رجع إلى ما ذكرنا، وإلّا فليس على ما ينبغي.

(١) ينظر وسائل الشريعة: ٧/٢٣، ب ١.

(٢) نقل الإجماع على ذلك فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد: ٩٠/٤.

(٣) من قوله: «الذي تطابق» إلى قوله: «عبدي عنك» ساقط عن الأصل، وقد أضفناها من نسخة (ش).

(٤) القائل المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: ٤٩٠/٩.

[في ما إذا صارت الأمة المرهونة أمّ ولد]

(٤٥) قال: «ولو وطئ الراهن فأحبّلها صارت أمّ ولده، ولا يبطل الرهن، وهل تباع؟ قيل: لا، مادام الولد حيّاً، وقيل: نعم؛ لأنّ حقّ المرتهن أسبق، والأوّل أشبه»^(١).

أقول: اندرجت في العبارة مسائل:

الأولى: لا يبطل الرهن بوطئ الراهن مطلقاً ولو كان بإذن المرتهن من غير خلافٍ، وعن أبي العباس في^(٢) المذهب^(٣) احتمال البطلان مع الإذن، معللاً بأنّ الغرض من الرهن الوثيقة، ولا وثيقة مع تسليط المالك على الوطني وغيره من التصرفات الموجبة للنقص، فيكون كالإذن في البيع.

ولا يخفى ضعفه، ولذا قال: «والأولى عدم البطلان»^(٤). نعم، هذا التعليل مع الإحبال متّجه، بناءً على كونه منافياً للرهن كالبيع، كما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى، أمّا مجرد الوطني، فلا وجه لكونه كالبيع، وكونه سبباً للنقص.

[و] لا يدلّ إذن المرتهن فيه على إعراضه عن حقّه، مع إمكان منع أصل النقصان، ولو حمل كلامه على فرض الإحبال فله وجه، بناءً على عدم جواز بيعها حينئذٍ

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٧/٢.

(٢) عبارة: «أبي العباس في» أضعفناها من نسخة (ش).

(٣) ينظر المذهب البارع: ٤٩٦/٢.

(٤) المصدر السابق مع تغيير يسير في العبارة.

أيضاً، وإنَّما قدَّمتنا المسألة - مع تعرّض المصنّف لها [في ما بعد] - لاختصارها.
 الثانية: لو أحبلها صارت أمّ ولد، ويجري عليها أحكامها، وكأَنَّها إجماعيّة
 وعليه إجماعات منقولة ولو كان الوطى بغير إذن المرتهن.

واحتمال حقوق الوطى حينئذٍ بالزنا في انتفاء النسب لا يلتفت إليه، بعد تحقّق
 سبب الإلحاق، وهو الفراش، أعني الملك، غاية الأمر ثبوت الإثم فيه كالوطى
 حال الحيض، وهو لا ينافي ترتّب الحكم الوضعي عليه، ولعلّ تصريح الفقهاء
 بذلك لدفع هذا التوهّم في صورة عدم الإذن.

الثالث: عدم بطلان الرهانة بسبب الإحبال، وهذا أيضاً لم أجد فيه خلافاً،
 بل عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه، قال: «لا يبطل الرهن بالاستيلاد عندنا، بل
 يجوز بيعها في مواضع»^(١).

وعلّله في جامع المقاصد: «بأنّ الرهن بعد تمامه ولزومه إنّما يبطل بمنافيه،
 والإحبال وإن وقع بالإذن غير منافٍ^(٢) وإن صارت أمّ ولد؛ إذ لا يمتنع بيعها إذا
 تعلّق بها حقّ المرتهن سابقاً [على الاستيلاد]، إمّا مطلقاً أو مع الإعسار، ومع اليسار
 يجب بذل القيمة لتكون رهناً، وذلك أثر بقاء الرهانة لا محالة، فلا منافاة حينئذٍ^(٣)،
 ومقتضى كلامه بقاء الرهانة مطلقاً ولو بقي الولد وقلنا بعدم جواز البيع حينئذٍ.

(١) تذكرة الفقهاء: ٢١٩/١٣-٢٢٠، المسألة ٢١٨، مع تغيير في العبارة، وفيه: «وهل تصير أمّ ولد
 للراهن؟ مذهبتنا أنّها تصير أمّ ولد له، ولا يبطل الرهن»، وقال في ص ٢٢٠: «وعندنا أنّ أمّ الولد لا
 تخرج بالاستيلاد عن الرقية، بل يجوز بيعها في مواضع تأتي»، وأيضاً ينظر التذكرة: ٢٢٨/١٣.

(٢) في الأصل: «لا ينافيه».

(٣) جامع المقاصد: ٨٠/٥.

وفي المسالك تعليل بقائها: «بأنّ الولد قد يموت، وهو المانع، فإذا زال المانع عمل السبب السابق عمله»^(١).

وبين التعليلين تدافع؛ لقضاء الأوّل بقاءها ولو بقي الولد، والثاني صريح في خلافه، فعلى الأوّل صحّة الرهن بحاله ظاهراً وواقعاً، وعلى الثاني ظاهريّة مراعى إلى موت الولد.

وكيف كان، فالحكم ببقاء الرهانة مطلقاً مع عدم جواز البيع لا يخلو عن إشكالٍ نبّه به في جواهر الكلام^(٢) من أنّ جواز البيع شرط للرهن^(٣) استدامةً وابتداءً، فإذا حدث المبطل قبل الأجل بطل الرهن.

ولا يندفع بما عن جامع المقاصد^(٤) من بذل القيمة على الراهن ليكون رهناً؛ لأنّه أوّل الكلام وإن صرح به الشهيد^(٥) وبعض آخر^(٦)، كما يأتي إن شاء الله.

فالتحقيق: أنّ بقاء الرهانة مبنيٌّ على أحد أمرين: أوّلها: جواز البيع، والثاني: وجوب بذل القيمة على تقدير عدم الجواز، فلو قلنا بعدم الجواز، كما عليه المصنّف هنا وبعض من وافقه^(٧)، وبعدم وجوب بذل القيمة أيضاً - كما هو الأصحّ - لا معنى لبقاء الرهانة، فالإشكال بحاله.

(١) مسالك الأفهام: ٥٠/٤.

(٢) ينظر جواهر الكلام: ٤١١/٢٦.

(٣) في الأصل: «للبيع»، وما أثبتناه من (ش) هو الأصح.

(٤) ينظر جامع المقاصد: ٨٠/٥.

(٥) ينظر الروضة البهيّة: ٨٥-٨٤/٤.

(٦) لم نقف عليه.

(٧) ينظر تحرير الأحكام: ٤٨٨/٢.

وأجيب عنه^(١): بأن جواز البيع شرط ابتداءً لا استدامة، فإن من الشروط ما هو كذلك كالعقل والرشد.

وفيه: أن جوازه ليس من شروط العقد ولا العاقد، حتى يكفي وجوده عند العقد، بل هو من شروط ماهية الرهن المقصود منه الاستيثاق، وأي استيثاق في رهن ما لا يمكن الاستيفاء منه عند حلول أجله؟

فإن كان ولا بد من القول ببقائها على القول بعدم جواز البيع انحصر المناص في وجوب بذل القيمة، وسيأتي إن شاء الله تعالى أنه غير مسلم.

ولا يذهب عليك دلالة ما سمعت عن التذكرة^(٢) على ما قلنا من ابتناء بقاء الرهانة على جواز البيع، كدلالة ما في المسالك^(٣) بالتقريب المذكور؛ لأنه علل بقاءها بأن بيع أم الولد يجوز في مواضع، فدل على أن البقاء مستند إلى إمكان البيع، فالبقاء بقاء متزلزل، وهو ينافي البطلان الظاهري استصحاباً؛ لبقاء الولد. وقد يستند بقاء الرهانة إلى إجماع التذكرة^(٤).

وفيه - بعد الغض عما فيه صغرى وكبرى - أن دعوى هذا الإجماع لعلها نشأت من الإجماع الذي ادّعي على جواز البيع، فعلى القول بعدم جواز البيع لا فائدة في هذا الإجماع.

وقد يستدل أيضاً - دفعاً للإشكال المذكور - بأنه بعد الاستيلاد يتوجه إلى

(١) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٩٨ - ٣٠٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: ١٣ / ٢٢٠.

(٣) مسالك الأفهام: ٤ / ٥٠.

(٤) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٣ / ٢١٩ - ٢٢٠.

الراهن خطابان، خطاب الوفاء بعقد الرهن، وخطاب: «لا تبع أم الولد»، والعمل بهما يقتضي بذل القيمة لتكون بدلاً عن المبيع، وفيه نظر، ستعرفه ممّا يأتي من وجوب بذل القيمة.

الرابعة: جواز بيعها، وفيه خلاف، ومحلّه ما لو بقي الولد إلى حلول الدين، فلو مات قبله فلا إشكال ولا خلاف في جوازه.

وفيه أقوال، المشهور هو الجواز^(١)، وظاهر الكتاب المنع، كما عن تحرير الفاضل^(٢)، وروضة الشهيد^(٣)، وربّما عزي إلى المبسوط^(٤)، كما حكى عنه الجواز أيضاً مطلقاً^(٥)، وعن جامع المقاصد: «أنّ استناد المنع إليه وهم»^(٦).

والتفصيل بين إذن المرتهن، فلا يجوز وبين عدمه، فيجوز، منقول عن الحواشي^(٧)، وفي جواهر الكلام^(٨) نسبته إلى ميل بعض مشايخه؛ لموافقة الأصل والاعتبار لو لم يكن خرقاً للإجماع، وأظنّ أنّه موسى بن جعفر^(٩).

(١) ينظر: رياض المسائل: ٢١١/٩، جواهر الكلام: ٤١٢/٢٦ - ٤١٤.

(٢) تحرير الأحكام: ٤٨٨/٢.

(٣) الروضة البهية: ٨٤/٤ - ٨٥.

(٤) الحاكي هو الشهيد^(ع) في غاية المراد: ١٨٨/٢ كما في جامع المقاصد: ٨٠/٥.

(٥) المبسوط: ٢١٧/٢، وأيضاً حكاه عنه في جامع المقاصد: ٨٠/٥.

(٦) جامع المقاصد: ٨٠/٥، وفيه: «و حكى شيخنا في شرح الإرشاد عن المبسوط خلاف ذلك، والظاهر أنّه وهم».

(٧) حكاه عنه في مفتاح الكرامة: ٣٨٣/١٥، انظر جواهر الكلام: ٤١٣/٢٦.

(٨) ينظر جواهر الكلام: ٤١٤/٢٦.

(٩) الظاهر بل لعلّه المقطوع أنّه هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة: ٣٨٤/١٥ - ٣٨٣.

والتفصيل بين الإعسار، فيجوز، واليسار، فلا يجوز، كما عن الخلاف^(١) والغنية^(٢) و التذكرة^(٣) و حواشي الشهيد^(٤)، بل عن الغنية^(٥) الإجماع عليه.

ومنشأ الخلاف تعارض دليل عدم [جواز] بيع أمّ الولد، ودليل سلطنة المرتهن على البيع، فرجح المجوّز دليل الجواز بسبق حقّ المرتهن، وبأنّ: بيعها في ثمن رقبته جائز^(٦)، مع أنّه لم يتعلّق بعينها، ودين المرتهن تعلّق بعينها، فيكون أولى من ثمن الرقبة أو مساوياً.

ورجح المانع دليل عدم جواز بيع أمّ الولد بأنّ: الإستيلاد أقوى من حقّ المرتهن.

هذا، والتحقيق: أنّ الترجيح هنا ممّا لا وجه له؛ لأنّه إنّما يلاحظ في الأدلّة الظنيّة، وأمّا القطعيّة فلا بدّ من ملاحظة قوّة الدلالة، أو بعض وجوه الجمع كما في المقام، مع أنّ الترجيح الذي ركن إليه الفريقان ترجيح بالقياس، وهو باطل، كما في محله^(٧)

وأضعف منه الترجيح بسبق حقّ المرتهن؛ إذ لا معنى لملاحظة سبق الحقّ في تعارض الأدلّة في الشبهات الحكميّة، بل هو في تراحم الحقوق والأسباب.

(١) ينظر الخلاف: ٢٣٠/٣ - ٢٢٩، المسألة ١٩.

(٢) ينظر غنية النزوع: ٢٤٤.

(٣) ينظر تذكرة الفقهاء: ٢٣٠/١٣.

(٤) حكاه عنها في مفتاح الكرامة: ٣٨١/١٥.

(٥) تقدّم تخريجه آنفاً.

(٦) ينظر: النهاية: ٥٤٧، المهذب: ٢٥٠/٢.

(٧) ينظر: بحر الفوائد: ٢٩٥/١، التعليقة على معالم الأصول: ٤٢٧/٥.

ومنه يظهر ضعف ترجيح دليل الجواز بالشهرة؛ لأنّها لا تجدي في ترجيح الدلالة على التحقيق.

فلا بدّ حينئذٍ من ملاحظة قوّة الدلالة، فقد يقال: إنّ أدلّة الاستيلاد أقوى من وجوه:

منها: أنّ دليل سلطنة المرتن إنّما يدلّ على سلطنة له على خصوص الراهن، لا مطلقاً، فلا يدلّ على سلطانه على غيره، أي مهمّل من هذه الجهة، وليس بمطلق.

ومنها: أنّ دليل المنع حاكم على دليل الجواز، بل مخصّص له وإن كانت النسبة بحسب الظاهر عموم من وجه؛ لأنّ مفاده هو قصر^(١) أولياء العقد، وسلب السلطنة عنهم في خصوص أمّ الولد.

ومنها: أنّه وارد عليه، بمعنى إخراج المورد عن [موضوع] دليل الجواز؛ نظراً إلى كونه معلّقاً بعدم طرؤ المانع عن الجواز من الخارج، كما هو الشأن في أدلّة جميع أقسام الرخصة - من الإباحة والاستحباب وغيرهما من الأحكام المبنية على الجواز، دون اللزوم - فإنّها كما في محله لا تنهض لمعارضة الملزمات الخارجيّة، فإذا عرض سبب اللزوم كان بلا معارض، لخروجه عن مورد الحكم المبنّي على الرخصة.

وكلّها ضعيفة:

أمّا الأوّل: فلأنّ دعوى الإهمال في الأدلّة من غير شاهد لا تسمع، مع أنّه

(١) في (ش): «تفسير».

معارض بمثله؛ لجواز القول بأن أدلة منع بيع أمّ الولد مسوقة لسلب السلطنة عن الوالد خاصّة، وساکتة بالنسبة إلى غيره ممّن له سلطنة على البيع، بل هذه فيها أولى؛ لما في بعض أخبار بيع أمّ الولد من الإشعار بذلك، كقوله عليه السلام تعبيراً على والد الولد^(١): «خذ بيدها، وقل: من يشتري [مني] أمّ ولدي»^(٢)، فدلّ على اختصاص المنع بمباشرة الوالد ولو لم نقل بظهوره فيه، ولا أقلّ من كونه سبباً لعدم الإطلاق والظهور بالنسبة إلى الديان، خصوصاً الدين الذي تعلّق برقبته. وبه يظهر ضعف الأخيرين؛ لأنّهما مبنيان على إطلاق دليل المنع بالقياس إلى حال الرهن، وبعد فرض الإهمال لا وجه لزعم الحكومة، ولا الورد.

فالتحقيق: أنّ الأمر دائر بين الدعويين المتعاكسين، بأيّهما أخذنا كان الآخر سليماً عن المعارض، ولا يبعد رجحان الثانية.

ويؤيّدتها تقديم حقّ المرتهن على سائر الديون؛ لأنّ ذلك يكشف عن فساد الأولى، إذ لو كان أدلة سلطنة المرتهن على البيع مهملة بالنسبة إلى غير الراهن لم يكن وجه لتقديم المرتهن على غيره.

ودعوى: أنّه ثبت بدليل خارجي، لا من أدلة سلطنة المرتهن على البيع - بعد المساعدة عليها - غير ضارّة؛ إذ الغرض هنا إبداء بعض الشواهد على الإطلاق وعدم الإهمال، دون الاستدلال؛ لأنّ المطالب في المقام بالدليل هو الذي يدّعي التقييد، أو الإهمال، دون من يدّعي الإطلاق؛ لأنّه الأصل في الخطابات، كما في محله. ولو فرض التكافؤ وعدم الترجيح جرى على الدليلين حكم المتعارضين،

(١) عبارة: «تعبيراً على والد الولد» أضفناها من (ش) لاستقامة العبارة.

(٢) وسائل الشيعة: ٢٠/ ٤٠٧، ب ١٩ من أبواب ما يحرم بالرضاع، ح ١.

ولا يبعد ترجيح إطلاق دليل الجواز؛ لأنه أقل تخصيصاً^(١) من إطلاق دليل المنع، مع أنه معارض في نفسه ببعض الأخبار المعتبرة^(٢) المجوزة لبيع أم الولد، وإن أبيت عن الترجيح فالترجيح هو الأصل، ومقتضاه لفظاً وعملاً أيضاً الجواز؛ لأنّ عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) هو المرجع بعد التعارض، ومع الغض عن ذلك فالجواز مطابق للاستصحاب، وأمكن المناقشة فيه بانقلاب الموضوع.

واستدلّ على التفصيل الأول: بأنّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه، فالإذن في الوطئ إذن في الاستيلاء المنافي للرهانة، وهو يدلّ على إسقاط الحقّ.

وفيه منع صغرى وكبرى؛ لأنّ منافية الاستيلاء للرهانة أول الكلام، وكذا دلالة الإذن في المنافي على إسقاط الحقّ، فتأمل، والعجب ممّن زعم أنه موافق للأصل والاعتبار.

وعلى الثاني^(٤): بقاعدة الجمع بين الدليلين التي تراعى قبل إعمال المرجّحات، بحمل دليل المنع على الإيسار، و[دليل] الجواز على الإعسار.

وهو أضعف من الكلّ؛ لأنّه - مع كونه جمعاً بلا شاهد - لا يرفع التعارض، لأنّ إطلاق دليل الإيسار أيضاً معارض بدليل سلطنة المرتن على البيع، فالتعارض بحاله.

فظهر دوران حكم المسألة مدار القولين الأولين، وأنّ الأظهر هو الأول.

(١) في الأصل: «تحقيقاً»، والصواب ما أثبتناه.

(٢) ينظر وسائل الشريعة: ١٧٠/٢٣ ب ٢ من أبواب الاستيلاء.

(٣) المائدة: ١.

(٤) استدللّ به: الشيخ في الخلاف: ٢٣٠/٣-٢٣١، وابن زهرة في الغنية: ٢٤٤، والعلامة في تذكرة

الفقهاء: ٢١٩/١٣.

الخامسة: هل يجب على الراهن بذل القيمة لو قلنا بعدم جواز البيع أم لا؟ وعن الكركي^(١) الإشكال فيه بأن: متعلق الرهن إن كان باقياً فلا وجه لبذل القيمة، وإن كان تالفاً فلا مقتضي لبذلها، كما لو تلف الرهن.

وأجيب عنه^(٢) تارة: بأن الراهن بالإحبال أتلف حق المرتهن، فعليه الغرامة ببذل القيمة؛ استيفاءً للدين، كما لو أتلف الأجنبي.

وفيه: أنه لا يأتي مع الإذن في الوطى، لأن الإذن فيه إذن في لوازمه.

ودعوى أنه لا ملازمة بين الوطى والإحبال.

مدفوعة: بكفاية الملازمة الاتفاقية أيضاً في رفع الضمان، كما لو أذن في ركوب الدابة فتلفت بالركوب.

وأما مع عدم الإذن فله وجه، وإن أمكن المناقشة فيه أيضاً بمنع استناد التلف هنا إلى السبب، وهو الوطى عرفاً، لكنّها ضعيفة وإن كانت أوفق بإطلاق ما عرفت عن المحقق الثاني^(٣)، إلا أن يقال: أن سبب الوطى للتلف موقوف على بقاء الولد إلى الأجل، ولا شيء على الراهن قبله فكيف يلزم بدفع القيمة؟

وأخرى: بأن الراهن حال بين المرتهن وبين حقه إلى الأجل وإن لم يكن متلفاً له، فيجب عليه دفع القيمة؛ للحيلولة، فالمقتضي للبدل هو الحيلولة، دون الإلتلاف؛ لتوقفه على بقاء الولد إلى الأجل^(٤).

(١) ينظر جامع المقاصد: ٨٠/٥.

(٢) أجاب بذلك النجفي في جواهر الكلام: ٢٥ / ٢٠٩.

(٣) تقدّم آنفاً.

(٤) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٠ / ٢٩٧.

وهذا باطل؛ إذ ليس للمرتهن حق الاستيفاء قبل الأجل، حتى يكون الإحبال سبباً للحيلولة ودفع القيمة لأجلها، غاية الأمر كونه سبباً للتلف على تقدير بقاء الولد إلى الأجل، فقبله ليس الراهن متلفاً، ولا حائلاً، كما مرّ.

وثالثة: بأن دفع القيمة جمع بين حق المرتهن وحق الأمة؛ لأنّه مخاطب بخطابين: أحدهما: أن لا تبع الأمة، والثاني: الوفاء بعقد الرهانة، فالجمع بينهما مهما أمكن يحصل بدفع البدل ليقوم مقام المبدل^(١)، وهو كما ترى؛ لأنّ المقام من تعارض الدليلين القاضي بثبوت أحد الحقيّن وسقوط الآخر، فأين الحقان حتى يجب عليه العمل بمقتضاهما؟

فالأظهر - وفقاً لظاهر الأكثر - عدم وجوب بذلها مطلقاً، لا قبل الأجل ولا بعده لو قلنا بعدم جواز البيع إذا كان الوطى بإذن المرتهن، لأنّه أقدم على تفويت حقّه بالإذن كما عرفت، أمّا مع عدم الإذن فقبل الأجل أيضاً لا يلزم بالدفع؛ لعدم تحقّق سبب الضمان قبله، وبعد الأجل يجب عليه دفع البدل، فيكون رهناً، والله العالم.

(١) ينظر جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٩٨ - ٣٠٠.

[بيع الراهن الرهن بإذن المرتهن وعكسه]

(٤٦) قال: «ولو أذن له في بيعها فباع بطل الرهن، ولا يجب جعل الثمن رهناً»^(١).

أقول: في العبارة مسألتان متعاكستان: أوّلها: بيع الراهن بإذن المرتهن، والثانية: عكسها، وعلى التقديرين إمّا أن يشترط المرتهن على الراهن كون الثمن رهناً أم لا، ويتلوهما مسألة ثالثة، وهي: قيام القيمة مقام الرهن لو أتلفه متلف، وسيأتي من المصنّف تعرّضه.

وفي حكم البيع الفسخ بالعيب ونحوه من أسباب الخيار إذا باع، وقد حكموا في بعض الصور برهانة البدل وفي الآخر بالعدم، فمسّت الحاجة إلى [بيان] مقتضى القاعدة [في] كون بدل الرهن رهناً أم لا؟ أو يفصل؟

فعلى الأوّل يوجّه ما حكم فيها بالعدم، كالمسألة الأولى، وينعكس على الثانية^(٢)، وعن العلامة الأوّل على ما حكاه بعض المعاصرين، قال: «وأطلق الفاضل في التذكرة^(٣) الحكم بأنّ بدل الرهن رهن، وقضيّة ذلك عدم الفرق بين أن يكون بدليته ثابتة بواسطة عقد معاوضة ماليّة، أو بواسطة أحد أسباب الضمان المقرّرة له شرعاً، كإتلافٍ أو تعدّد أو تفريط.

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٧/٢.

(٢) أي لا بدّ في المسألة الثانية من توجيه ما قالوا فيها بالرهانة دون الأولى.

(٣) تذكرة الفقهاء: ٢٩٦/١٣، المسألة ٢٠٠.

وأصل الحكم لعلة مبني على أن ملكية الراهن للعين بعد تعلّق الرهن بها ناقصة قطعاً، فإذا اتفق حصول سبب موجب لإبدالها بمال مملوك وجب أن يكون ملكية الراهن للبدل ناقصة أيضاً على حسب مبدله، وإلا لزم الزيادة في استحقاقه الذي تعلّق بواسطة أحد الأسباب به من دون سبب، وليس هذا النقصان إلا لسريان حقّ الرهانة إلى البدل.

وهذا منبئ عما ذكرناه سابقاً من إجراء حقّ الرهانة مجرى حقّ الملكية، ولذا حكموا بسريانها في النماء المتّصل، أو مطلقاً، كما سيأتي إن شاء الله.

ودعوى: انتقال الرهن إلى المشتري مثلاً مطلقاً لا رهناً، فثمنه تابع له في ذلك.

مدفوعة: بأنّ انتقاله مطلقاً بمقارنة انتقال حقّ الرهانة عند تمام العقد إلى البدل، وإلا الملك في البدل وصف زائد لا يستحقّه، وهذا لا ينافي نقصان الملك الذي أثبتناه للراهن في المبدل^(١) انتهى.

ومحصّل مراده: أنّ قضية الإبدال مساواة البدل للمبدل في المالية، والمال المرهون وغير المرهون مختلفان من حيث المالية، فحيث كان المبدل رهناً لزم أن يكون البدل أيضاً رهناً، وإلا لزم مزية الفرع على الأصل بلا سبب، وبهذا البيان تتساوي المعاوضة وغيرها من سائر وجوه الإبدال.

ويضعّف: بالمعارضة؛ [لأنّ] المبيع دخل في ملك المشتري طلقاً، فينبغي دخول الثمن في ملك البائع أيضاً كذلك، وإلا لزم الاختلاف بين البدل والمبدل

(١) لم نقف عليه.

في الماليّة بلا سبب، فكما أنّ زيادة الثمن بالطلقيّة ليس لها سبب حسب ما قرّره، فكذلك نقصانه بالمرهونيّة ليس له سبب.

ويقرب من هذا الاستدلال ما قد يقال: إنّ قضيّة الإبدال والمبادلة اشتراك البذل والمبدل في جميع الأحكام إلّا ما خرج، فينبغي أن يكون الثمن أيضاً رهناً كما كان المبيع؛ مراعاةً للقاعدة المذكورة. وفيه: ما عرفت.

وإن استند في قاعدة الاشتراك إلى غير قاعدة المبادلة والمعاوضة فهو مصادرة؛ لعدم الدليل على هذه القاعدة رأساً.

وقد يستدلّ عليه: بأنّ مقتضى الرهن أن يكون للمرتهن حقّ الاستيفاء من العين المرهونة عيناً وبدلاً، وإلّا فالمبادلة بنفسها لا تقتضي انتقال الرهانة من عين الرهن إلى بدله.

هذا، وقد يستدلّ على الثاني^(١) بما ذكره بعض من: أنّ الثمن خرج من ملك المشتري طلقاً، وملكه البائع كذلك، فينبغي أن يكون داخلاً في ملكه على الوضع [الذي] خرج من المشتري، ولازمه أن يكون، وهذا لو تمّ يجري في خصوص البيع، لا في التلف.

وفيه: أنّ العبرة لو كانت بما قبل الخروج لزم أن يدخل المبيع في ملك المشتري مرهوناً؛ لأنّه خرج كذلك، وإن كانت بحاله أو بما بعده فكون الثمن طلقاً حال الخروج أو بعده أوّل الكلام.

(١) أي ثاني الفرضين، وهو عدم كون بدل الرهن رهناً.

وقد يستدلّ عليه بما في المسالك^(١) وغيره^(٢) من: أنّ متعلّق الرهن قد تلف بالبيع، فلا معنى لبقاء الرهانة بلا محلّ، ولا سبب لتعلّقه بالثمن.

وهذا لو تمّ جرى في التلف أيضاً، فينبغي أن لا يكون قيمة الرهن رهناً أيضاً، وهم لا يقولون به.

ومع ذلك يرد عليه: أنّ دعوى تلف متعلّق الرهن واضحة المنع، غاية الأمر خروجه عن ملك الراهن، ودخوله في ملك المشتري، وهذا ليس من التلف.

ويمكن توجيهه: بأنّ الرهانة لم تتعلّق بذات المبيع، بل إنّما تعلّق به من حيث كونه ملكاً للبائع، فمتعلّق الرهانة هي الحيثية المذكورة، بالإضافة المخصوصة، ومن البين زوال تلك الإضافة بالبيع، وهذا مثل ما لو باع الشركاء مالاً مشاعاً، فإنّ الإشاعة كانت متعلّقة بالمبيع من حيث كونه ملكاً لمتعدد لا من حيث كونه مالاً، فإذا زالت الملكية زالت الإشاعة، ودخل المبيع في ملك المشتري طلقاً، وهذا هو المراد بتلف متعلّق الرهن، وإلا كانت مصادمة للبدية.

وهذا توجيه وجيه، إلّا أنّ ما ذكرنا أخيراً دليلاً على تعلّق الرهانة بالثمن من أنّ هذا هو مقتضي عقد الرهانة لا ينافيه، فكون البيع إتلافاً لمحلّ^(٣) الرهانة لا ينافي تعلّقها بالثمن بسببٍ آخر، وهو عقد الرهن.

ثمّ إنّّه لو قلنا بأنّ مقتضي البيع زوال الرهانة عنه من غير تعلّق لها بالثمن، أشكل الأمر عليهم في صورة الاشتراط التي يقولون فيها بصيرورة الثمن رهناً؛

(١) ينظر مسالك الافهام: ٥٠/٤.

(٢) ينظر رياض المسائل: ٥٣٧/٨.

(٣) في الأصل: «لحقّ»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

لما عرفت في ما مضى من الإشكال في فائدة هذا الشرط، لأنّه ليس شرطاً في ضمن العقد اللازم، حتّى يكون لازماً.

ومع ذلك متضمّن للتعليق المبطل للعقد إجماعاً، وللشرط على الأصحّ؛ لأنّ الراهن حين البيع لم يكن مالكا للثمن، فاشتراط كونه رهناً مرجعه إلى أنّه إذا ملك الثمن فعليه أن يكون رهناً، كما لو اشترط غير الثمن ممّا ليس بملك له حين البيع، مثل ما لو اشترط في ضمن عقد لازم أن يكون ما ينتقل إليه بالإرث أو الشراء أو الخيار أو نحوهما من الأسباب رهناً، وهو كما ترى ممّا لا يلتزم به فقيهه، إلّا في مسألة المزج بين سبب ملكيّة الرهن وعقد الرهن، كأن يقول: «بعتك بكذا وجعلت الثمن رهناً»، وهي غير ما نحن فيه، كما لا يخفى، كما عرفت مفصّلاً.

ودعوى: أنّ شرط الرهانة يقيّد البيع، فلا يكون البيع من دون أن يشترط الرهانة في ضمن العقد، أو بعقد جديد بعد البيع مأذوناً فيه، غير مجدية؛ إذ بعد تسليم صحّة شرط الرهانة في ضمن العقد - مع ما عرفت فيه من الخلاف - غاية أنه يتوقّف صيرورة الثمن رهناً على ذكره في ضمن عقد البيع، أو بعقد جديد، وهم لا يقولون بذلك، بل ظاهرهم أنّه إذا شرط ذلك صار الثمن رهناً سواء ذكر في البيع أم لا.

ويرد عليه أيضاً: أنّه يشكل الأمر في ما لو باع المرتهن بإذن الراهن، فإنّهم يقولون فيها بصيرورة الثمن رهناً، مع أنّ قضية هذا الوجه أن لا يكون كذلك؛ لأنّ البيع قد أتلّف متعلّق الرهن فما السبب لرهانة الثمن؟

ودعوى: أنه في قوّة تباني المتراهنين على تبديل^(١) رهنٍ برهن، كما عن الدروس معللاً: «بأنّ الحقّ بينهما، فلهما تبديل الرهن بآخر»^(٢).

ممنوعة: أصلاً وفرعاً، أمّا أصلاً: فلأنّ تبديله برهنٍ آخر لا ينطبق على شيء من القواعد، إلّا بعد فسخ الأوّل، وتجديد رهنٍ جديد، كما نبّه به في جواهر الكلام^(٣) ونعم ما صنع، فقياس المقام على تبديل الرهن بالآخر إثبات باطلٍ بباطل.

وأما فرعاً: فلأنّ البدل - وهو الثمن - غير مملوك للراهن عند البيع، فكيف يكون تبديلاً؟ مع أنّه لا دلالة للإذن في البيع على التبديل بوجه.

وكذا يشكل الأمر في ما لو أتلّف الرهن متلف، فإنّهم يقولون بأنّ القيمة رهن، مع أنّ متعلّقه قد تلف، وتعلّقها بالقيمة يحتاج إلى سببٍ جديد.

والحاصل: أنّهم استدلّوا على عدم كون الثمن رهنًا في المسألة الأولى - أعني بيع الراهن بإذن المرتهن - تارة: بأنّ متعلّق الرهن ينعدم بالبيع، وتعلّقها بالثمن يحتاج إلى سببٍ جديد.

وأخرى: بخروج الثمن عن ملك المشتري طلقاً، فيدخل في ملك البائع

(١) في الأصل: «تبدّل»، والصواب ما أثبتناه.

(٢) الدروس الشرعية: ٣/٣٩٥، الدرس ٢٧٨، نقلاً بالمعنى، والعبارة هكذا: «لو اتّفق المتراهنان على نقل الرهن عند الخوف من الفساد إلى عين أخرى احتمل الجواز؛ لأنّ الحقّ لا يعدوهما، ويجري مجرى بيعه وجعل ثمنه رهنًا... إلى آخره».

(٣) ينظر جواهر الكلام: ٢٦/٤١٩، وفيه: «ونقل الوثيقة إنّما يكون بفسخ من المرتهن للأولى وإيجاب للرهن في الثانية».

الراهن كذلك، ومقتضاهما بعد الصّحة أمورٌ لا يلتزم بها أحد وإن كان مصحّحاً للمسألة الأولى.

ولقد استراحا في الحدائق^(١) والرياض^(٢) حيث اختارا في جميع الفروع عدم صيرورة البدل رهناً حتّى في صورة الاشتراط في المسألتين، ولا في التلف.

وأما الوجه الذي اخترناه، وهو عكسه، أعني قضاء المبادلة سيّما المعاوضة ذلك^(٣)، فهو أقلّ محذوراً من [الوجه] الثاني، وأسلم من ورود الإشكال.

ولا يرد عليهم الإشكال إلّا في المسألة الأولى إذا لم يشترط رهن الثمن، فإنّهم حكموا فيها بعدم كون الثمن رهناً، مع أنّ قضية الوجه الأوّل كونه رهناً.

إلّا أنّهم اعتذروا عنه: بأنّ إذن المرتهن للراهن^(٤) في البيع من دون اشتراط رهانة الثمن يدلّ على إسقاط حقّه، واشتراطها دفع لتوهم الإسقاط، وتشبّث بقاعدة المبادلة ويؤكدّها، بخلاف إذن الراهن للمرتهن، فإنّه لم يصدر منه سوى البيع الذي لو لم يؤكّد تشبّثه بحقه لم يدلّ على الإسقاط أيضاً.

وهو وإن كان محلّ منع؛ لعدم دلالة إذن المرتهن على الإسقاط، لأنّه أعمّ منه ومن الرضا، بتبديل الرهن، إلّا أنّه ليس فيه كلّ البعد؛ لأنّ إذن المرتهن إرفاق منه بالنسبة إلى الراهن، فيدلّ على أنّه رفع اليد عن حقّه، ولذا لا يتفاوت بين أن يكون البيع قبل حلول الدين أو بعده على المشهور، بخلاف إذن الراهن فإنّه

(١) ينظر الحدائق الناضرة: ٢٧٦/٢٠.

(٢) ينظر رياض المسائل: ٢٢٧/٩.

(٣) في (ش): أن يكون بدل الرهن رهناً.

(٤) في الأصل: «إذن الراهن للمرتهن»، والصواب ما أثبتناه.

إرفاق منه على المرتهن خصوصاً قبل الأجل، ولا يحصل ذلك إلا بأن يكون الثمن رهناً، بل لو قيل: بأنه تعجيل للإذن في الاستيفاء أيضاً، فيجوز للمرتهن التصرف في الثمن استيفاءً لم يكن بعيداً؛ تحقيقاً لكمال الإرفاق، إلا أن الفتوى^(١) على خلافه.

ومن التأمل في ما ذكرنا ظهر: أن الحق في جميع المسائل المذكورة ما هو المشهور، فلا يصير الثمن في المسألة الأولى رهناً إلا بالاشتراط مطلقاً قبل الأجل، عكس المسألة الثانية، فيصير كذلك، اشترط أم لم يشترط، وكذا لو أتلّف الرهن متلف، والله العالم.

(١) ينظر: شرائع الإسلام: ٧٣/٢، ارشاد الأذهان: ٣٩٣/١، تحرير الأحكام: ٤٩١/٢، الدروس

الشرعية: ٤٠٩/٣، غاية المراد: ١٨٩/٢.

[حكم ما إذا حلّ الأجل وتعدّر الأداء]

٤٧) قال: «إذا حلّ الأجل وتعدّر الأداء كان للمرتهن البيع إن كان وكيلاً، وإلا رفع أمره إلى الحاكم ليلزمه بالبيع، فإن امتنع كان له حبسه، أو أن يبيع عليه»^(١).

أقول: ها هنا مسائل:

الأولى: إن المرتهن إذا كان وكيلاً، فهل له بيعه قبل المطالبة بالأداء، أم ليس له ذلك إلا بعد مطالبة الراهن بالأداء؟

قولان، يدلّ على أولهما: إطلاق الوكالة؛ فإنّ إطلاقات العقود - كإطلاقات الكتاب والسنة - معتبرة عند الشك في التقييد والاشتراط بلا خلاف وإشكال، ولا داعي لرفع اليد عنها إلا دعوى انصرافها إلى ما بعد المطالبة، وهي ممنوعة؛ لفقد سببه.

نعم، يمكن دفعه بدعوى: أنّ الظاهر تنزيل الوكالة على ما تقتضيه الرهانة، ويستحقّه المرتهن، ومن الواضح توقّف استحقاق المرتهن للبيع على عدم إرادة الأداء، وكذا الرهانة أيضاً لا تقتضي إلا ذلك، والشك في الشرط شك في المشروط.

ودعوى: أنّ استحقاق البيع إنّما يشترط بعدم الأداء، لا بعدم إرادته.

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٧/٢.

مدفوعة: بأن الكلام في الإرادة المقرونة بالأداء، فكما أنه مشروط بعدم الأداء فكذلك هو مشروط بعدم مقدّمته السببية؛ لأنّ الاشتراط بعدم المسبّب قاضٍ بالاشتراط بعدم السبب، بل بعدم سائر المقدّمات أيضاً عند التأمل.

والتمسك [بأصالة]^(١) عدم إرادة الأداء، لا يجدي في إثبات الإذن المنوط به صحّة البيع.

وأما استصحاب نفس الإذن الثابت حال العقد، ففيه: أنّ الإذن من الأمور التي لا يجري فيه الاستصحاب، كسائر الأحكام التكليفية؛ لأنّ الزمان والمكان والأحوال كلّها من قيود الفعل، فيتغيّر الموضوع بتغيّرها، فيكون كاستصحاب وجوب صوم يومٍ بوجوب صوم يومٍ آخر، وتام التحقيق في محله، فراجع.

وأيضاً إرادة الأداء رجوع عن الوكالة في المعنى نظير العزل؛ لأنّه لو كان مريداً للبيع وراضياً به لم يكن مريداً للأداء، وإرادة الأداء وإرادة البيع متنافيان لا يجتمعان، ولذا لو كان إرادة الأداء مقطوعاً للمرتن لم يحز له البيع قطعاً، ولا أظنّ أحداً يقول بالجواز هنا، وما ذاك إلّا لكون قصد الأداء رجوعاً عن الوكالة.

وإذا كان الأمر كذلك فعند احتمال إرادة الأداء لا ينفع إطلاق الوكالة، كما أنّ إطلاق عقد النكاح لا ينفع عند الشك في حصول الطلاق، وكذا إطلاق البيع عند الشك في الفسخ، بل لا بدّ من الرجوع إلى الأصول الموضوعية، وقد عرفت أنّه لا أصل حتّى يثبت به بقاء الوكالة.

ولعلّ إليه ينظر ما عن التذكرة من الاستدلال للمنع: «بأنّ الرهن قد لا يريد

(١) في الأصل: «بإضافة»، والصواب ما أثبتناه.

الأداء»^(١)، يعني: أن مع هذا الاحتمال لا ينفع إطلاق الوكالة حسب ما بيّناه.

لا يقال: فكيف الحال لو شككنا في العزل، مع أن ما ذكرت آتٍ فيه حرفاً بحرف، فينبغي أن لا يجوز للوكيل البيع مثلاً عند احتمال العزل، مع أنه كما ترى.

لأننا نقول: إنه للنص والإجماع على مضي تصرف الوكيل ما لم يبلغه العزل ولو كان معزولاً في الواقع؛ إذ بعد ذلك لا أثر فيه لاحتمال العزل، ولذا يمكن انسحاب ما ذكرنا عند الشك في موت الموكل، بناءً على الأصح من عدم إلحاق الموت بالعزل في مضي التصرف، ولا يجوز له التصرف حينئذٍ - كما في المقام - إلا بعد الفحص، واستكشاف الحال.

فالأقرب عدم جواز البيع قبل المطالبة؛ استكشافاً لإرادة الأداء وعدمها، وفاقاً للمحكي عن المبسوط^(٢)، والسرائر^(٣)، والقواعد^(٤)، وموضع من التذكرة^(٥)، وبعض المتأخرين، وظاهر المصنف^(٦).

هذا إذا كان الوكيل هو المرتهن، ولو كان أجنبياً فعن التذكرة^(٧): الفرق بينه وبين المرتهن بجواز البيع للأول من دون مراجعة الراهن من دون إشكالٍ وخلاف.

(١) تذكرة الفقهاء: ٢٤٢/١٣، مسألة ١٦٩.

(٢) ينظر المبسوط: ٢١٧/٢، وفيه: «إذا لم يطالبه به لم يجب بيعه به».

(٣) ينظر السرائر: ٤٢٢/٢.

(٤) ينظر قواعد الأحكام: ١١٤/٢.

(٥) ينظر تذكرة الفقهاء: ٢٤٢/١٣، المسألة ١٦٩.

(٦) ينظر شرائع الإسلام: ٣٣٧/٣.

(٧) ينظر تذكرة الفقهاء: ٢٦٧/١٣، المسألة ١٨٤.

ولعل وجهه: عدم جريان ما ذكر من الوجهين؛ لعدم جواز بيع المرتهن قبل المطالبة في الأجنبي.

أما الأول: فلأن الأجنبي لا يستحق على الراهن شيئاً حتى ينزل إطلاق وكالته على مقدار استحقاقه، فإطلاق الوكالة هنا لا مانع منه.

وأما الوجه الثاني: فلأن إرادة الراهن الأداء غير منافية لإرادة البيع؛ إذ لعله أراد البيع مطلقاً سواء أدى الدين من ثمنه أو من غيره، بل يجري في حقه حكم الوكيل الذي يمضى تصرفه مع العزل قبل البلوغ.

وهو حسن، ولكن مقتضاه أن يفصل بين ما لو كان الغرض من توكيل الأجنبي أداء الدين من ثمن المبيع، بأن يكون هذا معلوماً مفروغاً عنه، فحينئذ يأتي فيه الوجهان الماضيان القاضيان باشتراط المراجعة، وبين ما لو لم يعلم ذلك فلا تجب عليه المراجعة، كما هو واضح.

ثم أنه لا فرق في ما ذكرنا من الوجهين بين أن يكون وكالة المرتهن وكالة ابتدائية أو كانت في ضمن عقد الرهانة.

ويحتمل الفرق بأن: الوكالة المشروطة في عقد الرهن غير قابلة للعزل على التحقيق الذي مضى^(١)، فلا فائدة في عزله صريحاً، فكيف عن رجوعه احتمالاً؟

ويضعفه: أن الوجه الأول كافٍ في قصر وكالته على ما بعد المطالبة؛ إذ لا فرق بين الوكالة اللازمة والجائزة في كونها منزلة على حسب ما يقتضيه عقد الرهانة، وإنما الفرق بينهما في جواز العزل وعدمه في محل الوكالة.

(١) تقدّم في ص ٣٦٠.

وأما الوجه الثاني: فقد يتراءى عدم جريانه في الوكالة اللازمة غير القابلة للعزل حسب ما قرّر، إلّا أنّ التأمّل قاضٍ بالجريان؛ لأنّ العزل الممنوع عند لزوم الوكالة ما كان منافياً لحقّ المرتهن، أمّا ما كان مؤكداً أو مقدّمةً لأداء حقّه، فالدليل القاضى بلزوم الوكالة المشروطة في عقد الرهن - وهو منافاة وجوب الوفاء بالرهن المشروط فيه للعزل - غير آتٍ في هذا العزل؛ لأنّه في الحقيقة انعزال لا عزل.

وبعبارة أخرى: أنّ الممنوع هو العزل، دون الانعزال بإعدام الموضوع؛ لأنّ إرادة الأداء - كنفس الأداء - توجب انعدام متعلّق الوكالة، وهو البيع الذي يكون مقدّمةً للأداء.

وإن شئت قلت: إنّّه [بعد] تنزيل الوكالة المشروطة في العقد على حسب ما يقتضيه عقد الرهانة، يكون متعلّق الوكالة هو البيع على تقدير عدم إرادة الأداء، فإرادة الأداء إعدام لموضوع الوكالة كنفس الأداء، ولزوم الوكالة إنّما يقتضي عدم صحّة العزل في الفعل الذي تعلّقت به لا فعل آخر، فافهم.

المسألة الثانية: أنّه إذا امتنع من^(١) الأداء أو تعذّر لغيبه ونحوها، فهل يجب على المرتهن أولاً رفع الأمر إلى الحاكم، أو يجوز له الاستقلال بالبيع؟

وجهان، بل قولان مبنيان على ثبوت ولاية خاصّة للمرتهن هنا وعدمها؛ لأنّ ولاية الحاكم على شيء إنّما هو بعد أن لم يكن له وليّ مخصوص، فلا بدّ من النظر في الأخبار الواردة في المقام، وهي متعارضة بين مثبتٍ ونافٍ، إلّا أنّ الثاني

(١) «من» أضفناها من (ش) لاستقامة العبارة .

محمول على الكراهة بالإجماع والأخبار التي تدلّ على جواز البيع للمرتهن، كالموثّق، [وما] تثبت له ولاية خاصّة كأخبار المقاصّة^(١)، فمقتضى القاعدة جواز الاستقلال^(٢) له بالبيع.

وحملها على ما بعد الرجوع إلى الحاكم لا دليل عليه، وكذا الاعتذار عن العمل بها على نحو الإطلاق، بإعراض الأصحاب عنها، فإن أريد الإعراض عن العمل بها مطلقاً، كالأخبار النافية، ففيه منع واضح، كيف وقد اتّفقوا على العمل بها بعد تعذّر الرجوع إلى الحاكم؟! وإن أريد الإعراض عن إطلاقه رجوع الكلام إلى مسألة مخالفة الظواهر للشهرة، وهي من غوامض الأصول، وليس الاعتذار في مثلها بالإعراض في محله.

والتحقيق في الجواب عن إطلاقها: أنّها وردت في حال تعذّر الرجوع إلى الحاكم؛ لعدم بسط يد الإمام عليه السلام ونوّابه في تلك الأعصار، وقد تحقّق في محله^(٣) أنّه لا يجوز التمسّك بإطلاق الخطاب في القيود الموجودة حال صدوره، وإن فقدت في ما بعد.

ومنع دعوى تعذّر الرجوع إليه في تلك الأعصار مكابرة، واحتمال كون جواب الإمام عليه السلام ببيع المرتهن إذناً منه في البيع^(٤) يوجب أيضاً سقوط إطلاقه عن قابليّة الاستدلال كما لا يخفى.

(١) ينظر وسائل الشريعة: ٢٧٢/١٧ ب جواز استيفاء الدين من مال الغريم.

(٢) في الأصل: «الاستدلال»، والصواب ما أثبتناه.

(٣) ينظر بدائع الأفكار: ٢٤٥.

(٤) عبارة: «إذناً منه في البيع» أضفناها من (ش) لاستقامة العبارة.

ولأجل ذلك حملوا الموثق الدالّ على الجواز على صورة الرجوع والاستئذان من الحاكم؛ اقتصاراً في الخروج عن مقتضى الأصل على القدر المتيقّن.

والحاصل: أنّ شرط العمل بالإطلاق غير حاصل في ما دلّ على الجواز، والأصل قاضٍ بعدم ثبوت الولاية للمرتهن مع التمكن من رفع الأمر إلى الحاكم الثابت ولايته في ما لا وليّ له، فالأظهر وفقاً للأكثر عدم استقلاله بالبيع مع وجود الحاكم، خلافاً [للمحكي] عن ظاهر أبي الصلاح^(١).

المسألة الثالثة: إذا رفع إلى الحاكم فهل هو مخير بين إجبار الراهن على البيع، وبين مباشرة البيع بنفسه من دون إجبار، أو يجب عليه الإجبار أولاً، فإن تعذّر تولّى البيع بنفسه؟

ظاهر المصنّف^(٢) - كما قيل^(٣) - هو الأوّل، وأنّ ولاية الحاكم تثبت في أوّل مراتب الامتناع.

ويشكل ذلك: بأنّ الاقتصار على المتيقّن قاضٍ بمراعاة إنهاء مراتب الإجبار.

وقد يدفع: بإطلاق ما دلّ على ولاية السلطان على الممتنع، كما هو المشهور^(٤)، فلا وجه لمراعاة آخر مراتب الإجبار.

(١) ينظر الكافي في الفقه: ٣٣٥.

(٢) شرائع الإسلام: ٣٣٧/٢.

(٣) ينظر الحقائق الناضرة: ٢٠ / ٢٧٤، جواهر الكلام: ٢٦ / ٤٢٥ - ٤٢٧.

(٤) ينظر: إيضاح الفوائد: ٣٠ / ٣٨، مسالك الأفهام: ٤٣/٤، كفاية الأحكام: ٥٦٥/١.

وأجيب:

أولاً: بأنّ المراد بالولاية عليه أنّه إذا تعدّر الإيجاب عليه، وصار صدور الفعل عنه ممتنعاً، كان السلطان وليّاً له في ذلك الفعل الممتنع، ومع إمكان صدور الفعل عنه - ولو بأمر الحاكم أو حبسه أو زجره - لا ولاية عليه، مع كونها مخالفة للأصل.

وثانياً: بأنّ الأمر دائر بين رفع اليد عن اعتبار الموصوف والمشروط، وهو مباشرة الراهن أصل البيع، وبين رفعه عن صفته وشرطه، وهو كونه مقروناً بالرضا وطيب النفس، والثاني أولى وأهون من الأوّل.

ويضعّف الأوّل: بأنّ المراد بالممتنع هو المتمرّد العاصي عن أداء الواجب، دون الفعل المحال الممتنع الوجود، فالمراد أنّ له سلطنة عليه في تحميله على ما امتنع عنه، وليس لأحدٍ غيره هذه السلطنة، وهذا فوق ما يقتضيه الأمر بالمعروف الجائز، بل الواجب على كلّ أحدٍ، وإلاّ لم يكن فرق بين السلطان والرعيّة في ذلك، مع أنّ الغرض من الكلام المذكور بيان بعض خصائص السلطان، فلا بدّ أن يكون المراد بولايته عليه أمر آخر وراء الأمر بالمعروف المشترك بين الكلّ، فهي نظير سلطنة الأولياء الخاصّة على [تأديب] المولّى عليه، فمع وجودهم لا يجوز لغيرهم، وكذا الحاكم والقائم مقامه لا يجوز لغيرهما إجبار الممتنع على ما امتنع عنه مع وجودهما، كيف وهذا من السياسات الراجع أمرها إلى الحاكم اتفاقاً، فالحبس والضرب ونحوهما من مقدّمات تحميل الممتنع عن الواجب غير جائز لغير الحاكم.

نعم، للمغضوب منه انتزاع ماله من الغاصب قهراً من دون الرجوع إلى

الحاكم على إشكالٍ فيه أيضاً، كما في باب القضاء، وهو أمرٌ آخر غير ما نحن فيه. فلو كان المراد بالمتنع هو الفعل الممتنع، لبقى رجوع أمر السياسات إلى الحاكم خالياً عن الدليل؛ لأنّ ما دلّ على ولايته على أموال القصر لا يقتضي رجوع أمر السياسات إليه، مع أنّ نسبة الولاية إلى الفعل - على فرض صحّتها - ركيكة جدّاً، فاحتمال إرادة الولاية على البيع الممتنع كما ترى.

ومن هنا يتأمّل في دلالاته على ولاية الحاكم على البيع بعد تعذّر الإجماع أيضاً؛ لظهوره في خصوص الإجماع من باب السياسة.

وكذا قولهم: «السلطان وليّ من لا وليّ له»^(١) لا يدلّ أيضاً؛ فإنّ عدم شموله للمتمرّد^(٢) والعاصي أظهر، إلّا أنّ ظاهر الأصحاب^(٣) خلافه، حيث صرحوا بمباشرة الحاكم للبيع مع عدم تمكنه من إجماع الممتنع، وما ذاك إلّا لقولهم: «السلطان وليّ الممتنع»^(٤)؛ لأنّ ما دلّ على ولايته على الصغير والغائب والمجنون وأمثالهم من القصار لا يدلّ على ثبوت الولاية على بيع مال العاصي المتمرّد عليه قهراً كما عرفت، فلا بدّ من تعميم الولاية المذكورة للقسمين، أي الإجماع عليه، والمباشرة.

(١) الرواية عامية ولم تثبت من طرق الخاصّة، وأمّا من طرق العامة فقد روي في المصنّف (لابن أبي شيبه): ٨/٦، ح ١٦١٥١، مسند أحمد ١/٤١٥، ح ٢٢٦٠، و٧٢/٧، ح ٢٣٦٨٥، سنن الدارمي: ٢/١٣٧، سنن ابن ماجه: ١/٦٠٥، ح ١٨٧٩، سنن أبي داود: ٢/٢٢٩، ح ٢٠٨٣ وغيرها.

(٢) في الأصل: «للمقصر»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٣) ينظر: شرائع الإسلام: ٢/٣٣٧، مسالك الأفهام: ٤/٥١-٥٢، مفاتيح الشرائع: ٣/١٤٠.

(٤) عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال في حديث: «السلطان وصي من لا وصي له، والناظر لمن لا ناظر له»، ينظر: دعائم الإسلام: ٢/٣٦٣ وعنه في المستدرک: ١٤/١٣٩.

وأيضاً مساق قولهم: «السلطان وليّ الممتنع»^(١) - كما عرفت - بيان شيء من خصائص الحاكم، فلو أخذ بظاهره - وهو الإجبار خاصّة - لم يظهر^(٢) ذلك؛ لأنّ الإجبار على الممتنع داخل في الأمر بالمعروف المشترك بين السلطان والرعيّة، إلّا أن يقال: إنّ هذه المرتبة من السياسات التي ليست لغير الحاكم، كما أشرنا إليه.

وكيف كان فلا بدّ من البناء على التعميم تبعاً للكلّ أو الجلّ، وبعد ذلك يقع الكلام في الترتيب بين الأمرين، أو التخيير في أوّل مراتب الامتناع، فعلى القائل بالترتيب إقامة الدليل في مقابل الإطلاق القاضي بالتخيير.

ويضعّف الثاني: بأنّه اعتبار ضعيف ممنوع لا يصلح دليلاً في المسألة.

والأولى أن يقال: بعدم الإطلاق في المسألة؛ لإجمال دليل الولاية، فيدور الأمر بين الإجبار والمباشرة، ولولا الإجماع على جواز الإجبار - حيث كان الحقّ قابلاً له وللمباشرة - لزم التوقّف والرجوع إلى الأصول، لكن بعد الإجماع على جواز الإجبار تعييناً أو تخيراً يكون تولّي الحاكم البيع بنفسه مع إمكان الإجبار مشكوكاً مدفوعاً بالأصل. فمقتضى القاعدة هنا الإجبار أولاً، فإن تعذّر تولّي الحاكم البيع بنفسه، دون التخيير المستفاد من ظاهر المتن على أحد الاحتمالين في قوله: «فإن امتنع»^(٣)، بناءً على رجوع المستتر إلى الراهن، فإنّه يدلّ على التخيير بين الإجبار بالحبس والبيع بنفسه.

(١) تقدّم تخريجه آنفاً.

(٢) في الأصل: «يشهد» بدل «يظهر»؛ وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٣) شرائع الإسلام: ٣٣٧/٢.

وإن رجع إلى الإلزام دلّ على الترتيب؛ لأنّ معناه حينئذٍ: أنّه لو امتنع الإلزام على الراهن لغيبه أو فوت كان للحاكم البيع عليه.

ولكن لا يلائمه قوله: «كان له حبسه»^(١)؛ إذ لا يجامع ذلك تعذّر الإيجاب، إذ الحبس من أحد طرق الإيجاب، ولذا قيل: إنّ ظاهر المتن التخيير بين الأمرين في أوّل مراتب الامتناع^(٢).

وهذا الأصل مطّرد في بيع مال المفلس، والميّت، والممتنع عن الإنفاق الواجب لأداء الحقّ، فهل يتخيّر الحاكم ابتداءً بين الأمرين؟ فيكون رضا الحاكم قائماً مقام رضا من عليه الحقّ إذا اختار البيع، أو تعيّن عليه الإيجاب أولاً ثمّ البيع؟

وقد سبق منّا بعض الكلام المناسب للمقام في فروع الإكراه في شرائط الراهن، وقد اخترنا هناك خلاف ما اخترنا هنا، حيث بيّنا هناك أنّه لا فائدة في الإيجاب على ما ليس سبباً.

وبعبارة أخرى: أنّ العقود والإيقاعات باعتبار اشتراطها بالقصد والرضا لا يقبل الإيجاب عليها، فعند التأمل يندرج المقام تحت ما لا يمكن الإيجاب عليه، كالقصد في ما يختلف الحكم باختلافه من غير خلافٍ وإشكال.

والحاصل: أنّ الصور مختلفة، بعضها لا يقبل المباشرة، بل يتعيّن فيه الإيجاب، كالقسم بين الأزواج مثلاً، ومنه إيجاب تارك الصلاة عليها.

(١) المصدر المتقدّم.

(٢) قاله الشيخ النجفي في جواهر الكلام: ٢٥ / ٢١٧.

وبعضها يتعيّن فيه المباشرة ولا يمكن الإجبار، كالسلطان المتمرّد عن أداء الحقّ الواجب، أو الغائب عن الحاكم، فإنّ المتعيّن حينئذٍ هو البيع عكس الأوّل.

وبعضها يمكن فيه الأمان، كأخذ الودائع المالكية أو الشرعية التي منها الأخماس والزكوات.

والتحقيق في هذا القسم ما عرفته من أنّه لولا الإجماع لزم التوقّف؛ لإجمال دليل ولاء السلطان على الممتنع من هذه الجهة بين التخيير والتعيين، أو التخيير العقلي على أظهر الوجهين، وبعد ملاحظة الإجماع على جواز الإجبار، ودوران الأمر بين التخيير والتعيين، وجب الاختصار على المتيقّن، وهو الإجبار؛ تقليلاً لمخالفة الأصل، بل الأصول، إلّا أنّ البحث في دخول ما نحن فيه في هذا القسم الممكن فيه الأمان، بل الظاهر كونه من القسم الأوّل الممتنع فيه الإجبار، كما عرفت.

فمقتضى القاعدة - لولا الإجماع - تعيّن البيع على الراهن ولاية ابتداءً، وسقوط إنشائه الصوريّ عن الاعتبار.

ودعوى: أنّ الممتنع هو خصوص الرضا وطيب النفس، وهو الذي يقوم الحاكم مقامه، وأمّا الصيغة فليست كذلك، فلا وجه لسقوطه رأساً.

منقوضة: بما إذا علم عدم القصد إلى المعنى، ومنحلة بما عرفت.

ثمّ لو قلنا بالتخيير أو التعيين في المسألة فالظاهر إجراؤه في ما لو علم عدم قصد المعنى أيضاً، فيتخيّر الحاكم هنا أيضاً بين الأمرين.

والفرق بينه وبين المقام - المفروض فيه إمكان الإيجابار على إنشاء البيع مع القصد، كما عن شيخنا خاتم المحققين رحمته الله (١) في كَلِّي مسألة الدوران - ليس بواضح، بل راجع ما ذكرنا سابقاً (٢) في اشتراط كون الراهن مختاراً، والله العالم.

المسألة الرابعة: لو لم يكن حاكمٌ مبسوط اليد يتولّى الإيجابار أو البيع، فهل لعدول المؤمنين ولاية على أحد الأمرين أم لا؟

صرح غير واحدٍ (٣) بالعدم؛ لعدم العموم في ولاية العدول على القول بها في الجملة، فيقتصر فيها على ما لا وليّ له من الأمور الحسبيّة، كمال الصغير، والمجنون، والغائب، وأمثالهم، وسائر الأمور الحسبيّة العامّة، مثل أحكام الموتى، ونحوها.

والتحقيق: أنّ ولاية العدول إن استندت إلى الأدلّة الشرعيّة، كالأخبار الواردة في هذا الباب والإجماع المنقول وغيره، كان الأمر كما ذكر من عدم ثبوت ولايتهم في حقّ البالغ العاقل المتمكن العاصي المتمرد، بل إنّما هو في الأمور العامّة التي لا وليّ لها.

وإن استندت إلى العقل القاضي بوجوب إقامة المعروف الذي علم أنّ الشارع أراد وجوده، فالظاهر ثبوت الولاية لهم؛ إذ المفروض إرادة الشارع إقامة هذا المعروف من العباد، أي إيصال الحقّ إلى المستحقّ عيناً من شخصٍ خاصّ، وهو المستحقّ عليه، وكفايةً عن غيره على تقدير امتناعه كصلاة الميت، وكلّ

(١) ينظر جامع المقاصد: ١٦١/٥ - ١٦٢.

(٢) تقدّم في ص ٢٩٣ وما بعده.

(٣) ينظر الحقائق الناضرة: ٤٠٨ / ١٨.

معروف كفائي يجب على الناس إقامته كفايةً من غير فرق بين الفاسق والعاقل، إلا أنَّ القدر المتيقن هو مباشرة العدول، فمع تمكنهم عن القيام لم يجز لغيرهم، ومع تعذر ذلك أيضاً تثبت الولاية [لكل] ^(١) أحد كفايةً، فيجب على الناس إيصال الحق إلى المحق ولو بالبيع، هذا في غير المرتهن، وأما هو فلا؛ لأنَّ له ولاية خاصة على استيفاء حقه كالمقاصص.

وإنما تظهر الثمرة في سائر أقسام العصاة المتمردين عن أداء الحق، فتثبت لهم الولاية على أحد الأمرين، كالحاكم على الترتيب المذكور.

(١) في الأصل: «على كل»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

الفصل الخامس:

في الأحكام المتعلقة بالرهن

[منها : لزوم الرهن من جهة الراهن]

٤٨) قال: «الثاني: في أحكام متعلقة بالرهن: الرهن لازم من جهة الراهن....»^(١)، وجائز من طرف المرتهن^(٢).

أقول: الأصل في العقود اللزوم من الجانبين، كما صرح به الشهيدان^(٣)، ومن تأخر عنهما^(٤)، مستدلّين عليه بقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٥)، و﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِكُمْ﴾^(٦) و﴿إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٧)، بناءً على عمومته للعقود والعهود الواقعة بين الناس بعضهم مع بعض، أو مع الله تعالى، ومنه النذر والعهد وما يجري مجراهما.

والاستدلال بالآية الأولى مبنيٌّ على الغضّ عن اختلاف المفسرين^(٨) في تفسير العقد بعهود الله تعالى على العباد، أو العهود الجاهليّة، أو بعهد الولاية،

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٧/٢.

(٢) كذا في الأصل، ثم لا يخفى أنّ عبارة: «وجائز من طرف المرتهن» ليست في شرائع الإسلام، ومن المظنون أنّ المصنّف أخذها من جواهر الكلام، واشتبه عليه المتن والشرح، فأدرجها في المتن.

(٣) ينظر: القواعد والفوائد: ٢٤٢/٢، مسالك الأفهام: ٤٣٣/١.

(٤) ينظر: غاية المرام: ٣٠/٢، جامع المقاصد: ٣١٣/٧.

(٥) المائدة: ١.

(٦) البقرة: ٤٠.

(٧) الإسراء: ٣٤.

(٨) ينظر مجمع البيان: ٢٥٩/٣.

كما في بعض الأخبار^(١)، أو غير ذلك مما ينافي طريقة الأصحاب في الاستدلال به على أحكام العقود والمعاملات.

وقد تقدّم منّا تحقيق ذلك في أوّل الكتاب، وأزلنا أوهام أرباب الاعوجاج المائلين عن طريقة الأصحاب، إلّا أنّ هنا شبهة أخرى نقلت عن العلامة^(٢) وأشار إليها في المسالك^(٣) في بعض الأبواب لم نتعرّض لدفعها هناك، وهي: أنّ المراد بالوفاء المأمور به هو الوفاء بالعقد^(٤) على حسب مقتضاه من الوجوب والجواز، فلا يدلّ على وجوب الوفاء بكلّ عقد؛ لأنّ الوفاء بالعقد هو العمل به، سواء كان لازماً أو جائزاً.

وأجاب عنه في المسالك^(٥): بأنّ ظاهر الآية الوجوب، فوجب الأخذ به، ولا ينافيه خروج بعض الأفراد، كالهبة ونحوها.

وفي مكاسب^(٦) شيخنا^(٧): أنّ اللزوم والجواز حكمان شرعيّان ثابتان لدلول العقد، وليس من آثاره ومقتضياته حتّى يستقيم فيه الاحتمال المذكور.

قلت: لعلّ نظر من أبدى الاحتمال المذكور إلى أنّ البناء على ما زعموه من وجوب الوفاء بكلّ عقدٍ يوجب التخصيص الكثير، بل الأكثر، لأنّ العقود الجائزة أكثر من العقود اللازمة، خصوصاً إذا جعلنا العقود الخياريّة من

(١) ينظر: تفسير القمي: ١/١٦٠، بحار الأنوار: ٩٢/٣٦.

(٢) ينظر مختلف الشيعة: ٢٥٥/٦.

(٣) ينظر مسالك الأفهام: ٣٧/٦.

(٤) عبارة «هو الوفاء بالعقد» ساقطة من الأصل، وقد أضفناها من (ش) لاستقامة العبارة.

(٥) ينظر مسالك الأفهام: ٣٧، ٩٠/٦ و ٤٣٣/١٠.

(٦) ينظر المكاسب: ١٨/٥.

أقسامها، أي الجائزة، فلا بدّ من حمل الآية على معنى يسلم عن المحذور المذكور.

وفيه: أنّ حملها عليه مبنيٌّ على أحد معنيين كلاهما مرجوح بالقياس إلى التخصيص:

أحدهما: أن يكون المراد: أوفوا بالعهود التي شرعت في الدين على اختلافها في اللزوم والجواز.

وهذا وإن كان معنى صحيحاً، إلّا أنّ الأمر بالوفاء حينئذ يكون للتأكيد والإرشاد، وهو مخالف للأصل وإن لم يكن مجازاً، بل مرجوح بالنسبة إلى المجاز، أو التخصيص على الأصحّ عند دوران الأمر بينه وبين الإرشاد؛ لأنّ الأصل في الأمر أن يكون للإلزام دون الإرشاد، عكس الخبر، فإنّه إذا تردّد بين أن يكون خبراً أو إنشاء يفيد الحكم الشرعيّ، مثل قوله تعالى: ﴿لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ﴾^(١)، فالأصل فيه هو الإخبار، دون وروده في مقام بيان الحكم الشرعي المبنيّ على إرادة الإنشاء، أو على وجه آخر مذكور في [باب] تعارض الأحوال^(٢).

أمّا الأمر المحتمل أن يكون للإرشاد أو التشريع فالأصل فيه - كما هو ظاهر القوم على الأصحّ^(٣) - أن يكون شرعياً مفيداً للحكم الشرعي، وهذا الأصل أقوى من أصالة الحقيقة؛ لأنّه نظير أصالة عدم التقيّة في التقديم على

(١) الواقعة: ٧٩.

(٢) الفصول الغروية: ٢١٢، بدائع الأفكار: ٩٤.

(٣) ينظر بدائع الأفكار: ٢٦٦.

أصالة العموم، إذا دار الأمر بين حمل الخاص على التقيّة، وارتكاب التخصيص في العامّ على الأظهر، ومثلها أصالة عدم السهو والمزاح ونحوهما من الوجوه المنافية للإفادة والاستفادة.

والحاصل: أنّ الأخذ بظاهر الآية وإن استلزم التخصيص، لكن حملها على المعنى المذكور مبنيّ على حمله على الإرشاد، وهو مرجوح بالنسبة إلى التخصيص، خصوصاً مع استعماله في القدر المشترك بين الإرشاد الوجوبي والرخصة؛ لأنّه من عموم المجاز الذي لا يصار إليه مهماً أمكن، لندرته وسقوطه عن الاعتبار في مسائل الدوران.

وثانيهما: حمل الأمر هنا على الإذن والرخصة، فإنّه أيضاً من إطلاقاته الشائعة نظير الاستحباب، بل هو في عرف الشارع^(١) أكثر كما لا يخفى، فيكون مفاد الآية حينئذٍ نظير مفاد ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢) صرف الإمضاء للعقود المتعارفة من غير دلالة على الوجوب أو الاستحباب.

وهذا لسلامته عن عموم المجاز أحسن من سابقه وإن كان مرجوحاً بالنسبة إلى التخصيص، فتعيّن الأخذ حينئذٍ بظاهر الآية من وجوب العمل بمقتضى العقود.

أمّا الأصل العملي - وهو الاستصحاب - ففيه تفصيل بين أن يكون مفاد العقد صفة خارجيّة قائمة بموضوع معيّن، مثل الملكيّة والزوجيّة والرقية والرهنيّة، فإنّها صفات خارجيّة قائمة بمحالتها ولو بحكم العرف، وبين ما لم يكن كذلك.

(١) في (ش): «العام».

(٢) البقرة: ٢٧٥.

والأصل في القسم الأوّل هو اللزوم؛ استصحاباً لما كان ثابتاً عند الشك.
والقسم الثاني إن كان من العقود الإذنيّة - كالوكالة والوديعة ونحوهما - فلا يجري فيها الاستصحاب على الأصحّ، وقد مرّ في وكالة الرهن^(١) بيانه.
وحاصل ما مرّ: أنّ موضوع الإذن - وهو التصرف - يختلف باختلاف الأحوال والأزمان، والشك لا يكون إلّا بتغيّر الموضوع، وإن كان مثل الضمان والكفالة ففيه إشكال، وقد يبنى على كون الحكم الوضعي مجموعاً أم لا.
وقد يفرّق بين الضمان والكفالة بجريان استصحاب بقاء الدين في ذمّة الضامن في الأوّل دون الثاني، إلّا أن يستصحب السلطنة، ولو تمّ جرى مثله في جميع العقود.

والحاصل: أنّ المتّبع نظر الفقيه في كون مفاد العقد قابلاً للاستصحاب.
ثمّ إنّ لوجوب الوفاء معنيين: أحدهما: عدم جواز الفسخ، والثاني: وجوب العمل بمقتضاه مادام باقياً، وتظهر الثمرة عند فسخ المتعاقدين أو أحدهما، فعلى الأوّل تدلّ الآية على عدم الانفساخ دون الثاني؛ لأنّ وجوب الوفاء بمقتضى العقد مادام باقياً لا يدلّ على عدم الانفساخ بالفسخ، فيشكل التمسك بـ ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) لعدم تأثير الفسخ.

اللهمّ إلّا أن يستدلّ بعمومه الزماني لما قبل الفسخ وما بعده على عدم تأثير قوله: «فسخت»، ولا ينافي ذلك عدم جواز التمسك بعمومه على فوريّة الخيار، بناءً على تقديم استصحاب حكم المخصّص هنا على عموم العام، كما هو

(١) ينظر ص ٤٧٢ - ٤٧٣.

(٢) المائدة: ١.

الأصح؛ لأنّ ذلك إنّما هو بعد العلم بجواز الفسخ في زمانٍ مع الشك في ما بعده، والكلام هنا في أصل جواز الفسخ، فيستدلّ بعموم وجوب الوفاء لكلّ^(١) زمانٍ على عدم تأثير الفسخ، وإلاّ لزم التخصيص في عموم وجوب الوفاء، كما هو واضح.

وكيف كان فقد خرج عن العموم عقود كثيرة:

منها: العقود الإذنية بأسرها؛ فإنّها جائزة من الطرفين، بل جميع العقود غير النكاح بناءً على مشروعية الإقالة مطلقاً - وهذا يدلّ على المعنى الثاني من معنيي وجوب الوفاء؛ فإنّه لا تخصيص حينئذٍ له، بخلاف المعنى الأوّل - فإنّ شرعية الإقالة تنافي عدم جواز فسخ العقد.

وخرج أيضاً كلّ عقدٍ جائز من طرفٍ واحد بدليله، ولا ينافي ذلك للزوم من الطرف الآخر، لأنّ اللزوم قابل [للتبعض]^(٢) بخلاف الصحة، ومن ذلك عقد الرهن، فهو لازم من طرف الراهن بالإجماع، وجائز من طرف المرتهن، واستدلّ له: بأنّ الحقّ له فله إسقاطه.

وهو حسنٌ بعد كون مفاده ثبوت الحقّ للمرتهن، فإنّ الحقّ قابل للإسقاط، وإلاّ لم يكن حقّاً، بل كان حكماً؛ لأنّ هذا هو الفارق بين الحقّ والحكم، فكلّ ما يقبل الإسقاط فليس حكماً، وتشخيص ذلك موكول إلى الإجماع أو دليل، وإلاّ فالأصل عدم السقوط.

وربّما نوقش في كون ذلك من جواز الرجوع؛ لأنّه مثل أداء الراهن الدين في

(١) في الأصل: «بكلّ»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٢) أضفناها لاستقامة العبارة.

فكالك الرهانة الذي ليس هو من الرجوع قطعاً، بل هو انعدام للموضوع.
ويندفع: بأن إسقاط الحق في قوّة فسخ العقد؛ لأنّ مرجعه إلى إزالة أثر العقد مع بقاء الموضوع، فما ذكره من أنّ الرهن جائز من طرف المرتهن في محلّه.
ومنها: الهبة، ففي كونها لازمة من طرف المتّهب خلاف، فعن المحقّق الثاني في صيغ عقود^(١) أنّها من العقود الجائزة من الطرفين، وعن التنقيح^(٢) أنّها لازمة من طرف المتّهب، ذكره في بعض فروع هبة ذي رحم.

وفي المسالك تناقض في المقام، حيث قال هنا: «إنّه لا نظير للمرتهن في العقود في كونه جائزاً من طرف واحد، إلّا الكتابة على قول الشيخ»^(٣)، وصرح في باب الهبة المشروطة بالجزاء: (بأنّها لازمة من طرف المتّهب، وجائزة من طرف الواهب)^(٤)، وهذا هو الأصحّ؛ لأصالة اللزوم، مع عدم جريان الدليل المذكور؛ لجواز رجوع المرتهن في حقّ المتّهب، لأنّ مفاد الهبة الملك، دون الحقّ حتّى يسقط بإسقاطه.

ومنها: الكتابة، ففي كونها جائزة من طرف العبد مطلقاً، أو في خصوص المشروطة^(٥) خلاف، والمشهور اللزوم^(٦)، فليس له الرجوع بإعجاز نفسه، إلّا أنّ

(١) ينظر صيغ العقود والإيقاعات (ضمن حياة المحقّق الكرّكي وآثاره): ٦٩ / ٥.

(٢) التنقيح الرائع: ٣٤٣/٢ - ٣٤٤.

(٣) المبسوط: ٩١/٦.

(٤) مسالك الأفهام: ٥٢/٤.

(٥) ينظر مسالك الأفهام: ٥٩/٦.

(٦) والكتابة المشروطة هو أن تقول للعبد في حال الكتابة: متى عجزت عن أداء ثمنك فأنت ردّ في

الرق، ولي جميع ما أخذت منك، راجع السرائر: ٢٧ / ٣.

(٧) ينظر: إيضاح الفوائد: ٢٤/٢، غاية المرام: ١٤٥/٢، مسالك الأفهام: ٣١ / ٤.

اللزوم في حقّه إنّما يتصوّر بينه وبين الله، لا بينه وبين المالك؛ لأنّ الكتابة لم تزد عليه في حقّ المولى شيئاً، فمعنى اللزوم في حقّ العبد تعلّق تكليف شرعي بسبب عقد الكتابة برقبته، وهو السعي في فكّاكها.

[شرط الخيار في عقد الرهن]

هذا، ولو شرط في عقد الرهن الخيار لنفسه، أو شرط عدم تسليم الرهن إلى المرتهن، أو شرط أن يكون النماء له، أو عدم البيع في رأس الأجل، ففي صحّة هذا الشرط إشكال، نبّه به الفاضل في التذكرة^(١)، ولا يكاد تنقيح الحال إلّا بعد الإشارة الإجمالية إلى الشروط الفاسدة، فنقول:

منها: ما هو مخالف للكتاب والسنة.

ومنها: ما كان محرّماً للحلال ومحلّلاً للحرام.

ومنها: ما كان منافياً لمقتضي العقد.

ولا إشكال في فساد هذه كلّها، وإنّما الإشكال في معانيها، وقد تعرّضها الأستاذ العلامة تفصيلها في كتاب الإجارة^(٢).

ومحصّل ذلك: أنّ المشروط إن كان حكماً مخالفاً لحكم الله تعالى مثل شرط عدم وراثته الوارث، أو وراثته غيره، أو ولاء من لا ولاء له، أو عدم ولاء من له الولاء، أو سلب سلطنة من له السلطنة على شيء، أو إثباتها لمن ليس له ذلك كجعل السلطنة على الطلاق بيد الزوجة، وغيرها من أفراد تشريع غير المشروع، فهو ضابط مخالف للكتاب والسنة.

وإن كان فعلاً من الأفعال المباحة أو عدم فعلها، فلا إشكال في صحّة الأوّل

(١) تذكرة الفقهاء: ٢٥٤/١٣، المسألة ١٧٥.

(٢) كتاب الإجارة (للمحقّق الرشتي): ٦١ (الطبعة الحجرية).

ولزوم العمل به مثل البيع والعق والنكاح والطلاق وغيرها، إلا أن يرجع إلى سلب الحكم الشرعي، مثل أن يقول: «بشرط أن لا يكون لك السلطنة على الإمساك وعدم البيع أو العتق» مثلاً، وليس بيالي ما ينقض هذه الكليّة في النصوص والفتاوى.

وأما الثاني - وهو الإلزام والالتزام بعدم فعلٍ كان سائغاً له - فهو على قسمين:

أحدهما: ما كان خارجاً عن مقتضى العقد، مثل أن يشترط في بيع شيء أن يبيع المشتري شيئاً آخر من أمواله معيناً أو غير معين، أو يعتق عبداً، أو يفعل فعلاً آخر لا ربط له بالعقد، فهذا ممّا يلاحظ فيه تحليل الحرام وتحريم الحلال، وقد كثر الكلام في تحقيقه؛ لوقوع الاختلاف بين النصوص والفتاوى، فإن بعضها جائز نصّاً وفتوى، وبعضها غير جائز كذلك، وبعضها اختلف فيه النصّ والفتوى، فالنصّ على الجواز والفتوى على عكسه أو العكس، وتفصيله في محله.

والثاني: ما يكون داخلياً في مقتضيات العقد، بأن يكون جوازه متفرّعاً على صحّة العقد.

وتحقيق الحال مبنيٌّ على بيان ضابط المنافي وغير المنافي كي يظهر حال الشروط المذكورة جوازاً ومنعاً، والذي وصل إلينا من كلماتهم في الضابط أمورٌ: أحدها: ما عن جماعة من أنّ كلّ فعلٍ يجوز على تقدير صحّة العقد فاشتراط عدمه منافٍ لمقتضاه، فعن العلامة في القواعد^(١) أنّ من المخالف للمشروع

(١) ينظر قواعد الأحكام: ٩٠/٢.

اشتراط ما ينافي العقد، كشرط عدم البيع، أو الهبة، أو العتق، أو الوطى، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن.

وثانيها: ما هو المعروف من أن كل شيء يقتضيه ماهية العقد فاشتراط عدمه منافٍ لمقتضاه، مثل أن يشترط عدم تملك المشتري في البيع، وكل ما لا يقتضيه إلا إطلاقه أي المجرد عن الشرط، فشرط عدمه ليس منافياً لماهية العقد؛ لأن مقتضاها لا يتخلف عنها بحالٍ، وإلا لم يكن لازماً للماهية.

ويظهر ذلك من القائلين بصحة شرط ضمان المستأجر للعين المستأجرة، مستدلين: بأن عدمه ليس من مقتضيات ماهية الإجارة، بل من إطلاقها وتجردّها عن الشرط، ومنهم المحقق^(١)، وجمال الدين الخوانساري^(٢)، وهذا أحسن، ولكن لا تنفع في مورد الشك، فلا بدّ في بيان أنّه من مقتضى الماهية أو الإطلاق من بيان شيء آخر، فوجود هذا الضابط كعدمه.

وثالثها: ما اختاره شيخنا خاتم المحققين^(٣) من أن مقتضى العقد إن كان ركناً له عرفاً وشرعاً بحيث لا يتصور القصد إلى عنوان العقد مع شرط خلافه، كشرط عدم التملك في البيع، وعدم الضمان في عقده؛ فهذا واضح لا إشكال فيه، وأمّا ما عداه فلا بدّ من ملاحظة ما دلّ على ثبوته للعقد، فإنّ دلّ على ثبوته له مطلقاً فعدمه منافٍ لمقتضى العقد بمقتضى إطلاق دليله، وإنّ دلّ على ثبوته مع قطع النظر عن العناوين والعوارض الخارجية فليس عدمه منافياً لمقتضاه.

(١) لم نقف عليه في مظانه من كتب المحقق، بل عثرنا عليه في مجمع الفائدة والبرهان: ٦٩/١٠.

(٢) حاشية الروضة: ٣٦٥، ذيل قول الشارح: «فساد الشرط».

(٣) ينظر المكاسب: ٥٠/٦.

وإن شك فالمرجع أصالة عدم كونه منافياً مبطلاً للشرط، وهي أصالة الإطلاق، أو عموم أدلة الوفاء بالشروط؛ لأنّ مرجع الشك هنا إلى الشك في تخصيص العموم عند إجمال المخصّص ودورانه بين الأقلّ والأكثر، كما في محله^(١).

وهذا أيضاً كسابقه في عدم الإشكال، إلّا أنّه لا ينفع في موارد الشك، فليس ضابطاً يؤخذ به في الفروع.

ومع ذلك يرد عليه: مطالبة الفرق بين شرط عدم البيع وشرطه، وشرط الوطئ وعدمه ونحوهما، ممّا يقولون فيه بفساد شرط العدم دون الوجود، فإن كانت السلطنة على البيع مثلاً ثابتة على الإطلاق كان شرط الفعل والترك على حدّ سواء؛ لأنّ البيع وعدمه من فروع السلطنة، وإن كانت ثابتة له^(٢) بشرط الإطلاق فكذلك.

ورابعها: ما اختار في جواهر الكلام^(٣) من أنّ مناط المنافاة عود الشرط إلى الشرط بالتناقض، فما كان مناقضاً لمفاد العقد فهو منافٍ لمقتضاه، وفي ما عداه يحكم بالصحة لو لم يكن إجماع.

وهذا جيّد نافع، إلّا أنّه خروج عن طريقة الأصحاب، وجرأة على مخالفتهم؛ لأنّهم باعترافه لا يجوزون ما جوزه، ولا يقولون بما قاله، وكيف يمكن

(١) لم نقف عليه.

(٢) في الأصل: «قباله» بدل «ثابتة له»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٣) ينظر جواهر الكلام: ٣٧٦/٢٤، وفيه: «نعم، لا ريب في بطلان منافي مقتضى العقد بمعنى عوده عليه بالنقض كاشتراط عدم الملك في المبيع...».

الحكم بصحة شرط عدم البيع وعدم الهبة وإن دلّ عليه نصّ صحيح في قبال الجلّ بل الكلّ؟ إلّا بعض من ذكره احتمالاً لا قولاً؛ اعتماداً على بعض فتاوى العلامة، فراجع.

ولأجل ما ذكرنا من اختلال الموازين دقّ النظر المحقّق الثاني، وقال - بعد الإشكال في الفرق بين جملة من موارد الصحة ومواضع الفساد -: «أنّ المرجع في تميّز منافي الماهية عن غيره بنظر الفقيه»^(١).

والذي اختاره الأستاذ العلامة دام ظلّه هو اختيار الضابط الأوّل، وبنى على فساد اشتراط كلّ فعلٍ سائغ - لولا الشرط - إلّا ما دلّ الدليل على جوازه، فيستكشف منه كونه من مقتضى الإطلاق دون الماهية، ويمكن إرجاع سائر الضوابط إليه إلّا ما ذكره في جواهر الكلام^(٢).

ويندفع ما أورده على الميزان الثالث بأنّ شرط الفعل ليس محرّماً للحلال ولا العكس، فيشمله عموم الوفاء بالشرط، وليس هذا منافياً لمقتضي العقد؛ إذ المنافي له مع عدم المناقضة ممّا لا دليل على كونه مبطلاً، لانحصار المبطّل في المخالف والمحرمّ والمحلّل، وشرط الفعل لا يدخل في شيء منها، بخلاف شرط العدم فإنّه داخل في المحرمّ؛ إذ البيع والهبة كلاهما جائزان للمشتري حسب ما اقتضاه الملكية التي اقتضاها البيع، فاشتراط عدمها يوجب حرمتها،

(١) جامع المقاصد: ٤/٤١٥، نقلاً بالمعنى، حيث إنّه - بعد ما قسّم الشروط إلى ما انعقد الإجماع على حكمه، وما وضع فيه المنافاة للمقتضى - قال: «و ما ليس واحداً من النوعين، فهو بحسب نظر الفقيه».

(٢) تقدّم تخريجه آنفاً.

ولا نعني بالشرط المحرّم إلا ذلك، بخلاف شرط البيع، فإنّه لا يحرم حلالاً، ولا عكسه، كشرب الخمر.

نعم، لو كان إيجاب المباح مبطلاً كتحرّيمه كان [شرط] الفعل باطلاً كذلك، وليس في النصّ والإجماع إلا الحرمة^(١)، فيما إذا يحكم بفساد الشرط الموجب؟

وكذا لو كان المنافي لمقتضي العقد بنفسه مبطلاً كان إشكال الفرق بين شرط البيع وعدمه وارداً، ولم يكن له جواباً؛ لما عرفت من أنّ مقتضى العقد - بعد ضمّ قاعدة السلطنة - عدم وجوب شيء من الفعل والترك، فكما أنّ إيجاب الترك ينافيه فكذلك إيجاب الفعل، ولكن لا دليل عليه عدا ما كان مناقضاً منافياً لقصد مدلول العقد، وإنّما عدّوا غيره من الشروط الفاسدة لكونه محرّماً، فلا يكون مشروعاً كما في القواعد^(٢)، حيث جعل المنافي من أقسام غير المشروع، فليس هو شرطاً مستقلاً حتّى يتفرّع عليه فساد شرط الفعل.

والحاصل: أنّ الشرط الباطل منحصر في الثلاثة:

المخالف للكتاب، وهو: ما كان مغيّراً للحكم الشرعي، أو محللاً للحرام كشرب الخمر، أو محرّماً للحلال، وهو: ما تعلّق بفعلٍ سائغ لولا الشرط، فإنّه ليس كالنذر وإطاعة الوالدين وسائر العناوين والعوارض الخارجيّة في صلاحية تحريم الحلال، فقياس الشرط على سائر العناوين ممّا لا وجه له؛ لأنّ ترك المباح يصير واجباً بتعلّق العناوين الثانويّة كالمقدّمية وإيذاء الناس والوفاء بالنذر وأمثالها.

(١) في (ش): «المحرّم».

(٢) قواعد الأحكام: ١٨ / ٢.

وأما الشرط فقد اعتبر الشارع في صحته أن لا يتعلق بترك المباح، وهذا هو الفارق، وقد عرفت إمكان إرجاع سائر الموازين إلى ذلك، فلا خلاف حينئذ في أصل الميزان، إلا ممن قال بالصحة مطلقاً^(١)، إلا ما خرج بالإجماع.

ومخالفة البعض في بعض الفروع كشرط ضمان العين المستأجرة لا يضر؛ إذ العبرة بالاتفاق في أصل الميزان، وهو كذلك، كما لا ينافيه النص على صحة شرط عدم الوطئ في النكاح مطلقاً أو في زمان؛ لكشفه عن عدم كونه من مقتضيات ماهيته، بل لإطلاقة.

فظهر مما ذكرنا حال الشروط المذكورة، أما شرط الخيار: فالظاهر عدم الإشكال في بطلانه؛ لمنافاته للاستيثاق الذي يقتضيه حقيقة الرهن.

وأما شرط عدم التسليم: فإن أريد التسليم الابتدائي - الذي اختلف في أنه شرط الصحة أو اللزوم - فهو أيضاً فاسد؛ لكونه منافياً لمقتضي الرهن، بل لأنه على الأول مخالف للكتاب والسنة، حيث اعتبر الشارع في صحته القبض، وأراد الشارط بدونه، فهو مخالف له، أو شرط لا فائدة فيه بعد عدم صحته بدون القبض، كما يفسد على القول الثاني أيضاً؛ لعدم الفائدة، لأن حكم الرهن لا يتغير، فمتى أقبض لزم، شرط عدمه أم لا.

وأما استمرار القبض: فإن قلنا أنه ليس حقاً للمرتن فلا فائدة فيه، فيفسد أيضاً؛ لعدم الفائدة.

ودعوى: جواز الشرط المؤكد^(٢)، مدفوعة: بأنه كذلك لو ترتب عليه

(١) في الأصل: «فيحكم بالصحة»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٢) في الأصل: «المذكور»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

الفائدة، مثل شرط التعجيل حيث يقتضيه العقد، فقالوا: إنَّ فائدة الشرط ثبوت الخيار، وهذه الفائدة لا سبيل إليها في المقام، فما في جواهر الكلام^(١) من الميل أو القول بالصحة بشرط عدم التسليم لا يخلو عن غرابة.

وأما لو قلنا: إنَّه حقٌّ للمرتهن اقتضاه عقد الرهن، ففي كونه مقتضى الإطلاق أو الماهية تأمل.

والتحقيق: أنَّ حاقَّ الرهانة بنفسها لا يقتضي الاستمرار؛ لحصول الاستيثاق المقصود مطلقاً، استمرَّ الرهن في يد المرتهن أم لا. نعم، كمال الاستيثاق يتوقَّف عليه، فهو شرط للكمال، لا للماهية.

ومحصَّل ذلك: أنَّ الدليل على حقِّ الاستمرار إنَّما هو الإجماع لو كان، وهو في غير صورة الاشتراط.

وأما اشتراط كون المنافع للمرتهن: فهو داخل في شرط النتيجة في الأملاك، ولا اختصاص له بالشرط في عقد الرهن.

وأما شرط عدم البيع: فلا إشكال في فساده؛ لمنافاته الاستيثاق، فتأمل.

فرعان:

أولهما: أنَّه لو شرط في عقدٍ لازم أن يرهن مالاً معيَّناً على دينٍ، فأرهنه وفاءً، ثمَّ تبين فساد العقد المشروط فيه، فعن القواعد^(٢) جوازه مع ثبوت الخيار للراهن،

(١) ينظر جواهر الكلام: ٤٣٥/١٦.

(٢) الحاكي عنه هو صاحب الجواهر^{رحمته الله}: ٤٣٥/٢٦، قواعد الأحكام: ١٠٩/٢، وفيه: «و لو شرط عليه

رهن في بيع فاسد بظنِّ لزوم فرهن، فله الرجوع».

مستدلاً عليه^(١) بقوله: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢)، وبأن: الشرط جزء من الثمن، فإذا فسد المثلث رجع الثمن إلى صاحبه.

ولا يخفى التدافع بين الدليلين؛ لأن مقتضى الأول ثبوت الخيار، والثاني فساد الرهن، إلا أن يريد بالجواز ما يشمل الفساد.

ويشكل ذلك: بأن العقد المشروط فيه من الدواعي، وتخلّفها لا يوجب الفساد، كما في تخلّف الوصف، فمقتضى القاعدة صحّة الرهن ولزومه.

وإجراء «لا ضرر» هنا مشكل، لاختصاص مجراه بما يقبل الخيار، واللزوم لازم لماهيّة الرهن، كالصدقة والوقف، فإمّا لا يجري هنا، أو يقتضي الفساد، كما قيل، وأمّا الخيار فلا.

واندفع بذلك التدافع بين الوجهين المذكورين، لأن مفادهما حينئذٍ البطلان دون الخيار، فالأمر دائر بين الصحّة واللزوم وبين الفساد.

وأنت خبير بما في الدليل الثاني^(٣)؛ لأن كون الشرط جزء من الثمن لا يجدي بعد وقوع الشرط، وهو الارتهان، وفساد المشروط فيه إنّما يجدي في عدم الإلزام عليه، لا في الفساد بعد الوقوع.

أمّا الوجه [الأوّل]^(٤): فلا بأس به بالبيان الذي عرفت، إلا أن العمل بقاعدة

(١) لا يخفى أن المستدلّ بهما هو صاحب الجواهر رحمته الله الحاكي عن القواعد، حيث قال: «كما جزم به في القواعد لنفي الضرر والضرار، ولأن الشرط في البيع كجزء من الثمن.... إلى آخره» (جواهر الكلام: ٤٣٥/٢٦).

(٢) الكافي: ٢٨٠/٥، ب الشفعة ح ٤٢.

(٣) في الأصل: «الأوّل»، وما أثبتناه من (ش) هو الأصح.

(٤) في الأصل: «الثاني»، والصواب ما أثبتناه.

[نفي] الضرر مستندٌ إلى عمل الأصحاب، ولم يعهد منهم الحكم بفساد عقدٍ أو إيقاعٍ بلا ضرر.

وإنما المعهود^(١) منهم الاستناد إليها في إثبات الخيار، ولا يحضرنى موردٌ حكموا [فيه] بفساد عقدٍ أو إيقاع بتلك القاعدة.

واستدلّ بعض المعاصرين^(٢) خلافاً لشيخه صاحب الجواهر رحمته الله^(٣) للفساد بوجهين آخرين:

أحدهما: أنّ صحّة العقد مشروطة بطيب النفس واقعاً، وهو مفقودٌ هنا، لأنّ الراهن لو كان عالماً بفساد العقد المشروط فيه لما أقدم على الرهن، وإنّما رهن باعتقاد صحّة العقد المشروط فيه^(٤)، وفاءً للشرط، فهو في الواقع رهن ماله من دون طيب نفسه.

وفيه: بعد النقض بتخلّف الوصف في المبيع، أنّ هذا المقدار من الطيب المبنيّ على زعمٍ فاسد كافٍ في صحّة الأسباب من العقود والإيقاعات، ألا ترى أنّه لو باع شيئاً من زيد باعتقاد أنّه صديق فبان أنّه عدوّ كان البيع صحيحاً.

ومقتضى ما بنى عليه المعاصر لزوم القول بفساد البيع المذكور، ولا أظنّ أحداً يلتزم بفساده.

(١) في الأصل: «المقصود»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٢) لم نقف عليه.

(٣) ينظر جواهر الكلام: ٤٣٥/٢٦.

(٤) عبارة «لما أقدم» إلى «المشروط فيه» ساقطة من نسخة الأصل، وقد أضفناها من (ش) لاستقامة العبارة.

و لقد أجاد في جواهر الكلام حيث قال: «إنَّ تَحْيِلَ الصَّحَّةِ مِنَ الدَّوَاعِي، فإلْعَقْدُ الصَّادِرِ بَاقٍ عَلَى مَقْتَضَى مَا دَلَّ عَلَى صِحَّتِهِ وَلِزُومِهِ؛ إِذْ هُوَ حِينَئِذٍ كَمَا لَوْ أَبْرَأَتِ الزَّوْجَةُ ذِمَّةَ الزَّوْجِ بَظَنِّ صَحَّةِ الطَّلَاقِ الَّذِي لَا مَجَالَ لِلْقَوْلِ بِالْبَطْلَانِ فِيهِ؛ لِمَنَافَاتِهِ إِطْلَاقُ دَلِيلِ الصَّحَّةِ»^(١)، والمسألة سيّالة، كاشتراط البيع والإجارة والنكاح والطلاق في عقدٍ ظهر فسادُه، ومقتضى ما ذكره هو الفساد في الجميع، وهو كما ترى.

نعم، إباحة التصرفات في مال الغير مبنية على طيب النفس الواقعي، فلا يجوز للمأذون باعتقاد الصداقة التصرف في المأذون فيه إذا كان عدوًّا، لكن العقود والإيقاعات لا تتخلّف آثارها بتخلّف الدواعي.

ولا يذهب عليك أن هذا الوجه لا يأتي في غير الأموال مثل النكاح والطلاق؛ لأنّ طيب النفس ليس من شرائطها، بل متى صدرا عن قصدٍ واختيار من دون إجبار صحّا.

والثاني: أن الرضا بالرهن المذكور مرتبط بالعقد المشروط فيه ومقيّد به، فمع انتفاء القيد ينتفي المقيّد، وهو الرضا.

ويظهر جوابه نقضاً وحلاً ممّا ذكرنا في فساد الأوّل؛ لأنّ الوجهين متقاربان، وإنّما الفرق بينهما في مثل النكاح والطلاق، فهذا الوجه لو تمّ جرى فيهما أيضاً؛ لأنّ الإنشاء المقيّد ينتفي بانتفاء القيد مطلقاً في العقود الماليّة والإيقاعات وغيرها دون الوجه الأوّل حسب ما عرفت.

فظهر من جميع ما ذكرنا قوة احتمال الصحة وال لزوم، كما [حكى] عن بعض نسخ القواعد^(١)، وأنه لا دليل على الفساد سوى قاعدة الضرر، والمسألة من هذه الجهة معطلة حتى يعلم عمل الأصحاب، والله العالم.

الفرع الثاني: لو شرط الخيار في عقد لازم فالظاهر عدم الصحة، كما عن العلامة^(٢) في بعض كتبه من غير فرق بين الرهن وغيره، كالبيع؛ لأن الخيار بعد لزوم العقد في آن غير مشروع إلا بأسباب خاصة فيكون باطلاً، فما يرى من عمل الناس من شرط الخيار في عقد سابق في العقد اللاحق غير صحيح.

نعم، لو شرط الخيار في العقد المستقل^(٣) بأن يوقعه مشروطاً بالخيار جاز إذا كان العقد قابلاً للخيار بالشرط، دون مثل الرهن والوقف ونحوهما من العقود اللازمة غير القابلة له، فلا يجوز مطلقاً. نعم، لا بأس بشرط الفسخ؛ لأنه عمل سائغ، كما سبق تفصيله في المسألة السابقة^(٤)، والفرق بين شرط الخيار وشرط الفسخ والتقايل لا يكاد يخفى.

(١) حكاها في مفتاح الكرامة: ٢٣٥/١٥، حيث قال: وفي بعض النسخ: «ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظنّ لزوم فرهن، فلا رجوع».

(٢) ينظر: مختلف الشيعة: ٤٢٢/٥-٤٢٣، ونقله عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة: ٤٦٦/١٥.

(٣) في الأصل: «المستقبل»، وما أثبتناه من (ش) هو الأصح.

(٤) في الأصل: «سابقاً»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

[حكم ما لو أدى الرهن بعض الحق أو برئت ذمته منها]

٤٩) قوله: «ليس له انتزاعه إلا مع إقباض الدين، أو الإبراء منه، أو تصريح المرتهن بإسقاط حقه»^(١).

أقول: لا حاجة مع أحد الأمور المذكورة إلى فسخ عقد الرهانة؛ لزوالها بزوال الموضوع قهراً، ولو أدى بعض الدين أو أبرأ منه ففي بقائها أو زوالها كذلك، أو التقسيط فيزول بالنسبة إلى ما أدى، ويبقى بالنسبة إلى الباقي، على قياس تبعض الصفقة، وجوه أو أقوال: المشهور^(٢) هو الأول، وفي المسالك^(٣) نسبة الثاني إلى القواعد^(٤)، وعن جامع المقاصد^(٥) نسبة الثالث إليه.

قال في القواعد: «ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهناً بالباقي على إشكال، أقربه ذلك إن شرط كون الرهن رهناً على الدين وعلى كل جزء منه»^(٦)، وهذه العبارة هي التي فهم منها الثاني في المسالك، والثالث في جامع المقاصد.

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٧/٢.

(٢) المبسوط: ٢٠٢/٢-٢٠١، السرائر: ٤٢٣/٢، تذكرة الفقهاء: ٣١٠/١٣، تحرير الأحكام ٤٩٦/٢،

مختلف الشيعة: ٤٠٦/٥، الدروس الشرعية: ٤٠٢/٣.

(٣) ينظر مسالك الأفهام: ٥٣/٤.

(٤) ينظر قواعد الأحكام: ١٢٦/٢.

(٥) ينظر جامع المقاصد: ١٤٨/٥.

(٦) تقدّم تخريجه آنفاً.

ثم قال في شرح قوله: «ولو دفع أحد الوراث نصيبه من الدين»^(١) لم ينفك نصيبه على إشكال»^(٢)، «وهذا الإشكال بعد الفتوى المتقدمة - بأنه مع الاشتراط يكون الرهن رهناً لكل جزء، ومع عدمه على ما يقتضيه التقسيط - لا وجه له»^(٣).

وأورد^(٤) عليهما: بأن العبارة بمفهوم الشرط تدلّ على عدم بقاء الكلّ بأداء البعض عند عدم الاشتراط، وهو أعمّ من بقاء الكلّ، وبقاء البعض مع الاشتراط، فلا يدلّ المفهوم على ما في المسالك، ولا على ما فهمه في جامع المقاصد.

ويندفع: بأنّ مساق العبارة - بعد الفراغ عن بطلان الكلّ قطعاً - هو بيان حكم التوزيع في مقابل عدم الانفكاك بالنسبة إلى ما أدّى، وهو المراد من لفظ «الكلّ» قطعاً، فمعنى العبارة: تطرّق الإشكال في بقاء كلّ المرهون رهناً، أو بعضه على التقسيط.

ويؤيّده العبارة الأخيرة، حيث خصّ الإشكال فيها بالانفكاك بالنسبة وعدمه، فهذا يكشف عن كون محطّ نظره في العبارة الأولى أيضاً خصوص التقسيط، بناءً على عدم ذهاب عاقلٍ إلى بطلان الرهن، وحصول الانفكاك الكلّي مع بقاء بعض الدين، خصوصاً المعظم.

(١) في المطبوعة: لو دفع أحد الوراثين نصف الدين.

(٢) قواعد الأحكام: ١٢٦/٢.

(٣) جامع المقاصد: ١٤٨/٥.

(٤) ينظر جواهر الكلام: ٣١٦/٢٦ - ٣١٨.

ثمّ اعلم: أنّ فائدة وضع المركبات - على القول بوضعها - إلغاء النسبة بين المفردات، فلو كان طرف النسبة مركباً من عدّة أجزاء، وكان اللفظ موضوعاً لها بلحاظ الضمّ والاجتماع كلفظ «الدار» و«العشرة» و«القوم» وأمثالها من الألفاظ الموضوعية لعدّة أشياء بلحاظ التركيب، فقضية الجمود على وضع المفرد تعلّق النسبة الحكميّة بالمجموع من حيث المجموع، إلّا أنّ المحاورات مختلفة، ففي كثير منها، بل الأكثر، تتعلّق بالأجزاء، وتكون الهيئة الاجتماعيّة المعتمدة في وضعه ملحوظة للمتكلّم على أن تكون مرآة وآلة لملاحظة الأجزاء من غير تناكرٍ وتنافرٍ يدلّ على التجوّز، فيكشف ذلك عن كون وضع التركيب للأعمّ، أي لمجرّد إحداث النسبة على أيّ وجه اتّفق.

فقولهم: «فتح العسكر البلاد» أو «هذا الحجر حمله العشرة» ونحوها، حقيقة، وتميّز أحد الوجهين عن الآخر موكولٌ إلى قرائن المقام عموماً أو خصوصاً.

نعم، يحتمل التجوّز [في ما هو]^(١) خارج عن القسمين، كما لو كان طرف النسبة بعض المركب، لا المجموع من حيث المجموع، ولا جميع الأجزاء، مثل: «لقيت العسكر» إذا لقي بعضها.

لكنّ التحقيق: أنّه من توسّعات أهل اللسان، من غير أن تكون تجوّزاً في شيء من الألفاظ، بل في الإسناد، فيكون حقيقة إدعائية كما تحقّق في الأصول^(٢). ثمّ إنّ المعروف بين علماء الميزان والبيان أنّ «ليس كلّ» يفيد السلب الجزئي،

(١) في الأصل: «فهو»، والصواب ما أثبتناه.

(٢) ينظر بدائع الأفكار: ٥٩.

بل تعدّى بعض^(١) وقال به في العموم الاستغراقي أيضاً، وأبطله بعض^(٢) بالنص والإجماع، حتّى ادّعى أنّ قوله: «لا تكرم الجهّال» يدلّ على حرمة إكرام جميعهم دون بعضهم، بل قال به بعضهم^(٣) في المفهوم، وأنّ مفهوم «الماء إذا بلغ قدر كرّ لم ينجّسه شيء»: إذا لم يبلغ ينجّسه بعض الأشياء، فلا عموم للمفهوم.

والتحقيق: أنّ نسبة الكلام قد تتعلّق بوصف العموم موضوعاً، وقد تتعلّق بالأفراد والأجزاء بحيث يكون العموم آلةً لملاحظتها من غير فرق بين الإيجاب والسلب، فقد يكون المفاد حينئذٍ سلب العموم، كما في قوله: «ليس كلّ ما يتمنّى المرء يدركه»^(٤)، وقد يكون عموم السلب، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ مُخَالٍ فَخُورٍ﴾^(٥)، من غير أن يكون مجازاً، وتعيين أحد الوجهين موكول إلى قرينة المقام، وإن كان الثاني هو المناسب^(٦) في المحاورات.

وما ذكره أهل الميزان حقّ مع انتفاء القرائن؛ لأنّ القدر المتيقّن حينئذٍ هو سلب العموم، لا عموم السلب.

ثمّ أنّ مقابلة الجمع بالجمع، والمركب بالمركب، والمتعدّد بالمتعدّد يفيد التوزيع، وعليه بنوا تبعّض الصفقة^(٧).

(١) ينظر: بدائع الأفكار: ٢٢٥، التعليقة على معالم الأصول: ٧٢٩/٤.

(٢) ينظر المصادر السابقة.

(٣) ينظر المصادر السابقة.

(٤) ديوان المتنبي (طبعة دار بيروت للطباعة والنشر): ٤٧١-٤٧٣، وفيه «ما» بدل «ليس».

(٥) لقمان: ١٨.

(٦) في نسخة (ش): «الغالب»

(٧) ينظر مسالك الأفهام إلى آيات الأحكام: ٣/١٩٤.

والتحقيق ما عرفت من الأعمّ، فقد تكون المقابلة بالتوزيع، وقد تكون بالإشاعة، فلو قال: «هذه العشرة لهؤلاء العشرة» يفيد الإشاعة على أظهر الإحتمالين، فيكون كلّ واحدٍ من العشرة حقّاً لكلّ واحدٍ من العشرة، فلا بدّ أن يطالب القرينة حالاً أو مقالاً، وإلاّ فالتوقّف.

إذا عرفت هذا فنقول: إنّ الاحتمال الثاني - وهو زوال حقّ الرهانة بالكليةّ بأداء بعض الدين قليلاً كان أو كثيراً - ممّا يقطع بفساده، ولا يقول به عاقل بعد الالتفات إلى العرف، وبناء الناس في أخذ الوثائق للديون، فهو من قرائن المقام على عدم تعلّق النسبة بالمجموع من حيث المجموع وإن كان الجمود على وضع الطرفين قاضياً به، كيف ويعدّ مثل ذلك من المعاملات السفهية البعيدة عن أغراض العقلاء؟! وأيّ استيثاقٍ للرهن بعد فرض زواله بزوال جزء يسير من الدين الكثير؟! فيبقى الاحتمالان الآخران: التوزيع، أي الانفكاك بالنسبة، وبقاء كلّ الرهن مادام شيء من الدين باقياً.

وقد عرفت أنّ مقابلة الجمعين يفيد التوزيع، وعليه بنوا تبعّض الصفقة، إلّا أنّهم فرّقوا بين المقام والبيع بالعرف؛ فإنّ الغرض من الرهن بدلالة العرف استيفاء كلّ الدين من الرهن، فلا يحصل الانفكاك مع بقاء شيء من الدين، وأيضاً مقتضى التوزيع فكاك الرهن بالنسبة لو تلف جزء من المرهون أيضاً، وقيل: إنّّه باطل بالنصّ والإجماع^(١).

وأجاب عنه في المسالك^(٢) - بعد أن استوجه التوزيع كما في البيع -: بما ذكر

(١) عبارة: «وقيل: إنّّه باطل بالنصّ والإجماع» أضفناها من (ش) لاستقامة العبارة.

(٢) ينظر مسالك الأفهام: ٥٤/٤.

وجهاً للأول، أعني دلالة العرف على كون الغرض استيفاء كل الدين من الرهن.

وضعه بعض^(١): بأن غرض العرف إن كان استيفاء كل الدين فلا فرق في الجانبين، فيبطل التوزيع الذي هو بصدد إثباته^(٢)، وإلا فكذا.

وفيه: أنه لا مانع من التفكيك بعد شهادة العرف، كما هو السر عند القوم في الخروج عن قاعدة المقابلة، فإن نهض العرف بخلاف مقتضاها في المقام فلا غرو في التفكيك بشهادة العرف أيضاً، بأن يقال: إن الغرض هو استيفاء الدين من الرهن كلاً أو بعضاً مع فكاك الرهن بنسبة ما زال من الدين، فلو تلف جزء من الرهن تعين الاستيفاء من الباقي، ولو انعكس حصل الانفكاك بالنسبة، والأمر فيه سهل.

وإنما الكلام في ما فرّعه على خلاف المقابلة المفيدة للتوزيع من شهادة العرف، فإنه غير واضح.

وقد يقال: بعدم تسليم قاعدة المقابلة؛ لما عرفت من انتقاضها كثيراً مع القطع بعدم كونه مجازاً، فيرجع إلى استصحاب بقاء الرهانة في مقابل الجزء الزائل من الدين من الرهن، فتأمل.

وقد يستدل أيضاً: بأن المرهون به هو جنس الدين، لا مجموع المائة مثلاً؛ لأن الدين يصدق على المجموع، وعلى كل جزء منه، فلا تزول الرهانة بأداء البعض. وفيه: منع واضح؛ لأن شهادة الحال، وقرينة المقام، قائمتان في إرادة الراهنين

(١) لم نتحققه.

(٢) في الأصل: «بيانه»، وما أثبتناه من (ش) هو الأصح.

من الدين تمام المائة^(١) لا الكلّي الصادق عليها وعلى أبعاضها، مع أنّ ذلك راجع إلى الكلّي الخارجيّ؛ لأنّ خارج كلّ شيء بحسبه، وخارج الدين هي الذمّة، فافهم.

ويمكن الاستدلال على المشهور أيضاً: بأنّ المرهون هي مالّيّة العين لا نفسها، والمالّيّة لا تتبعض وإنّ تغيّرت بالكمال والنقص، وبه اتّضح الفرق بين الرهن والبيع؛ لأنّ المقابلة في البيع بين العيّنين من حيث المالّيّة.

ثمّ إنّ متعلّق البيع وإن كان ما ذكر، إلّا أنّ حيثيّة المالّيّة [هناك] تعليليّة، وفي الرهن نفس المالّيّة متعلّقة له دون نفس العين، وإلّا لزم زوال الرهانة بتلف المرهون مع أنّها متعلّقة بالعيّنيّة.

ثمّ إنّّه لا خلاف على جميع الاحتمالات والأقوال في صحّة شرط التوزيع، كصحّة شرط عدمه.

والسرفيه: أنّ الشرط قرينة صارفة^(٢) عمّا اقتضاه العقد بنفسه، أو بشهادة العرف، فليس هذا من باب الشرط المصطلح، وإلّا يتطرّق الإشكال في صحّة الشرطين؛ لأنّ شرط التوزيع - بناءً على كونه مقتضى الرهن - مؤكّد لا فائدة فيه، وعلى القول بأنّ مقتضاه بقاء الرهانة مطلقاً، شرط غير مشروع مخالف لمقتضاه، وقس عليه شرط البقاء.

وأما شرط فك الرهن بأداء البعض، ففيه: تأمّل على الوجهين؛ لأنّ مثل هذا الرهن سفة لا يتعلّق به غرض العقلاء، والله العالم.

(١) في الأصل: «المالّيّة»، وما أثبتناه من (ش) هو الأصح.

(٢) في الأصل: «خارجيّة»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

[اشتراط كون الرهن مبيعاً للمرتهن]

٥٠) قال: «ولو شرط إن لم يؤدّ، أن يكون الرهن مبيعاً...»^(١).

أقول: الكلام هنا في صحّة الشرط، والمشروط، والمشروط فيه:

أما الشرط - من حيث كونه شرطاً، مع قطع النظر عن فساد المشروط - فلا وجه لفساده؛ إذ لا شرط للشرط إلا ذكره في العقد اللازم على الخلاف، فالشرط في حيال ذاته لا مانع منه.

نعم، قد يقال بطلانه - كما قيل^(٢) - من جهة التعليق، بناءً على اعتبار التنجيز فيه، كالعقود والإيقاعات، وهو ضعيف قولاً وقائلاً، بل لا يحضرنى قول محقق، أو منقول، يشعر باعتبار التنجيز في الشرط، كالعقد. نعم، ذكره شيخنا خاتم المحققين رحمته الله^(٣) في باب الشروط احتمالاً، ثمّ ضعّفه، فما في بعض شروح الكتاب^(٤) من الحكم بفساد الشرط قطعاً للتعليق مطروح، أو مؤوّل إلى التعليق في المشروط، وهو البيع.

وأما المشروط: وهو كون الرهن مبيعاً لو لم يؤدّ الحقّ، فلا إشكال في فساده

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٧/٢.

(٢) ينظر: إرشاد الأذهان: ٣٩٤/١، حاشية شرائع الإسلام: ٤٠١، مسالك الأفهام: ٥٥/٤، مجمع الفائدة والبرهان: ١٦٨/٩، مفتاح الكرامة: ٥٧٠/١٥.

(٣) ينظر المكاسب: ٥٨/٦-٥٧.

(٤) لم نعثر عليه.

وفساد الشرط لأجله؛ لأنّ البيع لا يتحقّق إلاّ بالعقد، فهذا من شرط النتيجة الباطل إجماعاً.

واستدلّ في المسالك^(١) على فساد هذا الشرط باشتراط التنجيز في البيع. وفيه بحث؛ لأنّ اعتبار التنجيز فيه وفي غيره لا دليل عليه سوى الإجماع، والمسلّم منه هو العقد دون الشرط.

وتظهر الثمرة في النتائج التي يجوز اشتراطها، كشرط الوكالة، والملكيّة، فلا مانع من شرطها في العقد اللازم وإن كان معلّقاً حينئذٍ، مثل أن يقول: «شرطت عليك الوكالة إن قدم الحاجّ»، أو شرط: «أن يكون ملك المعين صدقة إن شفى الله مريضك» ونحو ذلك من أنحاء التعليق.

وتوضيحه: أنّ كلّ ما هو شرط في معاني العقود فهو معتبر في صحّة شروط نتائجها، أمّا ما هو شرط لخصوص العقد - كالماضويّة والعربيّة - فلا يسري إلى صحّة شرط النتيجة، وقد سبق منّا مزيد بيان في شرط الوكالة في الرهن، والتعليق شرط من شروط الصيغة لا المعنى، ولذا فرّقوا بين قوله: «أنت وكيل في يوم الجمعة في بيع داري»، وبين قوله: «أنت وكيل الآن أن تبيع داري يوم الجمعة» بطلان الأوّل، وصحّة الثاني، مع اتّحادهما في المآل^(٢).

والعجب أنّه ﷺ عدل عمّا لا إشكال فيه من الدليل إلى ما فيه إشكال، فالأولى الجمع بين الدليلين، لا إهمال فساد شرط النتيجة رأساً، والاستدلال على فساده بالتعليق.

(١) ينظر: مسالك الأفهام: ٥٥/٤، جواهر الكلام: ٤٤٢/٢٦-٤٤٣.

(٢) ينظر: تمهيد القواعد: ٥٣٣، كفاية الأحكام: ٦٧١/١، مفتاح الكرامة: ٦٣٩/٧، المكاسب: ١٦٣/٣ و ٥٨/٦.

ومن هنا قيل: إنّ المراد بكون الرهن مبيعاً أن يبيعه الراهن على تقدير عدم أداء الحقّ بعقدٍ مستقلّ، لا الاكتفاء بهذا الشرط في ضمن العقد، وهو كما ترى اجتهدا في مقابل النصّ، وظهور العبارة، بل صراحتها في شرط النتيجة ممّا لا يخفى.

وقد يعتذر للعدول عنه إلى التعليق: بأنّ التعليق اختلال ذاتي، وشرط النتيجة اختلال عرضي، والتعليل بالذاتي أولى.

وهو تجشّم باطل؛ لما عرفت من أنّ عدم التعليق شرط يرجع إلى اللفظ دون المعنى، مع بُعده عن طريقة الفقهاء في الاستدلال للفروع، فإنّهم لا يراعون هذه الدقائق خصوصاً إذا كان المسكوت عنه أجلى من المنطوق، سيّما إذا اقتضت تعمية الأذهان وإغرائها بالجهل^(١)، فربّما يتوهّم من عدم الاستدلال به وجه لصحة شرط هذه النتيجة.

وأما المشروط فيه - وهو الرهن - فقد صرح المحقّق الثاني^{عليه السلام} في حاشية القواعد^(٢) والأردبيلي في المجمع بالفساد، مستدلّين عليه بفساد الشرط، قال: «إنّ الرضا الذي هو شرط الصحة قد وقع على وجه لا يصحّ، فلا يصحّ»^(٣)، وهذا هو دليل القول باقتضاء فساد الشرط فساد العقد مطلقاً، ولا خصوصية له بالمقام. واستجود في محكيّ التحرير^(٤) الصحة ناسباً لها إلى الشيخ، وإن أنكر النسبة

(١) عبارة: «وإغرائها بالجهل» أضفناها من (ش) تميماً للمرام.

(٢) لم نعثر عليه.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ١٦٩/٩.

(٤) ينظر تحرير الأحكام: ٤٧٩/٢.

في جواهر الكلام^(١)، ونسب الفساد إليه^(٢) وإلى الحلي^(٣) مدعين الإجماع عليه. ثم استدلل على الفساد - وفقاً للمسالك^(٤) - بأن: «هذا الشرط يتضمّن توقيت الرهن، وهو مفسد، ولذا ادّعى الشيخ رحمته الله الإجماع على الفساد مع القول بأن الشرط الفاسد لا يفسد الرهن، وما ذاك إلا للتوقيت»^(٥).

واعلم: أنّ التوقيت من حيث هو لا يوجب الفساد؛ إذ لا دليل عليه، وليس هو مثل التعليق؛ إذ التوقيت يرجع إلى التقييد والاشتراط، فكما يجوز أن يقيّد بحسب الأحوال والأمكنة فكذا بحسب الأزمان، وعدم جواز توقيت البيع ونحوه من أسباب التمليك إنّما هو لعدم قابليّة مفادها - وهي الملكيّة - له؛ إذ لا معنى للملكيّة المحدودة المؤقّته، كالسود والبياض ونحوها من الأوصاف الخارجيّة، فإنّها تدوم بدوام محالّها.

والحاصل: أنّ مفاد العقد إن كان قابلاً للتحديد والتوقيت - كالإجارة والنكاح والوكالة ونحوها - فلا مانع من توقيت متعلقاتها.

لكن قد يقال: إنّ التوقيت ينافي الاستيثاق الذي يقتضيه الرهن، فيكون منافياً لمقتضى العقد.

وفيه: أنّه لا بدّ حينئذٍ من التفصيل بين أن يكون التوقيت بقدر أجل الدين أو

(١) ينظر جواهر الكلام: ٤٤٣/٢٦.

(٢) ينظر المبسوط: ٢٠٢/٢.

(٣) ينظر السرائر: ٤٢٧/٢.

(٤) ينظر مسالك الأفهام: ٥٥/٤.

(٥) جواهر الكلام: ٤٤٢/٢٦-٤٤١، نقلاً بالمعنى.

أقلّ، وبين الأزيد منه، فيبطل الأوّلان؛ لعدم حصول الاستيثاق بالرهن الذي لا يمكن الاستيفاء منه، لا قبل الأجل؛ لعدم حلول الأجل، ولا بعده؛ لانقضاء زمان الرهن.

و أمّا الثالث فلا إذا كان الاستيفاء بحسب مقتضى العادة ممكناً، فلو كان أجل الدين سنة، وقال: «أرهنّته إلى سنة، أو إلى ستّة أشهر» لم يصحّ، وأمّا لو قال: «إلى سنتين، أو أزيد» يصحّ؛ لحصول الاستيثاق.

هذا في التوقيت الصريح، وكذا التوقيت الالتزامي الناشئ من التقييد بحال مثل مجيء زيد، فإنّه أيضاً توقيت.

إذا عرفت هذا فال تعليق على عدم أداء الحقّ توقيت التزامي، فيأتي فيه التفصيل بين الأقلّ و[المساوي] والأكثر كما عرفت، لكنّه لما كان مشروطاً بأن يكون مبيعاً، فيكون أكد في حصول غرض الراهن وأبلغ، فلا مانع من هذا التوقيت.

وأوضح منه صحّة مفروض المتن من الإطلاق؛ فإنّه سليم عن التوقيت رأساً، وإنّما حمل في المسالك^(١) عبارة المتن على التوقيت بأجل الدين، بناءً منه أنّه مراد الأصحاب، وهو كما ترى مركب من اجتهادين فاسدين؛ لمنع كون غرض الأصحاب ذلك أولاً، ومنع اقتضائه الفساد ثانياً.

ثمّ إنّ التوقيت ظاهر في تحديد آخر الرهن حسب، ولا دلالة [له] على أزيد من ذلك، وقد يزداد عليه إبقاء الرهن إلى الوقت المذكور بحيث لا يباع ولو

(١) ينظر مسالك الأفهام: ٥٥/٤.

استحقَّ المرتهن بيعه لموت الراهن أو لحلول الدين، أو لسرعة الفساد أو نحوها من مسوِّغات البيع، وهذا يرجع إلى الشرط المخالف للكتاب، أو المنافي لمقتضى العقد، فلا يصحّ.

ثم إنَّ الرهن قبل الوقت أمانة بيد المرتهن غير مضمونة، وبعده يندرج في المقبوض بالبيع الفاسد، فيكون مضموناً، وبه صرح المحقّق الثاني^(١) والشهيد الثاني^(٢) وغيرهما^(٣)، مستدلّين على الأوّل بقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، وعلى الثاني بعكس نقيضه.

وقد يشكل الثاني - بعد الغضّ عن عدم كون شرط البيع منقسماً إلى قسمين: فاسد وصحيح، وإجراء القاعدة في شخص العقد محلّ نظر كما في محله - بأنّه: ليس هنا يدان^(٤) يحكم في إحداهما بالضمان وفي الأخرى بعدمه، ولذا احتمل تقييد الثاني بما إذا نوى التملّك بعنوان أنّه مبيع^(٥).

ولعلّ وجهه: أنّ التعدّد الحقيقي معدوم^(٦)، والتعدّد الحكمي متوقّف على النية.

(١) ينظر جامع المقاصد: ١٣٢/٥.

(٢) ينظر مسالك الأفهام: ٥٦/٤.

(٣) ينظر: تذكرة الفقهاء: ٢٥٦/٣، الدروس الشرعية: ٣٩٧/٣.

(٤) «يدان» أضفناها من (ش) لاستقامة العبارة.

(٥) ينظر مجمع الفائدة والبرهان: ١٦٩/٩، وفيه: «قد يقال هنا: أنّه كان مقبوضاً عنده بالرهن الفاسد الذي ممّا لا يضمن به، فبقي عنده على هذا الوجه، نعم لو طلب ولم يعطه ومنعه - لأنّه هو مبيعه أو أخذ بذلك القصد - يمكن ذلك، فتأمّل». وأيضاً راجع: مفتاح الكرامة: ٥٧٤/١٥.

(٦) في الأصل: مقدّم، وما أثبتناه من «ش» هو الأنسب بالسياق.

ولا يندفع الإشكال بما قيل^(١): من أن دخوله في يد المرتهن في الابتداء كان بعنوان المبيع، وهو يكفي في جريان حكم المقبوض بالبيع الفاسد عليه؛ لأن اليد غير متعدّدة في الابتداء أيضاً، كما لا يخفى، مع أنه لو تمّ لا يقتضي عدم الضمان قبل الأجل؛ إذ القبض بعنوان كونه رهناً لا يقتضي الضمان، والقبض بعنوان كونه مبيعاً يقتضيه، ولا تعارض بينهما.

نعم، لو كان عنوان الرهن يقتضي عدم الضمان - كما قيل^(٢) في الوديعة - وقع التعارض بينهما، فيتساقطان، فلا ضمان أيضاً، مع أن عنوان المبيع غير حاصل في الابتداء؛ لعدم تحقق المعلق قبل المعلق عليه، فيكون قد قبض شيئاً يصير مبيعاً في ما بعد، وهو غير مجدٍ بعد أن لم يكن في وقت البيع قبض آخر يقتضي الضمان.

والأولى في دفع الإشكال أن يقال: إن سبب الضمان هو كون المال تحت يده وسلطانه، لا القبض بمعنى وضع اليد، وهو موجود دائماً إلى أن يصل إلى صاحبه، فالاستدلال المذكور على الضمان بعد الوقت صحيح، كالاستدلال بعكس القاعدة على عدمه قبل الوقت.

ولا فرق في القاعدة المذكورة^(٣) بين علم المتراهنين بالفساد، وجهلهم، أو التفكيك، وعن بعض المتأخرين^(٤) الإشكال في صورة علم القابض، وجهل

(١) القائل العلامة الحلبي في تذكرة الفقهاء: ٢٥٩/١٣ - ٢٦٠.

(٢) قاله الشيخ الطوسي في الخلاف: ١٧١/٤.

(٣) «القاعدة المذكورة» أضافها من (ش) لتتميم الفائدة.

(٤) ينظر: المسالك: ٥٦/٤، مفتاح الكرامة: ٥٧٣/١٥.

الدافع، زعماً أنّ القابض أخذ بغير حقّ، والدافع دفعه باعتقاد الصّحة.
وربّما يسري الإشكال إلى صورة جهلها، خصوصاً في عدم الضمان قبل الوقت، كعلم المستأجر بفساد الإجارة مع جهل المؤجّر؛ لأنّ التسليط وقع بزعم الصّحة، فإذا لم يكن لم يكن.
وأجاب عنه في المسالك^(١) وغيره^(٢): أنّ اعتقاد الصّحة لا دخل له في ما هو سبب الضمان وعدمه من اليد أو التسليط، فإنّهما لا يتغيّران بالصّحة والفساد^(٣)، فكيف عن العلم والجهل بهما؟
وقد برهن عليه في بابه، وليس ممّا له خصوصيّة بالرهن الفاسد حتّى نخوض في نقضه وإبرامه، بل هو بحث في إطلاق القاعدتين المشروحتين في باب البيع.

(١) مسالك الأفهام: ٥٦/٤.

(٢) ينظر جواهر الكلام: ٤٤٥/٢٦، وفيه: «و مرجعه - أي ما أجاب به في المسالك - إلى أنّ تخيّل الصّحة في مثل ذلك من الدواعي للدفع على الوجه المزبور، لا أنّها شرط في عدم الضمان... إلى آخره».

(٣) كذا في الأصل.

[صيرورة فوائد الرهن رهناً]

٥١) قال: «وما يحصل من الرهن من فائدة الرهن فهي رهن»^(١).

أقول: فوائد الرهن مطلقاً ملك للراهن بلا خلافٍ محققٍ أو منقول؛ لقاعدة تبعية النماء للأصل في الملكية المسلمة من لدن آدم إلى زماننا، وهل تتبعه في الرهانة؟ فيه تفصيل، وفي بعضها خلاف؛ وهو الدخول بعضاً في الرهن لو كان موجوداً في حاله، وفي البعض خلاف؛ لأنها إما موجودة حال الرهن، أو حادثة بعده، أما الموجودة فبعضها داخل، وبعضها خارج، وبعضها محلّ خلاف^(٢)، وقد تعرّض المصنّف^(٣) شرطاً منها، وحكمها حكم ما يدخل في المبيع والضابط الضابط، ولا خصوصية للرهن بذلك^(٤).

وإن حدث بعده، فإن كان لمعاونة أمرٍ خارجي من عملٍ - كاستساب العبد المرهون، أو سكنى أو ركوب أو نحوها - فهو خارج عن محلّ النزاع، إلاّ أنّه ساقها^(٥) في الدروس^(٦) مساق ما هو داخل فيه.

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٧/٢.

(٢) من قوله: «لأنّها إما موجودة» إلى قوله: «محلّ خلاف» أضفناها من (ش) لاستقامة العبارة.

(٣) المصدر المتقدم.

(٤) عبارة: «والضابط الضابط، ولا خصوصية للرهن بذلك» أضفناها من (ش).

(٥) في الأصل: «ساق»، وما أثبتناه من (ش) هو الأصح.

(٦) ينظر الدروس الشرعية: ٣/٣٩٤، الدرس ٢٧٨، وفيه: «و لا فرق بين المتولّد منها كالولد والثمرة،

وبين غيره ككسب العبد وعقر الأمة».

وإن لم يحتج إلى معاونة [فهي] إمّا أن تكون متّصلة بالرهن بحيث لا يمكن انفصاله عنه، كالطول والعرض، والسمن والكبر، وإمّا أن تكون كذلك، ويمكن فصله، كالصوف واللبن، وإمّا أن تكون منفصلة.

فالأوّل كسابقه على ما في التذكرة^(١) من دعوى الإجماع على دخولها تحت الرهن، فهي صفات كماليّة أوجبت الرغبة كالمربّعات السوقية، وليس مالا آخر مغايراً ولو في نظر العرف المحكم في أمثال المقام.

وبالغ بعض^(٢) حتّى ادّعى عدم معقوليّة خروجها؛ لعدم إمكان التفكيك بين الوصف والموصوف، وقال آخر: «أنّه لو اشترط خروجها كان باطلاً»^(٣).

والثالث كالثمرة والنتاج، وجعله في المسالك^(٤) من محلّ النزاع، والرابع^(٥) هو الذي تعرّضه المصنّف^(٦) واختار^(٧) [فيه] اللّحوق بالأصل، وفاقاً لكلّ المتقدّمين

(١) ينظر التذكرة الفقهاء: ٩٨/١٣.

(٢) لم نقف عليه.

(٣) لم نقف عليه، ولكن حكاها في جواهر الكلام: ٤٤٨/٢٦.

(٤) ينظر مسالك الأفهام: ٥٩/٤.

(٥) كذا في الأصل، والظاهر زيادة: الرابع، لأنّ الصورة التي تعرّضها المصنّف هي الصورة الثالثة من صور الفوائد التي لم يحتج حصولها إلى معاونة، وهي التي أشار إليها آنفاً بقوله: «والثالث كالثمرة والنتاج» إلى آخره، نعم هي مع ملاحظة الفوائد التي تحصل بمعاونة خارجيّة تعدّ رابع الصور، ولكن حيث بيّن سابقاً حكم تلك الصورة، فلا بدّ هنا من ملاحظة الأقسام بالنسبة إلى الفوائد التي لم يحتج حصولها إلى معاونة خارجيّة، فيصير ما تعرّضه المصنّف ثالث الصور لا رابعها، فتأمّل.

(٦) شرائع الإسلام: ٣٣٧/٢.

(٧) في الأصل: «وأمثاله»، وما أثبتناه طبقاً لنسخة (ش)، وهو أنسب بالسياق.

أو جلّهم، بل عن ظاهر التذكرة^(١) الإجماع عليه، كما في زكاة الخلاف^(٢) دعواه عليه صراحةً، بل عن الانتصار: «أنّه ممّا انفردت به الإماميّة»^(٣)، وعن الغنية^(٤) أيضاً الإجماع [عليه]، كما عن الحلّي: «أنّه مذهب أهل البيت عليهم السلام، وأنّ الدخول مذهب المخالفين»^(٥).

ويدلّ عليه: مضافاً إلى ذلك وجوه:

منها: قاعدة تبعيّة النماء للأصل في الملكيّة، فكذا الرهانة؛ لأنّها أيضاً من الحقوق الماليّة.

ومنها: تبعيّة الولد للوالد في التدبير، فكذلك الرهن؛ لجامع الولادة.

ومنها: أنّ المنافع والنماء جزءٌ من أجزاء الرهن استحالت إلى موضوع آخر، وهو لا يقتضي زوال الرهانة بعد ما كانت قبل الاستحالة من أجزائها، ألا ترى أنّه لو استحال أصل الرهن، أو انقلب إلى موضوع آخر، كانقلاب البذر زرعاً، والبيض فرخاً، فهل تزول عنه الرهانة؟!

ويضعّف الأول: بمصير كلّ المتأخّرين أو جلّهم^(٦) إلى الخلاف، فالمسألة ممّا تعارضت فيها شهرة القدماء والمتأخّرين، والثاني أولى.

(١) ينظر تذكرة الفقهاء: ٩٨/١٣.

(٢) ينظر الخلاف: ٥٨/٢، المسألة ٦٨، وفيه: «إذا رهن جارية أو شاة فحملتا بعد الرهن كان الحمل خارجاً، بإجماع الفرقة».

(٣) الانتصار: ٤٧٤، المسألة ٢٦٧.

(٤) ينظر غنية النزوع: ٢٤٤.

(٥) ينظر السرائر: ٤٢٤/٢، وفيه: «وهذا مذهب أهل البيت عليهم السلام، وإجماعهم عليه».

(٦) ينظر: إيضاح الفوائد: ٣٦/٢، جامع المقاصد: ١٣٢/٥، مسالك الأفهام: ٦٠/٤.

والثاني والثالث: بأنَّهما قياسان مع الفارق، والرابع: بأنَّه إن أُريد أنَّ النماء الحادث كان جزءاً للعين المرهونة حال الرهن فقد دخل تحت اسمه، كالقسم الأوَّل، فهو ممنوع، وإن أُريد أنَّه حدث بعده فاستحال إلى موضوع آخر وصورة أخرى فهو غير مُجْدٍ؛ لعدم الدليل على دخول الأجزاء الحادثة، وهذا عين الدعوى، ومن هنا أمكن في مثل الصوف التفصيل بين السابق فيدخل تحت الاسم، واللاحق فلا؛ لما ذكرنا.

[رهن مال الغير بإذنه]

(٥٢) قال: «وإذا رهن مال غيره بإذنه صحَّ...»^(١).

أقول: لا خلاف في صحّة ذلك بيننا^(٢)، بل عليه الإجماع^(٣)، وعن ابن سريج^(٤) عدم الصحّة متفرّعاً على القول بكونه عارية؛ لأنّها غير لازمة، وعن ابن منذر^(٥): «إجماع كلّ من يحفظ عنه العلم على جوازه»، وإنّما الخلاف في حقيقة ذلك أنّه عارية، أو ضمان، أو شيء آخر؟

والمشهور هو الأوّل^(٦)، بل عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه، قال: «هل يكون سبيل هذا العقد سبيل العارية أو الضمان، والحقّ عندنا الأوّل»^(٧)، وعن ولده^(٨) نسبته إلى المحقّقين، وعن عارية التذكرة: «أنّه تجوز الإعارة للإرتهان؛ لأنّها منفعة مباحة مطلوبة للعقلاء، فوجب تشريعها توسعةً على المحاويج بالمباح»^(٩).

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٧/٢.

(٢) كما في مفتاح الكرامة: ٢٩٩/١٥.

(٣) ينظر: المسالك: ٦١/٤، مجمع الفائدة والبرهان: ١٧١/٩، مفاتيح الشرائع: ١٤٢/٣، مفتاح: ١٠٢٥.

(٤) في الأصل: «شريح»، والصواب ما أثبتناه، لاحظ: المغني: ٤١٢/٤، مع اختلاف في العبارة، وحكاها عنه في التذكرة: ١١٣/١٣.

(٥) حكاها عنه في جواهر الكلام: ٤٥٢/٢٦، لاحظ: فتح العزيز: ٢٥/١٠، روضة الطالبين: ٢٩٣/٣.

(٦) ينظر: مسالك الأفهام: ٦١/٤، جواهر الكلام: ٤٥٢/٢٦-٤٥٤.

(٧) تذكرة الفقهاء: ١١٣/١٣.

(٨) ينظر إيضاح الفوائد: ١٦/٢.

(٩) تذكرة الفقهاء: ٣٠٢/١٦.

ويشكل كلّ من الضمان والعارية، أمّا الضمان: فلاّنه انتقال من ذمّة إلى ذمّة، وهو مفقودٌ هنا قطعاً، مع أنّه غير مقصود للراهن والمرتهن، فكيف يكون ضماناً؟! بل لو صرح المالك وقال للدائن: «ألزمت دينك في رقبة هذا المال على وجهٍ لا تكون ذمّة المديون»^(١) مشغولة به» لم يصحّ، فكيف عن التعبير عنه بالرهن؟

قلت: وهو حسنٌ، لكن ذكر للضمان وجوه^(٢) لا بأس بالإشارة إليها:
أحدها: ما عن الدروس^(٣) من «أنّ المعير أناب المستعير في الضمان عنه في ذمّته ومصرفه هذه العين»، وردّ: بأنّه مخالف للمعهود من معنى الضمان.

وفيه: أنّه عين الضمان المعهود، وليس مخالفاً له، ومبنى المخالفة على حمل الضمان هنا على وفاء الدين في هذا المال، مع بقاء الدين في ذمّة المديون المستعير على حاله، والظاهر أنّه اشتباه في مرادهم بالضمان هنا، كما يفصح عنه توجيه الدروس، فإنّ صريح في انتقال الدين من ذمّته إلى ذمّة المعير، فكيف يكون مخالفاً للضمان المعهود؟

ومن ذلك يظهر أنّ تصريح المالك بتعيين الدين في المال لا مساس له بالمقام، ولا ربط له بمراد القوم، فإنّ الظاهر - على ما يقتضيه ظاهر لفظ «الضمان»، وتوجيه الدروس - أنّهم أرادوا بالضمان هنا أنّ الدين ينتقل بالإعارة للارتهاّن إلى ذمّة المعير قبل الرهن آناءً، نظير حصول الملك آناءً في الأشياء التي لا تصحّ إلّا به.

(١) في الأصل: «الدائن»، وما أثبتناه من (ش) هو الأصح.

(٢) في (ش) بزيادة: «مصحّحة».

(٣) ينظر الدروس الشرعية: ٣/٣٨٨.

نعم، يرد على هذا التوجيه: أنّه لا دلالة للإذن في الارتهان على الاستنابة في الضمان، ولا قصد المستعير أيضاً النيابة عن المعير، فكيف ينتقل الدين من ذمته إلى ذمته؟

فالأولى في ردّ التوجيه المذكور التردد بين الوجهين، فإن أرادوا من الضمان تعلّق الدين بالمال خاصّة مع بقاء الدين في ذمّة المستعير، فليس هذا من الضمان المعهود، ولكن لا بأس بقوله أيضاً، بل هو محض الحقّ، والحقّ المحض الذي إليه يرجع القول بالعارية.

وإن أرادوا به الضمان المعهود على التقريب المذكور، ففيه: منع الصغرى كما عرفت، لا منع صحّة هذه الاستنابة؛ إذ لا إشكال فيها، كما هو واضح.

ثانيها: أنّ الإعارة للرهن تعهّد بدين المستعير مع زيادة الإذن في الارتهان، فيفيد مفاد الضمان العقدي، من انتقال الدين من ذمّة إلى ذمّة، غاية الأمر أنّه إنشاء التعهّد بالدين بالاذن في الارتهان، لا بعقد الضمان، فإذا قام الدليل على صحّته أفاد فائدة العقد.

وحاصل ذلك: أنّه إنشاء تعهّد بالدين مع الإذن في الارتهان، فيعمل بمقتضى كلّ منهما؛ لأنّه ضمان مع الزيادة، بل يمكن إثبات صحّة ذلك بأدلة الضمان، بالتوسّع في عقده بحيث يشمل مثل ذلك، ولا حاجة إلى قيام دليل آخر، فهذا نظير شرط النتيجة في القيام مقام العقد، فإنّ حقيقة الضمان هو التعهّد بالدين، وهو شيء، والكاشف عنه شيء آخر.

وفيه - مع ابتناؤه على كون المراد من الضمان هنا الضمان المعهود دون تعهّد وفاء الدين في خصوص هذا المال، وعلى التوسعة في صيغة الضمان من حيث

كونه عقداً وغير عقد -: أنَّ الإذن في الإرتهان لا تدلّ - عرفاً، ولا بحسب القرينة - على تعهّد الآذن بالدين في ذمّته، كيف فهو مقطوع بعدم؟!، مع أنَّ مقتضاه التفصيل بين ما لو صرح بعدم التعهّد وبين الإطلاق، فلا يصحّ في الأوّل، والظاهر أنَّ الإجماع على خلافه.

وثالثها: أنَّ حقيقة وفاء الدين لا يستقيم إلّا بأن يكون ما يوفّى به من مال المديون؛ لأنّه عبارة عن تعيين كلّ ما في الذمّة في الفرد الخارجي، ولا معنى لتعيينه في المال غير المملوك للمديون.

وأما صحّة أداء الدين تبرّعاً فهي إمّا راجعة إلى معاوضة بين المتبرّع والدائن، أو إلى تمليك مشروط بالإبراء ثابتة مشروعيّته بالنصّ والإجماع، وليس من الوفاء الحقيقي، ولذا لا يجب على الدائن القبول من المتبرّع، فلو كان حقيقة الوفاء موجوداً لوجب عليه القبول، وحيث لا يجب كشف ذلك عن توقّف الوفاء الحقيقي على كون الموفّى به من مال المديون، وعلى هذا لا بدّ من حصول الضمان للمعير أنما - بعد الإجماع على صحّة هذا الرهن - حتّى يصلح ماله الذي أذن في الرهانة للوفاء، فالإذن في الارتهان يفيد فائدة الضمان بحكم الشرع، لا أنّه مقصود للآذن والمأذون حتّى يُردّ: بعدم قصدهما لذلك.

وفيه: منع المقدّمة الأولى، وهي توقّف حقيقة الوفاء على كون ما به الوفاء من مال المديون، بعد عدم مساعدة العقل والنقل عليه، والنصّ والإجماع على جواز التبرّع بأداء الدين أقوى شاهد على عدم اعتبار ذلك، وأنّه يتحقّق في ضمن مال الغير أيضاً، وحمله على المعاوضة خلاف بناء العرف؛ لأنّ الوفاء عندهم تعيين للكلّي، لا معاوضة بينهما كما في محله، وحمله على التمليك بإزاء الإبراء أيضاً كذلك.

وأما العارية^(١): فبأنّ التوثيق الحاصل بدفع العين ليس من [الـ]منافع التي تباح بعقد العارية، كسكنى الدار، وخدمة العبد، وركوب الدابة، ولبس الثوب، وإنّما هو انتفاع بسبب أمرٍ خارجي، وهو تعلّق عقد الرهانة بها، كيف والعارية مساوية للإجارة؟! ومعلومٌ فساد إجارة العين لمثل ذلك.

على أنّ تعلّق الرهن قد يؤدّي إلى خروجها عن الملك المنافي للعارية؛ لأنّها إباحة للمنفعة مع بقاء العين بحالها، بل ما اشتهر بينهم من ضمان العارية منافعٍ لقولهم بعدم الضمان إلّا بالتعدّي والتفريط، أو الشرط.

ويندفع الجميع: بأنّ كون التوثيق من المنافع ليس ممّا يقبل الإنكار، ولذا ذكره في التذكرة^(٢) ذكر الواضحات البديّيات المسلّمات، واعتبار الأزيد من ذلك في صحّة العارية بأن تكون المنفعة ممّا تصحّ الإجارة لأجلها، أو ممّا يعدّ من الأموال عرفاً، كالسكنى والركوب، أو كونها ثابتة في ذات العين من دون واسطة شيء آخر، كلّها دعاوى غير ثابتة.

واعتبار بقاء العين في حقيقة العارية بحيث لا يخرج عن ملك المعير في شيء من الأموال غير ثابت أيضاً، ولم يصرح به أحد في معنى العارية، حيث عرّفوها: «بأنّه عقد يفيد إباحة المنفعة»^(٣) في مقابل تملك العين أو المنفعة، فلا مانع من أداء الانتفاع إلى تلف العين، أو خروجها عن الملكيّة.

(١) عطف على قوله سابقاً: ويشكل كلّ من الضمان والعارية، إلى آخره.

(٢) ينظر تذكرة الفقهاء: ٢٩/١٣.

(٣) ينظر: الوسيلة: ٢٧٥، المختصر النافع ١٥١، شرائع الإسلام: ٤٠٨/٢، الجامع للشرائع:

والتوثيق بالمال بنفسه ليس إخراجاً عن ملكه، بل هو انتفاع بالعين قد يؤدّيها إلى الخروج وقد لا يؤدّيها، وهو غير منافٍ لحقيقة العارية، بل الانتفاع والاستعمال في زمنٍ متماذي لا ينفك عن تلف العين تدريجاً، وأي فرق بين التدريجي والدفعي إذا كان من لوازم الفائدة المباحة؟

وأما الضمان فليس هو منافياً لها أيضاً، وإنّما حكموا فيها بعدمه لعدم السبب، فلا مانع من الضمان إذا اجتمع مع سببه.

فالأظهر وفقاً للأكثر^(١) كونه عارية، لا ضماناً، وتظهر الثمرة بينهما على ما عن المبسوط^(٢) وغيره^(٣) في أمور:

أحدها: أنّه على الضمان لا بدّ من معرفة قدر الدين، والأجل، وسائر الخصوصيّات الرافعة للغرر، بخلاف العارية؛ إذ الجهالة فيها مغتفرة.

ولكن غير واحد^(٤) منهم الشهيد الثاني في المسالك^(٥) [على] عدم اغتفار الجهالة في مثل هذه العارية، ولعلّها للزومها، فأشبهت العقود اللازمة المبنية على ارتفاع الجهالة بعموم «نهي النبي ﷺ عن الغرر»^(٦)، والأوّل أصحّ؛ إذ لا

(١) ينظر: الجامع للشرائع: ٢٨٩، تذكرة الفقهاء: ١١٤/١٣، وحكاة في الإيضاح عن والده: ١٦/٢،

والشاهد في الدروس: ٣٨٨/٣.

(٢) ينظر المبسوط: ٢٢٨/٢.

(٣) ينظر الدروس الشرعية: ٣٨٩/٣.

(٤) ينظر تذكرة الفقهاء: ٢٤٨ / ١٦.

(٥) ينظر المسالك: ٦٢/٤.

(٦) كما في تذكرة الفقهاء: ١٠ / ٢٣٤، صحيح مسلم: ٣ / ١١٥٣، سنن أبي داود: ٣ / ٢٥٤، ح ٣٣٧٦،

سنن الترمذي: ٣ / ٥٣٢، ح ١٢٣٠، سنن الدارقطني ٥ / ١٥، ح ٤٦.

غرر في الإحسان المحض، ولذا صرح في التذكرة^(١) باغتفار الغرر في الهبة^(٢)، وأيّ غررٍ في وجوه البرّ وإعانة المحاويع؟^(٣)

ولقد أجاد رحمه الله حيث استدّل على شرعية هذه العارية بأنّها: «مصلحة يجب مراعاتها»^(٤)، كما سبق.

ودعوى: أنّه لا كلام في عارية المجهول، أو العارية للمجهول تكليفاً، بل وضعاً من حيث ترتّب آثارها عليها.

مدفوعة: بأنّه ليس لها حكم تعبدي خاص؛ فإنّ مدرّكها أصالة الإباحة وقاعدة السلطنة، فالثمرة صحيحة، وهي لزوم التعيين على الضمان دون العارية.

ودعوى: اشتراط هذه العارية بالتعيين لا يرجع إلى محصل؛ لأنّه إن أريد اشتراط إباحة الانتفاع به فهو ممّا دلّ العقل والنقل على خلافه؛ لأنّ الأصل الإباحة، والناس مسلّطون على أموالهم، وحُسن الإحسان أيضاً قاضٍ به، فلو أباح مالك العين التصرف فيه جاز للمباح له من التصرفات ما شاء، ولو كان المباح مجهولاً للمبيع والمباح له.

وإن أريد اشتراط الحكم الوضعي المبنيّ على صحّة العارية بذلك، فهو صحيح لو كان للعارية حكم وضعيّ تعبدي، وليس كذلك.

(١) ينظر تذكرة الفقهاء: ١٩/٢٠، المسألة ٦، وفيه: «تصحّ هبة المجهول على الأقوى، لأصالة الصحة ولائنتفاء الغرر».

(٢) كذا في الأصل، وفي (ش): «فيها».

(٣) في الأصل: «وأيّ برّ أعظم من إعانة المحاويع؟»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

(٤) تذكرة الفقهاء: ٣٠٢/١٦، وفيه: «لأنّها منفعة مباحة مطلوبة للعقلاء، فوجب تسويغها توسعةً على المحاويع بالمباح».

ومن هنا أمكن الفرق بين هبة المجهول وعاريته، فإنّ للأولى أثر وضعي، وهو الملك، فيمكن اشتراطها بالتعيين بخلاف الثانية، فإنّها لا تفيد لا ملك العين، ولا المنفعة.

نعم لا بدّ من التعيين في الرهن كما سبق؛ لعموم النهي عن الغرر، وأمّا العارية للارتهان بحيث يمنع عن التصرف فيها مع الجهالة فلا، ولعلّ القائل بلزوم التعيين أراد إحراز الإذن في العموم احترازاً عما لو كانت مجهولة، وهو جيّد، فلا يجوز مع الشك لا تكليفاً في غير الرهن، ولا وضعاً فيه، فيكون فضولياً.

وثانيها: الإيجاب على الفك قبل الأجل، فعلى الضمان ليس للمعير إيجاب المستعير عليه، كما أنّه ليس للضامن إيجاب المضمون عنه على التعجيل بالأداء قبل حلول الدين، بل قبل الأداء، وعلى العارية يجوز؛ لأنّها غير لازمة.

وفيه خلاف، والأصحّ الجواز؛ لقاعدة السلطنة القاضية بوجوب تفريغ مال الغير بعد اشتغاله بما يضره لقاعدة لا ضرر.

ومعارضتها لضرر المستعير - لأنّ التعجيل قبل الحلول أيضاً ضرر عليه - غير مجدية بعد التساقط والرجوع إلى قاعدة السلطنة.

ومن هنا ظهر الفرق بين الإيجاب قبل حلول الدين وبعده، حيث لا خلاف في الثاني، وما ذاك إلّا لسلامة قاعدتي الضرر والسلطنة فيه عن المعارض، بخلاف الأوّل، كما عرفت.

ومثله الإيجاب على قلع الغرس، والبناء في الأرض المستعارة لهما، وفاقاً

لجماعة، وهو المشهور^(١)؛ لما عرفت من تعارض الضررين وبقاء قاعدة السلطنة مرجعاً أو مرجحاً على الوجهين.

ثم المشهور لزوم أرش نقصان القلع على المعير جمعاً بين الحقيين، وفيه: تأمل؛ لأنّ ضرر القلع ليس مستنداً إلى المعير، فليس هو سبباً له حتى يضمن.

ووجه ذلك: أنّه اجتمع هناك السبب، وهو الإذن في الغرس، والمباشر، وهو فعل الغارس، ومقتضى القاعدة تقديم الثاني على الأول، إلا أن يكون ضعيفاً، كما في المغرور، وللمنع عن ذلك مجال واسع.

وربما يعلّل عدم الأرش: بأنّ المستعير هو الذي أقدم على ضرره بعد العلم بأنّ العارية عقد جائز.

ورد: بأنّه أوّل الدعوى، وإلاّ لزم الدور؛ لأنّ كون القلع إقداماً من الغارس على الضرر موقوف على جواز الرجوع في هذه العارية، وجواز رجوعها موقوف على كونه إقداماً على الضرر، وإلاّ لم يحز الرجوع؛ لقاعدة الضرر، وقد تقدّم ما هو الحقّ في أوائل الكتاب.

وأما العارية للدفن فالمشهور^(٢) أنّها لازمة، ولعلّه لعموم ما دلّ على حرمة النبش.

وفيه: أنّه معارض بعموم لا ضرر، إلاّ أن يقال: إنّّه بعد التساقط يرجع إلى أصالة عدم وجوب الإخراج على المستعير.

(١) ينظر: المبسوط: ٧٥/٣، شرائع الإسلام: ٤١٠/٢، تذكرة الفقهاء: ٢٦٤/١٦.

(٢) ينظر: المبسوط: ١٨٨/١، شرائع الإسلام: ٤١٠/٢، تذكرة الفقهاء: ٢٥١/١٦، جامع المقاصد:

٦٦/٦، مسالك الأفهام: ١٤٩/٥، مجمع الفائدة والبرهان: ٣٨٢/١٠.

وثالثها: الضمان على الضمان دون العارية، فإن فيه خلافاً، والمعروف الضمان على العارية أيضاً مطلقاً، وعن التذكرة^(١) والمسالك^(٢) الفرق بين ما لو تلف قبل الرهن فلا ضمان؛ لأن سببه هو الرهن، وليس فليس، والأصحّ الضمان مطلقاً إما لأنها عارية معرضة للتلف، كما قيل^(٣)، أو لأنها كالمقبوض للسوم، [أو] لوفاء الدين.

ويضعّف الأوّل: بأن كلّ عارية [فيها] تعريض لها للتلف بالاستعمال والانتفاع كما مرّ.

والثاني: بأنّ الخلاف في ضمان المقبوض بالسوم أكثر ممّا هنا.

والثالث: بعدم الدليل في المقيس عليه، مضافاً إلى وجود الفارق.

والأولى الاستدلال عليه بعموم «على اليد»^(٤)، وقد قدّمنا تحقيق ذلك^(٥)، فما عن محتمل الدروس^(٦) والتحرير^(٧) من عدم الضمان للراهن والمرتهن؛ لأنها عارية، ضعيف؛ لعموم على اليد.

ولا ينافيه دليل العارية؛ لما عرفت، ولا قاعدة الأمانة الرافعة له، كما سبق،

(١) ينظر تذكرة الفقهاء: ٣٠٤/١٦.

(٢) ينظر مسالك الأفهام: ٦١ / ٤.

(٣) القائل الشيخ في المبسوط: ٢٢٩/٢، والعلامة في تذكرة الفقهاء: ٢٧٤/١٦.

(٤) عوالي اللآلي: ٣٤٤/٢، ح ١٠، مستدرک الوسائل: ٨/١٤: ب ١ من أبواب كتاب الوديعة، ح ١٢.

(٥) تقدّم في ص ١٨٤.

(٦) ينظر الدروس الشرعية: ٣٨٩/٣، الدرس ٢٧٦.

(٧) ينظر تحرير الأحكام: ٢١٤/٣، وفيه: «لم يكن على أحدهما ضمانه».

ولذا ذكر المصنّف الضمان هنا [ذكر^(١)] المسلّمات، كما مرّ أيضاً^(٢) عدم الفرق بين التلف قبل الرهن وبعده.

ورابعها: أنّه على الضمان لا يجب على المستعير إلّا غرامة ما دفعه إلى المرتهن من الثمن؛ لأنّ الضامن لا يرجع بأزيد ممّا يغرمه، وعلى العارية يجب دفع تمام القيمة. فتظهر الثمرة في ما لو بيع بأقلّ من ثمن المثل، فلا يجب عليه إلّا الثمن على الضمان، وعلى العارية يجب تمام القيمة؛ لأنّ البيع إتلافٌ موجب للضمان، وهو حسنٌ.

ولكن يناقش في الأوّل: بأنّ رجوع الضامن إلى المضمون عنه بما دفع خلاف قاعدة ثبتت بالنصّ والإجماع تعبدًا؛ إذ لا وجه للرجوع لولا الدليل الخاصّ، كما هو واضح، والمتيقّن منه هو الضمان المعهود، فلا يأتي في الرهن وإن كان ضمانًا، إلّا أن يتعدّى إليه بالمناط الذي أشير إليه في النصّ^(٣)، وهو أنّ الغرامة على الآكل، وهو المديون.

وكيف كان فالثمرة بحالها، إمّا على الوجه الذي ذكره، أو على الوجه الذي ذكرناه، وهو عدم الرجوع رأسًا.

وفي الثاني: بالإشكال^(٤) في صحّة البيع بدون ثمن المثل، وفرضه الصحيح ما

(١) في الأصل: «إرسال»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٢) تقدّم في ص ١٨٤.

(٣) وسائل الشريعة: ٤٢١/١٨، ب ١ من كتاب الضمان، ح ١، وفيه: «قال: ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال».

(٤) في الأصل: «بأنّه لا إشكال»، وما أثبتناه من (ش) هو الأصح.

عن الدروس^(١) وهو [أن] يبيع بما يتغابن به، كالخمس في مائة فهو صحيح، لأنّ مثل هذا النقص اليسير لا يلتفت إليه عرفاً، ولذا لا يأتي فيه خيار الغبن، ويجب عليه^(٢) تدارك الخمسة؛ لقاعدة ضمان التلف.

وفيه: أنّ وجه التسامح في التفاوت اليسير هو صدق القيمة العرفيّة على الأقلّ والأكثر؛ لكونهما ممّا يختلف أفراده الخارجيّة في النقصان، كالمشي، والكلام ونحوهما ممّا يصدق على الزائد والناقص عرفاً، ومنه ألفاظ المقادير على بعض الوجوه.

وقضيّة ذلك الاقتناع بالأقلّ؛ لأصالة البراءة بعد حصول الامتثال بالغرامة بدفع الأقلّ، وهو ما يبيع به هذا لو يبيع بالأقلّ من القيمة.

وربّما يتوهم ظهور الثمرة في ما يبيع بأزيد من ثمن المثل أيضاً، وأنّه على الضمان يرجع بالجميع، وعليها يرجع بالقيمة.

وهو سهوٌ، بل يرجع بالجميع على الوجهين، كما في صريح المتن^(٣)؛ لأنّ الثمن ملك للمعير على الوجهين، فلا وجه لذهاب الزيادة عن كيسه.

وقيل^(٤): إنّه لو اقتصر المرتهن على إذن المعير لم يكن له الرجوع على المستعير؛ لأنّه كالمتبرّع بالأداء.

(١) ينظر الدروس: ٣/٣٨٩، الدرس ٢٧٦، وفيه: «و لو بيع بأقلّ من قيمته بما لا يتغابن به بطل، وإن كان يتغابن به كالخمس في المائة صح».

(٢) في (ش): «على المرتهن».

(٣) شرائع الإسلام: ٢/٣٣٨، وفيه: «و لو بيع بأكثر من ثمن مثله، كان له المطالبة بما يبيع به».

(٤) ينظر جواهر الكلام: ٢٦/٣٣٦ - ٣٣٧.

ويضعّف: بأنّ سؤال الراهن يقوم مقام التماسه للأداء، فيكون ضامناً. نعم،
لو رهن من غير سؤال الراهن تمّ ما ذكره، إلّا أنّه خارج عن الاستعارة للرهن
التي كلامهم فيها.

[في حكم ثمرات الرهن]

٥٣) قال: «وإذا رهن النخل لم تدخل الثمرة وإن لم تؤبّر، وكذا إن رهن الأرض لم يدخل الزرع ولا الشجر ولا النخل»^(١) «...»^(٢).

أقول: الفرق بين النبات والأشجار التي تحدث في المرهون بعد الرهن، وبين النماء الذي اختار المصنّف دخوله، أنّ النماء - كالصوف واللبن والتّاج والثمرة وأمثالها - متكوّن من أجزاء العين المرهونة، فاستحقّت الدخول في الرهن على الخلاف المتقدّم، بخلاف النباتات والأشجار فإنّها وإن كانت تابعة للأرض في الملك، إلّا أنّها مخلوق جديد، خُلِقَ بقدرته تعالى في الأرض القابلة لها، وليست من أجزائها [التي] استحيلت إلى صورة أخرى، فهي أملاك جديدة خارجة عن اسم المرهون حين العقد غير متكوّنة من أجزائها، بخلاف النماء.

ومن ذلك ظهر الفرق بين الغرس المأخوذ من الشجرة المرهونة، فإنّنه داخل في الرهن قطعاً وإن قلنا بخروج النماء؛ لأنّنه جزء من المرهون غير منقلبٍ إلى صورةٍ أخرى، حتّى يأتي فيه الإشكال والخلاف المتقدّم، فظهر الفرق بين النماء وبين النبات والأشجار، وبينه وبين الغرس المأخوذ من [الشجر] المرهون.

(١) وفي الأصل: «ولا يدخل»، والصواب ما أثبتناه في المتن طبقاً للشرائع المطبوعة المحقّقة.

(٢) شرائع الإسلام: ٣٣٨/٢.

[حكم إجبار الراهن على إزالة ما ينبت في الأرض]

٥٤) قال: «وهل يجبر الراهن على إزالته؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأشبه»^(١) إلخ.

أقول: لا إشكال في أنّه لا يجوز لأحد أن يضع ماله في مال الغير؛ لأنّه تصرف في مال الغير^(٢)، فيباح مع الإذن، ولو وضع فإن كان بقاءه ضرراً على المالك وجب على الواضع إخراجه؛ لعموم نفي الضرر، وإلا ففي وجوب الإخراج عليه وجهان: مبنيان على أنّ البقاء تصرف من الواضع فيجب أم لا؟ ولا ينافيه وجوبه على تقدير الضرر، فإنّ دفعه لا يناط على كون البقاء تصرفاً جديداً؛ إذ يكفي في نفيه مطلق الاستناد ولو بالتسبيب، فلا منافاة بين وجوبه على تقدير الضرر، وعدمه عند عدمه، ولكن ظاهرهم وجوب الإخراج عليه مطلقاً ولو لم يكن ضرراً، إلا أنّه لا يخلو عن إشكالٍ مبنيٍّ على ما ذكرناه من الوجهين.

وقد يقال: إنّهُ مبنيٌّ على أنّ العلة المبقية عين العلة المحدثّة أم لا؟ فعلى الأوّل يكون البقاء فعلاً آخر للواضع، دون الثاني.

وفيه: أنّ العينيّة إنّما تقتضي استناد البقاء إلى الواضع، وهو لا يكفي في كونه تصرفاً آخر غير الأوّل؛ لأنّ البقاء من الحالات، لا من الأفعال، سواء قلنا إنّهُ معلول للعلة المحدثّة أو لعلةٍ أخرى، وهذا هو الأظهر.

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٨/٢.

(٢) عبارة: «لأنّه تصرف في مال الغير» أضفناها من (ش) لاستقامة العبارة.

فظهر أنّ الحقّ ما عن المبسوط^(١) والتذكرة^(٢) من عدم سلطنة المرتهن على الإيجار مطلقاً، سواء كان الإنبات أو الغرس من الراهن أو من غيره، إلّا أنّ المصرح به في كتاب الغصب في نظائر المسألة هو وجوب الإزالة والقلع، كما لو دخلت دابّته في ملك الغير، ففي كتاب الغصب^(٣) أنّه إن كان الدخول بتفريط من صاحب الدابّة وجب عليه إخراجها، والغرامة؛ لضرر هدم الدار، وكذا إذا لم يكن تفريط من مالكيها، ولا من صاحب الدار؛ لأنّ الإخراج مصلحة له.

وأورد عليه في المسالك^(٤): بأنّه قد لا يكون مصلحة لمالك الدار، فلا وجه لإطلاق إلزامه على صاحب الدابّة.

وعن التذكرة^(٥): إطلاق وجوب الإخراج، ووجوب غرامة الإخراج، بل قيل: إنّ الظاهر كونه من المسلّمات ولم يخالف فيه إلّا بعض العامّة الشافعيّة.

وقيل: إنّ مقتضى الضوابط ملاحظة الضرر، وإعمال قاعدة نفي الضرر، وقاعدة تعارض الضررين إن كان من الجانبين.

قال الأستاذ العلامة أدام الله أيام إفادته: قد يقال: أنّه لا إيجار على الإزالة مطلقاً ولو كان البقاء ضرراً على صاحب الأرض، وغرامة الإخراج تتبع من باشر الهدم والإتلاف، سواء كان مصلحةً للمباشر أم لغيره.

(١) ينظر المبسوط: ١٧١/٢.

(٢) ينظر تذكرة الفقهاء: ٢٢٦/١٣.

(٣) ينظر: شرائع الإسلام: ٧٧٤/٤، مسالك الأفهام: ٢٤١/١٢، جواهر الكلام: ٢٠٧/٣٧.

(٤) ينظر مسالك الأفهام: ٢٤١/١٢.

(٥) لم نقف عليه في تذكرة الفقهاء، ينظر ارشاد الأذهان: ٣٩٤/١.

توضيحه: أنّه لو التصق مال بمالٍ من دون تفريطٍ من أحدهما، ففيه مسائل:

الأولى: أنّه لو استلزم التفكيك التصرف في الآخر، فهل يتسلّط عليه، أو يتوقّف على إذن الآخر؟

فنقول: إن كان البقاء ضرراً على من أراد التفكيك دون الآخر فالظاهر أنّ له ذلك قهراً؛ لحكومة قاعدة الضرر على قاعدة السلطنة.

وإن كان الضرر مشتركاً بأن يكون البقاء ضرراً لمن أراد، والتفكيك إضراراً على صاحبه، تعارض الضرران، فتبقى قاعدة السلطنة سليمة، فلصاحب الدار منع صاحب الدابة عن إخراجها، وكذا لصاحب القدر منع كسره لإخراجها [في ما لو أدخلت الدابة رأسها في قدر الغير]^(١)، وأولى من ذلك ما لو كان الضرر مختصاً بصاحب الدار.

والضابط: أنّ التصرف في ملك الغير لاستخلاص مال نفسه غصباً عليه من دون إذنه لا يجوز إلّا في صورة واحدة، وهي ما لو كان البقاء ضرراً على أحدهما دون الآخر، فللمتضرر إخراج ماله ولو توقّف على التصرف في مال الآخر غير المتضرر بالإخراج.

الثانية: هل لأحدهما إجبار الآخر بالإزالة مطلقاً، أو ليس له ذلك مطلقاً، أو يفصل بين ما لو تضرر بالبقاء فالإجبار وبين عدمه فلا؟ وجوه: أوجهها أوسطها؛ للأصل، وعدم الدليل، حتّى قاعدة الضرر في ما لو كان البقاء ضرراً، لأنّ الضرر غير مستند إليه.

(١) أضفناها لاستقامة العبارة.

وما يظهر منهم^(١) من وجوب إخراجها على صاحبها عن ملك الغير لا ينطبق على شيء من القواعد، فلو أطار الريح حائط الغير، لم يجب إخراجها على صاحبها عن ملك الغير، فيجب التأويل في ما ظاهره الوجوب من كلمات الأصحاب.

نعم، لو كان أحد المالين نفساً محترمة يهلك بالبقاء لم يبعد إلزام ماله بالإخراج، بناءً على كون الحفظ واجباً عليه عيناً، كما مرّ مفصلاً.

الثالثة: غرامة ما يترتب على الإخراج يلزم لمن [أرادته]^(٢) مطلقاً ولا يراعى فيه المصلحة، سواء كان المخرج هو صاحب الحائط أو صاحب الدار، ولا دليل على لزومها على الآخر، وذلك واضح بالتأمل.

هذا إذا لم يكن تفريط من أحدهما، وإلا فالغرامة على المفترط، وأمّا الإيجاب على الإزالة فقد علم حكمه ممّا ذكرنا^(٣) في الغرس في الأرض المرهونة.

(١) ينظر: شرائع الإسلام: ٧٤/٢، غاية المرام: ١٥٦/٢، جواهر الكلام: ٤٦٩/٢٦ - ٤٧١.

(٢) في الأصل: «واردة»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

(٣) ينظر: صفحة ٥٤٢.

[حكم إتلاف الرهن]

٥٥) قال: «و لو أتلّف الرهن متلف ألزم بقيمته وتكون رهناً...»^(١).

أقول: قد تقدّم الكلام فيه، وفي مخالفة صاحبي الحدائق^(٢) والرياض^(٣) حيث ذهبوا إلى عدم تعلّق حقّ المرتهن ببدل الرهن، والمشهور ما في المتن، وعليه يجب على الراهن تعيينه في بعض الأفراد، وعن بعض المعاصرين فيه احتمالات: أحدها: الوجوب مطلقاً؛ لأنّ الاستيثاق الذي شرع الرهن لأجله لا يتمّ إلّا بذلك، فهو من الأحكام التابعة لحقّ^(٤) الرهانة، فهي من جملة مقتضيات العقد التي يجب على الراهن الوفاء بها.

وثانيها: عدم الوجوب؛ للأصل السليم، بعد منع كون التعيين في الأثناء من أحكام الرهانة التي يجب على الراهن.

وثالثها: التفصيل بين ما لو كان المتلف هو الراهن فيجب عليه التعيين؛ لانتفاء الفائدة بدونه، وبين غيره، قال: «ولم أجد في كلامهم تحريراً لذلك، ولعلّ أقواها ثالثها».

قلت: قد تقدّم في شرائط الرهن أنّه لا بدّ أن يكون عيناً لا ديناً، ومن المعلوم

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٩/٢.

(٢) ينظر الحدائق الناضرة: ٢٦٧/٢٠.

(٣) ينظر رياض المسائل: ٢٢٧/٩.

(٤) في الأصل: «للعقد»، وما أثبتناه من (ش) هو الأنسب بالسياق.

أنّ بدل الرهن التالف^(١) دين ثابت في ذمّة المتلف، فهو لا يتعلّق به حقّ الرهانة، فصيرورة بدل الرهن رهناً - كما يقولون هنا - معناه: أنّه بعد التعيين يكون رهناً، فيتعيّن بدلاً عن العين التالف، وإلزام المتلف بالتعيين موقوفٌ على شرائط وجوب الوفاء، وأمّا إلزام الراهن به فلا مقتضي له، ولا ربط له بمقتضيات عقد الرهن، فالاحتمالات المذكورة ممّا لا محصّل لها، فضلاً عن التفصيل الذي قوّاه، فظهر سر عدم تحريرهم ذلك في كلامهم.

(١) في الأصل: «المتلف»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

[حكم الوكالة في بيع العين المرهونة]

٥٦) قال: «لو كان وكيلاً في الأصل لم يكن وكيلاً في القيمة؛ لأنّ العقد لم يتناولها»^(١).

أقول: ما اختاره المصنّف، ونُقِلَ^(٢) عن المسالك^(٣) من بطلان الوكالة في القيمة مطلقاً بيعاً وحفظاً - كما هو واضح - بعد اختصاصها بالعين، لكن عن التذكرة^(٤) وغيرها^(٥) أنّ للعدل حفظ القيمة؛ لأنّها بدل الرهن، وله إمساك الرهن وحفظه، [والقيمة قائمة مقامه]^(٦)، وليس له البيع؛ لبطلان وكالته فيه.

ورد^(٧): بأنّ الوكالة منوطة بما عينه المالك، والأغراض مختلفة باختلاف الأشخاص والأحوال والأعمال، فقد يستأمن إنسان على حفظ شيء أو بيعه، [ولا]^(٨) يستأمن على قيمته، فالفرق بين الحفظ والبيع غير واضح.

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٩/٢.

(٢) والناقل هو صاحب الجواهر (ره)، وفيه: «ولعلّ الاستيداع كذلك، كما صرّح به في المسالك، فلم يفرّق بين الوكالة على البيع أو على الحفظ في البطلان مع التلف»، جواهر الكلام: ٤٨٥/٢٦.

(٣) ينظر مسالك الأفهام: ٦٨/٤.

(٤) ينظر تذكرة الفقهاء: ٢٧٣/١٣.

(٥) ينظر تحرير الأحكام: ٤٨٥/٢.

(٦) أضفناها من التذكرة لتتيمم المرام.

(٧) ينظر جواهر الكلام: ٤٨٤/٢٦-٤٨٦.

(٨) في الأصل: «كما»، والصواب ما أثبتناه كما في جواهر الكلام: ٤٨٥/٢٦.

وقيل^(١): لعلَّ الفرق أنَّ للمرتهن حقَّ إمساك الرهن - كما هو أحد القولين^(٢) - فيثبت في البدل، بخلاف الوكالة في البيع.

وفيه: أنَّ الكلام في زوال الوكالة وعدمه، وحقَّ الإمساك ثبت للمرتهن أصالة لا وكالةً، فمن حيث الوكالة لا فرق بين البيع والحفظ.

نعم، يمكن تنزيل ما في التذكرة على حقَّ الإمساك - كما هو مختاره في محكي التحرير^(٣) - لا على الفرق في الوكالة، ولا ينافيه وضع المسألة في إمساك [العدل]^(٤) الذي لا يكون إلَّا عن وكالةٍ؛ لأنَّه من حيث قيامه مقام المرتهن أصيل في الإمساك بالقياس إلى الراهن، فما ذكره في التذكرة لا يخلو عن قوَّة، بناءً على استحقاق المرتهن إدامة اليد على الرهن؛ مراعاةً للاستيثاق الذي هو الغرض من تشريع الرهن على الخلاف، فللعدل إمساك القيمة؛ تشبُّهًا بحقَّ المرتهن الذي كان ثابتاً له في عين الرهن.

وفي الحقيقة يرجع هذا إلى أحكام الرهن، ولا ربط له بالوكالة، أمَّا الحفظ فهو تابع لحقَّ الإمساك، فليس للراهن انتزاعها من يد العدل قهراً، وهذا من أقوى الشواهد على ما ذكرنا؛ ضرورة عدم اقتضاء الوكالة في الحفظ إمساكها على الراهن قهراً.

(١) ينظر مفتاح الكرامة: ١٥ / ٥١٤.

(٢) ينظر المصدر السابق.

(٣) ينظر تحرير الأحكام: ٢ / ٤٨٥.

(٤) في الأصل: «البدل»، وما أثبتناه هو الأنسب بالسياق.

[حكم ما لو رهن عصيراً فصار خمرًا]

٥٧) قال: «ولو رهن عصيراً فصار خمرًا بطل الرهن...»^(١).

أقول: وهنا مسائل:

الأولى: بطلان الرهن بصيرورته خمرًا؛ لزوال الملكية، ولا خلاف فيه إلا عن بعض العامة^(٢) فذهب إلى عدم بطلان الرهن^(٣) قياساً له بارتداد العبد المرهون. ورد^(٤): بعد بطلان القياس بالفرق: بأن الملكية ثابتة مع الارتداد دون الانقلاب، وهو حسنٌ لو كان الرهن مشروطاً بالملك، كما يقولون. ولكن قد يقال: إن اعتبار الملكية لرعاية الاستيثاق المأخوذ في ماهية الرهن، وليس عليه دليلٌ كسائر الشروط التعبدية، ومن البين أن مدار الاستيثاق على إمكان الاستيفاء عند حلول الأجل لا قبله، وهو حاصل إذا فرض انقلابه خلاً وقت الأجل.

والحاصل: أن الملكية إن كانت شرطاً تعبدياً لصحة الرهن تمّ ما ذكره من بطلان الرهن بصيرورته خمرًا؛ لأنّ ما هو شرط في الابتداء شرط في الاستدامة،

(١) شرائع الإسلام: ٣٣٩/٢.

(٢) وهو أبو حنيفة كما حكى عنه في جواهر الكلام: ٤٨٦/٢٦، ينظر: مجمع الأنهر: ٦١١/٢ - ٦١٠،

حلية العلماء: ٤٥٥/٤، المجموع: ٢٤٧/١٣.

(٣) عبارة: «فذهب إلى عدم بطلان الرهن» أضفناها من (ش).

(٤) ينظر جواهر الكلام: ٤٨٦/٢٦ - ٤٨٨.

خلافاً لمن اكتفى بها ابتداءً في بعض المسائل الماضية، مثل استيلاد الأمة الموهونة، ومن ذلك يتّجه الإيراد عليه في المقام.

أمّا لو كان لأجل إمكان الاستيفاء كان المتّجه عدم البطلان؛ نظراً إلى إمكان الاستيفاء عند الأجل.

الثانية: أنّه إذا صار خلاً عادت الملكية، وفي عود الملكية والرهانة غموض وإن لم ينقل الخلاف هنا، ولكن صرح غير واحد في نظائر المسألة بأنّه كالمباحات، مثل ما لو غصب عصيراً فصار خمرّاً في يد الغاصب ثمّ انقلب خلاً، أو جمع خمرّاً مراقبة ثمّ صار خلاً بيد الجامع.

وعن العلامة^(١) وولده^(٢): «أنّه لو غصب خمرّاً ثمّ انقلب خلاً في يد الغاصب، كان هو أولى به من المغصوب منه».

وكيف كان فعود الملكية والرهانة محتاج إلى الدليل، ولذا استدلّ في جامع المقاصد: «بأنّ زوال الملك لا يقتضي زوال جميع آثاره، فتبقى الأولوية؛ لأنّ استبقاء الخمر للتخليل جائز اتفاقاً، فيبطل كونه رهناً، لا بمعنى زوال أثره بالكلية، بل علاقته باقية لبقاء الأولوية، ففي الحقيقة الملك والرهن موجودان بالقوّة القريبة؛ لأنّ تحلّله متوقّع، وإنّما الزائل كونه ملكاً ورهناً بالفعل؛ لوجود الخمرية المنافية لذلك»^(٣).

ولكن فيه ضعف؛ إذ بعد زوال الملكية كيف يبقى أثرها، وهل يبقى

(١) ينظر قواعد الأحكام: ٢/٢٣٣.

(٢) ينظر إيضاح الفوائد: ٢/١٨٦.

(٣) جامع المقاصد: ٥/٦١.

اللازم بلا ملزوم، والتابع بلا متبوع، أو الحكم بلا موضوع؟!
ودعوى: وجودهما بالقوة لم أفهم لها معنى محصلاً ولا فائدة، ولا دليل على
العود إلى مالك العصور.

وأضعف منه التمسك بوجود المقتضي وارتفاع المانع؛ لأن مقتضي الملكية
والرهانة موجودان، وإنما عطلاً لوجود المانع، وهو صيرورته خمرأ، فإذا زال
المانع عاد الممنوع؛ لما ذكرنا في نظائر المسألة من أن المقتضيات الشرعية وأسبابها
أمور آتية لا قرار لها ولا بقاء، وإنما يتصور بقاء المقتضي في غيرها لو أريد منه
سبب الملك والرهانة، وإن أريد به الملكية والرهانة [السابقتين] فدعوى
اقتضائهما لهما في كل آن صادرة، ومثله ما لو جعل المقتضي ذات العصور، لا
وصفه [العنواني].

ثم إن جعل الاختمار مانعاً كما ترى؛ لأنه سبب لزوال قابلية المحل للملكية،
فزوالها لانتفاء الشرط، وعدم قابلية المحل، لا لوجود المانع.

وأضعف من الكلّ حسان أن الملكية عبارة عن الأولوية المؤكدة؛ لأنها ذات
مراتب، فإذا اشتدت وتأكدت صارت ملكية، وزوال التأكد بالاختمار لا يوجب
زوال أصلها، فإذا انتفى الاختمار بالانقلاب عادت الشدة والتأكد؛ فراراً عن
بقاء جنس الأولوية بلا فصل.

والأولى أن يقال: إن الملكية لم تزل بالكلية، وإنما ضعفت بحيث خرجت عن
حيز الانتفاع، فإذا زالت الحمريّة عادت الملكية الضعيفة الموجودة بحالها،
وترقت وكملت حتى صارت كالسابق، فالملكية اللاحقة تجري مجرى البناء،
وترقيات الأموال، والأملك بالنسبة إلى الملكية الموجودة في حال الاختمار.

ويمكن إرجاع الوجوه إلى ذلك بالتأمل، فإن تمّ عاد إلى الملك الأوّل، سواء انقلب خلاً بيد الغير أم بلا يدٍ، وإلاّ فيفصل بين صيرورته خلاً بيد المالك الأوّل فيعود إليه وإن قلنا بصيرورته كالمباحات؛ لأنّه أولى من غيره، لأنّه استيلاء يجري مجرى الحيازة، وإن قلنا بتوقّفها على القصد؛ إذ القصد السابق كافٍ ما لم يعرض عنه.

وبين ما لو انقلب بيد غيره، غاصباً كان أو مرتهاً أو غيرهما، فيكون أولى من المالك الأوّل، وكذا لو جمع المراقبة جامع أو غصبه غاصب إذا كان خمرًا محترماً، بأن اتّخذ للتخليل لا للشرب؛ لعدم الدليل على اختصاصه بالأوّل.

وأما عود الرهانة فهو مبنيٌّ على عود الملكية، بل هو أيضاً مشكل؛ لأنّ هذا ملك جديد يغير الأوّل الذي تعلّق به حقّ المرتهن، وليس أيضاً بدلاً أو عوضاً عن الرهن حتّى يتعلّق به حكم المبدل؛ لما سبق من أنّ بدل الرهن رهن، فصيرورته رهناً يحتاج إلى عقدٍ جديد.

نعم، لو صار الراهن هو السبب في الاختيار اتّجه ما ذكره من عود الرهانة؛ لأنّ العائد أقرب الأبدال في الغرامة، فتعيّن أن يكون بدلاً عن العصير التالف.

إلاّ أن يقال ببقاء الملكية فعلاً حال الاختيار وإن ضعفت حتّى صارت بلا حكمٍ من الأحكام، والعائد هو الذي كان في سوائف الأيام، كما لو صار المهزول سميناً ولو في نظر العرف والعوام، والله العالم بحقائق الأحكام، وكذا إضاعة الكرام الفخام، ونحن لا نعلم منها إلاّ ما هو كنفخة بلا ضرام، والحمد لله أوّلاً وآخراً، وظاهراً وباطناً، وصلى الله على خير خلقه وأشرف بريّته محمّد وآله الطاهرين.

قد وقع الفراغ من تحريره وتسويده بيد أقلّ السادات وأحقّهم، محمّد باقر بن محمّد علي الموسوي القزويني، في ليلة الأحد من ليالي شهر جمادى الأوّل من شهور ثمانية وثلاثمئة بعد الألف من الهجرة النبويّة، على هاجرها ألف سلام وتحيّة، في الأرض المقدّسة الغرويّة العلويّة.

مصادر التحقيق

١. احكام القرآن الكريم، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بـ(ابن العربي) (ت: ٥٤٣هـ)، مراجعة وتعليق وإخراج الأحاديث: محمد عبد القادر عطا، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت.

٢. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، للشيخ جمال الدين، أبي منصور، الحسن بن يوسف بن المطهر، المعروف بـ(العلامة الحلي) (ت: ٧٢٦هـ)، تحقيق: الشيخ فارس الحسون، نشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - قم المشرفة، ط ١، ١٤١٠هـ. ق.

٣. الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، للشيخ أبي جعفر، محمد بن الحسن الطوسي، المعروف بـ(شيخ الطائفة) (ت: ٤٦٠هـ)، تحقيق وتعليق: السيد حسن الموسوي الخرسان، نشر: دار الكتب الإسلامية، طهران، ط ٤، ١٣٦٣ش.

٤. أعيان الشيعة، للسيد محسن الأمين (ت: ١٣٧١هـ) تحقيق وتخريج: حسن الأمين، نشر: دار التعارف للمطبوعات - بيروت.

٥. الأم، للشيخ أبي عبدالله، محمد بن ادريس بن العباس المطلبلي الشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، طباعة ونشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت، ط ٢، ١٤٠٣هـ. ق.

٦. الأمالي، للشيخ أبي جعفر، محمد بن علي ابن بابويه القمي، المعروف (بالصدوق) (ت: ٣٨١هـ)، تحقيق: قسم الدراسات الإسلامية - قم، نشر: مركز الطباعة والنشر في مؤسسة البعثة، ط ١، ١٤١٧هـ. ق.

٧. الانتصار، للسيد أبي القاسم، علي بن الحسين الموسوي البغدادي، المعروف بـ(السيد المرتضى) (ت: ٤٣٦هـ)، تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - قم المشرفة، ١٤١٥هـ. ق.

- ٨ . الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع، للشيخ حسين آل عصفور (ت: ١٢١٦هـ)، تحقيق نشر: الميرزا محسن آل عصفور، المطبعة: امير - قم.
- ٩ . إيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد، للشيخ أبي طالب، محمد بن الحسن ابن يوسف، المعروف بـ (فخر المحققين) (ت: ٧٧١هـ)، تعليق وإشراف: السيد حسين الموسوي الكرمانى، والشيخ علي بنه الاشتها ردي، والشيخ عبد الرحيم البروجوردي، المطبعة: العلمية - قم المقدسة، ط ١، ١٣٨٧هـ. ق.
- ١٠ . بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار، للشيخ محمد باقر بن محمد تقى بن مقصود علي، المعروف بـ (العلامة المجلسي) (ت: ١١١١هـ)، نشر: مؤسسه الوفاء، بيروت، ط ٢، ١٤٠٣هـ. ق.
- ١١ . بحر الفوائد في شرح الفرائد، للميرزا محمد حسن الآشتياني (ت: ١٣١٩هـ).
- ١٢ . بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للشيخ أبي الوليد، محمد بن أحمد بن محمد القرطبي الأندلسي، المعروف بـ (ابن رشد الحفيد) (ت: ٥٩٥هـ)، تنقيح وتصحيح: خالد العطار، طبع ونشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٤١٥هـ. ق.
- ١٣ . بدائع الأفكار، للميرزا حبيب الله ابن الميرزا محمد علي خان بن اسماعيل خان الرشتي (ت: ١٣١٢هـ) نشر: مؤسسه آل البيت عليه السلام لإحياء التراث - قم المشرفة.
- ١٤ . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين، أبي بكر بن مسعود الكاشاني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ)، نشر: المكتبة الحبيبية، باكستان، ط ١، ١٤٠٩هـ.
- ١٥ . تبصرة المتعلمين في أحكام الدين، للشيخ جمال الدين، أبي منصور، الحسن بن يوسف بن المطهر، المعروف بـ (العلامة الحلي) (ت: ٧٢٦هـ)، تحقيق: السيد أحمد الحسيني والشيخ هادي اليوسفي، نشر: منشورات الفقيه - طهران، ط ١، ١٣٦٨ش.
- ١٦ . تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، للشيخ جمال الدين، أبي منصور، الحسن بن يوسف بن المطهر، المعروف بـ (العلامة الحلي) (ت: ٧٢٦هـ)، تحقيق: الشيخ إبراهيم البهادرى، نشر: مؤسسه الإمام الصادق عليه السلام - قم المشرفة، ط ١، ١٤٢٠هـ. ق.

١٧. تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي (ت: ٥٣٩هـ)، نشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط ٢، ١٤١٤هـ. ق.

١٨. تذكرة الفقهاء، للشيخ جمال الدين، أب منصور، الحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بـ (العلامة الحلي) (ت: ٧٢٦هـ)، تحقيق ونشر: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث - قم المشرفة، ط ١، ١٤٢٣هـ. ق.

١٩. التعليقات على شرح اللمعة الدمشقية، للشيخ جمال الدين، محمد بن الحسين بن جمال الدين محمد الخوانساري (ت: ١١٢٢هـ)، نشر: المدرسة الرضوية - قم المشرفة، ط ٢، ١٣٦٤ش.

٢٠. التعليقة على المكاسب، للسيد عبد الحسين بن عبد الله بن عبد الرحيم الموسوي اللاري (ت: ١٣٤٢هـ)، تحقيق ونشر: اللجنة العلمية لمؤتمر إحياء ذكرى السيد عبد الحسين اللاري - مؤسسة المعارف الإسلامية، قم المشرفة، المطبعة: بإصدار إسلام - قم، ط ١، ١٤١٨ق.

٢١. التعليقة على رياض المسائل، للسيد عبد الحسين بن عبد الله بن عبد الرحيم الموسوي اللاري (ت: ١٣٤٢هـ)، تحقيق ونشر: اللجنة العلمية لمؤتمر إحياء ذكرى السيد عبد الحسين اللاري - مؤسسة المعارف الإسلامية، قم المشرفة، المطبعة: بإصدار إسلام - قم، ط ١، ١٤١٨هـ.

٢٢. التعليقة على معالم الأصول، للسيد علي الموسوي القزويني (ت: ١٢٩٨هـ) تحقيق: السيد علي العلوي القزويني، نشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - قم المشرفة، ط ٣، ١٤٣٦هـ..

٢٣. تفسير الصافي، للشيخ محمد (محسن) بن المرتضى بن محمود، المعروف بـ (الفيض الكاشاني) (ت: ١٠٩١ق)، تصحيح وتعليق وتقديم: الشيخ حسين الأعلمي، نشر: مكتبة الصدر، طهران، ط ٢، ١٤١٦هـ..

٢٤. تفسير العيَّاشي، للشيخ أبي النضر، محمد بن مسعود بن عيَّاش، المعروف بـ(العيَّاشي) (ت نحو ٣٢٠ هـ)، تصحيح وتحقيق وتعليق: السيّد هاشم الرسولي المحلّاتي، نشر: المكتبة العلمية الإسلامية - طهران.

٢٥. تفسير القمّي، لأبي الحسن، عليّ بن إبراهيم القمّي (ت: نحو ٣٢٩ هـ)، تصحيح وتعليق وتقديم: السيّد طيّب الموسوي الجزائري، نشر: مؤسّسة دار الكتاب للطباعة والنشر - قم المشرفة، ط ٣، ١٤٠٤ هـ. ق.

٢٦. تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، للشيخ محمد بن الحسن بن عليّ المعروف بـ(الحرّ العاملي) (ت: ١١٠٤ هـ)، تحقيق ونشر: مؤسّسة آل البيت لإحياء التراث - قم المشرفة، ط ٢، ١٤١٤ هـ. ق.

٢٧. تقارير في أصول الفقه، للسيّد عبد الحسين اللاري (ت: ١٣٤٢ هـ)، تحقيق ونشر: مؤسّسة المعارف العلمية - قم المشرفة، ط ١، ١٤١٨ هـ. ق.

٢٨. تكملة أمل الآمل، للسيّد حسن الصدر (ت: ١٣٥٤ هـ) تحقيق: السيّد أحمد الحسيني، مكتبة آية الله المرعشي، قم المشرفة، ١٤٠٦ هـ...

٢٩. تلخيص المرام في معرفة الأحكام، للشيخ جمال الدين، أبي منصور، الحسن بن يوسف بن المطهر، المعروف بـ(العلامة الحليّ) (ت: ٧٢٦ هـ)، تحقيق: الشيخ هادي القبيسي، نشر: مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي - قم المشرفة، ط ١، ١٤٢١ هـ. ق.

٣٠. تمهيد القواعد، للشيخ زين الدين بن عليّ بن أحمد العاملي، المعروف بـ(الشهيد الثاني) (ت: ٩٦٥ هـ)، تحقيق: مكتب الإعلام الإسلامي فرع خراسان الرضوي، نشر: مؤسّسة بوستان كتاب، ط ٢، ١٤٢٩ هـ. ق.

٣١. التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، للشيخ جمال الدين، مقداد بن عبد الله السيوري الحليّ (ت: ٨٢٦ هـ)، تحقيق: السيّد عبد اللطيف الحسيني الكوهكمري، نشر: مكتبة آية الله العظمى المرعشي - قم المشرفة، طبع: مطبعة الخيام - قم، ١٤٠٤ هـ. ق.

٣٢. تهذيب الأحكام في شرح المقنعة، للشيخ المفيد (رضوان الله عليه)، للشيخ أبي جعفر، محمد بن الحسن الطوسي، المعروف بـ (شيخ الطائفة) (ت: ٤٦٠ هـ)، تحقيق وتعليق: السيّد حسن الموسوي الخرسان، نشر: دار الكتب الإسلامية - طهران، المطبعة: خورشيد، ط ٣، ١٣٦٤ ش.

٣٣. تهذيب اللغة، للشيخ أبي منصور، محمد بن أحمد بن طلحة الأزهرى (ت: ٣٧٠ هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، نشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط ١، ٢٠٠١ م.

٣٤. التهذيب في فقه الامام الشافعي، لأبي محمد، الحسين بن مسعود بن محمد بن القراء البغوي (ت: ٥١٦ هـ)، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ عليّ محمد معوّض، نشر: دار الكتب العلميّة - بيروت، ط ١، ١٤١٨ هـ. ق.

٣٥. جامع الشتات (فارسي)، للشيخ أبي القاسم بن محمد حسن بن محمد حسن الجيلاني، المعروف بـ (الميرزا القمي) (ت: ١٢٣١ هـ)، تصحيح: مرتضى رضوي، طبع ونشر: مؤسّسة كيهان، ط ١، ١٣٧١ ش.

٣٦. جامع المقاصد في شرح القواعد، للمحقق الشيخ عليّ بن الحسين بن عبد العالي الكركي المعروف بـ (المحقق الكركي) (ت: ٩٤٠ هـ)، تحقيق ونشر: مؤسّسة تحقيق مؤسّسة آل البيت (عليه السلام) لإحياء التراث - قم المشرفة، المطبعة: المهدية - ق، ط ١ ربيع الأوّل ١٤٠٨ هـ. ق.

٣٧. الجامع للشرائع، للشيخ أبي زكريا، نجيب الدين، يحيى بن أحمد بن يحيى الهذلي، المعروف بـ (ابن سعيد الحلّي) (ت: ٦٩٠ هـ)، تحقيق وتخرّيج: جمع من الفضلاء، نشر: مؤسّسة سيّد الشهداء العلميّة - قم المشرفة، المطبعة العلميّة - قم، محرّم الحرام ١٤٠٥ هـ. ق.

٣٨. جواهر الفقه، للشيخ أبي القاسم، عبد العزيز بن تحرير بن عبد العزيز الطرابلسي، المعروف بـ (القاضي ابن البراج) (ت: ٤٨١ هـ)، تحقيق وإعداد: الشيخ إبراهيم بهادري، نشر: مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين - قم المشرفة، ط ١، ١٤١١ هـ. ق.

٣٩. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، للشيخ محمد حسن النجفي (ت: ١٢٦٦هـ)، تحقيق وتعليق: الشيخ عباس القوجاني، نشر دار الكتب الإسلامية، ط ٢، ١٣٦٥ ش.
٤٠. جمهرة اللغة، لأبي بكر، محمد بن الحسن بن دريد (ت: ٣٢١هـ)، حققه وقدم له: الدكتور رمزي منير بعلبكي، نشر: دار العلمين للملايين - بيروت لبنان، ط ١، ١٩٨٧ م.
٤١. حاشية القواعد (الحاشية النجارية) (ضمن موسوعة الشهيد الأول)، للشيخ محمد بن جمال الدين مكي العاملي الجزيني، المعروف بـ (الشهيد الأول) (ت: ٧٨٦هـ)، نشر: مركز العلوم والثقافة الإسلامية، إعداد: مركز إحياء التراث الإسلامي، ط ١، ١٤٣٠ هـ.
٤٢. حاشية المختصر النافع، (ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره)، للشيخ علي بن الحسين بن عبد العالي الكركي، المعروف بـ (المحقق الكركي) (ت: ٩٤٠هـ)، تحقيق: الشيخ محمد الحسون، نشر مؤسسة الاحتجاج - طهران، ط ١، ١٤٢٣ هـ.ق.
٤٣. حاشية المختصر النافع، للشيخ زين الدين بن علي بن أحمد العاملي، المعروف بـ (الشهيد الثاني) (ت: ٩٦٥هـ)، تحقيق: مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية/ قسم إحياء التراث الإسلامي، نشر: مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي - قم المشرفة، ط ١، ١٤٢٢ هـ.ق.
٤٤. حاشية المكاسب، للشيخ محمد كاظم بن حسين الخراساني، المعروف بـ (الأخوند الخراساني) (ت: ١٣٢٩هـ)، تصحيح وتعليق: السيّد مهدي شمس الدين، نشر: وزارة الإرشاد الإسلامي، ط ١، ١٤٠٦ هـ.ق.
٤٥. حاشية المكاسب، للسيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي (ت: ١٣٣٧هـ)، طبع ونشر: مؤسسة إسماعيليان، قم المشرفة، ١٣٧٨ هـ.
٤٦. حاشية شرائع الإسلام، للشيخ زين الدين بن علي بن أحمد العاملي، المعروف بـ (الشهيد الثاني) (ت: ٩٦٥هـ)، إعداد وتحقيق: مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية/ قسم إحياء التراث الإسلامي، قم المشرفة، ط ١، ١٤٢٢ هـ.ق.
٤٧. حاشية مجمع الفائدة والبرهان، للشيخ محمد باقر بن محمد المعروف بـ (المجدد الوحيد

- البهبهاني) البهبهاني (ت: ١٢٠٥هـ)، تحقيق ونشر: مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهاني، ط ١، ١٤١٧هـ.ق .
٤٨. الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، للمحدث الشيخ يوسف بن أحمد بن إبراهيم، المعروف بـ (المحقق البحراني) (ت: ١١٨٦هـ) نشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - قم المشرفة.
٤٩. الخلاف، للشيخ أبي جعفر، محمد بن الحسن الطوسي المعروف بـ (شيخ الطائفة) (ت: ٤٦٠هـ)، تحقيق: جماعة من المحققين، نشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ١٤٠٧هـ.ق.
٥٠. الدروس الشرعية في فقه الإمامية، للشيخ محمد بن جمال الدين مكي العاملي الجزيني، المعروف بـ (الشهيد الأول) (ت: ٧٨٦هـ)، تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - قم المشرفة، ط ٢، ١٤١٧هـ.ق.
٥١. دعائم الإسلام وذكر الحلال والحرام، والقضايا والأحكام عن أهل بيت رسول الله عليه وعليهم أفضل السلام، للشيخ أبي حنيفة، النعمان بن محمد بن منصور التميمي المغربي (ت: ٣٦٣هـ)، تحقيق: آصف بن علي أصغر فيضي، طبع ونشر: دار المعارف، القاهرة، ١٣٨٣هـ.ق.
٥٢. ديوان المتنبي، أبو الطيب أحمد بن الحسين الجعفي (ت: ٣٥٤هـ)، نشر: دار بيروت للطباعة والنشر - بيروت، ١٩٨٣م.
٥٣. ذخيرة المعاد في شرح الإرشاد (حجريّة)، للشيخ محمد باقر بن محمد مؤمن، المعروف بـ (المحقق السبزواري) (ت: ١٠٩٠هـ)، نشر: مؤسسة آل البيت (عليه السلام) لإحياء التراث.
٥٤. الذريعة إلى أصول الشريعة، للسيد، أبي القاسم، علي بن الحسين الموسوي البغدادي، المعروف بـ (السيد المرتضى) (ت: ٤٣٦هـ)، تصحيح وتقديم وتعليق: الدكتور أبو القاسم كرجي، نشر: جامعة طهران، ١٣٤٦ ش.

٥٥. الذريعة إلى تصانيف الشيعة، للشيخ محمد المحسن بن علي بن محمد رضا، المعروف بـ(آغا بزرك الطهراني) (ت: ١٣٨٩ هـ)، نشر: دار الأضواء - بيروت، ط ٣، ١٤٠٣ هـ.ق.

٥٦. الرسالة، للشيخ أبي عبد الله، محمد بن إدريس بن العباس المطلبى الشافعى (ت: ٢٠٤ هـ) تحقيق وشرح: أحمد محمد شاكر، نشر: المكتبة العلمية - بيروت.

٥٧. رسائل ومائل، للشيخ أحمد بن مهدي بن أبي ذر الكاشاني، المعروف بـ(المحقق النراقي) (ت: ١٢٤٥ هـ)، تحقيق: رضا أستاذي، نشر: كنگره بزرگداشت ملا مهدي و ملا أحمد نراقي - قم المشرفة، ط ١، ١٣٨٠ ش.

٥٨. رسالة قاعدة ما يضمن بصحيحه (ضمن كتاب رسالة في العدالة)، للسيد علي الموسوي القزويني (ت: ١٢٩٨ هـ)، طبع ونشر مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - قم المشرفة، ط ١، ١٤١٩ هـ.ق.

٥٩. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، للشيخ زين الدين بن علي بن أحمد العاملي المعروف بـ(الشهيد الثاني) (ت: ٩٦٥ هـ)، تحقيق وتعليق: السيد محمد كلانتر، نشر: جامعة النجف الدينية - قم المشرفة، ط ١، ١٣٨٦ هـ.

٦٠. روضة الطالبين، لأبي زكريا، يحيى بن شرف النووي الدمشقي (ت: ٦٧٦ هـ)، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، نشر: دار الكتب العلمية - بيروت.

٦١. رياض المسائل في بيان أحكام الشرع بالدلائل، للسيد علي بن محمد علي بن أبي المعالي الصغير بن أبي المعالي الكبير الطباطبائي الحائري (ت: ١٢٣١ هـ)، تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - قم المشرفة، ط ١، ١٤١٢ هـ.ق.

٦٢. زبدة البيان في أحكام القرآن، للشيخ أحمد بن محمد، المعروف بـ(المقدس الأردبيلي) (ت: ٩٩٣ هـ)، تحقيق وتعليق: محمد الباقر البهبودي، نشر: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، طهران.

٦٣. السراج الوهّاج لدفع عجاج قاطعة اللجاج، للشيخ إبراهيم بن سليمان المعروف بـ (الفاضل القطيفي) (ت: ٩٥٠ هـ) تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين - قم المشرفة، ط ١، ١٤١٣ هـ.ق.

٦٤. السرائر الخاوي لتحرير الفتاوي، للشيخ أبي عبد الله، محمد بن أحمد بن إدريس، المعروف بـ (ابن إدريس الحلّي) (ت: ٥٩٨ هـ)، تحقيق وطبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين - قم المشرفة، ط ٢، ١٤١٠ هـ.ق.

٦٥. سنن ابن ماجه، لمحمد بن يزيد القزويني (ت: ٢٧٥ هـ)، تحقيق وترقيم وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، نشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٦٦. سنن أبي داود، للشيخ أبي داود، سليمان بن الأشعث بن بشير السجستاني (ت: ٢٧٥ هـ)، تحقيق وتعليق: سعيد محمد اللحام، إخراج ومراجعة وفهرسة: مكتب الدراسات والبحوث في دار الفكر، نشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط ١، ١٤١٠ هـ.ق.

٦٧. السنن الكبرى، لأبي عبد الرحمن، أحمد بن شعيب النسائي (ت: ٣٠٣ هـ)، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، وسيد كسروي حسن، نشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤١١ هـ.ق.

٦٨. سنن الترمذي (الجامع الصحيح)، للشيخ أبي عيسى، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت: ٢٧٩ هـ)، تحقيق وتصحيح: عبد الوهاب عبد اللطيف، نشر: دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت، ط ٢، ١٤٠٣ هـ.ق.

٦٩. سنن الدارقطني، لعلي بن عمر الدارقطني (ت: ٣٨٥ هـ)، تعليق وتخريج: مجدي بن منصور سيد الشوري، نشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤١٧ هـ.ق.

٧٠. سنن الدارمي، لأبي محمد، عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام الدارمي (ت: ٢٥٥ هـ)، طبع في مطبعة الاعتدال، دمشق، ١٣٤٩ هـ.ق.

٧١. سؤال وجواب، للسيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي (ت: ١٣٣٧ هـ)، تحقيق: سيد

محمد مدني بجستاني، سيد حسن وحدتي شيري، إعداد: السيد مصطفى محقق داماد، نشر: مركز نشر علوم إسلامي - طهران، ط ١، ١٣٧٦ هـ.

٧٢. شرائع الإسلام في معرفة الحلال والحرام، لأبي القاسم، نجم الدين، جعفر بن الحسن الحلي المعروف بـ (المحقق الحلي) (ت: ٦٧٦ هـ)، تحقيق وتعليق: السيد صادق الشيرازي، نشر: انتشارات استقلال - طهران، ط ٢، ١٤٠٩ هـ.

٧٣. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لإسماعيل بن حماد الجوهري (ت: ٣٩٣ هـ) تحقيق: أحمد عبد الغفور العطار، نشر: دار العلم للملايين - بيروت ط ٤، ١٤٠٧ هـ.ق.

٧٤. الجامع الصحيح، لأبي الحسين، مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١ هـ)، نشر: دار الفكر - بيروت - لبنان.

٧٥. صيغ العقود والإيقاعات (ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره)، للشيخ علي بن الحسين بن عبد العالي الكركي، المعروف بـ (المحقق الكركي) (ت: ٩٤٠ هـ)، تحقيق وتأليف: الشيخ محمد الحسون، نشر: الاحتجاج - قم المشرفة، ط ١، ١٤٢٣ هـ.ق.

٧٦. ضوابط الأصول (حجري)، للسيد إبراهيم بن محمد باقر الموسوي القزويني (ت: ١٢٦٢ هـ)، نشر: مؤلف، قم، ط ١، ١٣٧١ هـ.ق.

٧٧. العدة في أصول الفقه، للشيخ أبي جعفر، محمد بن الحسن الطوسي، المعروف بـ (شيخ الطائفة) (ت: ٤٦٠ هـ)، تحقيق: محمد رضا الأنصاري القمي - قم المشرفة، ط ١، ١٤١٧ هـ.ق.

٧٨. العروة الوثقى، للسيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي (ت: ١٣٣٧ هـ)، تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي - قم المشرفة، ط ١، ١٤١٧ هـ.ق.

٧٩. العزيز شرح الوجيز المعروف بـ (الشرح الكبير)، للشيخ أبي القاسم، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي القزويني الشافعي (ت: ٦٢٣ هـ)، تحقيق وتعليق: الشيخ محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، نشر: دار الكتب العلمية - بيروت لبنان، ط ١، ١٤١٧ هـ.ق.

٨٠. العناوين المعروف بـ(العناوين الفقهية)، للسيد مير عبد الفتاح الحسيني المراغي (ت: ١٢٥٠هـ)، تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ١٤١٧هـ.ق.

٨١. عوالي اللآلي العزيزية في الأحاديث الدينية، للشيخ محمد بن علي بن إبراهيم الأحسائي المعروف بـ(ابن أبي جمهور) (ق ٩هـجري)، تحقيق: الحاج آقا مجتبی العراقي، المطبعة: سيد الشهداء- قم المشرفة، ط ١، ١٤١٧هـ.ق.

٨٢. عوائد الأيام، للشيخ أحمد بن مهدي بن أبي ذر الكاشاني، المعروف بـ(المحقق النراقي) (ت: ١٢٤٥هـ)، تحقيق: مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، النشر: مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي، ط ١، ١٤١٧هـ.ق.

٨٣. غاية المراد في شرح نكت الإرشاد، للشيخ محمد بن جمال الدين مكّي العاملي الجزيني، المعروف بـ(الشهيد الأول) (ت: ٧٨٦هـ)، تحقيق: الشيخ رضا المختاري، نشر: مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية- قم المشرفة، ط ١، ١٤١٤هـ.ق.

٨٤. غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، للشيخ مفلح بن الحسن بن رشيد الصيمري البحراني (ت: ٩٠٠هـ)، تحقيق: الشيخ جعفر الكوثري العاملي، نشر: دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط ١، ١٤٢٠هـ.ق.

٨٥. غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، للسيد حمزة بن علي بن زهرة الحلبي (ت: ٥٨٥هـ) تحقيق: الشيخ إبراهيم البهادري، نشر: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، ط ١، ١٤١٧هـ.ق.

٨٦. الفائق في غريب الحديث، للشيخ أبي القاسم، جابر الله، محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي (ت: ٥٣٨هـ)، وضع حواشيه: إبراهيم شمس الدين، نشر: دار الكتب العلمية- بيروت، ط ١، ١٤١٧هـ.ق.

٨٧. فتح الباري في شرح صحيح البخاري، للشيخ أبي الفضل، أحمد بن علي بن محمد

المعروف بـ (ابن حجر العسقلاني) (ت: ٨٥٢هـ) نشر: دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت، ط ٢.

٨٨. الفصول الغروية في الأصول الفقهية، للشيخ محمد حسين بن عبد الرحيم الطهراني الحائري (ت: ١٢٥٠هـ)، نشر: دار إحياء العلوم الإسلامية - قم المشرفة، ١٤٠٤هـ.ق.

٨٩. فقه الإمامية - قسم الخيارات، تقرير أبحاث الميرزا حبيب الله الرشتي (ت: ١٣١٢هـ)، المقرر: السيد محمد كاظم الخليلي رحمته الله، (ت: ١٣٣٦هـ)، نشر: مكتبة الداوري، قم المقدسة، ط ١، ١٤٠٧هـ.ق.

٩٠. فقه القرآن، للشيخ أبي الحسين، سعيد بن هبة الله بن الحسن، المعروف بـ (قطب الدين الراوندي) (ت: ٥٧٣هـ)، تحقيق: السيد أحمد الحسيني، نشر: مكتبة آية الله العظمى النجفي المرعشي - قم المشرفة، ط ٢، ١٤٠٥هـ.ق.

٩١. فهرس أسماء مصنفّي الشيعة المعروف بـ (رجال النجاشي)، للشيخ أبي العباس، أحمد بن عليّ بن أحمد النجاشي (ت: ٤٥٠هـ)، تحقيق: السيد موسى الشبيري الزنجاني، نشر: مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرّسين - قم المشرفة، ط ٥، ١٤١٦هـ.ق.

٩٢. الفهرست، للشيخ أبي جعفر، محمد بن الحسن الطوسي، المعروف بـ (شيخ الطائفة) (ت: ٤٦٠هـ)، تحقيق: الشيخ جواد القيومي، طبع ونشر: مؤسّسة نشر الفقاهة، ط ١، ١٤١٧هـ.ق.

٩٣. القاموس المحيط والقابوس الوسيط الجامع لما ذهب من كلام العرب شمايط، للشيخ أبي طاهر، مجد الدين، محمد بن يعقوب بن محمد الفيروزآبادي (ت: ٨١٧هـ)، (طبع ونشر: دار العلم للجميع - بيروت لبنان).

٩٤. قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، لأبي منصور الحسن بن يوسف بم المطهر الحليّ المعروف بـ (العلامة الحليّ) (ت: ٧٢٦هـ) تحقيق ونشر: مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرّسين - قم المشرفة، ط ١، ربيع الثاني ١٤١٣هـ.ق.

٩٥. القواعد والفوائد في الفقه والأصول والعربية، للشيخ محمد بن جمال الدين مكّي العاملي الجزيني، المعروف بـ (الشهيد الأوّل) (ت: ٧٨٦هـ)، تحقيق: السيّد عبد الهادي الحكيم، نشر: مكتبة المفيد، قم المشرفة.

٩٦. قوانين المحكمة المعروف بـ (قوانين الأصول)، للشيخ أبي القاسم بن محمد حسن بن محمد حسن الجيلاني، المعروف بـ (الميرزا القمّي) (ت: ١٢٣١هـ)، طبعة حجرية.

٩٧. الكافي، للشيخ أبي جعفر، محمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني، المعروف بـ (ثقة الإسلام) (ت: ٣٢٩هـ)، تصحيح وتعليق: عليّ أكبر غفاري، نشر: دار الكتب الإسلامية - طهران، ط ٥، ١٣٦٣ ش.

٩٨. الكافي في الفقه، الشيخ تقي الدين بن نجم الدين بن عبيد الله بن عبد الله، المعروف بـ (أبي الصلاح الحلبي) (ت: ٤٤٧هـ)، تحقيق: رضا أستاذي، نشر: مؤسّسة بوستان كتاب، ط ٢، ١٤٣٤هـ. ق، ١٣٩٢ ش.

٩٩. كتاب الإجارة، للميرزا حبيب الله بن الميرزا محمد عليّ خان بن اسماعيل خان، المعروف بـ (المحقّق الرشتي) (ت: ١٣١٢هـ)، (طبعة حجرية).

١٠٠. كتاب الزكاة، للشيخ مرتضى بن محمد أمين بن مرتضى الأنصاري، المعروف بـ (الشيخ الأعظم) (ت: ١٢٨١هـ)، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، نشر: مجمع الفكر الإسلامي - قم المشرفة، ط ١، ١٤١٥هـ. ق.

١٠١. كتاب الغصب، للشيخ حبيب الله بن محمد عليّ خان بن اسماعيل المعروف بـ (المحقّق الرشتي) (ت: ١٣١٢هـ)، تصحيح وتحقيق: حسن قاسمي، نشر: وزارة الثقافة والإرشاد الإسلامي - طهران، ط ١، ١٣٨٨ ش.

١٠٢. كتاب الطهارة، للشيخ مرتضى بن محمد أمين بن مرتضى الأنصاري، المعروف بـ (الشيخ الأعظم) (ت: ١٢٨١هـ)، تحقيق وإعداد: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، نشر: مجمع الفكر الإسلامي - قم المشرفة، ط ٣، ١٤٢٨هـ. ق.

١٠٣. كتاب القضاء، للميرزا حبيب الله ابن الميرزا محمد عليّ خان بن اسماعيل خان المعروف بـ (المحقّق الرشتي) (ت: ١٣١٢ هـ)، تحقيق: السيّد أحمد الحسيني، نشر: دار القرآن الكريم - قم المشرفة، ١٤٠١ هـ. ق.

١٠٤. كتاب القضاء، للميرزا محمد حسن الآشتياني (ت: ١٣١٩ هـ)، نشر: منشورات دار الهجرة - قم المشرفة، ط ٢، ١٤٠٤ هـ. ق.

١٠٥. كتاب المكاسب، للشيخ مرتضى، بن محمد أمين بن مرتضى الأنصاري، المعروف بـ (الشيخ الأعظم)، (ت: ١٢٨١ هـ)، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، نشر: المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري، ط ١، ١٤١٥ هـ. ق.

١٠٦. كتاب العين، للشيخ أبي عبد الرحمن، الخليل بن أحمد الفراهيدي (ت: ١٧٥ هـ)، تحقيق: الدكتور مهدي المخزومي والدكتور إبراهيم السامرائي، نشر: مؤسّسة دار الهجرة - قم المشرفة، ط ٢، ١٤٠٩ هـ. ق.

١٠٧. الكشّاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، للشيخ أبي القاسم، جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي (ت: ٥٣٨ هـ)، نشر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر، ١٣٨٥ هـ. ق.

١٠٨. كشف الرموز في شرح المختصر النافع، لزين الدين، أبي عليّ، الحسن بن أبي طالب بن أبي المجد اليوسفي المعروف بـ (الفاضل والمحقّق الآبي) (ت: ٩٦٠ هـ)، تحقيق: الشيخ عليّ بنه الإشتهاردي، والحاج آغا حسين اليزدي، نشر: مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين - قم المشرفة، ١٤٠٨ هـ. ق.

١٠٩. كشف اللثام عن قواعد الأحكام، للشيخ بهاء الدين، محمد بن الحسن بن محمد الأصفهاني، المعروف بـ (الفاضل الهندي) (ت: ١١٣٧ هـ)، تحقيق ونشر: مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين - قم المشرفة، ط ١، ١٤١٦ هـ. ق.

١١٠. كفاية الأحكام الفقه، المعروف بـ الكفاية، للشيخ محمد باقر بن محمد مؤمن، المعروف

- ب (المحقق السبزواري) (ت: ١٠٩٠هـ)، تحقيق: الشيخ مرتضى الواعظي الأراكي، نشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ط ١، ١٤٢٣هـ.ق.
١١١. كنز العرفان في فقه القرآن، للشيخ جمال الدين، أبي عبد الله، المقداد بن عبد الله بن محمد السيوري، المعروف بـ (الفاضل المقداد) (ت: ٨٢٦هـ)، تعليق: المحقق الشيخ محمد باقر (شريف زاده)، أشرف وتصحيح وإخراج الأحاديث: محمد باقر البهبودي، نشر: المكتبة المرتضوية - طهران، ١٣٨٤هـ.ق.
١١٢. كنز الفوائد في حلّ مشكلات القواعد، للسيد عميد الدين، عبد المطلب بن محمد الأعرج (ت: ٧٥٤هـ)، تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم المشرفة، ط ١، ١٤١٦هـ.ق.
١١٣. الكامل في ضعفاء الرجال، لأبي أحمد، عبد الله بن عدي الجرجاني (ت: ٣٦٥هـ)، تحقيق: الدكتور سهيل زكار، قراءة وتدقيق: يحيى مختار غزاوي، نشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط ٣، ١٤٠٩هـ.ق.
١١٤. لسان العرب، لأبي الفضل، جمال الدين، محمد بن مكرم بن منظور (ت: ٧١١هـ)، نشر: أدب الحوزة، ١٤٠٥هـ.ق.
١١٥. اللعة الدمشقية، للشيخ محمد بن جمال الدين مكّي العاملي المعروف بـ (الشهيد الأول) (ت: ٧٨٦هـ)، نشر: دار الفكر - قم المشرفة، ط ١، ١٤١١هـ.ق.
١١٦. لوامع النكات (لوامع الاحكام)، للشيخ الفقيه محمود بن جعفر بن باقر الميثمي العراقي (ت: ١٣٠٤هـ) (مخطوط).
١١٧. المبسوط في فقه الإمامية، للشيخ أبي جعفر، محمد بن الحسن الطوسي، المعروف بـ (شيخ الطائفة) (ت: ٤٦٠هـ)، تصحيح وتعليق: السيد محمد تقي الكشفي، نشر: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية - طهران، ط ٢، ١٣٨٧هـ.ق.
١١٨. المبسوط، للشيخ أبي بكر، محمد بن أبي سهل السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، تحقيق: جمع من

- الأفاضل وأهل العلم، نشر: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت، ١٤٠٦ هـ.ق.
١١٩. مجمع البحرين، للشيخ فخر الدين الطريحي (ت: ١٠٨٥ هـ)، نشر: مرتضوي، ط ٢، ١٣٦٢ ش.
١٢٠. مجمع البيان في تفسير القرآن، للشيخ أبي عليّ، الفضل بن الحسن الطبرسي، المعروف بـ(أمين الإسلام) (ت: ٥٨٤ هـ)، تحقيق وتعليق: لجنة من العلماء والمحققين الأخصائيين، نشر: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات - بيروت، ط ١، ١٤١٥ هـ.ق.
١٢١. مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، للشيخ أحمد بن محمد المعروف بـ(المقدّس الأردبيلي) (ت: ٩٩٣ هـ)، تحقيق: الحاج آغا مجتبی العراقي، الشيخ عليّ بنه الاشتهاري، الحاج آغا حسين اليزدي الأصفهاني، نشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرّسين - قم المشرفة.
١٢٢. المجموع شرح المذهب، للشيخ أبي زكريا، محيي الدين بن شرف النووي (ت: ٦٧٦ هـ)، نشر: دار الفكر.
١٢٣. المحجّة البيضاء في تهذيب الأحياء، للشيخ محمد (محسن) بن المرتضى بن محمود، المعروف بـ(الفيض الكاشاني) (ت: ١٠٩١ ق)، تصحيح وتعليق: عليّ أكبر الغفاري، نشر: مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي - قم المشرفة، ط ٢.
١٢٤. المحكم والمحيط الأعظم، لأبي الحسن، عليّ بن إسماعيل بن سيده المرسي المعروف بـ(ابن سيده) (ت: ٤٥٨ هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الحميد الهنداوي، نشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤٢١ هـ.ق.
١٢٥. المحلّ، لأبي محمد، عليّ بن أحمد بن سعيد، المعروف بـ(ابن حزم الأندلسي) (ت: ٤٥٦ هـ)، نشر: دار الفكر.
١٢٦. مختصر المزني، للشيخ أبي إبراهيم، إسماعيل بن يحيى المزني (ت: ٢٦٤ هـ)، نشر: دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.

١٢٧. المختصر النافع في فقه الإمامية، للشيخ أبي القاسم، نجم الدين، جعفر بن الحسن بن يحيى الهذلي، المعروف بـ (المحقق الحلي) (ت: ٦٧٦هـ)، نشر: قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة - طهران، ط ٣، ١٤١٠هـ.ق.

١٢٨. مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، لأبي منصور، الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، المعروف بـ (العلامة الحلي) (ت: ٧٢٦هـ) تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرّسين - قم المشرفة، ط ٢، ١٤١٣هـ.ق.

١٢٩. مدارك الأحكام في شرح شرائع الإسلام، للسيد محمد بن علي بن الحسين الموسوي العاملي (ت: ١٠٠٩هـ)، تحقيق: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث - مشهد المقدسة، ط ١، ١٤١٠هـ.ق.

١٣٠. المراسم العلوية في الأحكام النبوية، للشيخ حمزة بن عبد العزيز الديلمي (ت: ٤٤٨هـ) تحقيق: السيد محسن الحسيني الأميني، نشر: المعاونة الثقافية للمجمع العالمي لأهل البيت عليه السلام ١٤١٤هـ.ق.

١٣١. مسالك الأفهام إلى آيات الأحكام، للشيخ جواد بن سعد بن جواد البغدادي الكاظمي، المعروف بـ (الفاضل الجواد) (ق ١١)، تعليق وإخراج الأحاديث: الشيخ محمد باقر شريف زاده، نشر: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية - طهران.

١٣٢. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، للشيخ زين الدين بن علي بن أحمد العاملي، المعروف بـ (الشهيد الثاني) (ت: ٩٦٥هـ)، تحقيق ونشر: مؤسسة المعارف الإسلامية - قم المشرفة، ط ١، ١٤١٣هـ.ق.

١٣٣. مسائل ابن طي (المسائل الفقهية)، للشيخ زين الدين، علي بن علي بن محمد بن طي الفقعي (ت: ٨٥٥هـ)، نشر: مؤسسة فقه الشيعة.

١٣٤. مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، للحاج ميرزا حسين بن محمد تقي بن علي محمد النوري الطبرسي (ت: ١٣٢٠هـ)، تحقيق ونشر: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث - بيروت، ط ١، ١٤٠٨هـ.ق.

١٣٥. مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، للمیرزا حسین بن محمد تقی بن علی محمد النوری الطبرسی (ت: ١٣٢٠هـ)، تحقیق ونشر: مؤسسه آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، بیروت، ط ١، ١٤٠٨هـ.ق.

١٣٦. المستدرک علی الصحیحین، لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري (ت: ٤٠٥ هـ)، إشراف: د. يوسف عبد الرحمن المرعشلي، نشر: دار المعرفة - بیروت لبنان.

١٣٧. مستند الشيعة في أحكام الشريعة، للشيخ أحمد بن مهدي بن أبي ذر الكاشاني، المعروف ب(المحقق التراقي) (ت: ١٢٤٥هـ)، تحقیق ونشر: مؤسسه آل البيت عليه السلام لإحياء التراث - مشهد المقدسة، ط ١، ١٤١٥هـ.ق.

١٣٨. مسند أحمد، للإمام أحمد بن حنبل (ت: ٢٤١هـ)، نشر: دار صادر - بیروت.

١٣٩. مصباح الفقيه، للشيخ آغا رضا بن محمد هادي الهمداني (ت: ١٣٢٢هـ)، تحقیق: محمد الباقری، نور علی النوری، محمد الميرزائي، الإشراف: السيد نور الدين جعفریان، نشر: المؤسسة الجعفرية لإحياء التراث - قم المشرفة، ط ١، ١٤١٧هـ.ق.

١٤٠. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، لأحمد بن محمد المقرئ الفيومي (ت: ٧٧٠هـ)، نشر: دار الفكر.

١٤١. المصنّف، لأبي بكر، عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي (ت: ٢٣٥هـ)، تحقیق وتعليق: سعيد اللحام، نشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بیروت، ط ١، ١٤٠٩هـ.ق.

١٤٢. معارف الرجال في تراجم العلم والأدباء، للشيخ محمد حرز الدين (ت: ١٣٦٥هـ)، علّق عليه حفيده: محمد حسين حرز الدين، نشر: منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي - قم المشرفة، ١٤٠٥هـ.ق.

١٤٣. معالم الدين في فقه آل ياسين، لشمس الدين، محمد بن شجاع القطّان الحلّي، تحقیق: الشيخ ابراهيم البهادري، نشر: مؤسسه الإمام الصادق عليه السلام - قم المشرفة، ط ١، ١٤٢٤هـ.ق.

١٤٤. معجم رجال الفكر والأدب خلال ألف عام، للشيخ محمد هادي الأميني، ط ٢، ١٤١٣ هـ. ق.

١٤٥. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الشرييني (ت: ٩٧٧ هـ)، نشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٣٧٧ هـ. ق.

١٤٦. المغني، لعبد الله بن قدامه (ت: ٦٢٠ هـ)، نشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع - بيروت.

١٤٧. مفاتيح الاصول، للسيد محمد بن علي الطباطبائي (ت: ١٢٤١ هـ)، طبعة حجرية.

١٤٨. مفاتيح الشرائع، للشيخ محمد (محسن) بن المرتضى بن محمود، المعروف بـ (الفيض الكاشاني) (ت: ١٠٩١ ق)، تحقيق: السيد مهدي الرجائي، نشر: مجمع الذخائر الإسلامية - قم المشرفة، ١٤٠١ هـ. ق.

١٤٩. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، للسيد محمد جواد بن محمد بن أحمد الحسيني العاملي (ت: ١٢٢٦ هـ)، تحقيق وتعليق: الشيخ محمد باقر الخالصي، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - قم المشرفة، ط ١، ١٤١٩ هـ. ق.

١٥٠. مقابس الأنوار ونفائس الأسرار في أحكام النبي المختار وعترته الأطهار، للشيخ أسد الله بن إسماعيل بن محسن التستري (ت: ١٢٣٧ هـ)، تصحيح ومقابلة النسخ: السيد محمد علي الشهير بسيد حاجي آقا ابن المرحوم محمد الحسيني اليزدي.

١٥١. المختصر من شرح المختصر، للشيخ أبي العباس، أحمد بن محمد الأسدي، المعروف بـ (ابن فهد الحلبي) (ت: ٨٤١ هـ)، تحقيق: السيد مهدي الرجائي، نشر: مجمع البحوث الإسلامية - قم المشرفة، ط ١، ١٤١٠ هـ. ق.

١٥٢. المقنعة، للشيخ أبي عبد الله، محمد بن محمد بن نعمان، المعروف بـ (الشيخ المفيد) (ت: ٤١٣ هـ)، تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - قم المشرفة، ط ٢، ١٤١٠ هـ. ق.

١٥٣. من لا يحضره الفقيه، للشيخ أبي جعفر، محمد بن علي بن الحسين بن موسى بن بابويه القمي، المعروف بـ (الشيخ الصدوق) (ت: ٣٨١هـ)، تصحيح وتعليق: علي أكبر الغفاري، نشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين في الحوزة العلمية - قم المشرفة، ط ٢.

١٥٤. المناهل، للسيد محمد بن علي الطباطبائي (ت: ١٢٤١هـ)، طبعة حجرية.

١٥٥. منتهى المطلب في تحقيق المذهب، للشيخ جمال الدين، أبي منصور، الحسن بن يوسف بن المطهر، المعروف بـ (العلامة الحلي) (ت: ٧٢٦هـ)، تحقيق: قسم الفقه في مجمع البحوث الإسلامية، نشر: مؤسسة الطبع والنشر في الأستانة الرضوية المقدسة - مشهد المقدسة، ط ١، ١٤١٢هـ.ق.

١٥٦. منهل الغمام في شرح شرائع الإسلام، للشيخ عباس بن حسن بن جعفر كاشف الغطاء (١٣٢٣هـ)، نشر: مؤسسة كاشف الغطاء - النجف الأشرف، ط ١، ١٤٢٤هـ.

١٥٧. المهذب البارع في شرح مختصر النافع، لجمال الدين، أبي العباس، أحمد بن محمد الأسدي، المعروف بـ (ابن فهد الحلي) (ت: ٨٤١هـ)، تحقيق: الشيخ مجتبي العراقي، نشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ١٤٠٧هـ.ق.

١٥٨. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بـ (الخطاب الرعيني) (ت: ٩٥٤هـ)، ضبطه وخرّج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، نشر: دار الكتب العلمية - بيروت ط ١، ١٤١٦هـ.ق.

١٥٩. الموطأ، لأبي عبد الله، مالك بن أنس بن مالك (ت: ١٧٩هـ)، تصحيح وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، نشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٤٠٦هـ.ق.

١٦٠. نهاية الأحكام في معرفة الأحكام، للشيخ جمال الدين، أبي منصور، الحسن بن يوسف بن المطهر، المعروف بـ (العلامة الحلي) (ت: ٧٢٦هـ)، تحقيق: السيد مهدي الرجائي، نشر: مؤسسة آل البيت (عليه السلام) لإحياء التراث - قم المشرفة، ط ٢، ١٤١٠هـ.ق.

١٦١. نهاية المرام في شرح مفاتيح الأحكام، (مفاتيح الشرائع)، للسيد محمد بن مير علي ابن محمد الطباطبائي، المعروف بـ (السيد المجاهد) (ت: ١٢٤٢ هـ)، مخطوط.
١٦٢. نهاية المقال في تكملة غاية الآمال، للشيخ عبد الله المامقاني (ت: ١٣٥١ هـ)، نشر: أحمد بن الشيخ محمد حسين - النجف الأشرف، ١٣٤٥ هـ.ق.
١٦٣. النهاية في غريب الحديث والأثر، للشيخ أبي السعادات، المبارك بن محمد بن محمد الجزري، المعروف بـ (ابن الأثير) (ت: ٦٠٦ هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، نشر: مؤسسة إسماعيليان للطباعة والنشر والتوزيع - قم المشرفة، ط ٤، ١٣٦٤ ش.
١٦٤. النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، للشيخ أبي جعفر، محمد بن الحسن الطوسي، المعروف بـ (شيخ الطائفة) (ت: ٤٦٠ هـ)، نشر: قدس محمدي - قم المشرفة.
١٦٥. النوادر، للسيد للإمام ضياء الدين أبي الرضا فضل الله بن علي الحسني الراوندي (ت: ٥٧١ هـ)، تحقيق: سعيد رضا عسكري، نشر: دار الحديث، قم، ط ١، ١٣٧٧ هـ.
١٦٦. هداية المسترشدين، للشيخ محمد تقي الرازي النجفي الأصفهاني (ت: ١٢٤٨ هـ) نشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - قم المشرفة.
١٦٧. الوسيلة إلى نيل الفضيلة، لأبي جعفر، محمد بن علي الطوسي المعروف بـ (ابن حمزة)، (ت: ٥٦٠ هـ) تحقيق: الشيخ محمد الحسون، إشراف: السيد محمود المرعشي، نشر: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، ط ١، ١٤٠٨ هـ.ق.
١٦٨. ينابيع الأحكام في معرفة الحلال والحرام، للسيد علي الموسوي القزويني (ت: ١٢٩٨ هـ)، تحقيق: السيد علي العلوي القزويني، نشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - قم المشرفة، ط ١، ١٤٢٤ هـ.ق.

فهرس المحتويات

مقدّمة المركز	٥
مقدّمة التحقيق	١١
مقدّمة التحقيق/ حياة المحقق الميرزا حبيب الله الرشتي	١٥
حياة المحقق الميرزا حبيب الله الرشتي رحمته الله	١٥
أولاً: اسمه ونسبه:	١٥
ثانياً: والده:	١٥
ثالثاً: ولادته:	١٥
رابعاً: دراسته وتدرسه:	١٥
خامساً: أساتذته	١٦
سادساً: تلامذته	١٦
سابعاً: أقوال العلماء فيه	١٨
ثامناً: صفاته وأخلاقه	١٩
تاسعاً: أولاده	١٩
عاشراً: مؤلفاته	٢٠
الحادي عشر: تقارير درسه	٢٠

٢١.....	الثاني عشر: وفاته
٢٣.....	مقدمة التحقيق / حياة المؤلف السيّد محمد باقر القزويني
٢٣.....	حياة المؤلف السيّد محمد باقر القزويني رحمته الله
٢٣.....	أولاً: اسمه ولقبه
٢٣.....	ثانياً: مولده
٢٣.....	ثالثاً: والده
٢٦.....	رابعاً: مشايخه
٢٧.....	خامساً: هجرته
٢٧.....	سادساً: أولاده
٣٢.....	سابعاً: تأليفاته
٤١.....	ثامناً: مستنسخاته
٤٥.....	تاسعاً: إجازاته
٤٨.....	الحادي عشر: وصيته
٥٢.....	الثاني عشر: كلمات بعض الأعلام في شأنه:
٥٣.....	التعريف بالكتاب:
٥٤.....	منهجية التحقيق:
٥٧.....	نماذج من النسخ المعتمدة
٦٥.....	مقدمة المصنّف

الفصل الأول

في مفهوم الرهن وما يشترط في صحته أو لزومه

٧٦..... صيغة الرهن

٧٩..... المعاطاة في الرهن

٨٣..... في جريان الفضولي في الرهن

٨٤..... في شرائط الصيغة

٨٥..... في كفاية الإشارة أو الكتابة عند العجز عن النطق وعدمها

٨٦..... صحة الارتهان سراً وحضراً

٨٦..... اعتبار القبض في الرهن

٩٧..... أدلة اشتراط القبض وعدمه

١٠٢..... الفروع المرتبطة بالقبض

١٠٦..... اعتبار الإذن في القبض

١٠٨..... الخروج عن الأهلية قبل القبض

١١٤..... عدم اشتراط استدامة القبض

١١٥..... رهن ما هو بيد المرتهن

١١٨..... بعض الفروع المرتبطة برهن ما في يد المرتهن

١٢٩..... رهن ما هو غائب

١٣٣..... إقرار الراهن بالإقباض

١٤٠..... تحقيق معنى الرجوع عن الإقرار

٥٨٠ كتاب الرهن

رهن المشاع ١٥٢

الفصل الثاني

في شرائط الرهن

كون المرهون عيناً ١٦١

عدم صحّة رهن المنفعة ١٦٣

رهن المدبّر ١٦٤

رهن ما لا يملك ١٧٠

مسائل ١٧٢

المسألة الأولى: الرهن التبرّعي ١٧٢

المسألة الثانية: رهن مال الغير بإذنه ١٧٤

المسألة الثالثة: الرهن المستعار ١٧٧

المسألة الرابعة: في ضمان الراهن ١٨٠

فروع في الاستعارة ١٩١

الأول: الاستعارة للبيع ١٩١

الثاني: الاستعارة للإجارة ١٩٢

الثالث: الإجارة للرهن ١٩٤

رهن المملوك له وغيره ١٩٧

رهن المسلم خمراً، ورهن أرض الخراج ٢٠٤

رهن ما لا يصحّ إقباضه ٢٠٦

فهرس المحتويات.....	٥٨١
رهن عبء مُسلم أو مصحفٍ عند الكافر.....	٢٠٧
رهن العين الموقوفة.....	٢٠٨
الرهن في زمن الخيار.....	٢١٠
رهن العبد المرتد.....	٢١٦
رهن ما يسرع إليه الفساد.....	٢١٨

الفصل الثالث

في الحق المرهون به

الرهن على الأعيان غير المضمونة.....	٢٣١
الرهن على الأعيان المضمونة.....	٢٣٢
الرهن على المضمون بضمان العقد.....	٢٣٦
الرهن على درك المبيع.....	٢٣٧
فروع.....	٢٤١
الأول: الجمع بين سبب الحق وعقد الرهن.....	٢٤١
الفرع الثاني: الجمع بين الرهن وسبب تمليك المرهون.....	٢٤٦
الفرع الثالث: الجمع بين سبب الحق وشرط الرهن.....	٢٤٧
الرهن على الدية قبل استقرارها.....	٢٥٦
الرهن على مال الجعالة قبل الرد.....	٢٦٩
الرهن على مال الكتابة.....	٢٧٠
الرهن على ما لا يمكن استيفاؤه.....	٢٧١

٥٨٢ كتاب الرهن

٢٧٥ ارتهان عينٍ واحد للدينين

الفصل الرابع في شروط المتعاقدين

٢٨٧ منها: البلوغ

٢٩٣ من شروط المتعاقدين: الاختيار

٣٠٩ فروع: في الإكراه

٣١٥ في حكم الإكراه

٣٢٧ الأسباب التي يعتبر فيها القصد

٣٢٩ الإكراه على الحيازة

٣٣٢ حكم الإكراه على ارتكاب المحرمات

٣٣٦ في تصرفات الأولياء

٣٥٦ في تصرفات الأب والجدّ

٣٦٠ في شرط وكالة المرتهن لنفسه أو لغيره

٣٧٨ لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن في تركته

٣٩٧ جواز ابتياع المرتهن الرهن لنفسه

٣٩٩ نفقة الرهن على الراهن

٤٠٦ جواز استيفاء المرتهن ممّا في يده إن خاف جحود الوارث

٤٠٩ عدم رجوع المشتري على المرتهن لو بيع الرهن وظهر مبيعاً

٤١١ حكم تصرفات الراهن في الرهن

فهرس المحتويات..... ٥٨٣

حكم بيع الراهن الرهن أو وقفه..... ٤٢٠

حكم عتق الراهن العبد المرهون..... ٤٤٠

حكم تصرفات المرتهن في الرهن..... ٤٤٤

في ما إذا صارت الأمة المرهونة أم ولد..... ٤٥٣

بيع الراهن الرهن بإذن المرتهن وعكسه..... ٤٦٤

حكم ما إذا حلّ الأجل وتعذر الأداء..... ٤٧٢

الفصل الخامس

في الأحكام المتعلقة بالرهن

منها: لزوم الرهن من جهة الراهن..... ٤٨٩

شرط الخيار في عقد الرهن..... ٤٩٧

حكم ما لو أدى الراهن بعض الحقّ أو برئت ذمّته منها..... ٥٠٩

اشتراط كون الرهن مبيعاً للمرتهن..... ٥١٦

صيرورة فوائد الرهن رهناً..... ٥٢٤

رهن مال الغير بإذنه..... ٥٢٨

في حكم ثمرات الرهن..... ٥٤١

حكم إجبار الراهن على إزالة ما ينبت في الأرض..... ٥٤٢

حكم إتلاف الرهن..... ٥٤٦

حكم الوكالة في بيع العين المرهونة..... ٥٤٨

حكم ما لو رهن عصيراً فصار خيراً..... ٥٥٠

٥٨٤ كتاب الرهن

٥٥٥ مصادر التحقيق

٥٥٥ مصادر التحقيق

٥٧٧ فهرس المحتويات

٥٧٧ فهرس المحتويات