

فقه ۲

شرح لمعه دمشقيه

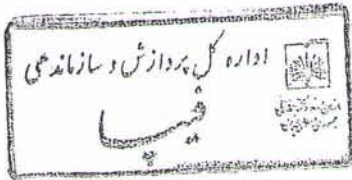
شهيد ثانی

ترجمه

دکتر عباس زراعت

عضو هیأت علمی دانشگاه کاشان

سرشناسه	: شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق.
عنوان قراردادی	: الروضه البهیة فی شرح اللمعه‌الدمشقیة . فارسی . برگزیده اللمعه‌الدمشقیة .فارسی .شرح
عنوان و نام پدیدآور	: فقه ۲ : شرح لمعه دمشقیه/شهید ثانی ؛ ترجمه عباس زراعت
مشخصات نشر	: تهران: موسسه فرهنگی هنری دانش‌پذیر، ۱۳۸۸.
مشخصات ظاهری	: ۲۱۵ص.
شابک	: ۳۹۰۰۰ ریال: 978-600-90834-9-7
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
عنوان دیگر	: الروضه‌البهیة فی شرح‌اللمعه‌الدمشقیة
عنوان دیگر	: شرح لمعه دمشقیة
موضوع	: شهید اول، محمد بن مکی، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه‌الدمشقیة-- نقد و تفسیر
موضوع	: فقه جعفری -- قرن ۸ق.
شناسه افزوده	: زراعت، عباس، ۱۳۴۴ - ، مترجم
شناسه افزوده	: شهید اول، محمد بن مکی، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه‌الدمشقیة . شرح
رده بندی کنگره	: ۱۳۸۸ ۴۲۲۷۵۳ ۹۸۰۳/ش BP۱۸۲
رده بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۴۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۱۸۱۵۱۱۷



فهرست مطالب

۵	باب دین
۴۳	باب رهن
۱۰۵	باب حجر و ورشکستگی
۱۲۳	باب ضمان
۱۴۹	باب حواله
۱۶۵	باب كفالت
۱۸۵	باب صلح

به نام خدا

سخنی پر پیشانی کتاب

کتاب «الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة» تألیف فقیه نامدار شیعه مرحوم «زین الدین الجبعی العاملی» که شرحی بر کتاب گران سنگ «اللمعة الدمشقیة» تألیف مرحوم «محمد بن جمال الدین مکی العاملی» می باشد گرچه از گذشته های دور بعنوان متن درسی و آموزشی، جای خود را در حوزه های علمیه باز کرده است اما به نظر می آید آنگونه که شایسته این اثر پربهاء می باشد مورد شناسایی جامعه فقهی و حقوقی، قرار نگرفته است و در توصیف آن شاید مبالغه نباشد که گفته شود چنانچه به صورت عمیق و دقیق مورد مطالعه و تحقیق قرار گیرد، زمینه اجتهاد فقهای پژوهشگر را فراهم می سازد و در دوره های تحصیلات تکمیلی رشته های دانشگاهی بویژه رشته فقه و رشته حقوق نیز می توان بعنوان منبعی غنی و کامل برای درس فقه از آن استفاده کرد.

نگارنده این سطور در مقام دست یابی به چند هدف است؛ یکی اینکه متون فقهی قدیمی با قوانین موضوعه و حقوق عرفی تطبیق داده شوند که این امر تا حدودی در دوره پنج جلدی متون فقه «شرح کتاب لمعه» محقق گردید و در اینجا از تکرار آن پرهیز می کنیم و دیگر اینکه ترجمه و شرحی ساده و روان به پژوهشگران ارائه گردد بویژه اینکه برای دانشجویانی که تسلط کامل به زبان عربی ندارند قابل فهم باشد و بتوانند منظور مؤلف متن اصلی را استنباط نمایند و سوم اینکه مباحث به صورت کامل و مبسوط ارائه شود و در این زمینه از متون مشهور دیگر مانند کتاب ارزشمند «جواهرالکلام» استفاده زیادی شده است. امید می رود این گام نیز برای خواننده مخصوصاً طلاب حوزه های علمیه و دانشجویان بویژه دانشجویان دوره های تحصیلات تکمیلی، نفعی را در پی داشته باشد. عبارت های عربی داخل پرانتز، متن کتاب «اللمعة الدمشقیة» می باشد و عبارت های عربی خارج پرانتز، متن کتاب «الروضة البهیة» است و عبارت های فارسی داخل کروشه، شرحی است که اینجانب برای توضیح مطلب، آن را ارائه داده ام و عبارت های فارسی خارج کروشه، ترجمه کتاب های «اللمعة الدمشقیة» و «الروضة البهیة» می باشد. در پایان لازم است برای شادی روح همه دانشمندانی که از شرح ها و تعلیقات ایشان بر شرح لمعه استفاده کرده ایم، دعا کنیم بخصوص مطالب ارزشمندی که مرحوم سید محمد کلانتر در تشریح نکات پیچیده شرح لمعه نگاشته اند.

عباس زراعت

عضو هیات علمی دانشگاه کاشان

کتاب الدین

(وَهُوَ قِسْمَانِ:)

دین بر دو نوع است [دین به معنای آن است که مالی برای مدت معین به دیگری داده شود؛ به قرض دهنده، دائن و به قرض گیرنده، مدیون گفته می شود]؛

(الأول: القرض)

يَفْتَحُ الْقَافِ وَ كَسْرِهَا، وَ فَضْلُهُ عَظِيمٌ (وَ الدَّرْهَمُ مِنْهُ بِثَمَانِيَةِ عَشَرَ دِرْهَمًا مَعَ أَنَّ دِرْهَمَ الصَّدَقَةِ بَعَشْرَةٌ) قِيلَ وَالسِّرُّ فِيهِ أَنَّ الصَّدَقَةَ تَقَعُ فِي يَدِ الْمُحْتَاجِ وَ غَيْرِهِ، وَالْقَرْضُ لَا يَقَعُ إِلَّا فِي يَدِ الْمُحْتَاجِ غَالِبًا، وَ أَنَّ دِرْهَمَ الْقَرْضِ يَعُودُ فَيَقْرَضُ ثَانِيًا، وَ دِرْهَمَ الصَّدَقَةِ لَا يَعُودُ.

نوع اول - قرض است که حرف «قاف» را می توان با فتحه یا با کسره قرائت کرد [قرض - قرض] و قرض، فضیلت زیادی دارد و یک درهم قرض معادل هجده درهم است [یعنی یک درهم قرض دادن به اندازه هجده درهم پاداش دارد] در حالیکه یک درهم صدقه معادل ده درهم است و گفته شده است که علت آن [یعنی علت برتری قرض دادن بر صدقه دادن]، این است که صدقه ممکن است در اختیار شخص نیازمند و غیر نیازمند قرار گیرد اما قرض غالباً در اختیار شخص نیازمند قرار می گیرد و [دلیل دیگر] اینکه درهمی که قرض داده می شود دوباره [به قرض دهنده] برمی گردد و مجدداً آن را قرض می دهد اما درهمی که صدقه داده می شود [دوباره به صدقه دهنده] برنمی گردد.

وَ اعْلَمُ أَنَّ الْقَرْضَ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَصْدِ الْقُرْبَةِ، وَ مُطْلَقُ الثَّوَابِ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهَا فَلَيْسَ كُلُّ قَرْضٍ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الثَّوَابُ، بِخِلَافِ الصَّدَقَةِ فَإِنَّ الْقُرْبَةَ مُعْتَبَرَةٌ فِيهَا فَاطْلَاقُ كَوْنِ دِرْهَمِ الْقَرْضِ بِثَمَانِيَةِ عَشَرَ إِذَا مَشْرُوطٌ بِقَصْدِ الْقُرْبَةِ، أَوْ تَفْضُلُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ

الثَّوَابِ بِوِاسِطَةِ الْوَجْهَيْنِ، وَقَدْ يَقَعُ التَّفَضُّلُ عَلَى كَثِيرٍ مِنْ فَاِ عَلِيٍّ الْبِرِّ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الْقُرْبَةِ كَالْكَرَمِ.

بدان که [صحت و انعقاد عقد قرض] متوقف بر قصد قربت نیست [یعنی لازم نیست که قرض دهنده قصد تقرّب به خدا را بنماید] حال آنکه هرگونه ثوابی متوقف بر قصد قربت است [یعنی اگر کسی بخواهد در هر عملی که نیاز به قصد قربت دارد، ثواب ببرد باید قصد قربت کند و اگر قصد قربت نکند، پاداشی به او داده نمی‌شود زیرا قصد قربت، یکی از ارکان این اعمال است] بنابراین اطلاق برابری یک درهم قرض با هجده درهم یا مشروط به قصد قربت است یا منتی از سوی خداوند است که قرض دهنده ثوابی نمی‌برد [یعنی سخن شهید اول که به صورت مطلق، یک درهم صدقه را در برابر هجده درهم قرار داده است باید به دو صورت توجیه شود؛ یکی اینکه باید آن را مشروط به قصد قربت نمود یعنی شهید اول نیز در واقع، یک درهم صدقه را در صورتی معادل هجده درهم می‌داند که صدقه‌دهنده قصد قربت کرده باشد و توجیه دیگر آن است که صدقه دادن را خداوند تجویز کرده است بدون اینکه ثوابی برای آن در نظر بگیرد مثلاً صدقه دهنده در حالی که قصد مشهور شدن دارد اما خداوند عمل وی را باطل نمی‌داند. دلیل اینکه قرض دادن بدون قصد قربت نیز صحیح است] بخاطر دو دلیلی است [که گفته شد؛ یکی اینکه قرض، فقط در اختیار نیازمندان قرار می‌گیرد و دیگر اینکه قرض در چرخه ردّ و بدل‌های فراوان قرار می‌گیرد] و گاهی اتفاق می‌افتد که خداوند نیکوکاران را مورد عنایت خود قرار می‌دهد بدون اینکه قصد قربت نیاز باشد مانند کرامت و بخشش [یعنی موارد زیادی وجود دارد که کاری بدون قصد قربت انجام می‌شود اما خداوند آن را با کرامت می‌پذیرد مانند کسی که برای مشهور شدن یا آبروداری و بدون قصد قربت، بخشایش می‌کند.]

وَ يَفْتَقِرُ الْقَرْضُ إِلَى إِجَابٍ وَ قَبُولٍ (وَ الصِّيغَةُ أَقْرَضْتُكَ، أَوْ انْتَفِعَ بِهِ، أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ) أَوْ مَلَكَتْكَ أَوْ أَسْلَفْتُكَ أَوْ خُدُّ هَذَا، أَوْ اِصْرَفُهُ (وَ عَلَيْكَ عَوْضُهُ) وَ مَا أَدَى هَذَا الْمَعْنَى، لِأَنَّهُ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ، وَ هِيَ لَا تَنْحَصِرُ فِي لَفْظٍ، بَلْ تَتَّأَدَى بِمَا أَفَادَ مَعْنَاهَا، وَإِنَّمَا يَخْتَاجُ إِلَى ضَمِيمَةٍ «وَ عَلَيْكَ عَوْضُهُ» مَا عَدَا الصِّيغَةَ الْأُولَى، فَإِنَّهَا صَرِيحَةٌ فِي مَعْنَاهُ لَا تَفْتَقِرُ إِلَى انْضِمَامِ أَمْرٍ آخَرَ (فَيَقُولُ الْمُقْتَرِضُ: قَبِلْتُ وَ شَبَّهْتُ) مِمَّا دَلَّ عَلَى الرِّضَا

بِالْإِجَابِ، وَاسْتَقْرَبَ فِي الدُّرُوسِ الْإِكْتِفَاءَ بِالْقَبْضِ، لِأَنَّ مَرَجِعَهُ إِلَى الْأَذْنِ فِي التَّصَرُّفِ، وَهُوَ حَسَنٌ مِنْ حَيْثُ إِبَاحَةِ التَّصَرُّفِ أَمَّا إِفَادَتُهُ لِلْمَلِكِ الْمُتَرْتَبِ عَلَى صِحَّةِ الْقَرْضِ فَلَا دَلِيلَ عَلَيْهِ، وَمَا اسْتَدَلَّ بِهِ لَا يُؤَدِّي إِلَيْهِ.

و قرض نیاز به ایجاب و قبول دارد [زیرا قرض یک عمل حقوقی طرفینی است که با ایجاب و قبول منعقد می‌شود]. و صیغه [عقد قرض آن است که قرض دهنده یکی از هفت عبارت زیر را بیان می‌کند و می‌گوید] به تو قرض دادم یا از این مال استفاده کن یا در این مال تصرف کن یا به ملکیت تو درآوردم یا پیشاپیش به تو دادم یا این مال را بگیر، یا آن را صرف کن [و سپس می‌گوید]: و عوض مال من برعهده توست و یا عبارتهای دیگری که همین معنا را برساند [یعنی ایجاب در عقد قرض، منحصر در این هفت عبارت نیست] زیرا عقد قرض یک عقد جائز است و عقود جایز منحصر در لفظ خاصی نیستند بلکه با هر لفظی که معنای آنها را بفهماند منعقد می‌شوند. بلکه [ایجاب در] عقد قرض باید همراه با عبارت «و عوض آن برعهده توست» باشد بجز عبارت اول [یعنی «به تو قرض دادم»] زیرا این عبارت، صراحت در معنای قرض دارد و نیازی ندارد که عبارت دیگری ضمیمه آن شود [یعنی صیغه اول به آسانی معنای عقد قرض را می‌فهماند اما شش عبارت بعدی ظهور در عقد قرض ندارند مثلاً عبارت «تصرف کن» شامل تصرفات ناشی از عقد بیع یا اجاره نیز می‌شود بنابراین برای اینکه شنونده بفهمد که منظور گوینده چیست باید عبارت «عوض آن برعهده توست» ضمیمه شود زیرا این عبارت ظهور در عقد قرض دارد و تنها در عقد قرض است که تحویل گیرنده مال باید عوض آن را بدهد. وقتی قرض دهنده، ایجاب را گفت [پس قرض گیرنده می‌گوید: «قبول کردم» و یا لفظی شبیه آن [مانند رضایت دادم یا پذیرفتم] از الفاظی که رضایت بر ایجاب را می‌فهمانند] یعنی می‌فهمانند که قرض گیرنده با ایجابی که قرض دهنده گفته است، موافقت دارد و مرحوم شهید اول [در کتاب دروس، این نظریه را پذیرفته است که قبض [یعنی قرض دهنده، مال را در اختیار قرض گیرنده قرار دهد] کفایت می‌کند [یعنی قرض دهنده بجای اینکه صیغه و عبارتی را بیان کند فعلی را انجام دهد و آن فعل، در اختیار قرار دادن مال است] زیرا بازگشت قبض به اذن در تصرف است [یعنی کسی که مالش را در اختیار دیگری قرار می‌دهد معنایش آن است که اجازه

تصرف به او داده است] سخن شهید اول از جهت مباح شدن تصرف، نیکوست اما دلیلی وجود ندارد که ملکیتی را هم بیان می‌کند که ناشی از صحت قرض است و استدلالی که صورت گرفت، معنای مالکیت را نمی‌فهماند. [یعنی اگر منظور شهید اول آن است که تحویل مال، تصرف تحویل گیرنده در آن مال را مباح می‌سازد، می‌توان سخن او را پذیرفت زیرا هرگاه کسی مال خود را در اختیار دیگری قرار می‌دهد معنایش آن است که می‌تواند در آن تصرف کند اما اگر منظورش آن است که تحویل مال به دیگری معنایش آن است که تحویل دهنده، آن را به ملکیت تحویل گیرنده درآورده است، دلیلی بر آن وجود ندارد زیرا تحویل دادن ممکن است برای اجاره یا انتفاع و نظایر اینها باشد و قصد مالک مال آن نباشد که مالش را به ملکیت طرف مقابل درآورد.]

(و لَا يَجُوزُ اشْتِرَاؤُ النَّفْعِ)، لِتَنْهِي عَنِ قَرْضِي يَجْرُ نَفْعًا (فَلَا يُقْبَدُ الْمَلِكَ) لَوْ شَرَطَهُ، سِوَاءَ فِي ذَلِكَ الرَّبَوِيِّ وَ غَيْرِهِ، وَ زِيَادَةَ الْعَيْنِ وَ الْمَنْفَعَةِ (حَتَّى لَوْ شَرَطَ الصَّحَّاحُ عِوَضَ الْمَكْسَرَةِ، خِلَافًا لِأَبِي الصَّلَاحِ) الْحَلَبِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَ جَمَاعَةٍ حَيْثُ جَوَّزُوا هَذَا الْفَرْدَ مِنَ النَّفْعِ، اسْتِنَادًا إِلَى رِوَايَةٍ لَا تَدُلُّ عَلَى مَطْلُوبِهِمْ. وَ ظَاهِرُهَا إِعْطَاءُ الزَّائِدِ الصَّحِيحِ بِدُونِ الشَّرْطِ، وَ لَا خِلَافَ فِيهِ بَلْ لَا يُكْرَهُ، وَ قَدْ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ افْتَرَضَ بَكْرًا فَرَدَّ بَازِلًا رَبًّا عِيًّا، وَ قَالَ: إِنَّ خَيْرَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً.

(وَ إِنَّمَا يَصِحُّ إِقْرَاضُ الْكَامِلِ) عَلَى وَجْهِ يَرْتَفِعُ عَنْهُ الْحَجْرُ فِي الْمَالِ، وَ أَرَادَ كَمَالِ الْمُتَعَاقِدِينَ مَعًا بِإِضَافَةِ الْمُضَدِّ إِلَى الْفَاعِلِ وَالْقَابِلِ.

شرط کردن منفعت، جایز نیست [یعنی جایز نیست که قرض دهنده در ضمن عقد قرض شرط کند که قرض گیرنده، نفعی به او برساند مثلاً بجای ده هزار تومان قرضی که می‌گیرد یازده هزار تومان پس بدهد] زیرا قرضی که منتهی به نفع شود مورد نهی قرار گرفته است [یعنی پیامبر(ص) قرضی را که قرض دهنده نفعی مازاد بر قرض ببرد، نهی کرده است اگر چنین شرطی شود] موجب مالکیت نخواهد شد اگر منفعت را شرط کرده باشد [یعنی قرض دهنده مالک مقدار مازادی نمی‌شود که از قرض گیرنده اخذ می‌کند] اعم از اینکه قرض ربوی باشد [مانند اینکه صد هزار تومان قرض بدهد و صد و ده هزار تومان بگیرد] یا غیرربوی باشد [مانند اینکه اتومبیل بیکان بدهد و اتومبیل پژو بگیرد] و زیادی عینی باشد [مانند اینکه یک گوسفند پنجاه کیلوئی بدهد و یک گوسفند شصت

کیلویی بگیرد] یا زیادی منفعت باشد [مانند اینکه کتاب کهنه‌ای تحویل دهد و کتاب نوبی بگیرد] حتی اگر شرط کند که جنس سالمی را در مقابل جنس شکسته شده بگیرد [مانند اینکه سکه معیوب بدهد و سکه صحیح بگیرد] برخلاف ابوالصلاح حلبی و گروهی از فقها که این نوع منفعت را با استناد به یک روایت، جایز می‌دانند اما این روایت دلالتی بر ادعای آنها ندارد و ظاهر روایت بیانگر آن است که جنس زیادی صحیح، بدون شرط داده شود [ابوصلاح حلبی و گروهی گفته‌اند که می‌توان جنس سالم را در مقابل جنس معیوب شرط کرد و استناد آنها به روایتی از امام صادق (ع) است که قرض دادن درهم معیوب را در مقابل درهم سالم تجویز کرده است اما این روایت ظاهراً موردی را می‌گوید که دادن جنس سالم در ضمن عقد، شرط نشده باشد که البته اگر قرض گیرنده بدون اینکه در ضمن عقد شرط شده باشد، جنس سالمی را در مقابل جنس معیوب به قرض دهنده پس بدهد هیچکس] در مورد آن مخالفت نکرده است و حتی مکروه هم نیست و از پیامبر (ص) روایت شده است که بچه شتری را قرض کرد و شتر هشت ساله‌ای را پس داد و فرمود بهترین مردم کسی است که ادای دین را به نحو احسن انجام دهد. قرض دادن کسی صحیح است که کامل باشد [یعنی بالغ و عاقل و غیرمحمجور باشد] بگونه‌ای که ممنوع از تصرف در اموالش نباشد و [شهید اول] کامل بودن را در طرفین عقد [قرض دهنده و قرض گیرنده] باهم از طریق اضافه کردن مصدر به فاعل و قابل، اراده کرده است [یعنی مصدر «قرض دادن» به کلمه «کامل» اضافه شده است و منظور از کامل کسی است که ایجاب و قبول را انشاء می‌کند که به اولی، فاعل و به دومی، قابل گفته می‌شود].

(وَكُلُّ مَا تَتَسَاوَى أَجْزَاؤُهُ) فِي الْقِيَمَةِ وَالْمَنْفَعَةِ وَتَتَقَارَبُ صِفَاتُهُ كَالْحُبُوبِ وَالْأَذْهَانِ (يَتَّبْتُ فِي الذِّمَّةِ مِثْلَهُ، وَ مَا لَا يَتَسَاوَى) أَجْزَاؤُهُ كَالْحَيَوَانِ (تَثَبَّتْ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْقَبْضِ) لِأَنَّهُ وَقْتُ الْمَلِكِ. (وَ بِهِ) أَي: بِالْقَبْضِ (يَمْلِكُهُ) الْمُقْتَرِضُ الْقَرْضَ عَلَى الْمَشْهُورِ، لَا بِالتَّصَرُّفِ قِيلَ: لِأَنَّهُ فَرَعُ الْمَلِكِ فَيَمْتَنِعُ كَوْنُهُ شَرْطًا فِيهِ، وَإِلَّا دَارَ، وَ فِيهِ مَنَعٌ تَبَعِيَّتِهِ لِلْمَلِكِ مُطْلَقًا، إِذْ يَكْفِي فِيهِ إِذْنُ الْمَالِكِ وَ هُوَ هُنَا حَاصِلٌ بِالتَّعَدُّ، بَلْ بِالإِجَابِ، وَ حَيْثُ قُلْنَا يَمْلِكُهُ بِالْقَبْضِ (فَلَهُ رَدُّ مِثْلِهِ) مَعَ وُجُودِ عَيْنِهِ (وَ إِنْ كَرِهَ الْمُقْتَرِضُ)، لِأَنَّ الْعَيْنَ حَبْنِيذٍ تَصِيرُ كَعَيْرِهَا مِنْ أَمْوَالِهِ، وَالْحَقُّ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ فَيَسْخِرُ فِي جَهَةِ الْقَضَاءِ. وَ لَوْ قُلْنَا بِتَوَقُّفِ

الْمَلِكِ عَلَى التَّصَرُّفِ، وَجَبَ دَفْعُ الْعَيْنِ مَعَ طَلَبِ مَالِكِهَا، وَيُمْكِنُ الْقَوْلُ بِذَلِكَ وَإِنْ مَلَكَهَا بِالْقَبْضِ، بِنَاءً عَلَى كَوْنِ الْقَرْضِ عَقْداً جَائِزاً، وَ مِنْ شَأْنِهِ رُجُوعُ كُلِّ عَوْضٍ إِلَى مَالِكِهِ إِذَا فُسِّخَ كَالْهَبَةِ وَالْبَيْعِ بِخِيَارٍ.

هر چیزی که اجزای آن از نظر قیمت و منفعت، مساوی باشد و صفات آن به هم نزدیک باشد مانند حیوانات و روغن‌ها، مثل آن در ذمه [قرض گیرنده] قرار می‌گیرد و هر چیزی که اجزای آن باهم مساوی نیست، قیمت آن در روز تحویل [به قرض گیرنده بر ذمه وی] قرار می‌گیرد زیرا [قرض گیرنده] در این زمان، مالک می‌شود. [گندم که جزء حیوانات است متساوی الاجزا می‌باشد زیرا وقتی یک کیلو گندم را به دو قسمت تقسیم کنیم، قیمت و اوصاف هر دو قسمت، یکسان است اما در گوسفند، متساوی الاجزاء نیستند زیرا قیمت یک گوسفند با گوسفند مشابه آن، یکسان نیست هر چند این تفاوت، جزئی باشد. کسی که یک کیلوگندم، قرض می‌کند باید یک کیلوگندم پس بدهد اما کسی که یک گوسفند قرض می‌کند باید بهای آن را پس بدهد و قیمت روز تحویل گوسفند به قرض گیرنده، ملاک است زیرا در همین زمان، قرض گیرنده مالک حیوان می‌شود و قیمت گوسفند بر ذمه وی قرار می‌گیرد که در صورت درخواست قرض دهنده باید این قیمت را به او پس بدهد. ماده ۶۴۸ قانون مدنی، همین حکم را بیان کرده است: «قرض، عقدی است که بموجب آن احد طرفین، مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف مزبور، مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف ردّ نماید و در صورت تعذر ردّ مثل، قیمت یوم الردّ را بدهد.» بنابراین اگر تعهد شود که بجای مثل، قیمت داده شود از عنوان قرض خارج خواهد شد. [بنابر نظر مشهور فقها، مالکیت قرض گیرنده نسبت به موضوع قرض، با قبض تحقق می‌یابد نه با تصرف] قرض گیرنده در موضوع قرض و در مورد علت اینکه مالکیت با تصرف، تحقق نمی‌یابد [گفته شده است که زیرا تصرف، فرع مالکیت است پس ممنوع است که تصرف نیز شرط مالکیت باشد و گرنه دور لازم می‌آید. [یعنی اگر مالکیت قرض گیرنده نسبت به مال موضوع قرض، متوقف بر تصرف وی در آن مال باشد، مستلزم دور است زیرا قرض گیرنده زمانی می‌تواند در مال موضوع قرض تصرف کند که مالک آن شده باشد پس اگر مالکیت وی هم متوقف بر تصرف او باشد معنایش آن است که مالکیت، متوقف بر تصرف و تصرف

هم متوقف بر مالکیت است که اصطلاحاً دور نامیده می‌شود بنابراین برای قرار نگرفتن در دور، باید بگوئیم که مالکیت، متوقف بر دور نیست بلکه فقط متوقف بر قبض می‌باشد. [اما در پاسخ به دور، گفته می‌شود که تصرف در همه جا تابع مالکیت نیست زیرا اجازه مالک برای تصرف، کفایت می‌کند و چنین اجازه‌ای با عقد بلکه با ایجاب، داده شده است] یعنی تصرف قرض گیرنده در مال موضوع قرض، متوقف بر مالکیت او نیست بلکه متوقف بر اجازه مالک است و مالک همزمان با انعقاد عقد و انشای ایجاب، چنین اجازه‌ای را می‌دهد زیرا وقتی مالک به قرض گیرنده می‌گوید که مالم را به تو قرض دادم یعنی به او اجازه تصرف داده است، ماده ۶۴۹ قانون مدنی آورده است که اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم، تلف یا ناقض شود از مال مقتضی است و این عبارت نشان می‌دهد که مالکیت با قبض حاصل می‌شود. [از آنجا که گفتیم مالکیت قرض گیرنده با قبض تحقق می‌یابد پس قرض گیرنده می‌تواند مثل مال را [به قرض گیرنده] پس بدهد هر چند عین مال [موضوع قرض] نیز وجود داشته باشد و اگر چه قرض دهنده، [از قبول مثل مال] کراهت داشته باشد زیرا عین [مال موضوع قرض] در این هنگام [یعنی در هنگامی که آن مال تحویل قرض گیرنده داده شده و مالکیت هم با قبض حاصل می‌شود] مانند بقیه اموال قرض گیرنده است و [آنچه که] بر ذمه اوست، حق است [منظور از حق، عوض مال است] پس [قرض گیرنده] اختیار دارد که برای ادای دین [عین یا مثل را بدهد] اما اگر بگوئیم که مالکیت قرض گیرنده، متوقف بر تصرف اوست بایستی در صورتی که مالک آن، [یعنی قرض دهنده] درخواست نماید عین [مال قرض گرفته شده] را پس بدهد و حتی می‌توان گفت که قرض گیرنده باید عین مال را به قرض دهنده پس بدهد حتی اگر مالکیت وی را با قبض، محقق بدانیم مشروط بر اینکه عقد قرض، عقدی جایز باشد و طبیعت هر عقد جائزی آن است که چنانچه فسخ شود، هر عوضی باید به مالک آن برگردد مانند عقد هبه و عقد بیعی که در آن حق خیار وجود دارد، [خلاصه اینکه عقد قرض یک عقد جائز است و در عقود جائز، هرگاه مالک عقد را فسخ کند و عین مال موجود باشد می‌تواند عین مال را پس بگیرد حتی اگر طرف مقابل با قبض مال، مالک آن شده باشد و مالکیت، متوقف بر تصرف نباشد.]

(وَلَا يَلْزَمُ اشْتِرَاطُ الْأَجَلِ فِيهِ) لِمَالِهِ وَلَا لِغَيْرِهِ، لِأَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ فَلَا يَلْزَمُ مَا يُشْتَرَطُ فِيهِ، إِحْقَاقًا لِشَرْطِهِ بِجُزْئِهِ، نَعَمْ لَوْ شَرَطَ أَجَلَ الْقَرْضِ فِي عَقْدٍ لِزِمِّ لَزِمَ عَلَيَّ مَا سَبَقَ.

شرط کردن مدت در عقد قرض، الزام آور نیست اعم از اینکه مربوط به عقد قرض باشد [مانند اینکه شرط شود مقترض، مثل مال را در تاریخ معینی پس بدهد] یا مربوط به امر دیگری باشد [مانند اینکه در عقد قرض شرط شود که ثمن عقد بیعی که جداگانه میان دو نفر تنظیم شده است با تأخیر پرداخت شود. اینکه نمی‌توان در عقد قرض، زمانی را قرارداد] بدین علت است که عقد قرض یک عقد جایز است بنابراین شرطی که در ضمن آن می‌آید الزام آور نیست چون شرط ضمن عقد به جزء آن ملحق می‌شود [یعنی شرط نیز مانند جزء عقد است پس همانگونه که جزء مانند ایجاب و قبول، الزام آور نیست پس شرط هم الزام آور نیست]. بلکه اگر مدت قرض در ضمن یک عقد لازم شرط شود به همان علتی که قبلاً گفته شد الزام آور خواهد بود [مثلاً اگر در ضمن یک عقد بیع شرط شود که عقد قرض، مدت داشته باشد باید به این شرط عمل کرد زیرا عقد بیع یک عقد لازم است بنابراین شرایطی هم که ضمن آن می‌آید الزام آور است اما اگر چنین شرطی ضمن عقد قرض بیاید، عقد قرض مدت دار نمی‌شود چون عقد قرض، عقد جایز است و شرط ضمن عقد جایز، جنبه الزامی ندارد].

(وَيَجِبُ) عَلَى الْمَدْيُونِ (نَيْتَةُ الْقَضَاءِ) سَوَاءٌ قَدَرَ عَلَى آدَائِهِ أَمْ لَا، بِمَعْنَى الْعَزْمِ وَإِنْ عَجَزَ عَلَى الْأَدَاءِ إِذَا قَدَرَ، وَ سَوَاءٌ كَانَ صَاحِبُ الدَّيْنِ حَاضِرًا أَمْ غَائِبًا، لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ مُقْتَضَى الْإِيمَانِ، كَمَا يَجِبُ الْعَزْمُ عَلَى آدَاءِ كُلِّ وَاجِبٍ وَ تَرْكِ كُلِّ مَحْرَمٍ. وَقَدْ رُوِيَ: أَنَّ كُلَّ مَنْ عَزَمَ عَلَى قَضَاءِ دَيْنِهِ أُعِينَ عَلَيْهِ: وَأَنَّهُ يَنْفُصُ مِنْ مَوْتِهِ بِقَدْرِ قُصُورِ نَيْتِهِ.

(وَعَزَلُهُ عِنْدَ وَفَاتِهِ، وَالْإِيضَاءُ بِهِ لَوْ كَانَ صَاحِبُهُ غَائِبًا) لِيَتَمَيَّزَ الْحَقُّ وَيَسْلَمَ مِنْ تَصَرُّفِ الْوَارِثِ فِيهِ، وَ يَجِبُ كَوْنُ الْوَصَايَةِ بِهِ إِلَى ثِقَةٍ، لِأَنَّهُ تَسْلِطٌ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ، وَإِنْ قُلْنَا بِجَوَازِ الْوَصَايَةِ إِلَى غَيْرِهِ فِي الْجُمْلَةِ. (وَلَوْ جَهَلَهُ وَ يَسَسَ مِنْهُ تَصَدَّقَ بِهِ عَنْهُ) فِي الْمَشْهُورِ. وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ دَفْعُهُ إِلَى الْحَاكِمِ، لِأَنَّ الصَّدَقَةَ تَصَرَّفُ فِي مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَ يُضَعَّفُ بِأَنَّهُ إِحْسَانٌ مَحْضٌ إِلَيْهِ، لِأَنَّهُ إِنْ ظَهَرَ وَ لَمْ يَرْضَ بِهَا ضَمِنَ لَهُ عِوَضَهَا، وَ الْإِفْهِي أَنْفَعُ مِنْ بَقَاءِ الْعَيْنِ الْمَعْرُوَّةِ الْمَعْرُوضَةِ لِتَلْفِئِهَا بِغَيْرِ تَفْرِيطِ الْمُسْقِطِ لِحَقِّهِ. وَ الْأَقْوَى التَّخْيِيرُ بَيْنَ الصَّدَقَةِ، وَ الدَّفْعِ إِلَى الْحَاكِمِ، وَ إِنْقَائِهِ فِي يَدِهِ.

بر مدیون [قرض گیرنده] واجب است که قصد ادای دین [و پس دادن قرض] را بنماید اعم از اینکه توان پرداخت دین را داشته باشد یا توان آن را نداشته باشد یعنی تصمیم داشته باشد هر زمانی که توانایی داشت، دین را بپردازد هر چند فعلاً توان پرداخت را نداشته باشد و اعم از اینکه صاحب دین [قرض دهنده] حاضر باشد یا غایب باشد زیرا تصمیم به ادای دین، جزء مقتضیات ایمان است همانگونه که تصمیم با انجام هر واجبی و ترک هرگونه حرامی، واجب است و در روایت آمده است که هرکس تصمیم به ادای دینش داشته باشد، یاری می شود و هر مقدار که قصد پرداخت نداشته باشد به همان مقدار از روزی او کم می شود. و [واجب است که قرض گیرنده] هنگام وفات خود، مال موضوع قرض را کنار بگذارد و اگر صاحب مال [قرض دهنده] غایب است، به آن مال وصیت کند تا حق [قرض دهنده] جدا باشد و از تصرف وارث در آن، مصون بماند و وصیت هم به شخص مورد اعتمادی صورت گیرد زیرا چنین وصیتی، قرار دادن مال دیگری [در اختیار وصی است] هر چند اعتقاد داشته باشیم که می توان در پاره‌ای موارد، شخص غیرثقه را وصی قرار داد. [یعنی اگر چه در برخی موارد، وصی قرار دادن غیرثقه جائز است اما در اینجا جایز نیست] و اگر قرض گیرنده، قرض دهنده را شناسد و از او ناامید گردد به اعتقاد مشهور فقها، آن مال را از جانب قرض دهنده، صدقه می دهد و یک نظر هم آن است که قرض گیرنده باید مال را به حاکم بسپارد زیرا صدقه دادن، تصرف کردن در مال دیگری بدون اجازه اوست اما [این نظریه که صدقه دادن را جایز نمی داند] نظریه ضعیفی است زیرا صدقه دادن، نیکویی کردن محض نسبت به دیگری است چرا که اگر قرض دهنده پیدا شود و نسبت به صدقه‌ای که از جانب او داده شده است رضایت ندهد، قرض گیرنده باید عوض مال را به او بدهد و اگر قرض دهنده و صاحب مال، پیدا نشود پس صدقه دادن نفع بیشتری برای او دارد تا اینکه عین مالی که برای وی کنار گذاشته شده است و در معرض تلف بدون تفریطی است که حق قرض دهنده را ساقط می کند، در دست قرض گیرنده باقی بماند [یعنی در اینجا قرض گیرنده، دو کار می تواند انجام دهد؛ یکی اینکه مال را صدقه بدهد و دیگر اینکه مال را نزد خود نگه دارد تا قرض دهنده را پیدا کرده و مال را تحویل او بدهد. اما راه اول بهتر است زیرا در صورت دوم اگر مال بدون تعدی و تفریط، در

دست قرض گیرنده تلف شود، قرض دهنده حق ندارد به قرض گیرنده مراجعه کرده و عوض مالش را بگیرد چون ید قرض گیرنده، یدامانی است. [اما نظریه قوی تر آن است که [قرض گیرنده] اختیار دارد که مال را صدقه بدهد یا به حاکم بسپارد یا نزد خود نگه دارد.

(وَلَا تَصِحُّ قِسْمَةُ الدَّيْنِ) الْمُشْتَرَكِ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَضَاءً عَلَى الْمَشْهُورِ، (بَلِ الْخَاصِلُ مِنْهُ لَهْمَا، وَالتَّوَي) بِالْمُتَّاتَةِ وَهُوَ الْهَالِكُ (مِنْهُمَا) وَ قَدْ يُحْتَالُ لِلقِسْمَةِ بِأَنْ يُحِيلَ كُلُّ مِنْهُمَا ضَاحِبَهُ بِحِصَّتِهِ الَّتِي يُرِيدُ إِعْطَاءَهَا ضَاحِبَهُ وَ يَقْبَلُ الْآخَرُ، بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ الْحَوَالَةِ مِنَ الْبَرِيِّ، وَ كَذَا لَوْ اضْطَلَّحَا عَلَى مَا فِي الدَّمِّ بَعْضًا بَبَعْضٍ وَفَاقًا لِلْمُصَنَّفِ فِي الدَّرُوسِ.

به اعتقاد مشهور فقها، تقسیم کردن دینی که مشترک میان دو یا چند شریک است جایز نمی باشد بلکه آنچه از دین بدست می آید متعلق به هر دو شریک است و آنچه که از بین می رود نیز از مال هر دو حساب می شود [تاوی که با حرف «تاء» دو نقطه نوشته می شود از ریشه «توی یتوی» است و به معنای از بین رفتن است] و گاهی برای تقسیم دین، حيله ای بکار برده می شود بدین صورت که هر یک از دو شریک، شریک دیگر را نسبت به سهمی که می خواهد به او بدهد، حواله می دهد و شریک نیز این حواله را قبول می کند و این در صورتی است که حواله از سوی شخص غیربدهکار صحیح باشد. [این مطلب را با مثال توضیح می دهیم؛ فرض کنید «الف» و «ب» در یک میلیون تومان، شریک هستند و این مبلغ را به «ج» و «د» قرض می دهند و سپس تصمیم می گیرند که شرکت خود را فسخ نمایند. در این صورت تقسیم این مبلغ میان خودشان صحیح نیست بدین صورت که توافق کنند آنچه را «ج» بدهکار است برای «الف» باشد و آنچه را «د» بدهکار است برای «ب» باشد بلکه این مبلغ باید به هر دو برگردد تا چنانچه نفع و ضرری در آن باشد هر دو در آن سهیم باشند اما حيله ای که بکار برده می شود چنین است که «الف» به «ب» می گوید آنچه را که تو از من طلب داری از «ج» بگیر و «ب» نیز به «الف» می گوید آنچه را تو از من طلب داری از «د» بگیر یعنی همدیگر را به بدهکاران حواله می دهند و البته این حواله در صورتی صحیح است که در عقد حواله، طلبکار بودن حواله دهنده لازم نباشد زیرا مثلاً «الف» که «ب» را به «ج» حواله می دهد

این مبلغ را از «ج» طلبکار نیست حال آنکه عده‌ای عقیده دارند شرط صحت عقد حواله آن است که حواله دهنده، طلبکار محتال باشد. [و همچنین] گاهی برای تقسیم چنین حيله‌ای بکار می‌رود که [هر دو شریک نسبت به مقداری از آنچه که در ذمه [بدهکاران] است با یکدیگر مصالحه می‌کند همانگونه که شهید اول در کتاب دروس گفته است [نحوه مصالحه چنین است که «الف» و «ب» توافق می‌کنند که آنچه در ذمه «ج» است برای «الف» باشد و آنچه در ذمه «د» است برای «ب» باشد].

(وَيَصِحُّ بَيْعُهُ بِحَالٍ) وَإِنْ لَمْ يُقْبَضْ مِنَ الْمَدْيُونِ وَغَيْرِهِ، خَالاً كَانَ الدَّيْنُ أَمْ مُوَجَّلاً، وَلَا يَمْتَنِعُ تَعَدُّ قَبْضِهِ خَالَ الْبَيْعِ مِنْ صِحَّتِهِ لِأَنَّ الشَّرْطَ امْتِنَانَهُ فِي الْجُمْلَةِ لِأَخَالَةِ الْبَيْعِ، وَلَا فَرْقَ فِي بَيْعِهِ بِالْحَالِ بَيْنَ كَوْنِهِ مُشَخَّصاً وَمُضْمِناً عَلَى الْأَقْوَى، لِلْأَصْلِ، وَعَدَمِ صِدْقِ اسْمِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ (لَا بِمُوجَّجٍ) لِأَنَّهُ بَيْعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ.

وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ الدَّيْنَ الْمَمْنُوعَ مِنْهُ: مَا كَانَ عِوَضاً خَالَ كَوْنَهُ دَيْناً بِمُقْتَضَى تَعَلُّقِ الْبَاءِ بِهِ، وَالْمُضْمُونُ عِنْدَ الْعَقْدِ لَيْسَ بِدَيْنٍ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ دَيْناً بَعْدَهُ فَلَمْ يَتَحَقَّقْ بَيْعُ الدَّيْنِ بِهِ، وَ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ مِثْلُهُ فِي بَيْعِهِ بِحَالٍ وَالْفَرْقُ غَيْرٌ وَاضِحٌ، وَ دَعْوَى إِطْلَاقِ اسْمِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ إِنْ أَرَادُوا بِهِ قَبْلَ الْعَقْدِ فَمَمْنُوعٌ، أَوْ بَعْدَهُ فَمُشْتَرِكٌ، وَإِطْلَاقُهُمْ لَهُ عَلَيْهِ عُرْفاً إِذَا بَاعَ بِهِ، فَيَقُولُونَ: بَاعَ فُلَانٌ مَالَهُ بِاللَّيْنِ مَجَازاً، بِقَصْدِ أَنَّ التَّمَنَّ بَقِيَ فِي ذِمَّتِهِ دَيْناً بَعْدَ الْبَيْعِ، وَلَوْ اعْتَبِرَ هَذَا الْإِطْلَاقُ جَاءَ مِثْلُهُ فِي الْحَالِ إِذَا لَمْ يَقْبِضْهُ، خُصُوصاً إِذَا امْتَهَلَهُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَأْجِيلٍ.

(وَبِزِيَادَةِ) عَنْ قَدْرِهِ (وَتَقْبِصَةِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ رَبَوِيًّا) فَتُعْتَبَرُ الْمُسَاوَاةُ، (وَلَا يَلْزَمُ الْمَدْيُونُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى الْمُشْتَرِي إِلَّا مَا دَفَعَ الْمُشْتَرِي) إِلَى الْبَائِعِ (عَلَى رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضِيلِ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الرُّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ) وَ قَرِيبٌ مِنْهَا رِوَايَةُ أَبِي حَمْرَةَ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، وَ إِنَّمَا اقْتَصَرَ عَلَى الْأُولَى، لِأَنَّهَا أَصْرَحُ، وَ عَمِلَ بِمُضْمُونِهَا الشَّيْخُ وَ جَمَاعَةٌ. وَ يَظْهَرُ مِنَ الْمُصَنَّفِ الْمَيْلَ إِلَيْهِ، وَ فِي الدُّرُوسِ لَمْ تُعَارِضْ لَهَا، لَكِنَّ الْمُسْتَنَدَ ضَعِيفٌ، وَ عُمُومُ الْأَدَلَّةِ تَدْفَعُهُ، وَ حُمِلَ عَلَى الضَّمَانِ مَجَازاً، لِشَبَهِهِ بِالْبَيْعِ فِي الْمُعَاوِضَةِ أَوْ عَلَى فِسَادِ الْبَيْعِ لِلرَّبَا وَ غَيْرِهِ فَيَكُونُ الدَّفْعُ مَادُوناً فِيهِ مِنَ الْبَائِعِ مُقَابَلَةً مَا دَفَعَ، وَ يَبْقَى الْبَاقِي لِمَالِكِهِ. وَ الْأَقْوَى مَعَ صِحَّةِ الْبَيْعِ لَزُومُ دَفْعِ الْجَمِيعِ، وَ يَجِبُ مَرَاغَاةُ شُرُوطِ الرَّبَا وَالصَّرْفِ، وَ لَوْ وَقَعَ صُلْحاً اغْتَفِرَ الثَّانِي خَاصَّةً.

(وَمَنْعَ ابْنِ إِدْرِيسَ مِنْ بَيْعِ الدَّيْنِ عَلَى غَيْرِ الْمَدْيُونِ) اسْتِنَاداً إِلَى دَلِيلٍ قَاصِرٍ، وَ

تَقْسِيمٍ غَيْرِ حَاصِرٍ (وَالْمَشْهُورُ الصَّحَّةُ) مُطْلَقًا، لِعُمُومِ الْأَدِلَّةِ (وَلَوْ بَاعَ الذَّمِّيُّ مَا يَمْلِكُهُ الْمُسْلِمُ) كَالْحَمْرِ وَالْخِزْبِرِ (ثُمَّ قَضَى مِنْهُ دَيْنَ الْمُسْلِمِ صَحَّ قَبْضُهُ وَ لَوْ شَاهَدَهُ الْمُسْلِمُ، لِإِقْرَارِ الشَّارِعِ لَهُ عَلَى ذَلِكَ، لَكِنْ يُشْتَرَطُ اسْتِنْتَاؤُهُ بِهِ كَمَا هُوَ مُقْتَضَى الشَّرْعِ، فَلَوْ تَظَاهَرَ بِهِ لَمْ يَجْزُ، وَ مِنْ نَمِّ يُقَيَّدُ بِالذَّمِّيِّ، لِأَنَّ الْحَرْبِيَّ لَا يُقَرَّرُ عَلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ فَلَا يَجُوزُ تَنَاوُلُهُ مِنْهُ.

فروش نقدی و حالّ دین به مدیون و غیرمدیون، صحیح است اگر چه عوض، قبض نشود اعم از اینکه دین، حال باشد یا مدت دار باشد [مثلاً «الف» به «ب» یک میلیون تومان بدهکار است پس «ب» می تواند این مبلغ را در مقابل یک دستگاه اتومبیل به «الف» یا شخص دیگری به بیع نقدی بفروشد یعنی شرط شود که اتومبیل بلافاصله تحویل شود هر چند عملاً تحویل نگردد و فرقی نمی کند که زمان پرداخت یک میلیون تومان به «ب» فرار سیده و حال باشد یا هنوز زمان پرداخت آن نرسیده باشد. در این صورت بجای اینکه «الف» یک میلیون تومان به «ب» بدهد باید یک اتومبیل به او بدهد و یا اگر به شخص دیگری فروخته شده است، «اتومبیل را از فروشنده می گیرد و «الف» یک میلیون تومان را به فروشنده می دهد.] و متعذّر بودن قبض دین در زمان بیع، مانع صحّت فروش دین [به مدیون دیگری] نیست زیرا شرط صحّت بیع آن است که امکان قبض آن فی الجمله [و به صورت کلی] وجود داشته باشد نه اینکه در زمان بیع، ممکن باشد. [توضیح اینکه ممکن است «الف» نتواند زمانی که «ب» دین را می فروشد آن را بپردازد اما این ناتوانی در پرداخت، مانع صحّت بیع نیست زیرا اگر فروشنده بکلی ناتوان از تحویل مبیع باشد، بیع باطل است نه اینکه فقط در زمان بیع نتواند آن را تحویل بدهد.] در فروش دین در مقابل ثمن حال بنا بر نظریه قوی تر تفاوتی ندارد که ثمن، مشخص باشد [مثلاً دین در مقابل این یک میلیون تومان حاضر فروخته شود] یا ثمن، در ذمه قرار گیرد [مثلاً دین در مقابل یک میلیون تومان فروخته شود تا این یک میلیون تومان در ذمه خریدار قرار گیرد و تعهد پرداخت آن را بنماید] بخاطر اصل [یعنی اصل صحّت زیرا هرگاه در صحّت معامله ای شک کنیم اصل بر صحّت آن است] و بخاطر اینکه آنچه در ذمه قرار می گیرد، نام دین بر آن صدق نمی کند [اگر ثمنی که برعهده خریدار قرار می گیرد نیز دین باشد، بیع دین به دین می شود که از نظر فقها باطل است اما فروش دین]

در مقابل ثمن مدّت دار، صحیح نیست زیرا بیع دین به دین می شود. امّا در «بیع دین به دین» بودن چنین موردی تأمل وجود دارد زیرا دینی که از آن منع شده است، دینی است که عوض قرار می گیرد در همان زمانی که دین است و این مقتضای تعلّق حرف «باء» به دین است حال آنکه چیزی که هنگام عقد در ذمه قرار می گیرد، دین نیست بلکه بعد از عقد، تبدیل به دین می شود بنابراین بیع دین به دین صورت نمی گیرد. [توضیح اینکه بیع دین به دین زمانی صورت می گیرد که دین قبلی بعنوان ثمن قرار گیرد مثلاً «الف» از «ب» یک میلیون تومان طلب دارد و «ب» نیز از «الف» هزار دلار طلب دارد و «الف» یک میلیون تومان را در مقابل هزار دلار به «ب» می فروشد امّا هرگاه «ب» از «الف» طلب قبلی نداشته باشد و یک میلیون تومانی را که «الف» از «ب» می خواهد به او در مقابل «هزار دلار» بفروشد و قرار شود که هزار دلار، یک ماه بعد پرداخت شود، این هزار دلار دین قبلی نیست بلکه ثمن معامله است که از تاریخ معامله در ذمه «ب» قرار می گیرد و از این زمان تبدیل به دین می شود حال آنکه در بیع دین به دین که بیعی باطل است باید هر دو دین از قبل وجود داشته باشند و مصنف این معنا را از حرف «باء» در عبارت «بیع دین بدین» استنباط کرده است زیرا حرف «باء» به معنای مقابله است یعنی دین باید در مقابل دین قرار گیرد یعنی دینی از قبل وجود داشته است که نام دین به آن اطلاق می گردد و چیزی را که در آینده دین خواهد شد نمی توان دین نامید. دلیل دیگر برای اینکه فروش دین در مقابل ثمن مدّت دار، باطل نیست آن است که همین اشکال در فروض دین به بیع حال نیز وجود دارد و تفاوت [میان فروش دین به ثمن حال و ثمن مدت دار] روشن نیست و اینکه گفته می شود نام «دین» به ثمن مدّت دار هم اطلاق می گردد اگر منظور آن است که قبل از عقد به چنین ثمنی، دین گفته می شود که چنین گفته ای ممنوع است و اگر بعد از عقد به آن، دین گفته می شود پس میان ثمن حال و مدت دار، مشترک است. [یعنی قبل از عقد هنوز دینی بوجود نیامده است و بعد از عقد، همانگونه که ثمن مدت دار، دین نامیده می شود ثمن حال نیز دین نامیده می شود زیرا هر دو بر ذمه فروشنده قرار می گیرند] و اینکه مردم عرفاً نام دین را به ثمن مدّت داری اطلاق می کنند که مالی در مقابل آن فروخته می شود و می گویند: فلانی، مالش را در مقابل دینی، فروخت این یک اطلاق و نام گذاری مجازی است و منظور آن است که

ثمن بعد از عقد بیع به صورت دین در ذمه خریدار قرار گرفت و اگر نام دین بر چنین ثمنی جایز باشد [و سبب ممنوعیت بیع گردد] عیناً در مورد ثمن حال نیز وجود خواهد داشت زمانی که فروشنده، ثمن را تحویل بگیرد بخصوص زمانی که به خریدار برای پرداخت ثمن مهلت بدهد بدون اینکه، ثمن مدت دار باشد. [اگر «الف» مال خود را در مقابل یک میلیون تومان بفروشد و مقرر شود که خریدار یک هفته بعد این پول را بپردازد مجازاً گفته می شود که یک میلیون تومان دین برعهده خریدار قرار گرفت اما واقعاً دین نیست زیرا تمامی ثمن هایی که کلی هستند و نقد می باشد برای یک لحظه هم که شده در ذمه خریدار قرار می گیرند تا زمانی که آن را بپردازد و قرار گرفتن ثمن کلی در ذمه خریدار را نمی توان واقعاً دین نامید. همچنین می توان دین را در مقابل ثمنی [زیادتر از مقدار آن یا کمتر فروخت مگر اینکه بیع ربوی شود که در این صورت باید دین و ثمن، مساوی باشند] بنابراین می توان ده میلیون تومان دین را با اتومبیلی عوض کرد که یازده میلیون تومان یا نه میلیون تومان ارزش دارد اما نمی توان آن را با یازده میلیون تومان عوض کرد زیرا بیع ربوی می شود.] براساس روایت محمد بن فضل از امام رضا (ع)، بدهکار لازم نیست مبلغی اضافه تر از آنچه که خریدار پرداخته است به او بپردازد [مثلاً اگر «الف» یک میلیون تومان به «ب» بدهکار است و «ب» آن را به مبلغ نهصد هزار تومان به «ج» می فروشد. در اینجا «ج» صاحب طلب می شود و می تواند به «الف» رجوع کند و آن را بگیرد اما حق ندارد بیش تر از نهصد هزار تومان بگیرد] و روایت دیگری از امام باقر (ع) وجود دارد که ابوحمزه آن را روایت کرده و معنایی نزدیک به معنای روایت امام رضا (ع) دارد اما شهید اول تنها روایت امام رضا (ع) را بیان کرده است زیرا صریح تر و روشن تر از روایت امام باقر (ع) است و مرحوم شیخ طوسی و گروهی از فقها به این روایت عمل کرده اند و از سخنان شهید اول چنین آشکار می شود که تمایل [به قبول] روایت دارد و در کتاب دروس گفته است که روایت متعارضی با این روایت وجود ندارد اما سند این روایت ضعیف است و عموم ادله، آن را نفی می کند. [مثلاً آیه «به عقود وفا کنید» بیانگر آن است که هرکس تعهد می کرد باید به آن عمل کند و در اینجا هم مدیون مثلاً تعهد کرده است که یک میلیون تومان بپردازد پس چه دلیلی دارد که نهصد هزار تومان بپردازد و روایتی که پرداخت نهصد هزار تومان را تجویز می کند

مخالف این آیه و سایر ادله است. [و بیع مجازاً حمل بر عقد ضمان می شود چون عقد ضمان از نظر معاوضی بودن شبیه عقد بیع است] یعنی روایت امام رضا (ع) که می گوید خریدار فقط می تواند به اندازه مبلغی که پرداخته است، به مدیون مراجع کند منظورش عقد ضمان است بنابراین اگر «الف» یک میلیون تومان به «ب» بدهکار بود و «ب» آن را به مبلغ نهصد هزار تومان به «ج» فروخت، در حقیقت میان «ب» و «ج» عقد بیع صورت نگرفته است هر چند در روایت واژه «بیع» بکار رفته است بلکه منظور از «بیع» عقد «ضمان» است یعنی «ج» ضمانت «الف» را کرده و نهصد هزار تومان در مقابل یک میلیون تومانی که «الف» به «ب» بدهکار بوده است به «ب» پرداخت کرده است و در عقد ضمان می دانیم که ضامن «ج» فقط به اندازه ای که به مضمون له «ب» پرداخته است حق دارد به مضمون عنه «الف» مراجعه کند] و یا اینکه عقد بیع را بخاطر ربا یا به دلیل دیگری فاسد بدانیم که در این صورت، پرداخت از سوی مشتری به اندازه ای که پرداخته است مأذون بوده و بقیه آن متعلق به مالکش می باشد. [یعنی می گوئیم عقدی که میان «ب» و «ج» در مورد فروش دین منعقد گردیده است باطل می باشد زیرا یک میلیون تومان در مقابل نهصد هزار تومان فروخته شده است و این بیع ربوی است که باطل می باشد پس حال که عقد بیع باطل شد می گوئیم که «ج» از سوی «الف» اجازه داشته است تا نهصد هزار تومان به «ب» بپردازد و حق دارد این نهصد هزار تومان را از «الف» بگیرد اما یکصد هزار تومان باقیمانده متعلق به مالک آن یعنی «ب» می باشد. [اما نظریه قوی تر آن است که اگر بیع را صحیح بدانیم، خریدار حق دارد تمام دین را از مدیون بگیرد که البته باید مقررات ربا و بیع صرف را رعایت کرد و اگر [عقدی که میان خریدار و طلبکار منعقد می گردد] عقد صلح باشد فقط از مقررات بیع صرف معاف می شود. [اگر «ج» دین «الف» را از «ب» خرید نباید مبلغی که «ج» به «ب» می دهد کمتر یا بیش تر از مبلغ دین باشد زیرا بیع ربوی خواهد شد و نیز اگر ثمن و مثنی، درهم و دینار هستند باید در مجلس عقد، قبض و اقباض صورت گیرد چون بیع صرف است. حال ممکن است «ب» و «ج» عقد خود را به صورت صلح منعقد کنند یعنی دینی را که «ب» بر ذمه «الف» دارد به مبلغی مصالحه کنند، در این صورت بازهم باید مقررات ربا را رعایت کنند یعنی تفاوت قیمت وجود نداشته باشند زیرا ربا در عقد صلح نیز وجود دارد اما لازم نیست مقررات

بیع صرف را رعایت نمایند زیرا مقررات صرف از جمله لزوم قبض و اقباض ثمن، مخصوص عقد بیع است و در صلح رعایت نمی شود. [مرحوم ابن ادریس فروش دین به غیر مدیون را جایز نمی داند و به دلیلی استناد کرده است که دلالتی بر ادعای وی ندارد و نیز به تقسیمی استناد نموده که کامل نیست] و همه اقسام بیع را دربر نمی گیرد اما مشهور فقها، فروش دین را مطلقاً [یعنی به مدیون و غیر مدیون جایز می دانند بخاطر عموم ادله] مانند آیه «به عقود وفا کنید» که به صحت بیع دلالت دارد. خلاصه سخن ابن ادریس آن است که در هر بیعی، مبیع چند حالت بیش تر ندارد؛ یا عین معین است مانند این کتاب، یا عین کلی در ذمه است مانند یک کتاب شرح لمعه که به صورت کلی فروخته می شود. اگر عین معین باشد یا باید وجود خارجی داشته و در این قرارداد، هنگام بیع آن را ببینند یا اگر هنگام قرارداد، نزد آنها نیست آن را توصیف کنند، و اگر عین کلی فی الذمه است همان بیع سلف می شود. حال دینی که به غیر مدیون فروخته می شود هیچکدام از اینها نیست و شق دیگری هم وجود ندارد پس چنین بیعی باطل است. [اگر کافر ذمی، چیزی را که شخص مسلمان مالک آن نمی شود [به کافر ذمی دیگری] بفروشد مانند شراب و خوک، سپس با ثمنی که می گیرد، طلب مسلمانی را بپردازد، اخذ این پول از سوی مسلمان، صحیح است هر چند شخص مسلمان، شاهد معامله کافر ذمی با کافر ذمی بوده باشد زیرا شارع مقدس، چنین معامله ای را اجازه داده است اما به شرط اینکه کفار مخفیانه این معامله را انجام دهند همانگونه که در شرع بیان شده است اما اگر کافر، تظاهر به چنین معامله ای نماید، مسلمان نمی تواند ثمن آن را بگیرد و به همین دلیل است که معامله، منحصر به معامله کافر ذمی شده است زیرا کافر حربی پایبند به رعایت این مقررات نیست و در نتیجه مسلمان نمی تواند ثمن معاملات آنان را بعنوان طلب، از آنها بگیرد. [فرض کنید که «الف» و «ب» دو کافر ذمی هستند و «الف» مقداری شراب به «ب» می فروشد و یک میلیون تومان از «ب» می گیرد. حال «ج» که مسلمان است چنانچه پانصد هزار تومان از «الف» طلبکار باشد می تواند طلب خود را از این یک میلیون تومان بگیرد زیرا گرفتن ثمن شراب برای کفار ذمی، جایز است.]

(وَلَا تَحِلُّ الدُّيُونُ الْمَوْجَلَّةُ بِحَجْرِ الْمُفْلِسِ) عَمَلًا بِالْأَصْلِ (خِلَافًا لِابْنِ الْجَيْنِيدِ
 رَحِمَهُ اللَّهُ) حَيْثُ زَعَمَ أَنَّهَا تَحِلُّ، قِيَاسًا عَلَى الْمَيْتِ، وَ هُوَ بَاطِلٌ، مَعَ وُجُودِ الْفَارِقِ بِنَضْرُورٍ

الْوَرْتَةَ إِنْ مُبِعُوا مِنَ التَّصَرُّفِ إِلَى أَنْ يَحِلَّ، وَ صَاحِبِ الدَّيْنِ إِنْ لَمْ يُمْنَعُوا، بِخِلَافِ الْمُفْلَسِ لِبَقَاءِ ذِمَّتِهِ.

دیون مدّت دار با محجور شدن [ورشکسته شدن] مدیون، حال نمی شود بخاطر اصل [اصل استصحاب] برخلاف ابن جنید که گمان کرده است دیون، حال می شود و محجور را با متوفی، قیاس کرده است در حالی که قیاس باطل است و [میان محجور و متوفی] تفاوت وجود دارد زیرا [در صورت فوت مدیون] اگر ورثه، ممنوع از تصرف شوند تا مدّت دین فرابرسد، ضرر می کنند و اگر ممنوع از تصرف نشوند، صاحب دین ضرر می کند برخلاف محجور و ورشکسته که دین همچنان بر ذمّه او باقی است. [مصنّف اعتقاد دارد که ورشکسته شدن مدیون، سبب حال شدن بدهی مدّت دار او نمی شود زیرا بعد از ورشکستگی شکّ می کنیم که مدّت دین کماکان باقی است یا حال شده است و بقای مدّت را استصحاب می کنیم یعنی اصل بر بقای آن است اما ابن جنید آن را با فوت قیاس کرده و ورشکستگی را نیز مانند فوت سبب حال شدن دین می داند در حالیکه میان فوت و ورشکستگی تفاوت وجود دارد زیرا اگر مدت باقی باشد، ورثه حق ندارند اموال را تقسیم کنند بلکه باید تا زمان فرارسیدن مدت صبر کنند و این موجب ضرر آنها می شود و اگر اجازه داشته باشند که ترکه را تقسیم کنند، صاحب دین که هنوز مدت دینش فرانسیده است ضرر می کند اما شخص ورشکسته، بعد از ورشکستگی هم دین را برعهده دارد. مضافاً بر اینکه از نظر فقهای شیعه، قیاس باطل است.]

(وَتَحِلُّ) الدُّيُونُ الْمُؤَجَّلَةُ (إِذَا مَاتَ الْمُدْيُونُ) سِوَاءَ فِي ذَلِكَ مَالِ السَّلْمِ وَالْجِنَايَةِ الْمُؤَجَّلَةِ وَغَيْرِهِمَا، لِلْعُمُومِ وَكَوْنِ أَجْلِ السَّلْمِ يَفْتَضِي قِسْطاً مِنَ الثَّمَنِ وَأَجْلِ الْجِنَايَةِ يَتَعَيَّنُ الشَّارِعَ وَلِيَتَحَقَّقَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْجِنَايَاتِ لَا يَدْفَعُ عُمُومُ النَّصِّ، (وَلَا تَحِلُّ بِمَوْتِ الْمَالِكِ) دُونَ الْمُدْيُونِ، لِلْأَضَلِّ خَرَجَ مِنْهُ مَوْتِ الْمُدْيُونِ فَيَبْقَى الْبَاقِي.

وَقِيلَ: تَحِلُّ اسْتِنَاداً إِلَى رِوَايَةِ مُرْسَلَةٍ، وَبِالْقِيَاسِ عَلَى مَوْتِ الْمُدْيُونِ، وَهُوَ بَاطِلٌ.

دیون مدّت دار با فوت مدیون، حال می شود اعم از اینکه دین، مال سلم باشد [یعنی شخصی مثلاً یک اتومبیل را به مبلغی بفروشد مقرر شود که اتومبیل را یک سال بعد تحویل دهد و قبل از یک سال بمیرد. در این صورت باید ورثه قبل از یک سال اتومبیل را تحویل خریدار دهند] و جنایت مدت دار باشد [مثلاً شخصی، دیگری را به

قتل خطائی رسانده و قانوناً باید دیه را ظرف مدت سه سال پردازد و قبل از سه سال بمیرد. در این صورت ورثه باید دیه را قبل از سه سال و پس از مرگ قاتل، پردازند] و یا غیر از مال سلم یا جنایت باشد بخاطر عموم [یعنی ادله شرعی که فوت مدیون را سبب حال شدن دیون می دانند، عام هستند و هرگونه دینی را شامل می شوند. اما اگر در مورد مال سلم و دیه، ایراد شوند بدین صورت که] مدت سلم مقتضی بخشی از ثمن است [مثلاً شخصی که اتومبیلی را ده میلیون تومان می فروشد تا ظرف مدت یک سال تحویل دهد، بخشی از ثمن در مقابل این مدت یکساله قرار می گیرد و اگر تحویل اتومبیل، مدت دار نبود قیمت آن کمتر می شد پس نمی توان گفت با مرگ مدیون، دینش حال می شود چون مقداری از ثمن در مقابل مدت قرار گرفته است و این مدت باید سپری شود و اگر حال شود اصولاً باید مقداری از ثمن نیز کسر شود]. و مدت جنایت هم از سوی شارع تعیین شده است [یعنی شارع گفته است که دیه قتل شبه عمد ظرف مدت دو سال و دیه قتل خطای محض ظرف مدت سه سال پرداخت شود پس اراده دو طرف تأثیری در آن ندارد و مرگ قاتل نیز نمی تواند حکم شرعی را تغییر دهد] و نیز مدت جنایت برای آن است که میان انواع جنایات، تفاوت وجود داشته باشد [مثلاً دیه قتل شبه عمد و قتل خطای محض باهم این تفاوت را دارند که اولی ظرف مدت دو سال و دومی ظرف مدت سه سال پرداخت می شود. مصنف می گوید قرار گرفتن مقداری از ثمن در مقابل مدت و تعیین مدت دیه از سوی شارع و لزوم تفاوت میان انواع جنایات] عموم دلیل را از بین نمی برد [یعنی عموم ادله بقدری قوی است که همه این حالت ها را دربرمی گیرد و در همه این موارد، فوت مدیون سبب حال شدن دین مدت دار می شود]. اما مرگ مالک [و طلبکار] سبب حال شدن دین نمی شود برخلاف مدیون [که مرگ او سبب حال شدن دین می شود] بخاطر اصل [استصحاب یعنی پس از مرگ طلبکار، شک می کنیم که دین او حال شده است یا خیر، اصل استصحاب می گوید که مدت قبلی کماکان پابرجاست] اما مرگ مدیون از این اصل خارج می شود [یعنی استصحاب مدت را نمی توان در صورت مرگ مدیون جاری کرد زیرا دلیل خاص وجود دارد که مدت دین با مرگ مدیون، حال می شود] و بقیه موارد باقی می ماند [مثلاً باقی ماندن مدت در صورت فوت طلبکار، تحت شمول اصل استصحاب باقی می ماند] و یک دیدگاه آن

است که دین مدت دار در صورت مرگ طلبکار نیز حال می شود و استناد این دیدگاه به یک روایت مرسل است و نیز آن را با مرگ مدیون، قیاس می کنند در حالیکه قیاس باطل است.

(وَلِلْمَالِكِ انْتِزَاعُ السَّلْعَةِ) الَّتِي نَقَلَهَا إِلَى الْمُفْلَسِ قَبْلَ الْحَجْرِ وَلَمْ يَسْتَوْفِ عَوْضَهَا مَعَ وُجُودِهَا مُقَدِّمًا فِيهَا عَلَى سَائِرِ الدُّبَانِ (فِي الْفُلْسِ إِذَا لَمْ تَزِدْ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً) كَالسَّمَنِ، وَالطُّولِ، فَإِنْ زَادَتْ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُهَا، لِحُصُولِهَا عَلَى مَلِكِ الْمُفْلَسِ، فَيَمْتَنِعُ أَخْذُ الْعَيْنِ بِدُونِهَا وَمَعَهَا (وَقِيلَ: يَجُوزُ) انْتِزَاعُهَا (وَإِنْ زَادَتْ) لِأَنَّ هَذِهِ الزِّيَادَةَ صِفَةٌ مُحْضَةٌ، وَ لَيْسَتْ مِنْ فِعْلِ الْمُفْلَسِ، فَلَا تُعَدُّ مَالًا لَهُ وَ لِعُمُومِ مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا، وَ فِي قَوْلِ ثَالِثٍ: يَجُوزُ أَخْذُهَا، لَكِنْ يَكُونُ الْمُفْلَسُ شَرِيكًا بِمِقْدَارِ الزِّيَادَةِ (وَ لَوْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ مُتَّصِلَةً) كَالْوَلَدِ وَ إِنْ لَمْ يَنْفَصِلْ، وَ الثَّمَرَةِ وَ إِنْ لَمْ تُقْطَفْ (لَمْ يَمْنَعُ) مِنَ الْاِنْتِزَاعِ وَ كَانَتْ الزِّيَادَةُ لِلْمُفْلَسِ، وَ لَوْ كَانَتْ بِفِعْلِهِ كَمَا لَوْ عَرَسَ، أَوْ صَبَغَ الثُّوبَ، أَوْ خَاطَهُ، أَوْ طَحَنَ الْحِنْطَةَ كَانَ شَرِيكًا بِنِسْبَةِ الزِّيَادَةِ.

مالک می تواند مالی را که قبل از محجور شدن ورشکسته به وی انتقال داده و هنوز عوض آن را نگرفته و آن مال نزد ورشکسته وجود دارد، آن را بردارد و او نسبت به مال خودش مقدم بر سایر طلبکاران در ورشکستگی است مگر اینکه زیادی متصلی همچون چاقی و طول در مال بوجود آمده باشد پس اگر زیادی متصل بوجود آمده باشد، مالک حق ندارد مالش را پس بگیرد چون این زیادی در ملک ورشکسته بوجود آمده است و عین را نمی توان بدون زیادی پس گرفت [چون زیادی، متصل به آن است] و با زیادی هم نمی توان پس گرفت [چون زیادی، مال ورشکسته است. فرض کنید «الف» اتومبیل خود را به «ب» فروخته و عوض آن را نگرفته است و در این هنگام «ب» ورشکست می کند. «الف» می تواند اتومبیل خود را که عیناً میان اموال «ب» وجود دارد بردارد و او بر سایر طلبکاران نسبت به این اتومبیل تقدم دارد مگر اینکه زیادی متصله ای در مال بوجود آمده باشد مثلاً گوسفندی بوده که وزن آن افزایش پیدا کرده است. با این وجود، در مورد مالی که زیادی متصله ای در آن بوجود آمده است] گفته شده که مالک می تواند آن را پس بگیرد هر چند زیادی در آن بوجود آمده باشد زیرا این زیادی، یک صفت محض است که بر اثر عمل ورشکسته بوجود نیامده است تا جزء اموال

ورشکسته محسوب شود و نیز بخاطر عموم [روایتی از پیامبر که فرمود] هرکس عین مالش را بیابد، بر آن سزاوارتر است و نظریه‌ای سومی وجود دارد که مالک می‌تواند مال خود را بردارد اما شخص ورشکسته [که زیادی در ملک او بوجود آمده است] نسبت به مقدار زیادی، با مالک شریک می‌شود [مثلاً اگر گوسفندی پنج کیلو اضافه وزن پیدا کرده است، ورشکسته در این پنج کیلو با مالک گوسفند شریک می‌شود] و اگر زیادی منفصل باشد مانند فرزند [بیجه گوسفند] هر چند هنوز جدا نشده [و به دنیا نیامده] باشد و میوه هر چند هنوز چیده نشده باشد [در این موارد] منعی وجود ندارد که مالک، مال خود را بردارد و مقدار زیادی متعلق به ورشکسته هر چند این مقدار زیادی بر اثر عمل ورشکسته باشد مانند [درختی که آن را] کاشته باشد یا رنگ کردن لباس یا دوختن آن یا آرد کردن گندم [که در این موارد، ورشکسته] نسبت به مقدار زیادی، شریک مالک می‌شود [مثلاً اگر اتومبیلی پنج میلیون تومان ارزش داشته و شخص ورشکسته آن را رنگ و تعمیر کرده و قیمت آن شش میلیون تومان شده باشد، مالک اتومبیل، آن را پس می‌گیرد و شخص ورشکسته نسبت به یک میلیون تومان با مالک شریک می‌شود].

(وَعَرْمَاءُ الْمَيِّتِ سَوَاءٌ فِي تَرَكَتِهِ مَعَ الْقُصُورِ) فَيَقَسَّمُ عَلَى نِسْبَةِ الدُّيُونِ سَوَاءٌ فِي ذَلِكَ صَاحِبُ الْعَيْنِ وَغَيْرُهُ (وَمَعَ الْوَفَاءِ لِصَاحِبِ الْعَيْنِ أَخْذُهَا فِي الْمَشْهُورِ)، سَوَاءٌ كَانَتْ التَّرَكَةُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ أَمْ أَزِيدَ، وَ سَوَاءٌ مَاتَ مَخْجُوراً عَلَيْهِ أَمْ لَا، وَ مُسْتَنَدُ الْمَشْهُورِ صَحِيحَةُ أَبِي وَ لَادٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ.

(وَ قَالَ ابْنُ الْجَنَيْدِ: يَخْتَصُّ بِهَا وَ إِن لَّمْ يَكُنْ وَفَاءً) كَالْمُقَلَّسِ، قِيَاساً وَ اسْتِنَاداً إِلَى رَوَايَةٍ مُطْلَقَةٍ فِي جَوَازِ الْإِحْتِصَاصِ، وَ الْأَوَّلُ بَاطِلٌ وَ الثَّانِي يَجِبُ تَقْيِيدُهُ بِالْوَفَاءِ جَمْعاً. وَ رُبَّمَا قِيلَ: بِإِحْتِصَاصِ الْحُكْمِ بِمَنْ مَاتَ مَخْجُوراً عَلَيْهِ، وَ إِلَّا فَلَا إِحْتِصَاصَ مُطْلَقاً، وَ صَحِيحُ النَّصِّ يَدْفَعُهُ.

طلبکاران متوفی نسبت به ترکه متوفی، مساوی هستند در صورتی که ترکه کمتر از طلب طلبکاران باشد بنابراین ترکه به نسبت دیون میان طلبکاران تقسیم می‌شود و در این خصوص، طلبکاری که عین مالش میان ترکه است با سایر طلبکاران تفاوتی ندارد [فرض کنید «الف» فوت می‌کند و ترکه او معادل صد تومان است و «ب» از او شصت

تومان و «ج» نود تومان و «د» یکصد و پنجاه تومان طلب دارد که مجموعاً سیصد تومان می‌شود. نسبت ترکه (۱۰۰ تومان) و طلب‌ها (۳۰۰ تومان) یک سوم است بنابراین هر یک از طلبکاران یک سوم طلب خود را می‌گیرد یعنی «ب» بیست تومان، «ج» سی تومان و «د» پنجاه تومان می‌گیرد.] و اگر ترکه کمتر از طلب‌ها نبود، صاحب عین می‌تواند براساس نظر مشهور فقها، عین مالش را از ترکه بردارد اعم از اینکه ترکه معادل دین باشد یا بیشتر از آن باشد و اعم از اینکه متوفی، در حال حجر و ورشکستگی بمیرد یا خیر، و مستند نظر مشهور فقها، روایت صحیحی است که ابی ولّاد از امام صادق (ع) بیان کرده است. ابن جنید گفته است که عین مال به صاحبش اختصاص دارد هر چند ترکه کمتر از دین باشد مانند مفلس که میت با وی قیاس می‌شود و نیز به روایتی استناد کرده است که مطلقاً می‌گوید عین به صاحب آن اختصاص دارد اما قیاس باطل است و روایت هم مقید به صورتی می‌شود که ترکه کمتر از دین نباشد تا جمع میان روایت‌ها شود. [ابن ادریس که عین مال را مخصوص صاحبش می‌داند هر چند ترکه به اندازه دین نباشد دو دلیل آورده است؛ یکی اینکه آن را با ورشکسته قیاس می‌کنیم یعنی همانگونه که اگر شخصی ورشکسته شود و عین مال دیگری میان اموالش باشد، صاحب مال می‌تواند عین مالش را بردارد هر چند ترکه کمتر از دیون باشد متوفی نیز همین حکم را دارد اما پاسخ داده می‌شود که قیاس نزد فقهای شیعه باطل است. دلیل دیگر روایتی است که به صورت مطلق، مال را متعلق به صاحبش می‌داند و این اطلاق شامل صورتی هم می‌شود که ترکه کمتر از دین باشد اما پاسخ داده می‌شود که در اینجا دو دسته روایت داریم؛ یک دسته روایاتی که مطلقاً مال را متعلق به صاحبش می‌دانند و دسته دیگر روایاتی که مال را در صورتی متعلق به صاحبش می‌دانند که ترکه کمتر از دین نباشد و قواعد اصولی اقتضا می‌کند که روایات مطلق را حمل بر مقید نمائیم تا بدینوسیله میان این روایت‌ها جمع نمائیم.] یک دیدگاه هم آن است که صاحب مال در صورتی می‌تواند مال خود را بردارد که متوفی در حال ورشکستگی و محجور بودن، مرده باشد و گرنه [یعنی اگر در حال محجور بودن نمرده باشد] مطلقاً نمی‌تواند مال خود را پس بگیرد [اعم از اینکه ترکه به اندازه دیون باشد یا نباشد] اما روایت صحیح این نظریه را ردّ می‌کند.

(وَلَوْ وُجِدَتِ الْعَيْنُ نَاقِصَةً بِفِعْلِ الْمُفْلَسِ) أَخَذَهَا إِنْ شَاءَ (وَضُرِبَ بِالنَّقْصِ مَعَ الْغُرْمَاءِ مَعَ نِسْبَتِهِ) أَي: نِسْبَةُ النَّقْصِ (إِلَى الثَّمَنِ) بِأَنْ تُنْسَبَ قِيَمَةُ النَّاقِصَةِ إِلَى الصَّحِيحَةِ وَ يُضْرَبُ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي بَاعَهُ بِهِ بِتِلْكَ النِّسْبَةِ، كَمَا هُوَ مُقْتَضَى قَاعِدَةِ الْأَرْشِ، وَلِئَلَّا يُجْمَعَ بَيْنَ الْعَوْضِ وَالْمَعْوَضِ فِي بَعْضِ الْفُرُوضِ، وَ فِي اسْتِفَادَةِ ذَلِكَ مِنْ نِسْبَةِ النَّقْصِ إِلَى الثَّمَنِ خَفَاءً، وَ لَوْ كَانَ النَّقْصُ بِفِعْلِ غَيْرِهِ فَإِنَّ وَجِبَ أَرْشُهُ ضَرْبٌ بِهِ قَطْعًا، وَ لَوْ كَانَ مِنْ قِبَلِ اللَّهِ تَعَالَى، فَلِأَقْوَى أَنَّهُ كَذَلِكَ، سَوَاءً كَانَ الْفَائِتُ مِمَّا يَتَفَسَّطُ عَلَيْهِ الثَّمَنُ بِالنِّسْبَةِ كَعَبْدٍ مِنْ عَبْدَيْنِ أَمْ لَا، كَيْدِ الْعَبْدِ، لِأَنَّ مُقْتَضَى عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ عِنْدَ فَسْخِهِ رُجُوعُ كُلِّ عَوْضٍ إِلَى صَاحِبِهِ، أَوْ بَدَلِهِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ تَخْصِيصَ النَّقْصِ بِفِعْلِ الْمُفْلَسِ لَا يَظْهَرُ لَهُ نُكْتَةٌ، لِأَنَّهُ إِثْمًا مُسَاوٍ لِمَا يَخْدُتُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى، أَوْ الْأَجْنَبِيِّ عَلَى تَفْدِيرِ الْفَرْقِ، أَوْ حُكْمِ الْجَمِيعِ سَوَاءً عَلَى الْقَوْلِ الْأَقْوَى.

اگر عین مال به صورت ناقص یافت شود و این نقص ناشی از عمل شخص ورشکسته باشد، صاحب عین می تواند همان عین ناقص را پس بگیرد [مانند اینکه «الف» پیراهنی را به «ب» بفروشد و «ب» ورشکسته شود و عین لباس میان اموال وی وجود داشته باشد اما این لباس بر اثر استفاده شخص ورشکسته، ناقص و کم ارزش شده باشد. حال صاحب قبلی پیراهن می تواند این پیراهن را با همین وضعیتی که دارد پس بگیرد] و صاحب عین به نسبت نقص با ثمن، شریک سایر طلبکاران می شود بدین صورت که نسبت قیمت عین ناقص با قیمت عین صحیح و کامل، سنجیده می شود و به همین نسبت از ثمنی که عین را با آن فروخته است کسر می شود همانگونه که در قاعده تعیین آرش رفتار می شود [مثلاً اگر قیمت لباس ناقص، یک چهارم قیمت لباس صحیح باشد و صاحب لباس، آن را به مبلغ صد تومان فروخته باشد پس صاحب پیراهن عین پیراهن ناقص را برداشته و در یک چهارم ثمن یعنی بیست و پنج تومان با بقیه طلبکاران شریک می شود] و برای اینکه در برخی صورتهای، میان عوض و معوض جمع نشود [یعنی یک نفر صاحب عوض و معوض نشود مثلاً اگر قیمت لباس صحیح دوپست تومان باشد و قیمت لباس ناقص، یکصد تومان باشد چنانچه صاحب لباس بخواهد لباس ناقص به اضافه مابه التفاوت قیمت (صد تومان) را پس بگیرد، هم لباس را گرفته و هم ثمنی که پرداخته است که عادلانه نیست اما اگر نسبت سنجی کنیم، لباس معیوب بعلاوه

پنجاه تومان می‌گیرد] و اینکه جمع میان عوض و معوض را از نسبت میان نقص و ثمن بدست آوریم، روشن نیست [این جمله، ایرادی از شهیدثانی به شهید اول است و ایراد چنین است که شهید اول برای اینکه بفهماند در برخی صورتها جمع میان عوض و معوض می‌شود عبارت (مع نسبته الی الثمن) را بکاربرد یعنی نسبت نقص به ثمن را می‌سنجیم حال آنکه این عبارت دلالتی بر ممنوعیت جمع میان عوض و معوض ندارد و عبارتی ناقص می‌باشد پس خودمان باید با توجه به دلایل خارجی بگوئیم که منظور از عبارت آن است که قیمت عین ناقص را با قیمت عین صحیح می‌سنجیم یعنی منظور از «ثمن» قیمت عین صحیح است و گرنه نمی‌توان قیمت عین ناقص را با ثمنی که پرداخت شده است سنجید و روشن نبودن سخن شهید اول در همین است که بجای عبارت «قیمت عین صحیح»، کلمه «ثمن» را بکاربرده است.] و اگر نقصی که در عین بوجود آمده است بخاطر عمل شخصی غیر از ورشکسته باشد و موجب ارش شود قطعاً صاحب عین به نسبت حقش با سایر طلبکاران شریک می‌شود [یعنی اگر نقصی که در عین بوجود آمده است ناشی از عمل شخص ورشکسته نباشد بلکه ناشی از فعل غیر باشد و این نقص موجب پرداخت ارش شود باید ارش به شخص ورشکسته پرداخت شود و صاحب عین، عین ناقص را پس بگیرد و نسبت به مابه‌التفاوت قیمت بر همان مبنایی که قبلاً گفته شد با سایر طلبکاران شریک شود بنابراین تفاوتی ندارد که این نقص ناشی از عمل شخص ورشکسته باشد یا ناشی از عمل شخص دیگری باشد.] و اگر نقصی که در عین بوجود آمده است از سوی خداوند باشد [یعنی کسی آن را بوجود نیاورده باشد بلکه خود بخود وجود آید مانند اینکه گوسفند بیمار شود] باز هم نظریه قوی‌تر آن است که همین حکم جاری می‌شود [یعنی صاحب عین، عین ناقص را پس می‌گیرد و نسبت به مابه‌التفاوت با سایر طلبکاران شریک می‌شود] اعم از اینکه نقص بوجود آمده جزء نقایصی باشد که ثمن در مقابل آن به نسبت، تقسیط می‌شود مانند یک عبد از دو عبد یا چنین نباشد مانند دست عبد زیرا مقتضای عقد معاوضه آن است که هرگاه فسخ شود، هر عوضی به صاحبش برمی‌گردد یا بدل آن به وی داده می‌شود. [نقصی که در عین بوجود می‌آید به دوگونه است؛ گاهی نقصی است که جزئی از ثمن در مقابل آن قرار گرفته است مثلاً هرگاه شخصی دو اتومبیل را به مبلغ ده میلیون تومان

بخرد، به ازای هر اتومبیل، پنج میلیون تومان پرداخته است و گاهی نقضی است که جزئی از ثمن در مقابل آن قرار نمی‌گیرد مثلاً هرگاه شیشه اتومبیل بشکند اینگونه نیست که مثلاً پنجاه هزار تومان از ثمن در مقابل شیشه اتومبیل قرار گرفته باشد. صاحب عین ناقص شده در هر دو صورت نسبت به نقض بوجود آمده با سایر طلبکاران شریک می‌شود زیرا عقد بیع که یک عقد معاوضی است با ورشکسته شدن خریدار، فسخ می‌شود و عین مال هر چند که ناقص باشد به صاحبش برمی‌گردد و اگر کلاً از بین رفته باشد، بدلش به آن برمی‌گردد. و بدان‌که تخصیص نقض در عین به عمل شخص ورشکسته، توجیهی ندارد زیرا این نقض یا با نقضی که از سوی خداوند بوجود می‌آید مساوی است و یا با نقضی که از سوی شخصی غیر از ورشکسته بوجود می‌آید مساوی است با این فرض که [میان نقضی که از سوی خداوند بوجود می‌آید و نقضی که از سوی شخص ثالث بوجود می‌آید تفاوت وجود داشته باشد] و یا حکم همه این موارد بنابر نظریه قوی‌تر، یکسان است. [شهادتانی از عبارت «و اعلم» به بعد، به شهید اول ایراد می‌گیرد و خلاصه ایرادش آن است که نقضی که از سوی شخص ورشکسته در عین بوجود می‌آید همانند نقضی است که از سوی شخصی دیگری بوجود می‌آید و عده‌ای هم می‌گویند که همانند نقضی است که از سوی خداوند بوجود می‌آید که بنابر نظر نخست، حکم هر سه مورد یکسان است و بنابر نظر دوم حکم نقض از سوی ورشکسته و نقض از سوی غیرورشکسته یکسان است پس چه دلیلی است که ایشان فقط حالت ایجاد نقض از سوی شخص ورشکسته را بیان کرد بلکه باید هر سه مورد را بیان می‌کرد یا به فرض اینکه بگوئیم حالت نقض از سوی خداوند با دو حالت دیگر فرق دارد، حالت نقض از سوی غیرشخص ورشکسته را نیز بیان می‌کرد.]

(وَلَا يُقْبَلُ إِفْرَارُهُ فِي خَالَ التَّقْلِيسِ بَعَيْنٍ، لَتَعْلَقَ حَقُّ الْعُرْمَاءِ بِأَعْيَانِ مَالِهِ قَبْلَهُ) فَيَكُونُ إِفْرَارُهُ بِهَا فِي قُوَّةِ الْأَفْرَارِ بِمَالِ الْغَيْرِ، وَلِلْحَجْرِ عَنِ التَّصَرُّفِ الْمَالِيِّ الْمَانِعِ مِنْ نَفُودِ الْأَفْرَارِ (وَيَصِحُّ) إِفْرَارُهُ (بِدَيْنٍ)، لِأَنَّهُ عَاقِلٌ مُخْتَارٌ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ: «إِفْرَارُ الْعُقَلَاءِ عَلَى أَنْفُسِهِمْ جَائِزٌ» وَالْمَانِعُ فِي الْعَيْنِ مُنْتَفٍ هُنَا، لِأَنَّهُ فِي الْعَيْنِ مُنَافٍ لِحَقِّ الدِّيَانِ الْمُتَعَلِّقِ بِهَا (وَ) هُنَا (يَتَعَلَّقُ بِدَمْتِهِ، فَلَا يُشَارِكُ الْعُرْمَاءَ الْمُقَرُّ لَهُ)، جَمْعاً بَيْنَ الْحَقَّيْنِ (وَ قَوَى الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللهُ) وَ تَبَعَهُ الْعَلَامَةُ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ (الْمُشَارَكَةَ)، لِلْحَبَرِ وَ لِعُمُومِ الْأِذْنِ فِي

قِسْمَةً مَالِهِ بَيْنَ غُرْمَائِهِ، وَ لِلْفَرْقِ بَيْنَ الْأِقْرَارِ، وَالْإِنْشَاءِ، فَإِنَّ الْأِقْرَارَ إِخْبَارٌ عَنْ حَقِّ سَابِقٍ، وَالْحَجْرُ إِنَّمَا يُبْطِلُ إِحْدَاثَ الْمَلِكِ، وَ لِأَنَّهُ كَالْبَيْتَةِ، وَ مَعَ قِيَامِهَا لَا إِشْكَالَ فِي الْمُشَارَكَةِ. وَ يُشْكَلُ بَأَنَّ رَدَّ إِقْرَارِهِ لَيْسَ لِنَفْسِهِ بَلْ لِحَقِّ غَيْرِهِ فَلَا يُنَافِيهِ الْحَبْرُ، وَ نَحْنُ قَدْ قَبَلْنَاهُ عَلَى نَفْسِهِ بِالْزَامِهِ بِالْمَالِ بَعْدَ الْحَجْرِ، وَ مُشَارَكَةُ الْمُقَرَّرِ لَهُ لِلْغُرْمَاءِ هُوَ الْمَانِعُ مِنَ التَّفْوِذِ الْمَوْجِبِ لِمَسَاوَاةِ الْأِقْرَارِ لِلْإِنْشَاءِ فِي الْمَعْنَى، وَ كَوْنُهُ كَالْبَيْتَةِ مُطْلَقًا مَمْنُوعٌ، فَمَا اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ أَقْوَى. وَ مَوْضِعُ الْخِلَافِ مَا لَوْ أُسْنَدَهُ إِلَى مَا قَبْلَ الْحَجْرِ، أَمَّا بَعْدَهُ فَإِنَّهُ لَا يَنْفَعُ مَعْجَلًا قَطْعًا، نَعَمْ لَوْ أُسْنَدَهُ إِلَى مَا يَلْزَمُ ذِمَّتَهُ كَاتِلَافٍ مَالٍ أَوْ جِنَايَةٍ، شَارَكَ، لَوْفَوْعِ السَّبَبِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ الْمُسْتَحَقِّ فَلَا تَقْصِيرَ، بِخِلَافِ الْمُعَامِلِ.

اقرار شخص ورشکسته نسبت به عین مال در زمان ورشکستگی پذیرفته نمی شود
 [مانند اینکه بگوید این اتومبیل متعلق به «الف» می باشد] زیرا حق طلبکاران قبل از اقرار به عین اموال وی تعلق گرفته است [یعنی به محض اینکه شخصی ورشکسته شود، طلبکاران وی نسبت به اموالش حق عینی پیدا می کنند یعنی این اموال، وثیقه طلب آنها قرار می گیرد] بنابراین اگر اقرار به عین مال نماید گویی اقرار به مال دیگران کرده است. [دلیل دوّم] ممنوع شدن شخص از تصرف در اموالش مانع نفوذ اقرارش می باشد [زیرا اقرار یک نوع تصرف در اموال است در حالیکه شخص محجور، حق تصرف در اموالش را ندارد] اما اقرار به دین، صحیح است [یعنی اقرارکننده بگوید: «الف» یک میلیون تومان از من طلب دارد] زیرا شخص ورشکسته، عاقل و مختار است بنابراین تحت شمول و عموم دلیلی قرار می گیرد که می گوید: اقرار عقلاء بر علیه خودشان، نافذ و معتبر است. [دلیل دوّم برای صحّت اقرار به دین آن است که] مانعی که برای پذیرش اقرار در عین وجود داشت، در اقرار به دین وجود ندارد زیرا اقرار به عین با حق طلبکاران که به این عین تعلق دارد، منافات دارد [زیرا شخص ورشکسته نسبت به عین اقرار می کند که متعلق حق طلبکاران است] اما اقرار به دین، به ذمّه او تعلق می گیرد بنابراین شخصی که به نفع او اقرار شده است با طلبکاران شریک نمی شود [و این عدم مشارکت] میان دو حق، جمع می کند. [یعنی کسی که به نفع او اقرار می شود حقتش آن است که می تواند در آینده به ورشکسته مراجعه کند و آنچه را که به نفع او اقرار کرده است از او بگیرد] اما با سایر طلبکاران شریک نمی شود و طلبکاران نیز حقتشان آن است که می توانند طلب خود را از اموال شخص ورشکسته وصول کنند بنابراین

بدینوسیله میان حق طلبکاران و حق کسی که به نفع او اقرار شده است، جمع می‌شود. [و مرحوم شیخ طوسی، مشارکت [شخصی که به نفع او اقرار شده است با سایر طلبکاران را] قوی می‌داند و مرحوم علامه حلی در برخی کتابهایش از این نظریه پیروی کرده است [و برای این نظریه، چند دلیل بیان شده است؛ یکی] روایت است [و دیگری] عموم اجازه تقسیم مال ورشکسته میان طلبکارانش می‌باشد [یعنی روایتی که می‌گوید اموال شخص ورشکسته باید میان طلبکارانش تقسیم شود، عام است بنابراین هم شامل طلبکاران قبلی می‌شود و هم شخصی که از راه اقرار شخص ورشکسته، طلبکار شده است. دلیل سوم آن است که] میان اقرار و انشاء، تفاوت وجود دارد زیرا اقرار، خبر دادن از حق سابق است [اما انشاء، حق جدیدی را بوجود می‌آورد مثلاً وقتی کسی می‌گوید: «یک میلیون تومان بدهکارم» معنایش آن است که بدهی از قبل وجود داشته است اما وقتی کسی عقد بیع را منعقد کرده و اتومبیل خود را می‌فروشد یعنی اینکه از زمان عقد بیع، اتومبیل را به تملیک دیگری درمی‌آورد. [و محجور شدن، ایجاد ملک را باطل می‌کند [یعنی شخص محجور نمی‌تواند ملکیتی را برای دیگری بوجود آورد اما می‌تواند خبر از ملکیت سابق بدهد دلیل چهارم آن است که] اقرار مانند شهادت است و وقتی شاهد اقامه شد، اشکالی در مشارکت وجود ندارد. [یعنی اگر شخصی، شاهد بیاورد که یک میلیون تومان از شخص ورشکسته طلب دارد با سایر طلبکاران شریک می‌شود پس وقتی ورشکسته اقرار نماید که دیگری یک میلیون تومان از وی طلب دارد، همین حکم را دارد زیرا اقرار هم مانند شهادت، یکی از دلایل می‌باشد. [اما پذیرش سخن مرحوم شیخ طوسی] مشکل است زیرا رد اقرار شخص محجور برای خودش نیست بلکه برای حق دیگری است بنابراین منافاتی با روایت ندارد و ما اقرار را از این جهت قبول می‌کنیم که به ضرر اقرارکننده است و او را ملزم می‌سازد که بعد از رفع محجوریت، مال خود را بدهد اما مشارکت شخصی که به نفع او اقرار شده است با طلبکاران، مانع نفوذ اقراری می‌شود که معنا، موجب برابری اقرار با انشاء می‌شود. [این قسمت، پاسخ به دلیلی است که می‌گوید اقرار، خبر از حق قبلی است و با انشاء تفاوت دارد و خلاصه‌اش آن است که اقرار در صورتی اعتبار دارد که به ضرر اقرارکننده باشد اما در اینجا به ضرر اقرارکننده نیست بلکه به ضرر بستانکاران اقرارکننده است و به نفع خودش می‌باشد زیرا نتیجه اقرار آن است که شخصی که به نفع او اقرار می‌شود با

طلبکاران شریک می‌شود و سهم طلبکاران کاهش می‌یابد و اقرارکننده هم از پرداخت طلب وی خلاصی پیدا می‌کند. [و اینکه اقرار مطلقاً مانند شهادت است، ممنوع می‌باشد] و این عبارت، پاسخ به دلیلی است که اقرار را مانند شهادت می‌دانند و خلاصه‌اش آن است که اقرار در همه احکام شبیه شهادت نیست هر چند در پاره‌ای موارد مانند هم هستند. [پس آنچه که شهید اول برگزیده است، قوی‌تر است] و سخن شیخ طوسی که اقرار به دین را سبب مشارکت مقرّله با سایر طلبکاران می‌داند، ضعیف است. [و محل اختلاف] فقها در اینکه اقرار به دین از سوی محجور، سبب می‌شود که مقرّله با سایر طلبکاران شریک شود یا خیر [در جایی است که اقرارکننده، اقرار خود را به عاملی نسبت دهد که قبل از محجور شدن وجود داشته است] مثلاً اقرار کند که «الف» قبل از محجور شدن وی، یک میلیون تومان به وی قرض داده است اما اگر آن را به سببی نسبت دهد که بعد از محجور شدن، رخ داده است، قطعاً اقرار وی مؤثر نخواهد بود [مانند اینکه بگوید «الف» بعد از محجور شدن وی، یک میلیون تومان به وی قرض داده است]: اگر دین بعد از محجور شدن را به عاملی نسبت دهد که ملازمه با ذمه و تعهد او دارد، مقرّله با سایر طلبکاران شریک می‌شود مانند اینکه اقرار کند مالی را تلف کرده یا جنایتی را مرتکب شده است زیرا این سبب بدون اختیار شخص محجور، رخ داده است و تقصیری ندارد برخلاف جایی که معامله‌ای را انجام می‌دهد. [خلاصه اینکه اگر اقرارکننده به عاملی اقرار کند که مربوط به بعد از محجور شدن اوست و این عامل، غیراختیاری باشد مانند اینکه اقرار کند جرمی را مرتکب شده است و باید دیه بدهد، در اینجا شخصی که به نفع او اقرار شده است با سایر طلبکاران شریک می‌شود اما اگر این عامل، اختیاری باشد مثلاً اقرار کند که معامله‌ای با «الف» انجام داده و یک میلیون تومان به وی بدهکار شده است، در اینجا شخصی که به نفع او اقرار شده است با سایر طلبکاران شریک نمی‌شود زیرا او و طرف معامله اطلاع داشته‌اند که در حالت حجر بوده و معامله وی اعتباری ندارد.]

(وَيْمَنَعُ الْمُتَمَلِّسُ مِنَ التَّصَرُّفِ) الْمُبْتَدَأُ (فِي أَعْيَانِ أَمْوَالِهِ) الْمُتَنَافِي لِحَقِّ الْغُرْمَاءِ، لَا مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ، وَاحْتَرَزْنَا بِالْمُبْتَدَأِ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ بِمِثْلِ الْفَسْخِ بِخِيَارٍ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِبْتِدَاءٍ تَصَرُّفٍ، بَلْ هُوَ أَثَرٌ سَابِقٍ عَلَى الْحَجْرِ، وَكَذَا لَوْ ظَهَرَ لَهُ عَيْبٌ فِيمَا اشْتَرَاهُ سَابِقًا، فَلَهُ الْفَسْخُ بِهِ. وَ هَلْ يُعْتَبَرُ فِي جَوَازِ الْفَسْخِ الْعِبْطَةُ، أَمْ يَجُوزُ اقْتِرَاحًا الْأَقْوَى الثَّانِي، نَظْرًا إِلَى

أَصْلُ الْحُكْمِ، وَإِنْ تَخَلَّفَتِ الْحِكْمَةُ. وَقِيلَ: تُعْتَبَرُ الْعِطَّةُ فِي الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ.
وَفَرَّقَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الْخِيَارَ ثَابِتٌ بِأَصْلِ الْعَقْدِ، لَا عَلَى طَرِيقِ الْمَصْلَحَةِ،
فَلَا يَتَقَيَّدُ بِهَا، بِخِلَافِ الْعَيْبِ. وَفِيهِ نَظَرٌ بَيْنٌ، لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا ثَابِتٌ بِأَصْلِ الْعَقْدِ عَلَى غَيْرِ جِهَةِ
الْمَصْلَحَةِ، وَإِنْ كَانَتِ الْحِكْمَةُ الْمُسَوِّغَةَ لَهُ هِيَ الْمَصْلَحَةُ، وَالْإِجْمَاعُ عَلَى جَوَازِ الْفَسْخِ
بِالْعَيْبِ وَإِنْ زَادَ الْقِيَمَةَ، فَضَلًّا عَنِ الْعِطَّةِ فِيهِ.

وَ شَمِلَ التَّصَرُّفُ فِي أَعْيَانِ الْأَمْوَالِ مَا كَانَ بِعَوْضٍ وَ غَيْرِهِ، وَ مَا تَعَلَّقَ بِنَقْلِ الْعَيْنِ
وَالْمَنْفَعَةِ، وَ خَرَجَ بِهِ التَّصَرُّفُ فِي غَيْرِهِ، كَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ، وَ إِسْتِيفَاءِ الْقِضَايِ وَالْعَقُوبِ عَنْهُ،
وَ مَا يُفِيدُ تَخْصِيصًا كَالْإِحْتِطَابِ وَالْإِتْهَابِ، وَ قَبُولِ الْوَصِيَّةِ وَإِنْ مَبْعُ مِنْهُ بَعْدَهُ، وَ بِالْمُنَافِي
عَنْ وَصِيَّتِهِ وَ تَدْبِيرِهِ، فَإِنَّهُمَا يَخْرُجَانِ مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدَ وَفَاءِ الدَّيْنِ، فَتَصَرَّفُهُ فِي ذَلِكَ وَ نَحْوِهِ
جَائِزٌ، إِذْ لَا ضَرَرَ عَلَى الْعُرْمَاءِ فِيهِ.

شخص محجور و ورشکسته حق تصرف ابتدائی در عین اموالش که منافات با حق طلبکاران داشته باشد را ندارد نه اینکه از هرگونه تصرفی، ممنوع باشد و با قید «تصرف ابتدائی در مالش» تصرفاتی همچون فسخ قرارداد با خیار فسخ را استثنا کردیم زیرا چنین تصرفی، تصرف ابتدائی نیست بلکه اثر امری است که قبل از محجور شدن وجود داشته است و همینطور است جایی که عیبی در کالایی ظاهر شود که قبلاً خریده است پس می تواند به استناد خیار عیب، قرارداد را فسخ نماید. [تصرف ابتدایی مانند اینکه شخص محجور، بعد از محجور شدن، خانه اش را بفروشد اما تصرف غیرابتدایی مانند اینکه شخص محجور، قبل از محجور شدن خانه ای را بخرد و بموجب قرارداد، حق فسخ قرارداد را داشته باشد و بعد از محجور شدن، حق فسخ خود را اعمال نموده و معامله را فسخ کند. تصرفی که برای شخص محجور، ممنوع است تصرف ابتدائی می باشد که از نوع اول است.] و آیا در جواز فسخ معامله، لازم است که غبطه و مصلحتی در فسخ وجود داشته باشد یا شخص محجور، بدون مصلحت نیز می تواند قرارداد را فسخ کند؟ نظریه قوی تر، نظر دوم است [یعنی لازم نیست مصلحتی در فسخ قرارداد وجود داشته باشد] بخاطر اصل حکم [یعنی اصل حکم آن است که حق فسخ به صورت مطلق و بدون هیچ قیدی، جایز باشد] هر چند این فسخ برخلاف مصلحت و حکمت باشد و یک دیدگاه آن است که در حالت دوم باید مصلحت وجود

داشته باشد [یعنی در حالتی که فسخ قرارداد بخاطر عیبی باشد که در مورد معامله پیدا می شود] اما در حالت اول، لازم نیست مصلحتی وجود داشته باشد [یعنی در حالتی که فسخ قرارداد بخاطر حق خیار باشد]. مرحوم مصنف [شهید اول] میان این دو صورت [یعنی صورت فسخ بخاطر عیب و صورت فسخ بخاطر خیار فسخ] فرق گذاشته است بدین صورت که خیار فسخ، با اصل عقد تحقق می یابد نه بخاطر غبطه و مصلحت بنابراین خیار فسخ، مقید به غبطه و مصلحت نمی شود [یعنی وقتی «الف» و «ب» عقد بیعی را باهم منعقد کردند و حق فسخ برای فروشنده یا خریدار یا هر دو، برقرار شد این حق بموجب عقد بیع بوجود می آید بنابراین رعایت یا عدم رعایت مصلحت در آن دخالتی ندارد] بخلاف خیار عیب [که مقید به مصلحت است یعنی خیار عیب بموجب عقد بوجود نمی آید بلکه بموجب عیبی است که آشکار می شود بنابراین صاحب خیار زمانی می تواند این خیار را اعمال نماید که مصلحت و غبطه ای در این کار وی وجود داشته باشد] اما در این فرق گذاشتن [میان خیار فسخ و خیار عیب] تأمل آشکار وجود دارد زیرا خیار فسخ و خیار عیب، هر دو بموجب عقد برقرار می شوند بدون اینکه مصلحتی در آن وجود داشته باشد هر چند حکمت و علتی که حق خیار را اجازه می دهد، مصلحت و غبطه است [یعنی حق خیار فسخ و خیار عیب با اصل قرارداد ثابت می شوند اما علت اینکه شارع، حق فسخ را اجازه داده است، مصلحت و غبطه ای است که در آن وجود دارد] و فقها اجماع دارند که می توان قرارداد را بخاطر خیار عیب فسخ نمود هر چند قیمت آن افزایش پیدا کرده باشد چه رسد به اینکه غبطه و مصلحتی در فسخ وجود داشته باشد. [شهید ثانی این اجماع را بیان کرده است تا نظر خود را مبنی بر اینکه تفاوتی میان خیار عیب و خیار فسخ وجود ندارد، تقویت کند و خلاصه اش آن است که اگر جنس معیوب افزایش قیمت پیدا کرده باشد مثلاً کم یاب شود باز هم شخص محجور می تواند معامله را فسخ کند چه رسد به اینکه غبطه و مصلحتی در جنس معیوب وجود داشته باشد]. تصرف در عین اموال شامل تصرفات معوض و غیرمعوض می شود [یعنی عبارت شهید اول که فرمود: (ویمنع المفسل من التصرف فی اعیان امواله) شامل تصرفاتی می شود که عوض دارد مانند بیع که مثلاً در مقابل فروش خانه، عوضی می گیرد و نیز شامل تصرفات غیرمعوض هم می شود مانند هدیه و صدقه و هبه

غیر معوضه] و نیز شامل تصرفاتی می شود که موجب انتقال عین می گردد [مانند بیع] و تصرفاتی که موجب انتقال منفعت می شود [مانند منفعت] و تصرف در غیر عین اموال، از این عبارت خارج می شود مانند نکاح و طلاق و اجرای قصاص و عفو از قصاص [زیرا در این موارد شخص محجور، تصرفات مالی انجام نمی دهد] و نیز تصرفاتی که موجب تحصیل مال می شود از این عبارت خارج است مانند هیزم جمع کردن و قبول هبه و قبول وصیت، هر چند بعد از این تصرفات، ممنوع از آنها می شود [یعنی شخص محجور می تواند مالی را به صورت مجانی قبول کند اما وقتی این مال را قبول کرد و جزء اموالش قرار گرفت، متعلق حق طلبکاران می شود و پس از آن حق ندارد تصرفی در اموالش بنماید.] و با عبارت «منافی»، وصیت و تدبیر، خارج می شود [یعنی با عبارت شهید اول که فرمود: (المنافی لحق الغرماء)، وصیت و تدبیر از تصرفات ممنوعه شخص محجور خارج می شود و می تواند وصیت و تدبیر را اجرا کند] زیرا وصیت و تدبیر از ثلث ترکه، بعد از پرداخت دیون، خارج می شود بنابراین تصرف شخص محجور در این مورد و نظایر آن جایز است زیرا ضرری برای طلبکاران ندارد [چرا که ابتدا طلبکاران، طلب خود را وصول می کنند پس اگر مالی باقی بماند، وصیت از محل آن اجرا می شود.]

(و تَبَاعُ) أَعْيَانُ أَمْوَالِهِ الْقَابِلَةِ لِلْبَيْعِ، وَ لَوْ لَمْ تَقْبَلْ كَالْمَنْفَعَةِ أَوْ جِزْتِ أَوْ صُوِّحَ عَلَيْهَا، وَ أُضِيفَ الْعَوْضُ إِلَى أُنْمَانِ مَا يُبَاعُ (و تُقَسَّمُ عَلَى الْغُرْمَاءِ) إِنْ وَفَى وَإِلَّا فَعَلَى نِسْبَةِ أَمْوَالِهِمْ (وَلَا يُدْخَرُ لِلْمُؤَجَّلَةِ) الَّتِي لَمْ تَحَلَّ خَالَ الْقِسْمَةِ (شَيْءٌ) وَ لَوْ حَلَّ بَعْدَ قِسْمَةِ الْبَعْضِ شَارَكَ فِي الْبَاقِي، وَ صَرَبَ بِجَمِيعِ الْمَالِ، وَ صَرَبَ بَاقِيَ الْغُرْمَاءِ بِبَقِيَّةِ دْيُونِهِمْ (وَيُحْضَرُ كُلُّ مَتَاعٍ فِي سَوْقِهِ) وَ جُوبًا مَعَ رَجَاءِ زِيَادَةِ الْقِيَمَةِ وَإِلَّا اسْتِخْبَابًا، لِأَنَّ بَيْعَهُ فِيهِ أَكْثَرُ لَطْلَابِهِ، وَ أَضْبَطُ لِقِيَمَتِهِ.

عین اموال شخص ورشکسته که قابل فروش است فروخته می شود و اگر مانند منفعت باشد که قابل فروش نیست، اجاره داده می شود یا این منافع مورد مصالحه قرار می گیرد و عوضی [که به دست می آید] به ثمن اموالی که فروخته شده است اضافه می شود و اگر کافی بود میان طلبکاران تقسیم می شود و اگر کافی نبود به نسبت اموال و طلب طلبکاران میان آنها تقسیم می شود. [فرض کنید «الف» ورشکست می شود و

یک اتومبیل دارد، اتومبیل وی فروخته شده و به طلبکار داده می‌شود و اگر سرقفلی و منافع یک مغازه را هم داشته باشد یا مالی به نفع او وقف شده باشد، این منافع به اجاره داده شده یا به عقد صلح به دیگری واگذار می‌شود و هر مبلغی که به دست آمد با ثمن اتومبیل، جمع شده و میان طلبکاران تقسیم می‌شود و اگر جمع این مبالغ کمتر از طلب طلبکاران باشد به نسبت طلب آنها، میان آنان تقسیم می‌گردد مثلاً «الف» چهار طلبکار دارد؛ «ب» به اندازه صد تومان، «ج» به اندازه دویست تومان، «د» به اندازه سیصد تومان و «ه» به اندازه چهارصد تومان طلب دارد که مجموع آنها هزار تومان است در حالیکه دارایی شخص ورشکسته پانصد تومان ارزش دارد. در اینجا نسبت میان طلب و دارایی، نصف است بنابراین به هر کدام از طلبکاران، نصف طلب آنها داده می‌شود که به ترتیب عبارت است از: پنجاه، صد، صد و پنجاه و دویست تومان. [برای دین مدّت داری که در حال تقسیم اموال، مدت آن فرانسیده است چیزی کنار گذاشته نمی‌شود و اگر بعد از تقسیم مقداری از اموال، مدّت دین فرا برسد، نسبت به باقیمانده اموال، شریک می‌شود و تمام طلب با بقیه طلبکاران شریک می‌شود اما بقیه طلبکاران نسبت به باقیمانده طلبشان شریک می‌شوند] در مثال قبلی فرض کنید که «الف» یک طلبکار هم دارد که طلب وی مدت دار است و مدّت دین او زمانی فرامی‌رسد که سایر طلبکاران نیمی از طلب خود را دریافت کرده‌اند و طلب شخص پنجم، معادل دویست و پنجاه تومان است که مجموع طلب‌ها هفتصد و پنجاه تومان می‌شود زیرا تمامی طلب طلبکار پنجم با نیمی از طلب چهار طلبکار دیگر که باقیمانده است جمع می‌شود. مالی که از بدهکار باقی مانده است، دویست و پنجاه تومان می‌باشد و نسبت دویست و پنجاه تومان با جمع مطالبات یعنی هفتصد و پنجاه تومان، یک سوم است بنابراین هر یک از طلبکاران یک سوم از طلب خود را دریافت می‌کنند.]

هر کالایی در بازار خودش فروخته می‌شود [مثلاً طلا در بازار طلا فروشی و کتاب در بازار کتاب فروشی، فروخته می‌شود و فروش کالا در بازار خودش] **واجب است اگر امید فروش با قیمت بالاتر وجود داشته باشد و گرنه** [یعنی اگر امید فروش گران‌تر وجود نداشته باشد، فروش در بازار همان کالا، مستحب است] **و علت فروش کالا در بازار خودش** [بخاطر آن است که فروش کالا در چنین بازاری، درخواست‌کنندگان

بیشتری دارد و قیمت آن هم نظم و انضباط بیشتری دارد [زیرا کارشناسان و اهل فن در این بازارها وجود دارند مثلاً در بازار طلا، خبره و کارشناس طلا وجود دارد و قیمت مناسب تری را برای طلا تعیین می کند].

(وِ يَحْبَسُ لَوْ ادَّعَى الْاِعْسَارَ حَتَّى يَثْبِتَهُ) بِاعْتِرَافِ الْعَرِيفِ، أَوْ بِالْبَيِّنَةِ الْمُطَّلَعَةِ عَلَى بَاطِنِ أَمْرِهِ إِنْ شَهِدَتْ بِالْاِعْسَارِ مُطْلَقًا، أَوْ تَلَفِ الْمَالِ حَيْثُ لَا يَكُونُ مُنْحَصِرًا فِي أَغْيَانٍ مَخْصُوصَةٍ، وَإِلَّا كَفَى اِطْلَاعُهَا عَلَى تَلَفِهَا، وَ يُعْتَبَرُ فِي الْأُولَى مَعَ الْاِطْلَاعِ عَلَى بَاطِنِ أَمْرِهِ بِكَثْرَةِ مُخَالَطَتِهِ، وَ صَبْرِهِ عَلَى مَا لَا يَصْبِرُ عَلَيْهِ ذَوُو الْبَسَارِ عَادَةً، أَنْ تَشْهَدَ بِإِثْبَاتِ يَتَضَمَّنُ التَّنْفِي، لَا بِالتَّنْفِي الصَّرْفِ، بَأَنَّ يَقُولَ: إِنَّهُ مُعْسِرٌ لَا يَمْلِكُ الْاِقْوَاتِ يَوْمِهِ، وَ ثِيَابِ بَدَنِهِ، وَ نَحْوِ ذَلِكَ. وَ هَلْ يَتَوَقَّفُ ثُبُوتُهُ مَعَ الْبَيِّنَةِ مُطْلَقًا عَلَى الْيَمِينِ قَوْلَانٍ؟

وَ إِنَّمَا يُحْبَسُ مَعَ دَعْوَى الْاِعْسَارِ قَبْلَ إِثْبَاتِهِ لَوْ كَانَ أَصْلُ الدَّيْنِ مَالًا كَالْقَرْضِ، أَوْ عَوْضًا عَنْ مَالٍ، كَتَمَنِ الْمَبِيعِ، فَلَوْ انْتَفَى الْأَمْرَانِ كَالْجِنَايَةِ وَ الْإِثْلَافِ قَبْلَ قَوْلِهِ فِي الْاِعْسَارِ بِيَمِينِهِ، لِأَصَالَةِ عَدَمِ الْمَالِ، وَ إِنَّمَا أَطْلَقَهُ الْمُصَنِّفُ اتِّكَالًا عَلَى مَقَامِ الدَّيْنِ فِي الْكِتَابِ (فَإِذَا ثَبَتَ) اِعْسَارُهُ (خَلِّي سَبِيلَهُ) وَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ التَّكْسِبُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: «وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ»

(وَ عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَ السَّلَامُ) بِطَرِيقِ السَّكُونِيِّ «أَنَّهُ كَانَ يَحْبَسُ فِي الدَّيْنِ ثُمَّ يَنْظُرُ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أُعْطِيَ الْعُرْمَاءَ، وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ دَفَعَهُ إِلَى الْعُرْمَاءِ فَيَقُولُ: اصْنَعُوا بِهِ مَا شِئْتُمْ (إِنْ شِئْتُمْ فَأَجْرُوهُ، وَ إِنْ شِئْتُمْ اسْتَعْمِلُوهُ) وَ هُوَ يَدُلُّ عَلَى وَجُوبِ التَّكْسِبِ فِي وَفَاءِ الدَّيْنِ، (وَ اخْتَارَهُ ابْنُ حَمَزَةَ وَ الْعَلَامَةُ) فِي الْمُخْتَلَفِ (وَ مَنَعَهُ الشَّيْخُ وَ ابْنُ اُدْرِيسَ)، لِلآيَةِ وَ أَصَالَةِ الْبَرَاءَةِ.

(وَ الْأَوَّلُ أَقْرَبُ)، لَوْجُوبِ قَضَاءِ الدَّيْنِ عَلَى الْقَادِرِ مَعَ الْمُطَالَبَةِ وَ الْمُتَكَسُّبِ قَادِرٌ، وَ لِهَذَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ الرِّكَاءَةُ، وَ حَبِئَذٍ فَهَوُ خَارِجٌ مِنَ الْآيَةِ، وَ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَيْهِ التَّكْسِبُ فِيمَا يَلِيقُ بِخَالِهِ عَادَةً، وَ لَوْ بِمُؤَاجَرَةِ نَفْسِهِ، وَ عَلَيْهِ تَحْمَلُ الرِّوَايَةُ.

اگر شخصی ادعای اعسار کند زندانی می شود تا اعسار خود را ثابت کند [و اثبات اعسار یا] از راه اعتراف طرف دعواست [که همان طلبکار می باشد یعنی طلبکار، ادعای بدهکار مبنی بر معسر بودن را تأیید می کند] یا از راه شهادت شاهی است که نسبت به زندگی خصوصی مدعی اعسار، آگاهی دارد اگر شهادت به اعسار، مطلق باشد [یعنی

اگر شاهد، علت اعسار را بیان نکند باید نسبت به زندگی خصوصی مدعی اعسار، آگاه باشد] و اگر مالی [که ادعای تلف شدن آن می شود] منحصر در اعیان مخصوص نباشد، شهادت به تلف شدن مال می دهد [یعنی اگر مدعی اعسار مثلاً بگوید اتومبیل من به سرقت رفته است، شاهد می تواند ادعای تلف شدن این اتومبیل را که منحصر در چند اتومبیل نیست، تأیید کند یا آن را ردّ نماید بنابراین کافی است که شهادت بدهد اتومبیل مورد ادعا، تلف شده است و باید نسبت به زندگی خصوصی مدعی اعسار، آگاهی داشته باشد] و گرنه [یعنی اگر مالی که ادعای تلف شدن آن می شود منحصر در چند مال مخصوص باشد] کافی است که شاهد، اطلاع بر تلف مال داشته باشد [و اطلاع از زندگی خصوصی مدعی اعسار، لازم نیست. خلاصه اینکه شاهد در دو جا باید نسبت به زندگی خصوصی اعسار نیز آگاهی داشته باشد؛ یکی اینکه شهادت وی به شکل مطلق و بدون ذکر علت باشد و دیگر اینکه مالی که ادعای تلف شدن آن می شود، منحصر در اموال خاصی نباشد. اما اگر آن مال، منحصر در چند مال باشد، شاهد لازم نیست که نسبت به زندگی خصوصی مدعی اعسار نیز آگاهی داشته باشد.] و در صورت اول [یعنی صورتی که شاهد باید نسبت به زندگی خصوصی مدعی اعسار نیز آگاهی داشته باشد] علاوه بر اطلاع بر زندگی خصوصی مدعی اعسار که از راه رفت و آمد زیاد و صبر کردن شخص محجور نسبت به اموری که اشخاص مال دار معمولاً نسبت به آنها صبر نمی کنند، لازم است شهادت به اثباتی داده شود که متضمن نفی است نه اینکه فقط شهادت به نفی داده شود مانند اینکه بگوید: او معسر است بگونه ای که غذای یک روز و لباس بدن و امثال اینها را ندارد، [خلاصه اینکه در مواردی که شاهد باید نسبت به زندگی خصوصی مدعی اعسار، آگاهی داشته باشد باید شهادت وی به امور اثباتی باشد مثلاً نگوید که مدعی اعسار، مالی ندارد بلکه مثلاً باید بگوید او معسری است که غذا و لباس ندارد. همچنین اطلاع بر زندگی خصوصی افراد بر اثر کثرت مجالست و رفت و آمد با اوست و شاهد می گوید که مدعی اعسار نسبت به اموری همچون بی لباسی و بی غذایی، صبر و تحمل دارد در حالیکه اشخاص مال دار چنین حالت هایی را تحمل نمی کنند و برای خود لباس و غذا تهیه می نمایند.] و در مورد اینکه آیا ثبوت اعسار علاوه بر بیته و شاهد مطلقاً [یعنی اعم از اینکه شاهد، اطلاع از زندگی خصوصی مدعی اعسار داشته باشد یا خیر] نیاز به سوگند [از سوی مدعی اعسار] نیز

دارد یا خیر، دو نظریه وجود دارد. مدعی اعسار زمانی که ادعای اعسار نماید، در صورتی قبل از اثبات اعسار، بازداشت می‌شود که اصل دین، مال باشد مانند قرض یا عوض از مال باشد مانند ثمن و بهای مبیع، پس اگر این دو امر، متفتی شد [یعنی اصل دین، مال یا عوض مال نبود] مانند جنایت یا تلف کردن مال [یعنی دینی که برعهده مدعی اعسار است ناشی از جنایتی است که به دیگری وارد کرده یا ناشی از مالی است که تلف کرده است]، سخن مدعی اعسار در مورد معسر بودن با سوگند وی پذیرفته می‌شود چون اصل بر عدم مال است [یعنی اگر کسی ادعای نداشتن مال کند، اصل بر آن است که مال نداشته باشد یعنی اصل بر عدم است و هرکس مطابق اصل سخن بگوید، سخن او با سوگند پذیرفته می‌شود] و مرحوم شهید اول سخن خود را به صورت مطلق، بیان کرد بخاطر اینکه به موقعیت بحث دین اکتفا نمود. [یعنی مصنف، زندانی کردن مدعی اعسار را به صورت مطلق بیان کرد بدون اینکه آن را مقید به حالتی نماید که موضوع اعسار، دین باشد و دلیلش آن است که اساساً بحث ما در مورد دین است و کتابی که در آن هستیم، کتاب دین است و بحث در مورد جنایات و اتلاف‌ها، موضوعات ندارد.] پس زمانی که اعسار مدعی اعسار ثابت شد، آزاد می‌شود و بر او واجب نیست [که برای برطرف کردن اعسار خود] به کسب و کار پردازد زیرا خداوند فرموده است: «و اگر در عسرت و تنگدستی است به او مهلت بدهید تا مال دار شود [در این آیه تکلیفی برای کسب و کار شخص معسر بیان نشده است.] و سکونی از حضرت علی (ع) روایت کرده است که وی [اشخاص را] بخاطر بدهی و دین، زندانی می‌کرد و سپس بررسی می‌کرد؛ اگر مالی از او بدست می‌آمد به طلبکاران می‌داد و اگر مالی از او بدست نمی‌آمد او را تحویل طلبکاران می‌داد و به آنها می‌گفت: با او هر کاری می‌خواهید انجام دهید؛ اگر خواستید او را اجازه بدهید و اگر خواستید از او کار بکشید. این روایت، دلالت بر وجوب کسب و کار برای ادای دین دارد و مرحوم ابن حمزه و علامه حلی در کتاب مختلف، همین نظریه را برگزیده‌اند اما مرحوم شیخ طوسی و ابن ادریس، این دیدگاه را رد کرده‌اند [و دلیل ایشان] آیه قرآن است [یعنی آیه ۲۸۰ سورة بقره که وجوب کسب و کار را بیان نکرده است و دلیل دیگر] اصل برائت است [یعنی شک می‌کنیم که کسب و کار بر شخص معسر، واجب است یا خیر، اصل بر برائت از وجوب است یعنی اصل آن است که کسب و کار، واجب نباشد] اما نظریه

نخست [یعنی وجوب کسب و کار] نزدیک تر به واقع است زیرا بر شخص قادر و توانا واجب است که بدهی خود را در صورت مطالبه [طلبکار] بپردازد و کسی که کسب و کار کند، قادر و تواناست [یعنی کسی که توان کار کردن دارد، قدرت بالقوه برای پرداخت بدهی هایش را دارد] و به همین دلیل است که زکات بر چنین شخصی حرام است و در این صورت، شخص توانا، مشمول آیه قرار نمی‌گیرد [یعنی آیه قرآن، کسب و کار را برای شخصی واجب نمی‌داند که توان کار کردن ندارد]. البته کسب و کار به اموری واجب است که عادتاً در شأن معسر باشد هر چند خودش را اجیر کند [بنا بر این نمی‌توان گفت که بر استاد دانشگاه که معسر شده است واجب است به کارگری بپردازد] و روایت نیز حمل بر همین معنا می‌شود [یعنی روایت حضرت علی (ع) که وجوب کسب و کار را بیان می‌کند اگر چه مطلق است و نوع کسب و کار را بیان نکرده است اما باید آن را حمل بر کسب و کاری نمود که در شأن شخص معسر است].

(وَ إِنَّمَا يُحِجَرُ عَلَى الْمَدْيُونِ إِذَا قَصَرَتْ أَمْوَالُهُ عَنْ دْيُونِهِ) فَلَوْ سَاوَتْهُ أَوْ زَادَتْ لَمْ يُحِجَرْ عَلَيْهِ إِجْمَاعاً، وَإِنْ ظَهَرَتْ عَلَيْهِ أَمَارَاتُ الْفَلْسِ، لَكِنْ لَوْ طُولِبَ بِالذَّيْنِ فَاَمْتَنَعَ تَخَيَّرَ الْحَاكِمُ بَيْنَ حَبْسِهِ إِلَى أَنْ يَفْضِيَ بِنَفْسِهِ، وَ بَيْنَ أَنْ يَفْضِيَ عَنْهُ مِنْ مَالِهِ، وَ لَوْ بَيْعَ مَا خَالَفَ الْحَقَّ (وَ طَلَبَ الْغُرْمَاءَ الْحَجْرَ)، لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ فَلَا يَتَبَرَّعُ الْحَاكِمُ بِهِ عَلَيْهِمْ. نَعَمْ لَوْ كَانَتْ الدِّيُونُ لِمَنْ لَهُ عَلَيْهِ وَ لَا يَتَبَرَّعُ لَمْ يَحِجَرْ، أَوْ بَعْضُهَا مَعَ التَّمَّاسِ الْبَاقِينَ، وَ لَوْ كَانَتْ لِغَائِبٍ لَمْ يَكُنْ لِلْحَاكِمِ وَ لَا يَتَبَرَّعُ، لِأَنَّهُ لَا يَسْتَوْفِي لَهُ، بَلْ يَحْفَظُ أَعْيَانَ أَمْوَالِهِ، وَ لَوْ التَّمَّسَ بَعْضُ الْغُرْمَاءِ فَإِنْ كَانَ دَيْنُهُمْ يَفِي بِمَالِهِ وَ يَزِيدُ جَازَ الْحَجْرَ وَ عَمَّ، وَإِلَّا فَلَا عَلَى الْأَفْوَى. (بَشْرَطِ حُلُولِ الدَّيْنِ) فَلَوْ كَانَ كُفْلُهُ، أَوْ بَعْضُهُ مُؤَجَّلًا لَمْ يُحِجَرْ، لِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِ الْمُطَالَبَةِ حَيْثُئِذٍ، نَعَمْ لَوْ كَانَ بَعْضُهَا خَالًا جَازَ مَعَ قُصُورِ الْمَالِ عَنْهُ وَ التَّمَّاسِ أَرْبَابِهِ.

شخص مدیون زمانی محجور به حساب می‌آید که اموال او کمتر از دیونش باشد پس اگر اموال او مساوی با دیون باشد یا اموالش بیش تر از دیون باشد، به اجماع فقها نمی‌توان او را محجور به حساب آورد هر چند نشانه‌های ورشکستگی بر او ظاهر گردد اما اگر پرداخت دین از او درخواست شود و امتناع نماید، حاکم اختیار دارد که او را زندانی کند تا خودش دین خود را بپردازد و یا اینکه حاکم، از محل اموال وی، دینش را بپردازد هر چند از طریق فروش مالی باشد که مخالف حق است [مثلاً موضوع حق و دین، پول نقد باشد اما اموال مدیون، ملک باشد. در اینجا ملک فروخته شده و بدهی

مدیون پرداخت می‌شود] و طلبکاران باید درخواست حجر مدیون را بنمایند [برای محجور نمودن مدیون سه شرط وجود دارد؛ یکی اینکه اموال وی کمتر از بدهی‌هایش باشد. دوم اینکه طلبکاران، درخواست حجر را بنمایند] زیرا حق، متعلق به طلبکاران است بنابراین حاکم نمی‌تواند رأساً حکم به حجر مدیون نسبت به اموال وی بدهد. بلکه اگر دیون متعلق به کسی باشد که حاکم بر او ولایت دارد، حاکم می‌تواند مدیون را محجور کند یا مقداری از دیون [متعلق به کسی باشد که حاکم ولایت بر او دارد] و بقیه طلبکاران نیز درخواست حجر را بنمایند. و اگر دیون متعلق به شخص غایب باشد، حاکم ولایتی بر غایب ندارد زیرا حاکم، حقوق غایب را استیفاء نمی‌کند بلکه اموالش را برای او حفظ می‌کند و اگر تعدادی از طلبکاران درخواست حجر مدیون را بنمایند چنانچه طلب آنها، از محل مال پرداخت شد و مال اضافه آمد می‌توانند وی را محجور نمایند و [محجور شدن مدیون نسبت به تمامی طلبکاران] عمومیت پیدا می‌کند و گرنه [یعنی اگر تمام دیون را نتوان از محل مال مدیون پرداخت و مالی اضافه نیاید] بنابر نظریه قوی‌تر، نمی‌توان [مدیون را محجور کرد زیرا اگر اموال مدیون به برخی از طلبکاران داده شود و مال دیگری باقی نماند، حق بقیه طلبکاران تضییع می‌شود.] و [سومین شرط برای محجور نمودن مدیون] به شرط حال بودن دین است پس اگر تمام یا مقداری از دین، مدت دار باشد حکم به حجر نمی‌شود زیرا طلبکاران در این صورت [که مدت دین آنها فرانسیده است] حق مطالبه دین خود را ندارند. بلکه اگر مقداری از دیون، حال باشد و اموال مدیون کمتر از دیون باشد و صاحبان دیون نیز درخواست نمایند می‌توان حکم به حجر داد.

(وَلَا تَبَاعُ دَارُهُ، وَلَا خَادِمُهُ وَلَا ثِيَابُ تَجْمُلِهِ) وَ يُعْتَبَرُ فِي الْأَوَّلِ وَالْآخِرِ مَا يَلِيقُ بِحَالِهِ كَمَا وَ كَيْفَاً، وَ فِي الْوَسَطِ ذَلِكَ، لِشَرَفِ أَوْ عَجْزِ، وَ كَذَا ذَاتَهُ رُكُوبِهِ، وَ لَوْ اِخْتِاجَ إِلَى الْمُتَعَدِّدِ اسْتِثْنَاءً كَالْمُتَّجِدِ، وَ لَوْ زَادَتْ عَنْ ذَلِكَ فِي أَحَدِ الْوَصْفَيْنِ وَجَبَ الْإِسْتِثْنَالُ أَوْ الْإِقْتِضَاءُ عَلَى مَا يَلِيقُ بِحَالِهِ، (وَ ظَاهِرُ ابْنِ الْجُنَيْدِ بَيْعُهَا) فِي الدَّيْنِ (وَ اسْتَحَبَّ لِلْغَرِيمِ تَرْكُهُ، وَالرَّوَايَاتُ مُتَضَافِرَةٌ بِالْأَوَّلِ) وَ عَلَيْهِ الْعَمَلُ، وَ كَذَا تَجْرِي عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ يَوْمَ الْقِسْمَةِ، وَ نَفَقَةُ وَاجِبِ النَّفَقَةِ، وَ لَوْ مَاتَ قَبْلَهَا قُدِّمَ كَفَنُهُ، وَ يُفْتَضَرُّ مِنْهُ عَلَى الْوَاجِبِ وَ سَطًا مِمَّا يَلِيقُ بِهِ عَادَةً، وَ مَوْؤَنَةٌ تَجْهِيْزُهُ.

وَ هَذِهِ الْأَحْكَامُ اسْتَطْرَدَهَا فِي كِتَابِ الدَّيْنِ لِمُنَاسَبَتِهِ وَ إِنْ جَرَتْ الْعَادَةُ بِإِخْتِصَاصِ

الْفَلَسِ بِنَابٍ، وَرِعَايَةً لِإِذْرَاجِ الْأَحْكَامِ بِسَبِيلِ الْإِخْتِصَارِ.

(الْقِسْمُ الثَّانِي: دَيْنُ الْعَبْدِ)

حَصَّهُ بِنَاءً عَلَى الْغَالِبِ مِنْ تَوَلَّيْهِ ذَلِكَ، دُونَ الْأَمَّةِ، وَلَوْ أَبْدَلَهُ بِالْمَمْلُوكِ كَمَا عَبَّرَ غَيْرُهُ عَمَّ، (لَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ) أَي: فِي الدَّيْنِ بِأَنْ يَسْتَدِينَ، لَا فِيمَا اسْتَدَانَهُ، وَإِنْ كَانَ حُكْمُهُ كَذَلِكَ، لِدُخُولِهِ فِي قَوْلِهِ: (وَلَا فِيمَا بِيَدِهِ) مِنَ الْأَمْوَالِ (إِلَّا بِإِذْنِ السَّيِّدِ) سَوَاءً قُلْنَا بِمِلْكِهِ أَمْ أَحْلَانَاهُ (فَلَوْ اسْتَدَانَ بِإِذْنِهِ) أَوْ إِجَازَتِهِ (فَعَلَى الْمَوْلَى وَإِنْ أَعْتَقَهُ) وَقِيلَ: يُبْتِغُ بِهِ مَعَ الْعِتْقِ، اسْتِنَادًا إِلَى رِوَايَةٍ لَا تَنْهَضُ حُجَّةً فِيمَا خَالَفَ الْقَوَاعِدَ الشَّرْعِيَّةَ، فَإِنَّ الْعَبْدَ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ، وَإِنْفَاقُهُ عَلَى نَفْسِهِ وَتِجَارَتِهِ بِإِذْنِ الْمَوْلَى إِفْتِاقٌ لِمَالِ الْمَوْلَى، فَيَلْزَمُهُ كَمَا لَوْ لَمْ يُعْتَقْ، وَلَوْ كَانَتْ الْإِسْتِدَانَةُ لِلْمَوْلَى فَهُوَ عَلَيْهِ قَوْلًا وَاحِدًا.

(وَيَقْتَصِرُ) الْمَمْلُوكُ (فِي التَّجَارَةِ عَلَى مَحَلِّ الْأِذْنِ) فَإِنْ عَيَّنَ لَهُ نَوْعًا أَوْ مَكَانًا أَوْ زَمَانًا تَعَيَّنَ وَإِنْ أَطْلَقَ تَخَيَّرَ (وَلَيْسَ لَهُ الْإِسْتِدَانَةُ بِالْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ) لِعَدَمِ دَلَالَتِهَا عَلَيْهَا، إِلَّا أَنْ تَكُونَ لِضَّرُورَتِهَا كَنْفَلِ الْمَنَاعِ وَحِفْظِهِ مَعَ الْإِحْتِيَاجِ إِلَيْهِ (فَتَلْزَمُ ذِمَّتُهُ) لَوْ تَعَدَّى الْمَادُونَ نَطْقًا أَوْ شَرْعًا (لَوْ تَلَفَ يُتْبَعُ بِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ) وَبِسَارِهِ (عَلَى الْأَقْوَى) وَإِلَّا ضَاعَ، وَلَوْ كَانَتْ عَيْنُهُ بَاقِيَةً رَجَعَ إِلَى مَالِكِهِ، لِفَسَادِ الْعَقْدِ، (وَقِيلَ: يَسْعَى فِيهِ) الْعَبْدُ مُعْجَلًا، اسْتِنَادًا إِلَى إِطْلَاقِ رِوَايَةِ أَبِي بَصِيرٍ، وَحُمِلَتْ عَلَى الْإِسْتِدَانَةِ لِلتَّجَارَةِ، لِأَنَّ الْكَسْبَ لِلْمَوْلَى، فَإِذَا لَمْ يَلْزَمْهُ فَعَلُهُ لَا يُدْفَعُ مِنْ مَالِهِ.

وَالْأَقْوَى أَنَّ اسْتِدَانَتَهُ لِضَّرُورَةِ التَّجَارَةِ إِنَّمَا يَلْزَمُ مِمَّا فِي يَدِهِ، فَإِنْ قَصَرَ اسْتَسْعَى فِي الْبَاقِي، وَلَا يَلْزَمُ الْمَوْلَى مِنْ غَيْرِ مَا فِي يَدِهِ، وَعَلَيْهِ تُحْمَلُ الرَّوَايَةُ.

(وَلَوْ أَخَذَ الْمَوْلَى مَا اقْتَرَضَهُ الْمَمْلُوكُ) بغيرِ إِذْنِهِ أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ (تَخَيَّرَ الْمُقْرَضُ) بَيْنَ رُجُوعِهِ عَلَى الْمَوْلَى، لِتَرْتِبِ يَدِهِ عَلَى مَالِهِ مَعَ فِسَادِ الْقَرْضِ (وَبَيْنَ اتِّبَاعِ الْعَبْدِ) بَعْدَ الْعِتْقِ وَالْيَسَارِ، لِأَنَّهُ كَالْغَاصِبِ أَيْضًا، ثُمَّ إِنْ رَجَعَ عَلَى الْمَوْلَى قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ الْمَمْلُوكُ لَمْ يَرْجِعِ الْمَوْلَى عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ لَا يَبْتِئُ لَهُ فِي ذِمَّةِ عَبْدِهِ مَالٌ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ وَكَانَ عِنْدَ أَخْذِهِ لِلْمَالِ غَالِمًا بِأَنَّهُ قَرْضٌ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الْمَمْلُوكِ أَيْضًا لِتَفْرِيطِهِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ غَرَّهَ بِأَنَّ الْمَالِ لَهُ، اتَّجَهَ رُجُوعُهُ عَلَيْهِ لِمَكَانِ الْغُرُورِ، وَإِنْ رَجَعَ الْمُقْرَضُ عَلَى الْعَبْدِ بَعْدَ عِتْقِهِ وَبَسَارِهِ فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى الْمَوْلَى، لِاسْتِقْرَارِ التَّلْفِ فِي يَدِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ غَرَّهَ الْمَوْلَى فَلَا

رُجُوعٌ لَهُ عَلَيْهِ.

خانه و خدمتکار و لباس زینت مدیون، فروخته نمی‌شود [یعنی این سه مورد جزء مستثنیات دین هستند و اموال مدیون که برای پرداخت دیونش، فروخته می‌شود این اموال را باید استثناء نمود.] و در اولی و آخری [یعنی خانه و لباس] باید از جهت کمیت و کیفیت، آنچه را درخور و شایسته مدیون است در نظر گرفت و در وسطی [یعنی خدمتکار] نیز باید بخاطر آبرو یا ناتوانی مدیون، مناسب او باشد و چارپایی که اختصاص به سواری مدیون دارد نیز همین حکم را دارد و اگر مدیون به چند عدد [خادم یا خانه یا لباس] نیاز داشته باشد، مستثنی می‌شوند همانگونه که یکی مستثنا می‌شود [مثلاً اگر مدیون به سه لباس نیاز داشته باشد هر سه لباس، مستثنی از دین می‌باشد و فروخته نمی‌شود] و اگر [این سه مورد] از نظر کمیت و کیفیت، زیادتر از چیزی بود که شایسته مدیون است باید تبدیل شود و به چیزی اکتفا گردد که شایسته مدیون است. [مثلاً اگر خانه پنجاه میلیون تومانی دارد و لیاقت او خانه ده میلیون تومانی است باید خانه وی فروخته شده و تبدیل به خانه ده میلیون تومانی شود و چهل میلیون تومان آن به طلبکاران داده شود.] و ظاهر سخن این جنید آن است که باید [خانه و خادم و لباس] برای ادای دین، فروخته شود و برای طلبکار مستحب است که مدیون [را نسبت به این سه مورد] رها کند اما روایات شرعی، نظر اول را تأیید می‌کنند [یعنی نظریه‌ای که این سه مورد را جزء مستثنیات دین می‌داند و فقها نیز] مطابق همین نظریه عمل کرده‌اند و همینطور نفقه مدیون و نفقه افراد واجب النفقه او در روند تقسیم اموال باید مستثنی شود [تصریح به «یوم القسمة» نباید این شبهه را بوجود آورد که پرداخت نفقه در «یوم الحجر» نباید مستثنی شود] و اگر مدیون قبل از تقسیم [و فروش اموال] بمیرد، کفن او مقدم [بر طلب طلبکاران] است و در کفن نیز باید به حد متوسط اکتفا نمود بگونه‌ای که عادتاً شایسته مدیون باشد و نیز هزینه دفن مدیون [مقدم بر دیون است] مرحوم مصنف این احکام را در کتاب دین بیان کرده است زیرا دین با ورشکستگی تناسب دارد هر چند مرسوم است که یک باب مستقل را به ورشکستگی اختصاص می‌دهند و نیز [ذکر احکام ورشکستگی در کتاب دین] بخاطر رعایت بیان احکام به صورت کوتاه و مختصر است.

کتاب الرهن

(وَهُوَ وَثِيقَةٌ لِلدَّيْنِ) وَالْوَثِيقَةُ فِعْلَةٌ بِمَعْنَى الْمَفْعُولِ أَي: مَوْثُوقٌ بِهِ لِأَجْلِ الدَّيْنِ، وَالتَّاءُ فِيهَا لِتَقْلِ اللَّفْظِ مِنَ الْوَصْفِيَّةِ إِلَى الْإِسْمِيَّةِ كَتَاءِ الْحَقِيقَةِ لِأَنَّ التَّائِبَ، فَلَا يَرِدُ عَدَمُ الْمُطَابَقَةِ بَيْنَ الْمُبْتَدَأِ، وَالْخَبَرِ فِي التَّذْكِيرِ وَالتَّائِبِ، وَآتَى بِالذَّيْنِ مُعْرَفًا مِنْ غَيْرِ نَسْبَةٍ لَهُ إِلَى الْمُرْتَهِنِ حَذْرًا مِنَ الدَّوْرِ بِاعْتِبَارِ أَخْذِهِ فِي التَّعْرِيفِ، وَفِي بَعْضِ التُّسُخِ: لِدَيْنِ الْمُرْتَهِنِ. وَ يُمَكِّنُ تَخَلُّصَهُ مِنْهُ بِكَشْفِهِ بِصَاحِبِ الدَّيْنِ، أَوْ مِنْ لَهُ الْوَثِيقَةُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُؤْخَذَ الرَّهْنُ فِي تَعْرِيفِهِ. وَالتَّخْصِصُ بِالذَّيْنِ إِثْمًا مَبْنِيٌّ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ الرَّهْنِ عَلَى غَيْرِهِ، وَإِنْ كَانَ مَضْمُونًا كَالْغَضَبِ، لَكِنْ فِيهِ أَنَّ الْمُصَنَّفَ قَائِلٌ بِجَوَازِ الرَّهْنِ عَلَيْهِ، وَ عَلَى مَا يُمَكِّنُ تَطَرُّقَ ضَمَانِهِ كَالْمَبِيعِ وَ تَمَنِّهِ، لِاحْتِمَالِ فَسَادِ الْبَيْعِ بِاسْتِحْقَاقِهَا، وَ نُقْضَانِ قَدْرِهَا، أَوْ عَلَى أَنَّ الرَّهْنَ عَلَيْهِمَا إِنَّمَا هُوَ لِاسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ عَلَى تَقْدِيرِ ظُهُورِ الْخَلَلِ بِالِاسْتِحْقَاقِ، أَوْ تَعَدُّرِ الْعَيْنِ.

وَ فِيهِ تَكْلُفٌ، مَعَ أَنَّهُ قَدْ بَيَّنَّ بِخَالِهِ فَلَا يَكُونُ دَيْنًا، وَ فِيهِ عَلَى تَقْدِيرِ عَدَمِ الْإِضَافَةِ إِلَى الْمُرْتَهِنِ إِسْكَانُ الْوَثِيقَةِ بِدُونِ الرَّهْنِ، بَلِ بِالْوَدْعَةِ وَالْعَارِيَّةِ، وَ مُطْلَقِ وَضْعِ الْيَدِ فَيُؤْخَذُ مُقَاصَّةً عِنْدَ جُحُودِ الْمَدْيُونِ الدَّيْنِ، وَ هُوَ تَوْثِيقٌ فِي الْجُمْلَةِ.

رهن، وثيقه دين است و كلمه «وثيقه» بر وزن «فعله» در معنای مفعولی یعنی بخاطر دين، به آن اعتماد می شود و حرف «تا» در كلمه «وثيقه» برای آن است كه لفظ را از حالت وصفی به حالت اسمی تبدیل می کند مانند حرف «تاء» در كلمه «حقيقت» [بنابراین حرف «تا»] برای تأنيث نیست [وثيق (بر وزن فعيل)، صفت است و به معنای اعتمادکننده می باشد اما وقتی حرف «تاء» به دنبال آن می آید معنای اسمی و مفعولی پیدا می کند یعنی نام مالی می شود كه وثيقه دين قرار می گیرد بنابراین حرف «تا» حرف تأنيث نیست بلکه حرف تبدیل می باشد كه صفت را به اسم تبدیل می کند] بنابراین اشكال نشود كه مبتدا باخبر از نظر مذكر و مؤنث بودن باهم مطابقت ندارند [يعنى گرچه مبتدا

(هو) مذکر است و خبر (وثیقه) دارای حرف «تاء» می‌باشد اما این حرف برای تأنیت نیست بلکه کلمه «وثیقه» هم مذکر است] و [مصنف] کلمه «دین» را به صورت معرفه [و همراه با الف و لام «الدین»] بیان کرد و آن را به مرتهن نسبت نداد [و نگفت: «لدین المرتهن»] تا از دور که بخاطر آوردن کلمه «مرتهن» در تعریف بوجود می‌آید، خودداری کند [اگر کلمه «مرتهن» در تعریف بیاید و گفته شود: «هو وثیقه لدین المرتهن» لازم‌اش آن است که شناختن رهن منوط به شناخت مرتهن باشد و شناختن مرتهن نیز منوط به شناختن رهن است زیرا واژه «مرتهن» از ریشه «رهن» گرفته شده است و این به معنای دور است] اما در برخی نسخه‌ها [ی کتاب شرح لمعه] عبارت «لدین المرتهن» بیان شده است و ممکن است از پیدایش دور جلوگیری شود بدین صورت که کلمه «مرتهن» را به معنای صاحب دین یا کسی بدانیم که وثیقه برای اوست بدون اینکه واژه «رهن» را در تعریف مرتهن بیاوریم. [یعنی اگر واژه «مرتهن» را بیاوریم و بگوئیم: «هو وثیقه لدین المرتهن» واژه «مرتهن» را به معنای طلبکار صاحب وثیقه، بدانیم دور پیش نمی‌آید زیرا شناخت واژه «رهن» منوط به شناخت واژه «مرتهن» نیست مشروط بر اینکه در تعریف «مرتهن»، واژه «رهن» را نیاوریم]. علت اینکه [مصنف، رهن را] مخصوص دین قرارداد [و آن را وثیقه برای غیردین قرار نداد، چند چیز است،] یا بخاطر آن است که رهن بر غیردین جایز نیست هر چند بر ذمه شخص قرار گیرد مانند غصب [یعنی گرچه غاصب، ضامن است اما نمی‌توان مالی را برای وثیقه ضمان و بدهی او قرارداد زیرا منظور از دین، دینی است که ناشی از قرارداد باشد و ضمان قهری را شامل نمی‌شود] اما در این علت [که بگوئیم شهید اول فقط رهن بر دین را جایز می‌داند این اشکال وارد است که] شهید اول هم، رهن دین را نیز جایز می‌داند و هم، رهن بر هر چیزی که امکان برقراری ضمانت نسبت به آن وجود داشته باشد مانند مبیع [که مشتری، وثیقه‌ای را از فروشنده می‌گیرد برای زمانی که معلوم شود مبیع، مال دیگری است] و مانند ثمن [که فروشنده از خریدار، وثیقه‌ای را می‌گیرد برای زمانی که معلوم شود ثمن، متعلق به دیگری است] چون ممکن است بیع بخاطر تعلق مبیع یا ثمن به دیگری یا کاهش مقدار آنها باطل شود. یا [دلیل دیگر برای اینکه شهید اول، رهن را مخصوص دین قرارداد،] اینکه رهن بر مبیع و ثمن، بخاطر استیفای دین است در

صورتی که مبیع یا ثمن، متعلق به دیگری درآیند یا دادن عین، متعذر باشد. [یعنی گرچه مصنف فقط رهن بر دین را جایز می‌داند اما رهن بر ثمن و مبیع هم در واقع رهن بر دین است زیرا وقتی ثمن و مبیع، متعلق به دیگری باشد، قیمت یا مثل آنها یا ردّ عوض بعنوان دین برعهده فروشنده یا خریدار قرار می‌گیرد] اما پذیرش این علت، سخت است [زیرا متعذر بودن ردّ عین یا تعهد بر ردّ عوض را نمی‌توان دین به حساب آورد]. مضافاً بر اینکه گاهی معامله به حال خود باقی می‌ماند [و صحیح است] بنابراین دینی بوجود نمی‌آید. [شاهدثانی، ایراد دیگری را به تعریف شهید اول، وارد می‌کند و می‌گوید] و ایرادی که بر آن وارد است اینکه با فرض اضافه نکردن به مرتهن، وثیقه بدون رهن نیز امکان دارد مانند ودیعه، عاریه و هرگونه تصرف در مال دیگری که در صورت امتناع مدیون از پرداخت دین، به صورت تقاض برداشته می‌شود و این تصرف در مال دیگری، نوعی وثیقه است. [خلاصه سخن شهید دوم آن است که اگر کلمه «رهن» به «مرتهن» اضافه نشود همانگونه که شهید اول، آن را اضافه نکرد و فرمود: «هو وثیقه للدين» لازمه اش آن است که این تعریف، مانع اغیار نباشد و شامل ودیعه و عاریه و غصب و نظایر اینها نیز بشود زیرا ودیعه و عاریه هم در حقیقت، وثیقه دین است مثلاً هرگاه بدهکار، مالی را بعنوان ودیعه یا عاریه نزد طلبکار قرار می‌دهد یا طلبکار به هر نحوی، دسترسی به اموال بدهکار پیدا می‌کند، می‌تواند در صورت انکار طلبکار، طلب خود را از این اموال بردارد پس این اموال هم در حقیقت، وثیقه دین هستند بنابراین وثیقه دین، منحصر در رهن نخواهد بود. اما اگر کلمه «رهن» را به «مرتهن» اضافه کنیم، تعریف شامل اغیار نمی‌شود هر چند اشکال دور را در پی دارد.]

وَ يَفْتَقِرُ الرَّهْنُ إِلَى إِبْجَابٍ وَ قَبُولِ كَعْبِيهِ مِنَ الْعُقُودِ. (وَ الْإِبْجَابُ رَهْنُتَكَ، أَوْ وَتَّقَّتَكَ) - بِاللَّضْعِيفِ - أَوْ أَزْهَنْتَكَ - بِالْهَمْزَةِ - (أَوْ هَذَا رَهْنٌ عِنْدَكَ، أَوْ عَلَى مَالِكَ) أَوْ وَثِيقَةٌ عِنْدَكَ، أَوْ خُذَهُ عَلَى مَالِكَ أَوْ بِمَالِكَ، أَوْ أَمْسِكُهُ حَتَّى أُعْطِيكَ مَالَكَ بِقَضِ الرَّهْنِ، (وَ سِبْهُهُ) مِمَّا أَدَى هَذَا الْمَعْنَى، وَ إِنَّمَا لَمْ يَنْحَصِرْ هَذَا الْعَقْدُ فِي لَفْظِ كَالْعُقُودِ اللَّازِمَةِ، وَ لَا فِي الْمَاضِي، لِأَنَّهُ جَائِزٌ مِنْ طَرَفِ الْمُزْتَهِنِ الَّذِي هُوَ الْمَقْضُودُ الذَّاتِي مِنْهُ فَغَلَبَ فِيهِ جَانِبُ الْجَائِزِ مُطْلَقًا، وَ جَوَزَهُ الْمُصَنِّفُ فِي الدُّرُوسِ بِغَيْرِ الْعَرَبِيَّةِ، وَ فَاقًا لِلتَّنْذِيرَةِ.

(وَتَكْفِي الْإِشَارَةَ فِي الْأَخْرَسِ) وَإِنْ كَانَ عَارِضاً (أَوْ الْكِتَابَةَ مَعَهَا) أَي: مَعَ الْإِشَارَةِ بِمَا يَدُلُّ عَلَى قَصْدِهِ، لَا بِمُجَرَّدِ الْكِتَابَةِ، لِإِمْكَانِ الْعَبَثِ أَوْ إِزَادَةِ أَمْرٍ آخَرَ (فَيَقُولُ الْمُرْتَهَنُ: قَبِلْتُ وَشِبْهَهُ) مِنَ الْأَلْفَاظِ الدَّالَّةِ عَلَى الرِّضَا بِالْإِيجَابِ، وَفِي اعْتِبَارِ الْمُضِيِّ وَالْمُطَابَقَةِ بَيْنَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَجْهَانِ، وَأَوْلَى بِالْجَوَازِ هُنَا، لَوْقُو عِهِ مِمَّنْ هُوَ لَيْسَ بِالْإِزْمِ مِنْ طَرَفِهِ.

رهن نیز مانند سایر عقود نیاز به ایجاب و قبول دارد و ایجاب عبارت است از: به رهن تو دادم یا در وثیقه تو قرار دادم [«وَتَقْتَكُ بِا تَشْدِيدِ حَرْفِ «ث» قِرَائَتِ مِی شُود] یا به رهن تو در آوردم [«أُرَهْنَتُكَ» با همزة «الف» خوانده می شود] یا این مال نزد تو رهن است یا این مال، جزء اموال توست یا این مال نزد تو وثیقه است یا این مال را در اموال خود قرار بده یا به اموال خود اضافه کن یا آن را نگه دار تا مال تو را بدهم به قصد رهن [باید این عبارتها را بیان کند] و نظیر این الفاظ از الفاظی که چنین معنایی می دهد [یعنی معنای رهن بدهد مانند اینکه: این مال را بگیر و طلب خود را در صورت نیاز از آن بردار] و مصنّف، این عقد را برخلاف عقود لازم، منحصر در لفظ خاص و در صیغه ماضی نساخت زیرا عقد رهن از طرف مرتهن که هدف اصلی عقد رهن است، جایز می باشد بنابراین جنبه جاز بودن عقد رهن به صورت مطلق، غلبه داده شده است [یعنی گرچه نسبت به رهن، عقد لازم است اما چون نسبت به مرتهن، جایز است و مرتهن، رکن اصلی عقد رهن می باشد بنابراین به صورت مطلق، آن را مانند عقود جایز دانسته و لفظ خاصی برای آن در نظر گرفته نشده است]. و شهید اوّل در کتاب دروس، [انعقاد عقد رهن] به صیغه غیر عربی را هم جایز دانسته است همانگونه که [مرحوم علامه حلی] در کتاب تذکر چنین نظری داده است. در مورد شخص لال، اشاره هم کفایت می کند هر چند لال بودن وی عارضی [و غیر مادرزادی] باشد یا با کتابت همراه با اشاره به چیزهایی که دلالت بر قصد نماید اما صرف کتابت، کافی نیست زیرا ممکن است کتابت به صورت بیهوده [و بدون قصد رهن] یا قصد چیز دیگری صورت گیرد. [وقتی رهن ایجاب را گفت] پس مرتهن می گوید: «قبول کردم» و نظیر آن از الفاظی که دلالت بر رضایت به ایجاب می نماید. و در مورد لزوم ماضی بودن صیغه و مطابقت میان ایجاب و قبول [یعنی قبول هم به همان لفظ ایجاب باشد]، دو احتمال وجود دارد.

جایز بودن در اینجا قوی تر است [یعنی در مورد قبول، بهتر می توان گفت که عربی بودن و عدم مطابقت میان ایجاب و قبول، جایز است زیرا قبول از سوی کسی صورت می گیرد که عقد از طرف او لازم نیست]. [یعنی قبول از سوی مرتهن است و عقد رهن نسبت به مرتهن، عقد جایز است و در عقد جایز سخت گیری نمی شود].

(وَيَشْتَرُ دَوَامَ الرَّهْنِ بِمَعْنَى عَدَمِ تَوْقِيتِهِ بِمُدَّةٍ، وَيَجُوزُ تَغْلِيْقُ الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ عَلَى انْقِضَاءِ أَجَلٍ، وَإِطْلَاقُهُ، فَيَتَسَلَّطُ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ الْقَبُولِ وَالْقَبْضِ إِنْ اِعْتَبَرْنَا هُ (فَإِنْ ذَكَرَ أَجْلاً) لِلتَّصَرُّفِ (اشْتَرَطَ ضَبْطَهُ) بِمَا لَا يَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ وَالنُّقْصَانَ، أَمَّا لَوْ شَرَطَهُ لِلرَّهْنِ بَطَلَ الْعَقْدُ.

شرط است که عقد رهن، دائمی شد یعنی محدود به زمانی نباشد [یعنی رهن یا مرتهن، مدتی را برای رهن قرار ندهند] و اذن در تصرف را می توان معلق به گذشتن مدتی نمود [مثلاً مقرر کرد که مرتهن بعد از گذشت یک ماه، حق تصرف در رهن را داشته باشد] و یا مطلق گذاشت [یعنی اذن در تصرف را محدود به مدت و زمان نکرد] که در این صورت، مرتهن از زمان قبول و قبض می تواند در رهن تصرف کند اگر قبض را در رهن، لازم بدانیم. پس اگر مدتی برای تصرف تعیین شد باید آن را دقیقاً مشخص کرد بگونه ای که احتمال کم یا زیادی در آن وجود نداشته باشد اما اگر رهن مدت دار باشد، عقد باطل است. [زیرا رهن موقت، جایز نیست هر چند دین، موقت باشد اما تصرف را می توان موقت ساخت]

(وَيَجُوزُ اشْتِرَاطُ الْوُكَالَةِ فِي حِفْظِ الرَّهْنِ، وَبَيْعِهِ، وَصَرْفِهِ فِي الدَّيْنِ (لِلْمُرْتَهِنِ وَغَيْرِهِ، وَالْوَصِيَّةَ لَهُ، وَلِوَارِثِهِ) عَلَى تَقْدِيرِ مَوْتِ الرَّاهِنِ قَبْلَهُ.

شرط وکالت به مرتهن و غیرمرتهن برای حفظ و فروش رهن و مصرف کردن آن برای دین و وصیت به مرتهن و وارث مرتهن در صورت فوت رهن قبل از مرتهن، جایز است. [یعنی رهن می تواند به مرتهن، وکالت بدهد که مال مرهونه را نگهداری کند یا بفروشد و دین را از محل آن وصول نماید یا وصیت کند که در صورت فوت رهن، مرتهن، مال مرهونه را حفظ کند یا بفروشد یا در راه وصول دین مصرف کند]

(وَ إِنَّمَا يَتِمُّ الرَّهْنُ بِالْقَبْضِ عَلَى الْأَقْوَى) لِلْأَيَّةِ وَالرَّوَايَةِ. وَ مَعْنَى عَدَمِ تَمَامِيَّتِهِ بِدُونِهِ كَوْنُهُ جُزْءَ السَّبَبِ، لِلزُّومِ مِنْ قَبْلِ الرَّاهِنِ كَالْقَبْضِ فِي الْهَبَةِ بِالنُّسْبَةِ إِلَى الْمُتَهَبِ. وَ

قيل: يَتِمُّ بِدُونِهِ، لِلْأَصْلِ، وَ زَعَفَ سَنَدَ الْحَدِيثِ، وَ مَفْهُومُ الْوَصْفِ فِي الْآيَةِ. وَ اشْتِرَاطُهُ بِالسَّفَرِ فِيهَا وَ عَدَمُ الْكَاتِبِ، يُرْشِدُ إِلَى كَوْنِهِ لِلْإِرْشَادِ، وَ يُؤَيِّدُهُ كَوْنُ اسْتِدَامَتِهِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ. بَلْ قَبْضُ الْمُزْتَهِنِ، لِحَوَازِ تَوْكِيلِهِ الرَّاهِنَ فِيهِ. وَ هَذَا أَقْوَى وَ عَلَى اسْتِرَاطِهِ (فَلَوْ جُنَّ) الرَّاهِنُ (أَوْ مَاتَ، أَوْ أَعْمِيَ عَلَيْهِ، أَوْ رَجَعَ فِيهِ قَبْلَ إِقْبَاضِهِ بَطْلًا) الرَّهْنُ كَمَا هُوَ شَأْنُ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ عِنْدَ عُرُوضِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ. وَ قِيلَ: لَا يَبْطُلُ، لِلزُّومِ مِنْ قَبْلِ الرَّاهِنِ، فَكَانَ كَاللَّذَرَمِ مُطْلَقًا، فَيَقُومُ وَ لَيْتَهُ مَقَامَهُ، لَكِنْ يُرَاعَى وَ لِي الْمَجْنُونِ مَصْلَحَتَهُ، فَإِنْ كَانَ الْحِظُّ فِي الزَّامِهِ بَأَنَّ يَكُونَ شَرْطًا فِي بَيْعٍ يَتَضَرَّرُ بِفَسْخِهِ أَقْبَضَهُ وَإِلَّا أَبْطَلَهُ.

وَ يُضَعَّفُ بَأَنَّ لُزُومَهُ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ مَشْرُوطٌ بِالْقَبْضِ، فَقَبْلَهُ جَائِزٌ مُطْلَقًا، فَيَبْطُلُ كَأَهْلِيَّةِ قَبْلَهُ، وَ لَوْ عَرَضَ ذَلِكَ لِلْمُزْتَهِنِ فَأَوْلَى بِعَدَمِ الْبُطْلَانِ لَوْ قَبِلَ بِهِ ثُمَّ، وَ لَوْ قَبِلَ بِهِ فِي طَرَفِ الرَّاهِنِ، فَلَا أَقْوَى عَدَمُهُ هُنَا. وَ الْفَرْقُ تَعَلُّقُ حَقِّ الْوَرَثَةِ وَالْعَرْمَاءِ بَعْدَ مَوْتِ الرَّاهِنِ بِمَالِهِ، بِخِلَافِ مَوْتِ الْمُزْتَهِنِ فَإِنَّ الدَّيْنَ يَبْقَى، فَتَبْقَى وَثِيقَتُهُ لِعَدَمِ الْمُنَافِي، وَ عَلَى هَذَا لَا يُجْبِرُ الرَّاهِنُ عَلَى الْإِقْبَاضِ لِعَدَمِ لُزُومِهِ بَعْدَ الْإِثْبَاتِ أَنَّ يَكُونَ مَشْرُوطًا فِي عَقْدٍ لَازِمٍ فَيَبْنِي عَلَى الْقَوْلَيْنِ.

و رهن بر اساس نظریه قوی تر، با قبض تمام می شود بخاطر آیه [یعنی آیه ۲۸۳ سوره بقره که عبارت «فرهان مقبوضه» را بکار برده است یعنی رهنی که قبض شده است] و بخاطر روایت [یعنی روایاتی که قبض را در رهن شرط کرده اند] و معنای عدم تمامیت رهن بدون قبض، این است که قبض، جزء سبب لزوم رهن از سوی رهن است همانگونه که قبض در عقد هبه، نسبت به قبول کننده هبه [موجب لزوم هبه می شود، یعنی شهید اول که فرمود: «عقد رهن با قبض تمام می شود» منظورش از تمام شدن عقد آن است که عقد رهن از چند جزء تشکیل می شود؛ یکی صیغه رهن و دیگری قبض مال مرهونه از سوی مرتهن است بگونه ای که صیغه و قبض، سبب لزوم عقد هستند و قبض، جزئی از سبب است همانگونه که در هبه نیز، قبض مال از سوی شخصی که مال به او هبه شده است، شرط تحقق عقد هبه می باشد.] و یک دیدگاه هم آن است که عقد رهن، بدون قبض هم تمام [و لازم] می شود، بخاطر اصل [یعنی اصل عدم قبض زیرا وقتی شک می کنیم که قبض، شرط لزوم عقد رهن است یا خیر، اصل عدم می گوید که شرط نیست] و بخاطر ضعف سند حدیث [یعنی سند روایاتی که قبض را شرط لزوم عقد رهن

می‌دانند، ضعیف است] و بخاطر ضعف مفهوم وصف در آیه [۲۸۳ سوره بقره، زیرا آیه قرآن در صورتی دلالت بر لزوم قبض دارد که مفهوم وصف را معتبر بدانیم یعنی عبارتی که می‌گوید: «رهن قبض شده» مفهوم مخالفش آن باشد که رهن قبض نشده، معتبر نیست حال آنکه اعتبار مفهوم وصف را ما قبول نداریم.] و مشروط شدن قبض در آیه قرآن، به سفر و به عدم کاتب، اشاره به آن دارد که امر در آیه برای ارشاد است [یعنی آیه قرآن که می‌فرماید: «و ان کنتم علی سفر و لم تجدوا کاتباً فراهان مقبوضه» قبض رهن را مشروط بر دو امر کرده است؛ یکی اینکه عقد در حال مسافرت، صورت گیرد و دیگر اینکه کاتبی وجود نداشته باشد بنابراین آیه قرآن ما را راهنمایی می‌کند که اگر مالی را بعنوان وثیقه و رهن بگیرید، بهتر است پس امر به قبض رهن، امر مولوی نیست بلکه امر ارشادی است.] و مؤید اینکه قبض، شرط لزوم رهن نیست، آن است که دوام قبض، شرط نیست [یعنی لازم نیست پس از اینکه راهن، مال را به مرتهن داد، نزد مرتهن باقی بماند بلکه می‌تواند آن را پس بگیرد.] قبض مرتهن نیز شرط نیست زیرا مرتهن می‌تواند به راهن وکالت بدهد که رهن را از سوی وی قبض کند [یعنی قبض رهن، قائم به شخص مرتهن نیست تا قبض خود وی، شرط صحت رهن باشد بلکه مرتهن می‌تواند، قبض را به هر شخص دیگری از جمله خود راهن، وکالت بدهد.] و این نظر، قوی‌تر است [یعنی از دیدگاه شهیدثانی برخلاف نظر شهید اول - نظریه عدم شرط قبض، قوی‌تر است] و بنابراین دیدگاه که قبض، شرط لزوم عقد رهن باشد، چنانچه راهن، قبل از تحویل دادن مال [به مرتهن]، دیوانه شود یا بمیرد یا بیهوش شود یا از عقد رهن برگردد، عقد رهن باطل می‌شود همانگونه که تمامی عقود جایز در صورت بروز چنین حالت‌هایی، همین وضعیت را پیدا می‌کنند و یک دیدگاه هم آن است که عقد رهن، باطل نمی‌شود زیرا عقد رهن از طرف راهن، لازم است پس مانند عقدی است که به صورت مطلق، لازم می‌باشد [یعنی عقدی که از سوی راهن و مرتهن، لازم است] بنابراین ولی راهن، قائم مقام اوست [و مال را پس از فوت راهن، تحویل مرتهن می‌دهد] اما ولی راهنی که دچار جنون می‌شود باید مصلحت راهن را رعایت کند پس اگر مصلحت در الزام عقد باشد، ولی راهن، مال را به قبض مرتهن می‌دهد [یعنی مصلحت در این باشد که عقد رهن پابرجا بماند] بدین صورت که عقد رهن در ضمن عقد بیعی شرط شده باشد که

راهن با فسخ آن بیع متضرر می‌شود و اگر به مصلحت راهن نباشد، عقد رهن را ابطال می‌کند [و مال را تحویل مرتهن نمی‌دهد. اگر «الف» و «ب» عقد بیعی را منعقد کنند و در ضمن آن شرط شود که مالی رهن داده شود و چنانچه راهن مال را به رهن نگذارد، عقد بیع منفسخ گردد، در اینجا چنانچه، ولی راهن، مال را به رهن نگذارد، عقد بیع منفسخ می‌شود و اگر فسخ عقد بیع به ضرر راهن باشد، ولی راهن، مال را به رهن می‌گذارد تا مصلحت راهن را رعایت کند.] و [این استدلال که عقد رهن با جنون یا فوت راهن قبل از قبض بخاطر لازم بودن آن از سوی راهن، باطل نمی‌شود] تضعیف می‌شود بدین صورت که لزوم عقد رهن مشروط به قبض است در صورتی که لزوم آن را مشروط به قبض بدانیم بنابراین عقد رهن قبل از قبض، مطلقاً جائز است [یعنی، هم از طرف راهن و هم از طرف مرتهن، جائز است بنابراین اگر راهن هم فوت کند، عقد باطل می‌شود زیرا از طرف او هم جایز است.] و اگر چنین حالتی [یعنی بی‌هوشی و جنون و فوت] برای مرتهن، رخ دهد به طریق اولی، عقد باطل نمی‌شود چنانچه در طرف راهن، قائل به عدم بطلان شویم [یعنی چنانچه این امور در جانب راهن، موجب بطلان نشود، به طریق اولی در جانب مرتهن نیز موجب بطلان نخواهد شد.] و اگر در طرف راهن، قائل به بطلان شویم، اقوی آن است که در طرف مرتهن، باطل نباشد و تفاوت [میان بطلان رهن با فوت راهن و عدم بطلان رهن با فوت مرتهن، در آن است که] بعد از مرگ راهن، حق ورثه و طلبکاران به مال راهن تعلق می‌گیرد [بنابراین طلبکاران، حق خود را از اموال راهن، وصول می‌کنند] برخلاف مرگ مرتهن که دین همچنان باقی می‌ماند و وثیقه آن هم باقی می‌ماند زیرا منافاتی [با بقای رهن] ندارد. و بنابراین [یعنی بنابر اینکه قبض، شرط لزوم عقد رهن باشد] راهن، مجبور نمی‌شود که مال مرهونه را به قبض مرتهن بدهد زیرا هنوز عقد رهن، لازم نشده است [زیرا لزوم عقد مشروط به قبض می‌باشد] مگر اینکه عقد رهن در ضمن یک عقد لازمی [مانند عقد بیع] شرط شده باشد که در این دو صورت مبتنی بر دو دیدگاهی است [که در این زمینه وجود دارد؛ یک دیدگاه آن است که رهن مشروط، لازم است بنابراین راهن باید مال را به قبض مرتهن درآورد، یک دیدگاه هم آن است که مرتهن حق ندارد در صورت عدم قبض رهن، راهن را مجبور به قبض دادن کند بلکه می‌تواند عقد لازمی را که رهن در ضمن آن

صورت گرفته است، فسخ کند بنابراین وجوب یا عدم وجوب قبض رهن بستگی به این دارد که نظر اول یا دوم را قبول داشته باشیم.

(وَلَا يَشْتَرَطُ دَوَامُ الْقَبْضِ)، لِأَصْلِ بَعْدَ تَحَقُّقِ الْإِمْتِثَالِ بِهِ (فَلَوْ أَعَادَهُ إِلَى الرَّاهِنِ فَلَا بَأْسَ) وَهُوَ مَوْضِعُ وَفَاقٍ.

و دوام قبض شرط نیست [یعنی شرط نیست که وقتی رهن، مورد رهن را به مرتهن داد کماکان نزد مرتهن باقی بماند] بخاطر اصل [عدم یعنی وقتی شک می‌کنیم که رهن باید نزد مرتهن باقی بماند یا خیر، اصل بر عدم لزوم باقی ماندن است] بعد از آنکه امتثال به قبض حاصل شد [یعنی وقتی قانونگذار دستور داده است که مرتهن باید مورد رهن را قبض کند و او، آن را قبض کرد، امتثال امر نموده و دیگر امری برای دوام قبض وجود ندارد] بنابراین اگر مرتهن، مورد رهن را به رهن برگرداند ایرادی ندارد و این حکم، مورد اتفاق همه فقهاست. [اکثر موارد رهن، مربوط به وام‌هایی است که مردم از بانک‌ها می‌گیرند و خانه یا مغازه یا ملکی را در رهن می‌گذارند و پس از آنکه بانک، اقرار به قبض نمود دوباره آن را به رهن برمی‌گرداند تا از آن استفاده کند.]

(وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الرَّاهِنِ بِالْإِقْبَاضِ)، لِعُمُومِ «إِقْرَارِ الْعُقَلَاءِ» (إِلَّا أَنْ يُعْلَمَ كَذِبُهُ) كَمَا لَوْ قَالَ: رَهْنَتُهُ الْيَوْمَ ذَارِيَّ النَّبِيِّ بِالْحِجَازِ - وَهُمَا بِالشَّامِ - وَأَقْبَضْتُهُ إِيَّاهَا، فَلَا يُقْبَلُ، لِأَنَّهُ مَحَالٌّ عَادَةً، بِنَاءً عَلَى اعْتِبَارِ وُصُولِ الْقَابِضِ، أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ إِلَى الرَّهْنِ فِي تَحَقُّقِهِ (الْمُؤَاطَاةَ) عَلَى الْإِقْرَارِ وَالْإِشْهَادِ عَلَيْهِ إِفَامَةً لِرِسْمِ الْوَثِيقَةِ، حَدَرًا مِنْ تَعَدُّرِ ذَلِكَ إِذَا تَأَخَّرَ إِلَى أَنْ يَتَحَقَّقَ الْقَبْضُ سُمِعَتْ دَعْوَاهُ، لِجَرِيَانِ الْعَادَةِ بِذَلِكَ (فَلَهُ إِخْلَافُ الْمُرْتَهِنِ) عَلَى عَدَمِهَا وَ أَنَّهُ وَقَعَ مَوْقِعَهُ.

هَذَا إِذَا شَهِدَ الشَّاهِدَانِ عَلَى إِقْرَارِهِ بِهِ، أَمَا لَوْ شَهِدَا عَلَى نَفْسِ الْإِقْبَاضِ لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ، وَلَمْ يَتَوَجَّهْ الْيَمِينُ، وَكَذَا لَوْ شَهِدَا عَلَى إِقْرَارِهِ بِهِ فَاتَّكَرَ الْإِقْرَارُ، لِأَنَّهُ تَكْذِيبٌ لِلشَّهْودِ، وَلَوْ ادَّعَى الْعَلَطُ فِي إِقْرَارِهِ وَأَظْهَرَ تَأْوِيلًا مُمَكِّنًا فَلَهُ إِخْلَافُ الْمُرْتَهِنِ أَيْضًا، وَإِلَّا فَلَا عَلَى الْأَقْوَى.

اقرار رهن به اینکه مال مورد رهن را به قبض مرتهن داده است، قبول می‌شود بخاطر عموم اقرار عقلاء [یعنی بخاطر روایتی که می‌فرماید: «اقرار عقلاء علیه خودشان جایز است» و این روایت، عام است و شامل بحث ما نیز می‌شود] مگر اینکه کذب اقرار،

معلوم شود مانند اینکه راهن بگوید: امروز خانه‌ام را که در حجاز است رهن دادم و آن را به قبض مرتهن دادم در حالی که راهن و مرتهن در شام هستند پس این اقرار پذیرفته نمی‌شود زیرا معمولاً چنین قبض دادنی محال است بنابراین رسیدن رهن به دست مرتهن یا قائم مقام وی، برای تحقق رهن، لازم است. [علت دروغ بودن چنین اقراری آن است که محال است یک نفر در مدت کوتاهی از یک کشور به کشور دیگری برود و مالی را تحویل دیگری بدهد. البته این در صورتی است که تحویل مادی مورد رهن به مرتهن لازم باشد اما اگر تحویل دادن کلید یا برطرف کردن مانع و نظایر اینها کافی باشد ممکن است چنین اقراری صحیح باشد ماده ۱۲۶۹ قانون مدنی هم، این شرط را برای اقرار بیان کرده است: «اقرار به امری که عقلاً یا عادتاً ممکن نباشد و یا برحسب قانون صحیح نیست اثری ندارد.»] پس اگر راهن بعد از آنکه اقرار به قبض کرد، ادعای تبانی بر اقرار و شاهد گرفتن بر اقرار را نماید بخاطر اینکه شاهد گرفتن را انجام دهند تا مبادا در صورت به تأخیر انداختن آن تا زمان تحقق قبض، دیگر ممکن نباشد؛ چنین ادعایی پذیرفته می‌شود چون معمولاً این تبانی صورت می‌گیرد. [منظور این عبارت آن است که راهن می‌گوید من قبول دارم که اقرار کردم و دو شاهد نیز اقرار مرا شنیدند اما علت اقرار کردن و شاهد گرفتن بر اقرار آن بود که می‌ترسیدیم در آینده که قبض صورت می‌گیرد، امکان شاهد گرفتن بر اقرار به قبض، نباشد پس به شکل صوری و بدون اینکه قبض و اقباضی انجام شود با مرتهن تبانی کرده و من اقرار کردم و دو شاهد نیز بر این قرار گرفتیم. منظور از «رسم الوثیقه» همان شهادت است] پس راهن می‌تواند مرتهن را قسم بدهد که تبانی در کار نبوده و اقرار به صورت صحیحی انجام شده است. این در صورتی است که شاهدان، شهادت به اقرار بدهند اما اگر شهادت بر اقباض بدهند، دعوی او پذیرفته نمی‌شود و سوگند هم متوجه مرتهن نمی‌شود [زیرا وقتی شاهدان شهادت می‌دهند که راهن، مال مرهونه را به قبض مرتهن داد، ادعای راهن مخالف با شهادت شهود خواهد بود] و همینطور است اگر شاهدان، شهادت به اقرار راهن به قبض بدهند و راهن، اصل اقرار را انکار کند زیرا رهن، شهود را تکذیب می‌کند. اگر راهن، ادعای اشتباه در اقرارش را بنماید و تأویل و توجیه ممکن را ارائه دهد، می‌تواند مرتهن را قسم بدهد اما اگر توجیه ممکنی ارائه ندهد، حق سوگند دادن مرتهن را

ندارد. ماده ۱۲۷۷ قانون مدنی هم می‌گوید: انکار بعد از اقرار، مسموع نیست لیکن اگر مقرر ادعا کند که اقرار او فاسد یا مبنی بر اشتباه یا غلط بوده شنیده می‌شود و همچنین است در صورتی که برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد مثل اینکه بگوید اقرار به گرفتن وجه در مقابل سند یا حواله بوده که وصول نشده لیکن دعاوی مذکور مادامی که اثبات نشده مضر به اقرار نیست.» [

(وَلَوْ كَانَ) الرَّهْنُ (بِبِدَائِمْ تَهْنٍ فَهُوَ قَبْضٌ)، لِصِدْقِ كَوْنِهِ رَهْنًا مَقْبُوضًا، وَلَا دَلِيلَ عَلَى اعْتِبَارِهِ مُبْتَدَأً بَعْدَ الْعَقْدِ، وَإِطْلَاقِ الْعِبَارَةِ يَقْتَضِي عَدَمَ الْفَرْقِ بَيْنَ الْمَقْبُوضِ بِإِذْنٍ وَغَيْرِهِ كَالْمَعْصُوبِ، وَبِهِ صَرَخَ فِي الدَّرُوسِ، وَالْوَجْهُ وَاحِدٌ، وَإِنْ كَانَ مِنْهِيًّا عَنِ الْقَبْضِ هُنَا، لِأَنَّهُ فِي غَيْرِ الْعِبَادَةِ غَيْرُ مُفْسِدٍ.

وَقِيلَ: لَا يَكْفِي ذَلِكَ، لِأَنَّهُ عَلَى تَقْدِيرِ اعْتِبَارِهِ فِي اللُّزُومِ رُكْنٌ، فَلَا يُعْتَدُ بِالْمُنْهِيِّ عَنْهُ مِنْهُ، وَإِنَّمَا لَا يَقْتَضِي الْفُسَادَ، حَيْثُ تَكْمُلُ الْأَرْكَانُ، وَلِهَذَا لَا يُعْتَدُ بِهِ لَوَائِبَتَدَأُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ (وَ) عَلَى الْإِكْتِفَاءِ بِهِ (لَا يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ) جَدِيدٍ (فِي الْقَبْضِ، وَ لَا مُضِيِّ زَمَانٍ) يُمَكِّنُ فِيهِ تَجَدُّدَهُ لِتَحَقُّقِ الْقَبْضِ قَبْلَهُ، فَاعْتِبَارُ أَمْرٍ آخَرَ تَحْصِيلُ لِلْحَاصِلِ، وَ لِلْأَصْلِ.

وَقِيلَ: يُشْتَرَطَانِ فِي مُطْلَقِ الْقَبْضِ السَّابِقِ، وَقِيلَ: فِي غَيْرِ الصَّحِيحِ، لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ مِنْهُ مَا وَقَعَ بَعْدَ الرَّهْنِ، وَ هُوَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِإِذْنِ كَالْمُبْتَدَأِ، وَ الْإِذْنُ فِيهِ يَسْتَدْعِي تَحْصِيلَهُ، وَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ مُضِيُّ زَمَانٍ، فَهُوَ ذَالٌ عَلَيْهِ بِالْمُطَابَقَةِ، وَ عَلَى الزَّمَانِ بِالْإِلْتِزَامِ، لَكِنْ مَدْلُولُهُ الْمُطَابِقِيُّ مُنْتَفٍ، لِإِفْضَائِهِ إِلَى تَحْصِيلِ الْحَاصِلِ وَ اجْتِمَاعِ الْأَمْثَالِ، فَيَنْبَغِي الْإِلْتِزَامِيَّ وَ بَعْضَهُ بِمَنْعِ اعْتِبَارِ الْمُقَيَّدِ بِالْبُعْدِيَّةِ، بَلِ الْأَعْمُ وَ هُوَ حَاصِلٌ، وَالزَّمَانُ الْمَدْلُولُ عَلَيْهِ التِّزَامًا مِنْ تَوَابِعِهِ وَ مُقَدِّمَاتِهِ، فَيَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ اعْتِبَارِهِ انْتِفَاؤُهُ، نَعَمْ لَوْ كَانَ قَبْضُهُ، بِغَيْرِ إِذْنٍ تَوَجَّهَ اعْتِبَارُهُمْ، لِمَا تَقَدَّمَ، وَ عَلَى تَقْدِيرِهِ فَالضَّمَانُ بَاقٍ إِلَى أَنْ يَنْتَحِقَ مَا يُزِيلُهُ مِنْ قِبَلِ الْمَالِكِ عَلَى الْأَقْوَى.

و اگر رهن در تصرف مرتهن باشد، قبض به حساب می‌آید چون عنوان «رهن قبض شده» بر چنین رهنی صدق می‌کند و دلیل وجود ندارد که قبض معتبر، قبض ابتدائی بعد از عقد است و اطلاق عبارت [مصنف که فرمود: «اگر رهن در تصرف مرتهن باشد، قبض است»] اقتضا می‌کند که فرقی نداشته باشد که رهن با اذن راهن، در تصرف مرتهن باشد یا بدون اذن وی باشد مانند مالی که غصب شده است [بنابراین اگر «الف»

خانه «ب» را غصب کند و بعداً «الف» مقداری قرض به «ب» بدهد و «ب» همان خانه خود را که توسط «الف» غصب شده است بعنوان رهن قرار دهد لازم نیست خانه را از تصرف «الف» خارج ساخته و دوباره به قبض او بدهد بلکه همان قبض قبلی کفایت می‌کند هر چند عدوانی و بدون اذن راهن بوده است و اطلاق سخن مصنف شامل تصرف قبلی با اذن و بدون اذن می‌شود. [و در کتاب دروس به این عدم تفاوت، تصریح کرده است و دلیل، یکسان است] یعنی دلیلی که برای عدم تفاوت میان قبض بدون اذن و قبض با اذن وجود دارد آن است که عبارت «رهن قبض شده: فراهان مقبوضه» شامل هر دو صورت می‌شود و بر هر دو حالت به نحو یکسانی دلالت دارد زیرا هر دو قبض، رهن قبض شده نامیده می‌شود. [هر چند در غصب [و قبض بدون اذن]، نهی از قبض شده است زیرا نهی در غیر عبادات [و معاملات] فاسدکننده نیست [یعنی اگر چه شارع، غصب و تصرف ملک دیگران بدون اجازه مالک را نهی کرده است اما غصب، عبادت نیست و نهی در غیر عبادات موجب فساد منهی عنه نیست بنابراین نهی از قبض موجب فساد قبض نیست تا گفته شود که قبض قبلی باطل بوده و باید قبض جدیدی صورت گیرد. با این وجود] گفته شده است که چنین قبضی [یعنی قبضی که بدون اجازه مالک باشد] کافی نیست زیرا قبض با فرض اینکه رکن در لزوم عقد رهن است، چنانچه مورد نهی قرار گرفته باشد، اعتباری ندارد و نهی در صورتی موجب فساد منهی عنه نیست که ارکان عمل، کامل باشد و بخاطر اینکه چنین قبضی، قبض معتبر نیست چنانچه قبض بدون اذن راهن شروع شده باشد، اعتبار ندارد. [خلاصه این عبارت آن است که نهی از چیزی در صورتی موجب فساد نمی‌شود که آن چیز، رکن معامله نباشد و قبلاً معامله کامل شده باشد و سپس نسبت به یکی از اجزاء معامله که رکن نیست، نهی شود حال آنکه قبض، رکن عقد رهن است و تا قبض صورت نگیرد، رهن کامل نمی‌شود.] و با فرض اینکه، قبض قبلی کفایت کند [اعم از اینکه با اذن باشد یا بدون اذن باشد] نیازی به اذن جدید برای قبض نخواهد بود [یعنی لازم نیست که راهن نسبت به ادامه تصرفات مرتهن، اذن بدهد. البته این سخن در صورتی قابل قبول است که قبض قبلی با اذن باشد زیرا اگر قبض قبلی بدون اذن باشد اثری ندارد و در هر صورت باید راهن، قبض مرتهن را اذن بدهد.] و نیز احتیاجی به گذشتن مدتی نیست که قبض جدید در آن، امکان داشته

باشد چون قبض، قبل از عقد صورت گرفته است پس لازم دانستن امر دیگر [یعنی اذن یا قبض جدید] تحصیل حاصل است [زیرا قبض قبلاً حاصل شده است] و بخاطر اصل [عدم یعنی وقتی شک می‌کنیم که اذن جدید، لازم است یا خیر، اصل بر عدم لزوم است. خلاصه اینکه اگر قبض قبلی را کافی بدانیم، نه لازم است که رهن، اذن جدیدی بدهد و نه لازم است پس از عقد رهن، مدتی را صبر کنند که قبض در آن مدت، امکان‌پذیر است. کسانی که گذشتن چنین مدتی را لازم می‌دانند دلیلشان آن است که وقتی این مدت گذشت معلوم می‌شود که رهن در این مدت، اذن به تصرف داده و مرتهن هم، مال را تصرف کرده است.] و یک دیدگاه آن است که اذن جدید و گذشتن زمان، در هرگونه قبض قبلی، لازم است [اعم از اینکه قبض قبلی با اذن یا بدون اذن باشد] و یک دیدگاه هم آن است که [اذن جدید و گذشتن زمان] در غیر قبض صحیح [لازم است یعنی قبضی که بدون اذن مالک بوده است. دلیل اینکه اذن جدید و گذشتن زمان لازم است اعم از اینکه قبض قبلی با اذن یا بدون اذن باشد] بخاطر آن است که قبض معتبر، قبضی است که بعد از عقد رهن صورت می‌گیرد و قبض بعد از عقد رهن، فقط با اذن [جدید بعد از عقد] محقق می‌شود همانگونه که قبض ابتدایی [نیاز به اذن دارد] و اذن در قبض، اقتضای تحصیل قبض را دارد و از لوازم تحصیل قبض آن است که مدتی سپری شود پس اذن در قبض به صورت دلالت مطابقی به تحصیل قبض دلالت دارد و به صورت دلالت التزامی، به گذشتن زمان دلالت دارد. [خلاصه اینکه اذن قبل از عقد، اعتباری ندارد بلکه رهن باید بعد از عقد رهن، اذن بدهد و اذن در قبض بر دو مطلب دلالت دارد؛ یکی اینکه تحصیل قبض، لازم است که مدلول مطابقی آن است و دیگر اینکه باید مدتی سپری شود که تحصیل قبض در آن مدت، امکان‌پذیر است که مدلول التزامی آن می‌باشد. شهادتانی نسبت به دلالت مطابقی اذن بر لزوم تحصیل قبض، ایراد می‌کند و می‌گوید] اما دلالت مطابقی، منتفی است [یعنی اذن، دلالتی بر لزوم تحصیل قبض ندارد] زیرا چنین دلالتی، منجر به تحصیل حاصل و اجتماع امثال می‌گردد. [توضیح اینکه قبض، قبل از عقد، صورت گرفته است پس اگر گفته شود که اذن، دلالت بر لزوم قبض دارد معنایش آن است که اولاً چیزی را باید تحصیل کنیم که قبلاً حاصل شده است و ثانیاً دو چیزی که مثل هم هستند یعنی قبض قبل از عقد و قبض بعد از عقد باهم جمع

می شوند در حالیکه اجتماع امثال، ممنوع است. پس شهیدثانی، دیدگاهی را که می گوید قبض جدید و گذشتن مدت، لازم است و قبض قبل از عقد اعتباری ندارد را رد کرده و می گوید] و این نظریه، تضعیف [و مردود] می شود به اینکه مقید کردن قبض به بعد از عقد را قبول نداریم بلکه قبض اعم [از قبض بعد از عقد و قبل از عقد] می باشد و قبض، حاصل شده است [چه با اذن و چه بدون اذن باشد] و گذشتن زمان که مدلول التزامی اذن است، از توابع و مقدمات قبض است پس وقتی مدلول مطابقی اعتباری نداشته باشد، مدلول التزامی هم از بین می رود [زیرا مدلول التزامی وابسته به مدلول مطابقی است و ما مدلول مطابقی را قبول نداریم یعنی قبول نداریم که اذن، دلالت بر لزوم قبض دارد پس وقتی قبض لازم نیست، گذشتن مدتی هم که قبض در آن مدت، امکان دارد لازم نخواهد بود]. بله اگر قبض رهن، بدون اذن باشد [یعنی مرتهن قبل از عقد رهن، مال را بدون اذن رهن، قبض کرده باشد] معتبر بودن اذن جدید و گذشتن مدت، قابل توجیه است به همان دلیلی که قبلاً گفته شد [یعنی قبض، رکن عقد رهن است و نهی از ارکان عقد موجب فساد منهی عنه می باشد پس قبض قبلی که بدون اذن مالک و مورد نهی بوده است، باطل می باشد] و در صورتی که اذن جدید برای قبض، لازم باشد پس بنا بر نظریه قوی تر ضمان، باقی است تا اینکه چیزی بیاید و ضمان را از بین ببرد. [یعنی اگر اذن جدید را لازم بدانیم پس تصرفات قبلی مرتهن که بدون اذن مالک بوده است، ضمان آور می باشد و این ضمان باقی است تا وقتی که مالک، اذن بدهد و این اذن، ضمان متصرف را از بین می برد].

(وَلَوْ كَانَ) الرَّهْنُ (مُشَاعاً فَلَا بُدَّ مِنْ إِذْنِ الشَّرِيكِ فِي الْقَبْضِ، أَوْ رِضَاهُ بَعْدَهُ)،
سِوَاءَ كَانَ مِمَّا يُنْقَلُ أَمْ لَا، لِاسْتِزْلَامِهِ التَّصَرُّفَ فِي مَالِ الشَّرِيكِ، وَهُوَ مِنْهُيٌّ عَنْهُ بِدُونِ إِذْنِهِ،
فَلَا يُعْتَدُّ بِهِ شَرْعاً.

و يُشَكَّلُ فِيمَا يَكْفِي فِيهِ مُجَرَّدُ التَّحْلِيَةِ، فَإِنَّهَا لَا تَسْتَدْعِي تَصَرُّفاً، بَلْ رَفَعَ يَدَ الرَّاهِنِ عَنْهُ وَ تَمَكِّيَتَهُ مِنْهُ، وَ عَلَى تَقْدِيرِ اعْتِبَارِهِ، فَلَوْ قَبَضَهُ بِدُونِ إِذْنِ الشَّرِيكِ وَ فَعَلَ مُحَرِّمًا، فَهَلْ يَتِمُّ الْقَبْضُ؟ قَوْلَانِ: مَشْهُوهُمَا النَّهْيُ الْمَانِعُ كَمَا لَوْ وَقَعَ بِدُونِ إِذْنِ الرَّاهِنِ، وَ هُوَ اخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ، وَ أَنَّ النَّهْيَ إِنَّمَا هُوَ لِحَقِّ الشَّرِيكِ فَقَطُّ، لِإِذْنِهِ مِنْ قِبَلِ الرَّاهِنِ الَّذِي هُوَ الْمُعْتَبَرُ شَرْعاً، وَ هُوَ أَجْوَدُ، وَ لَوْ اتَّفَقَا عَلَى قَبْضِ الشَّرِيكِ جَارَ، فَيُعْتَبَرُ سَمَاعُهُ الْإِذْنَ فِيهِ.

و اگر رهن، مشاعی باشد [مثلاً «الف» و «ب» شریک در یک زمین هستند و «الف» را از «ج» می‌گیرد و این زمین مشاعی را در رهن «ج» قرار می‌دهد] پس باید شریک، اذن در قبض بدهد یا بعد از قبض، نسبت به آن رضایت بدهد اعم از اینکه مال منقول یا غیر منقول باشد چون قبض مال مشاعی، تصرف در مال شریک می‌باشد و تصرف در مال شریک بدون اذن شریک، مورد نهی قرار گرفته است و شرعاً اعتباری ندارد. اما [لزوم اذن شریک] در اموالی که مجرد تخلیه برای قبض، کفایت می‌کند با مشکل روبروست زیرا چنین تخلیه و قبضی مستلزم تصرف در مال نیست بلکه رفع تصرف رهن از این اموال و تمکین مرتهن از سوی رهن برای تصرف [کفایت می‌کند. بنابراین چنانچه زمینی که مشترک میان «الف» و «ب» است از سوی «الف» در رهن «ج» قرار گیرد همینکه «الف» زمین را تخلیه می‌کند و «ج» امکان پیدا می‌کند در آن تصرف نماید کفایت می‌کند و این موضوع به معنای تصرف «ج» در زمین نیست تا گفته شود که تصرف در مال مشترک صورت گرفته است زیرا زمین جزء اموالی است که تخلیه آن برای قبض دادن، کفایت می‌کند] و به فرض آنکه اذن شریک لازم باشد چنانچه مرتهن، رهن را بدون اذن شریک، قبض کند و کار حرامی انجام دهد آیا قبض، کامل است؟ [یعنی آیا چنین قبضی از نظر شرعی و حقوقی، معتبر و عقد رهن لازم می‌شود هر چند کار حرامی می‌باشد] دو دیدگاه در این زمینه وجود دارد و منشأ این دو دیدگاه، یکی نهی است که مانع می‌باشد مانند جایی که قبض بدون اذن رهن باشد و این دیدگاه را شهید اول انتخاب کرده است. [دلیل دیدگاه اول آن است که شارع، تصرف در مال شریک را نهی کرده است و نهی موجب فساد منهی عنه می‌شود. دلیل دیدگاه دوم] آن است که نهی فقط بخاطر حق شریک است و اذن رهن که شرعاً معتبر است، صورت گرفته است [یعنی اذنی که در عقد رهن معتبر می‌باشد، اذن رهن است و اذن شریک فقط بخاطر مصلحت اوست و دخالتی در صحت و لزوم عقد رهن ندارد] و این نظریه، بهتر است. اگر رهن و مرتهن باهم توافق کنند، که شریک، رهن را قبض کند جایز است و لازم است که شریک، اذن رهن و مرتهن برای قبض را بشنود.

(وَالكَلَامُ: إِمَّا فِي الشَّرْطِ، أَوْ لِلوَاقِقِ)

(الْأَوَّلُ: شَرْطُ الرَّهْنِ أَنْ يَكُونَ عَيْنًا مَمْلُوكَةً يُمَكِّنُ قَبْضَهَا وَيَصِحُّ بَيْعُهَا) هَذِهِ الشَّرَائِطُ مِنْهَا مَا هُوَ شَرْطُ الصَّحَّةِ وَهُوَ الْأَكْثَرُ، وَمِنْهَا مَا هُوَ شَرْطٌ فِي اللُّزُومِ كَالْمَمْلُوكِيَّةِ، بِاعْتِبَارِ رَهْنِ مَلِكِ الْغَيْرِ، وَلَا يَصُرُّ ذَلِكَ، لِأَنَّهَا شَرْطٌ فِي الْجُمْلَةِ، وَلِأَنَّ الْمَمْلُوكِيَّةَ تَشْتَمِلُ عَلَى شَرْطِ الصَّحَّةِ فِي بَعْضِ مُحْتَزَّاتِهَا (فَلَا يَصِحُّ رَهْنُ الْمُنْفَعَةِ) كَسُكْنَى الدَّارِ وَخِدْمَةِ الْعَبْدِ، لِعَدَمِ امْتِكَانِ قَبْضِهَا، إِذْ لَا يُمَكِّنُ إِلَّا بِاتِّلَافِهَا، وَلِتَعَدُّرِ تَحْصِيلِ الْمَطْلُوبِ فِي الرَّهْنِ مِنْهَا وَهُوَ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُ، وَهِيَ إِنَّمَا تُسْتَوْفَى شَيْئًا فَشَيْئًا، وَكُلَّمَا حَصَلَ مِنْهَا شَيْءٌ عَدِمَ مَا قَبْلَهُ. كَذَا قِيلَ. وَفِيهِ نَظَرٌ (وَالدَّيْنِ) بِنَاءً عَلَى مَا اخْتَارَهُ مِنْ اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ، لِأَنَّ الدَّيْنَ أَمْرٌ كُلِّيٌّ لَا وَجُودَ لَهُ فِي الْخَارِجِ يُمَكِّنُ قَبْضَهُ، وَمَا يُقْبَضُ بَعْدَ ذَلِكَ لَيْسَ نَفْسَهُ، وَإِنْ وُجِدَ فِي ضَمْنِهِ. وَيَحْتَمِلُ جَوَازَهُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، وَيُكْتَفَى بِقَبْضِ مَا يَعِينُهُ الْمَدْيُونُ، لِصِدْقِ قَبْضِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ عُرْفًا كَهَيْتِهِ مَا فِي الذَّمَّةِ.

وَ عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِ اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ لَا مَانِعَ مِنْ صِحَّةِ رَهْنِهِ، وَقَدْ صَرَّحَ الْعَلَامَةُ فِي التَّذَكُّرَةِ بِبِنَاءِ

الْحُكْمِ عَلَى الْقَوْلِ بِاشْتِرَاطِ الْقَبْضِ وَعَدَمِهِ، فَقَالَ: لَا يَصِحُّ رَهْنُ الدَّيْنِ إِنْ شَرَطْنَا فِي الرَّهْنِ الْقَبْضَ، لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ قَبْضَهُ، لَكِنَّهُ فِي الْقَوَاعِدِ جَمَعَ بَيْنَ الْحُكْمِ بِعَدَمِ اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ، وَعَدَمِ جَوَازِ رَهْنِ الدَّيْنِ، فَتَعَجَّبَ مِنْهُ الْمُصَنِّفُ فِي الدُّرُوسِ وَتَعَجَّبُهُ فِي مَوْضِعِهِ، وَالْإِعْتِدَارُ لَهُ عَنْ ذَلِكَ بِعَدَمِ الْمُنَافَاةِ بَيْنَ عَدَمِ اشْتِرَاطِهِ، وَاعْتِبَارِ كَوْنِهِ مِمَّا يُقْبَضُ مِنْهُ مَعَ تَصَرُّحِهِ بِالْبِنَاءِ الْمَدْكُورِ غَيْرِ مَسْمُوعٍ.

شرایط و لواحق عقد رهن

أول - شرایط

شرط رهن آن است که عین مملوکه ای باشد که بتوان آن را قبض نمود و فروش آن نیز صحیح باشد. [عین در مقابل منفعت است بنابراین منفعت و حقوق معنوی را نمی توان رهن قرارداد و مملوک بودن یعنی اینکه مال مورد رهن، ملک راهن باشد بنابراین راهن نمی تواند مال دیگران را در رهن بدهی خود قرار دهد و رهن قرار دادن مال موقوفه نیز صحیح نیست زیرا مال موقوفه را نمی توان فروخت] [برخی از این

شرایط، شرط صحت رهن هستند که اکثریت را تشکیل می دهند [یعنی اکثر شرایط مزبور، شرایطی هستند که اگر رعایت نشوند، عقد رهن باطل می شود] و برخی از آنها شرط لزوم عقد رهن هستند مانند شرط ملکیت به این جهت که رهن ملک غیر، معتبر است [و صحیح می باشد اما لزوم عقد رهن متوقف بر اجازه مالک است] و این کار، ضرری وارد نمی کند [یعنی اینکه مصنف، شرایط صحت و شرایط لزوم را باهم بیان کرد و میان آنها تفکیک ننمود، ضرری را بوجود نمی آورد] زیرا همه آنها فی الجمله [و به صورت کلی]، شرط به حساب می آیند و بخاطر اینکه ملکیت رهن، در برخی موارد آن شامل شرط صحت نیز می باشد [مثلاً رهن قرار دادن مشروبات الکلی برای غیرمسلمان، باطل است و ملکیت گاهی به معنای آن است که مال مورد رهن، ملک راهن باشد و گاهی به این معناست که مال مورد رهن قابل به ملکیت درآمدن باشد مثلاً مال موقوفه یا گوشت خوک، اساساً به مالکیت اشخاص در نمی آید] بنابراین رهن منفعت مانند سکونت خانه و خدمت عبد، صحیح نیست بخاطر اینکه قبض منفعت، امکان ندارد زیرا قبض منفعت از طریق اتلاف آن، ممکن است [منفعت، یک عین خارجی نیست بلکه چیزی است که بوجود می آید و در همان لحظه از بین می رود و آنچه را که وجود خارجی ندارد نمی توان قبض کرد حال آنکه قبض، رکن عقد رهن است، دلیل دیگر برای اینکه رهن منفعت، جایز نمی باشد] بخاطر آن است که در رهن منفعت نمی توان نتیجه مورد نظر که همان استیفای دین از محل رهن می باشد را بدست آورد [زیرا منفعت، یک عین خارجی نیست که مرتهن بتواند در صورت استتکاف راهن از پرداخت دین، آن را بفروشد و طلب خود را از محل فروش مال مرهونه، وصول کند بلکه] منفعت، به تدریج استیفا می شود و هر جزئی از آن که بوجود می آید، جزء قبلی از بین می رود [مثلاً در منفعت خانه، به محض اینکه مستأجر یک لحظه در خانه سکونت می کند و وارد لحظه بعدی می شود، منفعت لحظه قبلی از بین می رود. نظریه عدم امکان رهن منفعت، نظریه ای است که] گفته شده است اما قابل تأمل است [و دلیل تأمل، آن است که گرچه منفعت، عین خارجی نیست و نمی توان آن را قبض کرد اما عوض منفعت، عین است و قابل قبض می باشد مثلاً اجاره بهای منفعت محل استیجاری را می توان رهن قرارداد. با توجه به شرایطی که برای رهن گفته شد نه تنها رهن منفعت،

جایز نیست بلکه رهن] دین هم جایز نیست بنا بر نظریه‌ای که شهید اول برگزید و قبض رهن را شرط آن دانست زیرا دین، یک امر کلی است که وجود خارجی ندارد تا بتوان آن را قبض کرد [مثلاً وقتی «الف» یک میلیون تومان به «ب» بدهکار است این یک میلیون تومان، مبلغی پول در خارج نیست بلکه یک امر کلی است که در ذمه «الف» می‌باشد] و آنچه بعداً قبض می‌شود، همان امر کلی نیست هر چند امر کلی در ضمن همان چیزی که پرداخت می‌شود، تحقق می‌یابد. [بنابراین زمانی که «الف» ده دسته اسکناس هزار تومانی به «ب» می‌دهد این اسکناس‌ها همان امر کلی که در ذمه «الف» بوده‌اند نیست بلکه یکی از افراد آن کلی می‌باشد و «الف» می‌توانست بجای این اسکناس‌ها، اسکناس‌های دیگری را بدهد و اینکه کلی در ضمن افرادش تحقق می‌یابد به معنای آن نیست که افراد کلی همان کلی می‌باشند زیرا، کلی در ذمه وجود دارد اما افراد کلی در خارج وجود دارند.] و امکان دارد رهن دین براساس این نظریه، صحیح باشد و به قبض همان فردی اکتفا شود که مدیون، تعیین می‌کند زیرا عرفاً به چنین عملی، قبض دین گفته می‌شود مانند هبه‌ای که در ذمه هبه‌کننده قرار دارد [یعنی درست است که دین، وجود خارجی ندارد اما وقتی مدیون، ده دسته اسکناس بعنوان فردی از افراد دین، به طلبکار می‌دهد، عرفاً گفته می‌شود که دین، قبض گردید سپس قبض دین نیز امکان دارد و کسانی که رهن دین را جایز نمی‌دانند دلیلشان آن است که قبض دین امکان ندارد اما] بنا بر نظریه‌ای که قبض را شرط رهن نمی‌داند، ممنوعیتی برای صحت رهن دین وجود ندارد. مرحوم علامه حلی در کتاب تذکره، تصریح کرده است که حکم [جواز و عدم جواز رهن دین] مبتنی بر آن است که قبض، شرط رهن باشد یا شرط نباشد پس گفته است: «اگر قبض را شرط رهن بدانیم. رهن دین صحیح نیست چون قبض دین، امکان ندارد اما مرحوم علامه در کتاب قواعد، میان حکم به عدم شرط قبض در رهن و عدم جواز رهن دین، جمع کرده است [یعنی اعتقاد دارد که می‌توان گفت، به‌رغم اینکه قبض، شرط رهن نیست اما رهن دین جایز نیست] و شهید اول در کتاب دروس، از این سخن علامه حلی تعجب کرده است و تعجب او بجاست [زیرا علت جایز نبودن رهن دین، عدم امکان قبض آن است پس اگر قبض، شرط رهن نباشد باید رهن دین جایز باشد] و عذر آوردن از سوی علامه به اینکه منافاتی ندارد

بین اینکه قبض را شرط رهن ندانیم و در عین حال رهن را فقط از اموالی جایز بدانیم که قابل قبض است، پذیرفته نیست زیرا علامه بنا را بر آن گذاشته است. [یعنی علامه در کتاب قواعد سخنی گفته است که موجب شگفتی می‌باشد زیرا از یک طرف، قبض را شرط رهن نمی‌داند و از طرف دیگر، رهن دین را صحیح نمی‌داند. ممکن است کسی سخن علامه را از سوی وی چنین توجیه کند که مرحوم ایشان از یک طرف قبض را شرط صحت عقد رهن نمی‌داند یعنی رهن مالی که قبض نشده رهن نیست] نیز صحیح می‌باشد و از طرف دیگر شرط کرده است که رهن باید از اموالی باشد که معمولاً قابل قبض است زیرا مقصود از رهن در اموالی که قابل قبض نیستند، محقق نمی‌شود و این دو مطلب، کاملاً جدا هستند زیرا اولی می‌گوید اگر مال مرهونه جزء اموالی باشد که قابل قبض است، رهن آن صحیح است هر چند قبض نشده باشد اما دومی می‌گوید رهن مالی که قابل قبض نیست، صحیح نمی‌باشد. شهیدثانی این توجیه را رد می‌کند زیرا با مبنای علامه در کتاب تذکره که صحّت و بطلان رهن را منوط به امکان یا عدم امکان قبض دانسته است، سازگار نیست اما به نظر می‌رسد که این توجیه، توجیه مناسبی باشد.

(وَرَهْنُ الْمُدَبَّرِ إِبْطَالُ لِتَدْبِيرِهِ عَلَى الْأَقْوَى)، لِأَنَّهُ مِنَ الصَّيْغِ الْجَائِزَةِ، فَإِذَا تَعَقَّبَهُ مَا يُنَافِيهِ أَبْطَلَهُ لِكُونِهِ رُجُوعاً إِذْ لَا يَتِمُّ الْمَقْصُودُ مِنْ عَقْدِ الرَّهْنِ إِلَّا بِالرُّجُوعِ، وَقِيلَ: لَا يَبْطُلُ بِهِ لِأَنَّ الرَّهْنَ لَا يَفْتَضِي نَقْلَهُ عَنْ مَلِكِ الرَّاهِنِ، وَيَجُوزُ فَكُّهُ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّنَافِي بِمُجَرَّدِهِ، بَلْ بِالتَّصَرُّفِ. وَحِينَئِذٍ فَيَكُونُ التَّدْبِيرُ مُرَاعَى بِفَكِّهِ فَيَسْتَقَرُّ، أَوْ يَأْخُذُهُ فِي الدَّيْنِ فَيَبْطُلُ، وَاسْتَحْسَنَهُ فِي الدَّرُوسِ.

بنابر نظریه قوی‌تر، رهن برده مدبر، سبب ابطال تدبیر عبد می‌شود زیرا تدبیر، عقدی جایز است پس وقتی به دنبال آن چیزی بیاید که با آن منافات دارد، تدبیر را باطل می‌کند چون رهن به معنای رجوع از تدبیر است و هدف عقد رهن زمانی محقق می‌شود که صاحب عبد، از تدبیر رجوع کند و یک دیدگاه هم آن است که تدبیر با رهن، باطل نمی‌شود چون رهن سبب نمی‌شود که عبد از ملک راهن، خارج شود و فک رهن جایز است پس به صرف رهن، منافاتی میان تدبیر و رهن حاصل نمی‌شود بلکه تصرف در عبد، سبب این منافات می‌شود و زمانی که عبد مدبر، رهن قرار داده شود،

تدبیر وی معلق به فکّ رهن می‌شود و اگر رهن، فک شود تدبیر قطعی می‌شود یا مرتهن، عبد مدبر را در قبال دین برمی‌دارد و تدبیر باطل می‌شود و شهید اول در کتاب دروس، این نظریه را نیکو دانسته است [یعنی دیدگاهی که رهن عبد را موجب ابطال تدبیر آن نمی‌داند].

(وَلَا رَهْنُ الْخَمْرِ وَالْخَنِيرِ إِذَا كَانَ الرَّاهِنُ مُسْلِمًا، أَوِ الْمُرْتَهِنُ) وَإِنْ وَضَعَهَا عَلَى يَدِ ذِمِّيٍّ، لِأَنَّ يَدَ الْوَدْعِيِّ كَيْدَ الْمُسْتَوْدَعِ، خِلَافًا لِلشَّيْخِ حَيْثُ أَجَازَهُ كَذَلِكَ، مُحْتَجًّا بِأَنَّ حَقَّ الْوَفَاءِ إِلَى الذَّمِّيِّ فَيَصِحُّ، كَمَا لَوْ بَا عَهُمَا وَ أَوْفَاهُ تَمَنُّهُمَا. وَالْفَرْقُ وَاضِحٌ (وَلَا رَهْنُ الْحُرِّ مُطْلَقًا) مِنْ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ، عِنْدَ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ، إِذْ لَا شُبُهَةَ فِي عَدَمِ مِلْكِهِ (وَلَوْ رَهْنَ مَا لَا يَمْلِكُ) الرَّاهِنُ، وَهُوَ مَمْلُوكٌ لغيرِهِ (وَقَفَّ عَلَى الْأَجَازَةِ) مِنْ مَالِكِهِ فَإِنْ أَجَازَهُ صَحَّ عَلَى أَشْهَرِ الْأَقْوَالِ مِنْ كَوْنِ عَقْدِ الْفُضُولِيِّ مَوْفُوفًا مُطْلَقًا وَإِنْ رَدَّهُ بَطَلَ.

رهن خمر و خوک، صحیح نیست هر گاه راهن یا مرتهن، مسلمان باشند هر چند خمر یا خوک را نزد کافر ذمی بسپارند زیرا تصرف شخصی که مالی را به ودیعه می‌گیرد مانند تصرف شخصی است که مال را به ودیعه می‌گذارد [چون قائم مقام اوست بنابراین مانند آن است که خمر و خوک نزد مسلمان قرار داده شده باشد]. برخلاف شیخ طوسی که قرار دادن رهن نزد کافر ذمی را جایز می‌داند با این استدلال که حق استیفای دین به ذمی سپرده می‌شود پس صحیح است مانند جایی که کافر ذمی، خوک یا خمر را بفروشد و طلب مسلمان را از ثمن آنها بپردازد اما تفاوت میان این دو صورت، روشن است. [شیخ طوسی گفته است قرار دادن مورد رهن نزد ذمی صحیح است زیرا ذمی باید آنها را بفروشد و پول آنها را به مرتهن مسلمان بدهد و این مانند جایی است که کافر ذمی، پولی را به مسلمان بدهکار باشد پس خوک و خمر را که جزء اموال اوست بفروشد و طلب مسلمان را بپردازد. شهیدثانی در جواب شیخ طوسی می‌گوید که این دو مورد را نمی‌توان باهم مقایسه کرد زیرا در صورت اول یعنی رهن، تصرفات کافر ذمی از سوی مسلمان است و مالی که می‌فروشد گویی شخص مسلمان، آن را فروخته است زیرا این مال متعلق به مسلمان است و یا برای مسلمان فروخته می‌شود برخلاف صورت دوم که شخص مسلمان در فروش این اموال نقشی ندارد و ذمی، اموال خودش را می‌فروشد]. رهن قرار دادن انسان حراً مطلقاً جایز نیست اعم از

اینکه رهن، مسلمان باشد یا کافر باشد و مرتهن، مسلمان باشد یا کافر باشد زیرا تردیدی نیست که انسان آزاد، قابل تملک نیست [حال آنکه شرط رهن آن است که موضوع رهن، قابل تملک باشد]. و اگر رهن مالی را در رهن قرار دهد که مالک آن نیست بلکه ملک دیگری می باشد، متوقف بر اجازه مالک آن است پس اگر مالک، آن را اجازه دهد مشهورترین نظریه ها آن است که عقد رهن، صحیح است [و نظریه مشهور، آن است که] عقد فضولی مطلق، متوقف بر اجازه مالک است [یعنی تفاوتی میان رهن فضولی و سایر عقود فضولی وجود ندارد] و اگر مالک، آن را اجازه ندهد، عقد رهن باطل می شود.

(و لَوْ اسْتَعَارَ لِلرَّهْنِ صَحَّ) ثُمَّ إِنْ سَوَّغَ لَهُ الْمَالِكُ الرَّهْنَ كَيْفَ شَاءَ جَازَ مُطْلَقًا، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَفِي جَوَازِهِ فَيَتَخَيَّرُ كَمَا لَوْ عَمَّمَهُ، أَوْ الْمَنْعِ، لِلْعَزْرِ قَوْلَانِ، اخْتَارَ أَوْلَهُمَا فِي الدَّرُوسِ، وَ عَلَى الثَّانِي، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ قَدْرِ الدَّيْنِ، وَ جِنْسِهِ، وَ وَضْفِهِ، وَ حُلُولِهِ أَوْ تَأْخِيْلِهِ وَ قَدْرِ الْأَجْلِ، فَإِنْ تَخَطَّى حَيْثُ بَدَأَ كَانَ فَضُولِيًّا إِلَّا أَنْ يَزْهَنَ عَلَى الْأَقْلِ، فَيَجُوزُ بِطَرِيقِ أَوْلَى، وَ يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِي الْعَارِيَةِ مَا لَمْ تُزْهَنَ، عَمَلًا بِالْأَصْلِ.

(وَ تَلَزَمَ بِعَقْدِ الرَّهْنِ) فَلَيْسَ لِلْمُعِيرِ الرُّجُوعُ فِيهَا، بِحَيْثُ يَفْسَخُ الرَّهْنَ، وَإِنْ جَازَ لَهُ مُطَالَبَةُ الرَّاهِنِ بِالْفَكِّ عِنْدَ الْحُلُولِ. ثُمَّ إِنْ فَكَّهُ وَرَدَّهُ تَامًّا بَرِيًّا (وَيُضْمَنُ الرَّاهِنُ لَوْ تَلَفَ) وَ إِنْ كَانَ بَعِيرٍ تَفَرَّطَ (أَوْ بَيْعَ) بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا، وَ قِيَمَتِهِ يَوْمَ التَّلَفِ إِنْ كَانَ قِيَمِيًّا. هَذَا إِذَا كَانَ التَّلَفُ بَعْدَ الرَّهْنِ، أَمَا قَبْلَهُ فَالْأَقْوَى أَنَّهُ كَعَيْرِهِ مِنَ الْأَعْيَانِ الْمُعَارَةِ، وَ عَلَى تَقْدِيرِ بَيْعِهِ فَالْإِلْزَامُ لِمَالِكِهِ ثَمَنُهُ إِنْ بَاعَ بِثَمَنِ الْمِثْلِ، وَ لَوْ بَاعَ بِأَزْيَدَ فَلَهُ الْمُطَالَبَةُ بِمَا بَاعَ بِهِ.

اگر رهن، مالی را برای رهن گذاشتن، عاریه بگیرد صحیح است پس اگر مالک، اجازه بدهد که رهن به هر شکلی که خواست مال را رهن بگذارد، مطلقاً جایز است [یعنی به هر مبلغی و برای هر مدتی جایز است] و اگر آن را به صورت مطلق، عاریه داد [یعنی تصریح نکرد که به هر صورتی می خواهی رهن قرار بده (عام) و محدودیتی هم برقرار نکرد (مطلق)] پس در مورد اینکه آیا رهن قرار دادن بگونه ای که رهن به هر شکلی می خواهد آن را رهن قرار دهد مانند حالتی که مالک، به صورت عام آن را بیان کرده بود، جایز است یا ممنوع می باشد [یعنی رهن حق ندارد مال را به هر شکلی که خواست رهن قرار دهد] بخاطر غرری که وجود دارد، دو دیدگاه ارائه شده است [یک

دیدگاه آن است که اطلاق هم مانند عموم است و یک دیدگاه آن است که موجب غرر مالک می شود زیرا مالک نمی داند مال او به چه شکلی رهن داده خواهد شد حال آنکه عاریه هم مانند سایر عقود نباید غرری باشد پس عاریه گیرنده حق ندارد آن را به هر شکلی است، رهن قرار دهد.]

شهید اول در کتاب دروس، دیدگاه نخست را انتخاب کرده است [یعنی عاریه گیرنده می تواند به هر شکلی که خواست، مال را رهن قرار دهد زیرا اگر مالک، محدودیتی را در نظر داشت باید آن را بیان می کرد] و بنا بر نظریه دوم باید مقدار و جنس و صفت و حال یا مدت دار بودن دین و مقدار مدت، مشخص شود پس اگر عاریه گیرنده این موارد را رعایت نکند، رهن فضولی خواهد بود مگر اینکه حداقل ها را رعایت کند که در این صورت به طریق اولی جایز است و تا زمانی که عاریه گیرنده، مال را در رهن قرار نداده باشد عاریه دهنده می تواند از عاریه، رجوع کند و این بخاطر اصل است [منظور از اصل، اصل استصحاب می باشد زیرا عقد عاریه، یک عقد جایز است پس در مورد عاریه ای که برای رهن گذاشتن صورت گرفته است شک می کنیم پس همان جواز اولیه را استصحاب می کنیم.] و عقد عاریه با عقد رهن، لازم می شود [یعنی اگر چه عقد عاریه، ذاتاً عقدی جایز است اما وقتی مال موضوع عاریه، در رهن قرار گرفت، عقد عاریه تبدیل به عقد لازم می شود] بنابراین عاریه گذارنده نمی تواند از عاریه، رجوع کند بگونه ای که عقد رهن را فسخ نماید هر چند می تواند از راهن بخواهد که هنگام فرارسیدن مهلت دین، عقد رهن را فک نماید پس اگر راهن، عقد رهن را فک کرد و مال را کاملاً برگرداند، ذمه او بری می شود و اگر مال مورد عاریه، تلف شود، راهن ضامن است هر چند تلف مال بدون تفریط او باشد [و همینطور، راهن ضامن است اگر مال مورد عاریه] فروخته شود و [ضمان راهن] به مثل مال است اگر مثلی باشد و به قیمت آن در روز تلف است اگر قیمی باشد. و این در صورتی است که تلف مال، بعد از رهن گذاشتن باشد اما اگر قبل از رهن گذاشتن باشد پس نظریه قوی تر آن است که مانند سایر اموالی می باشد که به عاریه داده می شود و در صورتی که مال عاریه، فروخته شود پس ثمن آن به مالک داده می شود اگر به اندازه ثمن المثل فروخته شده باشد و اگر به مقدار بیش تر فروخته شده باشد، عاریه دهنده می تواند همان

مقداری را مطالبه کند که به فروش رفته است.

(وَيَصِحُّ رَهْنُ الْأَرْضِ الْخَرَاجِيَّةِ) كَالْمَفْتُوحَةِ عَنُوَّةً، وَالتِّي صَالِحَ الْإِمَامِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَهْلُهَا عَلَى أَنْ تَكُونَ مِلْكاً لِلْمُسْلِمِينَ، وَضَرَبَ عَلَيْهِمُ الْخَرَاجُ كَمَا يَصِحُّ بَيْعُهَا تَبَعاً لِلْأَبْنِيَّةِ وَالشَّجَرِ لَا مُنْفَرَدَةً.

رهن قرار دادن زمینهای خراجی مانند زمین‌هایی که با قهر و غلبه به تصرف مسلمانان درآمده، صحیح است و نیز زمین‌هایی که امام (ع) با صاحبان آنها توافق نموده است که ملک مسلمانان باشد و برای کافران، پرداخت خراج مقرر شده است همانگونه که می‌توان این زمین‌ها را همراه با ساختمان‌ها و درختان فروخت اما به تنهایی قابل فروش نیست. [منظور از زمین خراجی، زمینی است که مسلمانان آنها را با قهر و غلبه تصرف می‌کنند و سپس توافق می‌شود که در اختیار کافران قرار گیرد و آنها وجهی را به دولت اسلامی بپردازند. رهن و فروش این زمین‌ها به تنهایی جایز نیست اما همراه با درختان و ساختمان‌ها جایز است.]

(وَأَنَّ رَهْنَ الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ)، لِعَدَمِ امْتِكَانِ قَبْضِهِ، وَ لَوْ لَمْ يَشْتَرِ طُهُ أَمْكَنَ الْجَوَازُ، لِامْتِكَانِ الْأَسْتِيفَاءِ مِنْهُ وَ لَوْ بِالصُّلْحِ عَلَيْهِ (إِلَّا إِذَا اعْتِيدَ) عَوْدُهُ، كَالْحَمَامِ الْأَهْلِيِّ، فَيَصِحُّ لِامْتِكَانِ قَبْضِهِ عَادَةً (وَ لِأَلْسَمَكِ فِي الْمَاءِ إِلَّا إِذَا كَانَ مَحْضُورًا مُشَاهِدًا) بِحَيْثُ لَا يَتَعَذَّرُ قَبْضُهُ عَادَةً، وَ يُمَكِّنُ الْعِلْمُ بِهِ

رهن قرار دادن پرنده که در هواست [و در تصرف رهن نمی‌باشد] صحیح نیست زیرا امکان قبض [و اقباض] آن وجود ندارد و اگر قبض، شرط رهن نباشد، امکان دارد که [رهن قرار دادن آن] جایز باشد ولو اینکه به صورت مصالحه بر آن باشد [یعنی اگر قبض را شرط صحت رهن ندانیم ممکن است رهن چنین پرنده‌ای جایز باشد چون می‌توان دین را از محل آن وصول کرد هر چند در قالب مصالحه باشد که البته مالک بودن رهن نسبت به این پرنده شرط است] مگر اینکه پرنده هوا، معمولاً برگردد مانند کبوتر خانگی زیرا عادتاً امکان قبض آن وجود دارد. [همچنین رهن قرار دادن ماهی در آب، صحیح نیست مگر اینکه آب محصور بوده و [توسط خریدار] مشاهده شود بگونه‌ای که قبض آن عادتاً متعذر و غیرممکن نباشد و علم به آن نیز ممکن باشد. [علت ممنوعیت رهن پرنده و ماهی، عدم امکان قبض آنهاست پس اگر چنین مانعی برطرف

شود رهن نیز ممکن خواهد بود مانند اینکه پرنده عادتاً برگردد یا ماهی در برکه‌ای محصور قرار داشته باشد.]

(وَلَا رَهْنُ الْمُصْحَفِ عِنْدَ الْكَافِرِ، أَوْ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ)، لَا قِضَاءَ لِالِاسْتِیْلَاءِ عَلَیْهِمَا، وَالسَّبِيلَ عَلَی بَعْضِ الْوُجُوهِ بَبِیْعٍ وَ نَحْوِهِ (إِلَّا أَنْ يُوضَعَ عَلَی يَدِ مُسْلِمٍ)، لِانْتِفَاءِ السَّبِيلِ بِذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ بَبِیْعِهِ لِلْمُسْلِمِ، لِأَنَّهُ حَبِئْتِدْ لَا یَسْتَحِقُّ الِاسْتِیْفَاءَ مِنْ قِیْمَتِهِ إِلَّا بِبِیْعِ الْمَالِكِ، أَوْ مَنْ یَأْمُرُهُ أَوْ الْحَاكِمِ مَعَ تَعَدُّرِهِ، وَ مِثْلُهُ لَا یُعَدُّ سَبِیلاً، لِتَحَقُّقِهِ وَإِنْ لَمْ یَكُنْ هُنَاكَ رَهْنٌ.

رهن قرار دادن قرآن و بردهٔ مسلمان نزد کافر صحیح نیست زیرا موجب مسلط شدن کافر بر قرآن و بردهٔ مسلمان می‌شود و در مواردی همچون بیع و نحو آن سبب سلطهٔ کافر بر مسلمان می‌شود [یعنی اگر قرآن و بردهٔ مسلمان نزد کافر رهن گذاشته شود، ممکن است کافر با فروش یا استفاده از آنها، استیلاء و سبیل بر آنها پیدا کند حال آنکه به حکم آیهٔ قرآن، کفار نباید بر مسلمان سلطه پیدا کنند] مگر اینکه قرآن و بردهٔ مسلمان در اختیار شخص مسلمان قرار گیرند چون در این صورت، سبیل و استیلاء [کافر بر مسلمان] از بین می‌رود هر چند فروش آن مسلمان شرط نشده باشد زیرا در این صورت فقط با فروش مالک یا کسی که مالک دستور می‌دهد یا توسط حاکم در صورتی که فروش مالک، معذور باشد استیفاء دین از قیمت آن ممکن می‌شود و چنین مواردی را نمی‌توان سبیل [و سلطهٔ کافر بر مسلمان] نامید زیرا اگر رهنی هم وجود نداشته باشد، چنین حالتی رخ می‌دهد. [یعنی نهایتاً کافر بر عین قرآن یا بردهٔ مسلمان، تسلط پیدا نمی‌کند بلکه مالک یا نمایندهٔ او باید قرآن یا برده را بفروشد و دین را از محل ثمن آن بپردازد و فروش اینها در غیرحالت رهن نیز ممکن است رخ دهد.]

(وَلَا رَهْنُ الْوَقْفِ)، لِتَعَدُّرِ اسْتِیْفَاءِ الْحَقِّ مِنْهُ بِالْبِیْعِ، وَ عَلَی تَقْدِیرِ جَوَازِ بَبِیْعِهِ بِوَجْهِ یَجِبُ أَنْ یَشْتَرِيَ بِثَمَنِهِ مَلْکاً یَكُونُ وَقْفاً، فَلَا یَنْجِهُ الِاسْتِیْفَاءَ مِنْهُ مُطْلَقاً. نَعَمْ لَوْ قِیلَ بِعَدَمِ وَجُوبِ اِقَامَةِ بَدَلِهِ اَمَّا كَنْ رَهْنُهُ حَيْثُ یَجُوزُ بَبِیْعِهِ

رهن وقف نیز صحیح نیست [یعنی مال موقوفه را نمی‌توان رهن قرارداد] چون استیفاء دین از مال موقوفه از طریق فروش آن، امکان ندارد [یعنی مال موقوفه را نمی‌توان فروخت و دین را از محل ثمن و بهای آن پرداخت کرد] و به فرض اینکه فروش

آن به دلیلی جایز باشد [مانند اینکه بخواهند آن را تبدیل به أحسن نمایند] باید با ثمن و بهای آن، ملکی خریداری شده و بعنوان وقف قرار گیرد [یعنی بدل وقف قرار گیرد] بازمه استیفای دین از محل آن به هیچ وجه امکان ندارد [یعنی این ملک در هیچ حالتی از وقفیت خارج نمی شود چون یا ملک را نمی توان فروخت یا اگر فروخته شود باید با ثمن آن مال دیگری خریداری شده و بعنوان وقف قرار گیرد بنابراین ثمن آن را هم نمی توان برای دین پرداخت] بلکه اگر گفته شود که قرار دادن جایگزین برای وقف، لازم نیست می توان آن را رهن قرارداد، زمانی که فروش آن ممکن باشد [مانند اینکه موضوع وقف منتفی شود یا بتوان ثمن آن را به موقوف علیهم داد تا در آن تصرف نمایند].

(وَيَصِحُّ الرَّهْنُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ)، لِثُبُوتِ الثَّمَنِ فِي الذَّمَّةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَقَرًّا (وَإِنْ كَانَ) الْخِيَارُ (لِلْبَائِعِ، لِاتِّتِفَالِ الْمَبِيعِ) إِلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي (بِالْعَقْدِ عَلَى الْأَقْوَى)، لِأَنَّ صِحَّةَ الْبَيْعِ تَقْتَضِي تَرْتُّبَ أَثَرِهِ، وَ لِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ هُوَ الْعَقْدُ، فَلَا يَتَخَلَفُ عَنْهُ الْمُسَبَّبُ، وَ عَلَى قَوْلِ الشَّيْخِ بَعْدَ انْتِفَالِهِ إِلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ أَوْ لِهَُمَا، لَا يَصِحُّ الرَّهْنُ عَلَى الثَّمَنِ قَبْلَ انْقِضَائِهِ.

(وَيَصِحُّ رَهْنُ الْعَبْدِ الْمُزْتَدِّ وَ لَوْ عَنْ فِطْرَةٍ)، لِأَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ بِهَا عَنِ الْمِلْكِ وَإِنْ وَجَبَ قَتْلُهُ، لِأَنَّهُ حَيْثُودِ كَرِهِنِ الْمَرِيضِ الْمَأْيُوسِ مِنْ بُرْئِهِ وَ لَوْ كَانَ امْرَأَةً أَوْ مَلِيًّا فَالْأَمْرُ أَوْضَحٌ، لِعَدَمِ قِتْلِهَا مُطْلَقًا وَ قَبُولِ تَوْبَتِهِ (وَ الْجَانِي مُطْلَقًا) عَمْدًا وَ خَطَأً، لِإِنْفَاءِ الْمَالِيَّةِ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ الْعَامِدُ الْقَتْلَ، وَ لِحَوَازِ الْعَفْوِ، ثُمَّ إِنْ قُتِلَ بَطَلَ الرَّهْنُ، وَإِنْ فَدَاهُ مَوْلَاهُ أَوْ عَفَى الْوَلِيُّ بَقِي رَهْنًا، وَ لَوْ اسْتَرْقَ بَعْضُهُ بَطَلَ الرَّهْنُ فِيهِ خَاصَّةً، وَ فِي كَوْنِ رَهْنِ الْمَوْلَى لَهُ فِي الْخَطَأِ التِّزَامًا بِالْفِدَاءِ وَ جِهَانِ كَالْبَيْعِ (فَإِنْ عَجَزَ الْمَوْلَى عَنْ فَكِّهِ قُدِّمَتِ الْجُنَايَةُ)، لِسَبْقِهَا، وَ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْمَجْبِيِّ عَلَيْهِ بِالرَّقَبَةِ، وَ مِنْ ثَمَّ لَوْ مَاتَ الْجَانِي لَمْ يُلْزَمِ السَّيِّدُ، بِخِلَافِ الْمُزْتَهِنِ، فَإِنَّ حَقَّهُ لَا يَنْحَصِرُ فِيهَا، بَلْ تَشْتَرِكُهَا ذِمَّةُ الرَّاهِنِ.

قرار دادن رهن در زمان خیار صحیح است زیرا ثمن در ذمه خریدار ثابت می شود هر چند بیع، مستقر [و قطعی] نشده باشد و گرچه حق خیار متعلق به فروشنده باشد زیرا بیع بنا بر نظریه قوی تر به سبب عقد بیع به ملکیت خریدار درمی آید و صحّت بیع مقتضی آن است که اثر بیع بر آن مترتب شود و عقد سبب ملکیت است بنابراین مسبب از سبب جدا نمی شود [یعنی امکان ندارد که عقد یعنی سبب بوجود آید اما

مسبب و اثر آن که همان مالکیت است بوجود نیاید] اما بنا بر نظریه مرحوم شیخ طوسی که می‌گوید هرگاه خیار فسخ متعلق به فروشنده یا فروشنده و خریدار باشد، مبیع به ملکیت مشتری در نمی‌آید، رهن بر ثمن قبل از انقضای مدت خیار، صحیح نخواهد بود. [بنا بر نظر مشهور همینکه عقد بیع منعقد گردید، ثمن به ملکیت فروشنده و مبیع به ملکیت خریدار در می‌آید. حال اگر بیع به صورت مدت‌دار باشد یعنی مشتری متعهد شود که ثمن را بعداً پردازد و حق فسخ قرارداد هم برای فروشنده وجود داشته باشد می‌توان برای ثمن (که به صورت دین بر ذمه خریدار است) رهن قرارداد و خریدار هم می‌تواند مبیع را در رهن قرار دهد زیرا خریدار، مالک مبیع شده است اما کسانی که اعتقاد دارند، مالکیت پس از انقضای مدت خیار حاصل می‌شود، رهن قرار دادن بر ثمن را تجویز نمی‌کنند زیرا قبل از انقضای مهلت خیار، تعهد قطعی برای خریدار بوجود نیامده و مبیع هم قطعاً به مالکیت وی در نیامده است.]

(وَلَوْ رَهْنَمَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ قَبْلَ الْأَجَلِ) بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُ إِصْلَاحُهُ كَنْجَفِيْفِ الْعَنْبِ وَالرُّطْبِ (فَلْيُسْتَرَطَّ بَيْعُهُ. وَ رَهْنُ ثَمَنِهِ) فَيَبِيعُهُ الرَّاهِنُ وَ يَجْعَلُ ثَمَنَهُ رَهْنًا، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْهُ رَفَعَ الْمُزْتَهِنُ أَمْرَهُ إِلَى الْحَاكِمِ لِيَبِيعَهُ أَوْ يَأْمُرَهُ بِهِ، فَإِنْ تَعَدَّرَ جَازَ لَهُ الْبَيْعُ، دَفْعًا لِلضَّرْرِ وَالْحَرَجِ.

(وَلَوْ أَطْلَقَ) الرَّهْنُ وَ لَمْ يَشْتَرَطْ بَيْعَهُ وَ لَا عَدَمَهُ (حُمِلَ عَلَيْهِ)، جَمْعًا بَيْنَ الْحَقَّيْنِ مَعَ كَوْنِهِ حَالَةَ الرَّهْنِ صَالِحًا لَهُ. وَقِيلَ: يَبْطُلُ، لِعَدَمِ اقْتِضَاءِ الإِطْلَاقِ الْبَيْعِ، وَ عَدَمِ صِلَا حَيْثِيَّةِ، لِكَوْنِهِ رَهْنًا عَلَى الدَّوَامِ فَهُوَ فِي قُوَّةِ الْهَالِكِ، وَ هُوَ ضَعِيفٌ، لِكَوْنِهِ عِنْدَ الْعَقْدِ مَالًا تَامًّا، وَ حُكْمُ الشَّارِعِ بِيَبِيعِهِ عَلَى تَقْدِيرِ امْتِنَاعِهِ مِنْهُ صِيَانَةً لِلْمَالِ جَائِزٌ، لِفَسَادِهِ، وَ اخْتِرَازَ بَقَوْلِهِ: قَبْلَ الْأَجَلِ، عَمَّا لَوْ كَانَ لَا يَفْسُدُ إِلَّا بَعْدَ حُلُولِهِ، بِحَيْثُ يُمَكِّنُ بَيْعَهُ قَبْلَهُ، فَإِنَّهُ لَا يُنْمَعُ، وَ كَذَا لَوْ كَانَ الدَّيْنُ خَالًا، لِإِمْتِنَاعِهِ حُضُولِ الْمُقْصُودِ مِنْهُ، وَ يَجِبُ عَلَى الْمُزْتَهِنِ السَّعْيُ عَلَى بَيْعِهِ بِأَحَدِ الْوُجُوهِ، فَإِنْ تَرَكَ مَعَ إِمْتِنَاعِهِ ضَمِنَ إِلَّا أَنْ يَنْهَاهُ الْمَالِكُ، فَيَنْتَفِي الضَّمَانُ، وَ لَوْ أَمَكَّنَ إِصْلَاحُهُ بِدُونِ الْبَيْعِ لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ بِدُونِ إِذْنِهِ، وَ مَوْوَنَةُ إِصْلَاحِهِ عَلَى الرَّاهِنِ كَنْفَقَةِ الْحَيَوَانِ.

و اگر مالی که قبل از فرارسیدن موعد دین، فاسد می‌شود بعنوان رهن قرار داده شود بگونه‌ای که اصلاح و ترمیم آن ممکن نباشد مانند خشک کردن انگور و خرما [یعنی برخلاف انگور و خرما که می‌توان با خشک کردن آنها، جلو فاسد شدن را گرفت و

در نتیجه می‌توان آنها را رهن قرارداداد] پس باید فروش آن و رهن قرار داد ثمن، شرط شود و در این صورت رهن، مورد رهن را می‌فروشد و ثمن آن را رهن قرار می‌دهد و اگر رهن از فروش رهن خودداری کند، مرتهن موضوع را نزد حاکم مطرح می‌کند تا حاکم آن را بفروشد یا دستورفروش آن را [به رهن یا شخص دیگری] بدهد و اگر [رجوع به حاکم، امکان نداشت] و متعذر بود، مرتهن می‌تواند آن را بفروشد تا جلو ضرر و حرج را بگیرد، و اگر رهن [مالی که زود فاسد می‌شود] به صورت مطلق بود و فروش یا عدم فروش آن شرط نشد، حمل بر جواز بیع [و قرار گرفتن ثمن بعنوان رهن] می‌شود تا میان حق رهن و حق مرتهن، جمع شود [حق رهن آن است که مرتهن مال او را بعنوان رهن بپذیرد و حق مرتهن آن است که بتواند طلب خود را از محل رهن، استیفاء نماید] علاوه بر اینکه چنین مالی [که رهن قرار گرفته و زود فاسد می‌شود] در زمان رهن، قابلیت آن را داشت که رهن قرار داده شود [زیرا در آن زمان فاسد نبود] و یک نظر آن است که [رهن قرار دادن مالی که زود فاسد می‌شود به صورت مطلق و بدون شرط فروش] باطل است زیرا اطلاق عقد بیع چنین اقتضایی ندارد [که حمل بر امکان فروش آن شود] و چنین مالی صلاحیت ندارد که به صورت دائمی، رهن قرار گیرد زیرا در حکم مالی است که فاسد شده است [زیرا این مال تا زمان فرارسیدن مدت دین، باقی نمی‌ماند پس به منزله مالی است که از همان ابتدا فاسد بوده است] اما این نظریه، ضعیف است زیرا چنین مالی [که سریع فاسد می‌شود] هنگام عقد، مال کامل [و صحیح و بدون عیبی] بوده است و حکم شارع مبنی بر اینکه در صورت امتناع رهن از فروش رهن، می‌توان آن را فروخت، حکمی جائز و لازم الاجراست زیرا مال، فاسد می‌شود. [یعنی شارع، فروش مال را در صورت امتناع رهن از فروش، تجویز کرده است و حکم شارع، حکمی لازم الاجراست و علت حکم شارع به جواز فروش آن است که اگر فروخته نشود، فاسد می‌گردد.] و [مرحوم شهید اول] با عبارتی که فرمود: «قبل از مدت» اجتناب کرد از مالی که بعد از فرارسیدن مدت دین فاسد می‌شود بگونه‌ای که قبل از فساد می‌توان آن را فروخت پس چنین رهنی، جایز است. [فرض کنید، زمان فرارسیدن دین، اول فروردین است و تاریخ فاسد شدن مال، اول اردیبهشت است پس می‌توان مال را قبل از فاسد شدن آن فروخت زیرا میان زمان فرارسیدن دین که امکان

فروش آن حاصل می شود و زمان فاسد شدن مال، یک ماه فاصله است حال آنکه شهید اول، حالتی را بیان کرده است که فاسد شدن مال، قبل از فرارسیدن زمان پرداخت دین صورت گیرد یعنی مال قبل از فروردین، فاسد شود. همچنین مصنف با این عبارت خود، پرهیز کرد [از حالتی که دین، حال باشد زیرا حصول مقصود از رهن، امکان دارد [زیرا در همان زمانی که مال، رهن قرار داده می شود، می توان آن را فروخت] و بر مرتهن لازم است که نسبت به فروش مال مرهونه به یکی از حالتی که گفته شود اقدام کند [یعنی براساس شرطی که در عقد بیان شده است یا بعد از فرارسیدن زمان بیع یا حالتی که به صورت مطلق بیان می شود و لزوم تلاش برای فروش، در جایی است که مال در معرض فساد و خرابی باشد] پس اگر امکان فروش وجود داشته باشد و مرتهن، آن را نفروشد ضامن است مگر اینکه مالک [و راهن] وی را منع از فروش کرده باشد که در این صورت، ضامن [و مسؤولیت مرتهن] منتفی می شود و اگر امکان اصلاح مال بدون فروش آن وجود داشته باشد [مانند خرما، تر، که می توان آن را خشک کرد] فروش مال بدون اجازه مالک، جایز نخواهد بود و هزینه های اصلاح مال برعهده راهن است همانگونه که نفقه و هزینه حیوان [برعهده راهن می باشد زیرا هر مالکی، مسؤول هزینه های نگهداری مال خود می باشد].

شرایط طرفین قرارداد

(وَأَمَّا الْمُتَعَاقدَانِ)

(فَيْشْتَرِطُ فِيهِمَا الْكَمَالَ) بِالْبُلُوغِ وَالْعَقْلِ وَالرُّشْدِ وَالْإِخْتِيَارِ (وَجَوَازُ التَّصَرُّفِ)

بِرْفَعِ الْحَجْرِ

عَنْهُمَا فِي التَّصَرُّفِ الْمَالِيَّ (وَيَصِحُّ رَهْنُ مَالِ الطِّفْلِ لِلْمَصْلَحَةِ) كَمَا إِذَا افْتَقَرَ إِلَى الْأَسْتِدَانَةِ لِنَفَقَتِهِ وَاصْلَاحِ عَقَارِهِ وَ لَمْ يَكُنْ يَبِيعُ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ أَعْوَدَ، أَوْ لَمْ يُمَكِّنْ، وَ تَوَقَّفَتْ عَلَى الرَّهْنِ، وَ يَجِبُ كَوْنُهُ عَلَى يَدِ ثِقَةٍ يَجُوزُ إِيدَا عَهْ مِنْهُ (وَ) كَذَا يَصِحُّ (أَخْذُ الرَّهْنِ لَهُ، كَمَا أَسْلَفَ مَالَهُ مَعَ ظُهُورِ الْعِبْطَةِ، أَوْ خَيْفَ عَلَى مَالِهِ مِنْ عَرَقٍ، أَوْ نَهْبٍ) وَالْمُرَادُ بِالصَّحَّةِ هُنَا الْجَوَازُ بِالْمَعْنَى الْأَعْمَى. وَالْمَقْصُودُ مِنْهُ الْوُجُوبُ، وَ يُعْتَبَرُ كَوْنُ الرَّهْنِ مُسَاوِيًا لِلْحَقِّ، أَوْ زَائِدًا عَلَيْهِ لِيُمْكِنَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنْهُ، وَ كَوْنُهُ بِيَدِ الْوَالِيِّ، أَوْ يَدِ عَدْلٍ لِيَتِمَّ التَّوْتُّقُ وَالْإِشْهَادُ عَلَى

الْحَقُّ لِمَنْ يَثْبُتُ بِهِ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ عَادَةً. فَلَوْ أَخْلَلَ بَعْضُ هَذِهِ ضَمِنَ مَعَ الْإِمْكَانِ.
 (وَلَوْ تَعَدَّرَ الرَّهْنُ هُنَا) وَهُوَ فِي مَوْضِعِ الْخَوْفِ عَلَى مَالِهِ (أَقْرَضَ مِنْ ثِقَةٍ عَدْلٍ
 غَالِبًا) هَكَذَا اتَّفَقَتِ النَّسَخُ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْعَدْلِ وَالثَّقَةِ تَأْكِيدٌ، أَوْ حَاوَلَ تَفْسِيرَ الثَّقَةِ بِالْعَدْلِ
 لِوُرُودِهِ كَثِيرًا فِي الْأَخْبَارِ وَكَلَامِ الْأَصْحَابِ مُحْتِمَلًا لِمَا هُوَ أَعْمٌ مِنْهُ.
 وَوَصَفُ الْعَلَبَةِ لِلتَّنْبِيهِ عَلَى أَنَّ الْعَدَالَتَ لَا تُعْتَبَرُ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ وَلَا فِي الدَّوَامِ، لِأَنَّ
 عُرُوضَ الذَّنْبِ لَيْسَ بِفَادِحٍ عَلَى بَعْضِ الْوُجُوهِ كَمَا عَرَفْتَهُ فِي بَابِ الشَّهَادَاتِ، وَالْمُعْتَبَرُ
 وَجُودُهَا غَالِبًا.

در طرفین قرارداد، کمال شرط است یعنی بلوغ و عقل و رشد و اختیار [شرط
 می باشد همانگونه که در سایر اعمال حقوقی نیز چنین شرطی وجود دارد] و جواز
 تصرف [نیز شرط است] به اینکه ممنوع از تصرفات مالی نباشند و چنانچه مصلحت
 اقتضا کند می توان مال طفل را در رهن قرارداد مانند اینکه قرض گرفتن برای پرداخت
 هزینه های طفل و تعمیر و اصلاح املاک او ضرورت داشته باشد و فروش چیزی از
 اموال وی، مقرون به صرفه تر نبوده یا ممکن نباشد و قرض گرفتن هم متوقف بر رهن
 قرار دادن مال باشد. و [زمانی که مصلحت طفل اقتضا می کند که مال وی در رهن قرار
 گیرد] باید مال به دست شخص مطمئنی سپرده شود که قرار دادن مال در دست وی،
 جایز است. و نیز می توان مالی را برای کودک، به رهن گرفت [یعنی در اینجا برخلاف
 حالت قبلی، کودک مرتهن است] مانند اینکه مال کودک بخاطر مصلحتی که وجود دارد
 نیز فروخته شود [و خریدار برای تضمین پرداخت ثمن، مالی را به رهن بگذارد یا مالی
 برای کودک، پیش خرید شود و فروشنده برای تضمین تحویل مبیع، مالی را در گرو و
 رهن بگذارد] یا ترس از غرق شدن یا تلف مال کودک، وجود داشته باشد [یعنی مال
 کودک که احتمال از بین رفتن آن می رود به قرض داده شود و قرض گیرنده برای تضمین
 ردّ مثل، مالی را در رهن بگذارد] و منظور از صحت در اینجا، جواز به معنای اعم است
 و مقصود از آن، وجوب می باشد. [یعنی وقتی گفته می شود رهن گرفتن برای کودک،
 صحیح است منظور از صحت، معنای خاص آن یعنی اباحه نیست بلکه اعم از اباحه و
 وجوب می باشد و در اینجا معنای وجوب، مورد نظر است زیرا مصلحت کودک اقتضا
 می کند که حتماً برای او مالی به رهن گرفته شود پس صحت به معنای اباحه نیست.] و اگر

رهن گرفتن در اینجا یعنی جایی که ترس از تلف مال کودک وجود دارد، ممکن نباشد، مال وی به شخص ثقة غالباً عادل، قرض داده می شود و همه نسخه های لمعه، اینچنین نوشته اند [یعنی قید «غالباً» در همه نسخه ها آمده است در حالی که نیازی به آن نبود زیرا مال طفل باید به شخصی قرض داده شود که غالباً عادل است] و جمع میان عدالت و اطمینان برای تأکید است [یعنی مصنف برای تأکید، وصف ثقة و عدالت را بیان کرده است حال آنکه نیازی به آن نبود زیرا شخص ثقة، عادل هم هست] یا [مرحوم مصنف] تلاش کرده است تا ثقة را به معنای عدالت تفسیر کند زیرا در روایات و سخنان فقهای شیعه، فراوان دیده می شود که واژه «ثقه» برای اعم از عادل و غیرعادل بکار رفته است و [اینکه مرحوم مصنف] وصف غلبه را بیان کرد [یعنی عدالت دائمی را بیان نکرد] بخاطر اشاره به این مطلب است که عدالت واقعی [و حقیقی] و همیشگی لازم نیست زیرا ارتکاب گناه در پاره ای موارد، ضرری به عدالت نمی زند همانگونه که در باب شهادت، آن را دانستی بلکه وجود عدالت در اکثر موارد، کفایت می کند.

(وَأَمَّا الْحَقُّ)

فَيْشْتَرِطُ ثُبُوتَهُ فِي الذِّمَّةِ أَيِ اسْتِحْقَاقِهِ فِيهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَقَرًّا كَالْقَرْضِ وَ تَمَنِ الْمَبِيعِ وَ لَوْ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ (وَالدِّيَّةُ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الْجِنَايَةِ) وَ هُوَ انْتِهَاؤُهَا إِلَى الْحَدِّ الَّذِي لَا يَتَعَيَّرُ مُوجِبُهَا لِأَقْبَلِهِ، لِأَنَّ مَا حَصَلَ بِهَا فِي مَعْرِضِ الزَّوَالِ بِالْإِنْتِقَالِ إِلَى غَيْرِهِ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ حَالَةً أَوْ لِأَزْمَةٍ لِلْجَانِبِ كَشَبِيهِ الْعَمْدِ، جَازَ الرَّهْنُ عَلَيْهَا مُطْلَقًا (وَفِي الْخَطَأِ) الْمَحْضِ لَا يَجُوزُ الرَّهْنُ عَلَيْهَا قَبْلَ الْحُلُولِ، لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ عَلَيْهِ غَيْرُ مَعْلُومٍ، إِذِ الْمُعْتَبَرُ مَنْ وَجَدَ مِنْهُمْ عِنْدَ حُلُولِهَا مُسْتَجْمِعًا لِلشَّرَائِطِ بِخِلَافِ الدَّيْنِ الْمَوْجَلِ، لِاسْتِقْرَارِ الْحَقِّ وَ الْمُسْتَحَقَّ عَلَيْهِ.

وَ يَجُوزُ الرَّهْنُ (عِنْدَ الْحُلُولِ عَلَى قِسْطِهِ) وَ هُوَ الثَّلْثُ بَعْدَ حُلُولِ كُلِّ حَوْلٍ مِنَ الثَّلَاثَةِ. (وَ مَالِ الْكِتَابَةِ) وَ إِنْ كَانَتْ مَشْرُوطَةً عَلَى الْأَقْرَبِ لِأَنَّهَا لِأَزْمَةٍ لِلْمُكَاتِبِ مُطْلَقًا عَلَى الْأَصْح. وَ الْقَوْلُ الْأَخْرَ أَنْ الْمَشْرُوطَةَ جَائِزَةٌ مِنْ قِبَلِ الْمُكَاتِبِ فَيَجُوزُ لَهُ تَعْيِيرُ نَفْسِهِ، فَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ عَلَى مَالِهَا، لِإِنْتِفَاءِ فَائِدَتِهِ، إِذْ لَهُ إِسْقَاطُهُ مَتَى شَاءَ. وَ هُوَ عَلَى تَقْدِيرِ تَسْلِيمِهِ غَيْرُ مَانِعٍ مِنْهُ كَالرَّهْنِ عَلَى التَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ.

وَ فِي قَوْلٍ ثَالِثٍ: أَنَّ الْمَشْرُوطَةَ جَائِزَةٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ، وَالْمُطْلَقَةَ لَازِمَةً مِنْ طَرَفِ السَّيِّدِ خَاصَّةً، وَ يَتَوَجَّهُ عَدَمُ صِحَّةِ الرَّهْنِ أَيْضاً كَالسَّابِقِ.

شرط حق [و دینی که رهن در مقابل آن قرار می‌گیرد] آن است که در ذمه [بدهکار] ثابت شده باشد که به معنای استحقاق دین در ذمه است هر چند مستقر نشده باشد مانند قرض و ثمن بیع هر چند در زمان خیار باشد [زیرا حق خیار مانع انتقال مالکیت نیست] و دیه بعد از اینکه جنایت، تثبیت گردید یعنی به حدی برسد که دیه تغییر نکند و نه قبل از آن زیرا دیه‌ای که از جنایت بوجود آمده است ممکن است با انتقال به غیر آن حد، در معرض زوال قرار گیرد [یعنی باید میزان دیه به صورت مقطوع درآید و به حد نهایی برسد مثلاً اگر دست کسی قطع شود و احتمال سرایت جنایت و افزایش دیه وجود داشته باشد، هنوز جنایت و دیه مستقر نشده و نمی‌توان مالی را بعنوان رهن بر آن قرار داد.] سپس اگر دیه، حال باشد یا پرداخت آن برعهده جانی باشد مانند جنایت شبه عمد، پس می‌توان برای دیه، رهن گرفت چه زمان پرداخت دیه فرارسیده باشد و چه فرانسیده باشد. و در جنایت خطای محض نمی‌توان قبل از فرارسیدن [مهلت پرداخت دیه]، رهن بر دیه گرفت زیرا اشخاصی که باید دیه را بپردازند معلوم نیستند چرا که اشخاصی باید دیه را بپردازند که هنگام حلول وقت پرداخت دین با همه شرایط، وجود داشته باشند. [دیه خطای محض برعهده عاقله‌ای است که در زمان پرداخت دیه وجود دارند پس اکنون که زمان پرداخت دیه فرانسیده است و مثلاً سه سال هنوز فرصت باقی است، نمی‌توان پیش‌بینی کرد که عاقله در آن زمانی چه کسانی خواهند بود و آیا عاقله‌ای که اینک وجود دارند، در آن زمان هم وجود خواهند داشت یا شرایط عاقله بودن را نیز دارا خواهند بود.] برخلاف دین مؤجل [و فوری و بدون مهلت] زیرا دین و اشخاصی که باید دین را بپردازند، مشخص هستند. و رهن گرفتن برای هر قسطی، هنگامی که پرداخت آن قسط فرامی‌رسد جایز است و آن یک سوم دیه بعد از حلول هر سال از سه سال است [یعنی در دیه خطای محض که باید ظرف مدت سه سال پرداخت شود، هر سالی که فرامی‌رسد باید یک سوم دیه پرداخت شود و در پایان هر سال می‌توان نسبت به یک سوم دیه، رهن گرفت.]

(وَ مَالِ الْجُعَالَةِ بَعْدَ الرَّدِّ) لِثُبُوتِهِ فِي الذَّمَّةِ حِينَئِذٍ (لَا قَبْلَهُ) وَإِنْ شَرَعَ فِيهِ لِأَنَّهُ لَا

يَسْتَحِقُّ شَيْئاً مِنْهُ إِلَّا بِتَمَامِهِ. وَقِيلَ: يَجُوزُ بَعْدَ الشَّرُوعِ، لِأَنَّهُ يُؤَوَّلُ إِلَى اللُّزُومِ كَالْتَمَنِ فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ. وَالْفَرْقُ وَاضِحٌ، لِأَنَّ الْبَيْعَ يَكْفِي فِي لُزُومِهِ إِنْقِائُوهُ عَلَى حَالِهِ، فَتَنْقُضِي الْمُدَّةَ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْفَسْخِ عَكْسَ الْجُعَالَةِ.

[رهن قرار دادن] بر مال الجعاله بعد از ردّ [جایز است] زیرا مال الجعاله هنگام ردّ بر ذمه جاعل ثابت می شود اما رهن قرار دادن قبل از ردّ، جایز نیست هر چند شروع در عمل کرده باشد زیرا عامل بعد از تمام کردن عمل، مستحق دریافت مال الجعاله می شود [مثلاً «الف» بعنوان جاعل به «ب» بعنوان عامل اعلام می کند که اگر اتومبیل وی را که مفقود شده است پیدا کرده و به او برگرداند مبلغ یک میلیون تومان بعنوان مال الجعاله یا حق الزحمه به او می دهد. حال اگر «ب» اتومبیل را پیدا کرده و به «الف» برگرداند، ذمه «الف» به پرداخت مبلغ یک میلیون تومان مشغول می شود و در این زمان «ب» می تواند مالی را از «الف» بعنوان رهن و جهت تضمین پرداخت بدهی او، بگیرد اما قبل از آنکه اتومبیل را رد کند، ذمه «الف» مشغول به دین نیست و در نتیجه نمی تواند رهنی برای آن قرار دهد.] و یک دیدگاه آن است که رهن قرار دادن بعد از شروع به عمل جایز است [یعنی همینکه «ب» عملیات پیدا کردن اتومبیل را شروع کند می تواند مالی را بعنوان رهن از «الف» بگیرد] زیرا شروع به کار، منتهی به لزوم می شود مانند ثمن در مدت خیار، [یعنی وقتی عامل شروع به عمل کند، عملیات وی تا پیدا کردن اتومبیل ادامه می یابد و وقتی اتومبیل پیدا شد، حق الزحمه برعهده «الف» لازم می شود همانگونه که برای پرداخت ثمن در مدت خیار نیز می توان از فروشنده، رهن گرفت هر چند بیع متزلزل باشد] اما این نظریه ضعیف است و تفاوت [میان بیع خیاری و جعاله] آشکار است زیرا برای لازم شدن بیع، کافی است که بیع به حالت خود باقی بماند تا مدت خیار سپری شود و اصل هم بر عدم فسخ است برعکس جعاله [که باید کاری صورت گیرد و اگر عامل در میانه راه، عمل را رها کند مستحق دریافت حق الزحمه نخواهد بود].

(وَلَا بُدَّ مِنْ امْكَانِ اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ مِنَ الرَّهْنِ) لِتَحْضُلِ الْفَائِدَةِ الْمَطْلُوبَةِ مِنَ التَّوَثُّقِ بِهِ (فَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ عَلَى مَنَفَعَةِ الْمُؤَجَّرِ عَيْنُهُ مَدَّةً مُعَيَّنَةً) لِأَنَّ تِلْكَ الْمَنَفَعَةَ الْخَاصَّةَ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاءُهَا إِلَّا مِنَ الْعَيْنِ الْمَخْصُوصَةِ، حَتَّى لَوْ تَعَدَّرَ الْإِسْتِيفَاءُ مِنْهَا بِمَوْتِ وَنَحْوِهِ بَطَلَتْ الْإِجَارَةُ (فَلَوْ آجَرَهُ فِي الذَّمَّةِ جَازًا) كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى تَحْصِيلِ خِيَاطَةِ تَوْبٍ

بِنَفْسِهِ أَوْ بَعِيرِهِ، لِإِمْكَانِ اسْتِيفَائِهَا حَيْثُ نَزِدَ مِنَ الرَّهْنِ، فَإِنَّ الْوَاجِبَ تَحْصِيلُ الْمَنْفَعَةِ عَلَى أَيْ وَجْهِ اتَّفَقَ.

و [شرط دیگر برای صحت عقد رهن آن است که] باید امکان استیفای دین از رهن وجود داشته باشد تا فایده مورد نظر از رهن قرار دادن مال، محقق شود [زیرا اگر نتوان دین را از محل مرهونه استیفا کرد، رهن قرار دادن مال بیهوده خواهد بود] بنابراین رهن قرار دادن بر منفعت کسی که شخص او برای مدت معینی اجیر شده است، صحیح نیست زیرا آن منفعت مخصوص را فقط از همان اجیر می توان استیفا کرد بگونه ای که اگر استیفای منفعت از آن شخص بخاطر فوت اجیر و نظایر آن، ممکن نباشد عقد اجاره باطل می شود [مثلاً اگر «الف»، «ب» را اجیر کند تا شخصاً ساختمانی برای او بسازد، «الف» نمی تواند از «ب» مالی را بعنوان رهن جهت انجام تعهد وی اخذ کند زیرا ساختن ساختمان فقط توسط شخص «ب» امکان دارد بگونه ای که اگر او به دلیلی ساختمان را نسازد نمی توان مال مرهونه را فروخت و ثمن آن را به شخص دیگری داد تا آن ساختمان را بسازد] اما اگر او را به صورت تعهد ذمه ای [و کلی] اجیر کند، [رهن گرفتن] جایز است مانند اینکه او را اجیر کند تا لباسی را شخصاً یا توسط شخص دیگری برای او بدوزد زیرا در این صورت، امکان استیفای منفعت از محل رهن وجود دارد و آنچه که لازم است، تحصیل منفعت از هر راهی می باشد [بنابراین وقتی «الف» به «ب» می گوید ساختمان برای من بساز و برای او مهم نباشد که «ب» شخصاً ساختمان را بسازد یا شخص دیگری آن را بسازد پس چنانچه «ب» به تعهد خود عمل نکرد، می توان مال مرهونه را فروخت و ثمن آن را به شخص دیگری داد تا ساختمان را بسازد.]

(وَتَصِحُّ زِيَادَةُ الدَّيْنِ عَلَى الرَّهْنِ) فَإِذَا اسْتَوْفَى الرَّهْنُ بَقِيَّ الْبَاقِي مِنْهُ مُتَعَلِّقًا بِدَمْتِهِ (وَزِيَادَةُ الرَّهْنِ عَلَى الدَّيْنِ) وَفَائِدَتُهُ سِعَةُ الْوَثِيقَةِ، وَمَنْعُ الرَّاهِنِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْمَجْمُوعِ، فَيَكُونُ بَاعِثًا عَلَى الْوَفَاءِ، وَ لِإِمْكَانِ تَلْفِ بَعْضِهِ فَيَبْقَى الْبَاقِي حَافِظًا لِلدَّيْنِ.

صحیح است که دین بیش تر از رهن باشد پس اگر دین از محل رهن استیفاء شد، بقیه دین برعهده رهن و بدهکار باقی می ماند [مثلاً اگر «الف» یک میلیون تومان به «ب» بدهکار باشد و مالی را که پانصد هزار تومان ارزش دارد در رهن وی قرار دهد و «ب» با فروش این مال، پانصد هزار تومان از طلب خود را وصول کند، بقیه طلب یعنی

پانصد هزار تومان بر ذمه «الف باقی است و باید آن را بپردازد» و زیاده رهن از دین [نیز صحیح است] و فایده آن، وسیع بودن وثیقه است و رهن هم از تصرف در مجموع رهن، ممنوع می شود و این انگیزه ای برای پرداخت [سریع تر] رهن است و نیز امکان دارد که مقداری از مال مرهونه تلف شود که در این صورت بقیه مال بعنوان وثیقه دین، باقی می ماند. [بنابراین اگر ارزش مال در مثال بالا، دو میلیون تومان باشد بدهکار تشویق می شود تا هر چه سریع تر دین خود را بپردازد و مالش را آزاد کند چون از تصرف در تمامی مال، ممنوع است.]

اما قسمت لواحق پیرامون چند مسأله بحث می کند.

(وَأَمَّا اللّٰوَأِحِقُّ)

(فَمَسَائِلُ)

الأولى: (إِذَا شَرَطَ الْوَكَالَةَ فِي الرَّهْنِ لَمْ يَمْلِكْ عَزْلَهُ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ الْعَلَامَةُ، لِأَنَّ الرَّهْنَ لَازِمٌ مِنْ جِهَةِ الرَّاهِنِ، وَهُوَ الَّذِي شَرَطَهَا عَلَى نَفْسِهِ فَيَلْزِمُ مِنْ جِهَتِهِ. (وَيُضَعَّفُ بِأَنَّ الْمَشْرُوطَ فِي اللَّازِمِ يُؤَثِّرُ جَوَازَ الْفَسْخِ لَوْ أَخْلَبَ بِالشَّرْطِ، لَا وَجُوبِ الشَّرْطِ) كَمَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ الْمَشْرُوطَ فِي الْعَقْدِ اللَّازِمِ يَقْلِبُهُ جَائِزاً عِنْدَ الْمُصَنِّفِ وَ جَمَاعَةٍ، فَحَيِّثُ إِذَا بُعِدَ إِخْلَالُ الرَّاهِنِ بِالْوَكَالَةِ تَسَلَّطَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى فَسْخِ الْعَقْدِ، وَ ذَلِكَ لَا يَبِيحُ فِي عَقْدِ الرَّهْنِ، لِأَنَّهُ دَفَعُ ضَرَرَ بَضَرٍ أَقْوَى، وَإِنَّمَا تَظْهَرُ الْفَائِدَةُ فِيمَا لَوْ كَانَ الرَّاهِنُ قَدْ شَرَطَهَا فِي عَقْدٍ لَازِمٍ كَبَيْعٍ (فَحَيِّثُ لَوْ فَسَخَ) الرَّاهِنُ (الْوَكَالَةَ فَسَخَ الْمُرْتَهِنُ الْبَيْعَ الْمَشْرُوطَ بِالرَّهْنِ) وَالْوَكَالَةَ (إِنْ كَانَ) هُنَاكَ بَيْعٌ مَشْرُوطٌ فِيهِ ذَلِكَ، وَالْإِلَافَاتُ الشَّرْطُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ بَعْدَ فَائِدَةٍ.

وَيُشْكَلُ بِمَا تَقَدَّمَ مِنْ وَجُوبِ الْوَفَاءِ بِالشَّرْطِ، عَمَلًا بِمُقْتَضَى الْأَمْرِ، خُصُوصاً فِيمَا يَكُونُ الْعَقْدُ الْمَشْرُوطَ فِيهِ كَافِياً فِي تَحْقِيقِهِ كَالْوَكَالَةِ عَلَى مَا حَقَّقَهُ الْمُصَنِّفُ مِنْ أَنَّهُ يَصِيرُ كَجُزْءٍ مِنَ الْإِجَابِ، وَالْقَبُولُ يَلْزِمُ حَيْثُ يَلْزِمَانِ.

وَلَمَّا كَانَ الرَّهْنُ لَازِماً مِنْ جِهَةِ الرَّاهِنِ، فَالشَّرْطُ مِنْ قِبَلِهِ كَذَلِكَ خُصُوصاً هُنَا، فَإِنَّ فَسْخَ الْمَشْرُوطِ فِيهِ وَهُوَ الرَّهْنُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي بَيْعٍ لَا يَتَوَجَّهُ، لِأَنَّهُ يَزِيدُهُ ضَرراً، فَلَا يُؤَثِّرُ فَسْخُهَا وَإِنْ كَانَتْ جَائِزَةً بِحَسَبِ أَصْلِهَا، لِأَنَّهَا قَدْ صَارَتْ لَازِمَةً بِشَرْطِهَا فِي اللَّازِمِ عَلَى

ذَلِكَ الْوَجْهِ.

اول: اگر در ضمن عقد رهن، شرط وکالت شود حق عزل وکیل وجود ندارد آنگونه که گروهی از فقها از جمله علامه حلی، چنین گفته‌اند زیرا عقد رهن از سوی راهن، عقد لازمی است و اوست که وکالت را بر علیه خودش شرط کرده است پس وکالت از سوی او، لازم می‌باشد. [بنابراین اگر «الف» که به «ب» بدهکار است مالی را در رهن وی قرار دهد و به «ب» وکالت دهد که اگر در زمان فرارسیدن مدت دین، طلب تو را نپرداختم وکیل هستی که مال مرهونه را فروخته و طلب خود را از محل آن وصول کنی، حق عزل او را ندارد زیرا عقد وکالت گرچه یک عقد لازم است اما ضمن عقد لازمی صورت گرفته است بنابراین وکالت نیز تبدیل به یک عقد لازم خواهد شد. اما این دیدگاه پذیرفته نیست] و تضعیف می‌شود به اینکه آنچه در عقد لازم شرط می‌شود [فایده‌اش آن است که] اگر به شرط عمل نشود، حق فسخ بوجود می‌آورد نه اینکه مشروط را واجب کند همانگونه که قبلاً گفته شد که به اعتقاد مصنف و گروهی از فقها چنانچه در عقد لازم شرطی آورده شود، عقد لازم را تبدیل به عقد جایز می‌کند و وقتی که عقد لازم تبدیل به عقد جایز شد فایده‌اش آن است که اگر راهن، وکالت را فسخ کند مرتهن نیز می‌تواند عقد را فسخ کند حال آنکه در عقد رهن، چنین کاری فایده ندارد چون یک ضرر با ضرر قوی‌تری دفع می‌شود [بنابراین اگر «الف» به «ب» بدهکار باشد و مالی را در رهن وی قرار دهد و به او وکالت بدهد که چنانچه دین را در مهلت مقرر نپردازد، مرتهن مال را فروخته و طلب خود را وصول کند، عقد وکالت تبدیل به عقد لازم نمی‌شود بلکه فایده‌اش آن است که عقد رهن را که یک عقد لازم است تبدیل به عقد جایز می‌کند و در نتیجه مرتهن می‌تواند عقد رهن را فسخ کند در حالیکه چنین کاری به نفع او نیست چون اگر عقد رهن، فسخ شود مرتهن وثیقه‌ای را که برای طلب خود در اختیار داشت، از دست می‌دهد و به اصطلاح دفع فاسد با افسد می‌شود و وکالت او هم برنمی‌گردد] و فایده شرط وکالت آن است که اگر راهن، وکالت را در عقد لازم دیگری، مانند بیع، شرط کرده باشد، در این صورت چنانچه راهن، وکالت را فسخ کند مرتهن نیز عقد بیعی را که عقد رهن و عقد وکالت ضمن آن شرط شده است فسخ می‌کند اگر چنین بیعی وجود داشته باشد که رهن و وکالت ضمن آن شرط شده باشد و گرنه شرط

وکالت بدون هیچ فایده‌ای از دست مرتهن خواهد رفت. [خلاصه مطلب اینکه اگر «الف» مالی را به «ب» بفروشد و «ب» ضمن عقد بیع، مالی را در رهن «الف» قرار دهد و در ضمن عقد بیع به «الف» وکالت بدهد که اگر ثمن را در مهلت مقرر نپردازد، مال مرهونه را فروخته و طلب خود را وصول کند نفعی برای مرتهن خواهد داشت زیرا اگر راهن، وکالت خود را فسخ کند، مرتهن نیز عقد بیع را فسخ می‌کند اما اگر وکالت ضمن عقد رهن، داده شده باشد نفعی برای مرتهن نخواهد داشت زیرا اگر راهن، وکالت را فسخ کند مرتهن نیز می‌تواند عقد رهن را فسخ نماید در حالیکه فسخ عقد رهن به ضرر مرتهن است. و [این نظریه که وکالت در ضمن عقد رهن، عقد جایز است و می‌توان آن را فسخ کرد] محل اشکال است به همان شکلی که [در مبحث خیار اشتراط از کتاب متاجر] گفته شد که وفای به شرط بخاطر عمل به مقتضای امر، واجب است [یعنی خداوند امر کرده است: «أو فوا بالعقود» پس عمل به عقد وکالتی که ضمن عقد رهن شده است نیز واجب است] بخصوص در جایی که عقدی که شرط ضمن آن آمده است برای تحقق شرط کافی باشد مانند وکالت به همان تفصیلی که مصنف بیان کرد که شرط به منزله جزئی از ایجاب و قبول درمی‌آید پس هرگاه ایجاب و قبول، لازم باشد شرط هم واجب می‌شود. [شهید اول و گروهی از فقها اعتقاد دارند که عمل کردن به شرط ضمن عقد واجب است هر چند آن شرط، ذاتاً جایز باشد مثلاً وکالت گرچه ذاتاً جایز است اما هرگاه ضمن عقدی شرط شد باید به آن عمل کرد مخصوصاً در جایی که شرط به صورت شرط نتیجه باشد یعنی تحقق شرط منوط به امر اضافی نباشد مانند اینکه راهن بگوید: «این مال را در رهن تو قرار دادم مشروط بر اینکه وکیل من باشی» برخلاف جایی که به صورت شرط فعل باشد یعنی راهن بگوید: «این مال را در رهن تو قرار دادم مشروط بر اینکه وکیل من شوی.» در چنین مواردی که شرط ضمن عقد به صورت شرط نتیجه است به منزله جزئی از عقد و مانند ایجاب و قبول است پس همانگونه که ایجاب و قبول، لازم الوفاء هستند، شرط نتیجه هم لازم الوفاست.] و وقتی رهن از سوی راهن، لازم باشد پس شرطی که از سوی او شده است نیز لازم خواهد بود مخصوصاً در اینجا [که شرط ضمن عقد به صورت شرط نتیجه است] و فسخ عقدی که شرط در ضمن آن آمده است یعنی عقد رهن هرگاه در ضمن عقد بیع نباشد هیچ توجیهی ندارد زیرا بر ضرر

مرتهن می‌افزاید پس فسخ عقد وکالت توسط راهن، اثری ندارد هر چند وکالت ذاتاً عقد جایزی است زیرا بواسطه آنکه به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد لازمی بیان شد، به عقد لازمی تبدیل گردید، [خلاصه اینکه گرچه عقد وکالت ذاتاً یک عقد جایز است اما هرگاه به صورت شرط نتیجه در ضمن یک عقد لازمی، شرط شود لازم خواهد بود و در اینجا اگر راهن بتواند عقد وکالتی را که ضمن عقد رهن شرط کرده است فسخ نماید هیچ فایده‌ای بر این عمل مترتب نخواهد بود.]

(الثَّانِيَّةُ: يَجُوزُ لِلْمُرْتَهِنِ ابْتِياعَهُ) مِنْ نَفْسِهِ إِذَا كَانَ وَكَيْلاً فِي الْبَيْعِ، وَ يَتَوَلَّى طَرْفِي الْعَقْدِ، لِأَنَّ الْغَرَضَ بَيْعُهُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ، وَ هُوَ حَاصِلٌ، وَ خُصُوصِيَّةُ الْمُشْتَرِي مُلْغَاةٌ حَيْثُ لَمْ يَتَعَرَّضْ لَهَا. وَ رَبَّمَا قِيلَ بِالْمَنْعِ، لِأَنَّ ظَاهِرَ الْوَكَالَةِ لَا يَتَنَاوَلُهُ، وَ كَذَا يَجُوزُ بَيْعُهُ عَلَى وَكَلِهِ بِطَرِيقِ أَوْلَى. وَ قِيلَ: لَا.

(وَ هُوَ مُقَدَّمٌ بِهِ عَلَى الْغَرَمَاءِ) حَيًّا كَانَ الرَّاهِنُ أَمْ مَيِّتًا، مُفْلَسًا كَانَ أَمْ لَا، لِسَبْقِ تَعَلُّقِ حَقِّهِ (وَ لَوْ أَعْوَزَ) الرَّهْنُ وَ لَمْ يَفِ بِالذَّيْنِ (ضُرِبَ بِالْبَاقِي) مَعَ الْغَرَمَاءِ عَلَى نَسْبَتِهِ.

دوم: مرتهن می‌تواند مال مرهونه را برای خودش بخرد هرگاه وکیل در فروش باشد و انجام دو طرف عقد [یعنی ایجاب و قبول] را خودش برعهده می‌گیرد زیرا هدف آن است که مال مرهونه به ثمن المثل فروخته شود و فروش به خود نیز این هدف را محقق می‌سازد [یعنی هدف آن است که مال مرهونه به ثمنی فروخته شود که معمولاً برای امثال این مال پرداخت می‌گردد] و مشتری هم ویژگی خاصی ندارد هرگاه راهن متعرض آن نشده باشد [یعنی هرگاه راهن شرط نکرده باشد که مشتری ویژگی خاصی داشته باشد پس مرتهن می‌تواند آن را به هر کسی از جمله خودش بفروشد] و دیدگاهی بر آن است که [فروش به خود] ممنوع است زیرا عقد وکالت ظاهراً شامل فروش به خود نمی‌شود [یعنی وقتی شخصی به دیگری وکالت می‌دهد که این مال را بفروش، ظاهر آن است که به او اجازه نداده است که مال را به خودت بفروشد] و نیز فروش مال [توسط مرتهن] به فرزندش به طریق اولی جایز است [یعنی وقتی مرتهن می‌تواند مال مرهونه را به خودش بفروشد پس به طریق اولی می‌تواند آن را به فرزندش بفروشد و یک دیدگاه هم بر آن است [که فروش به فرزند، جایز نیست]

و مرتهن، مقدم بر سایر طلبکاران است اعم از اینکه راهن، زنده باشد یا مرده

باشد، ورشکسته باشد یا ورشکسته نباشد زیرا حق او به مال تعلق دارد. [طلبکاری که برای طلب خود مالی از اموال بدهکار را به رهن گرفته است طلبکار با وثیقه است و نسبت به وثیقه، حق عینی دارد بنابراین مقدم بر آنها می باشد] و اگر رهن، کم بیاید و دین کاملاً از محل رهن پرداخت نشود، مرتهن نسبت به باقیمانده طلب خود با بقیه طلبکاران به نسبت طلبش، شریک می شود. [مثلاً اگر دارایی مدیون، یک میلیون تومان باشد (بجز مال مرهونه) و سه طلبکار وجود داشته باشد که به ترتیب ششصد هزار، نهصد هزار و سه میلیون تومان، طلب داشته باشند و طلبکار سوم مالی را به رهن گرفته باشد که یک میلیون و پانصد هزار تومان ارزش دارد، یک میلیون و پانصد هزار تومان از طلب خود را از محل رهن وصول می کند و نسبت به مبلغ باقیمانده یعنی یک میلیون و پانصد هزار تومان با بقیه طلبکاران سهیم می شود و سهمی که هر کدام به ترتیب می برند عبارت است از: دوست هزار، سیصد هزار و پانصد هزار تومان].

(الثالثة: لا يجوز لأحدهما التصرف فيه) بانقاع، ولا غيرهما إذا لم يكن المرتهن وكيلًا، وإلا جاز له التصرف بالبيع والأستيفاء خاصة كما مر، (ولو كان له نفع) كالدائبة، والدار (أوجر) باتفاقهما، وإلا أجره الحاكم، وفي كون الأجرة رهنًا كالأصل قولان كما في التمام المتجدد مطلقاً.

سوم: راهن و مرتهن حق ندارند تصرفی در مال مرهونه بنمایند [و منظور از تصرف آن است که از مال مرهونه] نفعی ببرند [مثلاً مرتهن در خانه ای که در رهن وی می باشد، سکونت کند] و نمی توانند مالکیت را انتقال بدهند [یعنی راهن یا مرتهن، مال مرهونه را بفروشند] و یا تصرفات دیگری بنمایند [مثلاً راهن، آن را اجاره بدهد یا تخریب کند] مشروط بر اینکه مرتهن، وکیل نباشد اما اگر وکیل باشد [یعنی راهن به مرتهن وکالت داده باشد که چنانچه طلب تو را نپرداختم، مال مرهونه را بفروش و طلب خود را وصول کن. در چنین صورتی] مرتهن می تواند در مورد رهن تصرف کند یعنی فقط آن را بفروشد و طلب خود را وصول کند همانگونه که قبلاً گفته شد [یعنی اگر راهن به مرتهن وکالت داده باشد، مرتهن فقط در چارچوب وکالت حق تصرف دارد که همان فروش مورد رهن و استیفای طلب است. با این وجود، راهن در هیچ صورتی حق تصرف در مورد رهن را ندارد] و اگر مورد رهن دارای منفعتی باشد مانند چهارپا و خانه، راهن و

مرتهن با یکدیگر توافق می‌کنند که آن را اجاره بدهند و اگر توافق کنند، حاکم آن را اجاره می‌دهد، و در مورد اینکه اجاره بها، رهن قرار می‌گیرد همانگونه که اصل مال رهن قرار می‌گرفت، دو دیدگاه وجود دارد مانند نمائی که پس از رهن در حال مرهونه بوجود می‌آید اعم از اینکه نماء متصل باشد یا نمای منفصل باشد. [اگر رهن با توافق یکدیگر، مورد رهن را که یک خانه است، اجاره بدهند و یک میلیون تومان اجاره بها بدست بیاید، اختلاف نظر وجود دارد که آیا این مبلغ نیز به همراه اصل خانه، جزء رهن قرار می‌گیرد یا به رهن تعلق دارد. این اختلاف در مورد نماء هم وجود دارد مثلاً اگر گوسفندی در رهن قرار گرفت و پس از رهن، بچه‌ای زائید، اختلاف وجود دارد که این بچه هم مانند مادرش، جزء رهن می‌باشد یا خیر؟]

(وَلَوْ اِحْتِاجَ اِلَى مَوْوَنَةٍ) كَمَا اِذَا كَانَ حَيَوَانًا (فَعَلَى الرَّاهِنِ) مَوْوَنَتُهُ لِانَّهُ الْمَالِكُ، فَاِنْ كَانَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَبَدَلَهَا الرَّاهِنُ اَوْ اَمْرَهُ بِهَا، اَنْفَقَ وَرَجَعَ بِمَا عَرِمَ، وَ اِلَّا اسْتَأْذَنَهُ، فَاِنْ اِئْتَنَعَ، اَوْ تَعَدَّرَ اسْتِئْذَانَهُ لَعَبِيَّةٌ وَ نَحْوَهَا، رَفَعَ اَمْرَهُ اِلَى الْحَاكِمِ، فَاِنْ تَعَدَّرَ اَنْفَقَ هُوَ بِسِنِّيَةِ الرَّجُوعِ، وَ اَشْهَدَ عَلَيْهِ لِيُثْبِتَ اسْتِحْقَاقَهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ وَ رَجَعَ، فَاِنْ لَمْ يُشْهَدْ فَلَا قُوَى قَبُولُ قَوْلِهِ فِي قَدْرِ الْمَعْرُوفِ مِنْهُ بِيَمِينِهِ، وَ رُجُوعُهُ بِهِ.

و اگر مورد رهن نیاز به هزینه داشت مانند اینکه، حیوانی باشد پس هزینه آن برعهده رهن است زیرا مالک رهن می‌باشد [و اصل بر آن است که هر مالکی، هزینه نگهداری مال خود را بپردازد بنابراین چنانچه گوسفندی در رهن قرار گیرد، علوفه و سایر هزینه‌های نگهداری آن برعهده مالک و رهن است]. پس اگر مال مرهونه در دست مرتهن باشد و رهن، هزینه‌ها را بپردازد یا به مرتهن دستور بدهد که هزینه‌ها را بپردازد، مرتهن نفقه [و هزینه‌ها] را می‌پردازد و نسبت به آنچه که پرداخته است [به رهن مراجعه می‌کند] و اگر رهن چنین اجازه‌ای نداده باشد باید مرتهن از وی اجازه بگیرد پس اگر رهن از دادن اجازه خودداری کرد یا اذن گرفتن از رهن بخاطر غایب بودن وی یا به دلیل دیگری امکان نداشته باشد مرتهن، موضوع را نزد حاکم مطرح می‌کند و اگر رجوع به حاکم نیز امکان نداشته باشد، مرتهن نفقه و هزینه‌ها را می‌پردازد با این قصد که [برای پس گرفتن هزینه‌ها به رهن] رجوع کند [یعنی مجانی، هزینه‌ها را نمی‌پردازد و نسبت به پرداختن نفقه، شاهد می‌گیرد تا استحقاق خود را ثابت

کند بدون اینکه نیاز به سوگند باشد و مرتهن به راهن، رجوع می‌کند [یعنی اگر دسترسی به حاکم نبود مرتهن خودش هزینه‌ها را می‌پردازد و در اینجا برای اینکه بتواند به راهن مراجعه کرده و هزینه‌ها را بگیرد باید قصد رجوع به راهن را داشته باشد و نفقه‌ها را به صورت مجانی نپردازد و نیز برای اینکه بتواند استحقاق خود را برای دریافت هزینه‌هایی که پرداخته است، اثبات کند بدون اینکه نیازی به سوگند باشد باید هزینه‌ها را در حضور شاهد بپردازد] پس اگر مرتهن، [هنگام پرداختن هزینه‌ها و نفقه] شاهدهی نگرفت، نظریه قوی‌تر آن است که سخن وی نسبت به مقدار متعارف هزینه‌ها، همراه با سوگند پذیرفته می‌شود و برای این مقدار به راهن مراجعه می‌کند [یعنی می‌تواند سوگند یاد کرده و هزینه‌هایی را که بطور متعارف نسبت به رهن، پرداخت می‌شود از راهن دریافت کند]

(وَلَوْ اِنتَفَعَ الْمُرْتَهَنُ بِهِ بِاِذْنِهِ عَلٰی وَجْهِ الْعَوْضِ، اَوْ يَدُوْنِهِ مَعَ الْاِثْمِ (لِزِمَهُ الْاُجْرَةُ) اَوْ عَوْضُ الْمَأْخُوْذِ كَاللَّبَنِ (وَ تَقَاصًا) وَ رَجَعَ ذُو الْفَضْلِ بِفَضْلِهِ. وَ قِيلَ: تَكُوْنُ التَّفَقُّهُ فِي مُقَابَلَةِ الرُّكُوْبِ وَاللَّبَنِ مُطْلَقًا، اسْتِنَادًا اِلَى رِوَايَةِ حُمَلَتْ عَلٰى الْاِذْنِ فِي التَّصْرُفِ وَ الْاِنْفَاقِ مَعَ تَسَاوِي الْحَقِّيْنِ، وَ رَجَّحَ فِي الدَّرُوْسِ جَوَازَ الْاِنتِفَاعِ بِمَا يُخَافُ فَوْتُهُ عَلٰى الْمَالِكِ عِنْدَ تَعَدُّرِ اسْتِنْدَانِهِ وَ اسْتِنْدَانِ الْحَاكِمِ وَ هُوَ حَسَنٌ.

و اگر مرتهن از مال مرهونه نفعی ببرد با اذن و به شکل عوض یا بدون اجازه همراه با گناه، باید اجرت مال مرهونه یا عوض منفعتی را که بدست می‌آورد، بپردازد [مثلاً اگر «الف» خانه‌ای را در رهن «ب» قرار دهد و «ب» با اجازه «الف» در آن خانه سکونت کند باید اجاره بهای آن را بپردازد یا اگر مال مرهونه، گوسفندی است که مرتهن، شیر آن را دوشیده است باید عوض شیر را به راهن بدهد اعم از اینکه تصرف مرتهن با اجازه راهن و به شکل عقد معوض باشد یا بدون اجازه راهن و همراه با گناه باشد]. و از یکدیگر تقاص می‌کنند و صاحب زیادی به مقدار اضافی، رجوع می‌کند [یعنی راهن و مرتهن نسبت به مازادی که حق آنهاست به یکدیگر رجوع می‌کنند و تقاص صورت می‌گیرد بدین صورت که اگر مثلاً مرتهن یکصد هزار تومان خرج نگهداری مال مرهونه کند و پنجاه هزار تومان اجاره منفعتی باشد که از مال مرهونه برده است، مرتهن به اندازه پنجاه هزار تومان تقاص کرده و تهاتر صورت می‌گیرد و نسبت به پنجاه هزار تومان

باقیمانده به راهن رجوع می‌کند و اگر اجازه منفعتی که مرتهن از مورد رهن برده است معادل یکصد هزار تومان باشد و هزینه‌هایی که انجام داده است معادل پنجاه هزار تومان باشد، راهن نسبت به پنجاه هزار تومان از مرتهن تقاص نموده و نسبت به پنجاه هزار تومان دیگر به مرتهن رجوع می‌کند.] و یک دیدگاه آن است که نفقه مطلقاً در مقابل سوار شدن [بر مال مرهونه] و شیر، قرار می‌گیرد [اعم از اینکه هزینه و نفقه نگهداری بیشتر از مقدار انتفاع باشد یا مقدار انتفاع بیشتر از هزینه‌ها باشد و این نظریه] مستند به روایتی است که حمل بر اذن در تصرف و انفاق می‌شود، در صورتی که دو حق، مساوی باشند [یعنی این روایت که هزینه‌ها را به صورت مطلق در مقابل انتفاع قرار داده است ناظر به حالتی است که راهن، اجازه انتفاع از مال مرهونه و پرداخت هزینه‌های نگهداری مال مرهونه را به مرتهن داده باشد و حق راهن برای دریافت اجازه بها و عوض با حق مرتهن برای دریافت هزینه‌های نگهداری مال مرهونه، یکسان باشد مثلاً اگر مرتهن، یکصد هزار تومان برای نگهداری مال مرهونه، هزینه کرده باشد، اجازه بهای انتفاع از مال مرهونه هم که باید از سوی مرتهن به راهن پرداخت شود معادل همین مبلغ باشد.]

(الرَّابِعَةُ: يَجُوزُ لِلْمُرْتَهِنِ الْأِسْتِقْلَالُ بِالْإِسْتِيفَاءِ) إِذَا لَمْ يَكُنْ وَكَيْلًا (لَوْ خَافَ جُحُودَ الْوَارِثِ) وَ لَا بَيِّنَةً لَهُ عَلَى الْحَقِّ (إِذَا الْقَوْلُ قَوْلُ الْوَارِثِ مَعَ يَمِينِهِ فِي عَدَمِ الدَّيْنِ وَ عَدَمِ الرَّهْنِ) لَوْ ادَّعَى الْمُرْتَهِنُ الدَّيْنَ وَالرَّهْنَ، وَالْمَرْجِعُ فِي الْخَوْفِ إِلَى الْقَرَائِنِ الْمُوجِبَةِ لِلظَّنِّ الْغَالِبِ بِجُحُودِهِ، وَ كَذَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ لَوْ خَافَ جُحُودَ الرَّاهِنِ وَ لَمْ يَكُنْ وَكَيْلًا، وَ لَوْ كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ مَقْبُولَةٌ عِنْدَ الْحَاكِمِ لَمْ يَجْزُ لَهُ الْأِسْتِقْلَالُ بِدُونِ إِذْنِهِ، وَ لَا يَلْحَقُ بِخَوْفِ الْجُحُودِ اِخْتِيَابُهُ إِلَى الْيَمِينِ لَوْ اعْتَرَفَ، لِعَدَمِ التَّضَرُّرِ بِالْيَمِينِ الصَّادِقِ وَ إِنْ كَانَ تَزَكُّهُ تَعْظِيمًا لِلَّهِ أَوْلَى.

مسأله چهارم - مرتهن می‌تواند مستقلاً [دین خود را از محل مال مرهونه] استیفاء کند هرگاه وکیل [در فروش مال مرهونه و دریافت طلبش] نباشد چنانچه ترس از انکار وارث را داشته باشد و دلیلی هم برای طلب خود نداشته باشد زیرا اگر مرتهن ادعای طلب و رهن را بنماید سخن وارث [راهن] با سوگندی مبنی بر عدم دین و عدم رهن پذیرفته می‌شود. [یعنی اگر «الف» یک میلیون تومان به «ب» قرض بدهد و خانه «ب» را

بعنوان رهن بگیرد اما هیچ شاهدهی برای اینکه یک میلیون تومان به «ب» قرض داده و خانه او را در رهن خود قرار داده است، نداشته باشد، چنانچه رهن فوت کند، می تواند خانه را مستقلاً و بدون اجاره و وارث رهن فروخته و طلب خود را از محل فروش آن وصول کند زیرا اگر وارث، وجود دین و وجود رهن را انکار کند و قسم بخورد، سخن وارث پذیرفته می شود و در نتیجه مرتهن نمی تواند به طلب خود برسد [و ملاک ترس از انکار دین و رهن] قرائن و اماره هایی است که موجب ظن قوی به انکار وارث می شود. [یعنی قرینه هایی وجود داشته باشد که نشان دهد اگر مرتهن، ادعای طلب خود و رهن بودن مال را بنماید، وارث رهن آن را انکار خواهد کرد مثلاً وارث، قصد فروش این خانه را داشته باشد یا نام مرتهن را در لیست طلبکاران مورث خود قرار نداده باشد.] و نیز مرتهن می تواند مستقلاً طلب خود را وصول کند چنانچه ترس از انکار رهن را داشته باشد و وکیل [رهن در فروش مال مرهونه و استیفای حقش] نباشد و اگر مرتهن، دلیلی داشته باشد که برای حاکم، قابل قبول باشد حق ندارد که مستقلاً و بدون اذن رهن [یا حاکم]، طلب خود را وصول نماید [زیرا اگر رهن، دین و رهن را انکار کند، مرتهن می تواند حق خود را با دلایلی که دارد نزد حاکم به اثبات برساند] و نیاز مرتهن به سوگند در صورتی که اعتراف نماید، ملحق به ترس از انکار نمی شود زیرا مرتهن از سوگند واقعی، متضرر نمی شود هر چند قسم نخوردن بخاطر بزرگ شمردن خداوند، بهتر است [یعنی اگر اختلاف رهن و مرتهن با سوگند مرتهن، حل و فصل شود مانند اینکه رهن به بدهی خود اعتراف می کند اما وجود رهن را انکار می کند و اثبات وجود رهن نیاز به سوگند مرتهن دارد. در اینجا مرتهن حق ندارد مستقلاً طلبش را وصول کند و این مسأله ها نزد حالتی نیست که مرتهن، ترس از انکار رهن یا وارث او داشت و می توانست مستقلاً طلب خود را وصول نماید. البته بهتر است مرتهن بخاطر مال دنیا و بخاطر احترام به خداوند، قسم نخورد.]

(الْخَامِسَةُ: لَوْ بَاعَ أَحَدُهُمَا) بِدُونِ الْإِذْنِ (تَوَقَّفَ عَلَىٰ إِجَارَةِ الْآخَرِ) فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ الرَّاهِنَ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ أَوْ إِجَارَتِهِ، بَطَلَ الرَّهْنُ مِنَ الْعَيْنِ وَ التَّمَنِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ كَوْنَ التَّمَنِ رَهْنًا، سِوَاءَ كَانَ الدَّيْنُ خَالًا أَمْ مُوَجَّلًا، فَيَلْزَمُ الشَّرْطُ، وَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ الْمُرْتَهِنَ كَذَلِكَ بَقِيَ التَّمَنِ رَهْنًا، وَ لَيْسَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ إِذَا كَانَ حَقُّهُ مُوَجَّلًا إِلَىٰ أَنْ يَحِلَّ. ثُمَّ إِنْ وَاقَفَهُ جِنْسًا وَ

وَصَفًّا صَحَّ، وَإِلَّا كَانَ كَالرَّهْنِ.

مساله پنجم - اگر رهن یا مرتهن، مال مرهونه را بدون اذن دیگری بفروشد، متوقف بر اجازه دیگری است پس اگر رهن با اذن یا اجازه مرتهن، مورد رهن را بفروشد، عقد رهن نسبت به عین و ثمن، باطل است [زیرا فروش مال مرهونه، آن را از رهن بودن خارج می‌کند و به خریدار منتقل می‌شود و ثمن هم بجای مبیع یعنی مال مرهونه قرار نمی‌گیرد] مگر اینکه شرط شود که ثمن بعنوان رهن قرار گیرد [مثلاً خانه‌ای که در رهن بوده است به مبلغ ده میلیون تومان فروخته می‌شود و این مبلغ بجای خانه و بعنوان رهن جدید است]. اعم از اینکه دین، حال باشد یا مؤجل باشد پس [در هر صورت عمل کردن به] شرط، لازم است و اگر مرتهن، مورد رهن را بدین صورت [یعنی به صورتی که شرط شده باشد، ثمن بجای رهن قرار گیرد] بفروشد، ثمن بعنوان رهن قرار می‌گیرد و مرتهن چنانچه طلبش مدت دار باشد حق تصرف در ثمن را ندارد تا زمانی که طلب وی حال شود [مثلاً اگر مدت دین در تاریخ اول اسفند، فرابرسد و مورد رهن در مهرماه فروخته شود، بهای مورد رهن بجای رهن قرار می‌گیرد اما مرتهن حق ندارد این پول را بردارد بلکه تا اول اسفند، بعنوان رهن باقی می‌ماند] سپس چنانچه ثمن از نظر جنس و صفت با دین یکسان باشد [تصرف مرتهن در ثمن] صحیح است و گرنه مانند رهن است [یعنی مثلاً اگر ثمن، وجه نقد باشد و دین هم وجه نقد باشد مرتهن می‌تواند ثمن را بعنوان طلب خود بردارد اما اگر ثمن، اتومبیل باشد و دین، وجه نقد باشد باید مانند مال مرهونه فروخته شود و مرتهن طلب خود را از محل فروش آن بردارد].

(السادسة: الرهن لازم من جهة الراهن حتى يخرج عن الحق) بأذائه، ولو من متبرع غيره. وفي حكمه ضمان الغير له مع قبول المرتهن، والحوالة به، وإبراء المرتهن له منه. وفي حكمه الإقالة المسقطه للثمن المرهون به، أو للمؤمن المسلم فيه المرهون به. والضابط براءة ذمة الراهن من جميع الدين، ولو خرج من بعضه ففي خروج الرهن أجمع، أو بقائه كذلك أو بالنسبة أوجه.

و يظهَرُ مِنَ الْعِبَارَةِ بَقَائِهِ أَجْمَع، وَبِهِ صَرَخَ فِي الدُّرُوسِ، وَ لَوْ شَرَطَ كَوْنَهُ رَهْنًا عَلَى الْمُجْمُوعِ خَاصَّةً تَعَيَّنَ الْأَوَّلُ، كَمَا أَنَّهُ لَوْ جَعَلَهُ رَهْنًا عَلَى كُلِّ جُزْءٍ مِنْهُ، فَالثَّانِي. وَ حَيْثُ يُحَكَّمُ بِخُرُوجِهِ عَنِ الرَّهَانَةِ (فَيَبْقَى أَمَانَةً فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ) مَالِكِيَّةً لَا يَجِبُ تَسْلِيمُهُ إِلَّا

مَعَ الْمُطَالَبَةِ، لِأَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِإِذْنِهِ، وَقَدْ كَانَ وَبَيِّقَةً وَأَمَانَةً، فَإِذَا انْتَفَى الْأَوَّلُ بَقِيَ الثَّانِي، وَلَوْ كَانَ الْخُرُوجُ مِنَ الْحَقِّ بِإِبْرَاءِ الْمُرْتَهِنِ مِنْ غَيْرِ عِلْمِ الرَّاهِنِ وَجَبَ عَلَيْهِ إِعْلَامُهُ بِهِ، أَوْ رَدُّ الرَّهْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ.

مساله ششم: عقد رهن از طرف راهن، لازم است تا زمانی که با پرداخت دین از حق [و بدهی] خارج شود هر چند پرداخت دین از سوی شخص ثالثی غیر از مدیون باشد و [چند حالت نیز وجود دارد که] به منزله خروج از دین است [یکی از این حالتها] جایی است که شخص ثالثی، ضامن راهن شود و مرتهن نیز آن را قبول کند [زیرا وقتی «الف» ضمانت «ب» را که راهن است، بنماید و «ج» که مرتهن است این ضمانت را قبول کند، ذمه «ب» بری شده و ذمه «الف» مشغول می شود و وقتی ذمه راهن نسبت به اصل دین، بری شود به تبع آن، ذمه وی نسبت به رهن نیز بری خواهد شد و حالت دوم که در حکم خروج از دین می باشد آن است که] حواله به دین داده شود [یعنی راهن، مرتهن را حواله بدهد که طلب خود را از «الف» بگیرد. در اینجا با تحقق عقد حواله، ذمه راهن نسبت به مرتهن، بری شده و ذمه «الف» یعنی محال علیه، مشغول می شود و وقتی ذمه راهن از اصل دین، بری شد ذمه او به تبع آن نسبت به رهن نیز بری خواهد شد. حالت سومی که در حکم خروج از دین می باشد آن است که] مرتهن، ذمه راهن را از دین، بری کند [زیرا وقتی ذمه راهن نسبت به اصل دین، بری شد ذمه وی به تبع آن نسبت به رهن نیز بری خواهد شد زیرا رهن نیز به تبع دین است] و اقاله ای که ثمنی را که برای آن رهن گرفته شده است ساقط می کند در حکم ابراء است، [یعنی وقتی «الف» یک اتومبیل به «ب» می فروشد و «ب» برای تضمین پرداخت ثمن، مالی را در رهن «الف» قرار می دهد چنانچه عقد بیعی که میان «الف» و «ب» منعقد شده است اقاله شود، تعهد فروشنده برای تحویل مبیع از بین می رود و به تبع آن رهنی هم که برای تضمین تحویل مبیع قرار داده شده است زایل می گردد.] و ملاک آن است که ذمه راهن نسبت به تمام دین، بری شود [زیرا وقتی راهن نسبت به پرداخت دین، تعهدی نداشته باشد نسبت به رهن هم تعهدی نخواهد داشت زیرا عقد رهن یک عقد تبعی است که به تبع دین برقرار می شود] و اگر ذمه راهن نسبت به مقداری از دین، بری شود، در مورد اینکه تمامی رهن فک می شود یا تمامی رهن باقی می ماند یا به نسبت، فک می شود چند احتمال وجود دارد

[مثلاً اگر «الف» یک میلیون تومان به «ب» بدهکار است و زمینی را که یک میلیون تومان ارزش دارد در رهن «ب» قرار می‌دهد چنانچه «الف» پانصد هزار تومان از بدهی خود را بپردازد یک احتمال آن است که تمامی زمین، آزاد شود و یک احتمال آن است که تمامی زمین در رهن باقی بماند تا زمانی که تمامی دین پرداخت شود و یک احتمال آن است که پنجان درصد زمین، آزاد شود و پنجاه درصد آن در رهن باقی بماند.] و از عبارت [مصنف که فرمود: «حتی یخرج عن الحق»] چنین استنباط می‌شود که تمامی رهن باقی می‌ماند [زیرا خروج از حق، ظهور در آن دارد که از تمام حق و دین خارج شود یعنی رهن به حالت خود باقی است تا تمام دین پرداخت گردد] و مصنف در کتاب دروس به همین نظریه تصریح کرده است [یعنی صراحتاً فرموده است که تمامی رهن باقی می‌ماند تا تمامی دین پرداخت شود] و اگر شرط شده باشد که مال مرهونه فقط نسبت به تمامی دین، رهن باشد، احتمال اول برگزیده می‌شود [یعنی اگر شرط شده باشد که این زمین در مقابل تمامی یک میلیون تومان رهن باشد پس اگر مقداری از دین پرداخت شود، تمامی رهن آزاد می‌شود زیرا رهن در مقابل تمام دین بوده است در حالی که تمام دین باقی نیست] همانگونه که اگر مال مرهونه برای هر جزئی از دین، رهن قرار داده شده باشد، احتمال دوم برگزیده می‌شود [یعنی اگر شرط شده باشد که تمام زمین برای هر جزئی از یک میلیون تومان، رهن قرار گیرد پس تا زمانی که یک تومان از دین هم باقی باشد، تمام زمین در رهن باقی می‌ماند. بنابراین اختلاف در جایی است که نحوه در رهن قرار گرفتن مال مرهونه، مشخص نشده باشد و گرنه براساس شرط عمل می‌شود و اگر شرط شده باشد که هر مقداری از دین پرداخت گردد به همان مقدار، رهن آزاد شود پس وقتی نصف دین پرداخت شود، نصف رهن آزاد می‌گردد یعنی احتمال سوم برگزیده می‌شود.] و در جایی که حکم به خروج مال از رهن می‌شود [یعنی مال مرهونه، آزاد شده و از عنوان «رهن بودن» خارج می‌گردد] پس به صورت امانت مالکیه نزد مرتهن باقی می‌ماند [در اینجا امانت شرعیه نیست چون مالک و راهن، مال خود را به امانت نزد مرتهن قرار می‌دهد] و تسلیم مال، واجب نیست مگر اینکه مطالبه شود [یعنی واجب نیست که مرتهن بلافاصله با آزاد شدن مالی که نزد اوست، آن را به راهن برگرداند] زیرا مال مرهونه با اذن راهن به قبض و تصرف مرتهن درآمده و به صورت

وثیقه و امانت بوده است [یعنی از آن جهت که برای تضمین پرداخت دین می باشد، وثیقه است و از آن جهت که با اذن مالک، تحویل مرتهن شده است امانت می باشد] پس وقتی وثیقه بودن آن [بخاطر منتفی شدن دین و آزاد شدن مال] منتفی شد، امانی بودن آن باقی می ماند [یعنی گرچه این مال، وثیقه نیست اما کماکان امانت است] و اگر خارج شدن راهن از دین بخاطر ابراء مرتهن باشد [یعنی مرتهن، ذمه راهن را نسبت به دین بری سازد و در نتیجه رهن نیز آزاد شود] و راهن [نسبت به بری شدن ذمه خویش] آگاهی نداشته باشد بر مرتهن واجب است که این موضوع را به اطلاع راهن برساند [تا راهن، مال خود را پس بگیرد] و یا مال مرهونه را به وی برگرداند بخلاف صورتی که راهن، اطلاع داشته باشد. [یعنی اگر راهن، اطلاع داشته باشد بر مرتهن لازم نیست که مال را به وی برگرداند مگر اینکه راهن، آن را درخواست کند زیرا همانگونه که قبلاً گفته شد وجوب استرداد مال، منوط به مطالبه مالک است.]

(وَلَوْ شَرَطَ كَوْنَهُ مَبِيعًا عِنْدَ الْأَجَلِ بَطْلًا) الرَّهْنُ وَالْبَيْعُ، لِأَنَّ الرَّهْنَ لَا يُوقَّتُ، وَالْبَيْعُ لَا يُعَلَّقُ (وَ) لَوْ قَبَضَهُ كَذَلِكَ (ضَمِنَهُ بَعْدَ الْأَجَلِ)، لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ بَيْعٌ فَاسِدٌ، وَصَحِيحُهُ مَضْمُونٌ، فَفَاسِدُهُ كَذَلِكَ (لَا قَبْلَهُ)، لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ رَهْنٌ فَاسِدٌ وَصَحِيحُهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ فَفَاسِدُهُ كَذَلِكَ قَاعِدَةٌ مُطَرِّدَةٌ، وَ لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ عِلْمِهِمَا بِالْفُسَادِ، وَ جَهْلِهِمَا، وَ التَّفْرِيقُ.

و اگر شرط شود که مال مرهونه هنگام فرارسیدن مدت دین، مبیع [یعنی «فروخته شده»] باشد، رهن و بیع باطل است زیرا عقد رهن، عقد موقتی نیست و عقد بیع نیز به صورت معلق، منعقد نمی گردد. [یعنی اگر «الف» که به «ب» بدهکار است و مدت پرداخت دین نیز اول اسفند می باشد با یکدیگر توافق کنند که اول اسفندماه، این مال تبدیل به مبیع شده و در ملکیت مرتهن درآید. در این صورت عقد رهن باطل است چون رهن نباید مدت داشته باشد و عقد بیع باطل است چون بیع باید منجز باشد و نمی توان آن را معلق به فرارسیدن زمان دین کرد] و اگر مرتهن این مال را در چنین حالتی [که رهن موقت بوده و بیع نیز معلق باشد] تحویل بگیرد مرتهن بعد از فرارسیدن مدت دین، ضامن رهن است زیرا عقد بیع بعد از فرارسیدن زمان دین، به صورت فاسد منعقد می شود و بیع صحیح، ضامن آور است پس فاسد آن نیز ضامن آور است [یعنی عقد بیع براساس توافقی که میان راهن و مرتهن صورت گرفته است در تاریخ اول اسفند

منعقد می‌شود و این عقد، باطل است زیرا معلق می‌باشد اما یک قاعده فقهی وجود دارد که می‌گوید: «هر عقدی که صحیح آن ضمان آور باشد، فاسد آن هم ضمان آور است» و عقد بیع از جمله چنین عقودی است یعنی اگر عقد بیع به صورت صحیح منعقد گردد، مشتری ضامن مبیع و فروشنده ضامن ثمن است پس وقتی به صورت فاسد هم منعقد شود همین حکم وجود دارد و چون عقد بیع بعد از فرارسیدن زمان دین به صورت فاسد تحقق پیدا می‌کند پس مشتری که همان مرتهن است ضامن مبیع و مورد رهن می‌باشد. [اما قبل از فرارسیدن مدت دین [مرتهن، ضامن مال مرهونه نیست] زیرا عقدی که در این زمان، محقق شده است عقد رهن فاسد می‌باشد و [عقد رهن جزء عقودی است که] صحیح آن ضمان آور نیست پس فاسد آن هم ضمان آور نمی‌باشد [یعنی قبل از اینکه مدت پرداخت دین فرا برسد، هنوز عقد بیع محقق نشده است بلکه فقط عقد رهن، منعقد شده است و عقد رهن در اینجا یک عقد فاسد است زیرا مدت دار می‌باشد و عقد رهن جزء عقودی است که اگر به صورت صحیح منعقد شود، مرتهن ضامن مال مرهونه نخواهد بود پس در حال حاضر که به صورت فاسد نیز منعقد شده است، مرتهن ضامن نخواهد بود زیرا قاعده فقهی می‌گوید: «هر عقدی که صحیح آن ضمان آور نباشد، فاسد آن هم ضمان آور نیست» و این یک قاعده معروفی است [که می‌گوید: «ما یضمن لصحیحه، یضمن بفاسده و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده»]

(السَّابِعَةُ: يَدْخُلُ التَّمَاءُ الْمُتَجَدِّدُ الْمُتَفَصِّلُ كَالْوَلَدِ وَ الشَّمْرَةِ (فِي الرَّهْنِ عَلَى الْأَقْرَبِ) بَلْ قِيلَ: إِنَّهُ إِجْمَاعٌ، وَ لِأَنَّ مِنْ شَأْنِ التَّمَاءِ تَبَعِيَّةُ الْأَصْلِ (إِلَّا مَعَ شَرْطِ عَدَمِ الدُّخُولِ) فَلَا إِشْكَالَ حِينَئِذٍ فِي عَدَمِ دُخُولِهِ، عَمَلًا بِالشَّرْطِ، كَمَا أَنَّهُ لَوْ شَرَطَ دُخُولُهُ اِزْتَفَعَ الْإِشْكَالَ، وَ قِيلَ: لَا يَدْخُلُهُ بِدُونِهِ، لِلْأَصْلِ، وَ مَنَعَ الْإِجْمَاعُ وَ التَّبَعِيَّةُ فِي الْمَلِكِ لَا فِي مُطْلَقِ الْحُكْمِ. وَ هُوَ أَظْهَرُ، وَ لَوْ كَانَ مُتَّصِلًا كَالطُّوْلِ وَالسَّمَنِ دَخَلَ إِجْمَاعًا.

مسأله هفتم - نماء متجدد منفصل مانند فرزند و میوه بنا بر نظریه نزدیک تر به واقع، داخل در رهن می‌باشد [یعنی اگر پس از آنکه مالی در رهن قرار گرفت، نماء جدید و منفصلی در آن بوجود آید مانند اینکه گوسفند، فرزنددار شود یا درخت، میوه بدهد، این نماء هم جزء رهن قرار می‌گیرد یعنی بعنوان مال مرهونه به حساب می‌آید] بلکه گفته شده است که این مسأله، اجماعی است [یعنی همه فقها اتفاق نظر دارند که نماء

منفصل، جزء رهن قرار می‌گیرد. و دلیل دیگر برای اینکه نماء جزء رهن می‌باشد [بخاطر آن است که شأن و ماهیت نماء اقتضا می‌کند که تابع اصل باشد مگر اینکه شرط شده باشد که نماء جزء رهن نباشد پس در این صورت، تردیدی وجود نخواهد داشت که نماء جزء رهن قرار نمی‌گیرد زیرا به شرط عمل می‌شود همانگونه که اگر شرط شود نماء جزء رهن قرار گیرد، اشکال برطرف می‌شود [چنین شرطی تأکید بر قاعده خواهد بود زیرا اگر شرط هم نشود، قاعده بر آن است که نماء جزء رهن باشد] و نظریه‌ای وجود دارد که نماء بدون شرط، جزء رهن قرار نمی‌گیرد بخاطر اصل [یعنی اصل بر آن است که نماء جزء رهن نباشد] و اجماع هم ممنوع است [یعنی همه فقها اجماع و اتفاق نظر ندارند که نماء جزء رهن است] و تبعیت فقط در ملک است نه در تمامی احکام [یعنی ما قبول داریم که نماء تابع اصل است مثلاً فرزند گوسفند تابع گوسفند است اما این تابعیت فقط در مالکیت است یعنی هرکس مالک اصل باشد مالک نماء هم خواهد بود اما نماء در همه احکام، تابع اصل نیست و یکی از این احکام، تبعیت در رهنیت است یعنی اصل که رهن باشد، نماء آن هم رهن باشد. به عقیده شهیدثانی این نظریه اخیر که نماء را بدون شرط جزء رهن نمی‌داند، بهتر است بنابراین ایشان می‌گویند] و این نظریه، ظاهرتر است. و اگر نماء، متصل باشد به اجماع فقها، داخل در رهن می‌شود مانند طول و چاق شدن [گوسفند یعنی اگر گوسفند در زمانی که رهن قرار داده می‌شود بیست کیلو باشد و بعداً بیست و پنج کیلو شود این مقدار پنج کیلوی اضافی نیز جزء رهن، قرار خواهد گرفت].

(الثَّامِنَةُ: يَنْتَقِلُ حَقُّ الرِّهَانَةِ إِلَى الْوَارِثِ بِالْمَوْتِ)، لِأَنَّهُ مُفْتَضَى لُزُومِ الْعَقْدِ مِنْ طَرَفِ الرَّاهِنِ، وَلَا أَنَّهُ وَثِيقَةٌ عَلَى الدَّيْنِ فَيَبْقَى مَا بَقِيَ مَا لَمْ يُسْقِطْهُ الْمُرْتَهِنُ (لَا الْوَكَالَةَ وَالْوَصِيَّةَ)، لِأَنَّهُمَا إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ يُفْتَضَرُّ بِهِمَا عَلَى مَنْ أُذِنَ لَهُ، فَإِذَا مَاتَ بَطَلَ كَنْظَرُهُ مِنْ الْأَعْمَالِ الْمَشْرُوطَةِ بِمُبَاشَرَةٍ مُعَيَّنَةٍ (إِلَّا مَعَ الشَّرْطِ) بِأَنْ يَكُونَ لِلْوَارِثِ بَعْدَهُ أَوْ لِعَیْرِهِ، فَيَلْزَمُ عَمَلًا بِالشَّرْطِ.

مساله هشتم - حق رهن پس از فوت مرتهن به ورثه منتقل می‌شود زیرا انتقال حق به وارث، مقتضای لازم بودن عقد از سوی راهن است و به این دلیل که رهن، وثیقه دین می‌باشد پس تا زمانی که دین باقی باشد رهن نیز باقی است تا زمانی که مرتهن این

حق را اسقاط نکرده باشد. [یعنی دلیل اینکه حق رهن پس از فوت مرتهن به ورثه او منتقل می‌شود، دو چیز است؛ یکی اینکه عقد رهن از سوی راهن، لازم است و خصوصیت هر عقد لازمی آن است که فوت طرفین عقد سبب فسخ عقد نشود. دلیل دیگر آن است که رهن متعلق به دین می‌باشد نه اشخاص بنابراین تا دین باقی باشد، وثیقه آن هم باقی خواهد بود و اینکه عقد رهن از جانب مرتهن یک عقد جایز است خللی در موضوع وارد نمی‌کند زیرا رهن مربوط به دین است که بعد از مرگ مرتهن نیز باقی است و مربوط به مرتهن نیست. اما اگر مرتهن در زمان حیات خود، حق رهن را اسقاط کرده باشد حقی باقی نمی‌ماند تا در مورد انتقال یا عدم انتقال آن به وارث، بحث شود.] اما وکالت و وصیت [که از سوی راهن برای مرتهن، داده شده است با فوت مرتهن به وارث او] منتقل نمی‌شود زیرا وکالت و وصیت، اذن در تصرف است پس به همان شخصی اکتفا می‌شود که به او اذن داده شده است و اگر شخص مأذون [یعنی مرتهن] بمیرد، اذن هم باطل می‌شود مانند سایر اعمالی که مشروط به مباشرت شخص معینی می‌شود مگر اینکه شرط شده باشد که وصیت یا وکالت بعد از فوت مرتهن، برای وارث او یا شخص دیگری باشد که در این صورت بخاطر عمل کردن به شرط، لازم می‌شود. [تفاوت حق رهن با وکالت و وصیت آن است که حق رهن به عین مال تعلق می‌گیرد اما وکالت و وصیت به شخص تعلق می‌گیرد یعنی شخصیت وکیل یا وصی، اهمیت دارد پس فوت شخصی که برای او وصیت شده یا به وی وکالت داده شده است سبب فسخ وصیت یا وکالت می‌شود مگر اینکه موکل یا موصی، شرط کرده باشد که وکالت یا وصیت قائم به شخص وکیل یا وصی نباشد و قابل انتقال به دیگری باشد.]

(وَلِلرَّاهِنِ الْأَمْتِنَاعِ مِنَ اسْتِثْمَانِ الْوَارِثِ) وَإِنْ شَرَطَ لَهُ وَكَالَةَ الْبَيْعِ وَالْإِسْتِيفَاءِ، لِأَنَّ الرِّضَا بِتَسْلِيمِ الْمُورَثِ لَا يَمْتَنِيهِ، وَلَا خْتِلَافِ الْأَشْخَاصِ فِيهِ (وَبِالْعَكْسِ) لِوَارِثِ الْأَمْتِنَاعِ مِنَ اسْتِثْمَانِ الرَّاهِنِ عَلَيْهِ (فَلْيَتَّفِقَا عَلَى أَمِينٍ) يَضَعَانِهِ تَحْتَ يَدِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَدْلًا، لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَعْدُوهُمَا فَيَتَّفِقِدُ بَرِضَاهُمَا (وَ إِلَّا) يَتَّفِقَا (فَالْحَاكِمُ) يُعَيِّنُ لَهُ عَدْلًا يَقْضِيَهُ لَهُمَا، وَ كَذَا لَوْ مَاتَ الرَّاهِنُ فَلِوَرَثَتِهِ الْأَمْتِنَاعُ مِنْ إِثْقَائِهِ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، لِأَنَّهُ فِي الْقَبْضِ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ، تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ، وَإِنْ كَانَتْ مَشْرُوطَةً فِي عَقْدٍ لَازِمٍ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ اسْتِمْرَارَ الْوَضْعِ بَعْدَ مَوْتِهِ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيِّ فِي الْحِفْظِ.

راهن حق دارد که وارث مرتهن را امین نداند هر چند وکالت در بیع و استیفای طلب داده باشد [یعنی راهن گرچه به مرتهن، وکالت داده است که اگر راهن دین خود را نپرداخت، مرتهن مال مرهونه را بفروشد و طلب خود را وصول کند اما در صورت فوت مرتهن، حق دارد که بگوید وارث را امین نمی‌دانم و در نتیجه مال مرهونه را در اختیار وی قرار نمی‌دهم] زیرا رضایت راهن برای تحویل مال مرهونه به مورث [یعنی مرتهن] دلالتی بر امین داشتن وارث ندارد و برای اینکه اشخاص از نظر امین بودن، با یکدیگر تفاوت دارند. [درست است که راهن اجازه داده است که مال مرهونه در اختیار مرتهن باشد اما این اجازه دلالتی ندارد که رضایت داده باشد تا مال مرهونه در اختیار وارث او قرار گیرد و دلیل دیگر اینکه اشخاص از نظر امین بودن باهم تفاوت دارند و امین بودن مورث دلالتی بر امین بودن وارث ندارد.] و برعکس، وارث مرتهن نیز می‌تواند از امین دانستن راهن بر مال مرهونه، خودداری کند [یعنی همانگونه که راهن می‌تواند وارث مرتهن را امین ندانسته و مال را در اختیار او قرار ندهد، وارث مرتهن نیز می‌تواند راهن را امین ندانسته تا مال مرهونه در اختیار راهن قرار نگیرد] پس راهن و وارث مرتهن باید نسبت به یک امین با یکدیگر توافق نموده و مال مرهونه را در اختیار وی قرار دهند هر چند شخص امین، عادل نباشد زیرا حق متعلق به راهن و وارث مرتهن است [و از آنها تجاوز نمی‌کند بنابراین محدود به رضایت آنهاست]. [یعنی اگر راهن و وارث مرتهن، یکدیگر را امین ندانند باید باهم توافق کنند تا مال در اختیار شخص ثالثی قرار گیرد و لازم نیست آن شخص، عادل باشد زیرا حق رهن مربوط به راهن و وارث مرتهن است پس حق دارند هر شخصی را که خواستند امین قرار دهند و این عمل به حقوق اشخاص ثالث لطمه‌ای وارد نمی‌کند] و اگر اتفاق نظر پیدا نکردند [که مال را در اختیار شخص ثالثی قرار دهند] پس حاکم، شخص عادل را معین می‌کند تا مال را برای راهن و وارث مرتهن نگهداری کند و همینطور اگر راهن فوت کند ورثه راهن حق دارند که از باقی ماندن مال مرهونه در دست مرتهن، خودداری کنند زیرا مرتهن نسبت به قبض مال مرهونه به منزله وکیل است که با فوت موکل، وکالت باطل می‌شود هر چند وکالت در عقد لازمی شرط شده باشد مگر اینکه شرط شده باشد که قرار گرفتن مال در اختیار مرتهن، بعد از فوت راهن نیز ادامه داشته باشد پس مرتهن به منزله وصی برای حفظ

مال مرهونه خواهد بود. [در عقد رهن، دو عمل حقوقی صورت می‌گیرد: یکی اینکه مالی بعنوان وثیقه دین قرار داده می‌شود که همان عقد رهن است و دیگر اینکه مال مرهونه در اختیار مرتهن قرار می‌گیرد که این عمل دوم نوعی وکالت است یعنی راهن به مرتهن وکالت می‌دهد که مال مرهونه را نگهداری کند و وکالت یک عقد جایز است که با فوت موکل، باطل می‌شود و در اینجا هم چنانچه راهن فوت کند، عقد رهن باطل نمی‌شود اما وکالتی که راهن به مرتهن داده است تا مال مرهونه را نگهداری نماید باطل می‌شود.]

(التَّاسِعَةُ: لَا يَضْمَنُ الْمُرْتَهَنُ الرَّهْنَ إِذَا تَلَفَ فِي يَدِهِ (إِلَّا بِنْتَعُدُّ أَوْ تَفْرِيطِ) وَلَا يَسْقُطُ بِتَلَفِهِ شَيْءٌ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهَنِ، فَإِنْ تَعَدَّى فِيهِ، أَوْ فَرَطَ ضَمَنَهُ (فِيَلْزَمُ قِيَمَتَهُ يَوْمَ تَلَفِهِ) إِنْ كَانَ قِيَمِيًّا (عَلَى الْأَصْحِ)، لِأَنَّهُ وَقْتُ الْإِنْتِقَالِ إِلَى الْقِيَمَةِ، وَالْحَقُّ قَبْلَهُ كَانَ مُنْحَصِرًا فِي الْعَيْنِ وَإِنْ كَانَتْ مَضْمُونَةً.

وَمُقَابِلُ الْأَصْحِ اعْتِبَارُ قِيَمَتِهِ يَوْمَ الْقَبْضِ، أَوْ أَعْلَى الْقِيَمِ مِنْ يَوْمِ الْقَبْضِ إِلَى يَوْمِ التَّلَفِ، أَوْ مِنْ حِينِ التَّلَفِ إِلَى حِينِ الْحُكْمِ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ كَالْغَاصِبِ.
وَيُضَعَّفُ بِأَنَّهُ قَبْلَ التَّفْرِيطِ غَيْرُ مَضْمُونٍ، فَكَيْفَ تُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ فِيهِ، وَبِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ لَا دَخَلَ لَهَا فِي ضَمَانِ الْقِيَمِيِّ (فَالْأَقْوَى الْأَوَّلُ مُطْلَقًا).

مسأله نهم - هرگاه مال مرهونه در دست مرتهن تلف شود، مرتهن ضامن آن نخواهد بود مگر اینکه تعدی یا تفریط کرده باشد. [مرتهن نسبت به نگهداری مال مرهونه که با اذن راهن بوده است امین می‌باشد مگر اینکه تعدی کند یعنی عملی انجام دهد که موجب تلف یا ناقص شدن مال گردد یا تفریط نماید یعنی در محافظت از مال، کوتاهی نماید] و تلف شدن مال مرهونه، چیزی از حق مرتهن نمی‌کاهد پس اگر تعدی یا تفریط کرده باشد، ضامن آن است [یعنی ضمانت اجرای تلف مال مرهونه آن است که مرتهن باید خسارت تلف شدن مال مرهونه را بپردازد اما به طلب او لطمه‌ای وارد نمی‌شود و طلب او کماکان و به همان مقدار، باقی است.] پس اگر [مال مرهونه که نزد مرتهن تلف شده است] قیمی باشد بنا بر نظریه صحیح‌تر باید قیمت آن در روز تلف، پرداخت شود زیرا روز تلف، زمانی است که مال تبدیل به قیمت می‌شود و حق راهن قبل از زمان تلف، منحصر در عین بود هر چند مرتهن ضامن آن بود. [یعنی زمانی که

راهن، مال مرهونه را تحویل مرتهن می دهد، مرتهن ضامن آن می شود و راهن هم حق عینی نسبت به آن دارد یعنی عین مال متعلق به اوست و مرتهن، ضامن عین است که آن را به راهن برگرداند اما وقتی مال مرهونه تلف می شود در همین لحظه، ضمانت مرتهن از عین به قیمت تبدیل می شود و باید قیمت را بپردازد و قیمت همین زمان بر ذمه او تعلق می گیرد. اما نظریه ای دیگر وجود دارد [در مقابل نظریه صحیح تر که می گوید، قیمت روز قبض باید پرداخت شود [یعنی قیمت روزی که مال مرهونه تحویل مرتهن داده شد] و یا بالاترین قیمت از روز قبض تا روز تلف شدن و یا [بالاترین قیمت] از روز تلف شدن تا زمانی که حکم به پرداخت قیمت داده می شود مانند غاصب [که با شدیدترین حالت مورد مؤاخذه قرار می گیرد. اما این نظریه ها] ضعیف است [و دلیل ضعیف بودن نظریه اول و دوم یعنی پرداخت قیمت روز قبض یا بالاترین قیمت از روز قبض تا روز تلف] آن است که مال مرهونه قبل از آنکه تفریطی صورت گیرد، مضمون نیست [یعنی مرتهن قبل از اینکه تعدی یا تفریط کند ضامن مال مرهونه نمی باشد زیرا امین است] پس چگونه می توان قیمت زمان قبل از تفریط را از وی گرفت [حال آنکه دو نظریه اول، قیمت مال مرهونه از زمان قبض را ملاک قرار می دهند هر چند تعدی یا تفریطی صورت نگرفته باشد. اما دلیل ضعیف بودن نظریه سوم که بالاترین قیمت از زمان تلف تا زمان صدور حکم را ملاک قرار می داد] آن است که مطالبه، مدخلیتی در ضمان مال قیمی ندارد [یعنی زمانی که مرتهن تعدی یا تفریط کرده و مال را تلف می کند، ضمانت او برقرار می شود چه راهن، قیمت را مطالبه کرده باشد و چه مطالبه نکرده باشد زیرا مطالبه قیمت، تأثیری در موضوع ندارد تا قیمت زمان بعد از تلف نیز ملاک قرار گیرد یعنی زمانی که راهن، حق خود را مطالبه می کند] پس نظریه قوی تر، مطلقاً نظریه اول است [یعنی نظریه ای که قیمت روز تلف شدن را ملاک قرار می دهد زیرا در همین زمان است که عین تبدیل به قیمت می شود و در اینجا تفاوتی ندارد که قیمت مال مرهونه، بیشتر از قیمت آن در روز تلف باشد یا کمتر از آن باشد بلکه قیمت روز تلف به صورت مطلق است.]

هَذَا إِذَا كَانَ الْإِخْتِلَافُ بِسَبَبِ السُّوقِ، أَوْ نَقَصٍ فِي الْعَيْنِ غَيْرِ مَضْمُونٍ، أَمَّا لَوْ نَقَصَتْ
الْعَيْنُ بَعْدَ التَّفْرِيطِ بِهَذَا وَ نَحْوِهِ ثُمَّ تَلَفَتْ، اِعْتَبِرْ أَعْلَى الْقِيَمِ الْمَنْسُوبَةِ إِلَى الْعَيْنِ مِنْ حِينِ

التَّفْرِيطِ إِلَى التَّلْفِ،

وَلَوْ كَانَ مِثْلِيًّا ضَمِنَهُ بِمِثْلِهِ إِنْ وُجِدَ وَ إِلَّا فَقِيْمَةُ الْمِثْلِ عِنْدَ الْأَدَاءِ عَلَى الْأَقْسَى، لِأَنَّ الْوَاجِبَ عِنْدَهُ إِنَّمَا كَانَ الْمِثْلُ وَ إِنْ كَانَ مُتَعَدِّرًا، وَ انْتِقَالُهُ إِلَى الْقِيْمَةِ بِالْمُطَابَئَةِ، بِخِلَافِ الْقِيْمِيِّ، لِاسْتِفْرَازِهَا فِي الذَّمِّ مِنْ حِينَ التَّلْفِ مُطْلَقًا.

آنچه که گفته شد مربوط به زمانی است که تفاوت قیمت بخاطر تفاوت قیمت بازار باشد یا بخاطر ناقص شدن عین باشد که مرتهن، ضامن آن نیست اما اگر عین بعد از تفریط بخاطر لاغری و نظایر آن، ناقص شود و سپس تلف گردد بالاترین قیمتی که از زمان تفریط تا زمان تلف، نسبت به عین وجود دارد ملاک قرار می‌گیرد [مثلاً اگر مرتهن در نگهداری حیوان کوتاهی کند و حیوان لاغر شده و سپس تلف شود باید قیمت زمانی در نظر گرفته شود که حیوان در چاق‌ترین حالت بوده و بالاترین قیمت را داشته است] و اگر مال مرهونه [که نزد مرتهن تلف شده است] مثلی باشد مرتهن ضامن مثل آن است اگر مثل، یافت شود و اگر مثل یافت نشود بنا بر نظریه قوی تر باید قیمت مثل هنگام پرداخت قیمت، ملاک قرار گیرد زیرا آنچه که بر مرتهن واجب است، مثل مال می‌باشد هر چند تحویل مثل مال، متعذر باشد و انتقال مثل به قیمت بخاطر مطالبه است بخلاف مال قیمی که مطلقاً از زمان تلف در ذمه مرتهن قرار می‌گیرد [اعم از اینکه راهن، آن را مطالبه کند یا مطالبه نکند. تفاوت مال مثلی و مال قیمی آن است که قیمت مال قیمی در همان زمان تلف برعهده مرتهن قرار می‌گیرد مطالبه راهن در آن مدخلیتی ندارد اما در مال مثلی، آنچه که برعهده مرتهن است تا به راهن بدهد مثل مال می‌باشد اما زمانی که راهن، آن را درخواست می‌کند و امکان تحویل مثل وجود ندارد تبدیل به قیمت می‌شود یعنی مطالبه راهن سبب تبدیل عین به قیمت می‌شود]

(وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْقِيْمَةِ حَلَفَ الْمُرْتَهِنُ) لِأَنَّهُ الْمُنْكَرُ، وَ الْأَصْلُ بَرَاءَتُهُ مِنَ الرَّائِدِ. وَ قِيلَ: الرَّاهِنُ، نَظْرًا إِلَى كَوْنِ الْمُرْتَهِنِ ضَارًا خَائِنًا بِنَفْسِهِ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ. وَ يُضَعَّفُ بِأَنَّ قَبُولَ قَوْلِهِ مِنْ جِهَةِ انْكَارِهِ، لَا مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ أَمِينًا أَوْ خَائِنًا.

اگر راهن و مرتهن نسبت به قیمت مال مرهونه با یکدیگر اختلاف پیدا کنند، مرتهن سوگند یاد می‌کند زیرا مرتهن، منکر است [و قیمت بالاتر را انکار می‌کند و دلیل دیگر اینکه] اصل، برائت از زائد است [یعنی اگر راهن، قیمت مال را هزار تومان و

مرتهن، پانصد تومان اعلام کند اصل عدم زیادی قیمت از پانصد تومان است] و یک دیدگاه آن است که راهن، سوگند یاد می‌کند زیرا مرتهن بخاطر تفریطی که کرده است خیانت نموده و سخن او پذیرفته نمی‌شود [یعنی مرتهن با تعدی و تفریط از امین بودن خارج می‌شود در حالیکه فقط سخن امین را همراه با سوگند می‌توان پذیرفت] و این نظریه ضعیف است زیرا پذیرش سخن مرتهن بخاطر آن است که منکر باشد [یعنی زیادی قیمت را انکار می‌کند و منکر باید قسم بخورد] نه از این جهت که امین یا خائن است [یعنی قسم خوردن مرتهن بخاطر امین بودن وی نیست بلکه بخاطر منکر بودن اوست].

(الْعَاشِرَةُ: لَوْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْحَقِّ الْمَرْهُونِ بِهِ، حَلَفَ الرَّاهِنُ عَلَى الْأَقْرَبِ)، لِأَضَالَةِ عَدَمِ الزِّيَادَةِ، وَبَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ مِنْهَا وَ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ، وَلِلرَّوَايَةِ. وَقِيلَ: قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ اسْتِنَادًا إِلَى رِوَايَةِ ضَعِيفَةٍ.

مساله دهم - اگر راهن و مرتهن در مقدار حقی که رهن بر آن قرار داده شده است با یکدیگر اختلاف داشته باشند، بنا بر نظریه قوی تر راهن سوگند یاد می‌کند زیرا اصل بر عدم زیادی و براءت ذمه راهن از مقدار زیادی می‌باشد و بخاطر اینکه راهن، منکر است و بخاطر روایت. [اگر راهن بگوید که یک میلیون تومان بدهکار هستی و مرتهن بگوید که پانصد هزار تومان بدهکار هستم، سخن راهن با سوگند وی، به چهار دلیل پذیرفته می‌شود؛ دلیل اول اینکه اصل بر عدم زیادی از پانصد هزار تومان است؛ دلیل دوم اینکه اصل بر آن است که ذمه راهن نسبت به مازاد پانصد هزار تومان بری باشد؛ سوم اینکه راهن، منکر است چون مقدار زیادتر از پانصد هزار تومان را انکار می‌کند و منکر باید قسم بخورد؛ دلیل چهارم، روایتی است که سخن راهن را مقدم می‌داند.] و یک دیدگاه آن است که سخن مرتهن پذیرفته می‌شود و استناد این نظریه به یک روایت ضعیف است.

(وَلَوْ اِخْتَلَفَا فِي الرَّهْنِ وَالْوَدِيعَةِ) بِأَنَّ قَالَ الْمَالِكُ: هُوَ وَدِيعَةٌ. وَقَالَ الْمُتَمَسِّكُ: هُوَ رَهْنٌ (حَلَفَ الْمَالِكُ) لِأَضَالَةِ عَدَمِ الرَّهْنِ، وَ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ، وَلِلرَّوَايَةِ الصَّحِيحَةِ. وَقِيلَ: يَخْلِفُ الْمُتَمَسِّكُ اسْتِنَادًا إِلَى رِوَايَةِ ضَعِيفَةٍ. وَقِيلَ: الْمُتَمَسِّكُ إِذَا عْتَرَفَ لَهُ الْمَالِكُ بِالذِّينِ، وَالْمَالِكُ إِذَا أَنْكَرَهُ، جَمْعًا بَيْنَ الْأَخْبَارِ، وَ لِقَرِينَةٍ. وَ ضَعْفُ الْمُقَابِلِ يَمْنَعُ مِنْ تَخْصِيسِ

الْآخِرَ.

اگر رهن و مرتهن در رهن و ودیعه با یکدیگر اختلاف داشته باشند بدین صورت که مالک بگوید، که مال، ودیعه است [یعنی این مال را بعنوان ودیعه نزد طرف مقابل قرار داده است] و متصرف بگوید که این مال در رهن است [یعنی بگوید که مالک این مال را بعنوان رهن در اختیار من قرار داده است. در این صورت] مالک، قسم می خورد چون اصل، عدم رهن است و بخاطر اینکه مالک، منکر است و بخاطر یک روایت صحیح [یعنی سخن مالک با سوگند وی به سه دلیل، پذیرفته می شود: یکی اینکه چنانچه در ودیعه یا رهن بودن مالی اختلاف شود اصل بر آن است که رهن نباشد؛ دلیل دوم اینکه مالک منکر رهن بودن است و منکر، قسم می خورد؛ دلیل سوم، یک روایت صحیح است که سخن مالک را قابل قبول می داند.] و یک دیدگاه آن است که متصرف سوگند یاد می کند و استناد این نظریه به یک روایت ضعیف است. و یک دیدگاه آن است که اگر مالک، بدهکار بودن خود را بپذیرد سخن متصرف قبول می شود و اگر مالک، بدهکار بودن خود را نپذیرد، سخن مالک پذیرفته می شود. [با پذیرش این نظریه] میان روایت ها جمع می شود [یعنی روایت هایی که می گویند سخن مالک پذیرفته می شود منظورشان جایی است که مالک، بدهکار نباشد و روایت هایی که می گویند سخن متصرف پذیرفته می شود منظورشان جایی است که مالک، بدهکار باشد بنابراین همه روایت ها، درست می گویند. دلیل دیگر] بخاطر قرینه است [یعنی بدهکار بودن مالک، اماره و قرینه بر آن است که مال خود را بعنوان وثیقه بدهی نزد متصرف قرار داده است و عدم بدهی مالک اماره آن است که مال خود را بعنوان رهن قرار نداده است و دلیل سوم برای پذیرش سخن مالک] ضعیف بودن روایت معارض است که نمی تواند روایت دیگر را تخصیص بزند [یعنی روایتی که سخن متصرف را مقدم می داند، روایتی ضعیف است که نمی تواند با روایت صحیح که سخن مالک را مقدم می داند مقابله کرده و آن را تخصیص بزند.]

(وَلَوْ اِخْتَلَفَا فِي عَيْنِ الرَّهْنِ) فَقَالَ: رَهْنُكَ الْعَبْدُ، فَقَالَ: بَلِ الْجَارِيَّةُ (حَلْفَ الرَّاهِنِ) خَاصَّةً (وَبَطْلًا)، لِانْتِفَاءِ مَا يَدَّعِيهِ الرَّاهِنُ بِانْكَارِ الْمُرْتَهِنِ، لِأَنَّهُ جَائِزٌ مِنْ قَبْلِهِ فَيَبْطُلُ بِانْكَارِهِ لَوْ كَانَ حَقًّا، وَانْتِفَاءِ مَا يَدَّعِيهِ الْمُرْتَهِنُ بِحَلْفِ الرَّاهِنِ.

(وَلَوْ كَانَ) الرَّهْنُ (مَشْرُوطاً فِي عَقْدٍ لَازِمٍ تَخَالُفًا)، لِأَنَّ انْكَارَ الْمُرْتَهِنِ هُنَا يَتَعَلَّقُ بِحَقِّ الرَّاهِنِ، حَيْثُ إِنَّهُ يَدَّعِي عَدَمَ الْوَفَاءِ بِالشَّرْطِ الَّذِي هُوَ رُكْنٌ مِنْ أَرْكَانِ ذَلِكَ الْعَقْدِ اللَّازِمِ، فَيَرْجِعُ الْإِخْتِلَافُ إِلَى تَعْيِينِ الثَّمَنِ لِأَنَّ شَرْطَ الرَّهْنِ مِنْ مُكَمَّلَاتِهِ، فَكُلُّ يَدَّعِي تَمَنّاً غَيْرَ مَا يَدَّعِيهِ الْآخَرُ، فَإِذَا تَخَالَفَا بَطَلَ الرَّهْنُ، وَفَسَخَ الْمُرْتَهِنُ الْعَقْدَ الْمَشْرُوطَ فِيهِ إِنْ شَاءَ وَ لَمْ يُمَكِّنِ اسْتِدْرَاكَهُ، كَمَا لَوْ مَضَى الْوَقْتُ الْمَحْدُودُ لَهُ. وَقِيلَ: يُقَدِّمُ قَوْلُ الرَّاهِنِ كَالْأَوَّلِ.

اگر راهن و مرتهن در عین رهن با یکدیگر اختلاف پیدا کنند بدین صورت که راهن بگوید: [یا اتومبیل] را رهن قرار دادم اما مرتهن بگوید: جاریه [یا خانه] را رهن قرار دادی، فقط راهن قسم می خورد و هر دو رهن باطل است [یعنی رهن اتومبیل و رهن خانه باطل است] زیرا آنچه که راهن ادعا می کند بخاطر انکار مرتهن، منتفی است چرا که عقد رهن از سوی مرتهن، عقد جایز است پس چنین عقدی با انکار وی، باطل می شود اگر آنچه که راهن ادعا می کند، درست باشد. [یعنی به فرض آنکه سخن راهن که می گوید اتومبیل را رهن قرار دادم، سخن درستی باشد وقتی مرتهن آن را رد می کند عقد رهن باطل می شود زیرا عقد رهن نسبت به مرتهن، یک عقد جایز است و هر لحظه می تواند آن را فسخ کند. و اما دلیل بطلان رهن خانه که مورد ادعای مرتهن می باشد، آن است که] آنچه را مرتهن ادعا می کند با سوگند راهن، منتفی می شود [یعنی وقتی سوگند راهن پذیرفته شود و او بر رهن نبودن خانه قسم بخورد پس رهن خانه باطل می شود.] و اگر رهن، در عقد لازمی شرط شده باشد، راهن و مرتهن قسم می خورند [یعنی اگر عقد رهن ضمن یک عقد لازمی صورت گرفته و راهن و مرتهن نسبت به مال مرهونه باهم اختلاف پیدا کنند که مثلاً اتومبیل بوده است یا خانه، هر دو قسم می خورند] زیرا مرتهن، حق راهن را انکار می کند چرا که مرتهن ادعای عدم وفا به شرطی را می کند که یکی از ارکان آن عقد لازم است پس اختلاف راهن و مرتهن به اختلاف در تعیین ثمن برمی گردد چون شرط رهن، تکمیل کننده ثمن است [و این اختلاف در حقیقت بدین صورت است که مرتهن می گوید: این مال به یک میلیون تومان فروختی به شرط اینکه خانه رهن باشد و راهن می گوید آن را به این مبلغ فروختم به شرط اینکه اتومبیل، رهن باشد] پس هر کدام از آنها ثمنی را ادعا می کند که مورد

ادعای دیگری نیست پس وقتی هر دو قسم بخورند، رهن باطل می‌شود و مرتهن اگر بخواهد عقدی را که رهن در ضمن آن شرط شده است، فسخ می‌کند و در صورتیکه اگر نتواند شرط را جبران کند مانند جایی که وقت تعیین شده برای دین، سپری شده باشد. [اگر عقد رهن در ضمن عقد بیعی صورت گرفته باشد، نوع رهن در مقدار ثمن اثر می‌گذارد مثلاً اگر زمین یک میلیون تومانی رهن قرار داده شود، ثمن بیشتری تعیین می‌شود تا زمین ده میلیون تومانی رهن قرار داده شود پس اختلاف آنها در نوع رهن، در حقیقت اختلاف در میزان ثمن است. پس هر دو قسم می‌خورند و عقد رهن باطل می‌شود اما اثر بطلان عقد رهن آن است که مرتهن می‌تواند عقد بیعی را که عقد رهن ضمن آن صورت گرفته است فسخ کند و البته فسخ عقد بیع در صورتی است که مرتهن نتواند شرط رهن را به شکل دیگری استیفا نماید مثلاً اگر مدت دین هنوز سپری نشده باشد و هر دو اتفاق پیدا کنند که مال دیگری در رهن قرار گیرد اما اگر مدت تعیین شده برای دین و سپردن رهن، سپری شده باشد، مرتهن می‌تواند عقد بیع را فسخ نماید.] و یک دیدگاه آن است که در اینجا هم مانند حالت اول [که راهن و مرتهن در عین رهن باهم اختلاف داشتند] سخن راهن پذیرفته می‌شود.

(الْحَادِيَةَ عَشْرَ: لَوْ أَدَى دَيْنًا وَعَيَّنَ بِهِ رَهْنًا) بِأَنْ كَانَ عَلَيْهِ دُيُونٌ وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ رَهْنٌ خَاصٌّ، فَقَصَدَ بِالْمَوْدِي أَحَدَ الدُّيُونِ بِخُصُوصِهِ لِيُفَكَّ رَهْنَهُ (فَذَاكَ) هُوَ الْمُتَعَيِّنُ، لِأَنَّ مَرَجِعَ التَّعْيِينِ إِلَى قَصْدِ الْمَوْدِي (وَإِنْ أُطْلِقَ) وَلَمْ يُسَمَّ أَحَدَهَا لَفَطًا لَكِنْ قَصْدُهُ (فَتَخَالَفَا فِي الْقَصْدِ) فَادَّعَى كُلُّ مَنَّهُمَا قَصْدَ الدَّافِعِ دَيْنًا غَيْرَ الْآخَرَ (حَلَفَ الدَّافِعُ) عَلَى مَا ادَّعَى قَصْدُهُ لِأَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِقَصْدِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِهِ.

وَإِنَّمَا احْتَبَجَّ إِلَى الْيَمِينِ مَعَ أَنْ مَرَجِعَ النِّزَاعِ إِلَى قَصْدِ الدَّافِعِ، وَدَعْوَى الْغَرِيمِ الْعَلَمَ بِهِ غَيْرٌ مَعْقُولٌ، لِإِمْكَانِ إِطْلَاعِهِ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِ الْفَاصِدِ، وَلَوْ تَخَالَفَا فِيمَا تَلَفَّظَ بِإِزَاتِهِ فَكَذَلِكَ، وَ يُمَكِّنُ رَدُّهُ إِلَى مَا ذَكَرَهُ مِنَ التَّخَالَفِ فِي الْقَصْدِ، إِذِ الْعِبْرَةُ بِهِ، وَاللَّفْظُ كَاشِفٌ عَنْهُ.

مسأله یازدهم - اگر [بدهکار در مقام پرداخت بدهی خود] دینی را بپردازد و رهنی را برای آن تعیین کند بدین صورت که چندین دین برعهده او باشد و برای هر دین، یک رهن خاص وجود داشته باشد پس هدف او از دین پرداخت شده، یکی از دیون خاص باشد تا رهنی را فک نماید پس آن دین، همان دینی است که او تعیین می‌کند

چون قصد پرداخت کننده، ملاک تعیین دین است [مثلاً «الف» سه دین به «ب» بدهکار است که مبلغ هر کدام یک میلیون تومان است و برای هر دینی به ترتیب زمین، خانه و اتومبیل را رهن قرار داده است. سپس یک میلیون تومان می‌پردازد و می‌گوید دینی را پرداخته‌ام که خانه برای آن رهن قرار داده شده بود. در اینجا باید سخن رهن را بپذیریم چون برای تعیین نوع دین چاره‌ای جز مراجعه به قصد درونی او نیست.] و اگر رهن، اطلاق‌گویی کند و یکی از دین‌ها را به زبان نیاورد اما قصد آن را داشته باشد و رهن و مرتهن نسبت به قصد رهن با یکدیگر اختلاف نظر پیدا کنند بگونه‌ای که هر یک از آن دو ادعا کند که قصد پرداخت کننده دین، دینی غیر از دیگری بوده است، پرداخت کننده دین نسبت به دینی که ادعای قصد نمودن آن را دارد، سوگند یاد می‌کند زیرا ملاک، قصد پرداخت کننده دین است و او نسبت به چنین قصدی، آگاه‌تر است [مثلاً مدیون، یک میلیون تومان می‌پردازد بدون اینکه مشخص کند کدام دین را قصد کرده است و بعداً اختلاف پیدا می‌کند بدین صورت که مدیون و رهن می‌گوید دینی را پرداخت کرده‌ام که اتومبیل در رهن آن بوده است پس درخواست آزاد کردن اتومبیل را بنماید اما مرتهن و طلبکار می‌گوید دینی را پرداخت کردی که خانه در رهن آن بود پس بخواهد خانه را آزاد کند. در اینجا سخن رهن پذیرفته می‌شود و اتومبیل آزاد می‌گردد زیرا این موضوع که رهن، قصد پرداخت کدام دین را نموده است یک مسأله درونی می‌باشد و جز مدیون یعنی کسی که آن را قصد کرده است نمی‌تواند پی به آن ببرد و این مطلب براساس قاعده‌ای فقهی است که می‌گوید: «لا یعلم الا من قبله: یعنی جز از طریق خود شخص بگونه دیگری نمی‌توان آن را شناخت.» ممکن است در مورد لزوم قسم خوردن رهن، ایراد شود که وقتی قصد رهن جز از طریق گفته‌ی خودش معلوم نمی‌شود و مرتهن هم امکان ندارد که قصد رهن را کشف نماید پس چه نیازی به قسم خوردن داین است. شهیدثانی به این ایراد چنین پاسخ می‌دهد که گرچه مرجع اختلاف [میان رهن و مرتهن] به قصد رهن برمی‌گردد [یعنی در حقیقت اختلاف بر سر آن است که رهن، کدام دین را قصد کرده است. و نیز گرچه] ادعای مرتهن مبنی بر اینکه قصد رهن را می‌داند، یک امر غیر معقولی است [چون قصد یک امر درونی است که جز صاحب قصد، شخص دیگری از آن اطلاع پیدا نمی‌کند. با این وجود بازهم گفته می‌شود

راهن باید قسم بخورد زیرا [فقط احتیاج به سوگند راهن، بخاطر آن است که امکان دارد مرتهن از طریق اقرار راهن، نسبت به آن علم پیدا کرده باشد] یعنی ممکن است راهن، در جایی اقرار کرده باشد که این پرداخت مربوط به دین دیگری است و مرتهن، این اقرار را شنیده باشد پس برای محکم‌تر شدن موضوع و اینکه راهن، دین دیگری را قصد نکرده است برای براءت وی، قسم نیز داده می‌شود. پس از اینکه شهیدثانی، حکم اختلاف در نوع دین را بیان کرد وارد حالت دیگری می‌شود و آن جایی است که [راهن و مرتهن در مورد اراده لفظی که بیان شده است به همین صورت اختلاف نظر پیدا کنند] یعنی راهن بگوید فلان لفظ را بیان کردم که دلالت بر دینی می‌کند که اتومبیل، گروی آن است اما مرتهن بگوید: لفظ دیگری را گفتمی که دلالت بر دینی می‌کند که خانه، گرو و رهن آن است. مرحوم شهیدثانی می‌گوید علت اینکه شهید اول چنین حالتی را بیان نکرد بخاطر آن باشد که [می‌توان اختلاف در لفظ را به همان اختلافی حمل کرد که شهید اول گفته است که همان اختلاف در قصد می‌باشد] یعنی شاید اختلاف در لفظ نیز مانند اختلاف در قصد باشد [زیرا ملاک، قصد است و لفظ، کاشف از قصد می‌باشد] یعنی در اعمال ارادی آنچه که مهم است و رکن اساسی عمل می‌باشد، اراده درونی قصد است اما اراده ظاهری و لفظ، اعتباری ندارد زیرا فقط کاشف از قصد است.]

(وَكَذَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ خَالٍ عَنِ الرَّهْنِ، وَ آخِرُ بِهِ رَهْنٌ فَادَّعَى الدَّفْعَ عَنِ الْمَرْهُونِ بِهِ لِيُفَكَّ الرَّهْنُ، وَ ادَّعَى الْعَرِيمَ الدَّفْعَ عَنِ الْخَالِي لِيُبْقِيَ الرَّهْنُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الدَّافِعِ مَعَ يَمِينِهِ، لِأَنَّ الْإِخْتِلَافَ يَرْجِعُ إِلَى قَصْدِهِ الَّذِي لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ قِبَلِهِ كَالْأَوَّلِ).

و همین حکم را دارد جایی که مدیون، یک دین بدون رهن و یک دین با رهن داشته باشد [یعنی «الف» دو بدهی به «ب» داشته باشد که مبلغ هر کدام یک میلیون تومان است اما مرتهن برای یکی از این دین‌ها، مالی را در رهن قرار داده و برای دین دیگر، اتومبیل خود را در رهن قرار نداده باشد] پس ادعا کند دینی که پرداخته است همان دینی می‌باشد که گروی داشته است تا رهن را آزاد کند اما مرتهن بگوید: دینی را پرداخته‌ای که گروی ندارد تا رهن [کماکان در رهن] باقی بماند. در اینجا سخن پرداخت کننده [یعنی راهن] به همراه سوگند وی پذیرفته می‌شود [بنابراین اگر راهن، یک میلیون تومان بپردازد مربوط به دینی خواهد بود که اتومبیل راهن در رهن آن است]

زیرا اختلاف [میان رهن و مرتهن] به [اختلاف در] قصد رهن برمی‌گردد [و این قصد] جز از طریق رهن، دانسته نمی‌شود مانند حالت اول [که اختلاف در قصد بود. یعنی در اینجا هم اختلاف در این است که رهن، دین بدون گروهی یا دین با گروهی را قصد کرده است].

(الثَّانِيَةَ عَشَرَ: لَوْ اِخْتَلَفَا فِيمَا يُبَاعُ بِهِ الرَّهْنُ) فَأَزَادَ الْمُرْتَهِنُ بَيْعَهُ بِنَقْدٍ، وَالرَّاهِنُ بغيرِهِ (بِيعَ بِالنَّقْدِ الْغَالِبِ) سَوَاءً وَافَقَ مُرَادَ أَحَدِهِمَا أَمْ خَالَفَهُمَا، وَالْبَائِعُ الْمُرْتَهِنُ إِنْ كَانَ وَكَيْلًا، وَالْغَالِبُ مُوَافِقٌ لِمُرَادِهِ، أَوْ رَجَعَ إِلَى الْحَقِّ، وَإِلَّا فَالْحَاكِمُ (فَإِنْ غَلَبَ نَقْدَانِ بَيْعٍ بِمُشَابِهَةِ الْحَقِّ) مِنْهُمَا إِنْ اتَّفَقَ (فَإِنْ بَايَنَهُمَا عَيَّنَ الْحَاكِمُ) إِنْ اِمْتَنَعَا مِنَ التَّعْيِينِ. وَإِطْلَاقُ الْحُكْمِ بِالرُّجُوعِ إِلَى تَعْيِينِ الْحَاكِمِ يَشْمَلُ مَا لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَقْرَبَ إِلَى الصَّرْفِ إِلَى الْحَقِّ، وَعَدَمِهِ، وَفِي الدَّرُوسِ: لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا - وَعَنَى بِهِ الْمُتَبَايِنِينَ - أَسهَلَ صَرْفًا إِلَى الْحَقِّ تَعْيِينَ، وَهُوَ حَسَنٌ. وَفِي التَّحْرِيرِ: لَوْ بَايَنَاهُ بَيْعًا وَأَوْفَرَهُمَا حَطًّا، وَهُوَ أَحْسَنُ، فَإِنَّهُ رَبَّمَا كَانَ عُسْرُ الصَّرْفِ أَصْلَحَ لِلْمَالِكِ، وَحَيْثُ يُبَاعُ بِغَيْرِ مُرَادِهِ يَتَّبَعِي مُرَاعَاةَ الْحِطِّ لَهُ كَغَيْرِهِ مِمَّنْ يَلِي عَلَيْهِ الْحَاكِمُ.

مساله دوازدهم - اگر رهن و مرتهن در مورد مالی که رهن به آن فروخته می‌شود با یکدیگر اختلاف پیدا کنند پس مرتهن بخواهد آن را به پول نقد بفروشد اما رهن بخواهد آن را به غیر پول نقد بفروشد، به نقد غالب فروخته می‌شود [یعنی پولی که غالباً با آن خرید و فروش صورت می‌گیرد مانند ریال در کشور ما و دلار در آمریکا و یورو در اروپا] اعم از اینکه پول غالب، مطابق خواسته یکی از آنها باشد یا مخالف خواسته هر دو باشد. و فروشنده که همان مرتهن است چنانچه وکیل باشد در حالی که نقد غالب، مطابق خواسته اوست یا از حق تمکین می‌کند و گرنه به حاکم مراجعه می‌کند. [یعنی اگر مرتهن، وکیل رهن باشد می‌تواند رهن را به نقد غالب بفروشد هر چند آن پول، مطابق خواسته او باشد و اگر پول غالب مطابق خواسته وی نباشد باز هم باید به همان نقد غالب بفروشد زیرا دستور شرع است و باید حقیقت و شرع را بپذیرد و اگر وکیل نباشد و پول غالب هم مطابق خواسته او نباشد برای فروش رهن باید به حاکم مراجعه کند] و اگر دو پول، غالب باشند [یعنی غالباً با دو پول معامله انجام شود] به پولی از آن دو پول که شبیه دین [و حق مرتهن] است فروخته می‌شود اگر چنین اتفاقی

بیفتند [که یکی از پولها، شبیه دین باشد] پس اگر دین با هر دو پول، شبیه نباشد حاکم [پولی را که باید دین با آن فروخته شود]، تعیین می‌کند چنانچه رهن و مرتهن نسبت به تعیین پول باهم توافق نکنند. و اطلاق حکم مراجعه به تعیین حاکم، شامل صورتی هم می‌شود که یکی از آن دو پول غالب، نزدیک‌تر به تبدیل آن به دین می‌شود و شامل عدم چنین حالتی نیز می‌شود [یعنی مرحوم شهید اول گفته است که اگر دین با یکی از آن دو پول شباهت نداشت باید به حاکم مراجعه کرد و اطلاق این سخن شامل صورتی هم می‌شود که یکی از آن دو پول، نزدیک‌تر به مصرف آن برای دین باشد مانند اینکه طلب مرتهن از جنس ریال باشد و نقد غالب، دلار یا یورو باشد که هیچکدام شبیه ریال نیست اما اگر به دلار فروخته شود، دلار را آسان‌تر می‌توان تبدیل به ریال کرد. همچنانکه اطلاق کلام مصنف شامل صورتی هم می‌شود که هیچکدام از دو پول غالب را نتوان آسان‌تر تبدیل به جنس دین نمود. و این در حالی است که شهید اول در کتاب دروس گفته است: اگر یکی از آنها - یعنی دو پول غیرمشابه - برای تبدیل به دین، آسان‌تر باشد باید به همان پول فروخت و [نظریهٔ اخیر شهید اول] نظریهٔ خوبی است، و [مرحوم علامهٔ حلی در کتاب] تحریر فرموده است: اگر دو پول غالب، مخالف با جنس دین باشند، به پولی فروخته می‌شود که نفع آن برای رهن بیشتر است و این نظریه، نیکوتر است زیرا چه بسا سختی تبدیل پول، منفعت بیشتری برای مالک [و رهن] داشته باشد و هرگاه به [مالی] غیر از آنچه که مورد نظر رهن بوده است فروخته شود، بهتر است که منفعت [و مصلحت] رهن رعایت شود مانند غیر رهن از کسانی که حاکم نسبت به آنها تصمیم می‌گیرد. [یعنی حاکم هر تصمیمی که نسبت به دیگران می‌گیرد باید مصلحت و منفعت آنها را در نظر بگیرد.]

کتاب الحجر

(وَ أَسْبَابُهُ سِتَّةٌ) بِحَسَبِ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِذِكْرِهِ فِي هَذَا الْبَابِ، وَالْإِلا فِهِيَ أَرْبَعٌ مِنْ ذَلِكَ مُفْرَقَةً فِي تَضَاعُفِ الْكِتَابِ، كَالْحَجْرِ عَلَى الرَّاهِنِ فِي الْمَرْهُونِ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي فِيمَا اشْتَرَاهُ قَبْلَ دَفْعِ الثَّمَنِ، وَعَلَى الْبَائِعِ فِي الثَّمَنِ الْمُعَيَّنِ قَبْلَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ، وَعَلَى الْمُكَاتِبِ فِي كَسْبِهِ لِغَيْرِ الْأَدَاءِ وَالتَّقَفَّةِ، وَعَلَى الْمُرْتَدِّ الَّذِي يُمَكِّنُ عَوْدَهُ إِلَى الْإِسْلَامِ. وَ السِّتَّةُ الْمَذْكُورَةُ هُنَا هِيَ: (الصَّعْرُ، وَالْجُنُونُ، وَالرَّقُّ، وَالْفَلَسُ، وَالسَّفَهُ، وَالْمَرَضُ) الْمُتَّصِلُ بِالْمَوْتِ.

اسباب و علت‌های محجوریت برحسب عادت‌ی که در این باب ذکر می‌شود، شش چیز است و گر نه اسباب محجوریت، بیشتر از این شش سبب می‌باشد که به صورت متفرقه در موارد مختلف بیان شده است مانند محجوریت و ممنوعیت راهن نسبت به مال مرهونه [یعنی گرچه راهن، مالک مالی است که در رهن می‌گذارد اما از پاره‌ای تصرفات، ممنوع است.] و مانند محجوریت و ممنوعیت مشتری نسبت به آنچه که خریده است قبل از آنکه ثمن را بپردازد [یعنی مشتری گرچه به محض انعقاد عقد بیع، مالک مبیع می‌شود اما قبل از آنکه ثمن را بپردازد نسبت به پاره‌ای تصرفات در مبیع، ممنوع است] و مانند محجوریت فروشنده نسبت به ثمن معین، قبل از آنکه مبیع را تحویل خریدار بدهد [یعنی گرچه فروشنده به محض انعقاد عقد بیع، مالک ثمن می‌شود اما قبل از آنکه مبیع را تحویل خریدار بدهد نسبت به پاره‌ای تصرفات در ثمن، ممنوع است.] و مانند محجوریت برده مکاتب نسبت به کسب درآمد برای غیرادای دین [و پرداختن مال‌الکتابه] و نفقه و مانند محجوریت شخص مرتد که ممکن است مسلمان شود [یعنی مرتد ملی که قبل از بازگشت به اسلام، حق تصرف در اموال خود را ندارد.] و این شش سبب عبارتند از: طفولیت، جنون، بردگی، اعسار، سفاهت و بیماری که متصل به فوت باشد. [خلاصه اینکه در میان فقها رسم و عادت شده است که

شش سبب را بعنوان اسباب حجر در کتاب حجر بیان می‌کنند و می‌توان این شش مورد را حجر به معنای خاص آن دانست اما حجر به معنای عام آن بسیار زیاد است زیرا حجر به معنای هرگونه ممنوعیتی از تصرفات مالی است و موارد ممنوعیت، بسیار زیاد است که به چند مورد آن اشاره شد.]

(وَيَمْتَدُّ حَجْرُ الصَّغِيرِ حَتَّى يَبْلُغَ) بِأَحَدِ الْأُمُورِ الْمَذْكُورَةِ فِي كِتَابِ الصَّوْمِ (وَيَرْتُدُّ، بِأَنْ يُصْلِحَ مَالَهُ) بِحَيْثُ يَكُونُ لَهُ مَلَكَهُ نَفْسَانِيَّةً تَقْتَضِي إِصْلَاحَهُ، وَتَمْنَعُ إِفْسَادَهُ وَصَرْفَهُ فِي غَيْرِ الْوُجُوهِ اللَّائِقَةِ بِأَفْعَالِ الْعُقَلَاءِ، لَا مُطْلَقَ الْإِصْلَاحِ، فَإِذَا تَحَقَّقَتِ الْمَلَكََةُ الْمَذْكُورَةُ مَعَ الْبُلُوغِ اِزْتَفَعَ عَنْهُ الْحَجْرُ (وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا) عَلَى الْمَشْهُورِ، لِإِطْلَاقِ الْأَمْرِ بِدَفْعِ أَمْوَالِ الْيَتَامَى إِلَيْهِمْ بِإِيْنِاسِ الرَّشْدِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ أَمْرِ آخَرَ مَعَهُ. وَ الْمَفْهُومُ مِنَ الرَّشْدِ عُرْفًا هُوَ إِصْلَاحُ الْمَالِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا.

وَقِيلَ: يُعْتَبَرُ مَعَ ذَلِكَ الْعَدَالَةُ فَلَوْ كَانَ مُصْلِحًا لِمَالِهِ غَيْرَ عَدْلٍ فِي دِينِهِ لَمْ يَزْتَفَعْ عَنْهُ الْحَجْرُ، لِتَنْهِي عَنْ إِبْتِنَاءِ السُّقْمَاءِ الْمَالِ، وَمَا رُوِيَ أَنَّ شَارِبَ الْخُمْرِ سَفِيهٌ، وَلَا قَائِلَ بِالْفَرْقِ، وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ الرَّشْدَ هُوَ الْوَفَاءُ، وَالْحِلْمُ، وَالْعَقْلُ. وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ عَلَى الْقَوْلِ بِهَا فِي الْإِبْتِدَاءِ لَا فِي الْإِسْتِدَامَةِ، فَلَوْ عَرَضَ الْفِسْقُ بَعْدَ الْعَدَالَةِ قَالَ الشَّيْخُ: الْأَخْوَاطُ أَنْ يُحَجَرَ عَلَيْهِ، مَعَ أَنَّهُ سَرَطُهَا إِبْتِدَاءً، وَ يَتَوَجَّهُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ شَرْطًا فِي الْإِبْتِدَاءِ لَا عُتْبِرَتْ بَعْدَهُ، لِوُجُودِ الْمُقْتَضِي.

[اولین سبب از اسباب شش گانه حجر، طفولیت و صغر است] و محجوریت شخص صغیر ادامه دارد تا زمانی که از طریق یکی از راههایی که در کتاب صوم، بیان شده است به سن بلوغ برسد [یعنی محجوریت شخص صغیر تا زمان بلوغ اوست و بلوغ با نشانه‌هایی همچون سن و رشد موی زهار، بوجود می‌آید. البته بلوغ به تنهایی برای رفع محجوریت، کافی نیست بلکه شخص صغیر علاوه بر بلوغ باید رشید هم بشود و شخص صغیر] رشید می‌شود زمانی که بتواند مال خود را به نحو شایسته‌ای اداره کند یعنی دارای ملکه نفسانی باشد که مقتضی اداره نیکوی مال بوده و از اداره فاسد مال، و مصرف کردن آن در غیر راههایی که شایسته رفتار انسان‌های عاقل است، جلوگیری کند و مطلق اداره نیکو، کفایت نمی‌کند [بلکه اداره نیکو باید همراه با صدق رشیدن شدن باشد] پس زمانی که این ملکه همراه با بلوغ، تحقق یافت محجوریت برطرف

می‌شود. [یعنی شخص صغیر زمانی که رشید شود و توانایی ادارهٔ اموال خود به شکل نیکو را داشته باشد، از حالت حجر خارج می‌شود. و برای خروج از حجر، نیاز به شرط دیگری نیست بلکه چنین شخصی، محجور به حساب نمی‌آید] هر چند فاسق باشد آنچنان‌که مشهور گفته‌اند [یعنی مشهور فقها، عادل بودن غیر محجور را شرط نمی‌دانند اما نظریهٔ مخالفی وجود دارد. علت اینکه عدالت، شرط رفع محجوریت نمی‌باشد] بخاطر اطلاق امر به تحویل اموال یتیمان به ایشان است هرگاه رشید شوند بدون اینکه نیاز به شرط دیگری باشد. [یعنی آیه قرآن فرموده است که هرگاه اطفال به حد بلوغ رسیدند و رشد آنان را احراز کردید، اموالشان را به ایشان بدهید: «و ابتلوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا الیهم اموالهم» پس در این آیه به صورت مطلق امر شده است که اموال یتیمان را پس از بلوغ و رشد به ایشان بدهید و تحویل مال به شخص بالغ رشید، اطاعت امر مذکور در این آیه است بدون اینکه شرط دیگری مانند عدالت بیان شده باشد.] و معنای عرفی رشد، ادارهٔ شایستهٔ مال به نحو مذکور است هر چند اداره کنندهٔ مال، فاسق باشد [یعنی ادارهٔ شایستهٔ مال، نیاز به عدالت ندارد و شخص فاسق هم می‌تواند اموال خود را به نحو شایسته و مطلوبی اداره نماید.] و یک دیدگاه آن است که علاوه بر شرط ادارهٔ شایستهٔ اموال، عدالت نیز شرط است بنابراین اگر شخصی، اموال خود را به نحو شایسته‌ای اداره کند اما در دینش، عادل نباشد محجوریت از وی برداشته نمی‌شود زیرا از تحویل مال به اشخاص سفیه، نهی شده است [آیهٔ قرآن فرموده است که اموال سفیهان را به ایشان تحویل ندهید: لا تؤثروا السفهاء اموالهم.] و بخاطر روایتی که مصرف کنندهٔ خمر را سفیه می‌داند در حالیکه تفاوتی وجود ندارد [یعنی آیهٔ قرآن فرموده است که شخص سفیه، غیر محجور نیست و نباید اموالش را به او داد و روایات هم، مصرف کنندهٔ خمر را سفیه می‌دانند در حالیکه میان نوشیدن خمر و سایر گناهان تفاوتی وجود ندارد یعنی هرکس عادل نباشد و مرتکب گناه شود، سفیه است و سفیه هم محجور می‌باشد] از ابن عباس روایت شده است که رشد را به معنای متانت و بردباری و عقل، دانسته است [در حالیکه شخص فاسق و غیر عادل چنین او صافی را ندارد پس سفیه است] و به فرض آنکه عدالت، شرط رفع محجوریت باشد، در ابتدای بلوغ شرط است و تداوم آن لازم نیست [یعنی شخص صغیری که بالغ

می شود باید در ابتدای بلوغ، عادل باشد پس اگر در این زمان، عادل بوده و سپس فاسق شود سبب بازگشت محجوریت وی نخواهد شد [پس اگر فسق بعد از عدالت، عارض شود مرحوم شیخ طوسی گفته است احتیاط اقتضا می کند که محجور شود و این در حالی است که ایشان عدالت را در ابتدای بلوغ شرط می داند] یعنی به رغم اینکه عدالت اولیه را کافی می داند اما احتیاط کرده و استمرار آن را هم شرط نموده است. مرحوم شهیدثانی نسبت به سخن کسانی که عدالت را شرط رفع محجوریت می دانند، ایراد دیگری را مطرح کرده و می گوید [و ایرادی متوجه شرط عدالت می شود بدین صورت که اگر عدالت، در ابتدای بلوغ شرط باشد پس بعد از شروع بلوغ نیز باید شرط باشد زیرا مقتضی وجود دارد. یعنی اگر عدالت را در شروع بلوغ لازم بدانیم باید در ادامه هم لازم بدانیم زیرا همان دلیلی که عدالت در شروع بلوغ را لازم می داند، در ادامه بلوغ هم آن را لازم می داند در حالیکه کسانی که عدالت را شرط می دانند فقط در شروع بلوغ، آن را لازم می دانند و در ادامه لازم نمی دانند اما توجیهی برای این تفکیک وجود ندارد.]

(وَيُخْتَبَرُ) مَنْ يُرَادُ مَعْرِفَةً رُشِدِهِ (بِمَا يُلَائِمُهُ) مِنَ التَّصَرُّفَاتِ وَالْأَعْمَالِ، لِيُظْهَرَ اتِّصَافُهُ بِالْمَلَكَةِ، وَعَدَمُهُ، فَمَنْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ التُّجَّارِ فُوضَ إِلَيْهِ الْبَيْعُ وَالشَّرَاءُ، بِمَعْنَى مُمَا كَسْتِهِ فِيهِمَا عَلَى وَجْهِهَا، وَيُرَاعَى إِلَى أَنْ يُبَيِّنَ مُسَاوَمَتَهُ ثُمَّ يَتَوَلَّاهُ الْوَالِيُّ إِنْ شَاءَ، فَإِذَا تَكَرَّرَ مِنْهُ ذَلِكَ، وَسَلِمَ مِنَ الْعَبْنِ وَالتَّضْيِيعِ فِي غَيْرِ وَجْهِ فَهُوَ رَشِيدٌ.

وَإِنْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ مَنْ يُضَانُ عَنْ ذَلِكَ اخْتَبِرَ بِمَا يُنَاسِبُ حَالَ أَهْلِهِ، إِمَّا بِأَنْ يُسَلَّمَ إِلَيْهِ نَفَقَةٌ مُدَّةً لِيُنْفِقَهَا فِي مَصَالِحِهِ أَوْ مَوَاضِعِهَا الَّتِي عُيِّنَتْ لَهُ، أَوْ بِأَنْ يَسْتَوْفِيَ الْحِسَابَ عَلَى مُعَامِلِيهِمْ، أَوْ نَحْوِ

ذَلِكَ، فَإِنْ وَفَى بِالْأَفْعَالِ الْمُلَائِمَةِ فَهُوَ رَشِيدٌ. وَ مِنْ تَضْيِيعِهِ إِنْفَاقُهُ فِي الْمَحَرَّمَاتِ وَالْأَطْعِمَةِ النَّفِيسَةِ الَّتِي لَا تَلْبِقُ بِحَالِهِ، بِحَسَبِ وَقْتِهِ وَ بَلَدِهِ وَ شَرَفِهِ وَضَعْتِهِ، وَ الْأَمْتِعَةِ وَ اللَّيَاسِ كَذَلِكَ.

وَ أَمَّا صَرْفُهُ فِي وُجُوهِ الْخَيْرِ مِنَ الصَّدَقَاتِ، وَ بِنَاءِ الْمَسَاجِدِ، وَ إِفْرَاءِ الضَّيْفِ فَالْأَفْوَى أَنَّهُ غَيْرُ قَادِحٍ مُطْلَقاً، إِذْ لَا سَرْفَ فِي الْخَيْرِ، كَمَا لَا خَيْرَ فِي السَّرْفِ.

و شخصی که شناخت رشد او مورد نظر است از طریق تصرفات و اعمالی که شایسته اوست مورد آزمایش قرار می گیرد تا مشخص شود که دارای ملکه می باشد یا

خیر؛ بنابراین چنانچه فرزند تاجر باشد، امر خرید و فروش به او واگذار می‌شود یعنی به شکلی که در خرید و فروش متعارف است، دقت در خرید و فروش می‌کند و تحت نظر قرار می‌گیرد تا مساومه [و گفتگوهای مقدماتی معامله] را به پایان برساند و سپس ولی او اگر بخواهد، انجام معامله را برعهده می‌گیرد. اگر شخص مورد آزمایش، این دقت نظر را تکرار کند و مغیون نشود و مال را به صورت نامناسب از بین نبرد، رشید به حساب می‌آید. [خلاصه اینکه چنانچه مثلاً «الف» صغیر بوده و به سن بلوغ رسیده است و می‌خواهیم وی را آزمایش کنیم که رشید شده است یا خیر؛ چنانچه فرزند تاجر باشد، خرید یا فروش جنسی به او واگذار می‌شود که مثلاً اتومبیلی را بخرد یا بفروشد. اگر این کار را با دقت انجام دهد و معامله مناسبی انجام دهد، رشید محسوب می‌شود و هر شخصی را باید با توجه به وضعیت خاص او مورد آزمایش قرار داد] و اگر فرزند شخصی است که سروکاری با تجارت ندارد، از راهی مورد آزمایش قرار می‌گیرد که شایسته وضعیت خانواده وی باشد مانند اینکه هزینه مدتی به او داده می‌شود تا آن را برای مصلحت خود و در راههایی که برای او تعیین شده است، هزینه کند [مثلاً ده هزار تومان به او داده می‌شود تا برای مدت یک هفته، نفقه و هزینه‌های خود را از محل آن پردازد و وسایل خاصی را خریداری کند] یا نسبت به معاملات خود تسویه حساب کند و مانند آن [از کارهایی که دلالت بر رشد و کامل بودن وی دارد]. پس اگر کارهای شایسته‌ای را انجام داد [یعنی معاملات را به شکل مناسبی انجام داد و مبالغ را به نحو صحیحی، هزینه کرد] رشید به حساب می‌آید و یکی از مصادیق تضييع اموال، هزینه کردن آن در راههای حرام است [مانند اینکه پول‌ها را در راه قمار هزینه کند] یا طعام گران قیمتی را تهیه کند که مناسب وی در آن زمان و مکان و حیثیت و وضعیت او نباشد یا کالاها و لباس‌هایی را تهیه نماید که اینچنین باشد [یعنی از نظر زمانی و مکانی شایسته او نباشد مثلاً لباس‌های گران قیمتی بخرد که اشخاص سرمایه‌دار استفاده می‌کنند] اما نظریه قوی‌تر آن است که هزینه کردن مال در راههای خیر مانند دادن صدقه و ساختن مسجد و پذیرایی از میهمانان، مطلقاً لطمه‌ای نمی‌زند [یعنی این امور، خللی در رشید محسوب شدن وی وارد نمی‌کند اعم از اینکه مناسب حال وی باشد یا نباشد] زیرا در کارهای خیر، اسراف وجود ندارد همانگونه که خیری در اسراف کردن

وجود ندارد.

وَإِنْ كَانَ أَنْتَى اخْتَبَرَتْ بِمَا يُنَاسِبُهَا مِنَ الْأَعْمَالِ كَالْعَزْلِ، وَالْخِيَاطَةِ، وَشِرَاءِ الْأَيْتَامِ الْمُعْتَادَةِ لِأَمْثَالِهَا بَعِيرٍ عَيْنٍ، وَحِفْظِ مَا يَحْصُلُ فِي يَدِهَا مِنْ ذَلِكَ، وَالْمُحَافَظَةِ عَلَى أُجْرَةِ مِثْلِهَا إِنْ عَمِلَتْ لِلْغَيْرِ، وَحِفْظِ مَا تَلِيهِ مِنْ أَشْيَاءِ الْبَيْتِ، وَوَضْعِهِ عَلَى وَجْهِهِ، وَصَوْنِ أَطْعَمَتِهِ الَّتِي تَحْتَ يَدِهَا عَنْ مِثْلِ الْهَرَّةِ وَالْفَأْرَةِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ، فَإِذَا تَكَرَّرَ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الْمَلَكََةِ تَبَتَّ الرُّشْدُ، وَالْإِفْلَاحُ. وَلَا يَفْدَحُ فِيهَا وَقُوعٌ مَا يُنَافِيهَا نَادِرًا مِنَ الْعَلَطِ وَالْإِنْخِدَاعِ فِي بَعْضِ الْأَخْيَانِ، لِقُوعِهِ كَثِيرًا مِنَ الْكَاْمِلِينَ. وَوَقْتُ الْإِخْتِبَارِ قَبْلَ الْبُلُوغِ، عَمَلًا بِظَاهِرِ الْآيَةِ.

اگر [شخصی که مورد آزمایش قرار می‌گیرد] زن باشد با کارهایی که مناسب و شایسته اوست، آزمایش می‌شود مانند رسیدگی، خیاطی و خریدن وسایلی که برای زنان، متعارف است بدون اینکه مغبون شود و نگهداری از این اموال که در دسترس او قرار می‌گیرد و محافظت از اجرت کارهایی که برای دیگران انجام می‌دهد [یعنی مراقبت نماید اجرتی که به وی داده می‌شود کمتر از ارزش کارش نباشد] و نگهداری وسایل خانه که در اختیار اوست و بکارگیری آنها بگونه‌ای که شایسته است و ایمن نگه داشتن غذاهایی که در دسترس اوست از امثال گربه و موش و نظایر آن؛ پس وقتی این کارها به صورت ملکه تکرار شد [یعنی به شکل عادت درآید] رشید بودن شخص ثابت می‌شود و گرنه [یعنی اگر به شکل عادت درنیاید] رشید بودن ثابت نمی‌شود و اگر عملی که منافات با ملکه [و اعمال یاد شده] دارد به صورت اتفاقی رخ دهد، ضرری بر [این اعمال و] حصول ملکه وارد نمی‌کند مانند اشتباه و فریبی که گاهی صورت می‌گیرد زیرا این موارد در خصوص اشخاص کامل نیز به صورت زیادی رخ می‌دهد [یعنی اشخاص بالغ و رشید هم ممکن است در مواردی فریب بخورند یا اشتباه کنند] و زمان آزمایش قبل از بلوغ است بخاطر عمل کردن به ظاهر آیه [و ابتکوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح ... که آزمایش را قبل از بلوغ دانسته است].

(وَيُتَبَّتُ الرُّشْدُ) لِمَنْ لَمْ يُخْتَبَرْ (بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ فِي النِّسَاءِ لَا غَيْرٍ) لِسَهْوَلَةِ إِطْلَاعِهِنَّ عَلَيْهِنَّ غَالِبًا، عَكْسَ الرِّجَالِ (وَبِشَهَادَةِ الرِّجَالِ مُطْلَقًا) ذَكَرَ أَنَّ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ، أُمَّ أَنْثَى، لِأَنَّ شَهَادَةَ الرِّجَالِ غَيْرُ مُقَيَّدَةٍ. وَالْمُعْتَبَرُ فِي شَهَادَةِ الرِّجَالِ اثْنَانِ، وَفِي النِّسَاءِ أَرْبَعٌ، وَيُتَبَّتُ

رُشِدُ الْأُنْثَى بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ أَيْضاً، وَبِشَهَادَةِ أَرْبَعِ خَنَائِي.

و رشد شخصی که مورد آزمایش قرار نگرفته است با شهادت زنان در مورد زنان، ثابت می‌شود اما در مورد غیرزنان ثابت نمی‌شود [یعنی رشد زن را با شهادت زن می‌توان اثبات کرد اما رشد مرد را نمی‌توان با شهادت زن ثابت نمود] زیرا غالباً اطلاع زنان نسبت به زنان، آسان است برعکس مردان [یعنی زنان به آسانی نمی‌توانند اطلاعات مربوط به مردان را بدست آورند. همچنین رشد] با شهادت مردان، مطلقاً ثابت می‌باشد اعم از اینکه شخصی که نسبت به وی شهادت داده می‌شود، مرد باشد یا زن باشد زیرا شهادت مردان، مقید به این نیست [که شخص موضوع شهادت، مرد باشد] و تعداد شاهدان در شهادت مردان، دو نفر و در شهادت زنان، چهار نفر است و رشد زن با شهادت یک مرد و دو زن و شهادت چهار خنثی نیز ثابت می‌شود.

(و لَا يَصِحُّ إِقْرَارُ السَّفِيهِ بِمَالٍ) وَ يَصِحُّ بَعِيْرِهِ كَالنَّسَبِ وَ إِنِ أَوْجَبَ النَّفَقَةَ، وَ فِي الْأِنْفَاقِ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ أَوْ بَيْتِ الْمَالِ قَوْلَانِ، أَجُودُهُمَا الثَّانِي وَ كَالْإِقْرَارِ بِالْجَنَائِيَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْقَضَايِ وَ إِنِ كَانَ نَفْساً، (وَ لَا تَصْرُفُهُ فِي الْمَالِ) وَ إِنِ نَاسَبَ أَعْمَالِ الْعُقَلَاءِ، وَ يَصِحُّ تَصْرُفُهُ فِيمَا لَا يَتَضَمَّنُ إِخْرَاجَ الْمَالِ كَالطَّلَاقِ، وَ الظَّهَارِ وَ الْخُلْعِ. (وَ لَا يُسَلِّمُ عَوْضُ الْخُلْعِ إِلَيْهِ) لِأَنَّهُ تَصْرُفٌ مَالِيٌّ مَمْنُوعٌ مِنْهُ.

اقرار شخص سفیه به مال، صحیح نیست و به غیرمال مانند نسب، صحیح است هر چند مستلزم پرداخت نفقه باشد [بنابراین شخص سفیه حق ندارد اقرار کند که مبلغی را به دیگری بدهکار است اما می‌تواند اقرار کند که «الف» فرزند اوست هر چند لازمه این اقرار، پرداخت هزینه و دادن مال به مقرله است] و در مورد اینکه نفقه چنین شخصی [که سفیه به نفع او اقرار کرده است] از مال سفیه پرداخته می‌شود یا بیت‌المال آن را می‌دهد، دو نظریه وجود دارد و نظریه دوم، بهتر است. و مانند اقرار به جنایتی که موجب قصاص است هر چند قصاص نفس باشد [یعنی اقرار به جنایت هم مانند اقرار به نسب، صحیح است هر چند اقرار به قتل عمد یا جراحت عمدی باشد] و تصرف شخص سفیه در اموالش صحیح نیست هر چند مانند تصرفات اشخاص عاقل [و رشید] باشد [مانند اینکه اتومبیل خود را به بهای مناسبی بفروشد یا خانه‌ای را به بهای ارزانی بخرد اما بازهم این تصرفات و اعمال، صحیح نیست] و تصرفات سفیه که مستلزم

خارج کردن مالی نباشد، صحیح است مانند طلاق وظهار و خلع [اما اگر این تصرفات مستلزم خارج کردن مال باشد صحیح نخواهد بود مثلاً اگر شخص سفیه، مهریه همسرش را بدهکار نباشد و او را طلاق بدهد، طلاقش صحیح است اما اگر همراه با طلاق، مهریه را هم بپردازد طلاقش صحیح نیست] و عوض خلع به سفیه داده نمی‌شود زیرا قبول عوض، یک تصرف مالی است که ممنوع می‌باشد [یعنی اگر شوهری که سفیه است، همسر خود را در مقابل مالی، طلاق خلع بدهد آن مال را به سفیه نمی‌دهند زیرا عقد خلع، یک عقد مالی است و اقدام شوهر برای طلاق دادن در مقابل عوض و قبول کردن عوض، تصرف مالی به حساب می‌آید].

(وَيَجُوزُ أَنْ يَتَوَكَّلَ لِغَيْرِهِ فِي سَائِرِ الْعُقُودِ) أَي: فِي جَمِيعِهَا. وَإِنْ كَانَ قَدْ ضَعَّفَ إِطْلَاقَهُ عَلَيْهِ بَعْضُ أَهْلِ الْعَرَبِيَّةِ، حَتَّى عَدَّهُ فِي «دَرَّةِ الْغَوَاصِ» مِنْ أَوْهَامِ الْخَوَاصِّ، وَجَعَلَهُ مُخْتَصَّاً بِالْبَاقِي أَخْذاً لَهُ مِنَ السُّورِ وَهُوَ الْبَقِيَّةُ، وَعَلَيْهِ جَاءَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِابْنِ غِيلَانَ لَمَّا أَسْلَمَ عَلَيَّ عَشْرَ نِسْوَةٍ: «أَمْسِكْ عَلَيْكَ أَرْبَعًا، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ»، لَكِنَّ قَدْ أَجَازَهُ بَعْضُهُمْ. وَإِنَّمَا جَازَ تَوَكُّلَ غَيْرِهِ لَهُ، لِأَنَّ لَيْسَتْ مَسْلُوبَةً مُطْلَقًا، بَلْ مِمَّا يَفْتَضِي التَّصَرُّفَ فِي مَالِهِ.

جایز است که شخص سفیه در سایر عقود یعنی کلیه عقود، وکالت دیگری را برعهده بگیرد [اعم از اینکه عقد مالی باشد یا غیرمالی باشد] اگر چه گروهی از لغت‌شناسان عربی، اطلاق واژه «سایر» بر «همه» را ضعیف دانسته‌اند حتی [مرحوم حریری] در کتاب «درة الغواص» این اطلاق را از توهمات خواص [و اشتباهات آنها] دانسته و واژه «سایر» را به معنای «باقی» می‌داند که از «سور» به معنای بقیه گرفته شده است و بر همین معنا آمده است سخن پیامبر (ص) که به ابن غیلان زمانی که مسلمان شد و نه همسر داشت، فرمود: «چهار زن را نگه دار و بقیه را رها کن» اما برخی از اهل لغت، آن را اجازه داده‌اند [یعنی اجازه داده‌اند که واژه «سایر» در معنای جمیع و همه بکار رود] و جواز وکالت دادن دیگران به شخص سفیه آن است که عبارت شخص سفیه بکلی بی‌اعتبار نیست [اعم از اینکه در امور مالی یا در غیرمالی باشد و اعم از اینکه برای خود یا برای دیگری باشد] بلکه فقط تصرفاتی [ممنوع است] که مستلزم تصرف در مال خودش باشد. [چون حجر سفیه، حجر حمایتی است و برای حمایت از

او، ممنوع از تصرف شده است.]

(وَيَمْتَدُّ حَجْرَ الْمَجْنُونِ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْمَالِيَّةِ وَغَيْرِهَا (حَتَّى يُفِيْقَ) وَ يَكْمُلَ عَقْلَهُ
وَالْوَلَايَةَ فِي مَالِهَا) أَي: الصَّغِيرِ وَ الْمَجْنُونِ (لِلْأَبِ وَ الْجَدِّ) لَهُ وَ إِنْ عَلَا (فِي شَتْرِكَانِ
فِي الْوَلَايَةِ) لَوْ اجْتَمَعَا، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَمْرٍ نَقَدَّ، وَ إِنْ تَعَارَظَا قَدَّمَ عَقْدَ السَّابِقِ فَإِنْ اتَّفَقَا
فَفِي بَطْلَانِهِ، أَوْ تَرْجِيحِ الْأَبِ، أَوْ الْجَدِّ أَوْجُهُ، (ثُمَّ الْوَصِيِّ) لِأَحَدِهِمَا مَعَ فَقْدِهِمَا (ثُمَّ
الْحَاكِمِ) مَعَ فَقْدِ الْوَصِيِّ.

محجور بودن [و ممنوع بودن] شخص مجنون در تصرفات مالی و غیر مالی وی،
ادامه می یابد تا زمانی که افاقه پیدا کند [یعنی جنون وی زایل شود] و عقلش کامل گردد
و ولایت در مال صغیر و مجنون، برای پدر و جد پدری است هر چقدر که بالا رود
[یعنی اداره اموال صغیر و مجنون برعهده پدر و جد پدری است و اگر جد پدری نبود،
جد جد و ...] پس اگر [شخص محجور، پدر و جد پدری داشته باشد و] باهم جمع شده
باشند به صورت مشترک، ولایت دارند [یعنی هر دو می توانند در اداره اموال محجور،
دخالت نمایند] پس اگر نسبت به موضوعی اتفاق نظر پیدا کنند، معتبر است [یعنی
براساس اتفاق نظر آنها عمل می شوند مانند اینکه پدر و جد پدری اتفاق نظر داشته
باشند که باید فلان ملک متعلق به محجور، فروخته شود] و اگر اختلاف نظر پیدا کنند،
قرارداد شخصی مقدم می شود که زودتر اقدام کرده است [مثلاً اگر پدر، مال محجور را
روز شنبه و پدر بزرگ، روز یکشنبه فروخت، عقد پدر صحیح است و عقد پدر بزرگ،
باطل می باشد] پس اگر همزمان شد [مثلاً هر دو ساعت یازده روز شنبه، خانه را
فروختند] در اینکه عقد باطل است [یعنی هر دو عقد باطل است] یا عقد پدر صحیح
است یا عقد پدر بزرگ صحیح می باشد، چند احتمال وجود دارد. پس وصی پدر یا
جد پدری [ولایت در اموال را برعهده می گیرد] اگر پدر و جد پدری، وجود نداشته
باشند و سپس حاکم [عهده دار ولایت می شود] اگر وصی وجود نداشته باشد.

(وَالْوَلَايَةُ فِي مَالِ السَّفِيهِ الَّذِي لَمْ يَسْبِقْ رُشْدُهُ كَذَلِكَ) لِلْأَبِ وَ الْجَدِّ إِلَى آخِرِ مَا
ذُكِرَ، عَمَلًا بِالْإِسْتِضْحَابِ (فَإِنْ سَبَقَ) رُشْدُهُ وَازْتَفَعَ الْحَجْرُ عَنْهُ بِالْبُلُوغِ مَعَهُ ثُمَّ لِحَقَّةِ السَّفَةِ
(فَلِلْحَاكِمِ) الْوَلَايَةُ دُونَهُمْ لِإِزْتِفَاعِ الْوَلَايَةِ عَنْهُ بِالرُّشْدِ فَلَا تَعَوُّدُ إِلَيْهِمْ إِلَّا بِدَلِيلٍ، وَ هُوَ مُتَنَفِّ،
وَ الْحَاكِمِ وَلِيُّ غَاثٍ لَا يَخْتَانُجُ إِلَى دَلِيلٍ وَ إِنْ تَخَلَّفَ فِي بَعْضِ الْمَوَارِدِ. وَ قِيلَ: الْوَلَايَةُ فِي مَالِهِ

لِلْحَاكِمِ مُطْلَقاً، لِظُهُورِ تَوَقُّفِ الْحَجْرِ عَلَيْهِ، وَ رَفْعِهِ عَلَى حُكْمِهِ فِي كَوْنِ النَّظَرِ إِلَيْهِ.

ولایت در مال سفیهی که قبلاً رشید نشده است همچنین برعهده پدر و جدپدری و تمام کسانی است که گفته شد [منظور از سفیهی که سابقه رشید بودن ندارد، شخصی است که در زمان بلوغ، سفیه بوده و این سفاهت کماکان ادامه داشته است و بگونه‌ای نبوده که شخص برای مدتی عاقل گردیده و دوباره سفیه شود، ولایت بر چنین شخصی به ترتیب برعهده پدر و جد، وصی و حاکم است و دلیل ولایت این اشخاص] بخاطر عمل کردن به استصحاب است [یعنی وقتی در ولایت پدر و جدپدری و دیگران شک می‌کنیم اصل بر آن است که ولایت ایشان باقی باشد] پس اگر شخص محجور، قبلاً رشید شده باشد و با بالغ و رشید شدن، حجر او برطرف شده باشد و دوباره سفیه شود، حاکم بر او ولایت پیدا می‌کند و دیگران ولایتی ندارند زیرا ولایت از شخص محجور با رشید شدن، برداشته شد و این ولایت دوباره به پدر و جد و وصی بر نمی‌گردد مگر اینکه دلیلی وجود داشته باشد حال آنکه چنین دلیلی وجود ندارد و حاکم، ولی عام است که نیازی به دلیل ندارد هر چند در پاره‌ای موارد، ولایت حاکم از بین می‌رود [مانند مواردی که ولایت پدر و جدپدری و وصی با دلیل خاص، برقرار شده است. خلاصه اینکه اگر «الف» در زمانی که بالغ می‌شود کماکان سفیه باشد و رشید نشود تا وقتی که سفیه است، پدر و جدپدری یا وصی بر او ولایت دارند و اگر در زمان بلوغ، رشید شد و برای مدت یک سال هم رشید بود و دوباره مجنون گردید، حاکم ولی او خواهد بود زیرا وقتی سفیه، بالغ و رشید شد، ولایت پدر و جد یا وصی، زایل می‌شود و اگر این شخص دوباره سفیه شود بازگشت ولایت پدر، نیاز به دلیل دارد و چنین دلیلی وجود ندارد اما ولایت حاکم نیاز به دلیل ندارد زیرا ولایت حاکم، عام است و حاکم ولی هر کسی است که ولی ندارد.] و یک دیدگاه آن است که حاکم مطلقاً ولایت در مال محجور دارد [اعم از اینکه قبلاً رشید شده باشد یا رشید نشده باشد] چون حکم به محجوریت و رفع حجر، متوقف بر حکم حاکم است تا در آن نظر کند [یعنی وقتی اصل محجور کردن و رفع حجر، متوقف بر حکم حاکم باشد پس ولایت در امور محجور نیز به طریق اولی برعهده حاکم خواهد بود]

(وَالْمَرِيضُ مَمْنُوعٌ مِّمَّا زَادَ عَنِ الثَّلَاثِ) إِذَا تَبَرَّعَ بِهِ، أَمَّا لَوْ غَاوَضَ عَلَيْهِ بِتَمَنٍ مِثْلِهِ

نَفَدًا، (وَإِنْ نَجَزَ) مَا تَبَرَّعَ بِهِ فِي مَرَضِهِ بِأَنْ وَهَبَهُ، أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ، أَوْ خَابَىٰ بِهِ فِي بَيْعٍ، أَوْ اجَارَةَ (عَلَى الْأَقْوَىٰ)، لِلْأَخْبَارِ الْكَثِيرَةِ الدَّالَّةِ عَلَيْهِ مُنْطَوِقًا وَ مَفْهُومًا وَقِيلَ: يَمْضِي مِنَ الْأَصْلِ، لِلْأَصْلِ، وَ عَلَيْهِ شَوَاهِدٌ مِنَ الْأَخْبَارِ.

و شخص بیمار نسبت به [تصرف در] بیشتر از یک سوم اموالش، ممنوع است هرگاه به صورت تبرعی [و مجانی] آن را انجام دهد [بنا بر این شخص بیمار حق ندارد بیشتر از یک سوم اموالش را به صورت مجانی، هبه کند] اما اگر آن را با ثمن المثل، معاوضه کند صحیح است [یعنی اگر به صورت مجانی نبوده و عوض مناسبی بگیرد، تصرفات صحیح است هر چند در حال بیماری باشد] هر چند بنا بر نظریه قوی تر، تصرفات تبرعی [و مجانی] خود را در حالت بیماری به صورت منجز انجام دهد مانند اینکه مال خود را ببخشد یا وقف کند یا صدقه بدهد یا با عوض کمتری بفروشد و یا اجاره بدهد [یعنی ممنوعیت بیمار از تصرف در بیشتر از یک سوم اموال فقط منحصر در تصرفات معلق نیست که اجرای آن معلق بر فوت وی باشد مانند وصیت بلکه بنا بر نظریه قوی تر شامل تصرفات منجز و قطعی هم می شود مشروط بر اینکه تبرعی و مجانی باشد. علت محجور بودن بیمار از تصرفات بیش از یک سوم [بخاطر روایات فروانی است که از نظر منطوقی و مفهومی، دلالت بر این ممنوعیت دارند و یک دیدگاه هم آن است که [منجزات مریض] از اصل مال وی محسوب می شود [نه از ثلث آن] بخاطر اصل [سلطه هرکس در مال خود] و شواهدی از روایات هم در مورد آن وجود دارد. [در مورد منجزات مریض دو دیدگاه وجود دارد؛ یک دیدگاه آن است که این تصرفات تا یک سوم اموال، صحیح است و یک دیدگاه آن است که در تمام اموال صحیح است زیرا اصل بر آن است که هرکسی اختیار اموال خود را دارد و می تواند در آنها هرگونه تصرفی بنماید. اما اینکه فرمود، شواهدی از روایات بر آن وجود دارد، دلیلش آن است که این روایات بقدری قوی نیستند که دلیل محسوب شوند بلکه شاهد و اماره به حساب می آیند.]

(وَ يَتَّبِعُ الْحَجْرُ عَلَى السَّفِيهِ بظُهُورِ سَفَاهِهِ، وَإِنْ لَمْ يَحْكَمْ الْحَاكِمُ بِهِ) لِأَنَّ الْمُقْتَضِي لَهُ هُوَ السَّفَهُ، فَيَجِبُ تَحَقُّقُهُ بِتَحَقُّقِهِ وَ لِظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا﴾ حَيْثُ أُثْبِتَ عَلَيْهِ الْوَلَايَةُ بِمَجْرَدِهِ.

(وَ لَا يَزُولُ) الْحَجْرُ عَنْهُ (إِلَّا بِحُكْمِهِ) لِأَنَّ زَوَالَ السَّفَاهَةِ يَفْتَقِرُ إِلَى الْإِجْتِهَادِ وَ قِيَامِ

الْأَمَارَاتِ، لِأَنَّهُ أَمْرٌ خَفِيٌّ فَيُنَاطُ بِنَظَرِ الْحَاكِمِ.

وَقِيلَ: يَتَوَقَّفَانِ عَلَى حُكْمِهِ لِذَلِكَ. وَقِيلَ: لَا فِيهِمَا، وَهُوَ الْأَقْوَى، لِأَنَّ الْمُفْتَضِيَّ لِلْحَجَرِ هُوَ السَّفَهَةُ فَيَجِبُ أَنْ يُثَبَّتَ بِثُبُوتِهِ وَبِزَوَالِ بَرِّوَالِهِ، وَظَاهِرُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَنْسَلْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ حَيْثُ عَلَّقَ الْأَمْرَ بِالذَّفْعِ عَلَى إِيْنَسِ الرُّشْدِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى أَمْرٍ آخَرَ.

محجور شدن شخص سفیه با آشکار شدن سفاهت در وی، ثابت می شود هر چند حاکم، حکم به حجر نداده باشد زیرا سفاهت، سبب و علت محجوریت است پس با بوجود آمدن سفاهت، محجوریت نیز بوجود می آید [یعنی میان سفاهت و محجوریت، رابطه سببیت وجود دارد بگونه ای که هرگاه شخصی سفیه شود خود بخود محجور می شود بدون اینکه نیاز به امر دیگری همچون حکم حاکم باشد.] و بخاطر ظاهر آیه قرآن که می فرماید: «پس اگر کسی که حق برعهده اوست، سفیه باشد» زیرا ولایت بر سفیه را به محض سفاهت او برقرار داشته است [یعنی دلیل دوم برای اینکه محجوریت سفیه نیاز به حکم حاکم ندارد، آن است که آیه قرآن نیز صرف سفاهت را برای تحت ولایت قرار دادن وی کافی دانسته است بدون اینکه نیازی به حکم حاکم باشد.] اما زایل شدن محجوریت از شخص محجور نیاز به حکم حاکم دارد زیرا برطرف شدن سفاهت نیازمند اجتهاد [و بررسی] و بوجود آمدن نشانه ها [ی رفع محجوریت] است چرا که سفاهت یک امر مخفی [و غیرروشن] است که منوط به نظر حاکم است [یعنی برطرف شدن سفاهت، یک امر تخصصی است که در آن اختلاف نظر وجود دارد و نیازمند بررسی و دقت نظر است.] و یک دیدگاه آن است که محجور کردن و رفع حجر، نیازمند حکم حاکم است به همین دلیل [که سفاهت یک امر مخفی و اختلافی است پس وجود و عدم آن نیاز به اجتهاد و بررسی و حکم حاکم دارد و نمی توان گفت که محجور کردن نیاز به حکم ندارد اما رفع حجر نیاز به آن دارد.] و یک دیدگاه آن است که محجور کردن و رفع حجر، نیازی به حکم حاکم ندارد و این دیدگاه، قوی تر است زیرا سفاهت، مقتضی [و علت] محجوریت است پس با وجود سفاهت، محجوریت هم ثابت می شود و با زوال سفاهت، محجوریت نیز زایل می گردد و بخاطر ظاهر آیه قرآن که می فرماید: «اگر رشد آنها را احراز کردید، اموالشان را تحویل ایشان

بدهید» زیرا دستور به تحویل اموال را منوط به تحقق رشد کرده است و متوقف بر امر دیگری نیست. [اگر تحویل اموال متوقف بر امر دیگری غیر از رشد می بود باید آن را بیان می کرد و گرنه تأخیر بیان از دقت حاجت، لازم می آید.]

(وَلَوْ غَامَلَهُ الْعَالِمُ بِحَالِهِ اسْتَعَادَ مَالَهُ) مَعَ وُجُودِهِ، لِيُطْلَانَ الْمُعَامَلَةَ (فَإِنْ تَلَفَ فَلَا ضَمَانَ) لِأَنَّ الْمُعَامِلَ قَدْ ضَيَعَ مَالَهُ بِيَدِهِ، حَيْثُ سَلَّمَهُ إِلَى مَنْ نَهَى اللَّهُ تَعَالَى عَنْ إِيْتَائِهِ. وَلَوْ كَانَ جَاهِلًا بِحَالِهِ فَلَهُ الرَّجُوعُ مُطْلَقًا، لِعَدَمِ تَقْصِيرِهِ. وَقِيلَ: لَا ضَمَانَ مَعَ التَّلَفِ مُطْلَقًا، لِتَقْصِيرِ مَنْ غَامَلَ قَبْلَ اخْتِبَارِهِ. وَفَصَّلَ ثَالِثٌ: فَحَكَّمَ بِذَلِكَ مَعَ قَبْضِ السَّفِيهِ الْمَالَ بِإِذْنِ مَالِكِهِ وَ لَوْ كَانَ يَغْيِرُ إِذْنَهُ ضَمَنَهُ مُطْلَقًا، لِأَنَّ الْمُعَامَلَةَ الْفَاسِدَةَ لَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهَا حُكْمٌ فَيَكُونُ قَابِضًا لِلْمَالِ بَغَيْرِ إِذْنٍ، فَيَضْمَنُهُ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ مَالًا، أَوْ غَضَبَهُ بَغَيْرِ إِذْنِ مَالِكِهِ، وَ هُوَ حَسَنٌ.

(وَ فِي إِيدَاعِهِ أَوْ إِعَارَتِهِ، أَوْ إِجَارَتِهِ فَيُتْلَفُ الْعَيْنَ نَظَرًا) مِنْ تَقْرِيطِهِ بِتَسْلِيمِهِ وَ قَدْ نَهَى اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ بِقَوْلِهِ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَلْقَى مَالَهُ فِي الْبَحْرِ، وَ مِنْ عَدَمِ تَسْلِيْطِهِ عَلَى الْإِثْلَافِ، لِأَنَّ الْمَالَ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ أَمَانَةٌ يَجِبُ حِفْظُهُ، وَ الْإِثْلَافُ حَصَلَ مِنَ السَّفِيهِ بَغَيْرِ إِذْنٍ فَيَضْمَنُهُ كَالْغَضَبِ، وَ الْحَالُ أَنَّهُ بِالْعِاقِلِ، وَ هَذَا هُوَ الْأَقْوَى.

و اگر شخصی که نسبت به وضعیّت شخص محجور، آگاهی دارد معامله ای با وی انجام دهد باید مال خود را اگر وجود دارد پس بگیرد چون معامله، باطل است پس اگر شخص محجور، مال را تلف کند ضامن نیست زیرا طرف معامله، مالش را به دست خودش تلف کرده است چرا که مال را تحویل شخصی داده است که خداوند تحویل مال به او را نهی کرده است [و این در صورتی است که نهی از چیزی را موجب فساد منهی عنه بدانیم در حالیکه عده ای میان نهی و ضمانت، ملازمه ای نمی دانند] و اگر طرف معامله نسبت به وضعیّت شخص محجور، آگاهی نداشته باشد، حق دارد مطلقاً به محجور مراجعه کند [یعنی اعم از اینکه مال تلف شده باشد یا تلف نشده باشد، شخص محجور ضامن است] و یک دیدگاه آن است که اگر مال، تلف شده باشد مطلقاً ضمانتی وجود ندارد [یعنی محجور ضامن نیست اعم از اینکه معامله کننده، وضعیّت محجور را بداند یا نداند] زیرا شخصی که با محجور معامله کرده است تقصیر نموده و

قبل از امتحان وی [با او معامله کرده است] و دیدگاه سومی، قایل به تفصیل شده و حکم به عدم ضمان کرده است اگر شخص سفیه، مال را با اذن مالکش گرفته باشد [اعم از اینکه عالم باشد یا نباشد] و حکم به ضمان کرده است اگر شخص سفیه، مال را بدون اذن مالکش گرفته باشد [اعم از اینکه طرف معامله، نسبت به وضعیت محجور، آگاهی داشته باشد یا خیر و اعم از اینکه مال، تلف شده باشد یا خیر. علت نظریه تفصیلی] بخاطر آن است که حکم [و اثری] بر معامله فاسد، مترتب نمی‌شود پس شخص محجور، مال را بدون اجازه قبض کرده است و ضامن آن است مانند جایی است که شخصی، مال دیگری را بدون اجازه مالکش تلف نماید یا غصب کند و این نظریه، نیکوست. [دلیل‌های دیگری هم نظریه سوم را تأیید می‌کند مانند روایتی که می‌فرماید: «علی الید ما اخذت حتی تودیة» و قاعده‌ای که می‌گوید هر عقدی صحیح آن ضمان آور باشد، فاسد آن هم ضمان آور است.] و اگر مالی نزد محجور، به ودیعه یا عاریه گذاشته شده یا اجاره داده شود و شخص محجور، مال را تلف کند [در مورد ضامن بودن یا ضامن نبودن شخص محجور] اختلاف نظر وجود دارد. [دلیل عدم ضمانت شخص محجور] بخاطر آن است که با تحویل مال خود به شخص محجور، کوتاهی کرده است در حالی که خداوند، چنین عملی را نهی کرده و می‌فرماید: «اموال خودتان را به اشخاص سفیه ندهید [آیه چهارم سوره نساء] پس [تحویل مال به شخص سفیه] به منزله کسی است که مال خود را در دریا می‌اندازد. [خلاصه اینکه صاحب مال، خودش تقصیر کرده و زمینه تلف کردن مالش را فراهم کرده است. و اما دلیل کسانی که شخص محجور را ضامن می‌دانند] بخاطر آن است که [طرف معامله با تحویل مال به شخص محجور] او را مسلط بر تلف کردن مال نکرده است چون مال در چنین مواردی، امانت است و حفظ آن واجب می‌باشد و شخص سفیه، مال را بدون اذن [مالک آن] تلف کرده است پس مانند غصب، ضامن آن است [یعنی همانگونه که اگر شخص محجور، مالی را غصب کند ضامن آن است پس اگر مالی را تلف نماید باز هم ضامن آن است] در حالیکه شخص محجور، بالغ و عاقل است و این نظریه، قوی‌تر است.

(وَلَا يَرْتَفِعُ الْحَجْرُ عَنْهُ بِبُلُوغِهِ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً) إِجْمَاعًا مِنَّا لِوُجُودِ الْمُتَضَيِّ

لِلْحَجْرِ، وَ عَدَمِ صِلَاحِيَّةِ هَذَا السَّنِّ لِرَفْعِهِ. وَ تَبَّهَ بِذَلِكَ عَلَى خِلَافِ بَعْضِ الْعَامَّةِ، حَيْثُ زَعَمَ أَنَّهُ مَتَى بَلَغَ خَمْسًا وَ عَشْرِينَ سَنَةً يُفَكُّ حَجْرُهُ بِهِ وَإِنْ كَانَ سَفِيهًا.

بر اساس اجماع فقهای شیعه با رسیدن شخص محجور به بیست و پنج سالگی، از وی رفع محجوریت نمی شود زیرا مقتضی [و علت] محجوریت وجود دارد [که همان سفاقت است] و این سن، صلاحیت ندارد که محجوریت را زایل کند [پس اگر در بقاء یا زوال محجوریت، شک کنیم، اصل استصحاب بقای محجوریت جاری می شود تا زمانی که دلیلی بر رفع محجوریت پیدا شود که همان آزمایش است] و با این سخن [که محجوریت با رسیدن به سن بیست و پنج سالگی برطرف نمی شود] اشاره به نظر مخالف برخی از اهل سنت نمود که گمان کرده است هرگاه محجور به سن ۲۵ سالگی برسد از محجوریت خارج می شود هر چند سفیه باشد [صاحب این نظریه، ابوحنیفه است که در صفحه ۴۱۱ جلد ۴ کتاب المغنی بیان شده است].

(وَلَا يُنْعَمُ مِنَ الْحَجِّ الْوَاجِبِ مُطْلَقًا)، سِوَاءَ زَادَتْ نَفَقَتُهُ عَنِ نَفَقَةِ الْحَضَرِ أَمْ لَا، وَ سِوَاءَ وَجَبَ بِالْأَصْلِ أَمْ بِالْغَارِضِ كَالْمُنْدُورِ قَبْلَ السَّفَةِ، لِتَعْيِينِهِ عَلَيْهِ، وَ لَكِنْ لَا يُسَلَّمُ التَّفَقُّةَ، بَلْ يَتَوَلَّاهَا الْوَلِيُّ أَوْ وَكِيْلُهُ، (وَلَا) مِنَ الْحَجِّ (الْمُنْدُوبِ إِذَا اسْتَوَتْ نَفَقَتُهُ) حَضْرًا وَ سَفْرًا، وَ فِي حُكْمِ اسْتِوَاءِ التَّفَقُّةِ مَا لَوْ تَمَكَّنَ فِي السَّفَرِ مِنْ كَسْبٍ يَجْزِي الزَّائِدَ بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُ فِعْلُهُ فِي الْحَضَرِ.

(وَتَتَعَدُّ يَمِينُهُ) لَوْ حَلَفَ (وَ يَكْفَرُ بِالصَّوْمِ) لَوْ حَنَثَ، لِمَنْعِهِ مِنَ التَّصَرُّفِ الْمَالِيِّ، وَ مِثْلُهُ الْعَهْدُ وَ النَّذْرُ، وَ إِنَّمَا يُنْعَقَدُ ذَلِكَ حَيْثُ لَا يَكُونُ مُتَعَلِّقُهُ الْمَالُ لِيُمْكِنَ الْحُكْمُ بِالصَّحَّةِ، فَلَوْ حَلَفَ أَوْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالٍ لَمْ يُنْعَقَدْ نَذْرُهُ، لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ مَالِيًّا هَذَا مَعَ تَعْيِينِهِ، أَمَا لَوْ كَانَ مُطْلَقًا لَمْ يُعْتَدَ أَنْ يُرَاعَى فِي أَنْفَازِهِ الرُّشْدُ.

(وَلَهُ الْعَفْوُ عَنِ الْقِضَاصِ)، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِيٍّ، (لَا الدِّيَّةَ)، لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ مَالِيًّا، وَ لَهُ الصَّلْحُ عَنِ الْقِضَاصِ عَلَى مَالٍ، لَكِنْ لَا يُسَلَّمُ إِلَيْهِ.

شخص محجور از انجام حج واجب مطلقاً ممنوع نیست اعم از اینکه نفقه او هزینه [حج او بیشتر از نفقه جاری [و در غیر مسافرت] باشد یا کمتر باشد و اعم از اینکه حج، واجب اصلی باشد یا واجب عارضی باشد مانند اینکه شخص محجور، قبل از محجور شدن آن را نذر کرده باشد چون بر او واجب تعیینی است اما نفقه او

هزینه حج [تحويل وی نمی شود بلکه ولی یا وکیل او، عهده دار پرداخت هزینه هاست و نیز [شخص محجور] ممنوع از حج مستحبی نیست مشروط بر اینکه نفقه حج مساوی با نفقه او در سفر و غیرسفر باشد و به منزله مساوی بودن نفقه است، صورتی که شخص محجور بتواند در سفر، کسب درآمدی کند که جبران مقدار زائد را بنماید بگونه ای که کسب آن درآمد در غیرسفر، امکان نداشته باشد [شخص سفیه در واجبات بدنی و واجبات مالی در حکم رشید است اما اداره هزینه ها برعهده ولی است و اگر هزینه های سفیه در زمان حج معادل هزینه های او در شهر خودش باشد، ضرری را بوجود نمی آورد و ولی حق اعتراض به او را ندارد.] و اگر شخص محجور، سوگند یاد کند، سوگند وی منعقد گردیده [و پذیرفته می شود] و اگر سوگندش را بشکنند از راه روزه گرفتن، کفاره آن را می دهد زیرا ممنوع از تصرف مالی است [بنابراین نمی تواند از راه طعام دادن یا برده آزاد کردن، کفاره بدهد] و انعقاد عهده و نذر نیز به منزله انعقاد سوگند است [یعنی اعتبار دارد] و اینها [یعنی عهده و نذر و سوگند] منعقد می شوند در جایی که متعلق آنها، مال نباشد تا بتوان حکم به صحّت آنها کرد پس اگر قسم بخورد یا نذر کند که مالی را صدقه بدهد، نذر او منعقد نمی شود زیرا تصرف مالی است. این مطلب [که اگر سفیه، مالی را نذر کند نذر او منعقد نمی شود، در صورتی است که] زمان آن معین باشد [یعنی مشخص کند که مال را در چه زمانی بپردازد] اما اگر به صورت مطلق باشد [یعنی زمانی را برای پرداخت مال تعیین نکرده باشد] بعید نیست که این تعهد، معلق به زمان رشد شود [یعنی اجرای تعهد منوط به زمانی می شود که شخص سفیه از محجوریت خارج شود.] و شخص محجور می تواند قصاص را مورد عفو قرار دهد چون قصاص، تصرف مالی نیست اما حق بخشیدن دیه را ندارد چون بخشیدن دیه، تصرف مالی است و شخص محجور می تواند با گرفتن مالی، قصاص را مورد مصالحه قرار دهد اما مال به وی تحويل نمی شود [از نظر مقرراتی حقوقی بد نیست مختصری در مورد حجر سخن بگوئیم: ماده ۱۲۰۷ ق.م. صغر، سفیه و جنون را اسباب حجر می داند. شخص عاقل به رشید و سفیه تقسیم می شود. ماده ۱۲۰۸ ق.م. غیررشید را کسی می داند که تصرفات او در اموال و حقوق مالی وی عقلانی نباشد. ملاک تشخیص رشد، تشخیص نفع و ضرر است. تصرف ولی قهری و وصی و قیم باید با رعایت غبطه

مولی علیه باشد. اعمال صغیر ممیز و سفیه در تملکات بلاعوض، نافذ است. بموجب نظریه ۴۶/۶/۱۸ اداره حقوقی دادگستری، ولایت قهری جزء احوال شخصیه است اما قیمومت جزء این احوال نیست. درخواست حکم حجر توسط دادستان و ذینفع صورت می‌گیرد و رسیدگی به آن تابع مقررات امور حسبی است و دادگاه نظر کارشناس را جلب کرده و حکم می‌دهد و باید تاریخ حجر در حکم مشخص شود و گرنه حکم باطل است. حکم حجر و رفع حجر باید در سجل قضایی ثبت شود. حکم حجر قابل پژوهش است. حکم حجر و رفع حجر توسط دادگاهی صادر می‌شود که برای امور قیمومت صلاحیت دارد. درخواست رفع حجر از سوی قیم یا ذینفع یا دادستان صورت می‌گیرد. دادگاه می‌تواند قبل از صدور حکم حجر، شخص را از برخی تصرفات ممنوع سازد. ملاک تشخیص سن، اوراق هویت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. اگر محجور دارای ولی یا وصی باشد دادستان و دادگاه حق دخالت در امور او را ندارند. ورشکستگی تجار تابع مقررات خاصی است و در برخی موارد از قواعد عمومی پیروی می‌کند. ماده واحده راجع به رشد متعاملین، مصوب ۱۳۱۳/۶/۱۳ مقررات خاصی را در مورد سن رشد برای انجام معاملات بیان کرده است و سن هجده سالگی اماره رشد است و عقد نکاح مستثنی می‌باشد. با توجه به اینکه حجر ناشی از وضع دماغی و روانی خاصی است و تاجر ورشکسته چنین حالتی ندارد پس محجور به معنای خاص آن نیست بلکه فقط ممنوع از تصرف می‌باشد.]

کتاب الضمان

وَالْمُرَادُ بِهِ الضَّمَانُ بِالْمَعْنَى الْأَخْصِ قَسِيمِ الْحَوَالَةِ وَ الْكِفَالَةِ، لَا الْأَعْمُ الشَّامِلُ لَهُمَا (وَ هُوَ التَّعَهُدُ بِالْمَالِ) أَيِ الْإِلتِزَامِ بِهِ (مِنَ الْبِرِّ) مِنْ مَالٍ مُنَاثِلٍ لِمَا ضَمِنَهُ لِلْمَضْمُونِ عَنْهُ. وَ بِقَيْدِ الْمَالِ خَرَجَتِ الْكِفَالَةُ، فَإِنَّهَا تَعَهُدٌ بِالنَّفْسِ، وَ بِالْبِرِّ الْحَوَالَةُ، بِنَاءً عَلَى اشْتِرَاطِهَا بِشُغْلِ ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لِلْمُحِيلِ بِمَا أَحَالَ بِهِ.

[ضمان سه معنا دارد؛ یکی، عقدی است که موضوع آن تعهد حاضر کردن دیگری در محل خاصی است که کفالت نامیده می شود و دیگری، عقدی است که بدهکار بموجب آن، طلبکار را به شخص دیگری حواله می دهد و معنای سوم، تعهد پرداخت مال از سوی غیربدهکار است که ضمان به معنای خاص بوده و موردنظر ما در اینجاست. عقد ضمان، مشروعیت خود را از آیات قرآن و روایات، بدست آورده است مانند آیه «أوفوا بالعقود» که شامل عقد ضمان نیز می شود و دیگری آیه: «و لمن جاء به حمل بعید و انابه زعیم» و مانند روایت مشهور نبوی که وقتی حضرت علی(ع) ضمانت شخص مرده ای را پذیرفت، پیامبر او را تشویق نمود. بنابراین عقد ضمان به معنای خاص آن، یکی از عقود معین شرعی است. مؤلف ابتدا به تعریف عقد ضمان پرداخته و سپس شرایط آن را بیان می کند: [منظور از عقد ضمان، ضمان به معنای اخص آن است که مقابل حواله و کفالت قرار دارد و معنای اعم ضمان [یعنی تعهد کردن] موردنظر نیست که شامل حواله و کفالت نیز می شود. بنابراین، عقد ضمان به معنای تعهد و التزام به مال از سوی شخصی است که ذمه او نسبت به مثل مالی که برای مضمون عنه، ضمانت کرده است، بری باشد. [فرض کنید «الف» یک میلیون تومان به «ب» بدهکار است و «ج» تعهد می کند این وجه را به «ب» بپردازد بدون اینکه «ج» مالی را به «الف» بدهکار باشد. تعریفی که شهید اول برای عقد ضمان بیان کرده است، دو قید دارد که این دو قید سبب می شود تعریف مزبور، اختصاص به عقد ضمان در معنای اخص آن پیدا کند؛ یکی از این

دو کلمه، واژه «مال» است و] با قید «مال» عقد کفالت خارج شد زیرا کفالت، تعهد به نفس است [یعنی وقتی موضوع عقد ضمان، دادن مال باشد پس شامل عقد کفالت نمی شود زیرا موضوع عقد کفالت، حاضر کردن شخص می باشد. کلمه دیگر، واژه «بری» می باشد و] با واژه «بری» عقد حواله از شمول این تعریف خارج شد با این فرض که در عقد حواله، شرط است که ذمه محال علیه نسبت به آنچه که حواله داده است، به محیل بدهکار باشد. [در عقد حواله عده ای عقیده دارند که محال علیه باید به محیل بدهکار باشد تا عقد حواله محقق شود. مثلاً «الف» یک میلیون تومان به «ب» بدهکار است و «ب» هم یک میلیون تومان به «ج» بدهکار است. در اینجا «ب»، «ج» را به «الف» حواله می دهد تا طلب خود را از او بگیرد و شرط تحقق عقد حواله آن است که محال علیه یعنی «الف» به محیل یعنی «ب» بدهکار باشد و اگر «الف» به «ب» بدهکار نباشد و تعهد کند که طلب «ج» را بپردازد، عقد حواله محقق نمی شود بلکه عقد ضمان تحقق می یابد زیرا ضامن برخلاف محال علیه، بدهکار نیست.]

(وَيَشْتَرِطُ كَمَالَهُ) أَي: كَمَالُ الضَّامِنِ الْمُدْلُولِ عَلَيْهِ بِالْمَصْدَرِ، أَوْ اسْمِ الْفَاعِلِ، أَوْ الْمَقَامِ، (وَحَرِيَّتَهُ) فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ الْعَبْدِ فِي الْمَشْهُورِ، لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ. وَقِيلَ: يَصِحُّ وَيَتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ (إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ الْمَوْلَى فَيَثْبُتُ) الْمَالُ (فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ)، لَا فِي مَالِ الْمَوْلَى، لِأَنَّ إِطْلَاقَ الضَّمَانِ أَعْمٌ مِنْ كُلِّ مِنْهُمَا، فَلَا يَدُلُّ عَلَى الْخَاصِّ. وَقِيلَ: يَتَعَلَّقُ بِكَسْبِهِ حَمَلًا عَلَى الْمُعْهُودِ مِنَ الضَّمَانِ الَّذِي يَسْتَعْقِبُ الْأَدَاءَ.

وَرُبَّمَا قِيلَ بِتَعَلُّقِهِ بِمَالِ الْمَوْلَى مُطْلَقًا، كَمَا لَوْ أَمَرَهُ بِالِاسْتِدَانَةِ، وَهُوَ مُتَّجِهٌ (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ كَوْنَهُ مِنْ مَالِ الْمَوْلَى) فَيُلْزَمُ بِحَسَبِ مَا شَرَطَ، وَ يَكُونُ حِينَئِذٍ كَالْوَكِيلِ، وَ لَوْ شَرَطَهُ مِنْ كَسْبِهِ، فَهَوَّ كَمَا لَوْ شَرَطَهُ مِنْ مَالِ الْمَوْلَى، لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَتِهِ، ثُمَّ إِنْ وَفَى الْكَسْبُ بِالْحَقِّ الْمَضْمُونِ وَ إِلَّا ضَاعَ مَا قَصَرَ، وَ لَوْ أُعْتِقَ الْعَبْدُ قَبْلَ امْتِكَانِ تَجَدُّدِ شَيْءٍ مِنَ الْكَسْبِ، فَفِي بَطْلَانِ الضَّمَانِ، أَوْ بَقَاءِ التَّعَلُّقِ بِهِ وَجْهَانِ.

[عقد ضمان بعنوان یک عمل حقوقی و قرارداد، تابع قواعد عمومی قراردادهاست بنابراین باید شرایط عمومی قراردادها در اینجا هم فراهم باشد از جمله اینکه] کامل بودن ضامن، شرط است. [شهادت اول، عبارت «و یشتراط کماله» را به صورت مبهم بیان کرده است بنابراین باید دید که ضمیر مذکور در کلمه «کماله» به چه کسی برمی گردد؛

یک احتمال آن است که به کلمه «ضمان» برگردد] یعنی ضامن باید کامل باشد و در اینجا مصدر، دلالت بر ضامن دارد [در نوشته‌های عربی مرسوم است که مصدر را بجای اسم فاعل بکار می‌برند زیرا هر مصدری نیاز به فاعل دارد و در اینجا وقتی گفته می‌شود: «ضمان باید کامل باشد» منظور آن است که ضامن باید کامل باشد. احتمال دوم آن است که به کلمه «برئء» برگردد یعنی همان کلمه‌ای که در تعریف ضمان، بیان شد که بازهم منظور، ضامن است. احتمال سوم آن است که از راه قرینه‌های مقامی پی می‌بریم که به ضامن برمی‌گردد زیرا بحث‌ها در مورد ضامن می‌باشد و ضامن که رکن اساسی در عقد ضمان می‌باشد باید کامل باشد. در هر صورت منظور شهید اول از این عبارت مبهم، آن است که ضامن باید کامل باشد. اما شرط دیگری هم برای ضامن بیان شده است که مورد اختلاف می‌باشد و مشهور فقها آن را قبول دارند و این شرط، [آزاد بودن ضامن است بنابراین ضامن شدن برده براساس نظر مشهور فقها، صحیح نیست زیرا برده، توان انجام عملی را ندارد] یعنی نمی‌تواند اعمال حقوقی را منعقد سازد چرا که محجور می‌باشد و آیه قرآن نیز به عدم قدرت شخص برده اشاره دارد با این وجود برخی از فقها همچون علامه حلی در کتاب تذکره، چنین شرطی را لازم نمی‌دانند و شهیدثانی هم، این نظریه را بعنوان نظریه‌ای ضعیف، در مقابل نظر مشهور چنین بیان می‌کند: [و یک دیدگاه آن است که [ضمانت برده نیز] صحیح است و اجرای تعهد، منوط به بعد از آزادی می‌شود] یعنی برده در زمان برده بودن و محجور بودن، ضمانت را می‌پذیرد اما پرداخت موضوع ضمانت به بعد از زمان آزادی و رفع محجوریت، محوّل می‌شود. البته مشهور فقها که ممنوع بودن ضمانت برده را بیان کرده‌اند، ضمانت وی را اساساً باطل نمی‌دانند بلکه آن را نیازمند اجازه مولی دانسته‌اند. به همین دلیل، شهید اول می‌گوید که آزاد بودن ضامن، شرط است] مگر اینکه مولی، اجازه بدهد [و البته اجازه مولی به معنای آن نیست که ضمانت نیز برعهده مولی قرار می‌گیرد بلکه] مال در ذمه عبد قرار می‌گیرد نه اینکه جزء بدهی‌های مولی قرار گیرد [و اذنی که مولی می‌دهد، اذن در تعهد و التزام است نه اذن در پرداخت و از طرفی] اطلاق ضمان، اعم از ضامن شدن مولی و ضامن شدن برده است بنابراین دلالتی بر خاص ندارد. [یعنی زمانی که برده با اذن مولی، ضمانت پرداخت دین دیگری را برعهده می‌گیرد، این ضمانت دارای یک معنای عام و

یک معنای خاص می‌باشد. معنای عام، ضمانت مولی و عبد است و ضمانت خاص، ضمانت مولی است و لفظ عام را نمی‌توان حمل بر معنای خاص آن نمود و در اینجا هم نمی‌توان گفت ضمانتی که به صورت مطلق بیان شده است، ضمانت مولی می‌باشد. در مورد نحوه ضمانت برده، دیدگاه دیگری نیز وجود دارد که شهیدثانی، آن را چنین بیان کرده است: [و یک دیدگاه آن است که پرداخت دین به کسب و درآمد برده تعلق می‌گیرد] یعنی برده باید با کاسبی و درآمدی که پیدا می‌کند دین را بپردازد و آن را موکول به زمان رفع محجوریت ننماید و علت لزوم پرداخت دین در زمان برده بودن، آن است که [عقد «ضمان» حمل بر معنای متعارف آن می‌شود که همان پرداخت دین بلافاصله بعد از ضمانت است] یعنی عقد ضمان به معنای اصطلاحی آن، عقدی است که ضامن بلافاصله پس از انعقاد عقد ضمانت، دین را بپردازد و محول کردن پرداخت دین به پس از آزادی به معنای فاصله انداختن میان ضمانت و پرداخت دین است که خارج از معنای متعارف آن می‌باشد. دیدگاه سومی هم در اینجا وجود دارد که [می‌گوید: ضمانت بر ذمه مولی قرار می‌گیرد اعم از اینکه از محل کسب و درآمد برده پرداخت شود یا از محل دیگری پرداخت گردد مانند جایی که مولی به برده خود دستور بدهد که مالی را قرض بگیرد] که در این صورت بازپرداخت دین برعهده مولی خواهد بود. شهیدثانی، این دیدگاه را پسندیده و می‌گوید: [و این نظریه، موجه است مگر اینکه شرط شود که پرداخت دین از مال مولی باشد که در این صورت باید براساس شرط عمل شود و برده در این صورت به منزله وکیل است و نیز اگر شرط کند که پرداخت دین از محل کسب و درآمدی باشد مانند آن است که شرط شود از مال مولی پرداخت گردد زیرا کسب برده نیز جزء اموال مولی است. حال اگر کسب و درآمد برده، به اندازه دینی بود که ضمانت شده است [اشکالی پیش نمی‌آید] و گرنه آنچه که کمتر از دین باشد، بر ضرر طلبکار از بین می‌رود و اگر برده، قبل از آنکه توان کسب درآمد برای پرداخت دین را پیدا کند، آزاد گردد، در مورد باطل شدن ضمان یا باقی ماندن حق بر ذمه او، دو احتمال وجود دارد.

(و لَا يُشْتَرَطُ عَلَيْهِ بِالْمُسْتَحَقِّ) لِلْمَالِ الْمَضْمُونِ، وَ هُوَ الْمَضْمُونُ لَهُ بِنَسَبِهِ أَوْ وَصْفِهِ، لِأَنَّ الْعَرَضَ إِيفَاءُ الدَّيْنِ، وَ هُوَ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى ذَلِكَ،

شرط نیست که ضامن، طلبکار و صاحب مال ضمانت شده را که همان «مضمون له» می باشد با نسب و اوصافش بشناسد زیرا هدف از عقد ضمانت، پرداخت دین است و پرداخت دین، متوقف بر آن نیست که ضامن، مضمون له را بشناسد. [عقد ضمان یک عقد مسامحه‌ای است اما معنایش آن نیست که ارکان عقد بکلی مجهول باشد بلکه همانگونه که ماده ۶۹۵ ق.م می‌گوید، معرفت تفصیلی مضمون له و مضمون عنه، لازم نیست. در مورد لزوم یا عدم دانستن مقدار دین، شهید اول سخنی نمی‌گوید اما شهیدثانی در اینجا هم برحسب قاعده مسامحه‌ای بودن عقد ضمان، می‌گوید:]

وَ كَذَا لَا يُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ قَدْرِ الْحَقِّ الْمَضْمُونِ، وَ لَمْ يَدْكُرْهُ الْمُصَنِّفُ، وَ يُمَكِّنُ إِزَادَتَهُ مِنَ الْعِبَارَةِ بِجَعْلِ الْمُسْتَحَقِّ مَتَبَيِّئًا لِلْمَجْهُولِ، فَلَوْ ضَمِنَ مَا فِي ذِمَّتِهِ صَحَّ عَلَى أَصْحَابِ الْقَوْلَيْنِ، لِلْأَصْلِ، وَ إِطْلَاقِ النَّصِّ وَ لِأَنَّ الضَّمَانَ لَا يُنَافِيهِ الْعَرُزُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مُعَاوَضَةً، لِجَوَازِهِ مِنَ الْمُتَبَرِّعِ. هَذَا إِذَا أُمِكنَ الْعِلْمُ بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ كَالْمِثَالِ، فَلَوْ لَمْ يُمَكِّنْ، كَضَمِنْتُ لَكَ شَيْئًا مِثْلًا فِي ذِمَّتِهِ لَمْ يَصِحَّ قَطْعًا،

وَ عَلَى تَقْدِيرِ الصَّحَّةِ، يَلْزَمُهُ مَا تَقُومُ بِهِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ كَانَ لِأَزْمًا لِلْمَضْمُونِ عِنْدَهُ وَفَتَ الضَّمَانَ، لِأَنَّ مَا يَتَجَدَّدُ أَوْ يُوجَدُ فِي دَفْتَرٍ، أَوْ يُقَرَّرُ بِهِ الْمَضْمُونُ عِنْدَهُ، أَوْ يَحْلِفُ عَلَيْهِ الْمَضْمُونُ لَهُ، بِرَدِّ الْيَمِينِ مِنَ الْمَضْمُونِ عِنْدَهُ، لِعَدَمِ دُخُولِ الْأَوَّلِ فِي الضَّمَانِ، وَ عَدَمِ ثُبُوتِ الثَّانِي، وَ عَدَمِ نَفُوزِ الْإِقْرَارِ فِي الثَّلَاثِ عَلَى الْغَيْرِ، وَ كَوْنِ الْخُصُومَةِ حِينَئِذٍ مَعَ الضَّامِنِ وَ الْمَضْمُونِ عِنْدَهُ، فَلَا يَلْزَمُهُ مَا يَثْبُتُ بِمُنَازَعَةِ غَيْرِهِ، كَمَا لَا يَثْبُتُ مَا يُقَرَّرُ بِهِ، فِي الرَّابِعِ. نَعَمْ لَوْ كَانَ الْحَلْفُ بِرَدِّ الضَّامِنِ ثَبَتَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ.

و نیز شناختن مقدار حقی که ضمانت شده است، شرط نیست هر چند شهید اول این مطلب را متذکر نشده است و ممکن است بتوان آن را از عبارت شهید اول بدست آورد بدین صورت که کلمه «مستحق» به صورت مجهول خوانده شود [یعنی معنای عبارت «ولایشترط علمه بالمستحق» چنین است که علم ضامن به مقدار دین و حق، شرط نیست. اگر کلمه «مستحق» را به معنای دین بدانیم، کلمه «مضمون له» و «مضمون عنه» مشمول واژه «غریم» قرار خواهند گرفت که اندکی بعد می‌آید. پس حال که شناختن مقدار حق، لازم نیست] چنانچه ضامن، آنچه را که در ذمه مدیون است، ضمانت کند [بدون اینکه مقدار مال و شخص مضمون له را بشناسد] بنا بر نظریه صحیح‌تر، چنین

ضمانتی صحیح است [و دلیل صحت عقد ضمان، سه چیز است؛ یکی] بخاطر اصل است [یعنی اصل صحّت یا اصل عدم شرط یقین و علم یا اصل عدم مانع بودن جهالت. و دلیل دیگر] اطلاق روایات است [یعنی روایات مربوط به ضمان، شرط معلوم بودن دین را بیان نکرده‌اند. دلیل سوم] آن است که عقد ضمان منافاتی با غرر و جهل ندارد زیرا عقد معاوضی نیست و شخص متبرع و غیربدهکار نیز می‌تواند ضامن قرار گیرد. [البته همانگونه که قبلاً گفتیم مجهول بودن کلی ارکان عقد ضمان، موجب بطلان آن می‌شود بنابراین شهیدثانی می‌فرماید گرچه لازم نیست که در زمان انعقاد عقد ضمانت، علم به دین و مضمون له وجود داشته باشد اما] این در صورتی است که بعد از عقد ضمان، بتوان علم به دین پیدا کرد مانند مثالی که بیان شد [یعنی همینکه ضامن بگوید: «آنچه را در ذمه مدیون می‌باشد، ضمانت کرده است» کفایت می‌کند زیرا می‌توان این مقدار را بعداً مشخص کرد. اما اگر دین بکلی مجهول باشد امکان اجرای ضمانت وجود ندارد] پس اگر امکان نداشته باشد که [میزان دین بعد از عقد ضمانت، مشخص شود مانند اینکه ضامن بگوید: برای تو مقداری از دینی را که در ذمه مدیون می‌باشد، ضمانت می‌کنم، چنین ضمانتی قطعاً صحیح نیست. گفته شد که شناخت اجمالی دین برای ضمانت از دین، کفایت می‌کند اما باید بتوان بعد از عقد ضمان، دین را مشخص نمود. حال باید دید نحوه تعیین دین، چگونه است و چه کسی مشخص می‌کند که دین چه مقدار بوده است بخصوص که امکان دارد میان ضامن و مضمون له یا ضامن و مضمون عنه، اختلافاتی پیش آید. شهیدثانی می‌فرماید: [با فرض اینکه عقد ضمان به صورت صحیحی منعقد گردد] مثلاً ضامن بگوید: «آنچه را که بر ذمه مضمون عنه می‌باشد، می‌پردازم.» [ضامن باید دین را براساس ادله‌ای که ابراز می‌گردد، پردازد یعنی دینی که هنگام انعقاد عقد ضمان، برعهده مضمون عنه بود نه دینی که [بعد از انعقاد عقد ضمان] بوجود می‌آید یا دینی که در دفتر [طلبکار و مضمون له] نوشته شده است یا دینی که مضمون عنه [یا مدیون] به آن اقرار می‌کند یا دینی که مضمون له [یا طلبکار] پس از ردّ سوگند از سوی مضمون عنه [یا مدیون] نسبت به آن سوگند یاد می‌کند زیرا دین اولی [یعنی دینی که بعد از عقد ضمان بوجود می‌آید] داخل در عقد ضمان نیست و دین دومی [یعنی دینی که در دفتر طلبکار نوشته شده است] به اثبات نرسیده است

[بلکه باید با دلیل خاص به اثبات برسد و فعلاً مورد ادعا می‌باشد.] و در حالت سوم نیز، اقرار بر علیه دیگری پذیرفته نمی‌شود [زیرا در اینجا مدیون، اقرار می‌کند که ضامن باید فلان مبلغ را بپردازد پس علیه خودش اقرار نکرده است تا مشمول قاعده «اقرار العقلاء علی انفسهم» قرار گیرد.] و در حالت چهارم نیز دعوا میان ضامن و مضمون عنه وجود دارد بنابراین ضامن، ملزم نمی‌شود مالی را بپردازد که از راه منازعه و خصومت دیگری [یعنی مضمون له و مضمون عنه] ثابت شده است. [خلاصه اینکه در حالت چهارم، مضمون عنه و مضمون له درباره مقدار دین با یکدیگر اختلاف پیدا می‌کنند و مضمون عنه که منکر است و باید سوگند یاد کند، آن رابه مضمون له برمی‌گرداند و مضمون له قسم خورده و آنچه که ادعا می‌کند، ثابت می‌شود اما ضامن نباید مقدار اضافی را بپردازد زیرا قسم طلبکار، تعهدی را برای او بوجود نمی‌آورد.] همانگونه که آنچه ضامن به آن اقرار کند، ثابت نمی‌شود [یعنی اگر مضمون له، دین زایدی را بر علیه مضمون عنه ادعا کند و ضامن به آن، اقرار نماید این دین زاید بواسطه اقرار ضامن، برعهده مضمون عنه قرار نمی‌گیرد. البته این حالت آخر را باید حالت پنجم دانست و خارج از چهار حالت قبلی می‌باشد.] بله اگر سوگند [از سوی مضمون له] بخاطر ردّ سوگند از سوی ضامن باشد، آنچه که بر آن سوگند خورده شده است، [برعهده ضامن] ثابت می‌شود. [یعنی اگر ضامن و مضمون له طرف دعوا قرار گیرند و ضامن که منکر مقدار زاید است، قسم یاد نکند و سوگند را به مضمون له ردّ نماید و مضمون له قسم بخورد، مقدار اضافی که مضمون له نسبت به آن قسم خورده است، برعهده ضامن ثابت خواهد شد.]

[گفته شد که عقد ضمان یک عقد مسامحه‌ای است بنابراین سخت‌گیری‌های سایر عقود را ندارد. در سایر عقود معمولاً باید ارکان قرارداد و از جمله طرفین آن، به تفصیل شناخته شوند اما در مورد عقد ضمان، گفته شده است که شناخت طرفین لازم نیست. و در این قسمت به عدم شرط شناخت طرف قرارداد پرداخته می‌شود و منظور از طرف قرارداد یا غریم، شخصی است که ضامن با او وارد قرارداد می‌شود. طرف اصلی که ضامن با او قرارداد منعقد می‌کند، مضمون له می‌باشد اما مضمون عنه نیز، شخصی است که در این گردونه، بدون نقش نیست. شهید اول، طرف قرارداد را با عنوان «غریم» مطرح

می سازد و شهیدثانی به تشریح آن می پردازد. همانگونه که شناخت مضمون له و دین، لازم نبود]

(وَ) كَذَا (لَا) يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ (بِالْغَرِيمِ) وَ هُوَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ، لِأَنَّهُ وَفَاءٌ دَيْنٍ عَنْهُ، وَ هُوَ جَائِزٌ عَنْ كُلِّ مَدْيُونٍ.

وَ يُمَكِّنُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْأَعَمَّ مِنْهُ وَ مِنَ الْمَضْمُونِ لَهُ، وَ يُرِيدُ بِالْعِلْمِ بِهِ: الْأِخْطَاءَةَ بِمَعْرِفَةِ خَالِهِ، مِنْ نَسَبٍ أَوْ وَصْفٍ، لِسَهُولَةِ الْأَقْتِضَاءِ وَ مَا شَاكَلَهُ، لِأَنَّ الْغَرَضَ إِيفَاؤُهُ الدَّيْنَ، وَ ذَلِكَ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَعْرِفَتِهِ كَذَلِكَ (بَلْ تَمَيُّزُهُمَا) أَي الْمُسْتَحَقُّ وَ الْغَرِيمُ لِيُمَكِّنَ تَوَجُّهُ الْقَضْدِ إِلَيْهِمَا، أَمَّا الْحَقُّ فَلِيُمَكِّنَ آدَاؤُهُ، وَ أَمَّا الْمَضْمُونُ لَهُ فَلِيُمَكِّنَ إِيفَاؤُهُ، وَ أَمَّا الْمَضْمُونُ عَنْهُ فَلِيُمَكِّنَ الْقَضْدَ إِلَيْهِ.

وَ يُشْكِلُ بَأَنَّ الْمُعْتَبَرَ الْقَضْدَ إِلَى الضَّمَانِ وَ هُوَ التَّزَامُ الْمَالِ الَّذِي يَذْكُرُهُ الْمَضْمُونُ لَهُ، وَ ذَلِكَ غَيْرُ مُتَوَقَّفٍ عَلَى مَعْرِفَةِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ. فَلَوْ قَالَ شَخْصٌ: إِنِّي أَسْتَحِقُّ فِي ذِمَّةِ آخَرَ مِائَةَ دَرَاهِمٍ مَثَلًا، فَقَالَ آخَرٌ: ضَمِنْتُهَا لَكَ، كَانَ قَاصِدًا إِلَى عَقْدِ الضَّمَانِ عَمَّنْ كَانَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ مُطْلَقًا، وَ لَا دَلِيلَ عَلَى اعْتِبَارِ الْعِلْمِ بِخُصُوصِهِ.

همچنین شرط نیست که ضامن، غریم یعنی مضمون عنه را بشناسد زیرا ضمانت به منزله وفای دین می باشد که از جانب هر مدیونی صحیح است. [یعنی ضمانت مانند رد مال، تفریغ ذمه و نظایر اینهاست که شخصیت طرف تأثیری ندارد. قبلاً گفتیم که ممکن است کلمه «مستحق» در عبارت شهید اول که فرمود: «ولایشرط علمه بالمستحق» به صورت مجهول خوانده شده و منظور از آن، دین باشد که در این صورت، عدم شرط شناخت مضمون له را از واژه «غریم» بدست می آوریم و به همین جهت، شهیدثانی می گوید، امکان دارد شهید اول، واژه «غریم» را در اینجا به صورت مشترک برای مضمون له و مضمون عنه بکار برده باشد بنابراین عبارت قبلی بیانگر آن است که شناخت دین لازم نیست و عبارت فعلی بیانگر آن است که شناخت مضمون له و مضمون عنه، لازم نیست. در هر صورت شهیدثانی می فرماید: [و امکان دارد شهید اول، واژه «غریم» را برای معنایی اعم از مضمون عنه و مضمون له بکار برده باشد. و ممکن است شهید اول، شناخت و علم به غریم را به معنای احاطه به شناختن وضعیت او داشته باشد یعنی [غریم را بشناسد که مثلاً] فرزند کیست و چه اوصافی دارد [اما شناخت

تفصیلی غریم لازم نیست و شناخت اجمالی کفایت می‌کند] تا پرداخت دین و نظایر آن، آسان شود زیرا هدف از ضمانت، پرداختن دین می‌باشد و پرداختن دین، متوقف بر شناخت تفصیلی غریم [یعنی شناخت با نسب و اوصاف کامل] نیست بلکه تفکیک و جداسازی مضمون له و مضمون عنه از یکدیگر کفایت می‌کند تا ضامن بتواند آن دو را قصد نماید و تشخیص دین نیز بخاطر آن است که امکان پرداختن آن وجود داشته باشد و مضمون له باید معلوم باشد تا بتوان دین را به او پرداخت و مضمون عنه نیز باید معلوم باشد تا بتوان او را قصد کرده [شهادتانی پس از آنکه دیدگاه شهید اول را توضیح داده و بیان می‌کند که شناخت تفصیلی ارکان عقد ضمان، لازم نیست بلکه شناخت اجمالی آنها کفایت می‌کند این ایراد را مطرح می‌سازد که مضمون عنه در عقد ضمان، رکن قرارداد نیست بنابراین حتی شناخت اجمالی او هم کفایت نمی‌کند. به همین جهت می‌فرماید که لزوم و شرط شناختن مضمون عنه] مشکل است زیرا آنچه که در اینجا معتبر است، قصد انعقاد عقد ضمان می‌باشد یعنی تعهد به پرداختن مالی که مضمون له ذکر می‌کند [یعنی ضامن، یک اراده بیشتر ندارد و آن اراده پرداخت طلب مضمون له می‌باشد و این اراده] و التزام به پرداخت طلب مضمون له، نیازی به شناختن مضمون عنه ندارد [زیرا ضامن، مضمون عنه را در عقد ضمان مورد توجه و اراده خود قرار نمی‌دهد] بنابراین اگر شخصی [یعنی مضمون له] بگوید که من در ذمه فلان شخص، مثلاً صد درهم طلب دارم و شخص دیگری [یعنی ضامن] بگوید، پرداخت آن را برای تو تضمین می‌کنم، قصد وی انعقاد عقد ضمان می‌باشد از سوی کسی که دین بر ذمه اوست بدون اینکه او را بشناسد و دلیلی وجود ندارد که شناخت و علم به مضمون عنه، به صورت خاص ضرورت دارد [یعنی علم تفصیلی به وی لازم نیست].

(وَأَبْدَلَهُ مِنْ إيجابٍ وَقَبُولٍ مَخْصُوصَيْنِ)، لِأَنَّهُ مِنَ الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ التَّاقِلَةِ لِلْمَالِ مِنْ ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ إِلَى ذِمَّةِ الضَّامِنِ (وَإِيجَابِ ضَمْنَتُهُ، وَتَكْفَلْتُ) وَ يَتَمَيَّزُ عَنْ مُطْلَقِ الْكِفَالَةِ بِجَعْلِ مُتَعَلِّقِهَا الْمَالِ (وَ تَقَبَّلْتُ وَ شِبْهَهُ) مِنَ الْأَلْفَاظِ الدَّالَّةِ عَلَيْهِ صَرِيحاً (وَلَوْ قَالَ مَالِكٌ عِنْدِي، أَوْ عَلَيَّ، أَوْ مَا عَلَيْهِ عَلَيَّ فَلَيْسَ بِصَرِيحٍ)، لِجَوَازِ إِزَادَتِهِ أَنْ لِلْغَرِيمِ تَحْتَ يَدِهِ مَالاً، وَ أَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى تَخْلِيصِهِ، أَوْ أَنَّ عَلَيْهِ السَّعْيَ، أَوْ الْمُسَاعَدَةَ وَ نَحْوَهُ. وَ قِيلَ: إِنَّ «عَلَيَّ» ضَمَانٌ، لِاقْتِضَاءِ «عَلَيَّ» الْإِلْتِزَامَ، وَ مِثْلُهُ «فِي ذِمَّتِي» وَ هُوَ مُتَّجِهٌ أَمَّا ضَمَانُهُ عَلَيَّ

فَكَافٍ، لِإِثْتِغَاءِ الْإِحْتِمَالِ، مَعَ تَصْرِيحِهِ بِالْمَالِ

[عقد ضمان، عملی حقوقی طرفینی است بنابراین دو اراده در تشکیل آن نقش دارد که یکی را ایجاب و دیگری را قبول می‌نامند. در این قسمت، به ایجاب و شرایط آن می‌پردازیم:] و برای عقد ضمان نیاز به ایجاب و قبول مخصوص می‌باشد [یعنی ایجابی که مخصوص عقد ضمان بوده و قبولی هم که مخصوص عقد ضمان باشد و واژه مشترکی نباشد که برای سایر اعمال حقوقی نیز بکار می‌رود] زیرا عقد ضمان، یک عقد لازم است که مال را از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن، منتقل می‌سازد و صیغه ایجاب عبارت است از: «ضامن شدم» و «متکفل گردیم». و عقد ضمان از کفالت مطلق، تمییز داده می‌شود بدین صورت که موضوع کفالت، مال می‌باشد [یعنی ضامن اگر واژه «کفالت کردم» را بکار ببرد باید موضوع عقد ضمان، مال قرار داده شده و گفته شود: «مال را ضمانت کردم» تا از عقد کفالت متمایز گردد زیرا موضوع عقد کفالت، نفس است و گفته می‌شود: «حاضر کردن شخص را تعهد می‌کنم.» واژه «کفالت» برای هر دو عقد بکار می‌رود پس برای تشخیص آنها باید موضوع کفالت نیز بیان گردد که شخص می‌باشد یا مال. همچنین برای ایجاب، الفاظ دیگری را نیز می‌توان بکاربرد مانند [«قبول کردم» و نظایر آن از الفاظی که صراحتاً دلالت بر ضمانت می‌کند] بنابراین باید از بکاربردن الفاظ مبهم اجتناب ورزید] و اگر ضامن بگوید: «مال تو نزد من است» یا «مال تو برعهده من است» یا «آنچه که برعهده مدیون است برعهده من می‌باشد» صراحت در عقد ضمان ندارند زیرا احتمال می‌رود ضامن [وقتی می‌گوید: مال تو نزد من است] منظورش آن باشد که مضمون عنه مالی را نزد ضامن دارد یا [وقتی ضامن می‌گوید: مال تو برعهده من است] منظورش آن باشد که می‌تواند مال مضمون له را از دست مضمون عنه خارج ساخته و به او برساند یا [وقتی ضامن می‌گوید: مالی که برعهده مدیون است برعهده من می‌باشد] منظورش آن باشد که ضامن تلاش می‌کند یا به مضمون له کمک می‌کند و نظایر اینها. [خلاصه اینکه عبارتهای یاد شده ظهور در عقد ضمان ندارد و معانی دیگری را هم می‌توان از آنها فهمید. با این وجود، عده‌ای عقیده دارند که برخی از این عبارتها برای تحقق عقد ضمان کفایت می‌کند بنابراین شهیدثانی به دیدگاه این گروه اشاره کرده و می‌فرماید:] و گفته شده است که عبارت «علی» [در جمله «مالک علی» یا

«ما علیه، علی» [به معنای ضمانت است زیرا عبارت «علی» معنای التزام و تعهد دارد] و به همین دلیل می‌توان واژه‌های دیگری را نیز بکاربرد که دلالت بر ضمانت نماید مانند «فی ذمّتی» [و عبارت «در ذمّه من است» مانند «علی» می‌باشد. [شاهد ثانی هم این دیدگاه را تأیید کرده و اضافه می‌کند: اما عبارت «ضمانت مدیون برعهده من است»، کفایت می‌کند زیرا اگر ضامن، کلمه «مال» را هم اضافه نماید، احتمال معانی دیگر از بین می‌رود. [یعنی اگر ضامن بگوید: «ضمانت مالی که برعهده مدیون است برعهده من می‌باشد.» احتمال اینکه معنای دیگری غیر از عقد ضمان اراده کرده باشد از بین می‌رود.]

(فَيَقْبَلُ الْمُسْتَحِقُّ) وَ هُوَ الْمَضْمُونُ لَهُ.

(وَقِيلَ: يَكْفِي رِضَاهُ) بِالضَّمَانِ وَإِنْ لَمْ يُصْرِّحْ بِالْقَبُولِ، لِأَنَّ حَقَّهُ يَتَحَوَّلُ مِنْ ذِمَّةِ إِلَى أُخْرَى، وَ النَّاسُ يَخْتَلِفُونَ فِي حُسْنِ الْمُعَامَلَةِ، وَ سَهُولَةِ الْقَضَاءِ، فَلَا بُدَّ مِنْ رِضَاهُ بِهِ، وَ لَكِنْ لَا يُعْتَبَرُ الْقَبُولُ لِلْأَصْلِ، لِأَنَّهُ وَفَاءٌ دَيْنٍ.

وَ الْأَفْوَى الْأَوَّلُ، لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ، فَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ إِجَابٍ وَ قَبُولٍ لَفْظِيَّيْنِ صَرِيحَيْنِ مُتَطَابِقَيْنِ عَرَبِيَّيْنِ، فَعَلَى مَا اخْتَارَهُ مِنْ اشْتِرَاطِهِ يُعْتَبَرُ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ.

وَ عَلَى الْقَوْلِ الْآخَرَ (فَلَا يُشْتَرَطُ فَوْرِيَّةُ الْقَبُولِ)، لِلْأَصْلِ وَ حُصُولِ الْعَرَضِ. وَقِيلَ: لَا يُشْتَرَطُ رِضَاهُ مُطْلَقًا، لِمَا رُوِيَ مِنْ ضَمَانِ عَلِيٍّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَ السَّلَامُ دَيْنِ الْمَيِّتِ الَّذِي امْتَنَعَ النَّبِيُّ ﷺ مِنَ الصَّلَاةِ عَلَيْهِ، لِمَكَانِ دَيْنِهِ.

[عقد ضمان با دو اراده محقق می‌شود بنابراین نیاز به قبول به قبول هم دارد و از آنجا که ضامن با دو نفر روبروست: (مضمون عنه و مضمون له) باید دید، قبول کدامیک شرط است. فقها، مضمون له را رکن عقد ضمان دانسته و قبول او را شرط می‌دانند بنابراین] صاحب حق یعنی مضمون له، ایجاب را قبول می‌کند و یک دیدگاه آن است که رضایت وی به عقد ضمان، کفایت می‌کند هر چند لفظ قبولی را به صراحت بیان نکند زیرا حق [و طلب او] از یک ذمّه [یعنی ذمّه مضمون عنه] به ذمّه دیگری [یعنی ذمّه ضامن] منتقل می‌شود و مردم در نحوه انجام معامله و سهولت پرداخت؛ یکدیگر تفاوت دارند [یعنی گروهی سخت گیرند و گروهی آسان می‌گیرند] بنابراین باید طلبکار و صاحب حق، رضایت به ضمان بدهد اما قبول وی لازم نیست زیرا اصل [بر

عدم لزوم قبول است] و ضمانت، وفاء دین می باشد [یعنی به منزله وفای دین است یا سبب وفای دین است یا به معنای تفریح ذمه می باشد و گرنه وفاء دین به معنای واقعی آن نیست. شهیدثانی، نظریه عدم لزوم قبول لفظی را معتبر ندانسته و می فرماید: [و نظریه قوی تر، نظریه اول است [یعنی قبول لفظی لازم است و رضایت قلبی کفایت نمی کند] زیرا عقد ضمان، یک عقد لازم است که نیاز به ایجاب و قبول لفظی و صریح دارد که مطابق هم و به زبان عربی باشند [یعنی قبول هم مطابق همان لفظ ایجاب باشد. شهید اول نیز همین دیدگاه را دارد و قبول لفظی را لازم می داند که در این صورت باید سایر شرایط قبول را نیز بپذیرد از جمله اینکه قبول باید بلافاصله پس از ایجاب، بیان شود بنابراین شهیدثانی می فرماید: [پس براساس نظریه ای که شهید اول انتخاب کرد و قبول لفظی را لازم دانست باید آنچه که در عقود لازم، معتبر است در اینجا هم معتبر دانست اما بنا بر نظریه دیگر [که رضایت قلبی را کافی می داند] فوریت قبول، شرط نیست [یعنی لازم نیست که قبول بلافاصله بعد از ایجاب، گفته شود و دلیل عدم لزوم فوریت قبول، یکی] بخاطر اصل است [یعنی اصل بر آن است که فوریت قبول، لازم نباشد و دلیل دیگر] حصول غرض و هدف است [یعنی هدف عقد ضمان که انتقال ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن می باشد با رضایت قلبی او تحقق می یابد. دیدگاه افراطی دیگری هم در اینجا وجود دارد که قبول و رضایت را لازم نمی داند] و گفته شده است که رضایت مضمون له، مطلقاً لازم نیست [یعنی نه رضایت لفظی و نه رضایت قلبی] زیرا روایت شده است که حضرت علی (ع)، دین مرده ای را ضمانت کرد که پیامبر (ص) بخاطر دینی که داشت بر او نماز نمی گذارد. [و در اینجا پیامبر (ص) سؤال نکرد که آیا مضمون له، رضایت دارد یا خیر؟ البته استدلال به این روایت، بدون ایراد نیست زیرا ممکن است طلبکار در آنجا حضور داشته و رضایت خود را اعلام کرده است و اساساً نمی توان یک واقعه خاص را دلیلی عام قرارداد.]

(وَلَا عِبْرَةَ بِالْغَرِيمِ) وَ هُوَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ، لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّهُ وَفَاءٌ عَنْهُ، وَ هُوَ غَيْرُ مُتَوَقِّفٍ عَلَى إِذْنِهِ. نَعَمْ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ مَعَ عَدَمِ إِذْنِهِ فِي الضَّمَانِ وَإِنْ أَذِنَ فِي الْأَدَاءِ، لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ، وَ الضَّمَانُ هُوَ التَّاقِلُ لِلْمَالِ مِنَ الذَّمَّةِ (وَ لَوْ أَذِنَ) لَهُ فِي الضَّمَانِ (رَجَعَ) عَلَيْهِ (بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِمَّا آدَاهُ وَ مِنَ الْحَقِّ) فَإِنْ آدَى أَزِيدَ مِنْهُ كَانَ مُتَبَرِّعاً بِالزَّائِدِ، وَإِنْ آدَى أَقْلَ لَمْ

يَرْجِعُ بغيرِهِ، سِوَاءَ أَسْقَطَ الزَّائِدَ عَنْهُ بِصُلْحٍ أَمْ إِزَاءً. وَلَوْ وَهَبَهُ - بَعْدَ مَا أَدَّى الْجَمِيعَ - الْبَعْضَ، أَوْ الْجَمِيعَ جَازَ رُجُوعُهُ بِهِ، وَلَوْ أَدَّى عَرَضاً رَجَعَ بِأَقْلِّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الْحَقِّ، سِوَاءَ رَضِيَ الْمَضْمُونُ لَهُ بِهِ عَنِ الْحَقِّ مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ، أَوْ بِصُلْحٍ.

[در عقد ضمان، سه نفر نقش دارد؛ ضامن، مضمون له و مضمون عنه. اما مضمون عنه، نقش اساسی ندارد و رکن قرارداد نیست بنابراین توافق اصلی میان ضامن و مضمون له صورت می‌گیرد و تقریباً همه فقها اتفاق نظر دارند که مضمون عنه و مدیون، نقشی ندارند. شهید اول و ثانی هم همین دیدگاه را پذیرفته و می‌گویند:] و رضایت غریم یعنی مضمون عنه، اعتباری ندارد زیرا قبلاً گفتیم که ضمانت به معنای وفای دین از سوی مدیون است و این امر، متوقف بر اذن مدیون نیست. بلکه اگر مدیون، اذن به ضمان نداده باشد، ضامن حق مراجعه به او را نخواهد داشت هر چند اذن در پرداخت داده باشد زیرا در این صورت، ضامن یک شخص متبرع است [یعنی شخصی که بخاطر رضایت خدا و احسان، دین دیگری را می‌پردازد. البته باید توجه داشت که ماده ۷۲۰ ق.م می‌گوید: «ضامنی که به قصد تبرع ضمانت نکرده باشد، حق رجوع به مضمون عنه دارد» اما مفهوم ماده آن نیست که اذن مضمون عنه لازم نیست زیرا قصد تبرع و اذن مضمون عنه، دو موضوع جداگانه هستند و به همین جهت در اینجا باید به قاعده عمومی مذکور در ماده ۲۶۷ قانون مدنی عمل نمود که می‌گوید: «ولیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد والأحق رجوع ندارد.»] و ضمان به معنای نقل مال از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن است. [این عبارت اشاره به اختلاف نظر فقها دارد که اذن به ضمان برای مراجعه ضامن به مضمون عنه کفایت می‌کند یا اذن در پرداخت دین هم لازم است یا هر دو اذن باید تحقق یابد. با توجه به اینکه ضمان، سبب انتقال دین به ذمه ضامن می‌شود پس اذن در ضمان، کفایت می‌کند و نیازی به اذن جداگانه نیست] و اگر مضمون عنه، اذن به ضمان بدهد، می‌تواند به کمترین امر مراجعه کند؛ آنچه که داده است و آنچه که میزان دین بوده است [مثلاً اگر مدیون، یک میلیون تومان بدهکار باشد و ضامن، پانصد هزار تومان بدهد ضامن فقط حق دارد پانصد هزار تومان از مضمون عنه مطالبه کند] و اگر مبلغی بیشتر از دین پرداخته باشد، نسبت به مقدار زاید، متبرع به حساب می‌آید [مثلاً اگر یک میلیون و دویست هزار

تومان بپردازد، دویست هزار تومان را بخاطر احسان و تبرعی پرداخته است] و اگر کمتر پرداخته باشد، حق ندارد مازاد آن را مطالبه کند [یعنی اگر پانصد هزار تومان پرداخته باشد حق ندارد یک میلیون تومان مطالبه کند] اعم از اینکه طلبکار، مقدار زائد را با ضامن مصالحه کند یا آن را ابراء نماید [البته برخی از فقهای عامه گفته‌اند که ضامن حق دارد نسبت به مقدار زیادی به مضمون عنه مراجعه کند چون مصالحه و ابراء، قراردادی میان ضامن و مضمون له می‌باشد که ارتباطی با مضمون عنه ندارد] اما اگر مضمون له بعد از آنکه ضامن، تمام طلب او را پرداخت، مقداری از طلب یا تمام آن را به ضامن بخشید، ضامن حق دارد نسبت به آن [یعنی مقدار بخشیده شده] به مضمون عنه مراجعه نماید [فرض کنید «الف» یک میلیون تومان به «ب» بدهکار است و «ج» بعنوان ضامن، یک میلیون تومان به «ب» می‌دهد و سپس «ب» پانصد هزار تومان آن را به «ج» برمی‌گرداند. در اینجا، «ج» حق دارد تمام یک میلیون تومان را از «الف» بگیرد] و اگر ضامن، کالایی به مضمون له بدهد، به کمترین از دو امر مراجعه می‌کند که عبارت از قیمت کالا و دین است اعم از اینکه مضمون له، رضایت به کالا بجای حق بدون عقد بدهد یا همراه با عقد صلح باشد. [مثلاً اگر مدیون، یک میلیون تومان بدهکار باشد و ضامن کالایی به ارزش پانصد هزار تومان به طلبکار بدهد حق دارد برای اخذ مبلغ پانصد هزار تومان به بدهکار مراجعه نماید.]

(وَيُسْتَرْطُ فِيهِ) أَي: فِي الضَّامِنِ (المَلَاءَةُ) بَأَنَّ يَكُونُ مَالِكاً لِمَا يُوقَى بِهِ الْحَقَّ الْمَضْمُونِ، فَاضِلاً عَنِ الْمُسْتَنْبِاتِ فِي وِفَاءِ الدَّيْنِ (أَوْ عِلْمِ الْمُسْتَحِقِّ بِاعْسَارِهِ) حِينَ الضَّمَانِ، فَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ حَتَّى ضَمِنَ تَخَيَّرَ الْمَضْمُونُ لَهُ فِي الْفَسْخِ. وَإِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْمَلَاءَةُ فِي الْإِبْتِدَاءِ، لَا الْإِسْتِدَامَةَ، فَلَوْ تَجَدَّدَ اعْسَارُهُ بَعْدَ الضَّمَانِ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْفَسْخُ، لِتَحَقُّقِ الشَّرْطِ خَالَتهُ، وَكَمَا لَا يَقْدَحُ تَجَدُّدُ اعْسَارِهِ فَكَذَا تَعَدُّرُ الْإِسْتِيفَاءِ مِنْهُ بِوَجْهِ آخَرَ.

و در ضامن شرط است که مال دار باشد یعنی مالک مالی باشد که حق موضوع ضمانت از محل آن پرداخت گردد و این مال، بیشتر از مستثنیات مال برای پرداخت دین باشد یا مضمون له نسبت به اعسار ضامن در زمان انعقاد ضمان، آگاهی داشته باشد پس اگر مضمون له، نسبت به اعسار ضامن آگاهی نداشته باشد و ضامن، ضمانت کند، مضمون له حق دارد که عقد ضمانت را فسخ نماید. [مبنای خیار فسخ

قاعده لا ضرر یا شرط ضمن طرفین می باشد] و مال دار بودن ضامن در ابتدا شرط است و تداوم آن شرط نیست بنابراین اگر ضامن بعد از انعقاد عقد ضمان، معسر شود، مضمون له حق فسخ نخواهد داشت زیرا شرط ضامن که مال دار بودن است در زمان انعقاد عقد ضمانت، وجود داشته است و همانگونه که بوجود آمدن اعسار [بعد از عقد ضمان] خللی وارد نمی کند، تعدّر پرداخت دین به علت دیگری هم، خللی بوجود نمی آورد [مانند اینکه ضامن، بمیرد یا فراری شود و دین را نپردازد. اگر ضامن در زمان انعقاد عقد ضمان، معسر باشد و مضمون له اطلاع نداشته باشد و حق فسخ پیدا کند اما قبل از اعمال حق فسخ، ضامن ملائت پیدا کند، اختلاف نظر وجود دارد که آیا حق بوجود آمده قبلی استصحاب می شود یا مبنای ضرر از بین رفته و حق فسخ هم از بین می رود؟ دیدگاه دوم قوی تر است.]

(وَيَجُوزُ الضَّمَانُ حَالًا وَ مُوَجَّلًا، عَنْ حَالٍ وَ مُوَجَّلٍ)، سَوَاءٌ تَسَاوَى الْمُوَجَّلَانِ فِي الْأَجَلِ أَمْ تَفَاوَتَا، لِلْأَصْلِ.

ثُمَّ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًا رَجَعَ مَعَ الْأَذَاءِ مُطْلَقًا، وَإِنْ كَانَ مُوَجَّلًا فَلَا رُجُوعَ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ حُلُولِهِ وَ أَذَائِهِ مُطْلَقًا

جایز است که عقد ضمان به صورت حال یا مؤجل، منعقد گردد و نسبت به دین حال یا دین مؤجل باشد [یعنی عقد ضمان را به چهار صورت می توان منعقد کرد: ضمان حال برای دین حال - ضمان مدت دار برای دین حال - ضمان حال برای دین مدت دار - ضمان مدت دار برای دین مدت دار. هر یک از این صورت ها به شکل خاصی منعقد می شود مثلاً ضامن در ضمان مدت دار می گوید: ضمانت می کنم که دین تو را یک سال بعد بپردازم.] و تفاوتی ندارد که زمان دین و زمان ضمانت، مساوی باشد یا متفاوت باشد [یعنی در صورتی که ضمان و دین، هر دو مدت دار هستند، تفاوتی ندارد که مقدار مدت ضمانت و مدت دین، یکسان باشد یا متفاوت باشد] زیرا اصل [بر عدم لزوم تساوی مدت دین و مدت ضمان می باشد]. پس اگر دین، حال باشد و ضامن، آن را بپردازد مطلقاً حق رجوع به مضمون عنه را دارد [اعم از اینکه، ضمان حال یا مؤجل باشد و آنچه که در اینجا مهم می باشد پرداخت دین است پس تا وقتی دین، پرداخت نشود، ضامن حق مراجعه به مضمون عنه ندارد.] و اگر دین، مدت دار باشد، ضامن حق

رجوع به مضمون عنه را ندارد مگر بعد از آنکه مدت دين فرا برسد و دين پرداخت شود، اعم از اينکه ضمانت، حال باشد يا مدت دار باشد.

(وَالْمَالُ الْمَضْمُونُ: مَا جازَ أَخَذَ الرَّهْنِ عَلَيْهِ) وَهُوَ الْمَالُ الثَّابِتُ فِي الذَّمِّ وَإِنْ كَانَ مُتَزَلِّلاً (وَلَوْ ضَمِنَ لِلْمُشْتَرِي عَهْدَةَ الثَّمَنِ) أَي: دَرَكَهُ عَلَى تَقْدِيرِ الْإِحْتِيَاجِ إِلَى رَدِّهِ (لَرِمَهُ) ضَمَانُهُ (فِي كُلِّ مَوْضِعٍ يَبْطُلُ فِيهِ الْبَيْعُ مِنْ رَأْسِ) كَالِاسْتِحْقَاقِ لِلْمَبِيعِ الْمُعَيَّنِ وَ لَمْ يُجْزِ الْمَالِكُ الْبَيْعَ، أَوْ أَجَارَهُ، وَ لَمْ يُجْزِ قَبْضَ الْبَائِعِ الثَّمَنِ، وَ مِثْلُهُ تَبَيُّنُ خَلَلٍ فِي الْبَيْعِ اقْتَضَى فِسَادَهُ مِنْ رَأْسِ، كَتَخَلُّفِ شَرْطٍ، أَوْ اقْتِرَانِ شَرْطٍ فَاسِدٍ، لَا مَا تَجَدَّدَ فِيهِ الْبُطْلَانُ، كَالْفُسْخِ بِالتَّقَايِلِ وَ الْمَجْلِسِ، وَ الْحَيَوَانِ، وَ الشَّرْطِ، وَ تَلْفِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ، لِعَدَمِ اسْتِغْثَالِ ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ حِينَ الضَّمَانِ عَلَى تَقْدِيرِ طُرُوعِ الْإِنْفِسَاحِ، بِخِلَافِ الْبَاطِلِ مِنْ أَصْلِهِ وَ لَوْ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ.

(وَلَوْ ضَمِنَ لَهُ) أَي: لِلْمُشْتَرِي ضَامِنٌ عَنِ الْبَائِعِ (دَرَكَ مَا يُحْدِثُهُ) الْمُشْتَرِي فِي الْأَرْضِ (مِنْ بِنَاءٍ، أَوْ عَرْسٍ) عَلَى تَقْدِيرِ ظُهُورِهَا مُسْتَحَقَّةً لِغَيْرِ الْبَائِعِ، وَ قَلْعِهِ لَهَا، أَوْ أَخْذِهِ أَجْرَةَ الْأَرْضِ (فَالْأَقْوَى جَوَازُهُ)، لِوُجُودِ سَبَبِ الضَّمَانِ خَالَةَ الْعَقْدِ، وَ هُوَ كَوْنُ الْأَرْضِ مُسْتَحَقَّةً لِغَيْرِهِ.

وَ قِيلَ: لَا يَصِحُّ الضَّمَانُ هُنَا، لِأَنَّهُ ضَمَانٌ مَا لَمْ يَجِبْ، لِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِ الْمُشْتَرِي الْأَرْضَ عَلَى الْبَائِعِ حِينَئِذٍ، وَإِنَّمَا اسْتَحَقَّهُ بَعْدَ الْقَلْعِ. وَ قِيلَ: إِنَّمَا يَصِحُّ هَذَا الضَّمَانُ مِنَ الْبَائِعِ، لِأَنَّهُ ثَابِتٌ عَلَيْهِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَ إِنْ لَمْ يَضْمَنْ، فَيَكُونُ ضَمَانُهُ تَأْكِيداً.

وَ هُوَ ضَعِيفٌ، لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ - مِنْ ضَمَانِهِ لِكَوْنِهِ بَائِعاً مُسَلِّطاً عَلَى الْإِنْتِفَاعِ مَجَاناً - ضَمَانُهُ بَعْدَهُ مَعَ عَدَمِ اجْتِمَاعِ شَرَايِطِهِ الَّتِي مِنْ جُمْلَتِهَا كَوْنُهُ ثَابِتاً خَالَ الضَّمَانِ. وَ تَطَهَّرَ الْفَائِدَةُ فِيمَا لَوْ أَشَقَطَ الْمُشْتَرِي عَنْهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِسَبَبِ الْبَيْعِ، فَيَبْقَى لَهُ الرُّجُوعُ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، لَوْ قُلْنَا بِصِحَّتِهِ، كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ خِيَارَانِ فَاسْقَطَ أَحَدَهُمَا.

وَ نَظِيرُ ضَمَانِ غَيْرِ الْبَائِعِ دَرَكَ الْعَرْسِ ضَمَانُهُ عَهْدَةَ الْمَبِيعِ لَوْ ظَهَرَ مَعِيباً فَيُطَالَبُ الْمُشْتَرِي بِالْأَرْضِ، لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الثَّمَنِ ثَابِتٌ وَقْتُ الضَّمَانِ، وَ وَجْهُ الْعَدَمِ هُنَا أَنَّ الْإِسْتِحْقَاقَ لَهُ، إِنَّمَا حَصَلَ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ، وَ اخْتِيَارِ أَخْذِ الْأَرْضِ. وَ الْمَوْجُودُ مِنَ الْعَيْبِ خَالَةَ الْعَقْدِ مَا كَانَ يَلْزَمُهُ تَعَيُّنُ الْأَرْضِ، بَلِ التَّخْيِيرُ بَيْنَهُ وَ بَيْنَ الرَّدِّ، فَلَمْ يَتَّعِنِ الْأَرْضُ إِلَّا بَعْدَ

الضَّمان.

وَ الْحَقُّ أَنَّهُ أَحَدُ الْفَرْدَيْنِ الثَّابِتَيْنِ تَخْيِيرًا خَالَةَ الْبَيْعِ، فَيُوصَفُ بِالثَّبُوتِ قَبْلَ اخْتِيَارِهِ
كَأَفْرَادِ الْوَاجِبِ الْمُخَيَّرِ.

[پس از بیان شرایط ضامن و مضمون له و مضمون عنه، مصنف بحث را به سوی شرایط حق و مالی منعطف می‌سازد که می‌توان از آن ضمانت کرد و به عنوان قاعده کلی می‌فرماید:] و مال موضوع ضمانت، مالی است که بتوان رهنی را برای آن قرارداد یعنی مالی که در ذمه، ثابت شده باشد هر چند ثبوت آن متزلزل باشد [مانند بیع خیاری که ثمن به صورت متزلزل برعهده خریدار قرار می‌گیرد. یعنی خریدار، پرداخت ذمه را برعهده دارد و بیع بخاطر خیار فسخ هنوز قطعی نشده است اما شخصی ضمانت پرداخت ثمن از سوی خریدار را می‌نماید. با توجه به قاعده مزبور که مال موضوع ضمانت را مالی می‌داند که بتواند موضوع رهن قرار گیرد، در پاره‌ای مصادیق ضمان، اختلاف نظر شده است و یکی از مصادیق اختلافی، ضمان عهده است که مصنف، آن را مطرح می‌کند. ضمان عهده شامل ضمان عهده ثمن و ضمان عهده مبیع می‌شود. ضمان عهده ثمن به معنای آن است که اگر پس از عقد بیع مشخص گردید که فروشنده، مالک مبیع نبوده است، ضامن، برگردان ثمن به خریدار را تضمین می‌کند بنابراین با ضمان ثمن تفاوت دارد که شخصی، پرداخت ثمن از سوی خریدار را تضمین می‌نماید. ضمان عهده مبیع نیز به معنای آن است که شخص ضمانت می‌کند هرگاه پس از عقد بیع مشخص شود که خریدار، مالک ثمن نبوده است مبیع را به فروشنده برگرداند که این ضمان هم با ضمان تحویل مبیع به خریدار، تفاوت دارد. بحث‌هایی که در اینجا وجود دارد آن است که با توجه به اینکه موضوع ضمانت، عین است آیا این ضمان با ضمان اصطلاحی تفاوت دارد و یا خیر و آیا این ضمانت ویژه عقد بیع است یا شامل سایر عقود هم می‌شود و آیا اختصاص به مستحق للغير درآمدن دارد یا هرگونه فسادی در مبیع یا ثمن را شامل می‌شود؟ مصنف به برخی از این موارد پرداخته و می‌فرماید:] و اگر ضامن، عهده ثمن را برای مشتری، ضمانت کند یعنی خسارت ثمن را در صورتی که نیاز به رد ثمن باشد، تضمین نماید، ضمانت وی در هر موردی که عقد بیع اساساً باطل شود، لازم است مانند اینکه معلوم گردد مبیع معین، متعلق به دیگری بوده است و مالک نیز بیع را

تنفیذ نکند یا مالک، عقد بیع را اجازه بدهد اما قبض ثمن توسط فروشنده را اجازه ندهد [یعنی مالک بخواهد خودش ثمن را اخذ نماید که البته در اینجا عقد بیع اساساً باطل نمی‌شود مگر اینکه گفته شود وقتی مالک، قبض ثمن را اجازه ندهد، یکی از لوازم اصلی آن را اجازه نداده و در نتیجه عقد بیع، باطل می‌شود. و مانند آن [یعنی معلوم شدن استحقاق غیرنسبت به مبیع] می‌باشد جایی که خللی در عقد بیع پدیدار شود که مقتضی فاسد بودن عقد بیع از پایه و اساس شود مانند اینکه تخلف از شرط صورت گیرد یا شرفاسدی در ضمن عقد صورت گرفته باشد [مانند اینکه مورد معامله برای قمارخانه فروخته شود] نه در مواردی که بطلان بیع، حادث می‌شود مانند اینکه عقد از راه اقاله یا خیار مجلس یا خیار حیوان یا خیار شرط یا تلف مبیع قبل از قبض، فسخ گردد زیرا بر فرض اینکه انفساخ عقد رخ دهد، ذمه مضمون عنه [یعنی فروشنده] در زمان انعقاد عقد ضمان، مشغول نبوده است بخلاف عقدی که از اصل باطل است و بطلانش، در نفس الامر می‌باشد. [یعنی فساد عقد در هنگام بیع معلوم نباشد و بعداً معلوم گردد اما واقعاً و در نفس الامر، باطل باشد. نتیجه‌ای که از سخنان فوق به دست می‌آید آن است که ضمان عهده مخصوص مواردی است که عقد بیع اساساً باطل باشد زیرا در سایر موارد، هنوز دینی بوجود نیامده است تا ضمانت شود و فقط مرحوم سیدمحمد کاظم یزدی در ص ۳۳۰ جلد دوم کتاب عروة الوثقی چنین ضمانتی را پذیرفته است. یکی از موارد اختلافی دیگر، ضمان درک مبیع می‌باشد که مصنف، آن را چنین مطرح کرده است:] و اگر ضامنی از سوی فروشنده و به نفع خریدار، خسارت ساختمان یا درختی را که مشتری در زمین ایجاد کرده است، ضمانت نماید که چنانچه معلوم شود زمین، متعلق به فروشنده نبوده است و نیز کندن درخت از زمین یا گرفتن اجرت زمین را تضمین نماید، نظریه قوی‌تر آن است که چنین ضمانتی جایز است زیرا سبب ضمانت یعنی تعلق زمین به غیر فروشنده، در زمان عقد وجود داشته است. و گفته شده است که چنین ضمانتی در اینجا صحیح نیست زیرا ضمان مالم یجب است [یعنی مالی مورد ضمانت قرار گرفته که هنوز بوجود نیامده است] و مشتری در زمانی که مشخص می‌شود مبیع، متعلق به فروشنده نیست، استحقاق دریافت ارزش از فروشنده را ندارد بلکه بعد از آنکه درخت یا بناء کننده شد، مستحق گرفتن ارزش می‌شود [یعنی

صرف باطل بودن عقد بیع، اُرشی را بر ذمه فروشنده ثابت نمی‌کند بلکه باید خسارتی هم به مشتری وارد شود و این خسارت بعد از کندن درختان و ساختمان، بوجود می‌آید. نظریهٔ سومی هم در مورد ضمان درک مبیع، مطرح گردیده و [گفته شده است که این ضمانت فقط از سوی فروشنده صحیح است چون چنین ضمانتی به محض انعقاد عقد، برعهدهٔ فروشنده ثابت می‌شود هر چند آن را ضمانت نکرده باشد پس ضمانت وی، تأکیدی بیش نیست. [یعنی وقتی فروشنده، زمینی را به دیگری می‌فروشد به صورت ضمنی، ضمانت می‌کند که خسارت خریدار را هم بپردازد یعنی اگر معلوم شد که زمین، متعلق به دیگری است و مشتری مجبور شد ساختمان و درختان را بکند، خسارت آن را بپردازد. حال فروشنده می‌تواند همین تعهد را در قالب عقد ضمان جداگانه‌ای بیان کند هر چند نیازی به آن نیست و خود بخود از عقد بیع فهمیده می‌شود. شهیدثانی، دیدگاه سوم را قبول نکرده و می‌گوید: [این نظریه، ضعیف است زیرا ضامن بودن فروشنده برای اینکه مشتری را مسلط سازد که از مورد معامله به صورت مجانی بهره‌بردار، لازمه‌اش آن نیست که ضمان درک را نیز با عقد ضمان، منعقد سازد [یعنی به فرض آنکه فروشنده به محض انعقاد عقد بیع، ضامن درک شود معنایش آن نیست که اگر عقد ضمانی به صورت مستقل، منعقد گردید آن عقد هم صحیح باشد بخصوص] در صورتی که شرایط عقد ضمان فراهم نباشد مثلاً دین در هنگام عقد ضمان برعهدهٔ فروشنده ثابت نشده باشد. [خلاصه اینکه ضمانتی که فروشنده در هنگام عقد بیع نسبت به درک مبیع پیدا می‌کند با عقد ضمانی که مستقلاً منعقد می‌شود تفاوت دارد و به فرض اینکه ضمانت نخست را بپذیریم، ضمانت دوم برقرار نخواهد شد و منظور ما در اینجا عقد ضمانی است که مستقلاً منعقد می‌شود هر چند نتیجهٔ هر دو ضمان، یک چیز باشد و اگر کسی بگوید با وجود ضمانت اول که خود بخود از عقد بیع فهمیده می‌شود چه نیازی به انعقاد عقد ضمانت به صورت مستقل می‌باشد؟ در پاسخ می‌گوئیم: [و فائده در جایی آشکار می‌شود که مشتری، حق رجوع به فروشنده را که از عقد بیع بوجود آمده است از خود اسقاط کند، در این صورت چنانچه عقد ضمان را صحیح بدانیم، مشتری حق دارد به سبب عقد ضمان به فروشنده مراجعه کند [یعنی در اینجا دو حق برای مشتری بوجود آمده است؛ یک حق که ناشی از عقد بیع است و یک حق که

ناشی از عقد ضمان می‌باشد. حال اگر خریدار، یکی از این دو حق را از خود اسقاط نماید حق دارد به سبب حق دیگر، به فروشنده مراجعه نماید [مانند اینکه شخصی، دارای دو اختیار باشد و یکی از اختیارها را اسقاط نماید] در این صورت می‌تواند از حق خیار دیگر که باقی است استفاده نماید. و [یکی از مصادیق اختلافی ضمان عهده، ضمان عهده ارش است یعنی شخصی ضمانت فروشنده را می‌نماید که چنانچه بعد از عقد بیع، معلوم شد که مبیع، معیوب بوده است، ارش آنرا بپردازد. شهیدثانی این نوع ضمانت را پذیرفته و می‌گوید:] و مانند ضمانت شخصی غیر از بایع نسبت به درک غرس است، ضمانت غیر بایع نسبت به عهده مبیع چنانچه معیوب درآید و مشتری، درخواست ارش بنماید [یعنی همانگونه که اگر شخصی ضمانت فروشنده را بنماید که اگر زمین، متعلق به غیر درآمد و کندن درختانی که مشتری غرس کرده است خسارتی را بر او وارد کند، خسارت را بپردازد، همچنین می‌تواند ضمانت فروشنده را بنماید که اگر مبیع، معیوب درآمد، ارش مشتری را بپردازد] زیرا ارش، بخشی از ثمن است که در هنگام انعقاد عقد ضمان، وجود دارد [یعنی ارش ناشی از عیب می‌باشد و عیب در هنگام عقد بیع وجود داشته است پس سبب ضمانت در هنگام عقد ضمانت وجود داشته است. اما عده‌ای ضمان عهده ارش را صحیح نمی‌دانند] و دلیل صحیح نبودن چنین ضمانتی آن است که استحقاق ارش، بعد از علم به عیب و انتخاب حق گرفتن ارش بوجود می‌آید و عیبی که در زمان عقد بیع وجود داشته است، فقط گرفتن ارش را ثابت نمی‌کند بلکه صاحب حق را مخیر می‌سازد که ارش بگیرد یا معامله را فسخ نماید بنابراین ارش بعد از عقد ضمان، تحقق می‌یابد. [خلاصه دلیل مخالفان آن است که ضمان عهده ارش در صورتی صحیح است که هنگام عقد بیع و ضمان، مضمون له فقط حق گرفتن ارش را داشته باشد اما در خیار عیب چنین نیست زیرا مضمون له علاوه بر حق گرفتن ارش، حق فسخ قرارداد را نیز دارد و حق ارش زمانی مشخصاً ثابت می‌شود که خریدار، آن را انتخاب نماید. شهیدثانی این دیدگاه را پذیرفته و می‌گوید:] حق آن است که ارش، یکی از دو فردی است که در زمان عقد بیع به صورت تخییری وجود دارد بنابراین می‌توان گفت که قبل از انتخاب ارش نیز ارش وجود داشته است مانند افراد واجب مخیر. [خلاصه اینکه سبب ارش که همان عیب می‌باشد در زمان عقد بیع

وجود داشته است منتها مسبب آن، دو چیز است؛ یکی ارش و دیگری فسخ که خریدار می تواند یکی از آنها را انتخاب نماید پس شرط عقد ضمان که وجود حق در زمان عقد می باشد در اینجا فراهم است.]

(وَأَلُو أَنْكَرَ الْمُسْتَحَقُّ الْقَبْضَ) مِنَ الضَّامِنِ (فَشَهَدَ عَلَيْهِ الْغَرِيمُ) وَهُوَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ (قَبِيلٌ) لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ أَمْرًا بِالضَّمَانِ، فَشَهَادَتُهُ عَلَيْهِ شَهَادَةٌ عَلَى نَفْسِهِ بِاسْتِحْقَاقِ الرَّجُوعِ عَلَيْهِ، وَشَهَادَةُ لِعَيْبِهِ فَتُسْمَعُ، وَإِنْ كَانَ الضَّامِنُ مُتَبَرِّعًا عَنْهُ، فَهُوَ أَجْنَبِيٌّ، فَلَا مَانِعَ مِنْ قَبُولِهَا لِيَرَاءَ تَهٍ مِنَ الدَّيْنِ، أَدَى أَمْ لَمْ يُوَدِّ. لَكِنْ إِنَّمَا تُقْبَلُ (مَعَ عَدَمِ التُّهْمَةِ) بِأَنْ تُفِيدَهُ الشَّهَادَةُ فَائِدَةً زَائِدَةً عَلَى مَا يَعْرِمُهُ، لَوْ لَمْ يَثْبُتِ الْأَدَاءُ فَتُرَدُّ.

وَلِلتُّهْمَةِ صُورٌ: مِنْهَا أَنْ يَكُونَ الضَّامِنُ مُعْسِرًا وَ لَمْ يَعْلَمْ الْمَضْمُونُ لَهُ بِإِعْسَارِهِ، فَإِنَّ لَهُ الْفَسْحَ حَيْثُ لَا يَثْبُتُ الْأَدَاءُ، وَ يَرْجَعُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ، فَيَدْفَعُ بِشَهَادَتِهِ عَوْدَ الْحَقِّ إِلَى ذِمَّتِهِ.

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الضَّامِنُ قَدْ تَجَدَّدَ عَلَيْهِ الْحَجْرُ لِلْفَلَسِ، وَ لِلْمَضْمُونِ عَنْهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَإِنَّهُ يُوفَّرُ بِشَهَادَتِهِ مَالِ الْمُفْلَسِ، فَيَرْدَادُ مَا يَضْرِبُ بِهِ.

وَ لَا فَرْقَ فِي هَاتَيْنِ بَيْنَ كَوْنِ الضَّامِنِ مُتَبَرِّعًا وَ سُؤَالَ، لِأَنَّ فَسْحَ الضَّمَانِ يُوجِبُ الْعَوْدَ عَلَى الْمَدْيُونِ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ، وَ مَعَ الْإِفْلَاسِ ظَاهِرٌ.

وَ جَعَلَ بَعْضُهُمْ مِنْ صُورِ التُّهْمَةِ: أَنْ يَكُونَ الضَّامِنُ قَدْ ضَالِحَ عَلَى أَقَلِّ مِنَ الْحَقِّ فَيَكُونُ رُجُوعُهُ عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِهِ سُؤَالَ إِنَّمَا هُوَ بِالْمَدْفُوعِ، فَتَجَرُّ شَهَادَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ تُّهْمَةً بِتَخْفِيفِ الدَّيْنِ عَنْهُ. وَ فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ يَكْفِي فِي سُقُوطِ الزَّائِدِ عَنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ اعْتِرَافُ الضَّامِنِ بِذَلِكَ، فَلَا يَرْجَعُ بِهِ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ فَتَنْدَفِعُ التُّهْمَةُ، وَ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ كَمَا نَبَّهَ عَلَيْهِ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ: (وَ مَعَ عَدَمِ قَبُولِ قَوْلِهِ)، لِلتُّهْمَةِ أَوْ لِعَدَمِ الْعَدَالَةِ (لَوْ غَرِمَ الضَّامِنُ رَجَعَ) عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ (فِي مَوْضِعِ الرَّجُوعِ) وَ هُوَ مَا لَوْ كَانَ ضَامِنًا بِأَذْنِهِ (بِمَا آدَاهُ أَوْلًا) لِتَصَادُقِهَا عَلَى كَوْنِهِ هُوَ الْمُسْتَحَقُّ فِي ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ، وَ اعْتِرَافِهِ بِأَنَّ الْمَضْمُونَ لَهُ ظَالِمٌ بِالْأَخْذِ ثَانِيًا. هَذَا مَعَ مُسَاوَاةِ الْأَوَّلِ لِلْحَقِّ أَوْ قُصُورِهِ، وَ إِلَّا رَجَعَ عَلَيْهِ بِأَقَلِّ الْأَمْرَيْنِ مِنْهُ وَ مِنَ الْحَقِّ، لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ الرَّجُوعَ بِالزَّائِدِ عَلَيْهِ. وَ مِنْهُ مَا لَوْ صَدَّقَهُ عَلَى الدَّفْعِ وَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ، وَ يُمَكِّنُ دُخُولَهُ فِي عَدَمِ قَبُولِ قَوْلِهِ.

(وَ لَوْ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الدَّفْعِ) الَّذِي آدَعَاهُ (رَجَعَ) عَلَيْهِ (بِالْأَقَلِّ) مِمَّا آدَعَى آدَاءَهُ أَوْلًا

وَأَدَاءَهُ أَخْبِرًا، لِأَنَّ الْأَقْلَّ إِن كَانَ هُوَ الْأَوَّلَ، فَهُوَ يَعْتَرِفُ بِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ سِوَاهُ، وَ أَنَّ الْمَضْمُونَ لَهُ ظَلَمَةٌ فِي الثَّانِي، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي، فَلَمْ يَثْبُتْ ظَاهِرًا سِوَاهُ. وَ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ يَرْجِعُ بِالْأَقْلِّ مِنْهُمَا، وَ مِنَ الْحَقِّ.

و اگر مضمون له، قبض دین از ضامن را انکار کند و مضمون علیه بر علیه مضمون عنه، شهادت بدهد؛ شهادت مضمون عنه پذیرفته می شود [علت طرح این مسأله آن است که یکی از شرایط شهادت ذی نفع نبودن شاهد است حال اگر طلبکار ادعا کند که طلب خود را از ضامن دریافت نکرده است و مضمون عنه به نفع ضامن و علیه مضمون عنه شهادت بدهد ممکن است گفته شود که شهادت مضمون عنه پذیرفته نیست زیرا ذی نفع بوده و در حقیقت، بدهی او پرداخت می شود. اما مصنف این شهادت را قابل پذیرش دانسته و در بیان علت پذیرش شهادت می گوید: مضمون عنه، دو حالت بیشتر ندارد؛ یا اذن به ضمان داده است یا چنین اذنی نداده است که هر دو صورت را بررسی می کنیم؛] اگر مضمون عنه، دستور و اذن به ضمان داده باشد پس شهادتی که می دهد، شهادت بر علیه خودش می باشد زیرا ضامن، حق پیدا می کند که به او مراجعه کرده و دینی را که ادعا می کند پرداخته است از او می گیرد و این شهادت، شهادت به نفع غیر می باشد و پذیرفته می شود [پس شهادت مضمون عنه، شهادت به نفع ضامن و بر علیه مضمون له می باشد و خودش نه تنها نفعی ندارد بلکه بر ضرر او نیز می باشد. حالت دوم آن است که ضامن، بدون اذن و دستور مضمون عنه، ضمانت کرده باشد که در این حالت نیز] اگر ضامن، به صورت تبرّعی ضمانت کرده باشد، مضمون عنه یک شخص ثالث و اجنبی به حساب خواهد آمد و مانعی برای پذیرش شهادت او وجود ندارد زیرا مسؤولیتی برای پرداخت دین ندارد اعم از اینکه ضامن آن را پرداخته یا نپرداخته باشد [یعنی وقتی دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل شد، ضامن مسؤولیتی ندارد و در این زمینه، شخص ثالث به حساب می آید. البته شرط هر شهادتی آن است که شاهد در معرض اتهام قرار نداشته باشد و این شرط در اینجا هم وجود دارد و مصنف می فرماید] اما شهادت [مضمون عنه به نفع ضامن] در صورتی پذیرفته می شود که اتهامی وجود نداشته باشد [و وجود اتهام به این صورت است که] شهادت مضمون عنه فایده ای بیشتر از غرامتی داشته باشد که در صورت عدم ثبوت ادای شهادت به ضامن

می‌دهد پس در این صورت، شهادت مضمون عنه، پذیرفته نمی‌شود [خلاصه این قسمت آن است که اگر شهادت مضمون عنه به نفع شاهد، پذیرفته شود، مضمون عنه باید مبلغ کمتری را به ضامن بدهد اما اگر شهادتش پذیرفته نشود باید مبلغ بیشتری بدهد و این یک نوع اتهام برای شاهد می‌باشد. البته اتهام شاهد، منحصر در همین مورد نیست بلکه] صورتهای مختلفی برای اتهام وجود دارد و یکی از صورتهای اتهام آن است که ضامن، معسر باشد و مضمون له، اطلاعی از اعسار وی نداشته باشد زیرا در این صورت اگر پرداخت دین از سوی ضامن به اثبات نرسد، مضمون له می‌تواند عقد ضمان را فسخ نموده و به مضمون عنه مراجعه کند بنابراین شهادت مضمون عنه سبب می‌شود که دین دوباره به ذمه مضمون عنه برگردد. [خلاصه اینکه اگر شهادت مضمون عنه مبنی بر اینکه ضامن، دین را پرداخته است پذیرفته شود، مضمون عنه مسؤولیتی برای پرداخت دین نخواهد داشت و اگر پذیرفته نشود، مضمون عنه باید دین را بپردازد زیرا دین دوباره از ذمه مضمون عنه برمی‌گردد و این نوع اتهام برای مضمون عنه می‌باشد.] یکی دیگر از صورتهای اتهام آن است که ضامن، بعد از عقد ضمان، محجور شود و مضمون عنه، دینی را برعهده او داشته باشد که در این صورت چنانچه به نفع ضامن شهادت بدهد، مال ضامن بیشتر شده و حصه او افزایش می‌یابد. [خلاصه این صورت آن است که ضامن، ورشکست می‌شود و چند طلبکار دارد که باید اموال وی میان آنها تقسیم شود و مضمون عنه نیز یکی از طلبکارهاست. حال اگر شهادت مضمون عنه مبنی بر اینکه ضامن، دین را پرداخته است پذیرفته شود، مضمون له از دایره طلبکاران خارج می‌شود و در نتیجه مال بیشتری به مضمون عنه می‌رسد اما اگر شهادت وی پذیرفته نشود، مضمون عنه نیز جزء غرماء قرار می‌گیرد و در نتیجه، سهم مضمون عنه کاهش پیدا می‌کند.] و در این دو صورت [که ضامن هنگام عقد ضمان، معسر بوده و مضمون له نسبت به آن آگاهی نداشته است و اینکه ضامن بعداً محجور شده است] تفاوتی ندارد که ضامن به شکل تبرّعی [و بدون درخواست مضمون عنه] ضمانت کرده باشد یا با درخواست مضمون عنه، ضمانت کرده باشد زیرا فسخ عقد ضمان در هر دو صورت، سبب می‌شود که دین دوباره برعهده مضمون عنه و مدیون قرار گیرد و در صورتی که ضامن بعداً ورشکسته شود، مسأله روشن تر است [زیرا

مضمون له در صورتی که پرداخت دین از سوی ضامن، ثابت نشود می تواند عقد ضمان را فسخ نموده و به مضمون عنه مراجعه کند] و برخی از فقها یکی از صورت های اتّهام شاهد را چنین بیان کرده اند که ضامن [با مضمون له] توافق نماید که مبلغی کمتر از دین را بپردازد بنابراین ضامن در صورتی که با اذن مضمون عنه، ضمانت کرده باشد فقط به اندازه ای که پرداخت کرده است حق مراجعه به مضمون عنه را دارد بنابراین شهادت مضمون عنه، سبب اتّهام می شود زیرا دین [و مبلغی که به ضامن می پردازد] کاهش پیدا می کند. [مثلاً «الف» ضامن «ب» شده است تا بدهی او را که معادل مبلغ یک میلیون تومان می باشد به «ج» بپردازد و «الف» با «ج» توافق می کند که مبلغ هشتصد هزار تومان به وی بپردازد. در اینجا اگر شهادت «ب» مبنی بر پرداخت مبلغ هشتصد هزار تومان پذیرفته شد. «الف» فقط برای گرفتن مبلغ هشتصد هزار تومان به «ج» مراجعه می کند و این اتهامی برای شهادت «ب» می باشد. شهیدثانی اتهامی بودن شهادت را نپذیرفته و می گوید: در این موضوع، تأمل وجود دارد زیرا برای ساقط شدن مقدار زائد از عهده مضمون عنه، اعتراف ضامن به پرداخت این مبلغ کفایت می کند و ضامن حق رجوع به مضمون عنه [برای مقدار اضافه تر] را ندارد اگر چه ضامن، ثابت نکند که مضمون له، دین را گرفته است بنابراین تهمتی وجود ندارد و شهادت نیز پذیرفته می شود [یعنی همینکه ضامن بگوید هشتصد هزار تومان به مضمون له پرداخته ام کفایت می کند که نتواند بیشتر از آن را از مضمون عنه بگیرد اعم از اینکه مضمون عنه به نفع ضامن شهادت بدهد یا شهادت ندهد]. مرحوم شهید اول نیز به این مطلب اشاره کرده و می فرماید: و در صورتی که شهادت مضمون عنه بخاطر وجود اتّهام یا عدم عدالت، پذیرفته نشود چنانچه ضامن، غرامتی را پرداخته باشد، [یعنی مجبور شود دوباره دین را بپردازد] در جایی که حق رجوع داشته باشد یعنی در جایی که ضمانت با اذن مضمون عنه باشد، فقط به همان اندازه ای که اول پرداخته است حق رجوع به مضمون عنه را دارد [نه آنچه که دوباره می پردازد] زیرا ضامن و مضمون عنه باهم توافق نموده اند که آنچه ضامن، مرتبه اول پرداخته است، در ذمه مضمون عنه قرار داشته باشد و ضامن نیز اعتراف می کند که مضمون له، نسبت به اخذ دوباره دین، حقی نداشته است و این [رجوع ضامن به مضمون عنه نسبت به مقداری که پرداخته است] در

صورتی است که آنچه ضامن مرتبه اول پرداخته است مساوی با مقدار دین یا کمتر از آن باشد اما اگر آنچه که دفعه اول پرداخته است مساوی با دین نباشد [بلکه کمتر یا بیش تر از آن باشد] ضامن حق دارد به مقدار کمتر از آن دو به مضمون عنه مراجعه کند [یعنی دین یا آنچه را که اول پرداخته است هر کدام کمتر باشد، هر کدام کمتر بودن به ضامن پرداخت می شود] زیرا حق ندارد نسبت به مقدار زائد مراجعه نماید [چون اگر مقدار کمتر را پرداخته باشد، حق ندارد مقدار بیشتر را بگیرد و اگر مقدار بیشتر را پرداخته باشد، نسبت به مقدار زاید، متبرع به حساب می آید]. و مانند همین مورد است، جایی که مضمون عنه، ضامن را تأیید می کند که دین را پرداخته است بدون اینکه شهادت بدهد. [یعنی ممکن است مضمون عنه به نفع ضامن، شهادت ندهد اما پرداخت دین از سوی ضامن را تأیید نماید. در این صورت هم مانند موردی که مضمون عنه به نفع ضامن شهادت می دهد، ضامن حق مراجعه به مضمون عنه نسبت به مقدار کمتر یا مساوی دین را دارد و حق درخواست مبلغ بیشتر را ندارد. شهید ثانی می فرماید: ممکن است شهید اول، این صورت را هم در کلام خود در نظر گرفته باشد و] ممکن است این صورت، داخل در عبارت شهید اول باشد که فرمود: «و مع عدم قبول قوله» [یعنی موردی که ضامن، مضمون عنه را تأیید می کند ممکن است مشمول همین عبارت باشد زیرا عدم پذیرش سخن مضمون عنه یا بخاطر آن است که شهادتش پذیرفته نمی شود و یا بخاطر آن است که صرف تأیید کردن می باشد و شهادت به حساب نمی آید].

و اگر مضمون عنه، ضامن را نسبت به دینی که ادعای پرداخت آن را می نماید تأیید نکند، ضامن حق دارد به مقدار کمتر از آنچه که ادعا می کند اول پرداخته است و ادعا می کند بعداً پرداخته است، به مضمون عنه مراجعه نماید [مثلاً اگر ضامن می گوید که دفعه اول یک میلیون تومان به مضمون له پرداخت کرده ام و دفعه دوم هشتصد هزار تومان پرداخت کرده ام، ضامن فقط حق دارد هشتصد هزار تومان از مضمون عنه بگیرد] زیرا مقدار کمتر، چنانچه مقدار اولی باشد [یعنی ادعا کند که مرتبه اول هشتصد هزار تومان پرداخته است] پس ضامن اعتراف می کند که مضمون له، مستحق دریافت مبلغ بیشتر نبوده است و مضمون له مبلغ دوم را ظالمانه گرفته است و اگر مبلغ کمتر، مبلغ دوم باشد [یعنی ضامن بگوید که دفعه اول، یک میلیون و دفعه دوم، هشتصد هزار تومان

پرداخته‌ام، ظاهراً بیشتر از آن ثابت نشده است [یعنی گرچه ضامن ممکن است دو مرتبه، دین را پرداخته و یک مرتبه، یک میلیون تومان و مرتبه دیگر هشتصد هزار تومان پرداخته است اما ظاهراً نمی‌تواند پرداخت بیشتر از هشتصد هزار تومان را ثابت کند زیرا فرض بر آن است که پرداخت مرتبه اول قابل اثبات نیست. شهیدثانی برخلاف شهید اول می‌فرماید که برای تعیین مبلغ کمتر فقط به مبلغی که مرتبه اول یا دوم پرداخته شده است اکتفا نمی‌شود بلکه باید به اصل دین نیز توجه داشت و کمترین مبلغ از هر سه مبلغ را می‌تواند از مضمون عنه بگیرد. ایشان می‌فرماید:] و براساس آنچه که ما گفتیم [که ضامن به کمترین از دو امر مراجعه می‌کند] ضامن به کمترین از آنچه که اول پرداخته شده و آنچه که بعداً پرداخته شده و اصل دین [به مضمون عنه] مراجعه می‌نماید.

(کتاب الحوالة)

(وَهِيَ التَّعَهُدُ بِالْمَالِ مِنَ الْمَشْغُولِ بِمِثْلِهِ) لِلْمُجِيلِ. هَذَا هُوَ الْقَدْرُ الْمُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنَ الْحَوَالَةِ، وَالْأَفْأَقْوَى جَوَازُهَا عَلَى الْبَرِيِّ، لِلْأَصْلِ، لِكِنَّةِ يَكُونُ أَشْبَهَ بِالضَّمَانِ، لِإِفْتِضَائِهِ نَقْلَ الْمَالِ مِنْ ذِمَّةِ مَشْغُولِهِ إِلَى ذِمَّةِ بَرِيئَةٍ، فَكَأَنَّ الْمَحَالَ عَلَيْهِ بِقَبُولِهِ لَهَا ضَامِنٌ لِذَيْنِ الْمُحْتَالَ عَلَى الْمُجِيلِ، وَ لِكِنَّةِهَا لَا تَخْرُجُ بِهَذَا الشَّبَهِ عَنِ أَصْلِ الْحَوَالَةِ فَتَلَحُّقُهَا أَحْكَامُهَا.

[حواله در لغت به معنای تحوّل و تغییر است و در اینجا به معنای تحویل و تغییر مال از ذمه یک نفر به ذمه دیگری است. عقد حواله یک عقد معین است که هم در روایات شرعی بیان شده و هم، اجماع فقها آن را پذیرفته است. شهید اول و شهید ثانی در اینجا مهم‌ترین احکام و مقررات این عقد را بیان کرده‌اند که در مواد ۷۲۴ تا ۷۳۳ قانون مدنی، مورد پیروی قانونگذار نیز قرار گرفته است. ایشان در بیان ماهیت عقد حواله می‌فرمایند:] حواله عبارت است از تعهد به مال از سوی کسی که ذمه او مشغول به مثل آن است برای حواله دهنده. [در اینجا «الف» مدیون و محیل است، «ب» طلبکار و محتال است و «ج» شخص ثالثی است که به «الف» بدهکار می‌باشد و محال علیه نام دارد. در عقد حواله، طلب «ب» از ذمه «الف» به ذمه «ج» انتقال پیدا می‌کند. پس در عقد حواله چهار رکن وجود دارد: محیل، محال، محال علیه و محال به. همانگونه که قبلاً دیدیم، عقد ضمان یک معنای خاص داشت و معنای عام شامل عقد حواله نیز می‌شد اما عده‌ای تفاوت حواله و ضمان را در این می‌دانند که در حواله باید محال علیه، بدهکار باشد اما در ضمان باید ضامن، بدهکار نباشد. این تفاوت مورد قبول همه فقها نیست و در همینجا هم گرچه شهید اول، محال علیه را شخصی می‌داند که ذمه او نسبت به محیل، مشغول است اما شهیدثانی بر این تعریف خرده گرفته می‌فرماید:] این تعریف، تعریفی از حواله است که نسبت به آن اتفاق نظر وجود دارد و گونه نظریه قوی تر آن است که حواله بر شخص بری و غیرمدیون نیز جایز است [یعنی لازم نیست

که محال علیه به محیل، بدهکار باشد بلکه ممکن است همچون ضامن، شخصی بری و غیر مدیون باشد و دلیل آن [بخاطر اصل است] یعنی اصل صحت یا اصل عدم اشتراط مدیون بودن یا اصل جواز] اما شبیه عقد ضمان می شود زیرا سبب می شود که مال از یک ذمه مدیون و بدهکار به یک ذمه بری و غیر بدهکار، انتقال پیدا کند و گویی محال علیه زمانی که حواله را قبول می کند، دینی را که محتال بر ذمه محیل دارد، ضمانت می کند اما این شباهتی [که میان عقد ضمان و عقد حواله بوجود می آید] حواله را از عقد حواله بودن خارج نمی کند بنابراین کماکان احکام عقد حواله بر آن بار می شود [هر چند محال علیه بدهکار نباشد. مبنای این دو نظریه آن است که حواله را استیفاء بدانیم یا اعتیاض؛ اگر استیفاء باشد لازم نیست که محال علیه بدهکار باشد اما اگر اعتیاض باشد باید دینی در ذمه محال علیه باشد تا با دینی که در ذمه محیل می باشد عوض شود.]

(و یُسْتَرَطُّ فِيهَا رِضَا الثَّلَاثَةِ) أَمَّا رِضَا الْمُحِيلِ وَ الْمُحْتَالِ فَمَوْضِعٌ وَفَاقٍ، وَ لِأَنَّ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ مَخَيَّرٌ فِي جِهَاتِ الْقَضَاءِ مِنْ مَالِهِ، وَ دَيْئُهُ الْمُحَالُ بِهِ مِنْ جُمَلَتِهَا، وَ الْمُحْتَالُ حَقُّهُ ثَابِتٌ فِي ذِمَّةِ الْمُحِيلِ، فَلَا يَلْزَمُهُ نَقْلُهُ إِلَى ذِمَّةِ أُخْرَى بَعْدَ رِضَا. وَ أَمَّا الْمُحَالُ عَلَيْهِ فَاسْتِرَاطٌ رِضَاءٌ هُوَ الْمَشْهُورُ، وَ لِأَنَّهُ أَحَدُ أَرْكَانِ الْحَوَالَةِ، وَ لِاخْتِلَافِ النَّاسِ فِي الْإِقْتِضَاءِ سُهُولَةً وَ صُعُوبَةً.

وَ فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ الْمُحِيلَ قَدْ أَقَامَ الْمُحْتَالَ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي الْقَبْضِ بِالْحَوَالَةِ، فَلَا وَجْهَ لِلْإِفْتِقَارِ إِلَى رِضَا مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ، كَمَا لَوْ وَكَلَّهُ فِي الْقَبْضِ مِنْهُ. وَ اخْتِلَافُ النَّاسِ فِي الْإِقْتِضَاءِ لَا يَمْنَعُ مِنْ مَطَالَبَةِ الْمُسْتَحِقِّ وَ مَنْ نَصَبَهُ، خُصُوصاً مَعَ اتِّفَاقِ الْحَقَّيْنِ جِنْساً وَ وَجْهاً، فَعَدَمُ اعْتِبَارِهِ أَقْوَى. نَعَمْ لَوْ كَانَا مُخْتَلِفَيْنِ، وَ كَانَ الْعَرَضُ اسْتِيفَاءً مِثْلَ حَقِّ الْمُحْتَالِ تَوَجَّهَ اعْتِبَارُ رِضَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ، لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْمُعَاوَضَةِ الْجَدِيدَةِ، فَلَا بَدَّ مِنْ رِضَا الْمُتَعَاوِضَيْنِ، وَ لَوْ رَضِيَ الْمُحْتَالُ بِأَخْذِ جِنْسٍ مَا عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ، زَالَ الْمَحْذُورُ أَيْضاً، وَ عَلَى تَقْدِيرِ اعْتِبَارِ رِضَا، لَيْسَ هُوَ عَلَى حَدِّ رِضَاهُمَا، لِأَنَّ الْحَوَالَةَ عَقْدٌ لِأَنَّهُ لَا يَتِيمُ إِلَّا بِإِجَابٍ وَ قَبُولٍ، فَلَا يَجَابُ مِنَ الْمُحِيلِ، وَ الْقَبُولُ مِنَ الْمُحْتَالِ.

وَ يُعْتَبَرُ فِيهِمَا مَا يُعْتَبَرُ فِي غَيْرِهِمَا مِنَ اللَّفْظِ الْعَرَبِيِّ وَ الْمُطَابَقَةِ وَ غَيْرِهِمَا، وَ أَمَّا رِضَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ، فَيَكْفِي كَيْفَ اتَّفَقَ مُتَقَدِّماً وَ مُتَأَخِّراً وَ مُقَارِناً، وَ لَوْ جَوَزْنَا الْحَوَالَةَ عَلَى

الرَّيِّءِ، اَعْتَبِرْ رِضَاهُ قَطْعاً، وَ يُسْتَشْنَى مِنْ اَعْتِبَارِ رِضَا الْمُحِيلِ مَا لَوْ تَبَرَّعَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ بِالْوَفَاءِ، فَلَا يُعْتَبَرُ رِضَا الْمُحِيلِ قَطْعاً، لِأَنَّهُ وَفَاءٌ دَيْنِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ.
وَالْعِبَارَةُ عَنْهُ حِينَئِذٍ أَنْ يَقُولَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ لِلْمُحْتَالِ: أَحَلَّتْكَ بِالَّذِينَ الَّذِي لَكَ عَلَيَّ
فُلَانٍ عَلَيَّ نَفْسِي، فَيَقْبَلُ فَيَقُومَانِ بِرُكْنِ الْعُقْدِ.

و در عقد حواله، رضایت سه نفر شرط است [محیل، محتال و محال علیه] اما لزوم رضایت محیل و محتال، مورد اتفاق نظر همه فقهاست زیرا کسی که حتی برعهده اوست [یعنی محیل] در نحوه ادای حق از اموالش، اختیار دارد و دینی که [بعهده اوست و] آن را [به محال علیه] حواله می دهد از جمله این حقوق است [یعنی محیل، دین و بدهی به محتال دارد و می تواند آن را از راههای گوناگونی همچون پرداخت مستقیم به وی، حواله دادن به شخصی که بدهکار اوست یا از راههای دیگر پردازد بنابراین نمی توان او را به پرداخت دین از راه خاصی مجبور کرد بلکه باید رضایت داشته باشد پس رضایت وی برای پرداخت دین از طریق محال علیه، شرط است. و اما علت اینکه رضایت محتال برای تحقق عقد حواله شرط می باشد آن است که [محتال، حقی را بر ذمه و عهده محیل دارد [و طلبکار اوست] و نمی توان محتال را مجبور کرد طلب و حقی [از ذمه محیل] به ذمه شخص دیگری [محال علیه] بدون رضایت وی منتقل گردد. و اما شرط رضایت محال علیه نیز، نظر مشهور فقهاست زیرا یکی از ارکان عقد حواله می باشد و از طرفی مردم از نظر سهولت یا سختی معاملات خود تفاوت دارند [بنابراین نمی توان محال علیه را مجبور کرد که بدهی را که به محیل دارد به محتال پرداخت نماید. در مورد نحوه تحقق عقد حواله، چند دیدگاه وجود دارد؛ یک دیدگاه آن است که عقد حواله با ایجاب محیل و قبول محتال، تحقق می یابد. دیدگاه دیگر آن است که در عقد حواله یک ایجاب وجود دارد که از سوی محیل، منعقد می شود و دو قبول وجود دارد که از سوی محتال و محال علیه تحقق می یابد، دیدگاه سوم آن است که عقد حواله، مرکب از دو عقد است؛ یکی ایجاب محیل خطاب به محتال مبنی بر انتقال بدهی و قبول محتال و دیگری ایجاب محیل خطاب به محال علیه مبنی بر انتقال طلب و قبول محال علیه که هر دو عقد یکدیگر را تکمیل می کنند. شهیدثانی ظاهراً تمایل به نظر دوم دارد و رضایت محال علیه را نیز شرط می داند اما شهید اول ظاهراً نظر اول را پذیرفته و

قبول محال علیه را لازم نمی‌داند و در توجیه نظر خود چنین می‌گوید: [و در این مسأله [یعنی اشتراط رضایت سه نفر] تأمل وجود دارد زیرا محیل از طریق حواله، محتال را قائم مقام خودش قرار می‌دهد تا طلبش [را از محال علیه] قبض نماید بنابراین دلیلی بر لزوم رضایت شخصی که دین بر ذمهٔ اوست [یعنی محال علیه] وجود ندارد مانند اینکه محیل به محتال وکالت بدهد که طلبش را از محال علیه قبض نماید و [اینکه مردم در معاملات خود از نظر سخت‌گیری و سهولت، متفاوت هستند نیز دلیلی بر لزوم رضایت محال علیه نمی‌شود زیرا] و اختلاف مردم در معاملات، مانع از مطالبهٔ مستحق [محیل] و کسی که منصوب از طرف اوست نمی‌شود مخصوصاً زمانی که هر دو حق، از نظر جنس و وصف، یکسان باشند [یعنی محتال نیز منصوب از طرف محیل است بنابراین سهل معامله یا صعب معامله بودن، تأثیری در این موضوع ندارد] بنابراین نظریهٔ معتبر نبودن رضایت محال علیه، قوی‌تر است. بله اگر دو دین، مختلف باشند و هدف [از حواله] مطالبهٔ مثل حق محتال [از محال علیه] باشد [مثلاً محیل از محال علیه، دینار بگیرد] رضایت محال علیه لازم است زیرا چنین حواله‌ای به منزلهٔ معاوضهٔ جدید است بنابراین باید طرفین معاوضه، رضایت داشته باشند [یعنی درهمی که برعهدهٔ محال علیه است با دیناری که برعهدهٔ محیل می‌باشد باهم معاوضه می‌شوند بنابراین باید محیل و محال علیه نسبت به این معاوضه، رضایت داشته باشند] و اگر محتال، راضی شود که جنس همان مالی را که بر ذمهٔ محال علیه می‌باشد، دریافت نماید، ممنوعیت برطرف می‌شود [مثلاً اگر محتال راضی شود که بجای دیناری که از محیل طلب دارد، همان درهمی را از محال علیه بگیرد که محیل از محال علیه، طلب دارد، نیازی به رضایت محال علیه نخواهد بود. شهیدثانی سپس می‌فرماید به فرض آنکه رضایت محال علیه در عقد حواله لازم باشد، همان ارزش و اعتبار رضایت محتال را ندارد زیرا عقد با ایجاب محیل و قبول محتال، منعقد می‌شود و رضایت محال علیه، فقط در حد پذیرش این عقد تکمیل شده است نه اینکه آن را تکمیل کند بنابراین شرایط قبول مانند فوریت و نظایر آن را نیز لازم ندارد. بنابراین] به فرض لازم بودن رضایت محال علیه، این رضایت در حد رضایت محیل و محتال نیست زیرا حواله یک عقد لازم است که با ایجاب و قبول کامل می‌شود که ایجاب از سوی محیل و قبول از سوی محتال

می‌باشد. و در ایجاب و قبول [عقد حواله] تمام شرایطی که در سایر ایجاب‌ها و قبول‌ها لازم است مانند عربی بودن لفظ، مطابقت ایجاب و قبول و سایر شرایط، ضروری می‌باشد اما رضایت محال علیه به هر شکلی که اتفاق بیفتد کفایت می‌کند اعم از اینکه مقدم یا متاخر یا مقارن [بر ایجاب] باشد و اگر حواله بر شخص بری [و غیر مدیون] را جایز بدانیم قطعاً رضایت محال علیه نیز شرط است. و لزوم رضایت محیل استثناء می‌شود در جایی که محال علیه، تبرعاً دین را بپردازد بنابراین رضایت محیل قطعاً لازم نیست زیرا وفای دین محیل بدون اذن وی می‌باشد. [در اینجا عقد حواله به معنای واقعی آن منعقد نمی‌شود تا نیازی به رضایت محیل باشد بلکه ایفای دین از سوی شخص ثالث است که نیازی هم به رضایت مدیون ندارد.] بنابراین تحقق عقد حواله [در صورتی که محال علیه، تبرعاً دین محیل را می‌پردازد] بدین صورت است که محال علیه به محتال می‌گوید: «تو را نسبت به دینی که برعهده فلان شخص داری، به خودم حواله می‌دهم» و محتال نیز آن را قبول می‌کند و محال علیه و محتال [هر کدام] رکنی از عقد را محقق می‌سازند.

وَ حَيْثُ تَتِمُّ الْحَوَالَةُ تَلْزَمُ (فَيَتَحَوَّلُ فِيهَا الْمَالُ) مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ
(كَالضَّمَانِ) عِنْدَنَا، وَ يَبْرَأُ الْمُحِيلُ مِنْ حَقِّ الْمُحْتَالِ بِمَجْرَدِهَا وَإِنْ لَمْ يُبْرِئْهُ الْمُحْتَالُ، لِذِلَالَةِ
التَّحَوُّلِ عَلَيْهِ، فِي الْمَشْهُورِ.

(و لَا يَجِبُ) عَلَى الْمُحْتَالِ (قَبُولُهَا عَلَى الْمَلِيءِ) لِأَنَّ الْوَاجِبَ أَداءُ الدَّيْنِ، وَ الْحَوَالَةُ
لَيْسَتْ أَداءً، وَ إِنَّمَا هِيَ نَقْلٌ لَهُ مِنْ ذِمَّةِ إِلَى أُخْرَى، فَلَا يَجِبُ قَبُولُهَا عِنْدَنَا، وَ مَا وَرَدَ مِنَ الْأَمْرِ
بِقَبُولِهَا عَلَى الْمَلِيءِ - عَلَى تَقْدِيرِ صِحَّتِهِ - مَحْمُولٌ عَلَى الْإِسْتِحْبَابِ (وَ لَوْ ظَهَرَ إِعْسَارُهُ)
حَالِ الْحَوَالَةِ، بَعْدَهَا (فَسَخَّ الْمُحْتَالُ) إِنْ شَاءَ، سَوَاءً شَرَطَ يَسَارَةَ أَمْ لَا، وَ سَوَاءً تَجَدَّدَ لَهُ
الْيَسَارُ قَبْلَ الْفَسْخِ أَمْ لَا، وَإِنْ زَالَ الضَّرَرُ، عَمَلًا بِالْإِسْتِحْبَابِ. وَ لَوْ أُنْعِكَسَ بِأَنَّ كَانَ مُوسِرًا
حَالَتِهَا فَتَجَدَّدَ إِعْسَارُهُ فَلَا خِيَارَ، لِوُجُودِ الشَّرْطِ.

و زمانی که عقد حواله تحقق یافت، مال از ذمه محیل به ذمه محال علیه منتقل می‌شود همانگونه که در عقد ضمان به اعتقاد فقهای شیعه [عقد ضمان موجب نقل ذمه به ذمه می‌شود. البته مرحوم شیخ طوسی گفته است که انتقال ذمه صورت نمی‌گیرد و محتال حق دارد مجدداً به محیل مراجعه کند و استناد وی به روایتی از زرارة بن اعین

است] و محیل به مجرّد انعقاد عقد حواله، نسبت به حق محتال، برائت حاصل می‌کند هر چند محتال، او را بری نساخته باشد زیرا به اعتقاد مشهور فقها، تحوّل [و حواله] بر برائت ذمه محیل دلالت می‌کند [اما غیر مشهور که همان شیخ طوسی و گروهی دیگر هستند، صرف حواله را موجب برائت محیل نمی‌دانند بنابراین محتال می‌تواند به محیل نیز مراجعه کند. در این زمینه سه دیدگاه وجود دارد؛ یکی نظر مشهور که ماده ۷۳۰ قانون مدنی هم آن را پذیرفته است. دیگر اینکه گرچه بر اثر حواله، ذمه محال علیه مشغول می‌شود اما ذمه محیل نیز کماکان مشغول است و محتال می‌تواند به هر دو مراجعه کند و دیگر اینکه حق مطالبه محتال از محیل به محال علیه منتقل می‌شود و اصل طلب بر ذمه محیل باقی است.] و بر محتال واجب نیست که حواله بر محال علیه مال دار را قبول کند زیرا آنچه که واجب می‌باشد، پرداخت دین است و حواله، پرداخت دین نیست بلکه انتقال دین از یک ذمه به ذمه دیگر است پس قبول حواله به اعتقاد ما واجب نیست و روایاتی که دستور داده‌اند که محتال، حواله بر شخص مال دار را قبول کند به فرض آنکه صحیح باشد، حمل بر استحباب می‌شود و اگر بعد از عقد حواله معلوم شود که محال علیه هنگام عقد حواله، معسر بوده است، محتال می‌تواند عقد حواله را فسخ نماید اعم از اینکه مال دار بودن محال علیه، شرط شده باشد یا شرط نشده باشد و اعم از اینکه قبل از فسخ قرارداد از سوی محتال، محال علیه مال دار شده باشد یا خیر و هر چند ضرر نیز از بین رفته باشد زیرا به استصحاب عمل می‌شود. [ملائت محال علیه یا علم محتال به اعسار وی، شرط عقد حواله است بنابراین فقدان این شرط، حق فسخ بوجود می‌آورد و وقتی حق فسخ بوجود آمد، دلیلی بر زوال آن وجود ندارد و استصحاب می‌شود و اینکه محال علیه بعد از عقد حواله، مال دار شود و ضرر محتال، منتفی گردد علت زوال حق فسخ نخواهد بود.] اما اگر مسأله برعکس شود یعنی محال علیه هنگام عقد حواله، مال دار باشد و سپس معسر شود، حق فسخ [برای محتال] بوجود نمی‌آید زیرا شرط [عقد حواله که همان مال دار بودن اوست در زمان عقد حواله] فراهم بوده است.

(وَيَصِحُّ تَرَامِي الْحَوَالَةِ) بِأَنْ يُحِيلَ الْمَحَالُ عَلَيْهِ الْمُحْتَالَ عَلَى آخِرِ ثُمَّ يُحِيلُ الْآخِرُ مُحْتَالَهُ عَلَى ثَالِثٍ، وَ هَكَذَا وَيَبْرَأُ الْمَحَالُ عَلَيْهِ فِي كُلِّ مَرَّةٍ تَبَعًا كَالأَوَّلِ (وَدَوْرُهَا) بِأَنْ يُحِيلَ

الْمَحَالِّ عَلَيْهِ فِي بَعْضِ الْمَرَاتِبِ عَلَى الْمُجِئِ الْأَوَّلِ، وَفِي الصُّورَتَيْنِ الْمُحْتَالَ مُتَّحِدٌ، وَإِنَّمَا تَعَدَّدَ الْمَحَالُّ عَلَيْهِ.

(وَكَذَا الضَّمَانُ) يَصِحُّ تَرَامِيهِ بِأَنْ يَضْمَنَ الضَّامِنُ آخَرَ، ثُمَّ يَضْمَنَ الْآخَرَ ثَالِثًا، وَهَكَذَا.

وَ دَوْرُهُ بِأَنْ يَضْمَنَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ الضَّامِنَ فِي بَعْضِ الْمَرَاتِبِ، وَ مَنَعَهُ الشَّيْخُ رحمته الله، لِاسْتِزْمَانِهِ جَعَلَ الْفَرْعَ أَصْلًا، وَ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ. وَ يُضَعَّفُ بِأَنَّ الْإِخْتِلَافَ فِيهِمَا غَيْرُ مَانِعٍ، وَ قَدْ تَظَهَّرَ الْفَائِدَةُ فِي ضَمَانِ الْحَالِ مُؤَجَّلًا، وَ بِالْعَكْسِ، وَ فِي الضَّمَانِ بِإِذْنٍ وَ عَدَمِهِ. فَكُلُّ ضَامِنٍ يَرْجِعُ مَعَ الْإِذْنِ عَلَى مَضْمُونِهِ، لَا عَلَى الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ الضَّامِنُ الْأَوَّلُ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ.

وَ أَمَّا الْكِفَالَةُ فَيَصِحُّ تَرَامِيهَا، دُونَ دَوْرِهَا، لِأَنَّ حُضُورَ الْمَكْفُولِ الْأَوَّلِ يُبْطِلُ مَا تَأَخَّرَ مِنْهَا.

ترامی حواله صحیح است یعنی اینکه محال علیه، محتال را به شخص دیگری حواله دهد و شخص دیگر نیز محتال خود را به شخص ثالثی حواله دهد و به همین نحو ادامه پیدا کند و محال علیه در مرتبه‌ای مانند مرتبه اول، براءت حاصل می‌کند [فرض کنید «الف» به «ب» بدهکار و «ج» نیز به «الف» بدهکار است. در اینجا «الف» بعنوان محیل، «ب» را بعنوان محتال به «ج» بعنوان محال علیه، حواله می‌دهد حال اگر «د» نیز به «ج» بدهکار باشد، «ج» می‌تواند بعنوان محیل جدید، «ب» را به «د» حواله دهد و ... نتیجه ترامی آن است که ذمه هر محال علیه براءت حاصل کرده و ممکن است برخی تضمینات دیون قبلی برطرف شود.] و دور حواله نیز صحیح است یعنی محال علیه در پاره‌ای مراحل، به محیل اول، حواله بدهد [مثلاً در مثال بالا وقتی «الف»، «ب» را به «ج» حواله می‌دهد و ذمه «الف» بری می‌شود، دوباره «ج» نیز «ب» را به «الف» حواله بدهد و دوباره ذمه «الف» مشغول شود.] و در هر دو صورت دور و ترامی حواله، محتال، یک نفر بیشتر نیست [همانگونه که در هر دو مثال دیدیم که «ب» محتال می‌باشد.] اما محال علیه، متعدد است [همانگونه که محیل نیز متعدد می‌باشد همانگونه که در مثال‌ها دیدیم] همانگونه که ترامی در ضمان نیز صحیح است بدین صورت که شخص دیگری [غیر از ضامن] ضمانت ضامن را بنماید و سپس شخص

ثالثی، ضمانت ضامن دوم را بنماید و این ترتیب ادامه پیدا کند و دور در ضمان بدین صورت است که مضمون عنه، در برخی مراحل، ضمانت ضامن را می‌نماید [مثلاً «الف» به «ب» بدهکار است و «ج» ضمانت «الف» را می‌نماید و ذمه «الف» بری شده و ذمه «ج» مشغول می‌گردد. پس از آن «الف» ضمانت «ج» را می‌نماید و دوباره ذمه «الف» به حالت اول برگشته و ذمه «ج» بری می‌شود و ممکن است نتیجه ترامی یا دور، رفع برخی تضمینات بدهی‌های قبلی باشد.] مرحوم شیخ طوسی، دور در ضمان را صحیح نمی‌داند [و طبیعتاً باید ترامی در ضمان را نیز صحیح نداند زیرا علت‌هایی که آورده است در ترامی نیز وجود دارد. ایشان دو دلیل برای عدم صحت دور در ضمان ارائه می‌دهد؛ یک دلیل آن است که] لازمه دور در ضمان، آن است که فرع تبدیل به اصل می‌شود [زیرا همانگونه که قبلاً دیدیم در عقد ضمان، ضامن و مضمون له اصل در قرارداد هستند و مضمون عنه نقشی فرعی دارد حال اگر مضمون عنه، ضمانت ضامن را بنماید معنایش آن است که فرع یعنی مضمون عنه تبدیل به اصل یعنی ضامن می‌شود. دلیل دوم برای عدم صحت دور در ضمان] بی‌فایده بودن آن است [زیرا دوباره دین برعهده مضمون عنه یعنی مدیون اصلی قرار می‌گیرد و ضامن تبرئه می‌شود و همه چیز به حالت اول برمی‌گردد بنابراین عقد ضمان، هیچ فایده و اثری نخواهد داشت. شهیدثانی، هر دو دلیل شیخ طوسی را پاسخ داده و می‌فرماید:] و نظریه ایشان ضعیف است زیرا [در پاسخ به دلیل اول که تبدیل فرع به اصل می‌باشد می‌گوئیم که] اختلاف در اصلی بودن و فرعی بودن، مانع صحت دور در ضمان نیست [یعنی دو عقد ضمان در اینجا منعقد می‌شود که در یکی از آنها مثلاً «الف» اصل و «ب» فرع است و در دیگری «ب» اصل و «الف» فرع می‌باشد و این اشکالی را بوجود نمی‌آورد زیرا اینگونه نیست که در یک عقد، یک نفر هم فرع باشد و هم اصل باشد. و در پاسخ به دلیل دوم نیز می‌گوئیم اینگونه نیست که دور در ضمان هیچ فایده‌ای نداشته باشد بلکه] گاهی فایده حاصل می‌شود [مانند اینکه] ضمان حال تبدیل به ضمان مؤجل می‌شود [مثلاً فرض کنید «الف» دینی را به صورت حال به «ب» بدهکار بود و «ج» این دین را ضمانت کرد و دوباره «الف» یعنی مدیون اصلی، دین «ج» را به صورت مدت‌دار، ضمانت نمود. فایده این دور آن است که ضمانت حال قبلی به ضمانت مؤجل جدید، تبدیل می‌شود] یا

برعکس [یعنی ضمان مؤجل تبدیل به ضمان حال می‌شود. فایده دیگر دور در ضمان] در ضمان با اذن و بدون اذن می‌باشد پس هر ضامنی در صورتی که با اذن مضمون عنه، ضمانت کرده باشد به وی مراجعه می‌کند نه به مضمون عنه اصلی و اولی [یعنی مدیون اصلی] بلکه فقط ضامن اولی چنانچه با اذن مدیون اصلی، ضمانت کرده باشد، حق مراجعه به او را دارد. [بنابراین ممکن است «الف» به «ب» بدهکار باشد و «ج» بدون اذن «الف» ضمانت وی را بنماید. در این صورت «ج» حق مراجعه به «الف» برای گرفتن دینی را که به «ب» پرداخته است ندارد اما اگر ترامی صورت گیرد و «د» نیز ضمانت «ج» را بنماید، «د» حق مراجعه به «ج» را دارد اما حق ندارد به «الف» مراجعه کند زیرا هر ضامنی فقط حق دارد به مضمون عنه خود مراجعه نماید آن هم مشروط بر اینکه با اذن وی ضمانت کرده باشد.] ترامی در کفالت نیز صحیح است [مانند اینکه «الف» برای «ب» کفالت می‌کند که «ج» را نزد وی حاضر کند و «د» نیز کفالت می‌کند که «ج» را نزد «د» حاضر کند و ...] اما دور در کفالت صحیح نیست زیرا حضور مکفول اول، کفالت‌های بعدی را باطل می‌کند [یعنی اگر «الف» برای «ب» کفالت کند که «ج» را نزد وی حاضر نماید، دیگر «ج» نمی‌تواند حضور «الف» را کفالت نماید زیرا وقتی «ج» حاضر شود، هدف حاصل شده و کفالت‌های بعدی باطل می‌شود.]

(وَ) كَذَا تَصِحُّ (الْحَوَالَةُ بِغَيْرِ جِنْسِ الْحَقِّ) الَّذِي لِلْمُخْتَالِ عَلَى الْمُحِيلِ بَأَنْ يَكُونَ لَهُ عَلَيْهِ ذَرَاهِمٌ فَيُحِيلُهُ عَلَى آخَرَ بِدَانِيرٍ، سَوَاءً جَعَلْنَا الْحَوَالَةَ اسْتِيفَاءً أَمْ اِعْتِنَاءً، لِأَنَّ إِيفَاءَ الدَّيْنِ بِغَيْرِ جِنْسِهِ جَائِزٌ مَعَ التَّرَاضِي. وَ كَذَا الْمُعَاوَضَةُ عَلَى الدَّرَاهِمِ بِالدَّنَانِيرِ. وَ لَوْ اِنْعَكَسَ فَأَخَالَه بِحَقِّهِ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ مُخَالَفٌ صَحَّ أَيْضاً، بِنَاءً عَلَى اشْتِرَاطِ رِضَا الْمُخَالَ عَلَيْهِ، سَوَاءً جَعَلْنَاهَا اسْتِيفَاءً أَمْ اِعْتِنَاءً بِتَقْرِبِ التَّقْرِيرِ، وَ لَا يُعْتَبَرُ التَّقَابُضُ فِي الْمَجْلِسِ حَيْثُ تَكُونُ صَرَفاً، لِأَنَّ الْمُعَاوَضَةَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ لَيْسَتْ بِنَيْعاً، وَ لَوْ لَمْ يُعْتَبَرِ رِضَا الْمُخَالَ عَلَيْهِ صَحَّ الْأَوَّلُ، دُونَ الثَّانِي، إِذْ لَا يَجِبُ عَلَى الْمَدْيُونِ الْأَدَاءَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ مَا عَلَيْهِ. وَ خَالَفَ الشَّيْخُ رحمته الله وَ جَمَاعَةٌ فِيهِمَا، فَاشْتَرَطُوا تَسَاوِي الْمُخَالَ بِهِ وَ عَلَيْهِ جِنْساً وَ وَضْفاً، اسْتِنَاداً إِلَى أَنَّ الْحَوَالَةَ تَحْوِيلٌ مَا فِي ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُخَالَ عَلَيْهِ فَإِذَا كَانَ عَلَى الْمُحِيلِ ذَرَاهِمٌ مَثَلاً وَ لَهُ عَلَى الْمُخَالَ عَلَيْهِ دَنَانِيرٌ كَيْفَ يَصِيرُ حَقُّ الْمُخْتَالِ عَلَى الْمُخَالَ عَلَيْهِ ذَرَاهِمٌ، وَ لَمْ يَقَعْ عَقْدٌ يُوْجِبُ ذَلِكَ، لِأَنَّ إِيفَاءَ اسْتِيفَاءً كَانَ الْمُخْتَالُ

بِمَنْزِلَةٍ مِّنْ اسْتَوْفَىٰ دَيْنَهُ وَ أَفْرَضَهُ الْمُحَالَ عَلَيْهِ، وَ حَقَّهُ الدَّارِهِمْ لَا الدَّنَانِيرُ، وَإِنْ كَانَتْ مُعَاوَضَةً، فَلَيْسَتْ عَلَى حَقِيقَةِ الْمُعَاوَضَاتِ الَّتِي يُقْصَدُ بِهَا تَحْصِيلُ مَا لَيْسَ بِحَاصِلٍ مِنْ جِنْسٍ مَّالٍ، أَوْ زِيَادَةَ قَدْرٍ أَوْ صِفَةٍ، وَإِنَّمَا هِيَ مُعَاوَضَةٌ إِذْفَاقٍ وَ مُسَامَحَةٌ، لِلْحَاجَةِ، فَاعْتَبِرْ فِيهَا التَّجَانُسَ وَ التَّسَاوِيَّ وَ جَوَابَهُ يَظْهَرُ مِمَّا ذَكَرْنَا.

و نیز حواله به غیرجنس حقی که محتال بر ذمه محیل دارد، جایز است مانند اینکه محتال، چند درهم از محیل طلب داشته باشد و محیل، او را به دیگری حواله بدهد تا دینار بگیرد اعم از اینکه حواله را وسیله پرداخت دین بدانیم یا نوعی تعویض دین بدانیم زیرا ایفای دین به غیرجنس دین چنانچه با تراضی باشد اشکالی ندارد و معاوضه درهم با دینار نیز همین حکم را دارد [خلاصه اینکه برخلاف آنچه که برخی از فقها گفته‌اند وحدت دین محیل به محتال به دین محال علیه به محیل، شرط صحت عقد حواله نیست و ممکن است در ضمن حواله، تبدیل دین به اعتبار تبدیل جنس نیز صورت گیرد.] و اگر موضوع برعکس شد یعنی محیل، محتال را به محال علیه حواله داد تا مالی را مخالف با مالی که از محال علیه می‌خواهد، از او بگیرد، باز هم صحیح است مبنی بر آنکه رضایت محال علیه را شرط بدانیم اعم از اینکه حواله را وسیله پرداخت دین یا نوعی معاوضه بدانیم با همان استدلالی که بیان شد [که ایفای دین به غیرجنس با تراضی امکان دارد.] و اگر معاوضه به صورت صرف باشد، تقابض در مجلس شرط نیست [یعنی اگر ذمه محیل، مشغول به درهم بوده و ذمه محال علیه، مشغول به دینار باشد، تقابض در مجلس شرط نیست زیرا تقابض در مجلس، مخصوص عقد بیع است] و معاوضه در قالب عقد حواله، بیع محسوب نمی‌شود و اگر رضایت محال علیه، شرط نباشد فقط صورت اول، صحیح است [یعنی حواله به غیرجنس حق] و صورت دوم صحیح نیست [یعنی حواله به جنس دین به کسی که غیرجنس دین برعهده اوست مثلاً اگر محال علیه، دینار به محیل بدهکار باشد محیل نمی‌تواند محتال را به وی حواله بدهد که درهم بگیرد] زیرا بر مدیون واجب نیست که به غیر از جنس دینی که برعهده اوست، مال دیگری را بپردازد. اما مرحوم شیخ طوسی و گروهی از فقها، در هر دو صورت [یعنی هم در صورت اول و هم در صورت دوم] با این مساله مخالفت نموده و شرط کرده‌اند که [مال] محال علیه و محال به باید از نظر جنس و وصف یکسان باشند

و دلیلشان آن است که حواله به معنای تبدیل دینی است که در ذمه محیل می باشد به دینی که در ذمه محال علیه است پس وقتی محیل، درهم [به محتال] بدهکار باشد و محال علیه، دینار به محیل بدهکار باشد، چگونه حق محتال بر محال علیه، تبدیل به درهم می شود در حالی که هیچ قراردادی تنظیم نشده است که موجب تبدیل دینار به درهم شود زیرا اگر ما حواله را وسیله پرداخت دین بدانیم، محتال به منزله شخصی خواهد بود که دین خود را [بواسطه عقد حواله از محیل] دریافت می کند و آن را به محال علیه، قرض می دهد در حالیکه حق محتال، درهم بوده است نه دینار [پس چگونه این درهم ها تبدیل به دینار می شود] و اگر عقد حواله، معاوضه باشد، مانند معاوضات حقیقی [همچون بیع و امثال آن] نیست که هدف آنها بدست آوردن چیزی باشد که وجود نداشته است مانند اینکه جنس مال، عوض شود [مثلاً طلا تبدیل به نقره شود] یا مقدار آن تغییر کند [مثلاً مال زیادتر با مال کمتر، معاوضه شود] یا صفت آن تغییر نماید [مثلاً جنس پست تر با جنس مرغوب تر، معاوضه گردد] بلکه معاوضی بودن عقد حواله، یک معاوضه ارفاقی و تسامحی است که برای رفع نیاز صورت می گیرد بنابراین در چنین معاوضه ای باید همجنس بودن و تساوی [در مقدار و صفت] رعایت شود. [شهادتانی، سخن شیخ طوسی را رد کرده و می فرماید:] و جواب ایشان از بیان قبلی ما آشکار می شود [زیرا ما قبلاً گفتیم که در عقد حواله اعم از اینکه وسیله پرداخت دین باشد یا معاوضه باشد، با رضایت طرفین می توان جنس دین را تغییر داد.]

(وَ كَذَا) تَصِحُّ (الْحَوَالَةُ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ لِوَاحِدٍ عَلَى دَيْنٍ لِلْمُحِيلِ عَلَى اثْنَيْنِ مُتَكَافِلَيْنِ) أَي: قَدْ ضَمِنَ كُلُّ مِنْهُمَا مَا فِي ذِمَّةِ صَاحِبِهِ دَفْعَةً وَاحِدَةً أَوْ مُتَلَا حِقَيْنِ، مَعَ إِزَادَةِ الثَّانِي ضَمَانَ مَا فِي ذِمَّةِ الْأَوَّلِ فِي الْأَصْلِ لَا مُطْلَقًا، لِئَلَّا يَصِيرَ الْمَالَانِ فِي ذِمَّةِ الثَّانِي، وَ وَجْهُ جَوَازِ الْحَوَالَةِ عَلَيْهِمَا ظَاهِرٌ، لِوُجُودِ الْمُقْتَضِي لِلصَّحَّةِ، وَ انْتِفَاءِ الْمَانِعِ، إِذْ لَيْسَ إِلَّا كَوْنُهُمَا مُتَكَافِلَيْنِ، وَ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ مَانِعًا، وَ تَبَّهَ بِذَلِكَ عَلَى خِلَافِ الشَّيْخِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حَيْثُ مَنَعَ مِنْهُ، مُحْتَجًّا بِاسْتِلْزَامِهَا زِيَادَةَ الْإِزْتِفَاقِ، وَ هُوَ مُمْتَنِعٌ فِي الْحَوَالَةِ، لِوُجُوبِ مُوَافَقَةِ الْحَقِّ الْمُحَالِ بِهِ لِلْمُحَالِ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَ لَا نُقْضَانٍ قَدْرًا وَ وَضْفًا.

وَ هَذَا التَّعْلِيلُ إِنَّمَا يَتَوَجَّهُ عَلَى مَذْهَبِ مَنْ يَجْعَلُ الضَّمَانَ ضَمَّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ، فَيَتَخَيَّرُ

جَبْنَيْدٍ فِي مُطَالَبَةِ كُلِّ مِنْهُمَا بِمَجْمُوعِ الْحَقِّ، أَمَا عَلَى مَذْهَبِ أَصْحَابِنَا مِنْ أَنَّهُ نَاقِلٌ لِلْمَالِ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ، فَلَا إِزْتِفَاقَ، بَلْ غَايَتُهُ انْتِقَالُ مَا عَلَى كُلِّ مِنْهُمَا إِلَى ذِمَّةِ صَاحِبِهِ، فَيَبْتَقَى الْأَمْرَ كَمَا كَانَ، وَمَعَ تَسْلِيمِهِ لَا يَصْلَحُ لِلْمَانِعِيَّةِ، لِأَنَّ مُطْلَقَ الْإِزْتِفَاقِ يَهَا غَيْرُ مَانِعٍ إِجْمَاعًا، كَمَا لَوْ أَحَالَهُ عَلَى أُمَّلِي مِنْهُ وَأَحْسَنَ وَفَاءً.

و نیز صحیح است بدهی را که محیل به یک نفر دارد، حواله به دو نفر بدهد که کفیل هم شده‌اند یعنی هر یک از آنها ضمانت دین موجود در ذمه دیگری را کرده است، اعم از اینکه ضمانت، یکدفعه باشد [یعنی دو نفر که به محیل بدهکار هستند همزمان، ضمانت دین همدیگر را کرده باشند] یا ضمانت، به صورت متوالی بوده باشد بدین صورت که مدیون دوم، ضمانت دین اصلی را بنماید نه اینکه به صورت مطلق باشد تا هر دو مال در ذمه شخص دوم قرار نگیرد [مثال این فرض چنین است که «الف» یک میلیون تومان به «ب» بدهکار است و نیز «الف» یک میلیون تومان از «ج» و «د» طلبکار می‌باشد و «ج» و «د» بدهی خود نسبت به «الف» را ضمانت کرده‌اند یعنی «ج» به «د» گفته است که من بدهی تو به «الف» را تضمین می‌کنم و متقابلاً «د» نیز به «ج» گفته است: من نیز بدهی به «الف» را تضمین می‌نمایم و البته «د» نباید به صورت مطلق ضمانت «ج» را بنماید زیرا در این صورت هر دو بدهی برعهده «د» قرار می‌گیرد و دیگر دو دین برعهده دو نفر نخواهد بود. در این صورت، «الف» می‌تواند «ب» را به «ج» و «د» حواله دهد تا طلب خود را از آنها بگیرد. مرحوم مصنف، این مسأله را مطرح کرده است بخاطر اینکه عده‌ای از جمله مرحوم شیخ طوسی اعتقاد دارند که در عقد حواله نباید شرایط جدیدی بوجود آید اما شهیدثانی می‌فرماید: [و علت جایز بودن حواله بر آن دو محال علیه، روشن است زیرا مقتضی صحت وجود دارد و مانعی هم دیده نمی‌شود و تنها مانعی که به نظر می‌رسد آن است که دو محال علیه، ضامن یکدیگر هستند اما ضامن یکدیگر بودن، صلاحیتی برای مانع واقع شدن ندارد و شهید اول با طرح این مسأله، اشاره به مخالفت مرحوم شیخ طوسی دارد که حواله بر دو مدیون را که ضامن یکدیگر می‌باشند ممنوع می‌داند و دلیلش آن است که ارتفاق زیادی صورت می‌گیرد [یعنی محتال از طریق حواله، ارفاق بیشتری به دست می‌آورد] و چنین ارتفاق زیادی در عقد حواله ممنوع است زیرا حقی که حواله داده می‌شود باید مانند حقی باشد که

بر آن حواله داده شده و از نظر مقدار وصف، دارای کم و زیادی نباشد. اما این دلیل بنا بر مذهب کسانی قابل توجیه است که ضمان را ضمّ ذمه به ذمه می‌دانند [یعنی اهل سنت] زیرا در این صورت محتال، اختیار دارد که برای مطالبه تمامی حق خود به هر یک از دو محال علیه مراجعه نماید اما بنا بر مذهب فقهای شیعه که ضمان را موجب انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال علیه می‌دانند، ارتفافی بوجود نمی‌آید بلکه نهایتش آن است که دینی که برعهده هر یک از آنهاست به ذمه طرف مقابل منتقل می‌شود و مسأله کماکان به حالت قبل باقی می‌ماند و به فرض آنکه بپذیریم چنین حواله‌ای موجب ارتفاق است، این ارتفاق مانع صحت حواله نمی‌شود زیرا هر ارتفافی به اجماع فقها مانع حواله نیست مانند اینکه محیل، طلبکار خود را به شخصی حواله دهد که مال دارتر از اوست و دین خود را بهتر وفا می‌کند. [خلاصه اینکه در عقد حواله ممکن است برخی شرایط تغییر کند و این تغییر شرایط و بهتر شدن آنها، مانع صحت حواله نیست.]

(وَلَوْ أَدَّى الْمُحَالُ عَلَيْهِ فَطَلَبَ الرَّجُوعَ) بِمَا أَدَّاهُ عَلَى الْمُحِيلِ (لِإِنْكَارِهِ الدَّيْنَ) وَ زَعْمِهِ أَنَّ الْحَوَالَهَ عَلَى الْبَرِيِّ، بِنَاءً عَلَى جَوَازِ الْحَوَالَهَ عَلَيْهِ (وَ ادَّعَاهُ الْمُحِيلُ، تَعَارَضَ الْأَصْلُ) وَ هُوَ بَرَاءَةٌ ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنِ الْمُحِيلِ (وَ الظَّاهِرُ) وَ هُوَ كَوْنُهُ مَشْغُولَ الذَّمَّةِ، إِذِ الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَوْ لَا اشْتِغَالُ ذِمَّتِهِ لَمَا أُحِيلَ عَلَيْهِ (وَ الْأَوَّلُ) وَ هُوَ الْأَصْلُ (أَرْجَحُ) مِنْ الثَّانِي حَيْثُ يَتَعَارَضَانِ غَالِبًا وَ إِنَّمَا يَتَخَلَّفُ فِي مَوَاضِعَ نَادِرَةٍ (فِيحِلْفُ) الْمُحَالُ عَلَيْهِ عَلَى أَنَّهُ بَرِيٌّ مِنْ دَيْنِ الْمُحِيلِ (وَ يَرْجِعُ) عَلَيْهِ بِمَا غَرِمَ (سِوَاءِ كَانَ) الْعَقْدُ الْوَاقِعُ بَيْنَهُمَا (بِلَفْظِ الْحَوَالَهَ، أَوْ الضَّمَانِ) لِأَنَّ الْحَوَالَهَ عَلَى الْبَرِيِّ أَشْبَهُ بِالضَّمَانِ فَتَصِحُّ بِلَفْظِهِ. وَ أَيْضًا فَهُوَ يُطْلَقُ عَلَى مَا يَشْمَلُهُمَا بِالْمَعْنَى الْأَعْمَى، فَيَصِحُّ التَّعْبِيرُ بِهِ عَنْهَا.

وَ يُحْتَمَلُ الْفَرْقُ بَيْنَ الصَّيغَتَيْنِ، فَيُقْبَلُ مَعَ التَّعْبِيرِ بِالضَّمَانِ، دُونَ الْحَوَالَهَ، عَمَلًا بِالظَّاهِرِ، وَ لَوْ اشْتَرَطْنَا فِي الْحَوَالَهَ اشْتِغَالَ ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِمَثَلِ الْحَقِّ، تَعَارَضَ أَصْلُ الصَّحَّةِ وَ الْبَرَاءَةِ فَيَتَسَاوَفَانِ، وَ يَبْقَى مَعَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ أَذَاءُ دَيْنِ الْمُحِيلِ بِأَذْنِهِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ، وَ لَا يُمْنَعُ وَفُوعُ الْأَذْنِ فِي ضَمْنِ الْحَوَالَهَ الْبَاطِلَةِ الْمُقْتَضِي بَطْلَانَهَا لِطُلَانِ تَابِعِهَا، لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى الْأَذْنِ، وَ إِنَّمَا اخْتَلَفَا فِي أَمْرِ آخَرَ، فَإِذَا لَمْ يَثْبُتْ يَبْقَى مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ مِنَ الْأَذْنِ فِي الْوَفَاءِ الْمُقْتَضِي لِلرُّجُوعِ. وَ يُحْتَمَلُ عَدَمُ الرُّجُوعِ، تَرْجِيحًا لِلصَّحَّةِ الْمُسْتَنْزَلَةِ لِشُعْلِ الذَّمَّةِ.

اگر محال علیه، دین [را به محتال] بپردازد و بخواهد نسبت به آنچه که پرداخته است به محیل مراجعه کند زیرا محال علیه، بدهی خود به محیل را انکار نموده و گمان می‌کند که حواله بر بری صورت گرفته است با این فرض که حواله بر بری [و غیربدهکار] جایز باشد اما محیل، ادعای دین نماید [یعنی «الف»، «ب» را به «ج» حواله می‌دهد که یک میلیون تومان به وی بدهد و «ج» این مبلغ را به «ب» می‌دهد و سپس «ج» به «الف» مراجعه می‌کند تا این مبلغ را از او بگیرد زیرا مدعی است که «الف» طلبی از «ج» نداشته است اما «الف» ادعا می‌کند که این مبلغ را از «ج» طلب داشته و نباید به او بدهد. در اینجا] اصل که همان بَرَاءت ذمّه محاله علیه از دین محیل می‌باشد با ظاهر که مشغول بودن ذمّه اوست تعارض دارد زیرا ظاهر آن است که اگر ذمّه محال علیه، مشغول نمی‌بود، محیل دین را به او حواله نمی‌داد و غالباً مقام تعارض اصل و ظاهر اولی یعنی اصل، مقدم بر دومی است و فقط در موارد محدودی برخلاف آن می‌باشد [و ظاهر مقدم می‌شود] بنابراین محال علیه سوگند یاد می‌کند که نسبت به دین محیل، بری بوده و بدهکار نمی‌باشد و به نسبت به آنچه که پرداخته است به محیل، مراجعه می‌کند اعم از اینکه عقدی که میان آنها منعقد شده است با لفظ حواله یا با لفظ ضمان باشد زیرا حواله بر بری، شبیه ضمان است و می‌توان آن را با لفظ ضمان منعقد کرد و نیز ضمان، شامل حواله و ضمان به معنای اعم می‌شود و تعبیر به ضمان در قالب عقد حواله، صحیح است. و احتمال هم دارد که میان دو صیغه [یعنی صیغه حواله و صیغه ضمان] تفاوت گذاشته شود بدین صورت که انکار دین در صورتی که در قالب ضمان بیان شده باشد پذیرفته شود برخلاف صورتی که در قالب عقد حواله بیان شده باشد زیرا عمل به ظاهر [چنین اقتضایی دارد و ظاهر مقدم بر اصل است] و اگر در عقد حواله شرط نمائیم که باید ذمّه محال علیه مشغول به همان دین باشد، اصل صحّت [یعنی اصل صحت عقد حواله] و اصل بَرَاءت [یعنی اصل بَرَاءت ذمّه محال علیه از دین] با یکدیگر تعارض و تساقط می‌کنند و [آنچه که به نفع] محال علیه باقی می‌ماند آن است که دین محیل را با اذن او پرداخته است بنابراین حق رجوع به محیل را دارد. [حال ممکن است ایراد شود که اذن به پرداخت دین در ضمن عقد حواله باطل بوده است زیرا حواله بر بری، باطل است، و اذن ضمن آن هم باطل می‌باشد پس

اثری بر این اذن مترتب نیست. شهیدثانی پاسخ می‌دهد [و اینکه اذن، در ضمن عقد حواله باطل بوده و بطلان حواله نیز موجب بطلان تابع آن می‌شود مانع آن نیست زیرا محیل و محال علیه، توافق بر اذن نموده‌اند] یعنی بطلان حواله مانع صحّت اذن نیست [و اختلاف آنها در موضوع دیگری است [که بدهی محال علیه به محیل می‌باشد] پس زمانی که این اختلاف [یعنی بدهی محال علیه به محیل] ثابت نشد، موضوعی که مورد اتفاق نظر آنهاست که همان اذن در پرداخت می‌باشد. اقتضاء می‌کند که محال علیه حق رجوع به محیل را نداشته باشد و احتمال هم دارد که محال علیه حق مراجعه به محیل را نداشته باشد زیرا اصل صحّت که مستلزم اشتغال ذمه محال علیه می‌باشد، [بر اصل براءت] برتری دارد.

(كِتَابُ الْكِفَالَةِ)

(وَ هِيَ التَّعَهُدُ بِالنَّفْسِ) أَي التَّزَامُ إِحْضَارِ الْمَكْفُولِ مَتَى طَلَبَهُ الْمَكْفُولُ لَهُ، وَ شَرَطُهَا رِضَا الْكَفِيلِ وَ الْمَكْفُولِ لَهُ، دُونَ الْمَكْفُولِ، لِوُجُوبِ الْحُضُورِ عَلَيْهِ مَتَى طَلَبَهُ صَاحِبُ الْحَقِّ وَ لَوْ بِالدَّعْوَى، بِنَفْسِهِ أَوْ وَكِيلِهِ، وَ الْكَفِيلُ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ حَيْثُ يَأْمُرُهُ بِهِ. وَ يَفْتَقِرُ إِلَى إِجَابٍ وَ قَبُولٍ بَيْنَ الْأَوْلِيَيْنِ صَادِرَيْنِ عَلَى الْوَجْهِ الْمُعْتَبَرِ فِي الْعَقْدِ اللَّازِمِ.

كفالت [با فتحه كاف]، تعهد به نفس است یعنی التزام و تعهد به حاضر کردن مكفول زمانی که مكفول له، آن را درخواست می کند [در مشروعیت عقد كفالت تردیدی وجود ندارد اما فقها آن را مکروه دانسته اند چون سبب خسارت و پشیمانی می شود. مشهور فقها موضوع كفالت را انسان می دانند اما علامه حلی كفالت برای حاضر کردن چهارپا و اموال را نیز جایز می داند] و شرط عقد كفالت آن است که کفیل و مكفول له رضایت داشته باشند اما رضایت مكفول، شرط نیست زیرا بر او واجب است که هرگاه صاحب حق درخواست نماید حضور پیدا کند هر چند صرف ادعا باشد [یعنی هر چند حق صاحب حق هنوز ثابت نشده و در مرحله دعوا باشد اما مكفول باید حضور پیدا کند و درخواست صاحب حق برای حضور مكفول، ممکن است] بواسطه خودش باشد یا از طریق وکیلش، آن را درخواست نماید و کفیل به منزله وکیل مكفول له می باشد در جایی که مكفول له به کفیل دستور بدهد. [علت لزوم رضایت کفیل آن است که نمی توان کسی را بدون رضایت وی متعهد به انجام کاری کرد و علت لزوم رضایت مكفول له آن است که صاحب حق می باشد. برخی از فقها گفته اند که شرط صحت كفالت آن است که مكفول له، حقی برعهده مكفول داشته باشد اعم از اینکه دین یا عین باشد اما شهیدثانی صرف ادعای مكفول له علیه مكفول را کافی می داند هر چند واقعاً حقی بروی نداشته باشد حقی که ادعا می شود ممکن است حق عمومی باشد و در حال حاضر، کاربرد عقد كفالت منحصر به متهمانی است که تحت تعقیب می باشند و ادعای

حق عمومی و اتهامی علیه آنها شده است. اثر مستقیم عقد کفالت، احضار مکفول است و اثر غیرمستقیم آن پرداخت دین مکفول می باشد که در صورت عدم انجام تعهد، به ذمه کفیل تعلق می گیرد. [و عقد کفالت نیاز به ایجاب و قبول مکفول له و کفیل دارد که باید بگونه ای صادر شود که در عقد لازم صادر می شود [یعنی باید به صیغه عربی بوده و میان ایجاب و قبول فاصله نیفتد. علت اینکه مکفول در انعقاد عقد کفالت، نقشی ندارد آن است که وی تعهدی به حضور پیدا نمی کند و حتی قبل از کفالت نیز تعهدی به حضور نداشت پس اینکه شهیدثانی فرمود که کفیل، وکیل مکفول له می باشد سخن درستی نیست زیرا مکفول له نیز سلطه ای بر مکفول ندارد بلکه فقط حق مطالبه طلب خود را دارد بنابراین کفیل در مقابل مکفول له تعهد می کند که اگر مکفول حاضر نشد، دین او را پردازد و این تعهد به نتیجه است و هیچکس حق احضار مکفول با قهر و غلبه را ندارد.]

(و تَصِحُّ حَالَةً وَ مُوَجَّلَةً) أَمَّا الثَّانِي فَمَوْضِعٌ وَفَاقِي، وَ أَمَّا الْأَوَّلُ فَاصِحُّ الْقَوْلَيْنِ، لِأَنَّ الْحُضُورَ حَقٌّ شَرْعِيٌّ لَا يُنَافِيهِ الْحُلُولُ. وَ قِيلَ: لَا تَصِحُّ إِلَّا مُوَجَّلَةً (إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ) لَا يَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ وَ التَّقْضَانَ كَعَبْرِهِ مِنَ الْأَجَالِ الْمُشْتَرَطَةِ.

عقد کفالت به صورت حال و مؤجل، صحیح است [کفالت حال یعنی اینکه کفیل در زمان انعقاد کفالت، متعهد به حاضر کردن مکفول باشد. کفالت مؤجل یا مدت دار یعنی اینکه کفیل، متعهد شود مثلاً یک ماه بعد، مکفول را حاضر کند. یک نوع کفالت هم وجود دارد که کفیل متعهد می شود ظرف مدت معینی مثلاً یک ماه، مکفول را حاضر کند که به آن کفالت موقت گفته می شود. کفالت یک عقد تبعی و مجانی و لازم و قائم به شخص می باشد.] [أَمَّا صَحَّتْ كِفَالَتُ مُؤَجَّلٍ، مُرَادٌ قَبُولُ هَمَّةِ فَهَاسْتِ [زیرا فایده ای بر آن مترتب می شود] [أَمَّا صَحَّتْ كِفَالَتُ حَالٍ، نَظَرِيَّةٌ صَحِيحَةٌ تَرْتَبُ بِهَا حُضُورُ، يَكُ حَقٌّ شَرْعِيٌّ اسْتِ كِه حَالِ بُوْدُنِ حُضُورِ مَنَافَاتِي بِأَنَّ نَدَارِدُ [و اطلاق ادله کفالت نیز شامل کفالت حال می شود] و یک دیدگاه آن است که فقط کفالت مؤجل، صحیح است [زیرا کفالت حال فایده ای ندارد بلکه مکفول له نیز در همان زمان می تواند مکفول را احضار نماید. اگر عقد کفالت به صورت مدت دار، منعقد شود باید مدت آن معلوم باشد و مانند بقیه زمان هایی که شرط می شود نباید احتمال کم یا زیاد شدن مدت در آن برود. [و مجهول شدن مدت، موجب غرری شدن عقد کفالت می شود.]

(وَيُبْرَأُ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ) تسليماً (تاماً) بآن لا يكون هناك مانع من تسليمه كمتغلب، أو حبس ظالم، وكونه في مكان لا يتمكن من وضع يده عليه، لقوة المكفول و ضعف المكفول له، وفي المكان المعين إن بيناه في العقد، و بلد العقد مع الإطلاق، (و عند الأجل) أي: بعده إن كانت مؤجلة (أو في الحلول) متى شاء إن كانت حالة، و نحو ذلك، فإذا سلمه كذلك برئ، فإن امتنع سلمه إلى الحاكم و برئ أيضاً، فإن لم يمكن أشهد عدلين بإحضاره إلى المكفول له، و امتناعه من قبضه، و كذا يبرأ بتسليم المكفول نفسه تاماً، و إن لم يكن من الكفيل على الأقوى، و بتسليم غيره له كذلك.

(و لو امتنع) الكفيل من تسليمه الزمه الحاكم به فإن أبى (فللمستحق) طلب (حبسه) من الحاكم (حتى يحضره، أو يؤدي ما عليه) إن أمكن أداءه عنه كالدين، فلو لم يمكن كالفقاص و الزوجية و الدعوى بعقوبة توجب حداً أو تعزيراً، الزم بإحضاره حتماً مع الإمكان، و له عقوبته عليه، كما في كل ممتنع من أداء الحق مع قدرته عليه، فإن لم يمكنه الإحضار، و كان له بدل كالدية في القتل و إن كان عمداً، و مهر مثل الزوجة و حب عليه البدل، و قيل: يتعين الزامه بإحضاره إذا طلبه المستحق مطلقاً، لعدم انحصار الأغراض في أداء الحق، و هو قوي.

وقتی کفیل، مکفول له را به صورت کامل تحویل بدهد، برائت حاصل می‌کند و تحویل کامل یعنی اینکه مانعی برای تحویل گرفتن مکفول، وجود نداشته باشد مانند اینکه شخص قوی بر مکفول، غلبه پیدا کرده [و او را تحت سلطه خود نگه داشته باشد] و یا توسط شخص ظالمی، زندانی شده باشد یا مکفول در محلی باشد که مکفول له نتواند به وی دسترسی پیدا کند بخاطر اینکه مکفول، شخصی قوی باشد و مکفول له، شخصی ضعیف باشد. [همچنین تحویل کامل زمانی تحقق می‌یابد که] اگر مکانی برای تحویل در عقد کفالت، تعیین شده باشد در همان مکان، تحویل داده شود و اگر عقد به صورت مطلق باشد [و مکانی تعیین نگردیده باشد] در محلی که عقد منعقد شده است تحویل گردد و اگر عقد کفالت به صورت مدّت دار باشد باید بعد از مدّت، تحویل داده شود و اگر به صورت حال باشد باید هر زمانی که مکفول له درخواست می‌کند [پس از انعقاد عقد] مکفول را تحویل دهد و مانند این شرایط [یعنی تحویل کامل زمانی صورت می‌گیرد که براساس شرایط تعیین شده، انجام شود.] پس هرگاه مکفول له، مکفول را به

این نحو [یعنی به صورت کامل] تحویل داد، براءت حاصل می‌کند و اگر مکفول‌له از تحویل گرفتن مکفول امتناع کند، کفیل او را تحویل حاکم داده و براءت حاصل می‌کند و اگر تحویل به حاکم ممکن نباشد، دو شاهد عادل می‌گیرد که مکفول را نزد مکفول‌له حاضر کرده و مکفول‌له از تحویل گرفتن مکفول خودداری نموده است و نیز کفیل براءت حاصل می‌کند هرگاه مکفول، خود را به صورت کامل تحویل مکفول‌له بدهد هر چند کفیل در این عمل، نقشی نداشته باشد و اگر شخص دیگری غیر از کفیل، مکفول را تحویل بدهد باز هم کفیل، براءت حاصل می‌کند. و اگر کفیل از تحویل دادن مکفول به مکفول‌له، خودداری کند حاکم او را مجبور به تحویل دادن می‌کند [زیرا حاکم، ولی کسی است که حق دیگری را نمی‌دهد] پس اگر باز هم تحویل نداد، صاحب حق [یعنی مکفول‌له] می‌تواند از حاکم درخواست نماید که کفیل را زندانی کند تا زمانی که مکفول را حاضر کند یا حقی را که برعهده مکفول می‌باشد بپردازد اگر پرداخت آن ممکن باشد مانند دین اما اگر امکان ادای حق از سوی کفیل نباشد مانند حق قصاص و زوجیت و ادعای مجازات حدی یا تعزیری [که کفیل نمی‌تواند آنها را از جانب مکفول، انجام دهد] فقط کفیل، مجبور به حاضر کردن مکفول می‌شود در صورتی که امکان حاضر کردن مکفول وجود داشته باشد و حتی حاکم می‌تواند کفیل را بخاطر حاضر نکردن مکفول، مجازات نماید همانگونه که هرکسی را می‌توان مجازات کرد که به رغم امکان پرداخت حق، از پرداخت آن خودداری می‌کند. [از ظاهر عبارت شهید اول و شهید ثانی چنین فهمیده می‌شود که مکفول‌له، مخیر است که کفیل را زندانی کند تا حق او را بپردازد یا مکفول را حاضر نماید بنابراین اگر کفیل بخواهد دین مکفول را بپردازد، مکفول‌له ملزم به پذیرش آن نیست اما در قوانین موضوعه، حق بازداشت کفیل وجود ندارد و مکفول‌له فقط می‌تواند، حق خود را از کفیل بگیرد و تعهد کفیل نیز تعهد به نتیجه است بنابراین ناتوانی وی تأثیری ندارد.] اما اگر کفیل نتواند مکفول را حاضر کند و عوضی برای تعهد او وجود داشته باشد مانند دیه در قتل هر چند قتل عمدی باشد یا مهرالمثل زوجه، در این صورت کفیل باید عوض را به مکفول‌له بدهد و یک دیدگاه آن است که اگر مکفول‌له درخواست حاضر کردن مکفول را بنماید کفیل فقط مجبور می‌شود که مکفول را حاضر نماید هر چند

حقّ وی، جزء حقوقی باشد که قابل پرداخت است زیرا هدف آنها منحصر در پرداخت حق نیست و این دیدگاه، قوی است [زیرا هدف قرارداد طرفین، حاضر کردن

مکفول بوده است پس باید کفیل را بتوان به تعهدی که کرده است ملزم نمود.]

ثُمَّ عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِ الْحَقِّ مَالًا وَ أَدَاءِ الْكَفِيلِ، فَإِنْ كَانَ أَدَى بِإِذْنِهِ رَجَعَ عَلَيْهِ، وَ كَذَا إِنْ أَدَى بِغَيْرِ إِذْنِهِ مَعَ كِفَالَتِهِ بِإِذْنِهِ وَ تَعَدَّرَ إِحْضَارَهُ، وَ إِلَّا فَلَا رُجُوعَ. وَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْكِفَالَةِ وَ الضَّمَانِ فِي رُجُوعِ مَنْ أَدَى بِالْإِذْنِ هُنَا وَ إِنْ كَفَلَ بِغَيْرِ الْإِذْنِ بِخِلَافِ الضَّمَانِ: أَنَّ الْكِفَالَهَ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِالْمَالِ بِالذَّاتِ، وَ حُكْمُ الْكَفِيلِ بِالنَّسْبَةِ إِلَيْهِ حُكْمُ الْأَجْنَبِيِّ، فَإِذَا أَدَاهُ بِإِذْنِ الْمَدْيُونِ، فَلَهُ الرَّجُوعُ، بِخِلَافِ الضَّامِنِ، لِإِنْتِقَالِ الْمَالِ إِلَى ذِمَّتِهِ بِالضَّمَانِ، فَلَا يَنْفَعُهُ بَعْدَهُ الْإِذْنُ فِي الْأَدَاءِ، لِأَنَّهُ كَأَذْنِ الْبَرِيِّ لِلْمَدْيُونِ فِي أَدَاءِ دَيْنِهِ.

وَ أَمَّا إِذْنُهُ فِي الْكِفَالَةِ إِذَا تَعَدَّرَ إِحْضَارَهُ وَ اسْتَيْدَأْنُهُ فِي الْأَدَاءِ، فَذَلِكَ مِنْ لَوَازِمِ الْكِفَالَةِ، وَ الْإِذْنُ فِيهَا إِذْنٌ فِي لَوَازِمِهَا.

سپس چنانچه حق، مال باشد و کفیل با اذن مکفول آن را بپردازد می تواند به مکفول مراجعه کرده [و آنچه را مطابق اذن پرداخته است از او بگیرد] و اگر کفالت از مکفول با اذن وی باشد اما پرداخت حق بدون اذن باشد و حاضر کردن وی متعذر باشد باز هم کفیل حق رجوع به مکفول را دارد و اگر کفالت یا پرداخت حق بدون اذن مکفول باشد، کفیل حق مراجعه به او را ندارد و تفاوت کفالت و ضمانت در اینکه کسی که حق را با اذن پرداخته است در اینجا [یعنی کفالت] حق رجوع دارد هر چند بدون اذن، کفالت کرده باشد اما در ضمانت [حق رجوع به مضمون عنه را ندارد هر چند ضمانت وی با اذن بوده اما پرداخت دین بدون اذن باشد] آن است که کفالت ذاتاً [و مستقیماً] به مال تعلق نمی گیرد [بلکه به نفس تعلق می گیرد و مال، وجه التزام عدم انجام تعهد به حاضر کردن نفس می باشد] و کفیل نسبت به حق، در حکم اجنبی و بیگانه می باشد بنابراین هرگاه کفیل، مال را با اذن مدیون بپردازد، حق رجوع به مدیون را دارد برخلاف ضامن زیرا با عقد ضمان مال به ذمه ضامن منتقل می شود بنابراین اذن مضمون عنه پس از عقد ضمان اثری ندارد زیرا اذن مضمون عنه مانند اذن شخص بری به مدیون است که دین خود را بپردازد [یعنی همانگونه که اگر شخص بری به مدیون بگوید، دین خود را بپردازد سبب اشتغال ذمه وی و حق مراجعه به مدیون نمی شود،

مضمون عنه نیز چنانچه به ضامن بگوید دینی را که ضمانت کرده است بپردازد، موجب مدیون شدن و حق مراجعه وی به مضمون عنه نمی شود. اما اذن مکفول عنه در کفالت، در صورتی که احضار وی و اذن گرفتن برای پرداخت حق، متعذر باشد، بخاطر آن است که اذن در پرداخت، اذن در لوازم کفالت می باشد [یعنی وقتی مکفول عنه به کفیل اذن می دهد که از وی کفالت کند گویی به او اذن در پرداخت نیز داده است زیرا اذن در پرداخت، لازمه اذن در کفالت است و اذن در شیء، اذن در لوازم آن می باشد. برای حق رجوع کفیل به مکفول، می توان به قاعده لا ضرر نیز استناد کرد زیرا اذن مکفول به کفیل برای کفالت سبب پرداخت مال از سوی کفیل شده است و قاعده احترام مال دیگران نیز چنین اقتضایی دارد بویژه که کفیل قصد تبرع نداشته است و کفیل در حقیقت وکیل مکفول برای پرداخت حق می باشد.]

(وَلَوْ عَلَّقَ الْكِفَالَةَ بِشَرْطٍ مُتَوَقَّعٍ، أَوْ صِفَةٍ مَتَرَقِّبَةٍ (بَطَلَتْ) الْكِفَالَةُ) وَ كَذَا الضَّمانُ وَ الْحَوَالَةُ كَثِيرُهَا مِنَ الْعُقُودِ الْأَلْزَمَةِ (نَعَمْ لَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ أُحْضَرْهُ إِلَى كَذَا كَانَ عَلَيَّ كَذَا صَحَّتِ الْكِفَالَةُ أَبَدًا وَ لَا يَلْزَمُهُ الْمَالُ الْمَشْرُوطُ، وَ لَوْ قَالَ: عَلَيَّ كَذَا إِنْ لَمْ أُحْضَرْهُ لَزِمَهُ مَا شَرَطَهُ مِنَ الْمَالِ إِنْ لَمْ يُحْضَرْهُ) عَلَى الْمَشْهُورِ. وَ مُسْتَنَدُ الْحُكْمَيْنِ رِوَايَةُ دَاوُدَ بْنِ الْحَصِينِ عَنِ أَبِي الْعَبَّاسِ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ.

وَ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الصَّبِغَتَيْنِ مِنْ حَيْثُ التَّرْكِيبُ الْعَرَبِيُّ نَظْرًا، وَ لَكِنَّ الْمَصْنَفَ وَ الْجَمَاعَةَ عَمِلُوا بِمَضْمُونِ الرَّوَايَةِ جَامِدِينَ عَلَى النَّصِّ مَعَ ضَعْفِ سَنَدِهِ.

وَ رَبَّمَا تَكَلَّفَ مُتَكَلِّفٌ لِلْفَرْقِ بِمَا لَا يُسْمِنُ وَ لَا يُعْنِي مِنْ جُوعٍ، وَإِنْ أَرَدْتَ الْوُقُوفَ عَلَى تَحْقِيقِ الْحَالِ فَرَاجِعْ مَا حَرَّرْنَاهُ فِي ذَلِكَ بِشَرْحِ الشَّرَائِعِ وَ غَيْرِهِ.

اگر عقد کفالت معلق به شرط مورد انتظار [مانند قبول شدن در کنکور] یا صفت قابل تحقق [مانند بهبودی یافتن بیمار] شود، عقد کفالت باطل می باشد [زیرا عقد معلق باطل می باشد] و عقد ضمان و حواله نیز مانند بقیه عقود لازم همین حکم را دارد بلکه اگر کفیل [صیغه عقد کفالت را چنین منعقد کرده و] بگوید: «اگر مکفول را تا فلان مدت حاضر نکردم، فلان مبلغ برعهده من باشد» عقد کفالت صحیح است و کفیل تعهدی برای پرداخت آن مال پیدا نمی کند [بلکه پس از فرار رسیدن زمان فقط تعهد به حاضر کردن مکفول پیدا می کند] و اگر کفیل بگوید: «فلان مبلغ برعهده من است اگر مکفول را

حاضر نکردم» به اعتقاد مشهور فقها باید در صورتی که مکفول را [در مدت معین] حاضر نکرد مالی را که تعهد کرده است بپردازد و مستند این دو حکم، روایت داود بن حُصَین از ابوالعباس از امام صادق (ع) می‌باشد. [در این روایت آمده است که از امام در خصوص مردی سؤال شد که کفالت مردی را برای مردی می‌نماید پس اگر مکفول را حاضر نکرد باید فلان مال را بپردازد؟ امام فرمود: اگر مکفول را حاضر کرد چیزی برعهده او نیست زیرا کفالت نفس را کرده است مگر اینکه ابتدا مال را بیان کرده باشد که در این صورت چنانچه مکفول را حاضر نکرد باید مال را بپردازد] و تفاوت میان دو صیغه از جهت ترکیب عربی، تامل وجود دارد [یعنی از نظر قواعد عربی تفاوتی ندارد که مال قبل از کفالت یا بعد از کفالت بیان شود اما از نظر قواعد شرعی ممکن است تفاوت وجود داشته باشد] اما شهید اول و گروهی از فقها به مضمون روایت و با جمود بر الفاظ آن، عمل کرده‌اند در حالیکه سند روایت، ضعیف می‌باشد و چه بسا برخی از فقها، خود را به زحمت انداخته و دلایلی را برای تفاوت این دو صیغه بیان کرده‌اند که فایده‌ای ندارد [ابن ادریس گفته است که در صیغه اول، عقد کفالت منعقد شده و سپس شرط پرداخت مال می‌شود اما در صیغه دوم، شرط پرداخت مال ضمن عقد کفالت می‌شود و کفالت به صورت معلق به منعقد می‌شود] و اگر بخواهی اطلاع کامل نسبت به این مسأله پیدا کنی به مطالب ما پیرامون این موضوع در شرح کتاب شرایع الاسلام [یعنی کتاب مسالک] و کتابهای دیگر مراجعه کن. [مرحوم علامه در کتاب مختلف گفته است که من در این مسأله، تأمل دارم و مرحوم محقق نجفی گفته است که اگر اجماع فقها نبود روایت را چنین تفسیر می‌کردیم که منظورش آن است که اگر کفالت بدون وجه التزام باشد، کفیل فقط تعهد به حاضر کردن مکفول دارد و چنانچه وجه التزام تعیین شده باشد باید در صورت حاضر نکردن مکفول، وجه التزام را بپردازد. بنابراین تفاوتی ندارد که وجه التزام قبل از بیان صیغه کفالت، بیان شود یا بعد از آن آورده شود.]

(وَتَحْصُلُ الْكِفَالَةُ أَي: حُكْمُ الْكِفَالَةِ بِإِطْلَاقِ الْغَرِيمِ مِنَ الْمُسْتَحِقِّ قَهْرًا) فَيَلْزِمُهُ إِحْضَارُهُ وَ أَدَاءُ مَا عَلَيْهِ إِنْ أَمَكَّنَ، وَ عَلَى مَا اخْتَرْنَا مَعَ تَعَدُّرِ إِحْضَارِهِ، لَكِنْ هُنَا حَيْثُ يُؤْخَذُ مِنْهُ الْمَالُ لَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الْغَرِيمِ إِذَا لَمْ يَأْمُرْهُ بِدَفْعِهِ، إِذْ لَمْ يَحْصُلْ مِنَ الْإِطْلَاقِ مَا يَفْتَضِي الرُّجُوعَ، (فَلَوْ كَانَ) الْغَرِيمُ (فَاتِلًا) عَمْدًا كَانَ أَمْ شِبْهَهُ (لَزِمَهُ إِحْضَارُهُ، أَوْ الدِّيَّةُ)

وَلَا يُقْتَضُ مِنْهُ فِي الْعَمْدِ، لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَى غَيْرِ الْمُبَاشِرِ.
 ثُمَّ إِنْ اسْتَمَرَ الْقَاتِلُ هَارِباً ذَهَبَ الْمَالُ عَلَى الْمُخْلِصِ، وَإِنْ تَمَكَّنَ الْوَلِيُّ مِنْهُ فِي الْعَمْدِ
 وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّ الدِّيَةِ إِلَى الْغَارِمِ، وَإِنْ لَمْ يُقْتَضَ مِنَ الْقَاتِلِ، لِأَنَّهَا وَجِبَتْ لِمَكَانِ الْحَبْلُولَةِ وَ
 قَدْ زَالَتْ، وَعَدَمُ الْقَتْلِ الْآنَ مُسْتَنَدٌ إِلَى اخْتِيَارِ الْمُسْتَحِقِّ، وَلَوْ كَانَ تَخْلِيصُ الْغَرِيمِ مِنْ يَدِ
 كَفِيلِهِ وَتَعَدُّرُ اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ مِنْ قِصَاصٍ أَوْ مَالٍ، وَأُخِذَ الْحَقُّ مِنَ الْكَفِيلِ كَانَ لَهُ الرَّجُوعُ
 عَلَى الَّذِي خَلَّصَهُ، كَتَخْلِيصِهِ مِنْ يَدِ الْمُسْتَحِقِّ.

اگر بدهکار از دست طلبکار، فراری داده شود کفالت به صورت قهری تحقق می‌یابد یعنی حکم کفالت اجرا می‌شود [نه اینکه عقد کفالت منعقد گردد زیرا عقد کفالت یک عمل ارادی است بنابراین فقط احکام کفالت بر چنین مسأله‌ای بار می‌شود] بنابراین کفیل باید مکفول را حاضر کند یا حقی را که برعهده مکفول می‌باشد پردازد مشروط بر اینکه ادای حق ممکن باشد [مانند دین که قابل پرداخت از سوی کفیل می‌باشد اما حق قصاص، قابل اداء نیست زیرا کفیل را نمی‌توان قصاص کرد. دلیل مسؤولیت فراری دهنده، یکی قاعده لاضرر است و دیگر اینکه فراری دهنده، تسلط مکفول‌له بر مکفول را غصب کرده و از بین برده است بنابراین باید آن را جبران کند. فقها در این مسأله تفاوتی میان فراری دهنده صغیر و بالغ، قائل نشده‌اند اما گفته‌اند که فقط باید به مورد نص یعنی فراری دادن مکفول اکتفاء نمود بنابراین اگر شخصی از راههای دیگری همچون ارعاب و تهدید، مانع تسلط مکفول‌له بر مکفول شود، حکم کفالت اجرا نخواهد شد اما وجود فلسفه و ملاک در این موارد اقتضا می‌کند که حکم آنها یکسان باشد] و براساس دیدگاهی که ما انتخاب کردیم [کفیل در صورتی باید حق را به مکفول‌له پردازد] که نتواند مکفول را حاضر کند اما در اینجا چنانچه مکفول‌له، حق را از کفیل بگیرد و مکفول، دستور پرداخت حق را به کفیل نداده باشد، کفیل حق ندارد برای گرفتن آنچه به مکفول‌له داده است، به مکفول مراجعه کند زیرا از فراری دادن، فهمیده نمی‌شود که کفیل حق رجوع به مکفول را دارد [برخلاف عقد کفالت که با اذن مکفول، منعقد شده باشد. البته اگر فراری دادن مکفول با اذن وی باشد، اساساً باید کفیل حق مراجعه به مکفول را داشته باشد زیرا اذن در فراری دادن، اذن در پرداخت نیز می‌باشد و قاعده لاضرر و احترام مال مسلم نیز چنین اقتضایی دارد.] پس اگر بدهکار،

قاتل باشد اعم از اینکه مرتکب قتل عمد یا شبه عمد شده باشد، شخص فراری دهنده قاتل باید قاتل را حاضر کند یا دیه او را بپردازد و در قتل عمد نمی توان فراری دهنده را قصاص کرد زیرا قصاص فقط مجازات کسی است که مباشرت در قتل داشته باشد [البته پرداخت دیه نیز در صورتی است که حاضر کردن قاتل، متعذر باشد هر چند این تعذر بخاطر مرگ قاتل باشد. این حکم مستند به روایتی است که صمیری بدین شرح از امام صادق(ع) بیان کرده است که از وی در مورد شخصی سؤال کردم که فردی را عمداً می کشد و حاکم، قاتل را تحویل اولیای دم می دهد تا او را بکشند اما ناگهان گروهی بر سر آنها می ریزند و قاتل را از دست اولیای دم فراری می دهند. امام فرمود: به نظر من فراری دهندگان قاتل باید زندانی شوند تا قاتل را بیاورند. سؤال شد که اگر قاتل بمیرد و فراری دهندگان در زندان باشند، تکلیف چیست؟ امام فرمود: اگر قاتل بمیرد، همه فراری دهندگان باید دیه را به اولیای دم بدهند.] سپس اگر قاتل همچنان در حال فرار باشد، دیه از مال فراری دهنده می رود [یعنی مسؤولیت فقط برعهده اوست] و اگر ولی دم در قتل عمد، بر قاتل دسترسی پیدا کند، باید دیه را به فراری دهنده برگرداند هر چند قاتل را قصاص نکند زیرا دیه بخاطر بدل حیلوله، پرداخت شده است [یعنی بدل از حاضر کردن قاتل بوده که چون مانعی برای حاضر کردن وی بوجود آمده است پس تا رفع مانع باید بدل آن پرداخت شود و این در حالی است که] مانع برطرف شده است و قصاص نکردن قاتل بخاطر اختیار و اراده اولیای دم می باشد [و مستند به تقصیر فراری دهنده نیست و دیه نیز بخاطر حیلوله می باشد و بخاطر اسقاط حق نیست. با این وجود مرحوم علامه در کتاب تحریر نسبت به امکان قصاص قاتل، تردید کرده است و گویی قبول دیه از طرف اولیای دم را به منزله اسقاط حق قصاص دانسته است اما همانگونه که گفته شد ماهیت دیه، بدل حیلوله است و در نتیجه کفیل نیز حق قصاص قاتل را ندارد هر چند اولیای دم، رضایت بدهند] و اگر فراری دادن قاتل از دست کفیل باشد و نتوان قاتل را قصاص کرد یا مال را از او گرفت، کفیل می تواند به شخصی مراجعه نماید که قاتل را از دست او فراری داده است مانند موردی که قاتل از دست صاحب حق، فراری داده شده باشد.

(وَلَوْ غَابَ الْمَكْفُولُ) غَيْبَةً يُعْرَفُ مَوْضِعُهُ (أَنْظِرَ) الْكَفِيلُ بَعْدَ مُطَالَبَةِ الْمَكْفُولِ لَهُ

بِإِحْضَارِهِ (وَبَعْدَ الْحُلُولِ) إِنْ كَانَتْ مُؤَجَّلَةً (بِمَقْدَارِ الذَّهَابِ) إِلَيْهِ (وَ الْأَيَابِ) فَإِنْ مَضَتْ وَ لَمْ يُحْضِرْهُ حِسِبَ وَ الزَّمَّ مَا تَقَدَّمَ، وَ لَوْ لَمْ يُعْرِفْ مَوْضِعَهُ لَمْ يُكَلَّفْ إِحْضَارَهُ، لِعَدَمِ إِمْكَانِهِ، وَ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ لَمْ يُكْفَلِ الْمَالَ، وَ لَمْ يُقَصَّرْ فِي الْإِحْضَارِ.

اگر مکفول غایب باشد و محل مخفی شدن او معلوم باشد، بعد از درخواست مکفول له برای حاضر کردن مکفول، به کفیل مهلتی داده می شود [و این در صورتی است که کفالت، حال باشد و مکفول له بتواند هر زمانی که می خواهد حاضر کردن مکفول را درخواست نماید. در این صورت پس از درخواست حاضر کردن مکفول باید فرصت معقولی به کفیل داده شود تا مکفول را حاضر کند] و اگر کفالت، مؤجل باشد، بعد از فرار رسیدن زمان [، این مهلت به کفیل داده می شود یعنی مهلتی که] به مقدار رفتن به محل مخفی شدن مکفول و بازگشت از آنجا باشد. پس اگر این مدت سپری شود و کفیل، مکفول را حاضر نکند، کفیل زندانی می شود و تعهدی را که قبلاً گفته شد انجام می دهد [یعنی مکفول را حاضر کرده یا در صورت تعذر حاضر کردن مکفول، حق را می پردازد]. اما اگر محل مخفی شدن مکفول، معلوم نباشد کفیل تکلیفی برای حاضر کردن مکفول ندارد زیرا حاضر کردن وی امکان ندارد و تعهد دیگری هم ندارد زیرا پرداخت مال را تعهد نکرده است و در حاضر کردن مکفول نیز کوتاهی ننموده است. [البته همانگونه که قبلاً گفته شد کفالت، تعهد به نتیجه است بنابراین حاضر نکردن مکفول با هر دلیلی که باشد، موجب پرداخت وجه التزام می شود. به همین دلیل مؤلف کتاب «جامع المقاصد» گفته است که مقتضای کفالت حاضر کردن مکفول یا پرداخت مال می باشد و این حق همچنان باقی است تا براثت حاصل شود و کفیل، وثیقه تعهدی می باشد و اگر انجام تعهد مستقیم وجود نداشته باشد از محل وثیقه، جبران می شود اما مخالفان اعتقاد دارند که موضوع مستقیم تعهد، حاضر کردن مکفول است و زمانی این تعهد تبدیل به تعهد مالی می شود که امکان انجام تعهد اصلی وجود داشته باشد اما انجام نشود.]

(وَيَنْصَرِفُ الْإِطْلَاقُ إِلَى التَّسْلِيمِ فِي مَوْضِعِ الْعَقْدِ) لِأَنَّهُ الْمَقْهُومُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ.
وَ يُشْكَلُ لَوْ كَانَا فِي بَرِّيَّةٍ، أَوْ بَلَدٍ غُرْبَةٍ قَصْدُهُمَا مُفَارَقَتَهُ سَرِيعًا. لَكِنَّهُمْ لَمْ يَذْكُرُوا هُنَا خِلَافًا كَالسَّلْمِ، وَ الْأَشْكَالُ يَنْدَفِعُ بِالتَّعْيِينِ (وَ لَوْ عَيَّنَ غَيْرَهُ) أَي: غَيْرَ مَوْضِعِ الْعَقْدِ (لِزَمَ) مَا

شَرَطًا، وَ حَيْثُ يُعَيَّنُ أَوْ يُطْلَقُ وَيُحْضِرُهُ فِي غَيْرِ مَا عَيِّنَ شَرْعًا لَا يَجِبُ تَسَلُّمُهُ وَإِنْ انْتَفَى الضَّرُّ.

[اگر عقد کفالت به صورت مطلق، منعقد شود]، اطلاق عقد منصرف به تحویل مکفول در محل عقد می شود زیرا آنچه که از اطلاق عقد فهمیده می شود همین است. [هر عقدی دارای یک ذات و یک اطلاق می باشد و هر یک از اینها، نتایج و آثاری دارند و یکی از آثار اطلاق عقود آن است که تعهد در محل انعقاد عقد، انجام شود.] اما اشکال در جایی است که طرفین عقد در بیابان یا شهر غریبی، عقد کفالت را منعقد نمایند و قصدشان آن باشد که به سرعت، آن محل را ترک نمایند [و علت اشکال آن است که هدف طرفین عقد، انجام تعهد در محل انعقاد عقد نبوده است بنابراین نمی توان از اطلاق عقد استفاده کرد] اما فقها نظریه مخالفی را در اینجا بیان نکرده اند برخلاف عقد سلم [که نظریه هایی را بیان کرده اند و شاید سکوت ایشان بخاطر روشن بودن مسأله است زیرا در چنین مواردی باید به قرائن جنبی مراجعه کرد و در هر صورت] اشکال، با تعیین محل تحویل مکفول، حل می شود [یعنی بهتر است طرفین، محل تحویل را مشخص کنند.] و اگر محل تحویل مکفول، محلی غیر از محل انعقاد عقد کفالت، تعیین گردد، آنچه که شرط شده است باید انجام شود و اگر مکانی برای تحویل مکفول، تعیین شده باشد یا مکانی تعیین نشده باشد و کفیل، مکفول را در غیر محلی که در شرع تعیین شده است تحویل بدهد، قبول آن از سوی مکفول له واجب نیست هر چند ضرری را در پی نداشته باشد. [اما مرحوم شیخ طوسی و قاضی ابن براج گفته اند که اگر تحویل مکفول در محل دیگر، موجب ضرر مکفول نشود باید آن را قبول کند و این سخن، موجه است در صورتی که تحویل در مکان خاص بخاطر مصلحت کفیل باشد و کفیل از حق خود بگذرد.]

(وَلَوْ قَالَ الْكَفِيلُ: لَا حَقَّ لَكَ) عَلَى الْمَكْفُولِ خَالَةَ الْكِفَالَةِ، فَلَا يَلْزَمُنِي إِحْضَارُهُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَكْفُولِ لَهُ، لِرُجُوعِ الدَّعْوَى إِلَى صِحَّةِ الْكِفَالَةِ وَ فَسَادِهَا، فَيُقَدَّمُ قَوْلُ مُدَّعِي الصِّحَّةِ، (وَ حَلَفَ الْمُسْتَحِقُّ) وَ هُوَ الْمَكْفُولُ لَهُ وَ لَزِمَهُ إِحْضَارُهُ، فَإِنْ تَعَدَّرَ لَمْ يَبْتِ الْحَقُّ بِحَلْفِهِ السَّابِقِ، لِأَنَّهُ لَا بُدَّاتِ حَقِّ بَصْحِ الْكِفَالَةِ، وَ يَكْفِي فِيهِ تَوَجُّهُ الدَّعْوَى. نَعَمْ لَوْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ بِالْحَقِّ وَ أَتْبَعَتْهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ الزَّمَةُ بِهِ كَمَا مَرَّ وَ لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمَكْفُولِ، لِاعْتِرَافِهِ بِبِرَاءَةِ

ذِمَّتِهِ، وَ زَعَمِهِ بِأَنَّهُ مَظْلُومٌ.

و اگر کفیل [به مکفول له] بگوید که تو در هنگام انعقاد عقد کفالت، حقی بر مکفول نداشتی بنابراین تعهدی برای حاضر کردن مکفول ندارم، سخن مکفول له پذیرفته می شود زیرا موضوع دعوا به صحت و فساد عقد کفالت برمی گردد بنابراین سخن کسی پذیرفته می شود که ادعای صحت عقد کفالت را می نماید. [یعنی کفیل و مکفول له پیرامون اصل کفالت با یکدیگر اختلافی ندارند بلکه کفیل ادعا می کند که مکفول، دینی به مکفول له نداشته است بنابراین عقد کفالت، باطل است اما مکفول له ادعا می کند که مکفول به وی بدهکار بوده است بنابراین عقد کفالت، صحیح است. در اینجا سخن مکفول له پذیرفته می شود زیرا مطابق اصل صحت سخن می گوید و منکر است. البته مؤلف کتاب مجمع البرهان گفته است که سخن مکفول له بدون سوگند پذیرفته می شود اما شهید اول با توجه به قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» گفته است که صاحب حق یعنی مکفول له، سوگند یاد می کند و کفیل باید مکفول را حاضر کند و اگر حاضر کردن مکفول [به دلایلی همچون فوت وی] متعذر باشد، حق و دین با سوگند قبلی مکفول له [بر ذمه مکفول] ثابت نمی شود زیرا اتیان سوگند برای اثبات حق بوده است تا عقد کفالت را صحیح نماید و برای صحت کفالت، همین مقدار کافی است که مکفول له، ادعایی را علیه مکفول، مطرح نماید [و نیازی به ثبوت واقعی حق برعهده مکفول نیست چرا که ثبوت صحت کفالت اعم از ثبوت و عدم ثبوت حق بر ذمه مکفول می باشد] بلکه اگر مکفول له [یعنی مدعی] دلیلی بیاورد که حقی بر ذمه مکفول دارد و آن حق را نزد حاکم به اثبات برساند می تواند کفیل را به همان شکلی که قبلاً گفته شد، ملزم نماید [که مکفول را حاضر کند یا حق را بدهد] اما کفیل نمی تواند مالی را که به مکفول له داده است از مکفول مطالبه کند زیرا کفیل اعتراف می کند که ذمه مکفول [نسبت به مکفول له] بری بوده و گمان می کند که مکفول، مظلوم واقع شده است [یعنی مکفول له، به ناحق دعوی خود را علیه مکفول به اثبات رسانیده است. اما اگر کفیل نداند که ادعای مکفول له علیه مکفول، ظالمانه بوده است می تواند آنچه را که به مکفول له داده است از مکفول پس بگیرد.]

(وَ كَذَا لَوْ قَالَ) الْكَفِيلُ لِلْمَكْفُولِ لَهُ: (أَبْرَأْتُه) مِنَ الْحَقِّ، أَوْ أَوْفَاكَهُ، لِأَصَالَةِ بَقَائِهِ.

ثُمَّ إِنْ حَلَفَ الْمَكْفُولُ لَهُ عَلَى بَقَاءِ الْحَقِّ بَرِيٍّ مِنْ دَعْوَى الْكَفِيلِ، وَ لَزِمَهُ إِحْضَارُهُ، فَإِنْ جَاءَ بِالْمَكْفُولِ، فَادَّعَى الْبَرَاءَةَ أَيْضاً لَمْ يُكْتَفَ بِالْيَمِينِ الَّتِي حَلَفَهَا لِلْكَفِيلِ، لِأَنَّهَا كَانَتْ لِإِثْبَاتِ الْكِفَالَةِ، وَ هَذِهِ دَعْوَى أُخْرَى وَ إِنْ لَزِمَتْ تِلْكَ بِالْعَرَضِ (فَلَوْ لَمْ يَحْلِفْ وَ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَيْهِ) أَي: عَلَى الْكَفِيلِ (فَحَلَفَ بَرِيٍّ مِنَ الْكِفَالَةِ وَ الْمَالُ بِحَالِهِ) لَا يَبْرَأُ الْمَكْفُولُ مِنْهُ، لِإِخْتِلَافِ الدَّعْوَيَيْنِ، كَمَا مَرَّ، وَ لِأَنَّهُ لَا يُبْرَأُ بِيَمِينِ غَيْرِهِ.

نَعَمْ لَوْ حَلَفَ الْمَكْفُولُ الْيَمِينَ الْمُرْدُودَةَ عَلَى الْبَرَاءَةِ بَرِئاً مَعاً، لِسُقُوطِ الْكِفَالَةِ بِسُقُوطِ الْحَقِّ، كَمَا لَوْ آذَاهُ، وَ كَذَا لَوْ نَكَلَ الْمَكْفُولُ لَهُ عَنِ يَمِينِ الْمَكْفُولِ فَحَلَفَ بَرِئاً مَعاً.

و همینطور [مکفول له، سوگند یاد می‌کند] چنانچه کفیل به مکفول له بگوید که ذمه مکفول را از حقی که برعهده او داشتی، بری کردی یا مکفول، دین خود را به تو پرداخته است زیرا اصل بر باقی بودن دین است [یعنی دینی که یقین بر آن وجود دارد، استصحاب می‌شود] پس اگر مکفول له قسم بخورد که دین بر ذمه مکفول باقی است نسبت به ادعای کفیل، براءت حاصل می‌کند و باید مکفول را حاضر نماید. پس اگر مکفول را حاضر کرد و مکفول نیز ادعای براءت خود را نمود، سوگندی که مکفول له برای کفیل یاد کرده است [نسبت به براءت مکفول از حق] کفایت نمی‌کند زیرا آن سوگند برای اثبات کفالت بود [و برای ردّ دعوایی بود که میان مکفول له و کفیل وجود داشت] و این دعوا، دعوی دیگری است [یعنی دعوایی است که میان مکفول له و مکفول وجود دارد و موضوع آن، وجود حق بر ذمه مکفول می‌باشد بنابراین مکفول له باید سوگند دیگری یاد کند که طلب او بر ذمه مکفول باقی است] هر چند دعوی دوم بالعرض با سوگند اول ملازمه دارد [زیرا سوگند اول برای اثبات کفالت بوده است و سوگند دوم برای باقی بودن حق است و باقی بودن حق متفرع بر ثبوت عقد کفالت می‌باشد.] حال اگر مکفول له قسم یاد نکند و سوگند را به کفیل ردّ نماید و کفیل قسم بخورد، کفیل نسبت به عقد کفالت براءت حاصل می‌کند اما حق به حال خود باقی است و مکفول نسبت به آن براءت پیدا نمی‌کند زیرا همانگونه که گفته شد دو دعوا با یکدیگر تفاوت دارند [و موضوع یک دعوا، عقد کفالت است اما موضوع دعوی دیگر، وجود حق می‌باشد] و به دلیل اینکه نمی‌توان شخصی را با سوگند دادن دیگری تبرئه کرد [زیرا سوگند قائم به شخص است بنابراین نمی‌توان با سوگند کفیل حکم به براءت

مکفول داد مضافاً بر اینکه موضوع دو سوگند، متفاوت است] بله اگر مکفول سوگندی را [که در دعوی اول به کفیل ردّ شده است] مبنی بر برائت خویش، بخورد کفیل و مکفول له هر دو تبرئه می‌شوند زیرا وقتی حق، ساقط شود کفالت نیز ساقط می‌شود و مانند آن است که مکفول، حق را ادا کرده باشد. [کفالت تابع دین است پس وقتی دین ساقط شود کفالت نیز از بین می‌رود. البته این در صورتی است که اتیان سوگند از سوی کسی که قسم به او ردّ نشده است صحیح باشد و در اینجا سوگند به کفیل ردّ می‌شود اما مکفول قسم می‌خورد] و نیز اگر مکفول له نسبت به سوگندی که از مکفول متوجه وی شده است نکول نماید [یعنی از اتیان سوگندی که در دعوی مکفول علیه وی، متوجه او شده است خودداری کند و قسم به مکفول ردّ شود و مکفول] قسم بخورد کفیل و مکفول برائت حاصل می‌کنند. [زیرا سوگند مکفول سبب سقوط حقّ می‌شود و به تبع آن، عقد کفالت نیز ساقط می‌گردد.]

(وَلَوْ تَكَفَّلَ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ كَفَى تَسْلِيمُ أَحَدِهِمَا) إِبَاهُ تَامًا، لِحُصُولِ الْعَرَضِ، كَمَا لَوْ سَلَّمَ نَفْسَهُ، أَوْ سَلَّمَهُ أَجْنَبِيًّا.

وَ هَلْ يُشْتَرَطُ تَسْلِيمُهُ عَنْهُ وَعَنْ شَرِيكِهِ، أَمْ يَكْفِي إِطْلَاقُ؟ قَوْلَانِ أَجْوَدُهُمَا الثَّانِي، وَ هُوَ الَّذِي يَفْتَضِيهِ إِطْلَاقُ الْعِبَارَةِ. وَ كَذَا الْقَوْلُ فِي تَسْلِيمِ نَفْسِهِ، وَ تَسْلِيمِ الْأَجْنَبِيِّ لَهُ. وَ قِيلَ: لَا يُبْرَأُ مُطْلَقًا، لِتَعَايُرِ الْحَقَّيْنِ، وَ ضَعْفِهِ ظَاهِرٌ، وَ تَطَهَّرُ الْفَائِدَةُ لَوْ هَرَبَ بَعْدَ تَسْلِيمِ الْأَوَّلِ.

اگر دو نفر [در ضمن یک عقد یا ضمن دو عقد] کفالت یک نفر را بنمایند، تحویل کامل مکفول توسط یکی از آنها کفالت می‌کند زیرا غرض در اینجا حاصل می‌شود [غرض عقد کفالت، تحویل مکفول می‌باشد که حاصل شده است و نحوه تحقق غرض، اهمیتی ندارد] مانند اینکه مکفول، خودش را تسلیم کند یا شخص ثالثی او را تحویل بدهد و آیا شرط است کفیلی که مکفول را تحویل می‌دهد از طرف خودش و از طرف کفیل دیگر، مکفول را تحویل بدهد یا مطلق تحویل دادن کفایت می‌کند؟ در این زمینه دو دیدگاه وجود دارد و دیدگاه دوم، بهتر است [یعنی نیازی نیست که کفیل، قصد تحویل دادن از سوی کفیل دیگر را نیز داشته باشد] و اطلاق عبارت شهید اول نیز چنین اقتضایی دارد و همین مطلب در موردی هم وجود دارد که مکفول، خودش را تحویل

بدهد و یا شخص ثالثی او را تحویل بدهد و یک دیدگاه آن است که کفیل دیگر، برائت حاصل نمی‌کند حتی اگر کفیلی که مکفول را تحویل می‌دهد از جانب خودش و از جانب کفیل دیگر، او را تحویل بدهد زیرا این دو حق [و دو تعهدی که از سوی دو کفیل، صورت گرفته است] با یکدیگر تفاوت دارند و ضعیف بودن این نظریه، روشن است [زیرا غرض از کفالت، حاصل می‌شود. البته در اینجا باید دید که کفالت دو نفر به دو عقد منحل می‌شود بگونه‌ای که اگر یک عقد، منحل شد عقد دیگر به قوت خود باقی باشد یا یک عقد بیشتر وجود ندارد. اگر از قراین خارجی نتوان این موضوع را به دست آورد، اصل بر آن است که تعدد عقد وجود داشته باشد] و فایده این اختلاف در جایی ظاهر می‌شود که مکفول پس از آنکه توسط یک کفیل، تحویل داده شد، فرار کند [پس اگر تعهد کفیل دیگر باقی باشد باید او را تحویل بدهد و کفیل دیگر مسؤولیتی ندارد].

(وَلَوْ تَكَفَّلَ بِوَاحِدٍ لِاتْنَيْنِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَسْلِيمِهِ إِلَيْهِمَا) مَعًا، لِأَنَّ الْعَقْدَ الْوَاحِدَ هُنَا بِمَنْزِلَةِ عَقْدَيْنِ، كَمَا لَوْ تَكَفَّلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ عَلَى انْفِرَادِهِ، أَوْ ضَمِنَ دَيْنَيْنِ لِشَخْصَيْنِ فَأَدَى دَيْنَ أَحَدِهِمَا، فَإِنَّهُ لَا يَبْتَرَأُ مِنْ دَيْنِ الْآخَرِ، بِخِلَافِ السَّابِقِ، فَإِنَّ الْغَرَضَ مِنْ كَفَالَتِهِمَا لِلْوَاحِدِ إِحْضَارُهُ وَقَدْ حَصَلَ.

اگر یک نفر کفالت کند که شخصی را تحویل دو نفر بدهد باید مکفول را تحویل هر دو بدهد زیرا یک عقد در اینجا به منزله دو عقد است [یعنی گرچه در خارج فقط یک عقد منعقد شده است اما در واقع به دو عقد منحل می‌شود] و مانند آن است که برای هر یک از آن دو نفر به صورت جداگانه کفالت کرده باشد یا ضامن دو دین برای دو نفر شده باشد و دین یکی از آن دو را پردازد که در این صورت، نسبت به دین شخص دیگر، برائت حاصل نمی‌کند برخلاف مسأله قبل که هدف از کفالت دو نفر برای حاضر کردن یک نفر، حاضر کردن وی بود که [با تحویل مکفول توسط یکی از کفیل‌ها] این هدف، حاصل می‌شود.

(وَيَصِحُّ التَّعْبِيرُ) فِي عَقْدِ الْكِفَالَةِ (بِالْبَدَنِ، وَ الرَّأْسِ، وَ الْوَجْهِ) فَيَقُولُ: كَفَلْتُ لَكَ بَدَنَ فُلَانٍ أَوْ رَأْسَهُ أَوْ وَجْهَهُ، لِأَنَّهُ يُعْبَرُ بِذَلِكَ عَنِ الْجُمْلَةِ، بَلْ عَنِ الذَّاتِ عُرْفًا، وَ الْحَقَّ بِهِ الْكَيْدُ وَ الْقَلْبُ وَ غَيْرُهُمَا مِنَ الْأَجْزَاءِ الَّتِي لَا تَبْقَى الْحَيَاةُ بِدُونِهَا، وَ الْجُزْءُ الشَّائِعُ فِيهِ كَتْلُهَا وَ رُبْعُهُ، اسْتِنَادًا إِلَى أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ إِلَّا بِإِحْضَارِهِ أَجْمَعٍ.

وَ فِي غَيْرِ الْبَدَنِ نَظَرٌ، أَمَّا الْوَجْهُ وَالرَّأْسُ، فَاتَّهَمَا وَإِنْ أُطْلِقَا عَلَى الْجُمْلَةِ، لَكِنْ يُطْلَقَانِ عَلَى أَنْفُسِهِمَا إِطْلَاقاً شَائِعاً مُتَعَارِفاً إِنْ لَمْ يَكُنْ أَشْهَرَ مِنْ إِطْلَاقِهِمَا عَلَى الْجُمْلَةِ. وَ حَمْلُ اللَّفْظِ الْمُحْتَمِلِ لِلْمَعْنَيْنِ عَلَى الْوَجْهِ الْمُصَحَّحِ مَعَ الشَّكِّ فِي حُصُولِهِ وَ أَصَالَةِ الْبِرَاءَةِ مِنْ مُفْتَضَى الْعَقْدِ غَيْرٌ جَيِّدٌ.

نَعَمْ لَوْ صَرَّحَ بِإِزَادَةِ الْجُمْلَةِ مِنَ الْجُزْءِ بَيْنَ اتَّجَهَتِ الصَّحَّةُ كِإِزَادَةِ أَحَدِ مَعْنَيِي الْمُشْتَرَكِ، كَمَا أَنَّهُ لَوْ قَصَدَ الْجُزْءَ بِعَيْنِهِ فَكَفَّضَ الْجُزْءَ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ الْحَيَاةَ بِدُونِهِ، وَأَمَّا مَا لَا تَبْقَى الْحَيَاةُ بِدُونِهِ، مَعَ عَدَمِ إِطْلَاقِ اسْمِ الْجُمْلَةِ عَلَيْهِ حَقِيقَةً، فَعَلَّيْتَهُ أَنْ إِطْلَاقَهُ عَلَيْهَا مَجَازٌ، وَ هُوَ غَيْرُ كَافٍ فِي إِثْبَاتِ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ، وَ يَلْزَمُ مِثْلُهُ فِي كُلِّ جُزْءٍ مِنَ الْبَدَنِ، فَالْمَنْعُ فِي الْجَمِيعِ أَوْجَهُ، أَوْ الْإِحَاقُ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ مَعَ قَصْدِ الْجُمْلَةِ بِهِمَا (دُونَ الْيَدِ وَالرَّجْلِ) وَإِنْ قَصَدَهَا بِهِمَا مَجَازاً، لِأَنَّ الْمَطْلُوبَ شَرْعاً كِفَالَةً الْمَجْمُوعِ بِاللَّفْظِ الصَّرِيحِ الصَّحِيحِ كَغَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ، وَ التَّعْلِيلُ بِعَدَمِ امْتِكَانِ إِحْضَارِ الْجُزْءِ الْمَكْفُولِ بِدُونِ الْجُمْلَةِ فَكَانَ فِي قُوَّةِ كِفَالَةِ الْجُمْلَةِ ضَعِيفٌ، لِأَنَّ الْمَطْلُوبَ لَمَّا كَانَ كِفَالَةً الْمَجْمُوعِ لَمْ يَكُنِ الْبَعْضُ كَافِياً فِي صِحَّتِهِ وَإِنْ تَوَقَّفَ إِحْضَارُهُ عَلَيْهِ، لِأَنَّ الْكَلَامَ لَيْسَ فِي مُجَرَّدِ الْإِحْضَارِ، بَلْ عَلَى وَجْهِ الْكِفَالَةِ الصَّحِيحَةِ، وَ هُوَ مُنْتَفٍ.

در عقد کفالت می توان واژه «بدن» و «سر» و «صورت» را بکاربرد یعنی کفیل بگوید: «بدن یا سر یا صورت فلانی را برای تو کفالت کردم» زیرا کفیل با بیان این اعضا، تمامی بدن و ذات انسان را عرفاً اراده می کند و کبد و قلب و بقیه اعضای بدن که زنده ماندن انسان بدون آنها امکان ندارد و جزء مشاعی بدن مانند یک سوم یا یک چهارم انسان را می توان به این اعضا ملحق کرد [زیرا وقتی کفیل، تعهد حاضر کردن این اعضا را می نماید به معنای آن است که تعهد به حاضر کردن خود شخص نموده است] زیرا حاضر کردن مکفول جز با حاضر کردن تمام بدن او امکان ندارد. [شهادتانی نسبت به این موضوع اعتراض کرده و می گوید گرچه تعبیر به بدن جایز است و عقد کفالت را محقق می سازد اما در مورد تعبیر به [غیربدن، تامل وجود دارد زیرا صورت و سرگرچه به تمامی بدن اطلاق می گردد اما به شکل متعارف و گسترده فقط به خود سر و صورت، اطلاق می شود اگر اطلاق آنها به سروصورت مشهورتر از اطلاق آنها به تمامی بدن نباشد [یعنی اگر اطلاق این واژه ها به سروصورت، مشهورتر از اطلاق آنها به

تمامی بدن نباشد حداقل عرفاً برای این اجزاء بکار می‌رود و بکاربردن لفظی که دو معنا دارد برای یک معنا که وجهی برای صحت بکاربردن لفظ در آن معنا وجود دارد نیکو نیست در حالیکه شک در آن معنا وجود دارد و در حالیکه اصل بر برائت از تعهد ناشی از عقد می‌باشد [یعنی لفظ سروصورت دارای یک معنای حقیقی و یک معنای مجازی می‌باشد. معنای حقیقی همان سروصورت است و معنای مجازی، تمام بدن می‌باشد و بکاربردن لفظ در معنای مجازی نیاز به مصحح دارد و مصحح در اینجا زنده نماندن انسان بدون سروصورت است، اما لفظی که احتمال می‌رود در معنای حقیقی و مجازی بکاررفته باشد را نمی‌توان حمل بر معنای مجازی نمود زیرا تردید وجود دارد که گوینده معنای مجازی را اراده کرده باشد و از طرفی چنانچه در انعقاد کفالت و ایجاد تعهد برای کفیل شک کنیم اصل بر برائت وی می‌باشد] بله اگر کفیل تصریح کند که معنای تمام بدن را از لفظ سروصورت اراده کرده است، صحت عقد کفالت قابل توجیه خواهد بود و این مانند جایی است که از لفاظ مشترک، یک معنای آن اراده شود [و تصریح شود که کدام معنا اراده شده است] کما اینکه اگر گوینده قصد عضو را کرده باشد مانند جایی است که گوینده قصد عضوی را نموده باشد که زندگی بدون آن امکان ندارد [یعنی همانگونه که اگر گوینده واژه سروصورت را بکار ببرد همان اعضا را اراده کند عقد کفالت صحیح نیست اگر اعضای دیگر را هم بکار ببرد عقد کفالت صحیح نیست] و اما اعضای که زندگی بدون آنها امکان ندارد علاوه بر اینکه نام تمام بدن حقیقتاً بر آنها صدق نمی‌کند، نهایتش آن است که اطلاق این اعضا بر تمام بدن، مجازی است حال آنکه اطلاق مجازی عضو بر تمام بدن برای اثبات احکام شرعی، کفایت نمی‌کند [یعنی کفالت یک عقد لازم است و نمی‌توان الفاظ مجازی را برای انعقاد آن بکاربرد و احکام شرعی مانند حاضر کردن مکفول را بر آن حمل کرد بلکه باید الفاظ حقیقی و صریح را بکاربرد] و مثل همین بحث لازم می‌آید جایی که هر یک از اجزاء بدن بکار رود [یعنی اگر اجزای دیگر بدن مانند دست و پا نیز بکار رود و به صورت مجازی و غیرصریح کفالت منعقد شود.] و بهتر است که در همه این موارد، قائل به ممنوعیت شویم یا انعقاد عقد کفالت با بکاربردن واژه «سر» و «صورت» را صحیح بدانیم مشروط بر اینکه تمامی بدن قصد شده باشد اما بکاربردن واژه «دست» و «پا» صحیح

نیست هر چند تمامی بدن مجازاً از این دو واژه قصد شده باشد زیرا چیزی که مورد نظر شرع می باشد آن است که تمامی بدن با لفظ صریح و صحیح، کفالت شود مانند بقیه عقود لازم [که نیاز به عبارت های صریح دارند] و این استدلال ضعیف است که گفته شود حاضر کردن عضو بدن بدون حاضر کردن تمام بدن، امکان ندارد بنابراین کفالت عضو بدن به منزله کفالت تمام بدن می باشد [و علت ضعیف بودن استدلال آن است که ثبوت احکام شرعی نیازمند بکاربردن الفاظ صریح است و دلیل دیگر اینکه] وقتی در عقد کفالت، حاضر کردن تمام بدن، مورد نظر باشد، حاضر کردن عضوی از بدن برای صحت آن کفایت نمی کند هر چند حاضر کردن جزء بدن متوقف بر حاضر کردن تمام بدن می باشد زیرا صرف حاضر کردن، مورد نظر نیست بلکه کفالت باید به شکل صحیح انجام شود که در اینجا به شکل صحیح انجام نشده است.

(وَلَوْ مَاتَ الْمَكْفُولُ) قَبْلَ إِحْضَارِهِ (بَطَلَتْ) الْكِفَالَةُ، لِفَوَاتِ مُتَعَلِّقِهَا وَ هُوَ النَّفْسُ، وَ فَوَاتِ الْغَرَضِ لَوْ أُرِيدَ الْبَدَنُ.

وَ يُمَكِّنُ الْفَرْقُ بَيْنَ التَّعْبِيرِ بِكَلْمَتِ فُلَانًا، وَ كَفَلْتُ بَدَنَهُ، فَيَجِبُ إِحْضَارُهُ مَعَ طَلَبِهِ فِي الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ، بِنَاءٍ عَلَى مَا اخْتَارَهُ الْمُحَقِّقُونَ مِنْ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَيْسَ هُوَ الْهَيْكَلُ الْمَحْسُوسَ.

وَ يُضَعَّفُ بَأَنَّ مِثْلَ ذَلِكَ مُتَّرَلٌّ عَلَى الْمُتَعَارَفِ، لَا عَلَى الْمُحَقِّقِ عِنْدَ الْأَقْلِّ، فَلَا يَجِبُ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ، (إِلَّا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى عَيْنِهِ) لِيُحَكَّمَ عَلَيْهِ (بِاتِّلَافِهِ، أَوْ الْمُعَامَلَةِ) لَهُ إِذَا كَانَ قَدْ شَهِدَ عَلَيْهِ مَنْ لَا يَعْرِفُ نَسَبَهُ، بَلْ شَهِدَ عَلَى صُورَتِهِ، فَيَجِبُ إِحْضَارُهُ مِثْنًا حَيْثُ يُمَكِّنُ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ بَأَنَّ لَا يَكُونُ قَدْ تَغَيَّرَ بِحَيْثُ لَا يَعْرِفُ. وَ لَا فَرْقَ حَيْثُ بَيْنَ كَوْنِهِ قَدْ دَفِنَ وَ عَدَمِهِ، لِأَنَّ ذَلِكَ مُسْتَنَنِيٌّ مِنْ تَحْرِيمِ نَبْشِهِ.

اگر مكفول قبل از آنکه حاضر شود فوت نماید، عقد کفالت باطل می شود زیرا متعلق کفالت که نفس باشد منتفی شده است و اگر هدف از کفالت، حاضر کردن بدن مكفول باشد، هدف کفالت منتفی می شود. [عده ای هم عقد کفالت را باطل نمی دانند بلکه كفيل را مبرى می دانند. اگر حاضر کردن مجنون بی فایده باشد جنون را می توان ملحق به فوت کرد] و ممکن است در این مسأله میان عبارت «کفالت فلانی را نمودم» و عبارت «کفالت بدن فلانی را نمودم» تفکیک نمود و در صورت دوم چنانچه مكفول

له، حاضر کردن جنازهٔ مکفول را درخواست نماید، کفیل باید آن را حاضر کند اما در حالت اول، حاضر کردن وی واجب نیست زیرا دانشمندان گفته‌اند که انسان عبارت از جسم خارجی محسوس نیست. [اگر انسان همین جسم خارجی باشد با مرگ وی فنا می‌شود و حاضر کردن وی معنا ندارد] اما این دیدگاه ضعیف است زیرا چنین مسائلی را باید حمل بر معنای عرفی آنها نمود نه معنای علمی که فقط عدهٔ کمی به آن نظر دارند بنابراین حاضر کردن جنازه در هر دو صورت، واجب نیست مگر اینکه حاضر کردن جسد بخاطر شهادت بر جسم باشد تا برای مالی که تلف کرده یا معامله‌ای که انجام داده است علیه او حکم شود هرگاه کسی که بر علیه او شهادت می‌دهد نسب او را شناسد بلکه براساس ظاهر و جسم وی شهادت بدهد پس در این صورت حاضر کردن جسد وی واجب است مشروط بر اینکه بتوان علیه او شهادت داد یعنی جنازه تغییر نکرده باشد بگونه‌ای که شناخته نشود و در این صورت تفاوتی نمی‌کند که جنازه دفن شده باشد یا دفن نشده باشد زیرا خارج کردن جنازه برای شهادت دادن، از حکم حرمت نبش قبر استثناء می‌شود.

کتاب الصلح

(وَهُوَ جَائِزٌ مَعَ الْإِقْرَارِ وَالْإِنْكَارِ) عِنْدَنَا، مَعَ سَبْقِ نِزَاعٍ وَلَا مَعَهُ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُدْعَى مُحِقًّا اسْتِبَاحَ مَا دَفَعَ إِلَيْهِ الْمُتَكِرُّ صُلْحًا، وَإِلَّا فَهُوَ حَرَامٌ بَاطِنًا، عَيْنًا كَانَ أَمْ دَيْنًا، حَتَّى لَوْ صَالَحَ عَنِ الْعَيْنِ بِمَالٍ فَهِيَ بِأَجْمَعِهَا حَرَامٌ، وَلَا يُسْتَشْنَى لَهُ مِنْهَا مِقْدَارٌ مَا دُفِعَ مِنَ الْعَوْضِ، لِفَسَادِ الْمُعَاوَضَةِ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ. نَعَمْ لَوْ اسْتَدَّتِ الدَّعْوَى إِلَى قَرِيْبَةٍ كَمَا لَوْ وَجَدَ بِخَطِّ مُورَثِهِ أَنَّ لَهُ حَقًّا عَلَى أَحَدٍ، فَانْكَرَ وَصَالَحَهُ عَلَى إِسْقَاطِهَا بِمَالٍ فَالْمُنْتَجَةُ صِحَّةُ الصُّلْحِ. وَ مِثْلُهُ مَا لَوْ تَوَجَّهَتِ الدَّعْوَى بِالثَّهْمَةِ، لِأَنَّ الْيَمِينَ حَقٌّ يَصِحُّ الصُّلْحُ عَلَى إِسْقَاطِهِ. (إِلَّا مَا أَحَلَّ حَرَامًا، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا) كَذَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ النَّبَوِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَفُسِّرَ تَحْلِيلُ الْحَرَامِ بِالصُّلْحِ عَلَى اسْتِزْفَاقِي حُرٍّ، أَوْ اسْتِبَاحَةِ بُضْعٍ لَا سَبَبَ لِإِبَاحَتِهِ غَيْرُهُ، أَوْ لِيَشْرَبَ الْخَمْرَ وَ نَحْوَهُ.

وَ تَحْرِيمُ الْحَلَالِ بَأَنْ لَا يَطَأَ أَحَدُهُمَا حَلِيلَتَهُ، أَوْ لَا يَنْتَفِعَ بِمَالِهِ وَ نَحْوَهُ، وَ الصُّلْحُ عَلَى مِثْلِ هَذِهِ بَاطِلٌ ظَاهِرًا وَ بَاطِنًا.

وَ فُسِّرَ بَصُلْحِ الْمُتَكِرِّ عَلَى بَعْضِ الْمُدْعَى، أَوْ مَنَفَعَتِهِ، أَوْ بَدَلِهِ، مَعَ كَوْنِ أَحَدِهِمَا غَالِمًا بِبُطْلَانِ الدَّعْوَى، لِكِنَّتِهِ هُنَا صَحِيحٌ ظَاهِرًا وَ إِنْ فَسَدَ بَاطِنًا، وَ هُوَ صَالِحٌ لِلْأَمْرَيْنِ مَعًا، لِأَنَّهُ مُحَلَّلٌ لِلْحَرَامِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْكَاذِبِ، وَ مُحَرَّمٌ لِلْحَلَالِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْمُحِقِّ.

[صلح اسم مصدر است و مصدر آن واژه «مصالحه» به معنای سازش می باشد. عقد صلح در حقیقت برای فصل خصومت میان طرفین دعوا وضع شده است و فقهای شافعی عقد صلح را فقط در مواردی جایز می دانند که حقی مورد انکار قرار گیرد زیرا در عقد صلح، عوض و معوضی لازم است و یکی از عوضین، حق می باشد که به اثبات نرسیده است اما فقهای شیعه چنین شرطی را لازم نمی دانند و مصنف نیز می فرماید:]
عقد صلح نزد فقهای شیعه جایز [و مشروع] است اعم از اینکه [مدعی علیه به دینی که علیه او ادعا شده است] اقرار نماید یا آن را انکار کند و اعم از اینکه نزاع و خصومتی

قبلاً بوجود آمده یا بوجود نیامده باشد [یعنی همینکه دو طرف بخواهند شبهه‌ای را از بین ببرند و به اصطلاح نسبت به یکدیگر کسب حلالیت نمایند، می‌توانند از طریق عقد صلح اقدام کنند هر چند دعوایی میان آنها مطرح نشده باشد پس صلح صرفاً وسیله‌ای برای فصل خصومت و دعوی قبلی نیست. عقد صلح یک عقد شرعی نیست بلکه در حقوق سایر کشورها مانند ماده ۲۱۴۴ قانون مدنی فرانسه، پیش‌بینی شده و برخلاف نظر برخی از فقها، عقدی مستقل می‌باشد و اینگونه نیست که تابع و فرع بر اعمال حقوقی دیگر یعنی بیع، هبه، ابراء، اجاره و عاریه باشد یعنی نهایتاً با توجه به نتیجه‌ای که می‌دهد، تبدیل به یکی از این عقود شود. ماده ۷۵۸ قانون مدنی هم، استقلال عقد صلح را مورد تأکید قرار می‌دهد. پس عقد صلح، اثری ظاهری دارد و ممکن است صاحب حق تماماً به حق خود نرسد] بنابراین چنانچه، مدعی نسبت به حقی که ادعا می‌کند، محق باشد [و راست بگوید] مالی را که منکر در نتیجه مصالحه به او می‌دهد برایش مباح است [و شرعاً گناهی بر گردن او نیست] و گرنه در واقع، مالی که می‌گیرد حرام است اعم از اینکه عین یا دین باشد [زیرا حقیقت قضایی ممکن است با حقیقت واقعی، تفاوت داشته باشد و عمل قضایی یا عقد صلح فقط ظاهر دعوا را خاتمه می‌دهد] حتی اگر مدعی، مصالحه کند که در مقابل عین، مالی را بگیرد، آن عین مورد ادعا کاملاً حرام است و از آن مال، مقداری را که مدعی بعنوان عوض پرداخته است، استثناء نمی‌شود [مثلاً اگر «الف» به ناحق ادعا کند خانه‌ای که در تصرف «ب» می‌باشد متعلق به اوست و سپس با یکدیگر مصالحه کرده و «ب» زمینی را به «الف» بدهد تصرف در این زمین برای «الف» حرام است هر چند «ب» مصالحه کرده و رضایت داده است زیرا رضایت وی واقعی نبوده و برخلاف حقیقت بوده است و «الف»، مالی را به دست آورده که مستحق آن نبوده است و حتی اگر مثلاً مبلغ یک میلیون تومان هم به «ب» داده باشد نمی‌توان گفت مقداری از زمین که در مقابل یک میلیون تومان قرار می‌گیرد، برای «الف» حلال است] زیرا چنین معاوضه‌ای اساساً و واقعاً باطل می‌باشد و «ب» صرفاً برای خلاصی از دعوا چنین مصالحه‌ای را کرده است. [بله اگر دعوی [مدعی] همراه با قرینه‌ای باشد مانند اینکه دست نوشته‌ای از مورث خود پیدا کند که حقی را بر ذمه دیگری دارد اما مدعی علیه، آن را انکار نموده و با مدعی برای اسقاط دعوا، مالی را

مصالحه کند، صحیح بودن چنین صلحی را می‌توان توجیه کرد [زیرا مدعی با یقین بر بی‌حقی خود، چنین ادعایی را مطرح نکرده است. و مانند همین مورد [یعنی موردی که مدعی، دست نوشته‌ای را از مورث خود پیدا می‌کند] است، جایی که دعوا بخاطر وجود اتهام قابل توجیه باشد زیرا سوگند، حقی است که می‌توان برای اسقاط آن مصالحه نمود. [یعنی اگر «الف» دعوایی را علیه «ب» مطرح کند و دعوا بگونه‌ای باشد که خاتمه آن نیازمند سوگند مدعی علیه باشد، مدعی می‌تواند مالی را از مدعی علیه گرفته و از سوگند دادن وی چشم‌پوشی کند. البته عقد صلح بعنوان یک عمل حقوقی، دارای قواعد عمومی و اختصاصی می‌باشد و مقررات ماهوی و شکلی هم برای آن پیش‌بینی شده است و به همین جهت برخی قواعد عمومی و اختصاصی عقد صلح در اینجا بیان می‌شود از جمله اینکه عقد صلح، عقدی صحیح و جایز است] مگر اینکه حرامی را حلال و حلالی را حرام کند و این حکمی است که در حدیث نبوی (ص) آمده است [و در مورد معنای حلال کردن حرام، تفسیرهای مختلفی شده است از جمله اینکه] حلال کردن حرام، به معنای برده محسوب کردن انسان آزاد یا مباح کردن چیزی که هیچ سببی جز عقود صلح برای مباح کردن آن وجود ندارد یا نوشیدن خمر و نظایر آن، تفسیر شده است و از حرام کردن حلال نیز [تفسیرهای مختلفی شده است مانند] اینکه مردی با زنی که بر او حلال است، نزدیکی نکند یا حق بهره‌برداری از مالش را نداشته باشد و نظایر اینها و صلح بر چنین اموری، ظاهراً و واقعاً، باطل است. [ماده ۷۵۴ قانون مدنی بجای عبارت (حلال کردن حرام و حرام کردن حلال) از عبارت (صلح بر امر غیرمشروع) استفاده کرده است و هر دو عبارت، دارای ابهام و اجمال می‌باشد و به نظر می‌رسد منظور از صلح باطل، صلحی است که موضوع آن حقی باشد که قابل تصرف و اسقاط و مصالحه نیست مانند احکام آمده و مربوط به نظم و عفت عمومی، حق زوجیت، حق حضانت، عناصر شخصیت و اهلیت و ... و گرنه حقوق تکمیلی مانند حق نفقه و حق شفعه و ... قابل مصالحه است. آنچه گفته شد یکی از تفسیرهایی است که برای روایت نبوی (ص) شده و معنای حلال شدن حرام یا حرام شدن حلال را توضیح می‌دهد اما یک تفسیر دیگر نیز از این روایت و عبارت، شده است که شهیدثانی، آن را توضیح داده و می‌فرماید:] و تفسیر شده است به مصالحه کردن

منکر نسبت به مقداری از موضوع دعوا [مثلاً «الف» ادعا می‌کند خانه‌ای که در تصرف «ب» می‌باشد متعلق به اوست و «ب» به‌رغم اینکه ادعای «الف» را انکار می‌کند با او مصالحه می‌نماید که بخشی از خانه را به «الف» بدهد] یا منفعت موضوع ادعا را [مصالحه می‌کند مثلاً با «الف» مصالحه می‌کند که عین خانه، متعلق به «ب» باشد و «الف» در آن سکونت نماید] یا بدل [آن را مصالحه می‌کند [یعنی مصالحه می‌کنند که «الف» بدل و بجای خانه، مال دیگری از «ب» بگیرد. و این تفسیر دوّم، در صورتی صحیح است] که یکی از آن دو نفر بداند که دعوا باطل است و البته مصالحه در اینجا ظاهراً صحیح بوده و واقعاً باطل است و این تفسیر [یعنی تفسیر دوّم که مصالحه نسبت به مقداری از موضوع ادعا یا بدل یا منفعت آن صورت می‌گیرد] صلاحیت برای هر دو مورد را دارد [یعنی مشمول هر دو قسمت روایت می‌شود؛ هم قسمتی که حلال را حرام می‌کند و هم قسمتی که حرام را حلال می‌گرداند] زیرا نسبت به شخصی که دروغ می‌گوید، حرام را حلال می‌گرداند [چون در واقع مال حرامی را به دست می‌آورد اما در ظاهر، بواسطه رضایت و مصالحه طرف مقابل، مال حلالی را به دست آورده است] و نسبت به شخصی که راست می‌گوید، حلالی را حرام می‌کند [زیرا این شخص می‌داند مالی را که به طرف دیگر می‌دهد حقیقتاً نیست و برای او حرام می‌باشد اما باز هم با او مصالحه کرده و مال خودش را با رضایت به او می‌دهد و مال حلال خود را تبدیل به مال حرامی برای دیگری می‌کند].

وَ حَيْثُ كَانَ عَقْدًا جَائِزًا فِي الْجُمْلَةِ (فَيَلْزَمُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ الصَّادِرِينَ مِنَ الْكَامِلِ) بِالْبُلُوعِ وَالرُّشْدِ (الْجَائِزِ التَّصَرُّفِ) بَرَفْعِ الْحَجَرِ، وَ تَصِحُّ وَظِيفَةُ كُلِّ مِنَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ مِنْ كُلِّ مِنْهُمَا بِالْفِطْرِ صَالِحَتْ وَقِيلَتْ، وَ تَفْرِعُ اللَّزُومَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ غَيْرَ حَسَنِ، لِأَنَّهُ أَعْمٌ مِنْهُ، وَ لَوْ عَطَفَهُ بِالْوَاوِ كَانَ أَوْضَحَ، وَ يُمَكِّنُ التَّنْفِاطَهُ إِلَى أَنَّهُ عَقْدٌ وَ الْأَضْلُ فِي الْعُقُودِ اللَّزُومِ، إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ الدَّلِيلُ، لِلْأَمْرِ بِالْوَفَاءِ بِهَا فِي الْآيَةِ، الْمُقْتَضِي لَهُ.

[گفته شد که عقد صلح یک عقد مشروع و صحیح است و تابع قواعد عمومی قراردادها و برخی مقررات اختصاصی می‌باشد. مصنف، باز هم پاره‌ای از قواعد عمومی را بیان کرده و می‌فرماید:] و از آنجا که عقد صلح، فی‌الجمله یک عقد مشروع است [یعنی بجز برخی موارد که موجب حلال شدن حرام یا حرام شدن حلال می‌شود] پس

نیاز به ایجاب و قبول دارد که باید از سوی انسانی کامل یعنی بالغ و رشید و جایز التصرف و غیرمحمجور، صادر شود [اهلیت با جواز تصرف، تفاوت دارد و در اینجا هم جایزالتصرف بودن به معنای محجور نبودن دانسته شده است مثلاً مصالح نباید ورشکسته باشد یا مالی را مورد مصالحه قرار دهد که در رهن دیگری است] و اجرای صیغه ایجاب و قبول از سوی هر یک از طرفین که منعقد گردد بالفظ «مصالحه کردم» و «قبول کردم» صحیح است [یعنی عقد صلح مانند عقد بیع نیست که حتی ایجاب را فروشنده و قبول را خریدار بگوید بلکه هر کدام از آنها ایجاب و قبول را با دو عبارت فوق بگویند، صحیح است. مرحوم شهیدثانی، ایرادی را به عبارت شهید اول می‌گیرد بدین صورت که عبارت «و هو جائز... فیلزم بالایجاب و القبول...» به نحو صحیحی بیان نشده است زیرا ممکن است خواننده از قسمت اول این عبارت، چنین بفهمد که عقد صلح، یک عقد جایز در مقابل عقد لازم است و از قسمت دوم عبارت که با حرف «فاء» به عبارت قبلی عطف شده است چنین بفهمد که عقد صلح در برخی موارد، عقد لازم است چون کلمه «یلزم» در مقابل کلمه «جائز» قرار گرفته است حال آنکه منظور شهید اول چنین چیزی نبوده است که عقد صلح را اساساً عقدی جایز دانسته و سپس در پاره‌ای موارد، آن را عقد لازم بداند بنابراین بهتر بود بجای حرف عطف «فاء» از حرف عطف «واو» استفاده می‌کرد. [و متفرع کردن لزوم [یعنی: «فیلزم»] بر عبارت قبلی [یعنی «و هو جائز»] نیکو نیست زیرا عبارت قبلی، اعم از صلح است [یعنی منظورش آن نیست که عقد صلح، یک عقد لازم است بلکه منظورش آن است که یک عقد مشروع می‌باشد] بنابراین اگر آن را با حرف «واو» به عبارت قبلی عطف می‌کرد، معنا روشن‌تر بود [در هر صورت باید توجه داشت که منظور شهید اول از کلمه «جائز» در عبارت اول، جواز در مقابل لزوم نیست و منظور از «یلزم» در عبارت دوم نیز، لزوم در مقابل جواز نیست تا چنین گمان شود که عقد صلح در پاره‌ای موارد، عقد جایز و در پاره‌ای موارد عقد لازم است. اما با این وجود، شهیدثانی درصدد توجیه کلام شهید اول برآمده و می‌گوید: [و ممکن است شهید اول به این نکته توجه داشته است که صلح، یک عقد است و اصل در هر عقدی، لزوم است مگر عقدی که دلیل خاص، آن را جایز دانسته باشد [و دلیل لازم بودن هر عقدی] بخاطر امر به وفای به عقد است که در آیه قرآن

[یعنی آیه: «أوفوا بالعقود»] آمده است و لزوم عقد را بیان می‌کند. [یعنی شهید اول، مطلب را واضح و روشن می‌دانسته و فرض را بر آن قرار داده است که همه مردم می‌دانند که عقد صلح یک عقد لازم است پس عبارت وی، شبهه‌ای را برای کسی بوجود نمی‌آورد.]

(وَ هُوَ أَصْلُ فِي نَفْسِهِ) عَلَى أَصْحَ الْقَوْلَيْنِ وَ أَشْهَرِهِمَا، لِأَصَالَةِ عَدَمِ الْفَرْعِيَّةِ، لَا فَرْعُ الْبَيْعِ وَ الْهَبَةِ وَ الْإِجَارَةِ وَ الْعَارِيَّةِ وَ الْإِزَاءِ، كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّيْخُ فَجَعَلَهُ فَرْعَ الْبَيْعِ إِذَا أَفَادَ نَقَلَ الْعَيْنَ بِعَوْضٍ مَعْلُومٍ، وَ فَرْعَ الْإِجَارَةِ إِذَا وَقَعَ عَلَى مَنفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ بِعَوْضٍ مَعْلُومٍ، وَ فَرْعَ الْعَارِيَّةِ إِذَا تَصَمَّنَ إِبَاحَةَ مَنفَعَةٍ بغيرِ عَوْضٍ، وَ فَرْعَ الْهَبَةِ إِذَا تَصَمَّنَ مَلِكَ الْعَيْنِ بغيرِ عَوْضٍ، وَ فَرْعَ الْإِزَاءِ إِذَا تَصَمَّنَ إسْقَاطَ دَيْنٍ، اسْتِنَاداً إِلَى إِفَادَتِهِ فَإِنَّهَا حَيْثُ يَقَعُ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ فَيَلْحَقُهُ حُكْمُ مَا الْحَقَّ بِهِ.

وَ فِيهِ أَنَّ إِفَادَةَ عَقْدٍ فَائِدَةٌ آخَرَ لَا تَقْتَضِي الْإِتِّحَادَ، كَمَا لَا تَقْتَضِي الْهَبَةُ بِعَوْضٍ مُعَيَّنٍ فَائِدَةَ الْبَيْعِ.

[یکی از مسائل اختلافی در مورد عقد صلح، اصل یا فرع بودن آن است. مشهور فقهای شیعه، آن را عقدی مستقل می‌دانند که دارای احکام عام و خاص می‌باشد اما فقهای شافعی و مرحوم شیخ طوسی، آن را عقدی فرعی دانسته‌اند. صلح ممکن است معوض یا غیر معوض باشد (ماده ۷۵۷ قانون مدنی) - در مورد ماهیت صلح نیز عده‌ای گفته‌اند اثر اعلامی دارد و حقی را بوجود نمی‌آورد؛ عده‌ای آن را وسیله انتقال حق می‌دانند اما ظاهراً باید اثر صلح را در هدف طرفین عقد جستجو کرد. صلح چنانچه در مورد دعوا باشد نباید با نهادهای مشابه همچون استرداد دعوا و قرارداد داور و قرارداد ارفاقی و ارجاع سوگند، اشتباه شود. در هر صورت مصنف در اینجا به بیان اختلاف فقها در مورد استقلال یا فرعی بودن عقد صلح پرداخته و می‌فرماید: [عقد صلح براساس نظریه صحیح‌تر و مشهورتر، اصالت نفسانی دارد [یعنی عقدی مستقل است] زیرا اصل بر عدم فرعی بودن است بنابراین فرع بر عقد بیع و هبه و اجاره و عاریه و ابراء نیست آنگونه که مرحوم شیخ طوسی گفته است و آن را عقد بیع دانسته است چنانچه اثر انتقال عین در مقابل عوض معلوم را داشته باشد و فرع بر عقد اجاره دانسته است چنانچه بر منفعتی معلوم در مقابل عوض معلوم قرار گیرد یا فرع بر عقد عاریه دانسته

است چنانچه متضمن مباح گردانیدن منفعتی بدون عوض باشد یا فرع عقد هبه دانسته است چنانچه متضمن تملک عین بدون عوض باشد یا فرع ابراء دانسته است هرگاه متضمن ساقط گردانیدن دینی باشد و استناد ایشان چنین است که عقد صلح هرگاه به این صورت‌ها واقع شود، چنین فایده‌هایی دارد [یعنی نتیجه عقد صلح، نتیجه بیع یا اجاره یا هبه یا عاریه یا ابراء باشد] بنابراین حکم عقدی بر آن بار می‌شود که نتیجه آن را دارد. [اما شهیدثانی، این استدلال شیخ طوسی را رد کرده و می‌گوید: در استدلال ایشان تامل وجود دارد زیرا اینکه یک عقد، نتیجه و فایده عقد دیگری را در پی داشته باشد معنایش آن نیست که آن دو عقد، یکسان و متحد هستند همانگونه که هبه در مقابل عوض معین، فائده بیع را ندارد. ظاهراً شهیدثانی می‌خواهد بگوید که هبه معوض گرچه اثر عقد بیع را دارد اما واقعاً عقد بیع نیست. ولی این تمثیل، صحیح نیست زیرا هبه عقدی است که ذاتاً مجانی می‌باشد و اگر هم عوضی در آن قرار داده شود به صورت شرط خارج عقد می‌باشد حال آنکه عقد بیع یک عقد معوض و غیرمجانمی است. خلاصه سخن شهید آن است که مثلاً اگر شخصی منفعت خانه خود را به صورت معوض با کسی مصالحه کند، نمی‌توان صلح او را عقد اجاره دانست بلکه عقدی مستقل می‌باشد و در سایر موارد نیز چنین است.]

(وَلَا يَكُونُ طَلْبُهُ إِقْرَارًا)، لِصِحَّتِهِ مَعَ الْإِقْرَارِ وَ الْإِنْكَارِ، وَ تَبَّهَ بِهِ عَلَى خِلَافِ بَعْضِ الْأَعْمَامَةِ الذَّاهِبِ إِلَى عَدَمِ صِحَّتِهِ مَعَ الْإِنْكَارِ، حَيْثُ فَرَعَ عَلَيْهِ أَنْ طَلَبَهُ إِقْرَارًا، لِأَنَّ إِطْلَاقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الصَّحِيحِ، وَ إِنَّمَا يَصِحُّ مَعَ الْإِقْرَارِ، فَيَكُونُ مُسْتَلْزِمًا لَهُ.

[یکی از موارد اختلافی در مورد عقد صلح، آن است که آیا صحت صلح منوط به انکار دعواست یا منوط به اقرار به دعوا می‌باشد؟ کسانی که صلح را عقد مستقل نمی‌دانند، صحت صلح را منوط به اقرار به دعوا می‌دانند زیرا ابتدا باید حق طرف مورد اقرار قرار گیرد تا سپس مورد مصالحه واقع شود. عده‌ای، آن را منوط به انکار حق مدعی می‌دانند چون صرفاً برای پایان دادن به نزاع صورت می‌گیرد. اما مشهور فقها، صلح با اقرار و انکار را جایز می‌دانند و مصنف نیز می‌فرماید: درخواست صلح به معنای اقرار [به حق طرف مقابل] نیست زیرا صلح با اقرار و انکار حق طرف مقابل، صحیح است و شهید اول با این سخن خود، اشاره به مخالفت برخی از فقهای اهل سنت دارد که صلح

با انکار حق طرف را صحیح نمی دانند زیرا موضوع را متفرع بر این ساخته اند که درخواست صلح، اقرار است و اطلاق صلح، منصرف به صلح صحیح می باشد و صلح با اقرار، صحیح است بنابراین مستلزم اقرار است. [همانگونه که دیدیم شافعیه، عقد صلح را عقد مستقل نمی دانند و یکی از آثار فرعی بودن عقد صلح آن است که صلح را در صورتی می توان منعقد کرد که حق طرف، مورد اقرار قرار گیرد زیرا تا حقی مورد اقرار واقع نشود قابل مصالحه نیست.]

(وَلَوْ اصْطَلَحَ الشَّرِيكَانِ عَلَى اخْتِذَا أَحَدِهِمَا رَأْسَ الْمَالِ وَالْبَاقِي لِلْآخِرِ رِيحًا أَوْ خَسِرَ صَحَّ عِنْدَ انْقِضَاءِ الشَّرِكَةِ) وَإِزَادَةَ فَسَخَهَا، لِتَكُونَ الزِّيَادَةُ مَعَ مَنْ هِيَ مَعَهُ بِمَنْزِلَةِ الْهَبَةِ، وَالْخُسْرَانُ عَلَى مَنْ هُوَ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ الْإِبْرَاءِ.

(وَلَوْ شَرَطَا بَقَاءَهُمَا عَلَى ذَلِكَ) بِحَيْثُ يَكُونُ مَا يَتَجَدَّدُ مِنَ الرَّبْحِ وَالْخُسْرَانِ لِأَحَدِهِمَا، دُونَ الْآخَرِ (فَقِيهِ نَظَرٌ) مِنْ مُخَالَفَتِهِ لَوْضِعِ الشَّرِكَةِ حَيْثُ إِنَّهَا تَقْتَضِي كَوْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ رَأْسِ الْمَالِ، وَمِنْ إِطْلَاقِ الرَّوَايَةِ بِجَوَازِهِ بَعْدَ ظُهُورِ الرَّبْحِ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدِ بِإِزَادَةِ الْقِسْمَةِ صَرِيحاً، فَيَجُوزُ مَعَ ظُهُورِهِ، أَوْ ظُهُورِ الْخُسَارَةِ مُطْلَقاً.

وَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ نَظَرُهُ فِي جَوَازِ الشَّرْطِ مُطْلَقاً، وَإِنْ كَانَ فِي ابْتِدَاءِ الشَّرِكَةِ، كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّيْخُ وَجَمَاعَةٌ زَاعِمِينَ أَنَّ إِطْلَاقَ الرَّوَايَةِ يَدُلُّ عَلَيْهِ، وَلِعُمُومِ «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ». وَالْأَفْوَى الْمَنْعُ. وَهُوَ مُخْتَارُهُ فِي الدَّرُوسِ.

و اگر دو شریک با یکدیگر مصالحه کنند که یکی از آنها، سرمایه را بردارد و بقیه برای دیگری باشد اعم از اینکه سود کند یا زیان نماید، هنگام انقضای شرکت و قصد فسخ آن، صحیح است [یعنی اگر چنین مصالحه ای در پایان عقد شرکت و هنگام تقسیم باشد، صحیح است] تا اینکه شخصی که زیادی را برمی دارد، آن را بعنوان هبه بردارد و کسی که ضرر متوجه وی می شود، حق خود را ابراء نموده باشد. اما اگر دو شریک با یکدیگر مصالحه نمایند که بر چنین شرطی باقی بمانند بگونه ای که سود برای یکی و ضرر برای دیگری باشد، در آن، تأمل وجود دارد. [حالت اول بدین صورت است که «الف» و «ب» برای مدت یک سال، یک میلیون تومان سرمایه گذاری می کنند و در پایان سال که قرارداد مشارکت به اتمام رسید با یکدیگر مصالحه کنند که مثلاً «الف» یک میلیون تومان را بردارد و بقیه برای «ب» باشد اعم از اینکه مشارکت آنها، نفع یا ضرر

داشته باشد. حالت دوّم بدین صورت است که از همان ابتدای مشارکت، چنین شرطی را می‌نمایند و شهید اوّل در مورد صحّت حالت دوّم تردید کرده و در مورد امکان عدم صحت آن می‌فرماید: [چنین شرطی با ماهیّت عقد شرکت، تعارض دارد زیرا عقد شرکت اقتضا می‌کند که سود و زیان براساس میزان سرمایه، تعیین شود [حال آنکه در اینجا، سود برعهده یک شریک و زیان نیز برعهده شریک دیگر قرار داده شده است. اما دلیل امکان صحّت چنین مصالحه‌ای آن است که] روایت به صورت مطلق، چنین شرطی را بعد از پیدا شدن سود، جایز می‌داند بدون اینکه آن را صراحتاً مقید به زمان تقسیم کند پس هنگامی که سود یا زیان، آشکار گردید می‌توان چنین مصالحه‌ای نمود اعم از اینکه، شرکت به پایان رسیده یا نرسیده باشد و قصد تقسیم صعود را داشته یا نداشته باشند. [روایت چنین است که از امام صادق(ع) در مورد دو شریک سؤال شد که در مالی شریک هستند و سود و زیان می‌برند. سپس یکی از آنها به دیگری می‌گوید: سرمایه را به من بده و سود و زیان برای تو باشد، امام فرمود: «اگر چنین شرطی را نموده باشند اشکالی ندارد.» این عبارت اخیر اطلاق دارد و شامل شرط ابتدائی و شرط انتهایی می‌شود. شهیدثانی می‌فرماید: [امکان دارد که نظر شهید اوّل به جواز چنین شرطی به صورت مطلق باشد هر چند در ابتدای شرکت باشد همانگونه که مرحوم شیخ طوسی و گروهی دیگر، همین دیدگاه را دارند و گمان کرده‌اند که اطلاق روایت، بر صحت چنین شرطی، دلالت دارد و نیز به عموم روایتی استناد کرده‌اند که می‌فرماید: «مسلمانان به شروط خود پایبند هستند.» اما نظریه قوی‌تر، ممنوعیت چنین شرطی است و شهید اول نیز در کتاب دروس همین دیدگاه را انتخاب کرده است.

(وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَلَى كُلِّ مِنَ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ، بِمِثْلِهِ وَ جَنْسِهِ وَ مُخَالَفِهِ) لِأَنَّهُ بِإِفَادَتِهِ فَائِدَةَ الْبَيْعِ صَحَّ عَلَى الْعَيْنِ، وَ بِإِفَادَتِهِ فَائِدَةَ الْإِجَارَةِ صَحَّ عَلَى الْمَنْفَعَةِ، وَ الْحُكْمُ فِي الْمُمَاثِلِ وَ الْمُجَانِسِ وَ الْمُخَالَفِ فَرَعُ ذَلِكَ، وَ الْأَصْلُ وَ الْعُمُومُ يَقْتَضِيَانِ صِحَّةَ الْجَمِيعِ، بَلْ مَا هُوَ أَعْمُ مِنْهَا، كَالصُّلْحِ عَلَى حَقِّ الشُّفْعَةِ وَ الْخِيَارِ وَ أَوْلَوِيَّةِ التَّخْجِيرِ وَ السُّوقِ وَ الْمَسْجِدِ، بَعَيْنٍ وَ مَنْفَعَةٍ وَ حَقِّ آخَرَ، لِلْعُمُومِ.

(وَ لَوْ ظَهَرَ اسْتِحْقَاقُ الْعَوَضِ الْمَعِينِ) مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ (بَطَلَ الصُّلْحُ) كَالْبَيْعِ، وَ لَوْ كَانَ مُطْلَقاً رَجَعَ بِبَدَلِهِ، وَ لَوْ ظَهَرَ فِي الْمَعِينِ عَيْبٌ فَلَهُ الْفُسْخُ.

وَفِي تَخْيِيرِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَرْضِ وَجْهٌ قَوِيٌّ، وَلَوْ ظَهَرَ غَبْنٌ لَا يُتَسَامَحُ بِمِثْلِهِ فَفِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ كَالْبَيْعِ وَجْهٌ قَوِيٌّ، دَفْعًا لِلضَّرْرِ الْمَنْفِيِّ الَّذِي يَثْبُتُ بِمِثْلِهِ الْخِيَارُ فِي الْبَيْعِ.
(وَلَا يُعْتَبَرُ فِي الصُّلْحِ عَلَى النَّقْدَيْنِ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ)، لِاخْتِصَاصِ الصَّرْفِ بِالْبَيْعِ، وَأَصَالَةِ الصُّلْحِ، وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ الشَّيْخِ اعْتِبَارُهُ.
وَأَمَّا مِنْ حَيْثُ الرَّبَا، كَمَا لَوْ كَانَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّ الْأَقْوَى ثُبُوتُهُ فِيهِ، بَلْ فِي كُلِّ مُعَاوَضَةٍ، لِإِطْلَاقِ التَّخْرِيمِ فِي الْآيَةِ، وَالْخَبَرِ.

صلح بر عین و منفعت در مقابل مثل و جنس آنها یا مخالف آنها، جایز است [یعنی صلح عین با عین، عین با منفعت، عین با حق و ... جایز است] زیرا زمانی که عقد صلح، اثر بیع را داشته باشد می توان مصالحه بر عین نمود و زمانی که اثر اجاره را داشته باشد می توان مصالحه بر منفعت نمود و حکم به هم مثل بودن یا هم جنس بودن یا مخالف بودن، فرع بر آن است [یعنی فرع بر آن است که صلح، فایده بیع یا اجاره را داشته باشد زیرا وقتی در بیع و اجاره می توان، عین و منفعت و حق را موضوع قرارداد، آورد پس می توان آنها را موضوع عقد صلح نیز در آورد زیرا عقد صلح نیز اثر همین عقد را دارد. دلیل دیگر،] اصل [صحت در قراردادهاست، و دلیل دیگر] عموم [آیه ای است که دستور وفای به عقود را می دهد] و اصل صحت و عموم آیه قرآن، اقتضا می کند که تمام این صورت ها صحیح باشد بلکه اعم از صلح بر عین و منفعت [نیز صحیح باشد] مانند صلح بر حق شفعه و حق خیار و حق اولویت تحجیر و حق سوق [مانند حق سرقفلی] و حق مسجد که در مقابل عین و منفعت و حق دیگر قرار می گیرد و دلیل آن، عموم است [یعنی عموم آیه «أوفوا بالعقود» شامل همه این صورت ها می شود و موضوع عقد صلح، ممکن است عین یا منفعت یا حق قرار گیرد.]

[گفته شد که عقد صلح یک عقد مستقل است بنابراین تابع قواعد عمومی قراردادها و برخی احکام خاص می باشد. مصنف در اینجا پاره ای قواعد و احکام مربوط به عقد صلح را بیان می کند:] و اگر در عقد صلح معلوم شود که عوض تعیین شده از سوی یکی از طرفین، متعلق به شخص دیگری بوده است، عقد صلح مانند عقد بیع باطل می شود [یعنی همانگونه که در عقد بیع چنانچه عین معینی مورد معامله قرار گیرد و بعداً معلوم شود که آن عین، متعلق به فروشنده یا خریدار نبوده است، عقد بیع باطل می شود، عقد

صلح نیز باطل می شود]

اما اگر موضوع عقد، عین مطلق و کلی باشد، بدل آن تحویل می گردد و اگر در عین معین، عیبی آشکار شود برای طرف مقابل حق فسخ بوجود می آورد و در مورد اینکه آیا اختیار فسخ معامله و گرفتن اُرش را دارد یا خیر، احتمال قوی وجود دارد [که چنین حقی داشته باشد] و اگر غیبی پیدا شود که معمولاً مورد مسامحه قرار نمی گیرد، در مورد اینکه مانند عقد بیع، حق فسخ بوجود می آید یا خیر، احتمال قوی وجود دارد [که حق فسخ بوجود می آید] برای اینکه ضرر منفی دفع شود همانگونه که در عقد بیع، چنین خیارى بوجود می آید. و در صورتی که مصالحه بر نقدین صورت گیرد، لازم نیست که قبض در مجلس انجام شود زیرا قبض در مجلس اختصاص به عقد بیع دارد و اصل هم بر صحّت است [یعنی اصل بر آن است که صلح بر نقدین بدون قبض در مجلس، صحیح باشد] و براساس نظریه شیخ طوسی، قبض در مجلس لازم است [زیرا ایشان صلح در مقام بیع را تابع احکام بیع می داند]

و اما از جهت ربا یعنی در صورتی که عوضین در عقد صلح از یک جنس باشند، نظریه قوی تر آن است که ربا در عقد صلح نیز محقق می شود بلکه ربا در هر نوع معاوضه ای تحقق می یابد زیرا آیه قرآن [که فرماید: «احلّ الله البيع و حرم الربا»] و روایت، به صورت مطلق حرمت ربا را بیان کرده است.

(وَلَوْ أَتَلَفَ عَلَيْهِ تَوْبًا يَسَاوِي دِرْهَمَيْنِ فَصَالِحٌ عَلَيَّ أَكْثَرَ أَوْ أَقَلَّ، فَالْمَشْهُورُ الصَّحَّةُ)، لِأَنَّ مَوْرَدَ الصُّلْحِ التَّوْبُ، لَا الدَّرْهَمَانِ.

و هَذَا إِنَّمَا يَتِمُّ عَلَى الْقَوْلِ بِضَمَانِ الْقِيَمِيِّ بِمِثْلِهِ، لِيَكُونَ الثَّابِتُ فِي الذَّمَّةِ تَوْبًا فَيَكُونَ هُوَ مُتَعَلِّقَ الصُّلْحِ.

أَمَّا عَلَى الْقَوْلِ الْأَصَحِّ مِنْ ضَمَانِهِ بِقِيَمَتِهِ فَاللَّازِمُ لِذِمَّتِهِ إِنَّمَا هُوَ الدَّرْهَمَانِ، فَلَا يَصِحُّ الصُّلْحُ عَلَيْهِمَا بِنِزَادَةِ عَنْهُمَا وَلَا نُقْضَانِ مَعَ اتِّفَاقِ الْجِنْسِ وَ لَوْ قُلْنَا بِاِخْتِصَاصِ الرِّبَا بِالْبَيْعِ تَوَجَّهَ الْجَوَازُ أَيْضًا، لَكِنَّ الْمَجْوُوزَ لَا يَقُولُ بِهِ.

(وَلَوْ صَالِحٌ مُنْكَرُ الدَّارِ عَلَى سُكْنَى الْمُدَّعِي سَنَةً فِيهَا صَحَّ)، لِلْأَصْلِ، وَ يَكُونُ هُنَا مُهَيِّدًا فَائِدَةَ الْعَارِيَّةِ (وَلَوْ أَقْرَبَهَا ثُمَّ صَالِحَهُ عَلَى سُكْنَى الْمُفْرَرِ صَحَّ) أَيْضًا، (وَلَا رُجُوعَ) فِي الصُّورَتَيْنِ، لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّهُ عَقْدٌ لِازِمٌ، وَ لَيْسَ فِرْعَا عَلَى غَيْرِهِ.

(وَعَلَى الْقَوْلِ بِفَرَعِيَّةِ الْعَارِيَّةِ، لَهُ الرُّجُوعُ) فِي الصُّورَتَيْنِ، لِأَنَّ مُتَعَلِّقَهُ الْمَنْفَعَةَ بِغَيْرِ عَوْضٍ فِيهِمَا. وَالْعَيْنُ الْخَارِجَةُ مِنْ يَدِ الْمُقَرَّرِ لَيْسَتْ عَوْضاً عَنِ الْمَنْفَعَةِ الرَّاجِعَةِ إِلَيْهِ، لِثُبُوتِهَا لِلْمُقَرَّرِ لَهُ بِالْإِقْرَارِ قَبْلَ أَنْ يَقَعَ الصَّلْحُ فَلَا يَكُونُ فِي مُقَابَلَةِ الْمَنْفَعَةِ عَوْضٌ فَيَكُونُ عَارِيَّةً يَلْزَمُهُ حُكْمُهَا مِنْ جَوَازِ الرُّجُوعِ فِيهِ عِنْدَ الْقَائِلِ بِهَا.

و اگر شخصی، پیراهن متعلق به دیگری را که دو درهم ارزش دارد، تلف کند و به مقداری بیش تر یا کم تر از آن مصالحه نماید، نظر مشهور فقها بر آن است که چنین مصالحه ای صحیح است زیرا موضوع صلح، دو درهم نیست بلکه لباس است و این در صورتی است که ضمانت مال قیمی با مال مثلی جایز باشد تا آنچه که در ذمه قرار می گیرد، لباس بوده و موضوع صلح واقع شود [یعنی لباس بر ذمه تلف کننده قرار گیرد و آنگاه با درهم معاوضه و مصالحه شود] اما بنا بر نظریه صحیح تر که ضمانت مال قیمی را در مقابل قیمت می داند، آنچه که بر ذمه تلف کننده قرار می گیرد، دو درهم است [یعنی قیمت لباس] بنابراین نمی توان در صورتی که جنس آنها یکسان باشد به کمتر یا زیاد تر از دو درهم، مصالحه کرد. البته اگر ربا را مخصوص بیع بدانیم، جواز مصالحه [به زیادتر یا کمتر از دو درهم] در اینجا هم جایز خواهد بود اما مجوزی وجود ندارد که ربا مخصوص بیع باشد.

و اگر منکر خانه با مدعی، مصالحه کند که یک سال در آنجا سکونت نماید صحیح است [یعنی «الف» ادعای مالکیت خانه ای را می نماید که در تصرف «ب» می باشد اما «ب» مالکیت «الف» نسبت به آن خانه را انکار می نماید و در عین حال با «الف» مصالحه می کند که یک سال در آن خانه سکونت کند. چنین مصالحه ای] بخاطر اصل صحّت قراردادها [صحیح است] و اثر عقد عاریه را در پی دارد و اگر منکر خانه اقرار کند که آن خانه متعلق به مدعی است و سپس با وی مصالحه نماید که در آن سکونت کند، باز هم صحیح است [یعنی در اینجا، منکر بجای مدعی، مدتی در خانه سکونت می کند] و در هر دو صورت [یعنی صورت اقرار منکر و صورت عدم اقرار وی] حق رجوع وجود ندارد زیرا همانگونه که گذشت، عقد صلح یک عقد لازم است و فرع بر عقد عاریه نیست اما اگر عقد صلح فرع بر عقد عاریه باشد، مصالحه کننده در هر دو صورت، حق رجوع دارد زیرا متعلق عقد صلح در هر دو صورت منفعتی است که در مقابل آن

عوضی وجود ندارد و عینی که در دست اقرارکننده نمی باشد، عوض منفعتی نیست که در مقابل آن قرار دارد زیرا این عین قبل از آنکه مصالحه صورت گیرد، بخاطر اقراری که انجام شده متعلق به مقرله شده است بنابراین عوضی در مقابل منفعت قرار ندارد و بنابراین آنچه درد ست اوست، عاریه می باشد که تابع حکم عاریه می باشد و کسی که قائل به عاریه بودن آن است حق رجوع را برقرار می داند.

(وَلَمَّا كَانَ الصَّلْحُ مَشْرُوعًا لِقَطْعِ التَّجَادُبِ وَ التَّنَازُعِ) بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ بِحَسَبِ أَصْلِهِ وَإِنْ صَارَ بَعْدَ ذَلِكَ أَصْلًا مُسْتَقِلًّا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى سَبْقِ خُصُومَةٍ (ذِكْرُ فِيهِ أَحْكَامٌ مِنَ التَّنَازُعِ) بِحَسَبِ مَا اعْتَادَهُ الْمُصَنِّفُونَ (وَلنَشِيرُ) فِي هَذَا الْمُخْتَصِرِ (إِلَى بَعْضِهَا فِي مَسَائِلَ):

(الأولى: لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما، و ادعى الآخر أحدهما) خاصّةً (فللثاني نصف درهم)، لا عتراه به باخْتِصَاصٍ غَرِيمِهِ بِأَحَدِهِمَا، وَ وَقُوعِ التَّرَاحِ فِي الْآخِرِ مَعَ تَسَاوِيهِمَا فِيهِ يَدًا فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ حَلْفِ كُلِّ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ عَلَى اسْتِحْقَاقِ النِّصْفِ، وَ مَنْ نَكَلَ مِنْهُمَا قُضِيَ بِهِ لِلْآخِرِ، وَ لَوْ نَكَلَا مَعًا أَوْ حَلَفَا قُسِمَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ (وَ لِلأَوَّلِ الْبَاقِي)، قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي الدَّرُوسِ: وَ يُشْكِلُ إِذَا ادَّعَى الثَّانِي النِّصْفَ مُشَاعًا فَإِنَّهُ يَفُوقُ الْقِسْمَةَ نِصْفَيْنِ، وَ يَحْلِفُ الثَّانِي لِلأَوَّلِ، وَ كَذَا فِي كُلِّ مُشَاعٍ، وَ ذَكَرَ فِيهَا أَنَّ الْأَصْحَابَ لَمْ يَذْكُرُوا هُنَا يَمِينًا، وَ ذَكَرُوا الْمَسْأَلَةَ فِي بَابِ الصَّلْحِ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الصَّلْحُ قَهْرِيًّا، وَ جَازَ أَنْ يَكُونَ اخْتِيَارِيًّا، فَإِنْ امْتَنَعَ فَالْيَمِينِ. وَ مَا حَكَيْنَاهُ نَحْنُ مِنَ الْيَمِينِ ذَكَرَهُ الْعَلَمَةُ فِي التَّذَكِرَةِ أَيْضًا فَلَعَلَّ الْمُصَنِّفَ يُرِيدُ أَنَّ الْكَثِيرَ لَمْ يَذْكُرْهُ.

(وَ كَذَا لَوْ أودَعَهُ رَجُلٌ دَرَهْمَيْنِ وَ آخَرَ دَرَهْمًا وَ امْتَرَجَا لَا بِتَقْرِيطٍ وَ تَلِفِ أَحَدِهِمَا) فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ ذُو الدَّرَهْمَيْنِ بِوَاحِدٍ، وَ يُقَسَّمُ الْآخَرَ بَيْنَهُمَا، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ، وَ رَوَاهُ السُّكُونِيُّ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ.

وَ يُشْكِلُ هُنَا مَعَ ضَعْفِ الْمُسْتَدِّ بَأَنَّ التَّالِفَ لَا يُحْتَمَلُ كَوْنُهُ لَهَا، بَلْ مِنْ أَحَدِهِمَا خَاصَّةً، لِامْتِنَاعِ الإِشَاعَةِ هُنَا، فَكَيْفَ يُقَسَّمُ الدَّرَهْمُ بَيْنَهُمَا، مَعَ أَنَّهُ مُخْتَصَّ بِأَحَدِهِمَا قَطْعًا. وَ الَّذِي يَقْتَضِيهِ النَّظَرُ، وَ تَشْهَدُ لَهُ الْأُصُولُ الشَّرْعِيَّةُ: الْقَوْلُ بِالْقَرْعَةِ فِي أَحَدِ الدَّرَهْمَيْنِ، وَ مَالٌ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ فِي الدَّرُوسِ، لَكِنَّهُ لَمْ يَجْسُرْ عَلَى مُخَالَفَةِ الْأَصْحَابِ. وَ الْقَوْلُ فِي الْيَمِينِ كَمَا مَرَّ، مِنْ عَدَمِ تَعَرُّضِ الْأَصْحَابِ لَهُ وَ رَبَّمَا امْتَنَعَ هُنَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْحَالِفُ عَيْنَ

حَقَّهُ.

وَاحْتَرَزَ بِالتَّلْفِ لَا عَنْ تَقْرِيطٍ، عَمَّا لَوْ كَانَ يَتَقْرِيطُ فَإِنَّ الْوَدْعِيَّ يَضْمَنُ التَّلْفَ فَيَضْمَنُ إِلَيْهِمَا وَيَقْتَسِمَانِهَا مِنْ غَيْرِ كَسْرٍ، وَقَدْ يَقَعُ مَعَ ذَلِكَ التَّعَاوُسُ عَلَى الْعَيْنِ فَتَنْجُهِ الْقُرْعَةُ، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الذَّرَاهِمِ مَا لَأُتْمِتْرَجُ أَجْزَاؤُهُ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزُ وَهُوَ مُتَسَاوٍ بِهَا كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ، وَكَانَ لِأَحَدِهِمَا قَفِيْزَانِ مَثَلًا وَ لِلْآخَرِ قَفِيْزٌ، وَ تَلْفَ قَفِيْزٍ بَعْدَ امْتِزَاجِهِمَا بِغَيْرِ تَقْرِيطٍ فَالتَّلْفُ عَلَى نِسْبَةِ الْمَالَيْنِ، وَ كَذَا الْبَاقِي، فَيَكُونُ لِصَاحِبِ الْقَفِيْزَيْنِ قَفِيْزٌ وَ ثُلُثٌ، وَ لِلْآخَرِ ثُلُثًا قَفِيْزٍ. وَ الْفَرْقُ أَنَّ الذَّاهِبَ هُنَا عَلَيْهِمَا مَعًا، بِخِلَافِ الذَّرَاهِمِ، لِأَنَّهُ مُخْتَصَّ بِأَحَدِهِمَا قَطْعًا.

[عقد صلح در اصل برای صلح دعوی تشریح گردیده است اما بعداً بعنوان معامله و قرارداد مستقل درآمده است. بر همین اساس، مصنف نمونه‌هایی از عقد صلح برای حل دعوی را بیان می‌کند:] و از آنجا که عقد صلح در اصل برای حل نزاع و اختلاف میان طرفین دعوا بوجود آمده و بعداً به صورت عقدی مستقل درآمده که متوقف بر نزاع قبلی نمی‌باشد، احکام برخی اختلاف‌ها و منازعات برحسب عادت نویسندگان در اینجا بیان می‌باشد و در این گزیده به پاره‌ای از مسائل اشاره می‌کنیم؛

اول - اگر دو نفر، دو درهم را در تصرف داشته باشند و یکی از آن دو ادعا کند که هر دو درهم متعلق به اوست و دیگری فقط ادعا کند که یکی از درهما متعلق به اوست پس به شخص دوم [که ادعای یک درهم را دارد] نصف درهم داده می‌شود زیرا او اعتراف دارد که یکی از درهما متعلق به طرف مقابل است و اختلاف ایشان فقط در درهم دیگر است و این درحالی است که هر دو به شکل یکسان، آن درهم را در تصرف خود دارند بنابراین بعد از آنکه هر یک از آنها سوگند یاد کنند که طرف مقابل، استحقاق نصف درهم را دارد، آن درهم میان آن دو تقسیم می‌شود و هر یک از آن دو نفر که از قسم خوردن نکول کند به نفع طرف دیگر قضاوت می‌شود و اگر هر دو نکول نمایند یا هر دو قسم بخورند، آن درهم میان آنها بالمناصفه تقسیم می‌شود. [بعد از آنکه تکلیف درهم اختلافی معلوم شد،] مقدار باقیمانده به نفر اول داده می‌شود [یعنی شخصی که ادعای هر دو درهم را دارد، یک درهم دیگر را می‌گیرد زیرا طرف مقابل نسبت به آن ادعایی ندارد و ایشان در مجموع، یک درهم و نیم می‌گیرد]. مرحوم شهید اول در کتاب دروس فرموده است که [سوگند دادن و حکم به نصف درهم برای دومی]

مشکل است در جایی که نفر دوّم، ادّعی نصف مشاعی را بنماید بلکه نظریه قوی تر آن است که تقسیم به صورت بالمناصفه [و مشاعی] صورت می‌گیرد و نفر دوّم برای نفر اوّل قسم می‌خورد [یعنی شخصی که ادعای یک درهم مشاعی را می‌نماید باید سوگند یاد کند که نفر اوّل، مالک هر دو درهم نیست] و این حکم در تمام اموال مشاعی [که مورد اختلاف است] اجرا می‌شود. [علت اینکه نفر دوّم باید قسم بخورد آن است که نصف درهم در تصرف یکی از آنها و نصف دیگر، در تصرف دیگری است پس کسی که ادعای دو درهم را می‌نماید، نسبت به کسی که ادعای یک درهم را دارد، ید خارج محسوب می‌شود بنابراین ید خارج باید بیّنه اقامه کند و ید داخل باید قسم بخورد پس در اینجا نیازی به سوگند هر دو نیست]. شهید اوّل در کتاب دروس فرموده است که فقها در اینجا لزوم سوگند را بیان نکرده‌اند و این مسأله را در باب صلح بیان کرده‌اند [در حالیکه این مسأله ارتباطی با صلح ندارد مگر اینکه گفته شود] جایز است که در اینجا صلح قهری صورت گیرد [یعنی بدون اینکه عقد صلح منعقد شده و صیغه اجرا گردد، چنین مصالحه‌ای انجام شود] و جایز است که صلح به صورت اختیاری باشد [یعنی طرفین، عقد صلح را منعقد نموده و صیغه صلح را جاری سازند. حال اگر صلح به صورت اختیاری انجام شود] چنانچه طرفین از انعقاد عقد صلح خودداری کنند، سوگند متوجه آنها می‌شود [اما اگر مصالحه کنند نیازی به سوگند نیست] و آنچه را که ما گفتیم مبنی بر اینکه باید سوگند یاد شود، علامه نیز در کتاب تذکره بیان کرده است [پس اینگونه نیست که هیچیک از فقها متعرض مسأله سوگند خوردن نشده باشند و علت اینکه شهید اوّل در کتاب دروس چنین ادعایی نموده است] شاید منظورش آن باشد که بسیاری از فقها، این مسأله را بیان نکرده‌اند. [خلاصه اینکه عبارت شهید اوّل شامل صورتی می‌شود که نفر دوّم، ادّعی درهم معین یا درهم مشاعی را بنماید و نیز اعم از آن است که هر کدام از آنها نسبت به نصفه‌ای که می‌گیرد سوگند یاد کند که مستحق آن می‌باشد یا خیر؛ اما شهید اوّل در کتاب دروس و مرحوم علامه حلی، میان ادعای درهم معین و درهم مشاعی تفکیک کرده‌اند و در صورت اوّل، حکم به نصف درهم برای هر کدام نموده‌اند اما در صورت دوّم گفته‌اند که هر دو درهم باید نصف شود و شخص دوّم باید سوگند یاد کند زیرا نفر اوّل، ید خارج محسوب می‌شود.] و همین حکم را دارد

جایی که شخصی، دو درهم را نزد دیگری به ودیعه قرار دهد و شخص دیگری، یک درهم را نزد او ودیعه بگذارد و سپس درهم‌ها بدون کوتاهی و تفریط مستودع، با یکدیگر مخلوط شوند و یکی از آنها تلف گردد [و معلوم نشود که درهم تلف شده متعلق به کدامیک بوده است]. در اینجا یکی از دو درهم باقیمانده به شخصی تعلق می‌گیرد که دو درهم داشته است و درهم دیگر میان آن دو تقسیم می‌شود. این نظریه، میان فقها شهرت پیدا کرده و سکونی، آن را از امام صادق (ع) روایت نموده است اما علاوه بر اینکه سند این روایت، ضعیف است، مشکل می‌توان این نظریه را پذیرفت زیرا درهمی که تلف شده است متعلق به هر دو ودیعه‌گذار نیست بلکه فقط متعلق به یکی از آنهاست چرا که درهم‌ها در اینجا به صورت مشاعی نبوده است [بلکه هر کسی، درهم جداگانه و معینی داشته است] بنابراین چگونه می‌توان حکم کرد که درهم تلف شده بین آنها تقسیم شود در حالیکه آن درهم، قطعاً متعلق به یکی از آن دو نفر بوده است. و آنچه که به نظر می‌رسد و مورد تأیید اصول و قواعد شرعی نیز می‌باشد، نظریه قرعه نسبت به یکی از دو درهم است [یعنی نسبت به درهم تلف شده قرعه جاری می‌شود که از مال کدامیک از آن دو نفر به حساب آید]. و مصنف هم در کتاب دروس به سوی همین نظریه گرایش پیدا کرده است اما جرأت مخالفت با فقها را پیدا نکرده است و سخن در مورد سوگند خوردن همانگونه است که بیان شد [یعنی فقها در اینجا هم نگفته‌اند که مدعیان و امانت‌گذاران باید سوگند یاد کنند] اما چه بسا قسم خوردن در اینجا ممکن نباشد زمانی که قسم خورنده، عین حقیق را شناسد [یعنی نداند که درهم متعلق به او کدامیک از درهم‌هاست]. مصنف با آوردن قید «تلف بدون تفریط» از صورتی اجتناب کرد که تلف همراه با تفریط باشد زیرا در این صورت ودیعه‌گذار، ضامن درهم تلف شده می‌باشد و یک درهم به دو درهم دیگر اضافه کرده و بدون اینکه کسری و نقصانی بوجود آید میان آنها تقسیم می‌کند [ظاهراً منظور مصنف آن است که مخلوط شدن درهم‌ها ناشی از تفریط باشد و تلف شدن هم ناشی از مخلوط شدن باشد] و با این وجود گاهی ممکن است مشکل بر سرعین پیش آید و در نتیجه نیاز به قرعه شود [یعنی هرگاه هر دو نفر یا یکی از آنها ادعا کند، درهمی را که دیگری گرفته است متعلق به او می‌باشد و دیگری هم از دادن آن امتناع نماید باز هم

مشکل حل نمی‌شود و باید از طریق قرعه، مشکل را حل کرد.] و اگر بجای درهم‌ها، مالی قرار گیرد که اجزاء آن با یکدیگر مخلوط شده و قابل تشخیص نباشد یعنی اجزاء آن مساوی باشد مانند گندم و جو و یکی از آنها، مثلاً دارای دو قفیز و دیگری دارای یک قفیز باشد و یک قفیز آن بعد از آنکه بدون تفریط مخلوط گردید، تلف شود و پس مقدار تلف شده به نسبت به هر دو مال خواهد بود [یعنی از کسی که دو قفیز امانت گذاشته است، دو سوم از یک قفیز کسر می‌شود و از کسی که یک قفیز امانت گذاشته است، یک سوم قفیز کسر می‌گردد] و مقدار باقیمانده نیز به همین صورت [تقسیم می‌شود] پس کسی که دو قفیز امانت گذاشته است، یک قفیز و یک سوم قفیز برمی‌دارد و شخص دیگر، دو سوم قفیز برمی‌دارد و تفاوت [درهم‌ها و گندم یا جو] در آن است که آنچه در اینجا از بین می‌رود متعلق به هر دو می‌باشد برخلاف درهم‌ها زیرا درهمی که تلف می‌شود قطعاً متعلق به یکی از آنهاست. [البته این هم در صورتی است که جنس هر دو مال، یکی باشد مثلاً هر دو، گندم را به ودیعه گذاشته باشند اما اگر جنس آنها یکسان نباشد مثلاً یکی، گندم و دیگری جو را به ودیعه گذاشته باشد باز هم برای تعیین حق هر کدام باید مصالحه صورت گیرد.]

(الثَّانِيَّةُ: يَجُوزُ جَعْلُ السَّقْيِ بِالْمَاءِ عَوْضًا لِلصَّلْحِ)، بَأَن يَكُونَ مَوْرَدُهُ أَمْرًا آخَرَ مِنْ عَيْنٍ أَوْ مَنْفَعَةٍ، (وَ) كَذَا يَجُوزُ كَوْنُهُ (مَوْرِدًا لَهُ)، وَ عَوْضُهُ أَمْرًا آخَرَ كَذَلِكَ، وَ كَذَا لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَوْضًا وَ الْآخَرَ مَوْرِدًا، كُلُّ ذَلِكَ مَعَ ضَبْطِهِ بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ، وَ لَوْ تَعَلَّقَ بِسَقْيِ شَيْءٍ مَضْبُوطٍ دَائِمًا، أَوْ بِالسَّقْيِ بِالْمَاءِ أَجْمَعٍ دَائِمًا وَ إِنْ جُهِلَ الْمَسْقِيُّ لَمْ يَبْعُدِ الصَّحَّةُ، وَ خَالَفَ الشَّيْخُ رحمته فِي الْجَمِيعِ مُحْتَجًّا بِجَهَالَةِ الْمَاءِ، مَعَ أَنَّهُ جَوَّزَ بَيْعَ مَاءِ الْعَيْنِ وَ الْبُئْرِ وَ بَيْعَ جُزْءٍ مُشَاعٍ مِنْهُ وَ جَعَلَهُ عَوْضًا لِلصَّلْحِ، وَ يُمَكِّنُ تَخْصِيصَهُ الْمَنْعَ هُنَا بِغَيْرِ الْمَضْبُوطِ كَمَا اتَّفَقَ مُطْلَقًا فِي عِبَارَةِ كَثِيرٍ.

(وَ كَذَا) يَصِحُّ الصَّلْحُ (عَلَى) اجْزَاءِ الْمَاءِ عَلَى سَطْحِهِ أَوْ سَاحَتِهِ) جَاعِلًا لَهُ عَوْضًا وَ مَوْرِدًا، (بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْمَوْضِعِ الَّذِي يَجْرِي مِنْهُ الْمَاءُ) بَأَن يُقَدَّرَ مَجْزَاهُ طَوْلًا وَ عَرْضًا، لِتَرْتِفَعِ الْجَهَالَةُ عَنِ الْمَحَلِّ الْمُضَالِحِ عَلَيْهِ، وَ لَا يُعْتَبَرُ تَعْيِينُ الْعُمُقِ، لِأَنَّ مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ قَرَارَهُ مُطْلَقًا، لَكِنْ يَنْبَغِي مُشَاهَدَةَ الْمَاءِ أَوْ وَضْفَهُ، لِإِخْتِلَافِ الْحَالِ بِقَلْبَتِهِ وَ كَثْرَتِهِ، وَ لَوْ كَانَ مَاءٌ مَطْرٌ اِخْتَلَفَ أَيْضًا بِكَبَرِ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ وَ صِغَرِهِ فَمَعْرِفَتُهُ تَحْضُلُ بِمَعْرِفَةِ مَحَلِّهِ، وَ لَوْ سَقَطَ

السُّطْحُ بَعْدَ الصُّلْحِ أَوْ اِحْتِاجَتِ السَّاقِبَةِ إِلَى إِصْلَاحِ فَعَلَى مَا لِكُهُمَا، لِتَوْقُفِ الْحَقِّ عَلَيْهِ، وَ لَيْسَ عَلَى الْمُضَالِحِ مُسَاعَدَتُهُ.

جایز است که آبیاری در عقد صلح بعنوان عوض قرار گیرد یعنی مورد صلح، عین یا منفعت دیگری باشد [منظور این است که مثلاً «الف» اتومبیل خود را بعنوان موضوع صلح به «ب» بدهد و «ب» در عوض، به مدت یکسال باغ او را آبیاری نماید و یا «الف» سکونت یک سال خانه خود را به «ب» بدهد.] و نیز جایز است که آبیاری، موضوع عقد صلح قرار گیرد و عوض آن، عین یا منفعتی باشد [مثلاً «الف» آبیاری یک سال باغ «ب» را بعنوان موضوع عقد صلح قرار دهد و «ب» اتومبیل یا سکونت در خانه خود را بعنوان عوض قرار دهد، و جایز است که یکی از دو آبیاری، عوض صلح و آبیاری دیگر، موضوع عقد صلح قرار گیرد [یعنی «الف» آبیاری باغ «ب» را بعنوان موضوع عقد صلح قرار دهد و «ب» نیز بعنوان عوض عقد صلح، آبیاری باغ «الف» را برعهده بگیرد.] و همه این موارد در صورتی است که مدت آبیاری، معلوم و مشخص باشد. و اگر عقد صلح در مورد آبیاری مکانی باشد که کاملاً معلوم است [مثلاً مقرر شود که باغی با مساحت معین، مورد آبیاری قرار گیرد] یا عقد صلح راجع به مجموعه معین از آب باشد هر چند محل آبیاری، مجهول باشد [مثلاً آبیاری با آبی که در استخر قرار دارد و مورد مشاهده طرفین می باشد، موضوع عقد صلح قرار گیرد هر چند مساحتی که با این آب آبیاری می شود معلوم نباشد بنابراین قید «و ان جهل المسقی» مربوط به قسمت دوم است که مقدار آب کاملاً معلوم است. در این دو مورد که محل آبیاری یا میزان آب، مشخص است] بعید نیست که عقد صلح، صحیح باشد اما مرحوم شیخ طوسی با همه این موارد، مخالفت کرده است [یعنی شیخ طوسی اساساً با این مسأله مخالف است که آبیاری بعنوان موضوع یا عوض در عقد صلح قرار گیرد نه اینکه ایشان همه موارد را ذکر کرده و به مخالفت با هر یک از آنها پرداخته باشد. دلیل مخالفت مرحوم شیخ طوسی آن است که] به مجهول بودن آب، استناد می کند و این در حالی است که ایشان فروش آب چشمه و چاه و نیز فروش مقدار مشاعی از آب را جایز می داند و آب را بعنوان عوض در عقد صلح، جایز می داند بنابراین ممکن است مرحوم شیخ طوسی، ممنوعیت را در اینجا به آب نامعین و مجهول اختصاص داده باشد همانگونه که در

عبارت بسیاری از فقها، ممنوعیت به صورت مطلق بیان شده است [یعنی گرچه مرحوم شیخ طوسی، به صورت مطلق گفته است که آب را نمی‌توان بعنوان موضوع یا عوض عقد صلح قرارداد اما باید منظور وی را در جایی دانست که میزان آب، معلوم نباشد زیرا ایشان در جای دیگری پذیرفته است که می‌توان آب را عوض در عقد صلح قرارداد و بقیه فقها نیز حکم را به صورت مطلق بیان کرده‌اند اما منظورشان، جایی است که آب، مجهول باشد]. همچنین صحیح است که عقد صلح واقع شود بر جاری ساختن آب بر سطح یا عرصه متعلق به دیگری، بدین صورت که آب بعنوان عوض یا موضوع عقد صلح قرار گیرد [عوض قرار گرفتن آب مانند اینکه «الف» با «ب» توافق می‌کنند «الف» مالی را به «ب» بدهد و «ب» در عوض، آب را بر زمین وی جاری سازد. موضوع قرار گرفتن آب مانند اینکه «الف» آب را بر زمین «ب» جاری می‌سازد و «ب» در عوض، مالی را به او می‌دهد البته جاری ساختن آب را زمانی می‌توان بعنوان عوض یا معوض در عقد صلح قرارداد که [محلّی که آب در آن جاری می‌شود، معلوم باشد یعنی طول و عرض آن محل، مشخص باشد تا هرگونه جهل از محلّ مورد مصالحه برطرف گردد اما تعیین عمق محلّ لازم نیست زیرا هرکس مالک چیزی می‌باشد، مالک عرصه [و قسمت پائین و زیرین آن] نیز می‌باشد اعم از اینکه کم یا زیاد باشد. البته باید آب مورد مشاهده قرار گیرد یا توصیف شود زیرا کم یا زیاد بودن آب، تأثیر دارد [یعنی درجه رطوبت مقداری که بر اثر آبیاری، سیراب می‌شود در عقد صلح تأثیر دارد] و اگر آبی که موضوع صلح قرار می‌گیرد، آب باران باشد بازهم با توجه به زیاد یا کم بودن محل آبیاری، تأثیر دارد بنابراین شناخت مقدار آب باران با شناختن محل آبیاری، معلوم می‌شود. [مصلحه بر آبیاری با آب باران بدین صورت است که شخصی می‌گوید بعد از آنکه آب باران در محلی که متعلق به من است، جمع شد به ملکیت من درمی‌آید و با آن آب، زمین تو را آبیاری می‌کنم.] و اگر عرصه و سطح بعد از عقد صلح، از بین برود [مثلاً محلی که قرار شده آب بر آن جاری گردد، خراب شود] یا نهری که آب از آن عبور می‌کند نیاز به تعمیر پیدا کند، برعهده مالک عرصه و نهر می‌باشد زیرا اجرای حقی که مورد مصالحه قرار گرفته است متوقف بر تعمیر است و نمی‌توان مصالح را ملزم کرد که مالک را یاری دهد. [علت اینکه مصنف، این مساله و مسائل مشابه را در کتابهای فقهی مطرح کرده‌اند

آن است که عقد صلح که عقدی مسامحه‌ای می‌باشد با بقیه عقود تفاوت دارد و یکی از این تفاوت‌ها، لزوم یا عدم لزوم معلوم بودن موضوع قرارداد است و با توجه به اینکه صراحتی در روایات و قانون وجود ندارد، فقها به اختلاف افتاده‌اند؛ عده‌ای صلح بر مجهول را صحیح می‌دانند؛ عده‌ای معلوم بودن موضوع صلح را مانند بقیه قرارداده‌ها، لازم می‌دانند؛ عده‌ای میان صلح دعاوی و سایر صلح‌ها تفاوت می‌گذارند؛ عده‌ای معلوم بودن موضوع صلح در زمان انعقاد عقد را لازم نمی‌دانند و ... این اختلاف‌ها در قالب مثال‌ها و نمونه‌ها بیان می‌شود.

(الثالثة: لو تنازع صاحب السفل والعلو في جدار البيت حلف صاحب السفل لأن جدران البيت كالجزم منه، فيحكم بها لصاحب الجملة. وقيل: تكون بينهما، لأن حاجتهما إليه واحدة والأشهر الأول، (و) لو تنازعا (في جدران العرقة يحلف صاحبها)، لما ذكرناه من الجزئية، ولا إشكال هنا، لأن صاحب البيت لا تعلق له به إلا كونه موضوعاً على ملكه، وذلك لا يقتضي الملكية، مع معارضة اليد (وكذا) يقدم قول صاحب العرقة لو تنازعا (في سقفها)، الذي هو فوقها، لا خصاص صاحبها بالانتفاع به كالجدار وأولى.

(و لو تنازعا في سقف البيت المتوسط بينهما الحامل للعرقة (أقرب بينهما) لا استوائهما في الحاجة إليه، والانتفاع به، والفرقة لكل أمر مشتبه. ويشكل بأن مورد الفرقة المحل الذي لا يحتمل اشتراكه بين المتنازعين بل هو حق لأحدهما مشتبه، وهنا ليس كذلك، لأنه كما يجوز كونه لأحدهما يجوز كونه لهما معاً، لا استوائهما فيه، لأنه سقف لصاحب البيت، وأرض لصاحب العرقة، فكان كالجزم من كل منهما. وفي الدروس قوى اشتراكهما فيه مع حلفهما أو نكولهما، وإلا اختص بالخالف لما ذكر من الوجه.

وقيل: يقضى به لصاحب العرقة، لأنها لا يتحقق بدونه، لكونه أرضها، والبيت يتحقق بدون السقف، وهما متضادان على أن هنا عرقة، فلا بد من تحققها، ولأن تصرفه فيه أغلب من تصرف الآخر، وليس ببعيد.

و موضع الخلاف في السقف الذي يمكن إحدائه بعد بناء البيت، أما ما لا يمكن كالأرج الذي لا يعقل إحدائه بعد بناء الجدار الأسفل، لا حثياجه إلى إخراج بعض الأجزاء

عَنْ سَمْتِ وَجْهِ الْجِدَارِ قَبْلَ انْتِهَائِهِ لِيَكُونَ حَامِلًا لِلْعَقْدِ، فَيَخْضَلُ بِهِ التَّرْصِيفُ بَيْنَ السَّقْفِ وَ الْجُدْرَانِ، فَهُوَ لِصَاحِبِ السَّقْفِ يَمِينِهِ، لِذِلَالَةِ ذَلِكَ عَلَى جُزْئِيَّتِهِ مِنْهُ.

اگر صاحب اتاق پائین و صاحب بالا خانه در مورد دیوار اتاق پائینی با یکدیگر اختلاف پیدا کنند، صاحب اتاق پائینی قسم می خورد زیرا دیوار اتاق پائینی به منزله جزئی از آن است بنابراین حکم می شود که دیوار متعلق به شخصی باشد که صاحب تمام اتاق است و یک دیدگاه آن است که دیوار اتاق پائین، متعلق به هر دوست زیرا نیاز هر دو به این دیوار، یکسان است اما نظریه اول، مشهورتر است. و اگر صاحب اتاق بالا و پائین، در مورد دیوار اتاق بالایی باهم اختلاف پیدا کنند، صاحب اتاق بالایی قسم می خورد به همان دلیلی که بیان کردیم که دیوار اتاق بالا، جزئی از اتاق بالاست [پس متعلق به مالک تمامی آن است] و در اینجا اشکالی وجود ندارد [برخلاف اتاق پائینی که در مورد آن، اشکال وجود داشت] زیرا دیوار اتاق بالایی، متعلق به صاحب اتاق پائینی نیست و فقط این دیوار، بر ملک او ساخته شده است و ساخته شدن دیوار بر روی ملک دیگری، دلالت بر مالک بودن وی ندارد در صورتی که تصرف صاحب اتاق بالایی، معارض با مالکیت صاحب اتاق پائینی می باشد. همچنین اگر در مورد سقف اتاق بالایی که در بالای آن قرار دارد، اختلاف پیدا کنند، سخن صاحب اتاق بالایی مقدم می شود زیرا فقط صاحب اتاق بالایی از این سقف، استفاده می کند همانگونه که وی از دیوار اتاق بالایی استفاده می کند و [تعلق سقف اتاق بالایی به صاحب این اتاق] در اولویت است. و اگر صاحب اتاق پائین و اتاق بالا در مورد سقف اتاق پائین که میان دو اتاق قرار دارد و کف اتاق بالا می باشد، باهم اختلاف پیدا کنند میان آنها قرعه انداخته می شود زیرا نیاز هر دو به این سقف و بهره برداری آنها از آن، یکسان است و قرعه برای برطرف کردن هر امر مشتبهی است. اما [جاری ساختن قرعه] با این مشکل روبروست که قرعه در جایی بکار می رود که احتمال اشتراک آن میان طرفین دعوا، وجود نداشته باشد بلکه حق مشتبهی برای یکی از آن دو باشد در حالیکه اینجا چنین نیست زیرا همانگونه که احتمال دارد، سقف متعلق به یکی از آن دو نفر باشد احتمال دارد که متعلق به هر دو باشد چون هر دو در آن، مساوی هستند و همانگونه که سقف برای صاحب اتاق پائینی است، زمین و عرصه اتاق بالایی

می باشد بنابراین به منزله جزئی از اتاق پائینی و جزئی از اتاق بالایی می باشد. و مرحوم شهید اول در کتاب دروس این دیدگاه را قوی دانسته است که چنانچه صاحب اتاق بالایی و صاحب اتاق پائینی قسم بخورند یا نکول نمایند، سقف مشترک میان آنها باشد و اگر یکی از آنها قسم بخورد، سقف متعلق به او می باشد به همان دلیلی که بیان شد [یعنی به این دلیل که هر دو نسبت به سقف، مشترک هستند] و یک دیدگاه هم آن است که سقف به صاحب اتاق بالایی تعلق می گیرد زیرا سقف، عرصه و زمین اتاق بالایی است و اتاق بالایی بدون سقف، باقی نمی ماند اما اتاق پائینی بدون سقف هم باقی می ماند و صاحب اتاق بالایی و اتاق پائینی باهم اتفاق نظر دارند که اتاقی در اینجا وجود دارد که باید استقرار یافته و باقی بماند و دلیل دیگر [برای تعلق سقف به صاحب اتاق بالایی] بخاطر آن است که تصرّف صاحب اتاق بالایی در سقف، بیش تر از تصرّف صاحب اتاق پائینی است [شهیدثانی می فرماید] این نظریه، بعید نیست. و محل اختلاف، سقفی است که بتوان آن را بعد از احداث اتاق پائینی، ساخت [مانند سقف آهنی که بر روی دیوارها قرار می گیرد] اما سقفی که نمی توان آن را بعد از احداث اتاق پائینی، ساخت مانند سقف مقوس و ضربی که احداث آن بعد از ساختن دیوار پائینی امکان ندارد زیرا قبل از پایان یافتن ساختمان دیوار نیاز به خارج کردن برخی از اجزاء از طرف جلو دیوار می باشد تا پایه سقف قرار گیرد و توصیف میان سقف و دیوارها، بوجود می آید، پس چنین سقفی متعلق به صاحب اتاق پائینی است که با سوگند او به وی داده می شود زیرا چنین ساختمان دلالت بر آن دارد که سقف، جزئی از اتاق پائینی می باشد. [خلاصه اینکه اگر سقف میان اتاق بالا و پائین به صورت مستقل باشد. ممکن است مورد اختلاف قرار گیرد اما اگر جزئی از دیوار اتاقهای پائین باشد بگونه ای که به صورت ترصیف، وصل به آن دیوار باشد، متعلق به اتاق پائینی است و محل اختلاف قرار نمی گیرد که اصطلاحاً در عرف مردم، سقف ضربی و توصیفی نامیده می شود.]

(الرَّابِعَةُ: إِذَا تَنَازَعَ صَاحِبُ عُرْفِ الْخَانِ، وَ صَاحِبُ بَيْتِهِ فِي الْمَسْلُكِ)، وَ الْمُرَادُ بِهِ هُنَا مَجْمُوعُ الصَّخْنِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ: (حَلَفَ صَاحِبُ الْعُرْفِ فِي قَدْرٍ مَا يَسْلُكُهُ، وَ حَلَفَ الْآخَرَ عَلَى الرَّائِدِ)، لِأَنَّ النَّزَاعَ لَوْ وَقَعَ عَلَى مَسْلُكٍ فِي الْجُمْلَةِ، أَوْ مُعَيَّنٍ لَا يَزِيدُ عَنِ

الْقَدْرِ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الْآخِرِ حَلْفٌ، لِعَدَمِ مُنَازَعَتِهِ لَهُ فِي الزَّائِدِ.
 وَ وَجْهُ الْحُكْمِ لِلْأَعْلَى بِقَدْرِ الْمَسْلُوكِ كَوْنُهُ مِنْ ضَرُورَةِ الْإِنْتِفَاعِ بِالْعُرْفِ، وَ لَهُ عَلَيْهِ يَدٌ
 فِي جُمْلَةِ الصَّخَنِ، وَ أَمَّا الزَّائِدُ عَنْهُ فَاخْتِصَاصُ صَاحِبِ الْبُيُوتِ بِهِ أَقْوَى، لِأَنَّهُ دَارٌ لِبُيُوتِهِ
 فَيُقَدَّمُ قَوْلُ كُلِّ مِنْهُمَا فِيمَا يَظْهَرُ اخْتِصَاصُهُ بِهِ.

وَ فِي الدَّرُوسِ رَجَحَ كَوْنُ الْمَسْلُوكِ بَيْنَهُمَا، وَ اخْتِصَاصَ الْأَسْفَلِ بِالْبَاقِي. وَ عَلَيْهِ
 جَمَاعَةٌ لِأَنَّ صَاحِبَ السُّفْلِ يُشَارِكُهُ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ، وَ يَتَفَرَّدُ بِالْبَاقِي فَيَكُونُ قَدْرُ الْمَسْلُوكِ
 بَيْنَهُمَا، وَ اخْتِمَالُ الْإِشْتِرَاكِ فِي الْعَرَضَةِ أَجْمَعٍ، لِأَنَّ صَاحِبَ الْأَعْلَى لَا يُكَلِّفُ الْمُرُورَ عَلَى
 حَظِّ مُسْتَوِيٍّ، وَ لَا يُمْنَعُ مِنْ وَضْعِ شَيْءٍ فِيهَا، وَ لَا مِنْ الْجُلُوسِ قَلِيلًا، فَلَهُ يَدٌ عَلَى الْجَمِيعِ فِي
 الْجُمْلَةِ كَالْأَسْفَلِ.

ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمَرْقُوعِي فِي صَدْرِ الصَّخَنِ تَشَارَكَ فِي الْمَمَرِّ إِلَيْهِ، أَوْ اخْتَصَّ بِهِ الْأَعْلَى، وَ إِنْ
 كَانَ الْمَرْقُوعِي فِي دَهْلِيْزِهِ خَارِجًا لَمْ يُشَارِكِ الْأَسْفَلُ فِي شَيْءٍ مِنَ الصَّخَنِ، إِذْ لَا يَدُ لَهُ عَلَى
 شَيْءٍ مِنْهَا، وَ لَوْ كَانَ الْمَرْقُوعِي فِي ظَهْرِهِ اخْتَصَّ صَاحِبُ السُّفْلِ بِالصَّخَنِ وَ الدَّهْلِيْزِ أَجْمَعِ.
 (وَ) لَوْ تَنَازَعَا (فِي الدَّرَجَةِ يَحْلِفُ الْعُلُويُّ)، لِاخْتِصَاصِهِ بِالتَّصَرُّفِ فِيهَا بِالسُّلُوكِ، وَ
 إِنْ كَانَتْ مَوْضُوعَةً فِي أَرْضِ صَاحِبِ السُّفْلِ، وَ كَمَا يُحْكَمُ بِهَا لِلْأَعْلَى يُحْكَمُ بِمَحَلِّهَا (وَ فِي
 الْخِرَانَةِ تَحْتَهَا يُقْرَعُ) بَيْنَهُمَا، لِاسْتِوَائِهِمَا فِيهَا بِكَوْنِهَا مُتَّصِلَةً بِمَلِكِ الْأَسْفَلِ، بَلْ مِنْ جُمْلَةِ
 بُيُوتِهِ، وَ كَوْنِهَا هَوَاءً لِمَلِكِ الْأَعْلَى، وَ هُوَ كَالْقَرَارِ فَيُقْرَعُ، وَ يُشَكَّلُ بِمَا مَرَّ فِي السَّقْفِ، وَ
 يُقَوَّى اسْتِوَاؤُهُمَا فِيهَا مَعَ حَلْفِ كُلِّ لِصَاحِبِهِ، وَ هُوَ اخْتِيَارُهُ فِي الدَّرُوسِ، وَ لَا عِبْرَةَ بِوَضْعِ
 الْأَسْفَلِ لِآتِيَةِ تَحْتَهَا.

وَ يُشَكَّلُ أَيْضًا الْحُكْمُ فِي الدَّرَجَةِ مَعَ اخْتِلَافِهِمَا فِي الْخِرَانَةِ، لِأَنَّهُ إِذَا قُضِيَ بِالْخِرَانَةِ
 لَهُمَا، أَوْ حُكِمَ بِهَا لِلْأَسْفَلِ بِوَجْهِهِ، تَكُونُ الدَّرَجَةُ كَالسَّقْفِ الْمُتَوَسِّطِ بَيْنَ الْأَعْلَى وَ الْأَسْفَلِ،
 لِعَيْنِ مَا ذُكِرَ، خُصُوصًا مَعَ الْحُكْمِ بِهَا لِلْأَسْفَلِ وَحْدَهُ، فَيَتَبَعِي جَيْئِدًا أَنْ يَجْرِيَ فِيهَا الْخِلَافُ
 السَّابِقُ وَ مُرَجِّحُهُ، وَ لَوْ قُضِيَنا بِالسَّقْفِ لِلْأَعْلَى زَالَ الْأَشْكَالُ هُنَا، وَ إِنَّمَا يَأْتِي عَلَى مَذْهَبِ
 الْمُصَنِّفِ هُنَا وَ فِي الدَّرُوسِ، فَإِنَّهُ لَا يُجَامِعُ اخْتِصَاصَ الْعُلُويِّ بِهَا مُطْلَقًا.

چهارم - اگر مالک اتاقهای بالا و مالک اتاقهای پائین در راهرو باهم اختلاف پیدا
 کنند و منظور از راهرو در اینجا تمامی حیاط است زیرا مصنف گفته است: صاحب
 اتاقهای بالا نسبت به مقداری که محل عبور اوست، قسم می خورد و صاحب اتاقهای

پائین نسبت به مقدار بیش تر قسم می خورد. [علت اینکه، محل اختلاف آنها فقط به اندازه راهرو نیست و در تمام حیاط باهم اختلاف دارند] دلیل حکم آن است که اگر اختلاف آنها اجمالاً در محل عبور بود یا در مقدار معینی بود که زیادتر از محل عبور نبود، نیازی به سوگند خوردن صاحب اتاقهای پائین نسبت به مقدار زیادتر نبود زیرا صاحب اتاقهای بالا نسبت به مقدار زائد، اختلافی با صاحب اتاقهای پائین ندارد. [یعنی مسلم است که صاحب اتاقهای بالا به اندازه عبور و مرور، نسبت به راهرو و حیاط خانه حق دارد پس معلوم می شود که اختلاف آنها نسبت به مقداری بیشتر است که صاحب اتاقهای پائین باید نسبت به این مقدار بیشتر قسم یاد کند،] و علت اینکه برای صاحب اتاق بالایی به اندازه مقدار تردد حکم می شود آن است که برای بهره برداری از اتاقهای بالا نیاز به چنین مقداری از جاده است و صاحب اتاقهای بالا در مقداری از حیاط خانه، تصرفات دارد و اما در مورد مقدار بیشتر از محل تردد، تعلق آن به صاحب اتاقهای پائین، قوی تر است زیرا مقدار بیش تر، حیاط اتاقهای اوست بنابراین سخن هر یک از آنها نسبت به آنچه که اختصاص به او دارد، مقدم می شود. اما شهید اول در کتاب دروس ترجیح داده است که راهرو میان آنها مشترک باشد و مقدار زیادتر، متعلق به صاحب اتاقهای پائینی باشد و گروهی از فقها نیز همین دیدگاه را دارند زیرا صاحب اتاقهای پائین نسبت به تصرف در راهرو با صاحب اتاقهای بالا، مشترک است و مقدار بیشتر، متعلق به اوست بنابراین مقدار راهرو، مشترک میان آنهاست و احتمال هم دارد که هر دو در تمامی حیاط خانه باهم مشترک باشند زیرا صاحب اتاقهای بالا وظیفه ندارد که از یک خط مستقیم عبور کند [یعنی نمی توان او را مجبور کرد که از محل خاصی که از درب خانه به اتاقها وصل می شود، عبور نماید] و نمی توان او را از قرار دادن اشیاء در حیاط خانه یا نشستن کوتاه در آنجا ممنوع ساخت بنابراین مانند صاحب اتاقهای پائین به صورت اجمالی و کلی، نسبت به تمام حیاط خانه، متصرف به حساب می آید. اما اگر پلکان در داخل حیاط خانه باشد، صاحب اتاقهای بالا و پائین در محل عبور به سوی آن پلکان باهم شریک هستند و یا محل عبور، اختصاص به صاحب اتاقهای بالایی دارد [یعنی برحسب اختلافی که بیان شد، تعلق محل عبور به هر دو یا به صاحب اتاقهای بالا، در صورتی

است که پلکان در داخل حیاط خانه باشد] اما اگر پلکان در دهلیز خانه [یعنی ورودی آن] و خارج از حیاط باشد، صاحب اتاق‌های بالایی با صاحب اتاق‌های پائینی در هیچ مقداری از حیاط خانه، شریک نخواهند بود زیرا صاحب اتاق‌های بالا نسبت به حیاط خانه، متصرف به حساب نمی‌آید و اگر پلکان در خارج حیاط و پشت خانه باشد، تمامی حیاط و راهرو متعلق به صاحب اتاق‌های پائین خواهد بود و اگر صاحب اتاق‌های بالا و پائین دربارهٔ پلهٔ طبقه بالا با یکدیگر اختلاف پیدا کنند، صاحب اتاق بالا قسم می‌خورد زیرا تصرف در پله‌ها [و استفاده از آنها] برای تردد، مخصوص صاحب اتاق بالا می‌باشد هر چند پله‌ها در زمین متعلق به صاحب اتاق پائین نصب شده باشد و همانگونه که حکم به تعلق پله‌ها برای صاحب اتاق بالا می‌شد، حکم به تعلق محل و عرصهٔ آن نیز برای صاحب اتاق بالا می‌شود [مشروط بر اینکه نسبت به عرصه نیز اختلاف وجود داشته باشد دلیلی برای تعلق آن به صاحب اتاق پائین ارائه نگردد] و در مورد انباری [و فضای خالی] که زیر پله‌ها وجود دارد، میان آن دو قرعه کشیده می‌شود زیرا صاحب اتاق بالا و پائین نسبت به این محل، مساوی هستند و [علت حق داشتن صاحب اتاق پائین] آن است که انباری، وصل به زمین پائین است و جزء اتاق‌های آن می‌باشد [و علت حق داشتن صاحب اتاق بالا] آن است که این محل، فضای ملک بالاست و به منزلهٔ عرصه و تکیه‌گاه آن می‌باشد بنابراین باید میان آنها قرعه کشیده شود اما همان اشکالی که در مورد سقف بیان شد، در اینجا هم وجود دارد [یعنی قرعه در جایی اجرا می‌شود که احتمال اشتراک ملک میان هر دو وجود نداشته باشد بلکه احتمال تعلق آن یکی از طرفین دعوا وجود داشته باشد] بنابراین نظریهٔ مساوی بودن صاحب اتاق بالا و پائین نسبت به فضای زیر پله، قوی‌تر است که باید هر دو طرف سوگند یاد کنند و شهید اول در کتاب دروس همین دیدگاه را انتخاب کرده است و اینکه صاحب اتاق پائین، وسایل خود را زیر پله‌ها قرار داده باشد اعتباری ندارد [یعنی قرینه یا دلیلی برای اولویت وی نسبت به این مکان، محسوب نمی‌شود] و همچنین حکم کردن نسبت به پله‌ها با اشکال روبرو می‌شود، در صورتی که طرفین نسبت به فضای زیر آن با یکدیگر اختلاف داشته باشند زیرا چنانچه حکم شود که فضای زیر پله متعلق به هر دوست یا [با قرعه یا سوگند] حکم

شود که متعلق به صاحب اتاق پائین است [و وجه اشکال چنین است که] در این صورت، پله مانند سقفی خواهد بود که میان طبقه بالا و پائین قرار دارد [بنابراین] همان احتمالات و اشکالاتی که در مورد سقف مطرح شد، در اینجا هم مطرح می شود مخصوصاً اگر حکم داده شود که این فضا به صاحب اتاق پایین اختصاص دارد پس بهتر است اختلافات مربوط به سقف در اینجا هم مطرح شود و نظریه ترجیحی در آنجا، در اینجا هم ترجیح داده شود [یعنی اگر هر دو قسم بخورند یا نکول کنند حکم به اشتراک آنها داده می شود و اگر نه حکم به نفع کسی داده می شود که سوگند یاد کند. البته تشبیه فضای زیرپله با سقف، صحیح نیست زیرا سقف، مورد استفاده هر دوست اما پله فقط مورد استفاده صاحب اتاق بالا می باشد] اما اگر در مورد سقف چنین حکم شود که متعلق به صاحب اتاق بالاست، اشکال در اینجا برطرف می شود [یعنی در اینجا هم حکم به تعلق فضای زیرپله به صاحب اتاق بالا می شود و اشکالی پیش نمی آید] اما اشکال در صورتی مطرح می شود که نظر شهید اول در اینجا پذیرفته شود [یعنی حکم به قرعه شود] یا نظر ایشان در کتاب دروس پذیرفته شود [یعنی در صورت سوگند یا نکول هر دو، حکم به اشتراک آنها شود و گرنه به نفع کسی حکم می شود که سوگند یاد کند] زیرا دیدگاه ایشان با نظریه اختصاص محل زیر پله به صاحب اتاق بالا به صورت مطلق، سازگار نیست [بلکه در پاره ای موارد حکم به نفع وی می شود مانند اینکه قرعه به نام او درآید یا صاحب طبقه بالا قسم نخورد بنابراین براساس نظر شهید اول در کتاب لمعه و کتاب دروس نمی توان حکم به تعلق این فضا به صاحب اتاق بالا به صورت مطلق داد بلکه در برخی موارد به نفع وی حکم داده می شود.]

(الْخَامِسَةُ: لَوْ تَنَازَعَ زَاكِبُ الدَّائِبَةِ، وَ قَابِضٌ لِحَامِيهَا) فِيهَا (حَلَفَ الرَّاَكِبُ) لِقُوَّةِ يَدِهِ، وَ شِدَّةِ تَصَرُّفِهِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْقَابِضِ.

وَ قِيلَ: يَسْتَوِيَانِ فِي الدَّعْوَى، لِاشْتِرَاكِيهِمَا فِي الْيَدِ، وَ قُوَّتَيْهَا لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي التَّرْجِيحِ، وَ لِهَذَا لَمْ تُؤَثَّرْ فِي ثَوْبٍ يَبْدُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرُهُ كَمَا سَيَأْتِي، وَ مَا مَعَ الرَّاَكِبِ مِنْ زِيَادَةِ نَوْعِ التَّصَرُّفِ لَمْ يَنْبُتْ شَرْعًا كَوْنُهُ مُرْجَحًا، وَ تَعْرِيفُ الْمُدَّعِي وَ الْمُنْكَرِ مُنْطَبِقٌ عَلَيْهِمَا. وَ هُوَ قَوِيٌّ، فَيَحْلِفُ كُلُّ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُ، وَ أَمَّا اللَّجَامُ فَيَقْضَى بِهِ لِمَنْ هُوَ فِي يَدِهِ، وَ السَّرْجُ لِرَاكِبِهِ.

(وَلَوْ تَنَازَعَا ثَوْبًا فِي يَدٍ أَحَدِهِمَا أَكْثَرُهُ، فَهُمَا سَوَاءٌ لِاشْتِرَاكِهِمَا) فِي الْيَدِ وَلَا تَرْجِيحَ لِقَوِّيَّتِهَا، وَالتَّصَرُّفُ هُنَا وَإِنْ اخْتَلَفَ كَثْرَةً وَقِلَّةً، لَكِنَّهُ مِنْ وَاوٍ وَاحِدٍ، بِخِلَافِ الرُّكُوبِ وَقَبْضِ اللِّجَامِ. نَعَمْ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُمْسِكًا لَهُ، وَالْآخِرُ لِإِسَاءٍ فَكَمَسَالَةِ الرَّكَّابِ وَالْقَابِضِ، لَزِيَادَةِ تَصَرُّفِ اللَّابِسِ عَلَى الْيَدِ الْمُشْتَرَكَةِ.

(وَكَذَا) لَوْ تَنَازَعَا (فِي الْعَبْدِ وَعَلَيْهِ ثِيَابٌ لِأَحَدِهِمَا) وَ يَدُهُمَا (عَلَيْهِ) فَلَا يُرَجَّحُ صَاحِبُ الثِّيَابِ، كَمَا يُرَجَّحُ الرَّكَّابُ بِزِيَادَةِ ذَلِكَ عَلَى يَدِهِ، إِذْ لَا دَخَلَ لِلْبَسِ فِي الْمَلِكِ، بِخِلَافِ الرُّكُوبِ، فَإِنَّهُ قَدْ يَلْبَسُهَا بغيرِ إِذْنِ مَالِكِهَا، أَوْ بِقَوْلِهِ، أَوْ بِالْعَارِيَّةِ، وَلَا يَرِدُ مِثْلُهُ فِي الرُّكُوبِ، لِأَنَّ الرَّكَّابَ ذُو يَدٍ بِخِلَافِ الْعَبْدِ، فَإِنَّ الْيَدَ لِلْمُدَّعِي، لَا لَهُ.

وَيُنْفَرُ عَلَيْهِ مَا لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ يَدٌ، وَالْآخِرُ ثِيَابٌ خَاصَةٌ فَالْعَبْرَةُ بِصَاحِبِ الْيَدِ. (وَيُرَجَّحُ صَاحِبُ الْحَمَلِ فِي دَعْوَى الْبَهِيمَةِ الْحَامِلَةِ) وَإِنْ كَانَ لِلْآخِرِ عَلَيْهَا يَدٌ أَيْضًا بِقَبْضِ زِمَامٍ وَنَحْوِهِ، لِذِلَّةِ الْحَمَلِ عَلَى كَمَالِ اسْتِيْلَاءِ مَالِكِهِ عَلَيْهَا فَيُرَجَّحُ. وَفِي الدُّرُوسِ سَوَى بَيْنَ الرَّكَّابِ وَالْبَسِ الثَّوْبِ وَذِي الْحَمَلِ فِي الْحُكْمِ، وَهُوَ حَسَنٌ. (وَكَذَا يُرَجَّحُ صَاحِبُ الْبَيْتِ فِي) دَعْوَى (الْعُرْفَةِ) الْكَائِنَةِ (عَلَيْهِ) وَإِنْ كَانَ بَابُهَا مَفْتُوحًا إِلَى الْمُدَّعِي الْآخِرِ، لِأَنَّهَا مَوْضُوعَةٌ فِي مَلِكِهِ وَهُوَ هَوَاءُ بَيْتِهِ، وَمُجَرَّدُ فَتْحِ الْبَابِ إِلَى الْغَيْرِ لَا يُفِيدُ الْيَدَ.

هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنَ الْبَابِ مُتَّصِرًا فِيهَا بِسُكْنِيٍّ وَغَيْرِهَا، وَالْإِقْدَامُ، لِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهَا بِالذَّاتِ، لِإِقْتِضَاءِ التَّصَرُّفِ لَهُ، وَ يَدُ مَالِكِ الْهَوَاءِ بِالتَّبَعِيَّةِ، وَ الدَّائِيَّةُ أَقْسَى، مَعَ اِحْتِمَالِ التَّسَاوِي، لِثُبُوتِ الْيَدِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فِي الْجُمْلَةِ، وَ عَدَمِ تَأْثِيرِ قُوَّةِ الْيَدِ.

مسأله پنجم: اگر شخصی که سوار بر چهارپاست با شخصی که افسار آن به دست اوست نسبت به مالکیت چهارپا، با یکدیگر اختلاف پیدا کنند، کسی که سوار بر آن است سوگند یاد می‌کند زیرا قوت و شدت تصرف وی نسبت به کسی افسار چهارپا را در دست دارد، قوی تر است و یک دیدگاه هم آن است که هر دو نسبت به دعوا، مساوی هستند زیرا مشترک در تصرف می‌باشند و قوت [یا شدت] تصرف، دخالتی در ترجیح تصرف ندارد همانگونه که اگر شخصی، مقدار زیادتری از لباس را در اختیار داشته باشد تأثیری ندارد همانگونه که بیان خواهد شد و از نظر شرعی هم ثابت نشده است که زیادی نوع تصرف، ترجیحی برای متصرف باشد و در اینجا مدعی و منکر به هر

دو نفر صدق می‌کند. [شهادتانی این نظریه را ترجیح داده و می‌فرماید:] این نظریه، قوی است بنابراین اگر بیّنه و دلیلی وجود نداشته باشد [که چهارپا متعلق به کدامیک می‌باشد] هر یک از آنها برای دیگری سوگند یاد می‌کند [و حکم با اشتراک آنها نسبت به چهارپا می‌شود] و اما اگر در مورد افسار، اختلاف پیش آید به نفع کسی حکم می‌شود که افسار در دست اوست [زیرا متصرف محسوب می‌شود] و اگر در مورد این اختلاف شود به نفع کسی حکم می‌شود که سوار بر چهارپاست [زیرا متصرف زین می‌باشد] و اگر دو نفر در لباسی باهم اختلاف پیدا کنند که مقدار بیشتر آن در دست یکی از آنهاست، حکم به مساوی بودن آنها نسبت به لباس می‌شود زیرا هر دو مشترک در تصرف هستند و قوّت در تصرف، سبب ترجیح تصرف نیست و تصرف در اینجا گرچه به مقدار کمتر یا بیشتر است اما از یک جانب می‌باشد برخلاف سوار بودن بر چهارپا و در دست داشتن افسار آن [زیرا نحوه تصرف در اینجا، یکسان است که همان در دست داشتن لباس می‌باشد اما در چهارپا، نحوه تصرف، تفاوت داشت و یکی سوار بود و دیگری افسار را در دست داشت] بلکه اگر یکی از آنها لباس را نگه داشته باشد و دیگری آن را پوشیده باشد مانند مسأله سوار بر چهارپا و دارنده افسار است زیرا شخصی که لباس را پوشیده است تصرفات بیشتری نسبت به تصرفات مشترک دارد [یعنی گرچه هر دو مشترک در تصرفات هستند اما تصرفات شخصی که لباس را پوشیده است زیادتر می‌باشد].

و نیز اگر دو نفر نسبت به برده‌ای با یکدیگر اختلاف نمایند که لباس مربوط به یکی از طرفین دعوا بر تن اوست اما هر دو بر او تصرف داشته باشند، صاحب لباس بر طرف دیگر برتری ندارد آنگونه که سوار بر چهارپا بخاطر تصرفات بیشتری که دارد [بردارنده افسار مقدم می‌شود] زیرا لباس پوشیدن برده [و تعلق لباس‌ها به یکی از طرفین دعوا] دخالتی در مالکیت [صاحب لباس نسبت به برده ندارد] برخلاف سوار شدن بر چهارپا [که دخالت در مالکیت دارد و علت عدم دخالت لباس پوشیدن در مالکیت] آن است که امکان دارد برده بدون اجازه مالک لباس یا با اجازه مالک یا به صورت عاریه، آن را پوشیده باشد اما در مورد سوار شدن چنین احتمالاتی وجود ندارد بخاطر اینکه شخصی که سوار بر چهارپاست، متصرف محسوب می‌شود

برخلاف برده که تصرف برای مدعی می باشد نه برای برده [زیرا برده اساساً تصرف و مالکیتی ندارد] و مسأله‌ای که بر این مسأله متفرع می شود آن است که اگر یکی از طرفین دعوا نسبت به برده، متصرف بوده و لباس متعلق به طرف دیگر بر تن برده باشد، سخن شخص متصرف، پذیرفته می شود. و در دعوا نسبت به چهارپا که باری بر روی آن است، دعوی صاحب بار بر دعوای طرف دیگر مقدم است هر چند طرف دیگر هم نسبت به چهارپا، تصرفات داشته باشد مانند اینکه افسار چهارپا در دست او باشد [پا چهارپا را از پشت سربراند] زیرا تعلق بار به یکی از طرفین دعوا دلالت بر کامل بودن تصرفات مالک بار نسبت به چهارپا دارد بنابراین ادعای وی بر ادعای دیگری، ترجیح دارد و شهید اول در کتاب دروس، سوار بر چهارپا و صاحب لباس و صاحب بار را یکسان در حکم دانسته است که نظریه‌ای نیکوست. همچنین ادعای صاحب اتاق پائین نسبت به اتاقی که بر روی اتاق وی قرار دارد بر [ادعای طرف دیگر] مقدم است هر چند در اتاق بالا به سوی [در اتاق] مدعی دیگر باز شود زیرا اتاق بالا در ملک صاحب اتاق پائین بوجود آمده است و فضای متعلق به اتاق پائین می باشد و صرف باز شدن در اتاق به سوی مدعی دیگر، ثابت کننده تصرفات [شخصی که در اتاق بالا به سوی در اتاق وی باز می شود] نیست. البته این در صورتی است که شخصی که در اتاق بالا به سوی در اتاق وی باز می شود از راه سکونت و نظایر آن، تصرفی در اتاق بالا نداشته باشد و گرنه سخن این شخص، مقدم می شود زیرا تصرف وی نسبت به اتاق بالا [که در آن سکونت دارد]، تصرف ذاتی است و تصرف، مقتضی آن است که تصرفش ذاتی باشد در حالیکه تصرف مالک اتاق پائینی، تصرف تبعی است [یعنی مالک اتاق پائین به تبع تصرفی که در اتاق پائین دارد، نسبت به اتاق بالا نیز متصرف به حساب می آید اما شخصی که در اتاق بالا سکونت دارد، دارای تصرف ذاتی است] و تصرف ذاتی قوی تر [از تصرف تبعی] می باشد و این احتمال نیز وجود دارد که هر دو مساوی باشند زیرا هر دو فی الجمله، متصرف هستند و قوی تر بودن تصرفات یک نفر، تأثیری ندارد. [البته اگر شخصی که در اتاق بسوی اتاق وی باز می شود، متصرف به حساب آید نمی توان صاحب اتاق پائین را نیز متصرف به حساب آورد بنابراین در اینجا دو متصرف وجود ندارد].

(السَّادِسَةُ: لَوْ تَدَاعَى جِدَارًا غَيْرَ مُتَّصِلٍ بِنِوَاءٍ أَحَدِهِمَا، أَوْ مُتَّصِلًا بِنِوَائِهِمَا) مَعَا تَتَّصَلُ تَرْصِيفٍ، وَ هُوَ تَدَاخُلُ الْأَحْجَارِ وَ نَحْوِهَا عَلَى وَجْهِ يَبْعُدُ كَوْنُهُ مَحْدَثًا بَعْدَ وَضْعِ الْحَائِطِ الْمُتَّصِلِ بِهِ (فَإِنْ حَلَفَا أَوْ نَكَلَا فَهُوَ لَهُمَا، وَ إِلَّا) فَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا، وَ نَكَلَ الْآخَرُ (فَهُوَ لِلْحَائِفِ، وَ لَوْ اتَّصَلَ بِأَحَدِهِمَا) خَاصَّةً (حَلَفَ) وَ قُضِيَ لَهُ بِهِ. وَ مِثْلُهُ مَا لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ قَبَّةٌ أَوْ غُرْفَةٌ، أَوْ سُتْرَةٌ لَصَيَّرَتْهُ بِجَمِيعِ ذَلِكَ ذَا يَدٍ، فَعَلَيْهِ الْيَمِينُ مَعَ فَقْدِ الْبَيِّنَةِ.

(وَ كَذَا لَوْ كَانَ) لِأَحَدِهِمَا خَاصَّةً (عَلَيْهِ جِدْعٌ) فَإِنَّهُ يُقْضَى لَهُ بِهِ بِيَمِينِهِ، أَوْ لَهُمَا فَالْهُمَا، وَ لَوْ اتَّصَلَ بِأَحَدِهِمَا، وَ كَانَ لِلْآخَرَ عَلَيْهِ جِدْعٌ تَسَاوَىا عَلَى الْأَقْوَى، وَ كَذَا لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا وَاحِدَةً مِنَ الْمُرْجِحَاتِ، وَ مَعَ الْآخِرِ الْبَاقِيَّةُ، إِذْ لَا أَثَرَ لِيَزِيدَ الْيَدِ كَمَا سَلَفَ (أَمَّ الْخَوَارِجُ) مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ أَوْ مِنْهُمَا مِنْ نَفْسٍ، وَ وَتَدٍ، وَ رَفٍّ وَ نَحْوِهَا (وَ الرِّوَاظِنُ) كَالطَّافَاتِ (فَلَا تَرْجِيحَ بِهَا)، لِإِمْكَانِ إِحْدَاثِهَا مِنْ جِهَةٍ وَاضِعِهَا مِنْ غَيْرِ شُعُورِ الْآخَرِ (إِلَّا مَعَاقِدَ الْقِمَطِ) بِالْكَسْرِ، وَ هُوَ الْحَبْلُ الَّذِي يُشَدُّ بِهِ الْخُصُّ، وَ بِالضَّمِّ جَمْعُ قِمَاطٍ، وَ هِيَ شِدَادُ الْخُصِّ مِنْ لَيْفٍ وَ خَوْصٍ وَ غَيْرِهِمَا، فَإِنَّهُ يُقْضَى بِهَا فَيَرْجَحُ مَنْ إِلَيْهِ مَعَاقِدَ الْقِمَطِ لَوْ تَنَازَعَا (فِي الْخُصِّ) بِالضَّمِّ وَ هُوَ الْبَيْتُ الَّذِي يُعْمَلُ مِنَ الْقَصَبِ وَ نَحْوِهِ، عَلَى الْمَشْهُورِ بَيْنَ الْأَصْحَابِ، وَ مِنْهُمْ مَنْ جَعَلَ حُكْمَ الْخُصِّ كَالْجِدَارِ بَيْنَ الْمَلِكَيْنِ، وَ هُوَ الْمُوَافِقُ لِلْأَصْلِ.

مسأله ششم - اگر دو نفر نسبت به دیواری با یکدیگر اختلاف پیدا کنند که متصل به ساختمان یکی از آن دو نیست یا به شکل ترصیف، متصل به ساختمان هر دوست و منظور از ترصیف، داخل شدن سنگها در یکدیگر و نظیر آن است بگونه ای که بعید باشد که ساختمان بعد از احداث دیوار متصل به آن، ساخته شده باشد، چنانچه هر دو قسم بخورند یا از قسم خوردن، نکول کنند، دیوار متعلق به هر دو خواهد بود و گرنه چنانچه یکی از آنها قسم بخورد و دیگری نکول نماید، دیوار متعلق به شخصی است که قسم می خورد و اگر دیوار فقط متصل به ساختمان یکی از آن دو باشد، صاحب ساختمان [که دیوار، متصل به آن است] سوگند می خورد و حکم می شود که دیوار متعلق به اوست. و همین حکم را دارد صورتی که یکی از طرفین دعوا بر روی دیوار، قبه [یعنی اتاقی که با چوب ساخته شده است] یا غرفه یا چادری داشته باشد زیرا تمامی این موارد سبب می شود که او متصرف به حساب آید بنابراین چنانچه دلیلی

وجود نداشته باشد، او قسم می‌خورد. و همین حکم را دارد در صورتی که یکی از طرفین دعوا سرتیری بر روی دیوار داشته باشد بنابراین با سوگند وی، حکم داده می‌شود که دیوار متعلق به اوست و اگر هر دو مدعی، بر روی دیوار سرتیر داشته باشند، دیوار متعلق به هر دو خواهد بود و اگر دیوار، متصل به ساختمان یکی از آن دو نفر بوده و طرف دیگر، سرتیری بر روی دیوار داشته باشد بنا بر نظریه قوی تر، هر دو نسبت به دیوار مساوی هستند و نیز همین حکم را دارد چنانچه یکی از آنها دارای اسباب ترجیح بوده و دیگری نیز دارای اسباب ترجیح دیگری باشد زیرا زیادی تصرف همانگونه که قبلاً گفته شد تأثیری در موضوع ندارد. اما برای خروجی‌های از دیوار که متعلق به یکی از طرفین دعوا یا متعلق به هر دوست مانند نقاشی، میخ، رف و نظایر اینها و نیز برای روزنه‌ها مانند طاقچه‌ها، ترجیحی وجود ندارد [روزنه یا فرورفتگی ممکن است مانند پنجره از سوی دیگر پیدا باشد یا مانند طاقچه باشد که مقداری در داخل دیوار، فرورفتگی ایجاد می‌شود. علت اینکه خروجی‌ها و روزنه‌ها، دلیل تصرفات نیست] آن است که امکان دارد شخصی که آنها را بوجود آورده است، بدون اطلاع طرف دیگر این کارها را کرده باشد مگر در مورد گره‌های طناب [قِمط] و آن نخ‌نی است که نی با آن بسته می‌شود و «قِمط» که جمع قماط می‌باشد به معنای چیزی است که نی را با آن می‌بندند مانند پوست و برگ درخت خرما و نظایر اینها [به غیر از طناب که به صورت «قِمط» خوانده می‌شود] که براساس [این گره‌ها] قضاوت صورت گرفته و براساس آنچه که میان فقها، مشهور می‌باشد سخن کسی ترجیح داده می‌شود که گره‌های طناب به سوی اوست چنانچه در اتاقی که از نی و نظایر آن ساخته شده است، اختلاف نمایند. و برخی از فقها حکم اتاقی را که بانی ساخته شده است مانند دیواری می‌دانند که میان دو ملک قرار دارد و این دیدگاه، مطابق اصل می‌باشد.