

سَيِّدُ الْمَلَائِكَةِ

الْبَرِّيَّةِ

لِلشَّيْخِ الرَّعْظَمِيِّ الْأَنْصَارِيِّ

الْمَشَافِقِ

السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحَزْزَانِيِّ (الْمَشَقَّقِيِّ)

الْحَزْزَانِيِّ الْخَامِسِ

كِتَابُ الْإِيمَانِ فِي مَنْ



دار الفکر

شرح المكاسب المزجي

للشيخ الأعظم الأنصاري رحمه الله

القسم الثاني من كتاب البيع

«الجزء الخامس»

الشارح - السيد محمد علي الجزائري (آل مغفور)

جزائري، محمد علي، ١٣١٧

شرح المكاسب المزجي / تأليف الانصاري (قدس سره) ، الشارح محمد علي
الجزائري (آل غفور) . - قم: بني الزهراء (س) ، ١٣٢٨ ق. = ١٣٨٦ ش

ج ٥٠

ISBN : 978-964-91387-4-9

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیما
کتابنامه

١. انصاري، مرتضی بن محمد امين، ١٢١٤ - ١٢٨١ ق. المكاسب - نقد و تفسير
٢. معاملات (فقه) . الف . انصاري، مرتضی بن محمد امين، ١٢١٤ - ١٢٨١ ق.
- المكاسب . شرح ب . عنوان ج . عنوان : المكاسب . شرح
- ١٩٠١ / الف / ٣٧٢ / م ٧٠٢٣



- الكتاب: شرح المكاسب المزجي - ج ٥
- تأليف : الشيخ الأعظم الأنصاري (رحمته)
- الشارح : السيد محمد علي الجزائري (آل غفور)
- الناشر: بني الزهراء (س)
- الألواح الحساسة والطباعة: جزائري - سبحان
- الكمية المطبوعة: ٢٠٠٠ نسخة
- الطبعة: الثانية ١٤٢٣ هـ. ق. - ١٣٩١ هـ. ش
- السعر: ١٢٠٠٠ تومان

ISBN : ٩٧٨-٩٦٤-٩١٣٨٧-٤-٩

بنی الزهراء (س)

للطباعة والنشر والتوزيع

میدان شهداء ، شارع معلم ، جنب ادارة الكهرباء ، بنایه مطبعة الجزائری

الهاتف : ٧٧٣١٧٥٢ - ٧٨٣٦٩٠٠

قم المقدسة / ایران

جميع الحقوق محفوظة للشارح

الكنى والألقاب والمصدر بـ«ابن» في المكاسب

١	ابن البرّاج و قد يعبر عنه بالقاضي	هو: القاضي الشيخ عبدالعزيز بن نحرير، من فقهاء الإماميّة المتقدّمين، له: المهذّب، و الموجز، و الكامل، المتوفّى ٤٨١ ق.
٢	إبن الجُنيد و قد يعبر عنه بالإسكافيّ	هو الإسكافي، محمّد بن أحمد بن الجُنيد من أكابر علماء الشيعة المتقدّمين المتوفّى سنة ٣٨١ ق
٣	إبن المتوّج	هو أحمد بن عبدالله بن سعيد المتوّج ألبحراني من علماء الإماميّة الملقّب بالشيخ فخرالدين المتوفّى: ٨٢٠ ق
٤	أتباع الشيخ الطوسي	هم: ١- أبو يعلى ٢- أبو القاسم القاضي ٣- محمّد بن عليّ الطوسي ٤- السيّد أبو المكارم الحلبي ابن زهرة
٥	بعض الأساطين	هو، كاشف الغطاء الشيخ جعفر النجفي المعروف، صاحب كتاب كشف الغطاء، المتوفّى ١٢٢٨ ق
٦	بعض الأجلّة	هو الفاضل الهندي محمّد بن الحسن بن محمّد الإصفهاني المعروف بالهندي صاحب كشف اللثام المتوفّى ١١٣٧ ق
٧	بعض الأعيان	هو الوحيد البهبهاني الأصفهاني، مروّج المذهب على رأس المائة الثالثة عشرة آقا محمّد باقر بن محمّد أكمل المتوفّى ١٢٠٨ ق
٨	بعض متأخري المحدثين	هو صاحب الحقائق الشيخ يوسف البحراني الأخباري المتوفّى ١١٨٦ ق والملاّ محسن الفيض الكاشاني المتوفّى ١٠٩١ ق
٩	بعض من قارب عصرنا	هو الشيخ أسد الله التستري الكاظميني ابن إسماعيل صاحب مقابس الأنوار المتوفّى ١٢٣٧ ق
١٠	بعض المعاصرين	هو، صاحب الجواهر الشيخ محمّد حسن النجفي إمام المحقّقين و شيخ الفقهاء المتوفّى سنة ١٢٦٦ ق

١١	بعض معاصري الشهيد الثاني	هو السيّد الحسن بن السيد جعفر الكركي
١٢	بعض مشايخنا	هو: ١ - صاحب الجواهر الشيخ محمّد حسن النجفي ٢ - والسيّد محمّد المجاهد بن السيّد علي الطباطبائي صاحب الرياض.
١٣	بعض المحققين	المراد بهم: ١ - الشيخ أسدالله التستري ٢ - السيد محمّد مهدي الطباطبائي بحرالعلوم وحيد عصره المتوفى في سنة ١٢١٢ ق
١٤	جماعة ممّن تأخر عن المحقّق الحلّي	المراد بهم: ١ - الشهيد الأوّل المستشهد ٧٨٦ ق. ٢ - الشهيد الثاني المستشهد ٩٦٥ ق. ٣ - المحقّق الأردبيلي المتوفى ٩٩٣ ق. ٤ - المحقّق الكركي الآتي
١٥	الحليّون الستة	المراد بهم: ١ - «ابن ادريس» محمّد بن أحمد. ٢ - المحقّق الحلّي جعفر بن الحسن. ٣ - العلامة الحليّ الحسن بن يوسف بن المطهر. ٤ - فخر المحققين ابن العلامة محمّد بن الحسن. ٥ - ابن سعيد الحليّ يحيى بن أحمد. ٦ - الفاضل المقداد بن عبدالله.
١٦	الحليّان	هما: ١ - أبوصلاح الحلبي الشيخ تقي ابن النجم المعاصر للشيخ الطوسي المتوفى ٤٤٧ ق. ٢ - ابن زهره ابوالمكارم السيد حمزة بن عليّ بن زهرة المتوفى ٥٨٥ ق
١٧	الحليّ	هو: ابن ادريس «محمّد بن أحمد» من فقهاء الحلة المتوفى ٥٩٨ ق
١٨	السيّد	هو: ابن زهرة المتقدّم المتوفى ٥٨٥ ق
١٩	السيّدان	هما: ١ - ابن زهرة ٢ - السيّد المرتضى (علم الهدى) المتوفى ٤٣٦
٢٠	شارح النخبة	هو: السيّد عبدالله بن نورالدين بن المحدث الكبير السيّد نعمت الله الجزائري المتوفى ١١٧٣ ق

٢١	الشاميون الخمسة	هم: ١- أبو الصلاح الحلبي. ٢- القاضي ابن البراج. ٣- الشهيد الأول. ٤- الشهيد الثاني ٥- المحقق الكركي «علي بن عبد العالي»
٢٢	الشيخان	هما: ١- الشيخ المفيد أبي عبد الله محمد بن محمد البغدادي المتوفى ٤١٣ ق ٢- الشيخ الطوسي أبي جعفر محمد بن الحسن المتوفى ٤٦٠ ق
٢٣	الصدوقان	هما: الشيخ الصدوق المعروف محمد بن علي بن الحسين بن بابويه المتوفى ٣٨١ ق. ٢- أبوه الشيخ علي بن الحسين المتوفى ٣٢٩ ق. المدفون بقم.
٢٤	العلامة الطباطبائي	هو: السيد محمد مهدي بحر العلوم المتقدم في بعض المحققين
٢٥	علم الهدى	هو: السيد المرتضى علي بن الحسين المتقدم في السيدان
٢٦	فخرالدين أو فخرالمحققين أو فخر الإسلام	هو: ابن العلامة الحلبي الشيخ أبو طالب «محمد بن الحسن» المتوفى ٧٧١ ق صاحب إيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد
٢٧	الفاضلان	هما: المحقق الحلبي صاحب الشرائع جعفر بن الحسين الحلبي المتوفى ٦٧٢ ق والعلامة الحلبي الحسن بن يوسف المتوفى ٧٢٦ ق
٢٨	القديمان	هما: ١- محمد بن الجنيد المتقدم الإسكافي ٢- الحسن بن علي بن أبي عقيل الحذاء العماني المعاصر للكليني وعلي بن بابويه له كتاب المتمسك بحبل آل الرسول.
٢٩	كاشف الرموز	هو: الفاضل الحسن بن أبي طالب صاحب كشف الرموز فرغ منه ٦٧٢ ق وهو المعروف بالفاضل الآبي.

٣٠	كاشف اللثام	هو: الفاضل الهندي محمد بن الحسن المتقدم بعنوان بعض الأجلّة
٣١	المشايخ الثلاثة	هم: ١ - الشيخ المفيد ٢ - الشيخ الصدوق ٣ - الشيخ الطوسي.
٣٢	المحقق القمّي	هو: الميرزا ابوالقاسم صاحب القوانين المتوفّي ١٢٣١ ق
٣٣	المحقق الأول	هو: المحقق الحلّي صاحب الشرائع المتقدم
٣٤	المحقق الثاني	هو: الشيخ عليّ بن الحسين الكركي صاحب جامع المقاصد المتوفّي ٩٤٠ ق
٣٥	متأخّري المتأخّرين	هم: ١ - المحقق الأردبيلي ٢ - الفيض الكاشاني ٣ - السيّد نعمت الله الجزائري المتوفّي ١١١٢ ق.
٣٦	المحدّث البهراني	هو: الشيخ البهراني «يوسف بن أحمد بن ابراهيم المتقدم في بعض المحدّثين
٣٧	المحدّث العاملي	هو: الشيخ محمد بن الحسن، الحرّ العاملي صاحب وسائل الشيعة المتوفّي ١١٠٤ ق
٣٨	المحدّث الكاشاني	هو: الملا محسن الفيض صاحب الوافي والصابي المتوفّي ١١٩١ ق
٣٩	المحدّث المجلسي	هو: العلامة الشيخ محمد باقر بن محمد تقيّ صاحب بحار الأنوار والمتوفّي ١١١١ ق
٤٠	المفيد الثاني	هو: ابو علي الحسن بن محمد بن الحسن الطوسي المتوفّي ٥١١ ق
٤١	السيّد المهتّا	هو: السيّد نجم الدين مهتّا بن ستان ابن عبدالمطلب المدني المتوفّي ٧٥٤ ق
٤٢	الميسي	هو: الشيخ ابراهيم بن نورالدين المعروف بالفاضل الميسي المتوفّي ١٠٣٢ ق

بسم الله الرحمن الرحيم الرابع

إذا تلف المبيع ، فإن كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف ، إلا ما يُحكى عن
ظاهر الإسكافي .

بسم الله الرحمن الرحيم

(الرابع) من الأمور المتفرعة على عدم تملك المشتري والبائع للمقبوض بالمبيع الفاسد أنه (إذا تلف المبيع) في يد المشتري ، ولو بغير تعدٍّ أو تفريط يجب عليه ردّ بدله (فإن كان مثلياً وجب مثله) وإن كان قيميّاً وجبت قيمته - واحتمل بالظنّ القويّ ، السيّد الأستاذ الخوئي رحمته الله كما في مصباح الفقاهة ج ٣ ص ١٤٥ سقوط هذه الجملة من متن المكاسب - (بلا خلاف) ونُقل الإجماع على هذا الحكم متظافراً (إلا ما يُحكى) في كلام جماعة منهم العلامة في المختلف ج ٦ ص ١٣١ الغصب ، والسيّد العاملي في المفتاح ج ٦ ص ٢٤١ ، وصاحب الجواهر ج ٣٧ ص ٨٥ (عن ظاهر الإسكافي) ابن الجنيّد حيث قال: «إن تلف المضمون ضَمِنَ قيمته أو مثله إن رضي صاحبه» انتهى ، بناءً على أن مراده من «المضمون» ما هو أعمُّ من المثليّ والقيميّ ، فحَكَمَ رحمته الله بضمانه بالقيميّ مطلقاً ، سواء أكان مثلياً أو قيميّاً ، إلّا في صورة رضا صاحبه ، وأمّا إذا أراد من «المضمون» خصوص القيميّ فقط - كما احتمله جماعة منهم الشهيد الأوّل في غاية المراد ص ١٣٥ - فمصبّ كلامه حينئذٍ القيميّ فقط ، ولم يتعرّض لحكم المثليّ أصلاً ، فلا يكون مختاره مخالفاً للإجماع المنقول على ضمان القيميّ بالقيمة والمثليّ بالمثل

وقد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلي ، فالشيخ وابن زهرة وابن إدريس والمحقق وتلميذه والعلامة وغيرهم قدس الله أسرارهم ، بل المشهور - على ما حكى - أنه ما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة .
والمراد بأجزائه : ما يصدق عليه اسم الحقيقة ،

(وقد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلي ، فالشيخ) الطوسي في المبسوط ج ٣ ص ٥٩ ، (و) السيد (ابن زهرة) في الغنية ص ٢٧٨ ، (وابن إدريس) في السرائر ج ٢ ص ٤٨٠ ، (والمحقق) الحلّي في الشرائع ج ٣ ص ٢١٩ (وتلميذه) الفاضل الآبي في كشف الرموز ج ٢ ص ٣٨٢ ، (والعلامة) في القواعد ج ١ ص ٢٠٣ ، (وغيرهم) كابن فهد الحلّي في المهذب البار ج ٤ ص ٢٥١ ، والشهيد الثاني في المسالك ج ١٢ ص ١٨٢ (قدس الله أسرارهم ، بل المشهور - على ما حكى -)^(١) عرّفوا المثلي بـ (أنه ما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة) .

(والمراد بأجزائه : ما يصدق عليه اسم الحقيقة ،) والطبيعة من ذلك الجنس المثلي ، فالمراد من الجزء هنا : هو الجزئي في مقابل الكلّي والطبيعة كزيد بالنسبة إلى كلّي الإنسان ، فجميع الأفراد تصدق عليها طبيعة واحدة كالحبوبات من الحنطة والأرز والعدس غيرها ، مثلاً حقيقة الحنطة تصدق على كلّ مقدار منها كالكيلو الواحد .

وليس المراد من الجزء في قولهم : «المثلي ما يتساوى أجزاؤه» هو الجزء في مقابل الكلّ كأعضاء الإنسان بالنسبة إلى جميع جسده؛ إذ لا يصدق عليها من اليد والرجل والقلب ، بل الرأس وحده أنه «إنسان» بخلاف كلّ فرد بالنسبة إلى الطبيعة فيصدق على

(١) الحاكي هو الشهيد الثاني في المسالك ج ١٢ ص ١٨٢ ، والمحقق السبزواري في كفاية الأحكام ص ٢٥٧ ، والسيد الطباطبائي في الرياض ج ٢ ص ٣٠٣ .

والمراد بتساويها من حيث القيمة : تساويها بالنسبة ، بمعنى كون قيمة كلٍّ بعضٍ بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر ، كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار ؛ ولذا قيل في توضيحه :

أَنَّ المقدار منه إذا كان يستوي قيمةً «معينة خد» فنصفه يستوي نصف تلك القيمة .

ومن هنا رجَّح الشهيد الثاني

زيد وعمرو وغيرهما أنه إنسانٌ ، وعلى كلِّ حبةٍ من الحنطة أنها حنطةٌ .

(والمراد بتساويها) أي الأجزاء (من حيث القيمة :) هو (تساويها بالنسبة ، بمعنى كون قيمة كلٍّ بعضٍ) كالكيلو الواحد من صبرة الحنطة (بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر ،) كالكيلو الآخر منها (كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار ؛) بالمقايسة إلى كلِّ المثلي كالصبرة المعينة من الحنطة ، مثلاً إذا كانت الصبرة عشر كيلوات وقيمتها ألف تومان ، فالكيلو الواحد قيمته عُشر قيمة الصبرة ، أعني مائة تومان؛ لأنَّ مقداره عُشر الجميع ، وكذا الكيلو الثاني والثالث والرابع منها .

(ولذا) أي ولأجل تساوي الأفراد قيمةً ومقداراً (قيل في توضيحه :) أي توضيح هذا الكلام ، والقائل الشهيد الثاني في المسالك ج ١٢ ص ١٨٢ ، والسيد العاملي في المفتاح ج ٦ ص ٢٤١ ، والسيد الطباطبائي في الرياض ج ٢ ص ٣٠٣ (أَنَّ المقدار منه) أي من المثلي كالمَنّ والكيلو (إذا كان يستوي) - كذا في النسخ ، وهو تصحيف «يسوي» وهو الصحيح ، بمعنى يساوي - (قيمةً «معينة خد») كمائة تومان (فنصفه) أي نصف ذلك المقدار (يستوي نصف تلك القيمة .) كخمسين تومان .

(ومن هنا) أي ممّا قيل في توضيح تعريف المثلي بهذا النوع من التساوي (رجَّح الشهيد الثاني) في المسالك ج ١٢ ص ١٩١ .

كون المصوغ من النقيدين قيمياً، قال : إذ لو انفصلت نقصت قيمتها .
قلت : وهذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثلياً؛ إذ لو انكسر نصفيين
نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع .
إلا أن يقال : إن الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه ، وهو الصحيح ؛ ولذا
لا يُعدّ الجريش مثلاً للحنطة ، ولا الدقاقة مثلاً للأرز .

(كون المصوغ من النقيدين) كالسوار والقرط = گوشواره (قيمياً ، قال :) «لأنّ
أجزائه ليست متفقة القيمة (إذ لو انفصلت) بعضها عن بعض (نقصت قيمتها .)
حيث إنّ لجمع الأجزاء معاً دخلاً في القيمة ، فالزوج من السوار يسوى قيمةً أزيد من
مجموع قيمة كلّ واحد ، فإذا كان الزوج يسوى ألف ، فقيمة كلّ واحد منفرداً أقلّ من
خمسائة .

(قلت : و) (يرد على (هذا) التوضيح لتعريف المثلي بقولهم : «إنّ المقدار منه إذا
كان يساوي قيمةً ، فنصفه يساوي قيمة نصفه» أنّه (يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد
مثلياً ؛ إذ لو انكسر نصفيين) لا يكون كلّ نصف يساوي قيمة نصف تمام الدرهم
مجموعاً ، بل (نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع ،) فإذا كان المجموع
مائة تومان فنصفه المكسور أربعين تومان لا خمسين ، مع أنّ المشهور أنّ الدرهم مثلي
لا قيمى .

(إلا أن يقال :) في توجيه عدّ المشهور الدرهم من المثليات (إنّ الدرهم مثلي
بالنسبة إلى نوعه ،) من الدراهم المسكوكة (وهو الصحيح ؛) التام الغير
المكسور ، لا بالنسبة إلى كلّ درهم في نفسه ، فمن هذه الجهة الدرهم قيمى لا مثلي ،
(ولذا) أي ولأجل كون المثلية ملحوظة بالنسبة إلى النوع لا خصوص كلّ فرد (لا يُعدّ
الجريش) - وهو الحنطة المجروشة = نيم كوب يا «برغول» وعندنا يسمّى «دُرُشْتَه» -
(مثلاً للحنطة ، ولا الدقاقة) = نيم دانه برنج ، (مثلاً للأرز .)

ومن هنا يظهر أنَّ كلَّ نوعٍ من أنواع الجنس الواحد ، بل كلَّ صنفٍ من أصناف نوعٍ واحدٍ مثليٌّ بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف .

فلا يريد ما قيل : من أنَّه إن أُريد التساوي بالكلِّية ، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرُف ؛ إذ ما من مثليٍّ إلا وأجزاؤه مختلفة في القيمة كالحنطة ؛ فإنَّ قفيزاً من حنطةٍ يساوي عشرة ومن أخرى يساوي عشرين ، وإن أُريد التساوي في الجملة ،

(ومن هنا) أي من لحاظ المثلية بالنسبة إلى النوع دون مجرّد ما يصدق عليه الطبيعة من الجنس الكلِّي (يظهر أنَّ) المثلية ملحوظ في النوع بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع بخصوصه ، ذَ (كلَّ نوعٍ من أنواع الجنس الواحد ،) الذي له أنواع متعدّدة كالأرز من بلدٍ خاصٍّ مثل «آمل» في شمال إيران ، والحنطة من شوشتر (بل كلَّ صنفٍ من أصناف نوعٍ واحد) الذي له أصناف مختلفة كالأرز الخاصّ كما يقال في عصرنا : «آمل من الدرجة الأولى ، أو الثانية أو الثالثة ، كلّ ذلك (مثليٌّ بالنسبة إلى) خصوص (أفراد ذلك النوع أو) خصوص أفراد ذلك (الصنف .) فقط .

وعلى ما ذكرنا (فلا يريد ما قيل :) والقائل المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة ج ١٠ ص ٥٢٢ (من أنَّه) يرد على تعريف المشهور للمثلي أنَّه (إن أُريد التساوي بالكلِّية ،) وفي جميع الجهات والخصائص التي لها دخل في رغبة الإنسان للشيء (فالظاهر عدم صدقه) أي التعريف (على شيءٍ من المعرُف ؛ إذ ما من مثليٍّ إلا وأجزاؤه مختلفة في القيمة كالحنطة ؛) أو الأرز ، أو العدس (فإنَّ قفيزاً من حنطةٍ يساوي عشرة) دنائير مثلاً (ومن أخرى يساوي عشرين ،) وإن كانا من نوعٍ واحد ، بل ربّما من صنف واحد ، (وإن أُريد التساوي في الجملة ،) دون جميع

فهو في القيمي موجود ، كالثوب والأرض ، انتهى .

وقد لوح هذا المورد في آخر كلامه إلى دفع إirاده بما ذكرنا : من أن كون الحنطة مثليّة ، معناه : أن كل صنف منها متماثل الأجزاء ومتساوٍ في القيمة ، لا بمعنى أن جميع أبعاد هذا النوع متساوية في القيمة ، فإذا كان المضمون بعضاً من صنف ، فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف ، لا القيمة ولا بعض من صنف آخر .

لكن الإنصاف : أن هذا خلاف ظاهر كلماتهم ؛ فإنهم يطلقون المثلي على

الجهات (فهو في القيمي موجود ، كالثوب والأرض) ، والحيوان (انتهى) . وأضاف الأردبيلي شقاً ثالثاً بقوله : وإن أريد مقداراً خاصاً فهو حوالة إلى المجهول .

(وقد لوح هذا المورد) وهو المقدّس الأردبيلي (في آخر كلامه) وأشار (إلى دفع إirاده بما ذكرنا : من أن كون الحنطة مثليّة ، معناه : أن كل صنف منها متماثل الأجزاء) أي الأفراد (ومتساوٍ في القيمة ، لا بمعنى أن جميع أبعاد هذا النوع) من الحنطة والأرز وغيرهما (متساوية في القيمة) ، فيرجع كلامه إلى عين ما ذكرنا والنزاع لفظي ، وإنما البيان مختلف (فإذا كان المضمون) التالف من المصنوب أو المقبوض بالبيع الفاسد (بعضاً من صنف) ، خاص كالحنطة التي يطبخ للهريسة = كندم حليم (فالواجب) على الضامن (دفع مساويه من هذا الصنف ، لا القيمة ولا بعض من صنف آخر) . لأن مناط المثليّة هو هذا الصنف لا الجنس ولا النوع ولا فرد من صنف غيره .

هذا و (لكن الإنصاف : أن هذا) الذي ذكرنا في تعريف المثلي من جعل المناط هو الفرد من الصنف ، (خلاف ظاهر كلماتهم ؛ فإنهم يطلقون المثلي على

جنس الحنطة والشعير ونحوهما، مع عدم صدق التعريف عليه، وإطلاق «المثلي» على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه وإن لم يكن بعيداً، إلا أن انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جداً، إلا أن يُهملوا خصوصيّات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها، كما التزمه بعضهم، غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيّات عند أداء المثل عوض التالف، أو القرض، وهذا أبعد.

جنس الحنطة والشعير ونحوهما، (كسائر الحبوب، على نحو الكلّي أي صدق الطبيعة والحقيقة (مع عدم صدق التعريف عليه)، أي على الجنس وإنّما يصدق على أفراد النوع والصنف من الجنس.

(و) إن قلت: إن إطلاقهم «المثلي» على الجنس إنّما هو باعتبار تساوي أجزاء أصنافه في القيمة، قلت: (إطلاق «المثلي» على الجنس) في كلماتهم (باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه) بل أفراد كلّ نوع أو صنف (وإن لم يكن بعيداً، إلا أن انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جداً)، لأنّ فيه مسامحة ظاهرة حيث عبّروا بالجنس وأرادوا به النوع أو الصنف.

(إلا أن يُهملوا) في التعريف (خصوصيّات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها)، بسبب رغبة الناس وعدمها (كما التزمه بعضهم)، نظير مسامحة العرف في عدّ الحنطة وسائر الحبوب من المثليّات (غاية الأمر) عدم الإهمال في مقام تفريع الذمّة و (وجوب رعاية الخصوصيّات عند أداء المثل عوض التالف)، في المغصوب أو المقبوض بالبيع الفاسد (أو القرض، وهذا أبعد). ووجه الأبعديّة أنّه لو كان مطلق الحنطة مثلاً مثليّاً والمفروض أنّه لا يجب على الضامن في

هذا مضافاً إلى أنه يشكل أطراد التعريف بناءً على هذا، بأنه: إن أُريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويًا حقيقيًا، فقل ما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع؛ لأنَّ أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى في القيمة؛ لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة ونقصانها، كما لا يخفى.

المثلي إلّا أداء المثل، فبأيّ دليل يجب رعاية الخصوصيات عند الأداء، مع أنّ مقتضى الأصل عدم الوجوب وبرائة الذمة عن الزائد عمّا يختاره الضامن في مقام الأداء، كما سيجيء ص ٢٤ احتماله من الشيخ رحمه الله في المتن.

(هذا مضافاً إلى أنه يشكل أطراد التعريف) للمثلي عند المشهور من أنه ما يُتساوى أجزاؤه من حيث القيمة (بناءً على هذا)، أي إرادة اعتبار تساوي أفراد الصنف - كما ذكره الشيخ - ولا يخفى: أنّ المراد من الأطراد هنا هو تطبيق التعريف من حيث جامعيتّه للأفراد ومانعيته للأغيار لا الطرد بمعنى منع الأغيار في مقابل العكس، وهو انطباقه على الأفراد، وذلك (بأنه: إن أُريد) من التساوي (تساوي الأجزاء) والأفراد (من صنف واحد من حيث القيمة تساويًا حقيقيًا)، بالدقّة بحيث لا يكون تفاوت بينها في القيمة أصلاً، ولو ييسير (فـ) لا يكون التعريف جامعاً للأفراد؛ إذ (قل ما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع؛ لأنَّ أشخاص ذلك الصنف) وأفراده (لا تكاد تتساوى في القيمة ؛) في جميع الأشياء (لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة ونقصانها، كما لا يخفى .) فلزم خروج أكثر المثليات عن التعريف؛ فإنَّ أفراد الصنف الواحد من الحنطة كحنطة الهريسة = كندم حلیم تختلف قيمتها، ولو يسيراً بحسب اللون أو الجديد والعتيق، أو كبر الحبّ وصغره، وغير ذلك.

وإن أُريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة وإن لم يتساو حقيقةً ، تحقّق ذلك في أكثر القيميّات ، فإنّ لنوع الجارية أصنافاً متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي القيمة ، وبهذا الإعتبار يصحّ السّلم فيها ، ولذا اختار العلّامة في باب القرض من التذكرة - «على ما حكى عنه خد» - أنّ ما يصحّ فيه السّلم من القيميّات مضمون في القرض بمثله ، وقد عدّ الشيخ في المبسوط الرّطب والفواكه من القيميّات ، مع أنّ كلّ نوعٍ منها مشتمل على أصنافٍ متقاربة في القيمة ، بل متساوية عرفاً .

(وإن أُريد) من التساوي في القيمة (تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة) عرفاً (وإن لم يتساو حقيقةً ، تحقّق ذلك في أكثر القيميّات ،) كالحيوان والفُرش والكتب (فإنّ لنوع الجارية) أو نوع الشاة (أصنافاً متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي القيمة ،) فيُنتقَض تعريف المثلي بكونه متقارب الصفات . (وبهذا الإعتبار) أي تقارب الصفات (يصحّ السّلم فيها ،) لأنّها ممّا يُنضبط ببيان الصفات (ولذا اختار العلّامة في باب القرض من التذكرة) ج ٢ ص ٥ (- «على ما حكى عنه خد» - أنّ ما يصحّ فيه السّلم من القيميّات) بتعيين المشخصات الدخيلة في القيمة (مضمون في القرض بمثله ،) فكأنّ هناك ملازمة بين السلم والقرض بكون المال ممّا يُنضبط عرفاً ، فيجب الأداء فيهما بالمثل ، وإن عدّ من القيميّات عرفاً كأكثر الحيوانات والمأكولات ، (و) يشهد أيضاً على تقارب أكثر القيميّات في الصفات ، بحيث يُنتقَض تعريف المثلي بما هو متقارب الصفات في القيمة أنّه (قد عدّ الشيخ في المبسوط) ج ٣ ص ٦١ و ص ٩٩ (الرّطب والفواكه من القيميّات ، مع أنّ كلّ نوعٍ منها مشتمل على أصنافٍ متقاربة في القيمة ، بل متساوية عرفاً .) ، وقيل: إنّ في

ثُمَّ لو فرض أَنَّ الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيّميّة عزيزُ الوجود - بخلاف الأنواع المثليّة - لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف .

نعم ، يوجب ذلك ، الفرقَ بين النوعين في

المدينة المقدّسة زادها الله شرفاً ، أكثر من ٧٠ نوعاً من الرطب ، وعلى هذا التقدير فلا يكون التعريف مانعاً عن الأغيار .

فإن قلت: إرادة تقارب أجزاء الصنف من حيث القيمة في الجملة لا حقيقةً ، لا توجب انتقاض تعريف المثلي بأنّه «ما يتقارب أجزاءه» بانطباقه على بعض القيّميات ، وذلك لأنّ تقارب أفراد كلّ صنف في القيمة من المثليات كالحنطة والشعير والأرز كثيرٌ جداً بخلاف تساوي سعر أفراد الصنف من القيّميات كالحيوان ، فإنّه نادرٌ وقليل ، فلو سلّمنا دخول بعض القيّميات في التعرف المتقدّم للمثلي ، لم يقدح ذلك في انطباقه على جميع المثليات وعدم انطباقه على غالب القيّميات .

قلت: بلى هو قادح في التعريف لأنّ الغرض منه تحديد ما تشغل ذمّة الضامن به من المثل أو القيمة ، فيجب أن يكون تعريف كلّ منهما جامعاً لجميع الأفراد ومانعاً عن جميع الأغيار ، ومجرّد نُدرة النقض لا يوجب سلامة التعريف ، لأنّه مبنيٌّ على شرح حقيقة الشيء وماهيّته ، وعلى هذا فلا بدّ من طرده لجميع الأغيار .

(ثُمَّ لو فرض أَنَّ الصنف المتساوي) والمتقارب (من حيث القيمة في الأنواع القيّميّة) نادراً وكان (عزيزُ الوجود - بخلاف الأنواع المثليّة - لم يوجب ذلك إصلاح) نقض (طرد التعريف .) المتقدّم للمثلي وعدم كونه مانعاً عن الأغيار .

(نعم ، يوجب ذلك ،) أي ندرة وجود هذا الفرد وعزّته في القيّميات (الفرقَ

حكمة الحكم بضمان المثلي بالمثّل ، والقيمي بالقيمة .

ثمّ إنّه « قد خد » عُرّف المثلي بتعاريف أخر أعمّ من التعريف المتقدّم أو أخصّ ، فعن التحرير : أنّه ما تماثلت أجزاؤه وتقاربت صفاته .
وعن الدروس والروضة : أنّه المتساوي الأجزاء والمنفعة ، المتقارب الصفات ،

بين النوعين في حكمة الحكم) التي تقتضي (بضمان المثلي بالمثّل ، والقيمي بالقيمة .) فالحكمة في وجوب المثل في المثلي هو كثرة الأفراد ، والحكمة بوجوب القيمة في القيمي هي قلة الأفراد .

وبالجملة فلا بدّ أن يكون تعريف المثلي جامعاً لجميع الأفراد ، ومانعاً عن جميع الأغيار .

(ثمّ إنّه « قد خد » عُرّف المثلي بتعاريف أخر أعمّ من التعريف المتقدّم)
ص ٨ للمشهور (أو أخصّ ، فعن) العلامة في (التحرير) ج ٢ ص ١٣٩ كما في مفاتيح الكرامة ج ٦ ص ٢٤٢ (أنّه ما تماثلت أجزاؤه وتقاربت صفاته .) فإن أراد العلامة من تماثل الأجزاء : تساوي أفراد الصنف لا الجنس ، فهذا التعريف يكون مساوياً للتعريف المشهور ، وإن أراد منه تساوي الأجزاء في الماهيّة والحقيقة ، فهو أخصّ منه .

(وعن) الشهيد الأوّل في (الدروس) ج ٣ ص ٣١٣ (و) كذا الشهيد الثاني في (الروضة :) البهيّة في شرح اللعة الدمشقيّة ج ٧ ص ٣٦ (أنّه المتساوي الأجزاء) أي في القيمة كما احتمله المحقّق القميّ على ما نقل كلامه في شرح الشهيد ص ٢٢٦ (١)
(والمنفعة ، المتقارب الصفات ،) أي الخصوصيّات ، وهذا التعريف أخصّ من سابقه

(١) راجع هداية الطالب ص ٢٢٦ للشهيد ، أو هدى الطالب ج ٣ ص ٣١٢ للأستاذ المروّج رحمه الله .

وعن المسالك والكفاية : أنه أقرب التعريفات إلى السلامة .

وعن غاية المراد : ما تساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية .

وعن بعض العامة : أنه ما قُدِّر بالكيل أو الوزن .

وعن آخر منهم زيادة : جواز بيعه سَلماً .

وعن ثالث منهم زيادة : جواز بيع بعضه ببعض ،

ومن تعريف المشهور ، (وعن) الشهيد الثاني كما في مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٢٤٢ في (المسالك) ج ١٢ ص ١٨٣ (و) المحقق السبزواري في (الكفاية :) ص ٢٥٧ (أنه) أي هذا التعريف للمثلي (أقرب التعريفات إلى السلامة .) فلا يرد عليه ما يرد على التعاريف الأخر .

(وعن) الشهيد الأول في (غاية المراد :) ص ١٣٥ الطبع الحجري (ما تساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية .) الدخيلة في القيمة ، فأفراده داخلته تحت نوع واحد كالحنطة أو الشعير أو الأرز ، ولا يخفى أنه قريب من تعريف المشهور ، إذا أريد من التساوي في الحقيقة : التساوي بحسب النوع في قيمة الحقيقة كما سَرَحناه ، ولكن إن أريد : التساوي في القيمة في أفراد الصنف كحنطة الهريسة مثلاً ، فهو أخص من تعريف المشهور .

(وعن بعض) علماء (العامة :) ابن قدامة في المغني ج ٥ ص ٢٣٩ ، وفي المحلّ ج ٦ ص ٤٣٧ (أنه ما قُدِّر بالكيل أو الوزن .) وهذا أعم من التعاريف السابقة لعلمائنا .

(وعن آخر منهم زيادة : جواز بيعه سَلماً .) بإمكان تعيين خصوصياته الدخيلة في القيمة .

(وعن ثالث منهم زيادة : جواز بيع بعضه ببعض ،) كجواز بيع عشر

إلى غير ذلك ممّا حكاه في التذكرة عن العامة .

ثمّ لا يخفى أنّه ليس للفظ «المثلي» حقيقةً شرعيةً ولا متشريعةً ، وليس المراد معناه اللغوي ؛ إذ المراد بالمثّل لغةً : المماثل ، فإنّ أريد من جميع الجهات فغير منعكس ، وإنّ أريد من بعضها ، فغير مطّرد .

كيلوات أو عشرة كيلاً من الحنطة بمثلها - حيث لا يلزم الربا حينئذٍ - فيندرج في هذا التعريف كلّ ما يباع بالوزن أو الكيل لكنّه ينطبق على بعض القيمّات كالأدهان واللحوم ، (إلى غير ذلك ممّا حكاه) العلامة (في التذكرة) ج ٢ ص ٣٨١ (عن العامة .) كقول رابع منهم: بأنّ المثلي هو الذي تقسّم بين الشريكين من غير حاجةٍ إلى تقويم... ، وعن خامسٍ: بأنّه تتشاكل في الخلقة وفي معظم المنافع ، إلى غير ذلك ممّا حكاه الله عنهم هناك ، فراجع .

(ثمّ لا يخفى أنّه) لم يرد عنوان «المثلي» في روايات الضمان في الغصب أو المقبوض بالعقد الفاسد حتّى يُبحث عن مفهومه في الفقه - لوقوعه موضوعاً لحكم شرعيّ - كلفظ الغناء ، أو الصعيد ، أو الوطن ، وإنّما يبحث عنه للإجماع على ضمان «المثلي» بالمثّل وغيره بالقيمة ، و (ليس للفظ «المثلي» حقيقةً شرعيةً ولا متشريعةً) ، ليقال بنقله من المعنى اللغوي إلى ذلك المعنى في الشرع كلفظ «الصلاة» و«الصوم» و«الحجّ» ، وغيرها من المنقولات الشرعية ، (وليس المراد معناه اللغوي) ؛ أيضاً (إذ المراد بالمثّل لغةً : المماثل ،) والمشابه (فإنّ أريد) التماثل (من جميع الجهات فغير منعكس) ، على أفرادهِ ولا يكون جامعاً لها لخروج أكثر المثليّات عنه ، كما تقدّم نظيره في تعريف المشهور للمثلي إنّ أريد من التساوي تساويّاً حقيقيّاً من جميع الجهات (وإنّ أريد من) التماثل ، التماثل والشبّه في الجملة لا في جميع الجهات ، بل في (بعضها ، فغير مطّرد .) أي غير مانع للأغيار لدخول بعض أفراد القيمي فيه .

وليس في النصوص حكمٌ يتعلّق بهذا العنوان حتّى يُبحث عنه .
نعم ، وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم على أنّ المثلي يضمن بالمثل ،
وغيره بالقيمة ، ومن المعلوم أنّه لا يجوز الإتّكال في تعيين معقد الإجماع على
قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين .
وحينئذٍ فينبغي أن يقال : كلّ ما كان مثلياً باتّفاق المجمعين فلا إشكال
في ضمانه بالمثل ؛ للإجماع ، ويبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم ، كالذهب
والفضّة المسكوكين ،

(وليس في النصوص) والروايات (حكمٌ يتعلّق بهذا العنوان) أعني لفظ
«المثلي» كما ذكرنا (حتّى يُبحث عنه .

نعم ، وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم على أنّ المثلي يضمن بالمثل ،
وغيره بالقيمة ،) كما في جامع المقاصد ج ٦ ص ٢٤٥ للمحقّق الكرّكي ، والرياض ج ٢
ص ٣٠٣ للسّيّد الطباطبائي ، والمناهل ص ٢٩٩ للسّيّد محمّد المجاهد ، ط : مؤسّسة آل
البيت ، ومفتاح الكرامة ج ٦ ص ٢٤١ للسّيّد العاملي ، والجواهر ج ٣٧ ص ٨٥ للشّيخ
محمّد حسن النجفي ، وغيرها (ومن المعلوم أنّه) قد وقع الإختلاف بين الفقهاء في
المثليّة والقيميّة بالنسبة إلى بعض الأشياء كما سيحيي ، مع اتّفاقهم على أصل الحكم وهو
ضمان المثليّ بالمثل ، ومن الواضح أنّه (لا يجوز الإتّكال في تعيين معقد الإجماع
على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين .) لأنّه من رجوع المدّعي إلى القاضي
وحده = تنها بمحكمه رفتن است.

(وحينئذٍ) أي حين عدم جواز الإتّكال في تشخيص صغريات المثلي على قول
بعض المجمعين (فينبغي أن يقال :) بأنّ (كلّ ما كان مثلياً باتّفاق المجمعين)
كبعض الحبوب (فلا إشكال في ضمانه بالمثل ؛ للإجماع ،) على الكبرى والصغرى
معاً (ويبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم ، كالذهب والفضّة المسكوكين ،) أي غير

فإنَّ صريح الشيخ في المبسوط كونهما من القيمَّات ، وظاهر غيره كونهما مثليَّين . وكذا الحديد والنحاس والرصاص : فإنَّ ظواهر عبائر المبسوط والغنية والسرائر كونها قيمَّة ، وعبرة التحرير صريحة في كون أصولها مثليَّة وإن كان المصوغ منها قيمياً .

الدينار والدرهم ، كالسبيكة = شِمَش طلا ، أو الحليّ الذي يلبسه الرجال والنساء من الخاتم والقلادة والسوار (فإنَّ صريح الشيخ) الطوسي (في المبسوط) ج ٣ ص ٦١ (كونهما من القيمَّات) ، مع أنَّ (وظاهر غيره كونهما مثليَّين) . فيُرجع في المشكوك إلى الأصل ، أو القول باختيار المالك أو الضامن على ما سيجيء ، قال العلامة في القواعد ج ١ ص ٢٠٤ : والذهب والفضَّة يُضمنان بالمثل لا بنقد البلد على رأي ، انتهى ، وأضاف السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٢٥٨ في شرح هذه العبارة قوله : « موافق للسرائر والشرائع والتحرير والتذكرة والمختلف والإيضاح والدروس وجامع المقاصد »^(١) .

(وكذا) يختلف آراؤهم في (الحديد والنحاس والرصاص :) سُرب (فإنَّ ظواهر عبائر) الشيخ في (المبسوط) ج ٣ ص ٦١ (و) السيّد ابن زهرة في (الغنية) ص ٢٧٨ ، (و) ابن إدريس في (السرائر) ج ٢ ص ٤٨٠ (كونها قيمَّة ، و) لكن (عبارة) العلامة في (التحرير) ج ٢ ص ١٣٩ (صريحة في كون أصولها) قبل صناعتها بأحد الآلات والأدوات (مثليَّة وإن كان المصوغ منها) كالمسحاة والطاس والبندقة = تيرسربي (قيمياً) .

(١) راجع السرائر ج ٢ ص ٤٨٠ ، والشرائع ج ٣ ص ٢١٩ ، والتحرير ج ٢ ص ١٣٩ ، والتذكرة ج ٢ ص ٣٨٦ ، والمختلف ج ٦ ص ١٢٢ ، والإيضاح ج ٢ ص ١٧٨ ، والدروس ج ٣ ص ١١٦ ، وجامع المقاصد ج ٦ ص ٢٤٣ .

وقد صرّح الشيخ في المبسوط : بكون الرطب والعنب قيمياً والتمر والزبيب مثلياً .

وقال في محكي المختلف : إنّ في الفرق إشكالاً ، بل صرّح بعض من قارب عصرنا بكون الرُّطْب والعنب مثليين . وقد حُكي عن موضع من جامع المقاصد : أنّ الثوب مثلي ، والمشهور خلافه .

(و) هكذا (قد صرّح الشيخ في المبسوط :) ج ٣ ص ٦١ و ٩٩ (بكون الرطب والعنب) والفواكه (قيمياً) كما تقدّم ص ١٥ ، (و) لكن إذا صارتا جافّين وصدق عليهما (التمر والزبيب) تكون (مثلياً) . يقول الشارح : وكذلك الحال في المطبوخ من الفواكه المعلّبة والمعلّبات = كمپوت في زماننا .

(وقال) العلامة (في محكي المختلف :) ج ٦ ص ١٣٥ (إنّ في الفرق) بين الرطب والتمر ، وبين العنب والزبيب (إشكالاً) ، ولا سيّما إذا كانا من فرد من صنف واحد من التمر أو العنب ، هذا ولكّنه - أي العلامة - لم يصرّح بمثلية الرطب والعنب ، (بل صرّح بعض من قارب عصرنا) وهو المحقّق القميّ في جامع الشتات ج ٢ ص ٥٤٣ و ٥٤٤ (بكون الرُّطْب والعنب مثليين) .

(وقد حُكي عن) المحقّق الكرّكي كما في مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٢٤٩ عن (موضع من جامع المقاصد :) ج ٦ ص ٢٤٣ و ٢٥٠ (أنّ الثوب مثلي ، و) الحال أنّ (المشهور خلافه) وأنّه قيميّ . يقول الشارح : ولعلّ وجه قول المشهور أنّ الأقمشة والثياب كانت في الأزمنة السابقة بالحياكة باليد في المعامل الصغار في البلاد ، فكانت تختلف كثيراً ، ولكّنها في العصر الحاضر أصبحت مثلية لأنها منسوجة بنسيج واحد في المعامل الكبيرة^(١) .

(١) راجع مصباح الفقاهة ج ٣ ص ١٥٢ .

وأيضاً فقد مثّلوا للمثليّ بالحنطة والشعير ، ولم يعلم أنّ المراد نوعهما أو كلّ صنفٍ ؟ وما المعيار في الصنف ؟ وكذا التمر .

والحاصل : أنّ موارد عدم تحقّق الإجماع على المثلية فيها كثيرة ، فلا بدّ من ملاحظة أنّ الأصل الذي يُرجع إليه عند الشكّ هو الضمان بالمثّل ، أو بالقيمة ، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل والقيمة ؟

(وأيضاً فقد) تحقّق الخلاف في بعض الحبوب لأنهم (مثّلوا للمثليّ بالحنطة والشعير) ، وكانت مثليتهما متيقّنة . (و) لكن (لم يعلم أنّ المراد نوعهما أو كلّ صنفٍ) منها ؟ ؛ فإنّ لهما أصنافاً كثيرة ومختلفة ، ولم يُعلم (وما المعيار في الصنف ؟) فكلّ صنفٍ منها مثليّ بالنسبة إلى خصوص أفرادهِ .

(وكذا) الحال في (التمر) ، فإنّ له عشرات الأصناف كما تقدّم ، فكلّ صنفٍ منها مثليّ بالنسبة إلى أجزائه أيضاً ، لكنّه قيميّ بالنسبة إلى أفراد الصنوف الأخر ، أعني الأنواع المختلفة .

إلى غير ذلك من الموارد الكثيرة التي لم يوضّح كونها مثليّة أو قيميّة ، واستشكل فيها الفحول في جعلها من أحدهما فصار الناس حيارى بطريق أولى .

(والحاصل : أنّ موارد عدم تحقّق الإجماع على المثلية فيها) أي في المثليات المشهورة (كثيرة) ، كالأدهان والألبسة والفرش (فلا بدّ) في موارد الشكّ في كون المضمون مثليّاً أو قيميّاً (من ملاحظة أنّ الأصل الذي يُرجع إليه عند الشكّ) سواء الأصل اللفظي كحديث « على اليد » كما سيجيء التمسك به ، أو الأصل العملي من البراءة ، أو الإشتغال ، (هو الضمان بالمثّل) ، معيّناً (أو بالقيمة) ، جزماً (أو تخيير المالك) في أخذ ما شاء (أو الضامن بين) دفع (المثل والقيمة ؟) .

ولا يبعد أن يقال : إِنَّ الأصل هو تخيير الضامن ؛ لأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره ، فَإِنْ فُرِضَ إجماعٌ على خلافه ، فالأصل تخيير المالك ؛ لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك ، مضافاً إلى عموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» فَإِنْ مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين ، خرج ما إذا رضي المالك بشيء آخر .

(ولا يبعد أن يقال :) بدواً (إِنَّ الأصل هو تخيير الضامن ؛ لأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره ،) بناءً على كون المقام من اشتغال الذمة بين الأقل والأكثر - لا بين المتباينين - كالشك في كون الذي استدانه من زيد ألف تومان أو ألفين ، والشك في كون الصلاة الفائتة عنه خمسةً ، أو ستة . (فَإِنْ فُرِضَ إجماعٌ على خلافه ،) من تخيير المالك (فالأصل تخيير المالك ؛) في أخذ ما شاء من المثل أو القيمة (لأصالة عدم براءة ذمته) أي الضامن (بدفع ما لا يرضى به المالك ،) لأنه يقطع باشتغال ذمته له ، فلو أدّى القيمة مثلاً ولم يرض بها المالك يشك حينئذٍ في فراغ ذمته والاشتغال اليقيني يقتضي البراءة اليقينية ، وكذا الحال إذا أدّى المثل ولم يرض به المالك (مضافاً إلى عموم) قاعدة (« على اليد ما أخذت حتى تؤدى ») ^(١) المتقدمة ج ٤ ص ٣٨٣ (فَإِنْ مقتضاه) أي مقتضى العموم بناءً على أن المراد من لفظة «ما» الموصولة هو نفس العين المأخوذة ، وحيث إنه فرض تلفها فلا بد من تحصيل رضى المالك بأي وجه ممكن .

وبالجملة : فمقتضى العموم (عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين ، خرج ما إذا رضي المالك بشيء آخر .) من المثل أو القيمة السوقية ، وبقي ما لم يرض به في عموم «على اليد» .

(١) المستدرک ج ١٤ ص ٧ الودیعة، عوالي اللثالي ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦ و ص ٣٨٩ ح ٢٢.

والأقوى تخيير المالك من أول الأمر؛ لأصالة الاشتغال، والتمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع.

نعم، يمكن أن يقال -بعد عدم الدليل لترجيح الأقوال، والإجماع على عدم تخيير المالك -: بالتخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعني: تعين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة، ولا للضامن

(والأقوى تخيير المالك من أول الأمر؛ أي مع قطع النظر عن الإجماع على عدم تخيير الضامن، وذلك (لأصالة الاشتغال، والتمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع) وجه المنع أن المفروض عدم قيام إجماع على خصوص أداء المثل أو القيمة، والضامن يقطع باشتغال ذمته ووجوب إفراغها، فیس هناك شك في التكليف حتى يكون المورد مجرى البراءة، بل الشك إنما هو في المكلف به، ولا يحصل الفراغ إلا بما يرضى به المالك.

أو يقال في وجه منع البراءة: أن المقام من موارد العلم الإجمالي باشتغال الذمة بالمتباينين المثل أو القيمة كما أشرنا -وليس من موارد الشك بين الأقل والأكثر- وبالجملة فالمقام من موارد مجرى قاعدة الاشتغال دون البراءة.

(نعم، يمكن أن يقال) بإثبات التخيير العقلي بين المثل والقيمة للضامن لو أغمضنا النظر عن قاعدة «على اليد»، وأصالة البراءة عما يختاره الضامن، أو أصالة الاشتغال لو لم يرض المالك به (-بعد عدم الدليل) فرضاً (لترجيح الأقوال)، المتقدمة من تخيير الضامن في الأداء، أو المالك في الأخذ، أو الإجماع على المثل (والإجماع على عدم تخيير المالك -: شرعاً، فيقال حينئذٍ (بالتخيير في الأداء) عقلاً؛ وذلك (من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعني: تعين المثل) على الضامن (بحيث لا يكون للمالك) حق (مطالبة القيمة، ولا للضامن) حق

الإمتناع ، و«بين خد» تعيين القيمة كذلك ، فلا متيقن في البين ، ولا يمكن البراءة اليقينية عند التّشاح ، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى ، فتأمل .

(الإمتناع) ، عنه (و«بين خد» تعيين القيمة كذلك) ، أي بحيث لا يكون للمالك مطالبة المثل ، ولا للضامن الإمتناع عن القيمة (فلا متيقن في البين) ، لأنّ المثلي والقيمي متباينان وليس من قبيل الأقلّ والأكثر حتّى يكون الأقلّ هو المتيقن ليحكم به ، (ولا يمكن البراءة اليقينية عند التّشاح) ، والإختلاف ؛ لأنّ المالك لا يستحقّ واقعاً إلّا أحدهما اللّا معيّن ولا يرضى إلّا بما يستحقّه واقعاً ، والضامن أيضاً لا يرضى إلّا بدفع ما هو واجب عليه واقعاً (فـ) لا محالة (هو) يتخير حينئذٍ تخييراً عقلياً (من باب تخيير المجتهد في الفتوى) ، إذا دار الأمر بين المحذوين ، كما إذا قام عنده خبران -متساويان من جميع الجهات المرجّحة- أحدهما أمر بعمل والآخر ناهٍ عنه ، فدار الأمر عنده بين الحكم بالوجوب والحرمة ، فلا محيص عن التخيير العقلي بمضمون أحدهما (فتأمل) لعلّه إشارة إلى أنّ التخيير العقلي منوط بعدم ترجيح أحد الأقوال ، والمفروض في المقام وجود المرجّح للتخيير الشرعيّ للمالك من أوّل الأمر ، وذلك من جهة العلم باشتغال ذمّة الضامن ، أو إشارة إلى أنّ تخيير المجتهد في المتعارضين إنّما هو لدليل خاصّ هناك يدل عليه ، وهي الأخبار العلاجيّة الدالّة على التخيير المستفيضة^(١) .

مثل : قوله ﷺ في خبر الحسن بن الجهم ، عن الإمام الرضا عليه السلام : «فإذا لم تعلم فموسّع عليك بأيهما أخذت» ؛ وذلك بعد الرجوع إلى أحد المرجّحات السندية أو الدلالية وعدم المرجّح ، فليس تخيير المجتهد نظير المقام .

(١) الوسائل ج ١٨ ص ٨٧ الباب ٩ صفات القاضي ، راجع فرائد الأصول (الرسائل) ج ٤ ص ٣٩ .

هذا ، ولكن يمكن أن يقال : إنّ القاعدة المستفادة من إطلاقات الضمان في المغصوبات والأمانات المقرّط فيها ، وغير ذلك ، هو الضمان بالمثل ؛ لأنّه أقرب إلى التالف من حيث الماليّة والصفات .

ثمّ بعده قيمة التالف من النقدين وشبهها ؛ لأنّهما «لأنّه خد» أقرب من حيث الماليّة ؛ لأنّ ما عدهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما .

(هذا ، ولكن يمكن أن يقال :) في المقام : بوجوب المثل من جهة أدلة اجتهاديّة أخرى وهي أخبار الضمان المتفرقة وذلك لـ (إنّ القاعدة المستفادة من إطلاقات) أدلة (الضمان في المغصوبات) كحديث «اليد» ، (والأمانات المقرّط فيها ،) أو المتعدّي فيها كما في العين المستأجرة في العارية والوديعة واللقطة (وغير ذلك ،) كالعارية المضمونة أو عارية الذهب والفضة (هو الضمان بالمثل ؛) أولاً وبالذات (لأنّه أقرب إلى التالف من حيث الماليّة والصفات ،) وإن لم يكن له مساوياً من جميع الجهات . (ثمّ بعده) - في الرتبة المتأخّرة عند تعدّد المثل - هو (قيمة التالف من النقدين وشبهها ؛) كالأوراق النقديّة في العصر الحاضر (لأنّهما) كذا في بعض النسخ ، وفي الأكثر («لأنّه خد» أقرب من حيث الماليّة ؛ لأنّ ما عدهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما) فيقال : إنّ الذهب المغصوب مثلاً التالف يساوي عشرة آلاف تومان ، وهذا الغنم أيضاً يعادل هذا المبلغ فيُدفع بذلك ذلك الذهب .

فمن تلك الإطلاقات صحيحة عليّ بن جعفر ، عن أخيه أبي الحسن عليه السلام ، قال : «سألته عن رجل استأجر دابةً فأعطاهما غيره فنفتت - أي هلكت - ما عليه؟ قال : إن كان شرّط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها ، وإن لم يسمّ فليس عليه شيء»^(١) ، فإنّ الدابة

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٥ الإجارة ، ونحوه في التعبير بالضمان مطلقاً ج ٢ ص ٣ و ٤ و ٦ من الباب

كانت أمانةً بيد المستأجر وقد فرط فيها بمخالفته للشرط فضمنها ، وقد أطلق الإمام عليه السلام الضمان ولم يذكر أنه بالمثل أو القيمة.

ومنها صحيحة الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام الواردة في ضمان القصار ، قال: «سئل عن القصار يُفسد.

فقال: كلٌ أجير يُعطى الأجرة على أن يُصلح فيُفسد فهو ضامن»^(١).

ومنها صحيحة محمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله الواردة في ضمان الوصي مع التفريض في العمل ، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل بعث بركة ماله لتقسّم فضاغت ، هل عليه ضمانها حتى تقسّم؟

فقال: إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن... وكذلك الوصي الذي يوصى إليه يكون ضامناً لما دُفع إليه إذا وجد ربّه الذي أمر بدفعه إليه ، فإن لم يجد فليس عليه ضمان»^(٢).

ومنها ما رواه محمد بن الحسن ، عن أبي محمد عليه السلام الوارد في تفریط الودعي ، قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام «رجل دفع إلى رجل وديعةً ، وأمره أن يضعه في منزله ، «أو لم يأمره» فوضعها في منزل جاره فضاغت ، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟

فوقع عليه السلام هو ضامن لها إن شاء الله»^(٣).

ومنها: صحيحة أبي ولّاد عن الإمام الصادق عليه السلام المتقدم مضمونها ج ٤ ص ٤٥٠

(١) المصدر ص ٢٧١.

(٢) المصدر ص ٤١٧ الوصايا.

(٣) الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ الودعة.

ولأجل الاتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد - على كثرتها - قد نصّ الشارع فيه على ذكر المضمون به ، بل كلّها - إلا ما شدّد وفدّر - قد أطلق فيها الضمان ، فلولا الإعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان .

ويأتي متنها في كلام الشيخ رحمه الله ص ٩٩ حيث حكم الإمام عليه السلام بضمان البغل^(١). ومنها: ما تقدّم ج ٤ ص ٤٤٩ في روايات بيع الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد واللبن وكلّ ما انتفع منها^(٢). إلى غير ذلك من الروايات التي عبّر فيها بلفظ الضمان من دون تعيين المضمون به. (ولأجل الاتكال على هذا الظهور) أعني ظهور إطلاق روايات الضمان في المثل ثم القيمة الذي يسمّى في الإصطلاح بـ «الإطلاق المقامي» (لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد) التي حكم الشارع فيها بالضمان (- على كثرتها -) في أبواب الفقه المتفرّعة (قد نصّ الشارع فيه على ذكر المضمون به ، بل كلّها - إلا ما شدّد وفدّر -) كصحيحة أبي ولّاد التي عيّن فيها عليه السلام المضمون به بقوله: «قيمة بغل يوم خالفته» ، فجميع تلك الروايات (قد أطلق فيها الضمان) ، من غير تعيين المضمون به (فلولا الإعتماد) والإمضاء من الشارع (على ما هو المتعارف) بين المسلمين من ضمان التالف بما هو أقرب إليه في المماثلة ، ومع التعذّر بالقيمة (لم يحسن من الشارع إهماله) أي المضمون به (في موارد البيان) في الروايات الواردة عن الأئمة عليه السلام التي تقدّم بعضها ، وكان اللازم عليهم بيان إيداع طريق آخر في مقام تفرّغ ذمّة الضامن .

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٥ الإجارة ، وتمام الحديث ج ١٧ ص ٣١٣ الغصب.

(٢) الوسائل ج ١ ص ٢٩٢ نكاح العبيد.

وقد استدلّ في المبسوط والخلاف على ضمان المثلي بالمثل ، والقيمي بالقيمة بقوله تعالى : ﴿فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ بتقريب أنّ مماثل «ما اعتدى» هو المثل في المثلي ، والقيمة في غيره .
واختصاص الحكم بالمتلف عدواناً لا يقدح بعد عدم القول بالفصل .

(وقد استدلّ) الشيخ الطوسي رحمته الله (في المبسوط) ج ٣ ص ٦٠ (والخلاف) ج ٣ ص ٤٠٣ المسألة ١١ ، وص ٤٠٥ المسألة ١٨ ، وكذلك ابن إدريس في السرائر ج ٣ ص ٤٨٥ ، والعلامة في التذكرة ج ٢ ص ٣٨٣ (على ضمان المثلي بالمثل ، والقيمي بالقيمة بقوله تعالى : ﴿فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ ^(١) بتقريب أنّ) المستفاد من الآية هو التلافي بالمماثل و (مماثل «ما اعتدى» هو المثل في المثلي ، والقيمة في غيره) .

فإن قلت: الإعتداء ظاهر في الظلم والعدوان ، وإن كان يشمل الإعتداء على المال ، كالسرقة والغصب ، كما يشمل الإعتداء على الجسم والعرض .
ولذا قال الشاعر الفارسي:

كلوخ آنداز را پاداش سنگ است دروغو را نتیجه عار و ننگ است

فالآية أجنبية عن المقام ولا تشمل التلف أو الإيتلاف من غير عدوان ، كما نحن فيه من المقبوض بالعقد الفاسد .

قلت: (واختصاص الحكم) في الآية (بالمتلف عدواناً لا يقدح) في الاستدلال بها (بعد عدم القول بالفصل) بين موارد العدوان وغيره؛ إذ كل من قال بالضمان بالمثل في المثلي بالقيمة بالقيمي قال في جميع الموارد ، ولا يفرّق بين موارد الإعتداء وغيره .

وربما يناقش في الآية بأن مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الإعتداء
لالمعتدى به، وفيه نظر.

نعم، الإنصاف عدم وفاء الآية - كالدليل السابق عليه - بالقول
المشهور؛ لأن مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة والمالية، وهذا
يقتضي اعتبار المثل حتى في القيمات،

(وربما يناقش في) الإستدلال بـ (الآية) كما في كلام السيد الطباطبائي في
الرياض ج ٢ ص ٣٠٣ (بأن مدلولها) إنما هو (اعتبار المماثلة في مقدار الإعتداء
لا) في أصل المضمون (المعتدى به)، أي تدل الآية على الكمية لا الكيفية (وفيه
نظر) لأن ظاهر الآية المماثلة في جميع الجهات من أصل كيفية الإعتداء وفي مقداره،
جو دشنام گوئی دعانشنوی بجز کشتهی خویشتن ندروی
هذا ولكن قال الله تعالى مخاطباً لرسوله الأعظم ﷺ: ﴿وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا
السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ﴾ (١) دشمن
خونی، دوست جون جونی می شود.

(نعم، الإنصاف عدم وفاء الآية - كالدليل السابق عليه -) وهو الإطلاق
المقامي المستفاد من الروايات (بالقول المشهور) وهو وجوب المثل في المثلي
والقيمة في القيمي، وذلك (لأن مقتضاهما وجوب المماثلة) والمماثلة (العرفية
في الحقيقة والمالية)، دون المماثلة الإصطلاحية عند الفقهاء، (وهذا) أي المماثلة
العرفية (يقتضي اعتبار) وجوب (المثل) على الضامن (حتى في) ما يُعدّ عند
الفقهاء من (القيمات)، كالنوب والحيوان؛ لإمكان وجود المماثل والمساوي في بعض
أفراد القيمات في المالية، فضلاً عن المساواة في الحقيقة؛ لأن المتفاهم العرفي من المثل

سواءً وُجد المثل فيها أم لا ، أمّا مع وجود المثل فيها ، كما لو أُلْتَف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساويةً من جميع الجهات ، فإنَّ مقتضى العرف والآية : إلزامُ الضامن بتحصيل ذراعٍ آخر من ذلك ولو بأضعاف قيمته ، ودفعه إلى مالك الذراع المتلف ، مع أنَّ القائل بقيميّة الثوب لا يقول به .

وكذا لو أُلْتَف عليه عبداً وله في ذمّة المالك - بسبب القرض أو السِّلْم - عبدٌ موصوف بصفات التالف ، فإنَّهم لا يحكمون بالتهاثر القهري ،

فيهما هو ما يُعدّ مثلاً للتالف في نظر العرف .

وعلى هذا فبين القول المشهور ومقتضى الدليلين عموم من وجه؛ لأنَّ بعض أفراد القيميّات يُعدّ مساوياً للتالف في الحقيقة والماليّة كما سيبيّنه الشيخ ، وبعضها ليس بمماثل ومساوٍ ، وبعض المثليّات ليس بقيميّ .

وبالجملة فبعض القيميّات تعدّ مثلياً عرفاً ، (سواءً وُجد المثل فيها أم لا .

أمّا مع وجود المثل فيها ، كما لو أُلْتَف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساويةً من جميع الجهات) ، في الحقيقة والماليّة (فإنَّ مقتضى العرف والآية : إلزامُ الضامن بتحصيل ذراعٍ آخر من ذلك) الكرباس (ولو بأضعاف قيمته ، ودفعه إلى مالك الذراع المتلف ،) كما إذا مضى مدّة من حياكته وغلا قيمته حسب ما هو المتعارف ، (مع أنَّ القائل بقيميّة الثوب لا يقول به) ، فلا يلانم المستفاد من الآية .

وكذا من الإطلاق المقامي في الروايات مع ما هو المشهور من «ضمان المثل في المثلي ، والقيمة في القيميّ» .

(وكذا) الحال (لو أُلْتَف) الضامن (عليه) أي على المالك (عبداً) أو شاةً مثلاً (وله في ذمّة المالك - بسبب القرض أو) بيع (السِّلْم - عبداً) أو شاةً (موصوف بصفات التالف ،) كاملاً (فإنَّهم لا يحكمون بالتهاثر القهري ،) في مسألة العبد

كما يشهد به ملاحظة كلماتهم في بيع عبدٍ من عبيدٍ .

نعم ، ذهب جماعة منهم الشهيديان في الدروس والمسالك إلى جواز ردّ العين المقرضة إذا كانت قيمية ، لكن لعلّه من جهة صدق أداء القرض بأداء العين ، لا من جهة

أو الشاة ، بل يحكمون بوجوب القيمة على الضامن المتلف (كما يشهد به) أي بعدم حكمهم بالتهاتر ، ولزوم دفع القيمة (ملاحظة كلماتهم في) مسألة (بيع عبدٍ من عبيدٍ) في كتاب السّلم^(١) أو شاة من قطع غنمٍ معيّنٍ ؛ فإنّهم يحكمون ببطلان هذا البيع لتفاوت الأفراد في الصفات الدخيلة في المائيّة ، وهذا بخلاف بيع الكلّي في الذمّة الموصوف بصفات معيّنة تُخرجه عن الجهالة .

ثمّ استدرك الشيخ رحمه الله على ما ذكره من عدم التزام المشهور بضمان المثل في القيميّات كالثوب والحيوان ، فقال :

(نعم ، ذهب جماعة منهم الشهيديان) الأوّل (في الدروس) ج ٣ ص ٣٢٠ ، (و) الثاني في (المسالك) ج ٣ ص ٤٤٩ ، وكذلك الشيخ الطوسي والمحقّق الأردبيلي على ما حكاه عنهما السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٥٧ (إلى جواز ردّ العين المقرضة) إلى المقرض مع فرض بقائها عند المقرض ، حتّى (إذا كانت قيمية) ، كالحيوان والثوب .

(لكن) يُخدش هذا الإستدراك : بأنّ ذهب تلك الجماعة إلى جواز ردّ العين (لعلّه من جهة صدق أداء القرض بأداء العين) ، المقرضة - وإن كانت قيمية - كما يصدق أدائه بدفع فرد آخر مماثل للعين من جميع الجهات المائيّة (لا من جهة

(١) راجع الخلاف للشيخ الطوسي ج ٣ ص ٢١٧ ، المسألة ٣٨ ، والشرائع للمحقّق ج ٢ ص ٧٣ في شرائط العلم بالمبيع ، والدروس للشهيد ج ٣ ص ٢٠١ ، ومفتاح الكرامة ج ٤ ص ٣٥٣ .

ضمان القيمي بالمثل ؛ ولذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها وإن كان مماثلاً لها من جميع الجهات .

وأما مع عدم وجود المثل للقيميّ التالف ، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر ، كما لو تعذر المثل في المثلي ، فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلي ، ولا يقولون به .

ضمان القيمي بالمثل ؛ إعتداداً على ظاهر آية الإعتداء والإستظهار من الإطلاق المقامي في الروايات .

(ولذا) أي ولأجل احتمال استناد فتوى هؤلاء الجماعة إلى صدق أداء القرض بردّ العين المقترضة (اتفقوا) أي الفقهاء (على عدم وجوب قبول غيرها) على المقرض (وإن كان مماثلاً لها) أي للعين (من جميع الجهات) المألّية ، بل له مطالبة عين ماله لبقائها عند المقرض فرضاً .

هذا كلّ مع فرض وجود المثل للقيميّ التالف كالكرباس والحيوان .

(وأما مع عدم وجود المثل للقيميّ التالف ،) وتعذر تحصيله (فمقتضى الدليلين) وهما آية الإعتداء والإستظهار العرفي من الإطلاق المقامي في الروايات الدالّة على الضمان بالمائل العرفي دون المثل في إصطلاح الفقهاء هو (عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر ، كما لو تعذر المثل في المثلي ،) كالحبوب (فيضمن) حينئذٍ (بقيمته يوم) الأداء و (الدفع كالمثلي و) الحال أنّ المشهور (لا يقولون به) في القيميّ بل يقولون بضمان قيمته يوم التلف .

نعم ، في المثلي يقولون بالضمان - بعد تعذّره - للقيمة يوم الدفع .

وهذه المخالفة أيضاً من موهنات الإستدلال بالآية والإطلاق المقامي على مذهب

المشهور .

وأيضاً فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً، فمقتضى ذلك عدم وجوب إلزام المالك بالمثل؛ لاقتضائهما اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية، مع أن المشهور - كما يظهر من بعض - إلزامه به، وإن قوى خلافه بعض، بل ربما احتُمل جواز دفع المثل ولو سقط من القيمة بالكلية،

(وأيضاً ف) يرد على الاستدلال بالآية والفهم العرفي من الإطلاق لمذهب المشهور؛ أنه (لو فرض نقصان المثل) في المثلي (عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً)، بعد إذا كانت الحنطة التالفة تساوي قيمتها ألف تومان في زمان التلف لئندورها، والقيمة عند الدفع إلى المالك خمسمائة لوفورها، أو أتلف فاكهة له في أو أن حصولها ودفع مثلها في وقت وفورها، (فمقتضى ذلك) أي وجوب المماثلة في الحقيقة والمالية المستفاد من الدليلين (عدم وجوب إلزام المالك بالمثل؛ لاقتضائهما اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية)، والمفروض زوال المماثلة في المالية وقتلتها.

(مع أن المشهور - كما يظهر من بعض -) على ما في مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٢٥٢، والجواهر ج ٣٧ ص ٩٩ (الإلزام به)، أي إلزام المالك بقبول المثل^(١) (وإن قوى خلافه بعض)، فأوجب على الضامن دفع القيمة هنا، كي لا يتضرر المضمون له^(٢) (بل ربما احتُمل جواز دفع المثل) إلى المالك المظلوم حتى (ولو سقط) المثل (من القيمة بالكلية)، والمُحتَمِل هو العلامة في القواعد ج ١ ص ٢٠٤،

(١) راجع جامع المقاصد للمحقق الكركي ج ٦ ص ٢٥٨.

(٢) لم أعثر على من قوى ذلك مع بقاء مقدار من المالية للمثل. نعم، قوى ذلك جماعة في صورة خروج المثل عن القيمة رأساً، كالشهيد في الدروس ج ٣ ص ١١٣، راجع الجواهر ج ٣٧ ص ٩٩.

وإن كان الحقّ خلافه .

فتبيّن : أنَّ النسبة بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآية عمومٌ من وجه ، فقد يُضمن بالمثل بمقتضى الدليلين ولا يُضمن به عند المشهور ، كما في المثاليين المتقدّمين ، وقد ينعكس الحكم كما في المثال الثالث ، وقد يجتمعان في المضمون به كما في أكثر الأمثلة .

ومثاله ما إذا أتلّف عليه مقدّراً من الثلج في فصل الصيف وأراد دفعه في فصل الشتاء ، أو أتلّف مائه في المفازة وأراد أدائه عند الشاطئ ، (**وإن كان الحقّ**) في هذه الصورة (**خلافه**) أي الإنتقال إلى القيمة ووجوب دفع القيمة يومَ الدفع أو الإتلاف ، وذلك لسقوط المثل عن المائيّة رأساً ، فجواز دفعه خلاف تغريم المعتبر في الضمان إذ « لا يضرر ولا ضرار في الإسلام »^(١).

(**فتبيّن :**) من الإشكال على الإستدلال بالفهم العرفي المستفاد من إطلاقات أدلّة الضمان والآية ، أنهما قاصران عن إثبات قول المشهور ، وهو وجوب المثل في المثلي والقيمة في القيمي ، (**لِـ** **أَنَّ النسبة بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآية عمومٌ من وجه ، فقد يُضمن بالمثل بمقتضى الدليلين ولا يُضمن به عند المشهور ، كما في المثاليين المتقدّمين**) ، ص ٣٢ وهما الكرباس والعبد ، وهذا مورد افتراق الدليلين (**وقد ينعكس الحكم**) فيقتضي المشهور بالضمان بالمثل ، والآية والعرف يقتضيان القيمة (**كما في المثال الثالث**) ، وهو النقصان الفاحش في قيمة المثل ، وهذا مورد افتراق مذهب المشهور ، (**وقد يجتمعان في المضمون به**) أي المشهور والدليلين - وتثنية الضمير باعتبار عدّ الدليلين شيئاً واحداً - (**كما في أكثر الأمثلة**) للضمان ؛ فيحكم المشهور ، وكذا الدليلان بشيء واحد من المثل أو القيمة .

(١) الوسائل ج ١٢ ص ٣٦٤ الخيار ، وج ١٧ ص ٣٧٦ موانع الإبرث .

ثُمَّ إِنَّ الإِجْمَاعَ عَلَى ضَمَانِ الْقِيَمِي بِالْقِيَمَةِ - عَلَى تَقْدِيرِ تَحْقُّقِهِ - لَا يُجْدِي
بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا لَمْ يُجْمَعُوا عَلَى كَوْنِهِ قِيَمِيًّا، فَفِي مَوَارِدِ الشَّكِّ يَجِبُ الرَّجُوعُ إِلَى
الْمَثَلِ بِمَقْتَضَى الدَّلِيلِ السَّابِقِ وَعُمُومِ الْآيَةِ؛ بِنَاءً عَلَى مَا هُوَ الْحَقُّ الْمَحْقُوقُ: مِنْ
أَنَّ الْعَامَّ الْمُخْصَّصَ بِالْمَجْمَلِ مَفْهُومًا، الْمَتَرَدِّدَ بَيْنَ الْأَقْلَى وَالْأَكْثَرِ لَا يَخْرُجُ عَنْ
الْحُجَّةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَوَارِدِ الشَّكِّ.

(ثُمَّ) إِنَّكَ لَوْ قُلْتَ: إِنَّ الإِجْمَاعَ عَلَى ضَمَانِ الْقِيَمِي بِالْقِيَمَةِ فِي جَمِيعِ الْقِيَمِيَّاتِ
يُوجِبُ تَخْصِصَ عُمُومِ الْآيَةِ وَالْمَتَفَاهِمِ الْعُرْفِيِّ مِنَ الْإِطْلَاقَاتِ الدَّالَّةِ عَلَى لَزُومِ الْمَثَلِ فِي
بَعْضِ الْقِيَمِيَّاتِ مِثْلَ الْكَرْبَاسِ وَالْعَبْدِ.

قُلْتَ: (إِنَّ الإِجْمَاعَ عَلَى ضَمَانِ الْقِيَمِي بِالْقِيَمَةِ - عَلَى تَقْدِيرِ تَحْقُّقِهِ -
لَا يُجْدِي) فِي مَوَارِدِ الشَّكِّ فِي كَوْنِ الشَّيْءِ مِثْلِيًّا أَوْ قِيَمِيًّا؛ لِأَنَّهُ (بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا لَمْ
يُجْمَعُوا عَلَى كَوْنِهِ قِيَمِيًّا،) يَعْنِي مَا لَمْ يَحْرُزِ الصَّغَرَى لَمْ تَنْطَبِقِ الْكِبَرَى لَا مُحَالَةً إِذْ هُوَ
مِنْ التَّمَسُّكِ بِالْعَامِّ فِي الشَّبْهَةِ الْمَصْدَاقِيَّةِ وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ، كَمَا لَا يُجْدِي التَّمَسُّكُ بِالِإِجْمَاعِ
أَيْضًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا لَمْ يُجْمَعُوا عَلَى كَوْنِهِ مِثْلِيًّا.

(فَفِي مَوَارِدِ الشَّكِّ) فِي كَوْنِ الشَّيْءِ قِيَمِيًّا (يَجِبُ الرَّجُوعُ إِلَى الْمَثَلِ
بِمَقْتَضَى) عُمُومِ (الدَّلِيلِ السَّابِقِ) وَهُوَ الْفَهْمُ الْعُرْفِيُّ مِنْ إِطْلَاقِ الرِّوَايَاتِ بِالضَّمَانِ
(و) كَذَا (عُمُومِ الْآيَةِ) وَذَلِكَ (بِنَاءً عَلَى مَا هُوَ الْحَقُّ الْمَحْقُوقُ) فِي الْأُصُولِ: (مِنْ
أَنَّ الْعَامَّ الْمُخْصَّصَ بِالْمَجْمَلِ مَفْهُومًا، الْمَتَرَدِّدَ بَيْنَ الْأَقْلَى وَالْأَكْثَرِ لَا يَخْرُجُ)
عُمُومُهُ (عَنِ الْحُجَّةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَوَارِدِ الشَّكِّ) كَمَا إِذَا قَالَ: أَكْرَمَ كُلَّ عَالَمٍ إِلَّا
الْفَاسِقَ، وَتَرَدَّدَ الْأَمْرُ فِي الْفَاسِقِ بَيْنَ مَرْتَكِبِ الْمَعْصِيَةِ الْكَبِيرَةِ فَقَطْ وَبَيْنَهُ وَمَرْتَكِبِ
الصَّغِيرَةِ أَيْضًا، فَتَتِمَّسَكُ بِالْعُمُومِ لِإِثْبَاتِ وَجُوبِ إِكْرَامِ الْعَالَمِ الْمَرْتَكِبِ لِلصَّغِيرَةِ،
وَفِي الْمَقَامِ يَقْتَضِي عُمُومُ فَهْمِ الْعُرْفِ وَالْآيَةِ الضَّمَانِ بِالْمَثَلِ حَتَّى فِي بَعْضِ الْقِيَمِيَّاتِ - لَكِنَّهُ
خُصَّصَ هَذَا الْعُمُومُ بِالِإِجْمَاعِ بِضَمَانِ الْقِيَمِي بِالْقِيَمَةِ.

فحاصل الكلام :

أَنْ ما أُجمع على كونه مثلياً يُضمن بالمثل ، مع مراعاة الصفات التي تختلف بها الرغبات وإن فرض نقصان قيمته في زمان الدفع أو مكانه عن قيمة التالف ؛ بناءً على تحقّق الإجماع على إهمال هذا التفاوت .

مضافاً إلى الخبر الوارد في أَنْ الثابت في ذمّة مَنْ اقترض دراهم «في أَنْ اللازم على مَنْ عليه دراهم خد»

فمع إجمال مفهوم القيمي يقتصر في التخصيص على المتيقّن بكونه قيمياً ، كالأرض والعقار الذي هو الأقلّ ، ويرجع في مورد الشكّ ، كالكرباس والعبد الذي هو الأكثر إلى عموم ذلك الدليل والآية.

(فحاصل الكلام :) في المقام والنظر النهائي في ضمان التالف ، سواء أحرز كونه مثلياً أو قيمياً أم شكّ فيه : (أَنْ ما أُجمع على كونه مثلياً) كالحنطة والأرز (يُضمن بالمثل ، مع مراعاة الصفات التي تختلف بها الرغبات) كالحنطة الهريسيّة = گندم حليم أو حنطة بعض البلاد ، أو أرز طارم (وإن فرض نقصان قيمته في زمان الدفع) كوقت وفوره في السوق ، (أو مكانه) كدفع الحنطة المضمون بها في بلدها الخاصّ (عن قيمة التالف ؛) كما إذا كانت قيمة التالف مائتين تومان وقيمة المدفوع مائة ، وذلك (بناءً على تحقّق الإجماع) من الفقهاء (على إهمال هذا التفاوت) ، وعدم اعتبار تفاوت القيمة في المثليات ، فالمثلي مضمون بمثله ، سواء أكان أقلّ قيمة أم أكثر أم مساوياً.

ويدلّ أيضاً على كفاية ردّ المضمون المثلي بالمثل - وإن فرض نقصان قيمته - .

(مضافاً إلى) الإجماع (الخبر الوارد في أَنْ الثابت في ذمّة مَنْ اقترض دراهم) - كذا في بعض النسخ ، وفي بعضها هكذا: - («في أَنْ اللازم على مَنْ عليه دراهم خد») ، وقال الشهيد في شرحه (هداية الطالب : ٢٣١) : أَنْ هذا هو المصحّح

وأسقطها السلطان وروّج غيرها ، هي الدراهم الأولى .

(وأسقطها السلطان) عن الإعتبار (وروّج غيرها ، هي الدراهم الأولى) لا الدراهم الثانية الرائجة بين الناس ، والمراد من الخبر هو مكاتبة يونس بسندٍ صحيح إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: أنه كان لي على رجل عشرة دراهم ، وأنّ السلطان أسقط تلك الدراهم وجاءت الدراهم «بدراهم خل» أعلى من تلك الدراهم الأولى ، ولها اليوم وضیعة ، فأی شيء لي عليه؟ الأولى التي أسقطها السلطان ، أو الدراهم التي أجازها السلطان.

فكتب: لك الدراهم الأولى^(١) ، فقد دلّت على أنّ الدراهم الأولى التي سقطت عن الرواج ونقصت قيمتها - وإن لم تنقص عن المالیة لكونها فضّة - هي التي على الضامن دفعها.

وبمضمونها صحيحة صفوان ، قال: «سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل ، وسقطت تلك الدراهم أو تغيّرت ، ولا يباع بها شيء ، ألي صاحب الدراهم ، الدراهم الأولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال لصاحب الدراهم: الأولى»^(٢).

هذا ، ويعارض هاتين الصحيحتين مكاتبة أخرى ليونس صحيحة الإسناد أيضاً ، قال: «كتبت إلى الرضا عليه السلام: إن لي على رجل ثلاثة آلاف درهم ، وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام ، وليست تنفق اليوم ، فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها ، أو ما ينفق اليوم بين الناس؟

(١) الوسائل ج ١٢ ص ٤٨٨ الصّرف، ح ٢.

(٢) المصدر ح ٤، ولا يخفى أنّه كُتب في الوسائل طبع طهران: «عن العباس بن صفوان»، وهو غلط، والصحيح «عن العباس، عن صفوان».

وما أجمع على كونه قيمياً يُضمن بالقيمة - بناءً على ما سيجيء من الاتفاق على ذلك - وإن وُجد مثله أو كان مثله في ذمة المالك .

قال: فكتب إليّ: لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس»^(١)، حيث دلت على أنّ على الضامن الدراهم الرائجة الثانية . وهي وإن كانت ضعيفة السند في التهذيب بسهل بن زياد ، إلا أنها صحيحة في الكافي والفقيه .

وللصدوق كلام في ذيل المكاتب الأولى عن شيخه محمد بن الحسن بأنّ للمضمون له على الضامن الدراهم التي تجوز بين الناس ، وكذلك ذكر الشيخ الطوسي^(٢) . يقول الشارح: وهذا هو الأنسب والموافق لقاعدة احترام مال المسلم ، وأنّ جرمة ماله كحرمة دمه المتقدمة ج ٤ ص ١٣٤ ، ولعمري أنّه يشكل الحكم بأنّ على الضامن الذي استقرض عشرة آلاف تومان أو اشترى مبيعاً أو جعل مهراً قبل عشرين سنة مثلاً لا سيّما في عصرنا ، وأراد إفراغ ذمته حالاً أنّ عليه نفس تلك العشرة فلا أقلّ من وجوب المصالحة .

(و) كلّ ما ذكرنا فيما أجمع على كونه مثلياً يجري فيه (ما أجمع على كونه قيمياً) كالعقار والأراضي والقرش = قالى دست بافت فـ (يُضمن بالقيمة - بناءً على ما سيجيء) في الأمر السابع ص ٨٤ (من الاتفاق على ذلك -) أي على ضمان القيمي بالقيمة حتّى (وإن وُجد مثله) في السوق كالكرباس في مثال الشيخ المتقدم (أو كان مثله في ذمة المالك) المضمون له للضامن المتلف فلا يقع التهاثر كما تقدّم ص ٣٢ في مثال العبد ، بل يجب على الضامن دفع القيمة ، ويجب على المالك أداء ما في ذمته

(١) المصدر ص ٤٨٨ ح ١ .

(٢) راجع الوسائل ج ١٢ ص ٤٨٨ ح ٣ .

وما شك في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلي ، مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف ، ومع الإختلاف ألحق بالقيمي ، فتأمل .

الخامس

ذكر في القواعد : أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ، ففي وجوب الشراء تردّد ، انتهى .

-وفي بعض النسخ: «في ذمة الضامن» بدل «المالك» - والظاهر أنه سهو.

(وما شك في كونه قيمياً أو مثلياً) كما في الثوب والحيوان والفواكه والرطب وكثير من الأشياء التي تقدّم الخلاف فيها في كلمات الأصحاب ص ١٥ ، فهو (يلحق بالمثلي) ، فيجب على الضامن دفع المثل إلى المضمون له (مع عدم اختلاف قيمتي المثل (المدفوع والتالف ، ومع الإختلاف) فيها (ألحق بالقيمي) ، فيجب دفع الضامن القيمة العليا للمالك حتّى يعلم بفراغ ذمته ، (فتأمل) لعله إشارة إلى أنّ الاستفادة من الإجماع على إهمال التفاوت بين القيمّات المختلفة في المثلي الذي تقدّم نقله ص ٣٨ ، وكذلك في مكاتبه يونس هو عدم اللحق بالقيمي ، وأنّ الواجب هو دفع المثل كائناً ما كانت قيمته؛ لأنّه مماثل له عرفاً كما هو مقتضى آية الإعتداء .

الأمر (الخامس :) من الأمور المتفرّعة على عدم تملك المقبوض بالعقد الفاسد أنّه (ذكر) العلامة (في القواعد) : ج ١ ص ٢٠٤ (أنّه لو لم يوجد المثل) الذي يجب على الضامن أدائه (إلا بأكثر من ثمن المثل) ، بأن كان ثمن الحنطة مثلاً زمان الضمان كلّ كيلو منها مائة تومان ، وزمان الأداء مائة وخمسين مع وفور وجودها في السوق ، قال : (ففي وجوب الشراء) على الضامن وأدائه إلى المضمون له أم كفاية دفع ثمنه الذي كان عليه وقت التلف (تردّد ، انتهى) كلام العلامة ، وذكر في وجه التردد: أنّ المثل

أقول : كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل بأن صارت قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه ، فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء ولا خلاف ، كما صرح به في الخلاف ، حيث قال : إذا غصب ماله مثل - كالحبوب «كاللحوم خد» والأدهان - فعليه مثل ما تلف في يده ، يشتريه بأي ثمن كان بلا خلاف ، انتهى . وفي المبسوط : يشتريه بأي ثمن كان إجماعاً ، انتهى .

وجهه: عموم النص

الموجود بأكثر من ثمن المثل هل هو بحكم المعدوم كوجوب عتق الرقبة في الكفارة إذا لم توجد ، أم أن المثل يجب أدائه بأي وجه حصل كوجوب رد عين مال المالك وإن لم يرد مؤونة الرد أضعاف قيمتها.

(**أقول :** كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل) كما هو الحال في أو أن وجود الفاكة وأواخره (بأن صارت قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه ، فالظاهر أنه) لا وجه لتردد العلامة في الحكم؛ إذ (لا إشكال في وجوب الشراء) على الضامن (ولا خلاف) فيه بين الفقهاء ، (كما صرح به) الشيخ الطوسي (في الخلاف) ج ٣ ص ٤١٥ المسألة ٢٩ الغصب (حيث قال : إذا غصب ماله مثل - كالحبوب) كذا في المصدر وأكثر النسخ ، وفي بعضها (« كاللحوم خد » والأدهان - فعليه مثل ما تلف في يده ، يشتريه بأي ثمن كان بلا خلاف ، انتهى) . (و) قال (في المبسوط) : ج ٣ ص ١٠٣ أيضاً (يشتريه بأي ثمن كان إجماعاً ، انتهى) كلام المبسوط .

(**وجهه :**) أي وجه عدم الإشكال في وجوب المثل وإن غلى سعره (عموم النص) الظاهر أن المراد من النص آية الإعتداء وإطلاقات روايات الضمان ، ويحتمل أن يكون المراد عموم حديث : « على اليد ما أخذت » ، وإلا فليس في المقام نص على ضمان

والفتوى بوجوب المثل في المثلي، ويؤيده فحوى حكمهم بأن تنزّل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة، بل ربّما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن الماليّة؛ كالماء على الشاطئ والثلج في الشتاء. وأمّا إن كان «كانت» لأجل تعذّر المثل وعدم وجدانه إلا عند من يُعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز، بحيث يُعدّ بذل ما يريد

المثل في المثلي، (و) كذا عموم (الفتوى بوجوب المثل في المثلي) على الإطلاق من غير تقييد بعدم زيادة سعره عن ثمن المثل. (ويؤيده) أي الحكم بوجوب شراء المثل بأكثر من ثمن المثل (فحوى حكمهم بأن تنزّل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة)، كما إذا كان سعر الحنطة يوم الضمان مائة تومان ويوم الأداء خمسين، ووجه الأولويّة والفحوى: أنّه مع نقص قيمة المثل لا يكون المؤدّى مماثلاً للمضمون في الماليّة - وإن كان مثلاً حقيقةً - (بل ربّما احتمل بعضهم ذلك) أي وجوب دفع المثل وعدم الانتقال إلى القيمة - والمُحتَمِل هو العلامة في القواعد: ج ١ ص ٣٠٤، كما تقدّم ص ٣٥، ومال إليه صاحب الجواهر في: ج ٣٧ ص ٩٩ - حتّى (مع سقوط المثل في زمان الدفع عن الماليّة ك) أداء الضامن (الماء على الشاطئ): أي النهر الجاري، المقدار الذي أتلّفه في مفازة، وكذلك الجَمَد (والثلج في الشتاء) مع أنّه أتلّف ثلجه في حرّ الصيف.

(وأمّا إن كان) كذا في النسخ، والمناسب («كانت»)، أي كثرة الثمن «للمثل» الواجب على الضامن (لأجل تعذّر المثل وعدم وجدانه) في السوق، (إلا عند) شخص مجحف غير منصف، وهو (من يُعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس) حتّى (مع وصف الإعواز) = ناياب، في السوق (بحيث يُعدّ بذل ما يريد

مالكه بإزائه ضرراً عرفاً - والظاهر أنَّ هذا هو المراد بعبارة القواعد؛ لأنَّ الثمن في الصورة الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، وإنَّما زاد على ثمن التالف يوم التلف - وحينئذٍ فيمكن التردّد في الصورة الثانية كما قيل: من أنَّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم، كالرقبة في الكفارة والهذي، وأنَّه يمكن معاندة البائع وطلب أضعاف القيمة، وهو ضرر.

مالكه بإزائه ضرراً عرفاً) على الضامن، كما إذا كان سعر كيلو من الحنطة وقت التلف مائة تومان، ووقت الإعواز مائة وخمسين، ولكن يريد المالك مائتين تومانٍ، (والظاهر أنَّ هذا) الفرض (هو المراد بعبارة) العلامة ﷺ في (القواعد) المتقدّمة في صدر المسألة بقوله: «لو لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل»، وذلك (لأنَّ الثمن في الصورة الأولى)، وهي ما إذا كانت كثرة الثمن لزيادة القيمة السوقية (ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، وإنَّما زاد على ثمن التالف يوم التلف) لارتفاع قيمة المماثل السوقية، فالثمن الفعلي للمثل هو نفس ثمن المثل وليس بأكثر منه، نعم هو أكثر من الثمن يوم التلف (وحينئذٍ) أي حين أراد البائع الحريص على المال أزيد من الثمن السوقية مع وصف الإعواز (فيمكن التردّد في) هذه (الصورة الثانية كما قيل)، والقاتل هو العلامة في التذكرة: ج ٢ ص ٣٨٤، والسيد العاملي في المفتاح: ج ٦ ص ٢٥٤، فيمكن الحكم بعدم وجوب الشراء، وكفاية دفع القيمة السوقية الفعلية، أو القيمة وقت التلف؛ لما ذكر في وجهه (من أنَّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم، كالرقبة في الكفارة والهذي) إذا أراد البائع لهما ضعف الثمن السوقية (وأنَّه يمكن معاندة البائع وطلب أضعاف القيمة، وهو ضرر) منفي في الشريعة المقدّسة، كما ذكر هذا الوجه السيّد العميد في كنز الفوائد ج ١ ص ٦٦١.

ولكنَّ الأقوى مع ذلك : وجوب الشراء ؛ وفقاً للتحرير كما عن الإيضاح والدروس وجامع المقاصد ، بل إطلاق السرائر ، ونفي الخلاف المتقدم عن الخلاف ؛ لعين ما ذكر في الصورة الأولى .

هذا (ولكنَّ الأقوى مع ذلك) : أي مع كون الموجود بأضعاف القيمة كالمعدوم ، وأنه ضرر على الضامن (وجوب الشراء) عليه والدفع إلى المضمون له ؛ (وفقاً لـ) العلامة في (التحرير) : ج ٣ ص ١٣٩ ، (كما) حكاها السيّد العاملي في مفتاح الكرامة : ج ٦ ص ٢٥٤ (عن الإيضاح) : ج ٢ ص ١٧٨ لفخر المحققين ، (والدروس) الشرعيّة : ج ٣ ص ١١٣ ، (وجامع المقاصد) : ج ٦ ص ٢٦٠ للمحقّق الكرّكي ، (بل إطلاق) كلام ابن إدريس في (السرائر) الحاوي ج ٢ ص ٤٨٠ ؛ حيث قال فيه : « فمن غصب شيئاً لهُ مثلٌ وجب عليه ردُّه بعينه ، فإن تلف فعليه مثله » ، انتهى . (و) هذا الحكم أيضاً هو مقتضى (نفي الخلاف المتقدم) : ص ٤٢ في صدر المسألة (عن) الشيخ الطوسي في كتاب (الخلاف) : ج ٣ ص ٤١٥ المسألة ٢٩ ، والوجه فيه (لعين ما ذكر في الصورة الأولى) وهي زيادة القيمة السوقية ، من أنَّ وجوب شراء المثل والدفع إلى المضمون له هو مقتضى عموم النصِّ والفتوى ، ومعه لا مجال للتمسك بقاعدة « لا ضرر » لأنّها مخصّصة بهذا العموم ، المضمّن للمثل في المثليات ، وإن كانت قيمته أضعاف قيمة يوم التلف . قال الشاعر الفارسي :

جو این بیمار را ساقی است گردون بیايد خورد گر شهد است و گر خون

أقول : الإنصاف أنَّ الشراء بأضعاف القيمة ربّما يكون حكماً حرجياً وإجحافاً على الضامن ، فهو منفيٌّ بأدلة نفي الحرج ، ولا سيّما في المقام - أعني المقبوض بالعقد الفاسد - وخصوصاً مع جهل المشتري بفساد العقد . نعم ، يمكن القول به في الغاصب ؛ لأنّه يؤخذ بأشقّ الأحوال .

ثمَّ إنَّه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره ، ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف ، أم لا ، وفاقاً لظاهر المحكي عن السرائر والتذكرة والإيضاح والدروس وجامع المقاصد .

وفي السرائر : أنَّه الذي يقتضيه عدل

(ثمَّ إنَّه لا فرق) بمقتضى عموم النصِّ والفتوى أيضاً ، بوجوب دفع المثل (في جواز مطالبة المالك) الضامن (بالمثل بين كونه) أي المثل موجوداً (في مكان التلف أو غيره) من الأمكنة والبلدان ، فلو فرض أنَّ الفاكهة مثلية - كما هو المشهور - وأتلف الضامن الرُّطَبَ أو العنب في قم ، والآن هما غير موجدين فيه ، لكنَّهما موجودان في خوزستان أو عربستان ، فللمالك مطالبة الضامن بالإتيان بهما وإعطائه إتياء. قال الشاعر الفارسي:

كاش معشوق زِ عاشق طلب جان می کرد

تا که هر بی سر و پائی نشود یار کسی

(و) كذا (لا) فرق (بين كون قيمته) أي قيمة المثل (في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف ، أم لا) ؛ وذلك لأنَّ للمالك بمقتضى عموم أدلة الضمان وإطلاقتها - أيضاً - مطالبة الضامن بالمثل في أيِّ مكان أراد ، فإذا أتلف عليه مقدراً من الحنطة في قم وقد سافر إلى الحجّ ، فله مطالبته في مكة بذلك المقدار منها ، وإن كانت قيمة الحنطة هناك أضعاف القيمة في قم ، (وفاقاً لظاهر المحكي) في مفتاح الكرامة: ج ٦ ص ٢٥٢ (عن السرائر) : ج ٢ ص ٤٩٠ ، (والتذكرة) : ج ٢ ص ٣٨٣ ، (والإيضاح) : ج ٢ ص ١٧٦ ، (والدروس) : ج ٣ ص ١١٤ ، (وجامع المقاصد) : ج ٦ ص ٢٥٦ .

(و) قال ابن إدريس (في السرائر) : ج ٢ ص ٤٩٠ (أنَّه الذي يقتضيه عدل

الإسلام والأدلة وأصول المذهب، وهو كذلك؛ لعموم «الناس مسلطون على أموالهم».

هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة، وأما مع تعذره فسيأتي حكمه في المسألة السادسة.

(الإسلام)؛ إذ مقتضى تسلط المالك على ماله جواز المطالبة في أي مكان شاء، (و) كذا تقتضيه (الأدلة) الدالة على الضمان؛ إذ لم يُقَيَّد حق المطالبة فيها ببلد التلف أو الغصب، (و) كذا تقتضيه (أصول المذهب) المأخوذة عن المعصومين عليهم السلام من احترام مال المسلم، وعدم جله إلا عن طيب نفسه، وأن حرمة ماله كحرمة دمه، كما تقدّم: ج ٤ ص ٤١٣ مع مداركها عند الاستدلال على قاعدة «كل ما يُضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، (وهو)، أي جواز المطالبة بالمثل في كل مكان (كذلك)، أي حكم في محله؛ (لعموم) قوله عليه السلام: «(الناس مسلطون على أموالهم)»^(١)، فإن إطلاقه يقتضي سلطنة المالك على المطالبة في كل مكان وكل زمان، وبأي سعر كان، وليس للضامن حق حبسه عنه، ومع وجود هذا الإطلاق لا حاجة إلى التمسك بقاعدة «على اليد» أو قوله عليه السلام: «كل مغصوب مردود» حتى يورد عليه بقصوره، بدعوى: انصرافهما إلى خصوص مكان المال فقط. نعم، إذا كانت مطالبة المالك مستلزمة للحرج على الضامن - كما لعله كذلك في مثال مطالبته منه في أيام الحج في مكة المكرمة - فهي منفية بأدلة نفي الحرج.

ولا يخفى عليك أن (هذا) أعني جواز المطالبة في أي بلد شاء المالك، إنما هو (مع وجود المثل في بلد المطالبة، وأما مع) فرض (تعذره) وعدم قدرة الضامن على تحصيله (فسيأتي حكمه في المسألة السادسة) إن شاء الله بلا فصل.

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢، عوالي اللئالي ج ١ ص ٢٢٢ ح ٩٩ و ص ٤٥٧، ح ١٩٨.

السادس

لو تعذر المثل في المثلي، فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك؛ لأنَّ منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر، فوجب القيمة؛ جمعاً بين الحقيين.

الأمر (السادس): من الأمور المتفرّعة على عدم تملك المقبوض بالعقد الفاسد: أنه بناءً على ما ثبت في الأمر الرابع ص ٧، من ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي (لو) فرض (تعذر المثل في المثلي) ولم يتمكّن الضامن من تحصيله لعدم وجوده في السوق أصلاً، (فمقتضى القاعدة) كما سنبين (وجوب دفع القيمة) إلى المالك، ولا شبهة في ذلك (مع مطالبة المالك؛ لأنَّ) ذمّة الضامن - بعد تلف العين - كانت مشغولة بالمثل إلى زمان حصول التعذر، ثمّ ينتقل إلى القيمة مع المطالبة فـ (منع المالك) عنها (ظلم).

كما استدلل بهذا المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة: ج ١٠ ص ٥٢٧، والسيد العاملي في مفتاح الكرامة: ج ٦ ص ٢٤٢، وقال: إنّه ممّا طفحت - أي ملئت = پر شده، به عباراتهم - بل هو إجماعي، انتهى.

(و) كذا (إلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر) عقلاً وشرعاً؛ قال الله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(١) (فوجب) دفع (القيمة؛ جمعاً بين الحقيين) كما في المثل السائر: «لا يحترق السيخ ولا الكباب = نه سيخ بسوزد نه كباب».

ولا يخفى أنّه لا وجه لتقييد الشيخ بالحكم بمطالبة المالك بعد ما أثبت في الأمر

مضافاً إلى قوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾، فإنّ الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يُعْتَدَ عليه أزيد ممّا اعتدى .
وأما مع عدم مطالبة المالك، فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة؛ لأنّ المتيقّن أنّ دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، وجمع بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبة وحقّ

الثاني المتقدّم: ج ٤ ص ٤٣٩ على الضامن وجوب ردّ عين المال فوراً مع وجوده، والمثل أو القيمة مع تلفه. نعم، لو لم يأخذ المالك القيمة مع التعذر، وقال: بأنّي أصبرُ حتّى يوجد المثل، فهذا أمر آخر سيّعرض له.

(مضافاً إلى قوله تعالى): ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(١)، فإنّ الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يُعْتَدَ عليه أزيد ممّا اعتدى) لأنّ القيمة مماثل للتالف في المالّة.

هذا مع مطالبة المالك، (وأما مع عدم مطالبة المالك، فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة) إجباراً؛ (لأنّ المتيقّن) بعد تلف العين، هو انتقال الضمان بالمثل قهراً؛ إذ لا معنى لبقاء العين في ذمّة الضامن مع التلف، فإنّها أمر شخصي خاصّ. قال الشاعر الفارسي:

چو در طاس لغزنده افتاد مور رهانده را چاره باید نه زور

هذا، ولكنّ «المثل» أمر كلّّي قابل للبقاء في الذمّة إلى أدائه، فإنّ طلبه المالك وكان متعذراً، يجب على الضامن أداء القيمة؛ فد(أنّ دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، وجمع بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبة) لماله، (و) كذلك (حقّ

الضامن بعدم تكليفه بالمعذور أو المعسور ، أمّا مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل .

وما ذكرنا يظهر من المحكيّ عن التذكرة والإيضاح ، حيث ذكرنا في ردّ بعض الإحتمالات الآتية في حكم تعدّر المثل ما لفظه : إنّ المثل لا يسقط بالإعواز ، ألا ترى أنّ المغصوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به؟

الضامن بعدم تكليفه بالمعذور (فيما إذا لم يوجد المثل أصلاً) (أو المعسور) فيما إذا وُجد المثل في بلد بعيد كالهند مع كونهما في إيران وكان في نقله مشقة شديدة المنفّة شرعاً وعرفاً ، (أمّا مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل) وإلزامه بأخذ القيمة كما ذكرنا؛ لأنّ متعلّق الضمان إنّما هو المثل ، والقيمة بدل الحيلولة عنه. ومن المعلوم أنّه ليس للمديون إجبار ذي الحقّ على قبول شيء آخر بدلاً عن حقّه الخاصّ ، فهو مخير بين أخذ البديل وبين الصبر إلى أن يتمكن الضامن من أداء المثل. قال الله تعالى: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ (١).

(وما ذكرنا) من عدم سقوط المثل عن ذمّة الضامن بالتعدّر (يظهر من المحكيّ) في مفتاح الكرامة: ج ٦ ص ٢٥٢ (عن التذكرة): ج ٢ ص ٣٨٣ ، (والإيضاح): ج ٢ ص ١٧٥ للعلامة وولده فخر الدين (حيث ذكرنا في ردّ بعض الإحتمالات الآتية) عن قريب ص ٦٢ (في حكم تعدّر المثل ما لفظه : إنّ المثل لا يسقط) عن ذمّة الضامن (بالإعواز) = نايب شدن. (ألا ترى أنّ المغصوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل) في السوق (ملك المطالبة به؟) أي له حقّ شرعيّ

وإنما المصير إلى القيمة وقت تخريمها ، انتهى .

لكن أطلق كثيرٌ منهم الحكم بالقيمة عند تعدُّر المثل ، ولعلَّهم يريدون صورة المطالبة ، وإلا فلا دليل على الإطلاق .

ويؤيِّد ما ذكرنا : أنَّ المحكيَّ عن الأكثر في باب القرض : أنَّ المعتبر في المثل المتعدُّر ، قيمته يوم المطالبة ، نَعَمْ عبَّر بعضهم بيوم الدفع ، فليتأمل .

بذلك ، (وإنَّما المصير إلى القيمة وقت تخريمها) أي دفع القيمة ، (انتهى) .

(لكن أطلق كثيرٌ منهم الحكم بـ) الانتقال إلى (القيمة عند تعدُّر المثل) ، أي في ذلك الوقت دون وقت الترخيم والدفع ، فلم يقيّدوا الانتقال إلى القيمة بمطالبة المالك ، (ولعلَّهم يريدون صورة المطالبة ، وإلا) أي وإن لم نحمل إطلاق كلامهم على صورة المطالبة (فلا دليل على الإطلاق) ؛ لما تقدّم في الشرح من : أنَّ الثابت في ذمّة الضامن - بعد تلف العين - إنَّما هو المثل ، وهو كليّ يبقى في الذمّة ما لم يطالب صاحب الحقّ .

(ويؤيِّد ما ذكرنا) من عدم سقوط المثل عن ذمّة الضامن بمجرد التعدُّر لو لم يطالب المالك القيمة (أنَّ المحكيّ) في مفتاح الكرامة : ج ٥ ص ٤٨ ، وفي المناهل : ص ٨ للسيد المجاهد (عن الأكثر في باب القرض : أنَّ المعتبر في المثل المتعدُّر ، قيمته يوم المطالبة) دون يوم التعدُّر ، ووجه تعبير الشيخ رحمه الله بالتأييد لا الدلالة ، هو احتمال اختصاص الحكم بباب القرض لا جميع موارد الضمان حتّى المقبوض بالعقد الفاسد ، مضافاً إلى أنَّ فتوى الأكثر لا يصلح أن يكون دليلاً شرعيّاً حتّى يُستند إليه حكم شرعيّ ، نظير النصّ والإجماع ، ثمّ استدرك على هذا التأييد ، وقال :

(نَعَمْ عبَّر بعضهم بيوم الدفع) إلى المالك ، والمراد من البعض هو العلامة في المختلف : ج ٥ ص ٣٩٢ ، (فليتأمل) لعلّه إشارة إلى أنَّ كلا التعبيرين يرجعان إلى شيء

وكيف كان ، فلنرجع إلى حكم المسألة فنقول : «إنَّ خد» المشهور أنَّ العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع ؛ لأنَّ المثل ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان ، ولا دليل على سقوطه بتعذره كما لا يسقط الدَّين بتعذر أدائه .

وقد صرَّح بما ذكرنا المحقِّق الثاني ،

واحد ، وأنَّ المراد من يوم الدفع هو يوم المطالبة؛ ضرورة أنَّ نفس المطالبة من دون الدفع لا توجب انتقال الحقِّ من المثل إلى القيمة لأنَّه لو فرض أنَّ المالك طالَبَ القيمة ولكنَّ الضامن لم يدفعها عسياناً ، أو لعدم قدرته على الدفع والأداء ، ثمَّ زادت القيمة أو نقصت كان على الضامن قيمة يوم الدفع.

وبالجملة فالمراد من يوم المطالبة في كلام من عبَّر به ، إنَّما هو يوم الدفع لا تحادها خارجاً غالباً.

(وكيف كان) ، سواء تمَّ التأييد المذكور أم لا (فلنرجع إلى حكم المسألة فنقول : «إنَّ خد» المشهور) عند الفقهاء كما عبَّر به السيّد العاملي في مفتاح الكرامة: ج ٦ ص ٢٤٣ (أنَّ العبرة في قيمة المثل المتعذر) إنَّما هو (بقيمته يوم الدفع ؛ لأنَّ المثل) الذي هو كلِّي موصوف بصفات المال التالف في الحقيقة والمالِية (ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان ، ولا دليل على سقوطه بـ) مجرد (تعذره كما لا يسقط الدَّين) إذا كان مثلياً (بتعذر أدائه) بسبب عدم وجود المثل أو فقر المدين ، فهو باقٍ في الذمة ما دام لم يأخذ المالك القيمة.

(وقد صرَّح بما ذكرنا) من اعتبار قيمة يوم الدفع لبقاء المثل في الذمة إلى ذلك اليوم كالدين (المحقِّق الثاني) الكركي في جامع المقاصد: ج ٦ ص ٢٤٥ و ٢٥٤ ، وعلَّل ذلك بقوله: «ولهذا لو تمكَّن من المثل بعد ذلك وجب المثل دون القيمة ، فما دام لم

وقد عرفت من التذكرة والإيضاح ما يدل عليه .

ويحتمل اعتبار وقت تعذر المثل ، وهو للحلي في البيع الفاسد ،
وللتحرير في باب القرض والمحكي «حكي خد» عن المسالك : لأنه وقت الانتقال
إلى القيمة .

ويضعفه : أنه إن أريد بالانتقال انقلاب ما في الذمة إلى القيمة في ذلك
الوقت فلا دليل عليه ،

ياخذ المالك القيمة ، فالمثل باقي في الذمة». (وقد عرفت) آنفاً ص ٥٠ (من التذكرة
والإيضاح ما يدل عليه) أي على وجوب قيمة يوم الدفع .

(ويحتمل اعتبار) قيمة يوم الإعواز و(وقت تعذر المثل) بعزة وجوده ،
(وهو للحلي) ابن إدريس في السرائر: ج ٢ ص ٢٨٥ (في البيع الفاسد) في بعض
موارده ، (وللتحرير) ج ١ ص ٢٠٠ للعلامة (في باب القرض ، و) كذلك (المحكي
«حكي خد» عن) الشهيد الثاني في (المسالك) : ج ٣ ص ١٧٦ ، ونقله عنه السيّد
العالم في مفتاح الكرامة : ج ٥ ص ٤٨ ، وعلّلوا الحكم بيوم التعذر للمثل ؛ (لأنه وقت
الانتقال إلى القيمة) التي هي بدل عن المثل ، فالواجب على الضامن ما دام متمكناً من
المثل إنما هو المثل ، فإذا تعذر المثل انتقل إلى القيمة في نفس ذلك اليوم .

(ويضعفه : أنه إن أريد بالانتقال) في قولهم : «إن يوم التعذر هو وقت الانتقال
إلى القيمة» (انقلاب ما في الذمة إلى القيمة) التي هي بدل على المثل (في ذلك
الوقت) أي وقت التعذر والإعواز (فلا دليل عليه) ، بل الدليل على خلافه ؛ لأن الحكم
الوضعي - كالضمان في المقام - لا يباط بالتمكّن ، مثلاً من كان عليه دين مثلي كعشر
كيلوات من الحنطة فعهده مشغولة به حتى في وقت الإعواز إلى أن يؤدّيه بمثله إن تمكّن

وإن أُريدَ عدمُ وجوب إسقاط ما في الذمة إلا بالقيمة ، فوجوب الإسقاط بها وإن حدث يومَ التعذر مع المطالبة ، إلا أنه لو أُخر الإسقاط بقي المثل في الذمة إلى تحقق الإسقاط ، وإسقاطه في كلِّ زمانٍ ، بأداء قيمته في ذلك الزمان ، وليس في الزمان الثاني مكلفاً بما صدق عليه الإسقاط في الزمان الأول .

أو بقيمته مع طلب المالك إن لم يتمكّن.

(وإن أُريدَ) من الانتقال يوم التعذر (عدمُ وجوب إسقاط ما) هو ثابت (في الذمة إلا بالقيمة) ، حين الإعواز (ف) فيه : أنّ (وجوب الإسقاط بها) «القيمة» (وإن حدث يومَ التعذر مع) فرض (المطالبة ، إلا أنه) منوط بالدفع في ذلك الوقت ، وأما (لو أُخر الإسقاط) بأي سبب كان كعدم مطالبة المالك ، أو عصيان الضامن ، أو عدم قدرته على دفع القيمة ، ففي جميع هذه الصور (بقي المثل في الذمة) بحاله (إلى تحقق الإسقاط ، وإسقاطه في كلِّ زمانٍ) إنّما يحصل (بأداء قيمته في ذلك الزمان) ، فإن دفع - بالمطالبة - قيمة يوم الإعواز كان هو المُسقط لما في الذمة ، فيتّحد زمان انقلاب الذمة من المثل إلى القيمة مع زمان الأداء والدفع ، وإن أدّى القيمة بعد مدّةٍ - كشهر أو شهرين - وفرض أنه زادت القيمة عن يوم الإعواز أو نقصت ، فهنا يجب دفع قيمة يوم الدفع (وليس في الزمان الثاني) أي زمان إسقاط ما في الذمة بالدفع (مكلفاً بما صدق عليه الإسقاط في الزمان الأول) وهو زمان التعذر والإعواز حتّى مع المطالبة ، مثلاً لو كانت قيمة الحنطة يوم الإعواز - مع المطالبة - مائة تومان ، ويوم الدفع مائة وخمسين يجب عليه دفع المائة والخمسين .

فالمتحصّل في المقام عند تعذر المثل : أنه لا شكّ في جواز إجبار المالك الضامن على دفع قيمة يوم المطالبة - لأنه مقتضى سلطنته على ماله - فهو مخيّر بين مطالبة القيمة

هذا ، ولكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدّم سابقاً :
 من الآية ، ومن أنّ المتبادر من إطلاق الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب
 الأموال إلى الثالف بعد تعذر المثل ، توجه القول بصيرورة الثالف قيمياً
 بمجرد تعذر المثل ؛ إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحققه ابتداءً

وبين الصبر إلى أن يوجد المثل ، كما ظهر أنه لا يجوز للضامن إجبار المالك على أخذ
 القيمة - مع تعذر المثل - لأنّ متعلّق الضمان إنّما هو المثل فهو الثابت في ذمّته ، ودفع
 القيمة كان من باب البدل ، فما لم يطالبها المالك كان المثل باقياً في الذمّة بحاله كما تقدّم .
 ثمّ استدرك الشيخ رحمه الله على ما اختاره المشهور من اعتبار قيمة المثل في يوم
 الدفع ، وأيد قول ابن إدريس والعلامة باعتبار قيمة يوم الإعواز ، وقال :

(هذا ، ولكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدّم
 سابقاً :) ص ٣٠ و ٢٧ (من الآية) الواردة في الإعتداء ، (ومن أنّ المتبادر من
 إطلاق الضمان) في الروايات ، الذي يُعبّر عنه اصطلاحاً بالإطلاق المقامي ، (هو
 وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال) مماثلاً (إلى الثالف بعد تعذر المثل ، توجه
 القول بصيرورة الثالف قيمياً) بانقلاب المثل إلى القيمة (بمجرد تعذر المثل)
 سواء طالب المالك القيمة أم لا ، وسواء أسقط الضامن ما في ذمّته بدفع قيمة يوم الإعواز
 أم لا ؛ وذلك لأنّ قيمة يوم التعذر هي أقرب شيء إلى العين التالفة ، وقال الشاعر الفارسي :
 درى از غيب گشايد چو درى بسته شود

طفل را ناف چو بستند دهن بگشايد

(إذ لا فرق في تعذر المثل) وعدم القدرة على أداء المماثل (بين تحققه
 ابتداءً) وبالأصالة

كما في القيمات ، وبين طرؤه بعد التمكن ، كما في ما نحن فيه .
ودعوى: اختصاص الآية وإطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل
ابتداءً، لا يخلو عن تحكّم.

(كما في القيمات ، وبين طرؤه بعد التمكن) من الدفع (كما في ما نحن فيه) ففي
كلا الموردين تكون وظيفة الضامن هو دفع القيمة ، لكن في القيمات بمجرد تلف العين ،
وفي المثليات بمجرد الإعواز لانقلاب المثل حينئذٍ من المثل إلى القيمة ، وتبقى هذه
القيمة في الذمة إلى يوم الوفاء ، سواء ارتفعت قيمة المثل بعد ذلك أم نقصت ، فالاعتبار
بيوم التعذر لا يوم الدفع والوفاء .

(ودعوى) : الفرق بين التعذر الابتدائي والتعذر العارضي بسبب (اختصاص
الآية) أي آية الاعتداء (وإطلاقات الضمان) في الروايات (بالحكم بالقيمة بتعذر
المثل ابتداءً) ، وبالأصالة دون التعذر الطارئ؛ لوجود المماثل هنا حين التلف
(لا يخلو عن تحكّم) : إذ الموجب للحكم بالقيمة إنما هو تعذر المثل ، وهو موجود في
كلا القسمين ، لكنّه في القيمي ابتدائي بحسب الخلقة الأصلية ، وفي المثلي عارضي
بطرؤ الإعواز بعد التمكن من المثل .

أقول: ويمكن الفرق بينهما في نظر العرف: بأنّ المفروض في القيمي عدم رجاء
الحصول بمثله من أول الأمر ، ولذا حكم الشارع فيه بالقيمة ، وهذا بخلاف المثلي - حتّى
بعد تعذره - لأنّه مرجو الحصول ، فللمالك أن لا يطالب القيمة ويصبر إلى زمان حصول
المثل:

چو خوش باشد که بعداز انتظارى به اميدى رسد اُميدوارى
فعلى هذا لا تشمل الآية ولا الإطلاقات ، المثلي المتعذر^(١).

ثُمَّ إِنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ احْتِمَالَاتٍ أُخْرَى، ذَكَرَ أَكْثَرُهَا فِي الْقَوَاعِدِ، وَقَوَى بَعْضُهَا فِي الْإِيضَاحِ، وَبَعْضُهَا بَعْضَ الشَّافِعِيَّةِ.
وَحَاصِلُ جَمِيعِ الْإِحْتِمَالَاتِ فِي الْمَسْأَلَةِ مَعَ مَبَانِيهَا «مَعَ بَيَانِهَا خَدٌ»: أَنَّهُ
إِمَّا أَنْ نَقُولَ بِاسْتِقْرَارِ الْمَثَلِ فِي الذِّمَّةِ إِلَى أَوَانِ الْفَرَاغِ مِنْهُ بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ، وَهُوَ
الَّذِي اخْتَرَنَاهُ

(ثُمَّ إِنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ) أي مسألة تعذر المثل **(احتمالاتٍ أُخْرَى)** غير اعتبار القيمة يوم الدفع الذي هو المشهور ، وغير يوم التعذر الذي قال به ابن إدريس في البيع والعلامة في القرض ، و **(ذكر أكثرها)** العلامة **(في القواعد)** : ج ١ ص ٢٠٣ و ٢٠٤ في الغصب ، وجعل قول المشهور هو الخامس منها ، وكذلك ذكرها في التذكرة : ج ٢ ص ٣٨٣ بوجه أبسط من القواعد ، فقال في القواعد في الركن الثالث : «... ولو تلف المثلي في يد الغاصب والمثل موجود ولم يغرمه حتى فُقد ، ففي القيمة المعتبرة إحتمالات : الأول أقصى قيمته من يوم الغصب إلى يوم التلف ، ولا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال بعد التلف. الثاني : أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإيعاز. الثالث : أقصى القيم من وقت الغصب إلى الإيعاز. الرابع : أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة. الخامس : القيمة يوم الإقباض » ، انتهى .

(وَقَوَى) فخر المحققين **(بَعْضُهَا فِي الْإِيضَاحِ)** : ج ٢ ص ١٧٥ ، **(وَبَعْضُهَا بَعْضَ الشَّافِعِيَّةِ)** وهو النووي ، فقد قوّى الإحتمال الثاني ^(١).

(وَحَاصِلُ جَمِيعِ الْإِحْتِمَالَاتِ) المتصورة **(فِي الْمَسْأَلَةِ)** ممّا تقدّم وغيره **(مَعَ مَبَانِيهَا «مَعَ بَيَانِهَا خَدٌ»)** أَنَّهُ إِمَّا أَنْ نَقُولَ بِاسْتِقْرَارِ الْمَثَلِ (وبقائه بحاله) **(فِي الذِّمَّةِ إِلَى أَوَانِ الْفَرَاغِ مِنْهُ بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ)** إلى المضمون له ، **(وَهُوَ الَّذِي اخْتَرَنَاهُ**

- تبعاً للأكثر - من اعتبار القيمة عند الإقباض ، وذكره في القواعد خامس الاحتمالات .

وإنما أن نقول بصيرورته قيمياً عند الإعواز ، فإذا صار كذلك ، فإنما أن نقول : إن المثل المستقر في الذمة قيمي ، فتكون القيمة صفة للمثل ، بمعنى أنه لو تلف وجب قيمته .

وإنما أن نقول : إن المغصوب انقلب قيمياً بعد أن كان مثلياً .

فإن قلنا بالأول ، فإن جعلنا الاعتبار في القيمي بيوم التلف - كما هو أحد

الأقوال -

- تبعاً للأكثر - من الفقهاء (من اعتبار القيمة عند الإقباض) والدفع ، وفراغ ذمة الضامن ، (وذكره) العلامة (في القواعد خامس الاحتمالات) كما تقدم آنفاً ص ٥٧ .

(وإنما أن نقول بصيرورته) أي المثل (قيمياً عند الإعواز) فما دام يوجد

المثل فهو الثابت في الذمة ، فإذا تعدّر وجوده تبدّل ما في الذمة إلى القيمة ، (فإذا صار

كذلك) أي قيمياً عند الإعواز ، (فإنما أن نقول : إن المثل المستقر في الذمة قيمي ،

فتكون القيمة صفة للمثل ، بمعنى أنه لو تلف وجب قيمته) كما أن العين لو تلفت

وجبت القيمة ، وعلى هذا فالقيمة بدل عن المثل الذي هو بدل العين ، فهي بدل البدل ،

فللعين بدلان المثل والقيمة ، لكن الثاني بدل طولي لها لا عرضي - للمثل - بمعنى أن

بدليته مشروطة بتعدّر المثل بخلاف بدلية الأول - أعني نفس المثل - فإن بدليته مطلقة .

(وإنما أن نقول : إن المغصوب انقلب قيمياً بعد أن كان مثلياً) ، فكأنه من

جملة القيميات من أول زمان الضمان وإن كان بحسب الظاهر من المثليات .

(فإن قلنا بالأول) وهو كون المستقر في الذمة قيمياً والقيمة صفة للمثل ، (فإن

جعلنا الاعتبار في القيمي) كالحيوان (ب) وجوب دفع قيمة (يوم التلف - كما هو

أحد الأقوال -) ، بل عليه الأكثر ، كما سيجيء عن الدروس والروضة في الأمر السابع

كان المتعين قيمة المثل يوم الإعواز، كما صرح به في السرائر في البيع الفاسد، والتحرير في باب القرض؛ لأنه يوم تلف القيمي.

وإن جعلنا الإعتبار فيه بزمان الضمان - كما هو القول الآخر في القيمي - كان المتجه اعتبار زمان تلف العين؛ لأنه أول أزمته وجوب المثل في الذمة المستلزم لضمانه عند تلفه، وهذا مبني على القول بالإعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الأكثر.

ص ٩٤، (كان المتعين قيمة المثل يوم الإعواز) والتعذر؛ لأنه بحكم يوم التلف، فحاله حال القيمي، لكن من هذا الزمان، (كما صرح به) ابن إدريس (في السرائر) ج ٢ ص ٢٨٥ (في البيع الفاسد، و) العلامة في (التحرير في باب القرض) ج ١ ص ٢٠٠، كما تقدّم النقل عنهما ص ٥٣؛ (لأنه) نظير (يوم تلف القيمي) وبحكمه؛ لأن الإعواز كالتلف.

(وإن جعلنا الإعتبار فيه) أي في القيمي (بزمان الضمان) وهو يوم القبض في البيع الفاسد والغصب (- كما هو القول الآخر في القيمي -)، واختاره الشيخ الطوسي في المبسوط ج ٣ ص ٦٠ (كان المتجه اعتبار زمان تلف العين)، فعليه قيمة المثل في يوم الغصب، أو يوم القبض في البيع الفاسد؛ (لأنه) أي يوم تلف العين (أول أزمته وجوب المثل في الذمة المستلزم) أي هذا الوجوب (لضمانه) «مثل» (عند تلفه) وأما قبل التلف فذمته مشغولة بدفع نفس العين، (وهذا) أي ضمان القيمة في يوم التلف (مبني على القول بالإعتبار في القيمي بوقت الغصب) أو يوم القبض؛ لأنه وقت الضمان (كما) نقل (عن الأكثر) من الفقهاء في تحرير العلامة ج ٢ ص ١٣٩، وفي شرائع المحقق الحلّي ج ٣ ص ٢١٩.

وإن جعلنا الإعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف
- كما حكى عن جماعة من القدماء في الغصب - كان المتّجه الإعتبار بأعلى القيم
من يوم تلف العين إلى زمان الإعواز ، وذكر هذا الوجه في القواعد ثاني
الإحتمالات .

وإن قلنا : إنّ الثالف انقلب قيمياً ، احتمل الإعتبار بيوم الغصب - كما في

(وإن جعلنا الإعتبار فيه) أي في القيمي - وهذا عطف على قوله : « وإن جعلنا
الإعتبار... الخ - (بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف - كما حكى) في
مفتاح الكرامة : ج ٦ ص ٢٤٤ (عن جماعة من القدماء في الغصب -) منهم الشيخ
الطوسي في المبسوط ج ٣ ص ٧٢ ، وفي الخلاف : ج ٣ ص ٤٠٣ المسألة ١٤ ، وابن حزمه
في الوسيلة : ٢٧٦ ، وابن زهرة في الغنية : ٣٧٩ ، والسرائر والإيضاح واللمعة والتبصرة ،
وغيرها ، (كان المتّجه الإعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين) لأنّه أوّل زمان
ضمان المثل بقيمته عند تلفها (إلى زمان الإعواز) الذي هو بمنزلة التلف بالنسبة إلى
المثليّ المتعذّر ، وهذا هو مبنى الإحتمال الثاني المتقدّم آنفاً عن القواعد : ج ١ ص ٢٠٣ من
زمان أعلى القيم للمثلي المتعذّر من يوم تلف العين إلى زمان تعذّر المثل ؛ ولهذا قال
الشيخ رحمه الله : (وذكر هذا الوجه) العلامة (في القواعد ثاني الإحتمالات) ، وهذا تمام
الكلام في الإحتمالات المُبتنية على تبدّل المثليّ المستقرّ في الذمّة بالقيمي في يوم
الإعواز .

(وإن قلنا : إنّ الثالف) عطف على قوله : « فإن قلنا بالأوّل... الخ » ، يعني وإن
قلنا بالثاني وهو انقلاب الثالف المثلي حكماً من أوّل الأمر ، فيفرض كونه قيمياً بسبب
الإعواز فهذا الثالف (انقلب قيمياً) في الحكم فـ (احتمل الإعتبار بيوم الغصب
- كما في

القيميّ المغصوب - والإعتبار بالأعلى منه إلى يوم التلف ، وذكر هذا أوّل الإحتمالات في القواعد .

وإن قلنا : إنّ المشترك بين العين والمثل صار قيميّاً ، جاء احتمال الإعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم

القيميّ (الأصلي ، كالحیوان (المغصوب -) بناءً على ضمان الأعيان القيميّة بقيمتها يوم الغصب ، كما (و) يحتمل (الإعتبار بالأعلى منه) أي من يوم الغصب (إلى يوم التلف) بناءً على ضمان القيميّات بأعلى القيّم من يوم الغصب إلى يوم التلف ، (وذكر هذا) العلامة (أوّل الإحتمالات في القواعد) : ج ١ ص ٢٠٣ كما تقدّم ص ٥٧ ، كما ويحتمل في الغاصب أعلى القيّم من يوم الغصب إلى يوم الدفع وأداء القيمة إلى المغصوب منه : لأنّه يؤخذ بأشقّ الأحوال = سخت ترین.

(وإن قلنا : - هذا عطف على قوله : «فإن قلنا بالأوّل» - (إنّ المشترك بين العين والمثل صار قيميّاً) وهذا مبنى الإحتمال الثالث المذكور في القواعد ، وهو الضمان بالقيمة العليا من يوم الغصب إلى يوم التلف .

وحاصله: أنّ ضمان المثليّ المتعذر ليس هو العين بخصوصها حتّى تُضمن بقيمتها يوم الغصب أو يوم التلف ، ولا هو المثل بخصوصه حتّى يُضمن بقيمته يوم تلف العين أو يوم الإعواز الذي هو بحكم يوم التلف - في المثلي - ، بل المدار في ضمان هذا المثلي ، هو القيمة الجامعة بين قيمة العين ، وقيمة المثل ، وهو القدر المشترك بينهما المتّصف بالصفات الكلّيّة الجامعة لنوع التالف وصنّفه ، الموجبة لماليّة الشيء عرفاً . ومن المعلوم أنّ تعذر هذا القدر المشترك يتوقّف على إعواز جميع الأفراد للنوع والصنف ، وعلى هذا فيستقرّ في ذمّة الضامن الكلّي من هذا القدر المشترك ، وحينئذٍ (جاء احتمال الإعتبار) للضمان (بالأعلى من يوم الضمان) وهو يوم الغصب ، أو القبض في البيع الفاسد (إلى

تعذر المثل؛ لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان، إمّا للعين وإمّا للمثل، فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التلف، وهذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات.

واحتُمل الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب إلى دفع [«قيمة خد»] المثل. ووجهه في محكيّ التذكرة والإيضاح:

تعذر المثل؛ لاستمرار الضمان فيما قبله (أي قبل التعذر (من الزمان، إمّا للعين) نفسها قبل تلفها، (وإمّا للمثل) بعد تلف العين، (فهو)، أي هذا الاستمرار (مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التلف) الحكمي وهو إعواز المثل، (وهذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات) كما قلنا بقوله المتقدم ص ٥٧: «... الثالث: أقصى القيم من وقت الغصب إلى الإعواز».

كما (واحتُمل) على هذا المبنى - أعني ضمان القدر المشترك بين العين والمثل - (الإعتبار بالأعلى من يوم الغصب إلى دفع [«قيمة خد»] المثل) كذا في النسخة المصحّحة، وفي سائر النسخ: «دفع المثل»، والظاهر أنه سهو؛ إذ المفروض تعذر المثل، فالصواب في المتن إمّا تبديل لفظ المثل بـ «القيمة» أو تقدير لفظة «القيمة» إلى المثل كما في المصحّحة، وجعله في القواعد رابع الاحتمالات، حيث قال: «الرابع: أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة»^(١).

(ووجهه) أي ضمان أعلى القيم من يوم الغصب إلى أداء القيمة العلامة وولده فخرالدين (في محكيّ التذكرة): ج ١ ص ٣٨٣، (والإيضاح): ج ٢ ص ١٧٥

(١) راجع شرح الشهيدي «هداية الطالب» ص ٢٣٤، وشرح الأستاذ المروّج «هدى الطالب» ج ٣

بأنَّ المثل لا يسقط بالإعواز، قالوا : ألا ترى أنَّه لو صبر المالك إلى وجدان المثل، إستحقَّه؟ فالمصير إلى القيمة عند تغريمها، والقيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم.

وحاصله : أنَّ وجوب دفع قيمة المثل يُعتبر من زَمَن وجوبه إلى «أو خد» وجوب مُبدله - أعني العين - فيجب أعلى القيم منها، فافهم.

(بأنَّ المثل لا يسقط) عن ذمَّة الضامن (بالإعواز، قالوا : ألا ترى أنَّه لو صبر المالك) المضمون له، ولم يأخذ القيمة (إلى وجدان المثل، إستحقَّه؟ فالمصير إلى القيمة) إنَّما هو (عند تغريمها) بمطالبة المالك (والقيمة الواجبة) دفعها (على الغاصب) هي (أعلى القيم)، ثمَّ اختار هذا الإحتمال صريحاً فخر الدين بقوله - بعد ذكر مباني الإحتمالات الخمسة - «والأصح: الرابع».

(وحاصله) أي حاصل هذا التوجيه كما ذكر السيّد العاملي في مفتاح الكرامة: ج ٦ ص ٢٥٢ (أنَّ وجوب دفع قيمة المثل) وثبوتها في ذمَّة الغاصب أو القابض في البيع الفاسد، (يُعتبر) أي يلاحظ (من زَمَن وجوبه) أي وجوب الدفع بسبب الغصب أو القبض (إلى «أو خد» وجوب مُبدله - أعني العين -) أي عين المثل، لو فرض حصوله بعد ذلك، (فيجب أعلى القيم منها) أي من القيم - والأولى إسقاط لفظة «منها» كما في المفتاح -، (فافهم) لعلَّه إشارة إلى ضعف هذا الإحتمال؛ لأنَّ الثابت في الذمَّة - بعد تلف العين - إنَّما هو نفس المثل دون قيمته، كما قوَّاه الشيخ فيما تقدَّم ص ٥٢ ودون القدر المشترك بين العين والمثل الذي هو مبنى هذا الإحتمال؛ وذلك لأنَّ العين ما دامت موجودة كانت هي بخصوصها مملوكةً للمالك، وبعد تلفها يكون المثل مضموناً، ففي أيِّ زمان كان المشترك في ذمَّة الضامن حتَّى ينقلب إلى القيمة؟

هذا تمام الكلام في مباني الإحتمالات وبيان مأخذها.

إذا عرفت هذا، فاعلم: أَنَّ المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلي هو أَنَّهُ مع تعذُّر المثل لا يسقط المثل عن الذمَّة، غاية الأمر يجب إسقاطه مع مطالبة المالك، فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل، فلا عبرة بالقيمة إلا يوم الإسقاط وتفرغ الذمَّة. وأما على ما ذكرنا - من أَنَّ المتبادر من أدلة الضمان، التفرغ بالأقرب إلى التالف فالأقرب - كان المثل مُقَدِّماً مع تيسُّره، ومع تعذُّره ابتداءً كما في القيمي، أو بعد التمكن كما في ما نحن فيه، كان المتعيّن هو القيمة، فالقيمة قيمة للمغصوب من حين صار قيميّاً،

فـ (إذا عرفت هذا) إن شاء الله تعالى (فاعلم: أَنَّ المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلي) بلا خلاف كما تقدّم ص ٧ في الأمر الرابع، سواء في المغصوب أو المقبوض بالعقد الفاسد، أو في السَّلَم (هو أَنَّهُ مع تعذُّر المثل) وعدم وجدانه (لا يسقط المثل عن الذمَّة)، بل هو باقٍ فيها بحاله، (غاية الأمر يجب) على الضامن (إسقاطه) ببذله وهو القيمة (مع مطالبة المالك، فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل) أي حين الإسقاط، (فلا عبرة بالقيمة إلا يوم الإسقاط وتفرغ الذمَّة) وهذا هو الاحتمال الخامس المذكور في القواعد: ج ١ ص ٢٠٣، كما تقدّم ص ٥٧. (وأما على ما ذكرنا) في الأمر الرابع مفصلاً ص ٢٧ - (من أَنَّ المتبادر من أدلة الضمان) كإطلاق الضمان في الروايات، وكذا آية الإعتداء هو (التفرغ بالأقرب) مماثلاً (إلى التالف فالأقرب - كان المثل) - جواب قوله: «وأما بناءً - مُقَدِّماً مع تيسُّره) وإمكان تحصيله، (ومع تعذُّره ابتداءً كما) هو الحال (في القيمي، أو بعد التمكن كما في ما نحن فيه، كان المتعيّن) - جواب لقوله: «ومع تعذُّره المتضمّن للشرط - (هو القيمة) من باب بدل الحيلولة، (فالقيمة قيمة للمغصوب) في المثلي المتعذّر أو المقبوض في العقد الفاسد (من حين صار) المثل (قيميّاً،

وهو حال الإعواز ، فحال الإعواز معتبر من حيث أنه أول أزمة صيرورة التالف قيمياً ، لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين ، فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيمي توجه ما اختاره الحلّي رحمته الله .

ولو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من حيث الغصب إلى حين التلف - كما عليه جماعة من القدماء - توجه ضمانه في ما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإعواز ؛ إذ كما أنّ ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمونٌ بشرط تعذر أدائه المتدارك

وهو حال الإعواز ، فحال الإعواز) في المثلي حال يوم التلف في القيمي ، فهو (معتبر من حيث أنه أول أزمة صيرورة التالف قيمياً) ، ويلاحظ من هذه الجهة والحيثية ، (لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين) . وبعبارة أخرى: بعد تلف العين لا يلاحظ العين في المثلي أصلاً ، وإنّما يلاحظ المثل ، فما دام موجوداً فهو المضمون في الذمة ، وبعد الإعواز يتبدّل بالقيمة في هذا الزمان ، وعلى هذا (فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيمي توجه ما اختاره) ابن إدريس (الحلّي رحمته الله) في السرائر ج ٢ ص ٢٨٥ من اعتبار قيمة يوم التعذر في المثلي كما تقدّم ص ٥٩ .

(و) أمّا (لو) لم نقل في القيمي بضمان يوم التلف ، بل (قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف - كما عليه جماعة من القدماء -) تقدّمت أسماؤهم ص ٦٠ (توجه ضمانه) أي المثلي (في ما نحن فيه) أي في فرض تعذّره (بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإعواز) - الذي هو بمنزلة تلف العين في القيمي - والوجه في ذلك أنّ ذمة الضامن مشغولة في جميع هذا الزمان بأداء مال المالك ، كما قال الشيخ رحمته الله : (إذ كما أنّ ارتفاع القيمة) حتّى (مع بقاء العين مضمونٌ بشرط تعذر أدائه) الذي هو (المتدارك) لما في الذمة ، فقوله:

لارتفاع القيم ، كذلك بشرط تعذر المثل في المثلي ؛ إذ مع ردّ المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية ، وحيث كانت العين فيما نحن فيه مثلياً «مثلية خد» كان أداء مثلها عند تلفها ، كردّ عينها في إلغاء ارتفاع القيم ، فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين والمثل .

فإن قلنا : إن تعذر المثل يُسقط المثل كما أنّ تلف العين يُسقط العين -توجّه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى

المتدارك بصيغة اسم الفاعل وصفة للأداء ، ومعناه أنّ أداء العين يتدارك (لارتفاع القيم) لا محالة ، فـ(كذلك) نقول في المثلي بأعلى القيم من حين الغصب إلى يوم التعذر لكن (بشرط تعذر) تحصيل (المثل في المثلي ؛ إذ مع ردّ المثل) بنفسه (يرتفع ضمان القيمة السوقية) ، وأما مع عدم ردّه فيُضمن بالأعلى .

(و) إن قلت : فرق بين ردّ العين المغصوبة وبين ردّ مثلها ؛ إذ الأوّل عين الشيء المغصوب بخلاف ردّ المثل أو قيمته ، فإنّه ليس عين المال المغصوب ، فمن الممكن وجوب قيمة العين في القيمة يوم التلف ، ووجوب أعلى القيم في المثلي ، لا قيمة المثل في يوم تعذر المثل .

قلنا : لا فرق بين المقامين ، فإنّه (حيث كانت العين فيما نحن فيه مثلياً « مثلية خد » كان أداء مثلها عند تلفها ، كردّ عينها في إلغاء ارتفاع القيم) أي إلغاء أعلى القيم ، فكما أنّه لو ردّ العين في القيمي لم يكلف بأعلى القيم ، كذلك لو ردّ المثل ، (فاستقرار ارتفاع القيم) وأعلاها في الذمّة بالنسبة إلى المثلي (إنما يحصل بتلف العين والمثل) معاً .

(فإن قلنا : إنّ تعذر المثل) في المثلي (يُسقط المثل كما أنّ تلف العين) في القيمي (يُسقط العين -توجّه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى

زمان الإعواز ، وهو أصحّ الإحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل .
 وإن قلنا : إنَّ تعذّر المثل لا يسقط المثل وليس كتلف العين ، كان ارتفاع
 القيمة فيما بعد تعذّر المثل أيضاً مضموناً ، فيتوجّه ضمان القيمة من حين
 الغصب إلى حين دفع القيمة ، وهو المحكيّ عن الإيضاح ، وهو أوجه
 الإحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم ردّ العين أو المثل .

زمان الإعواز) والتعذّر الذي هو مثل تلف العين (وهو أصحّ الإحتمالات في المسألة
 عند الشافعية على ما قيل) والقائل هو العلامة في التذكرة : ج ٢ ص ٣٨٣^(١) .
 (وإن قلنا : إنَّ تعذّر المثل لا يسقط المثل وليس كتلف العين) حتّى
 يسقط المثل بالتعذّر كسقوط العين بتلفها (كان) المثل باقياً بحاله في العهدة ، فـ
 ارتفاع القيمة فيما بعد تعذّر المثل أيضاً مضموناً (كضمانه قبل التعذّر ، وحينئذٍ
) فيتوجّه ضمان القيمة من حين الغصب إلى حين (أداء ما في الذمّة وإفراغها
 بـ) دفع القيمة ، وهو المحكيّ عن (فخر الدين في (الإيضاح) : ج ٢ ص ١٧٥ ، نقله
 عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة : ج ٦ ص ٢٤٣ ، بقوله : والحاصل أنّي لم أجد مخالفاً
 منّا في ذلك «أي في وجوب القيمة يوم الأداء في المثليّ المتعذّر ، بل ولا متأملاً في هذا
 الباب إلّا قوله في الإيضاح : أنّ الإحتمال الرابع «وهو أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم
 دفع القيمة» أصحّ ، انتهى^(٢) .

(وهو أوجه الإحتمالات) الخمسة المتقدّمة ص ٥٧ (على القول بضمان
 ارتفاع القيمة مراعى بعدم ردّ العين أو المثل) ، وأمّا لو ردّ أحدهما في فرض إمكانه

(١) راجع مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٨٣ للشيخ محمّد الشربيني ط. مصر ١٣٧٧ هـ

(٢) راجع للإحتمالات المذكورة في القواعد والتذكرة ص ٥٧ من شرحنا.

ثُمَّ اعلم : أَنَّ العَلَامَةَ ذكر في عنوان هذه الإحتمالات : أَنَّهُ لو تلف المثلّي والمثل موجود ثَمَّ أعوز ، وظاهره اختصاص هذه الإحتمالات ، بما إذا طرأ تعذّر المثل بعد تيسّره في بعض أزمنة التلف ، لا ما تعذّر فيه المثل ابتداءً .
وعن جامع المقاصد : أَنَّهُ يتعيّن حينئذٍ قيمة يوم التلف ، ولعلّه لعدم تنجّز التكليف بالمثل عليه في وقت من الأوقات .
ويمكن أن يחדش فيه : بأنّ التمكن من

فلا يضمن ارتفاع القيمة.

هذا تمام الكلام في بيان حكم ضمان القيمة للعين المثلّيّة عند إعواز المثل.
(ثُمَّ اعلم : أَنَّ) مورد الكلام في ضمان قيمة المثلّي ، هو التعذّر العارضي الطارئ للمثل لا التعذّر الابتدائي البدوي وقت تلف العين ، فَإِنَّ (العَلَامَةَ ذكر) في القواعد ج ١ ص ٢٠٣ ، وكذا في التذكرة : ج ٢ ص ٣٨٣ (في عنوان هذه الإحتمالات :) ما يرجع إلى :
(أَنَّهُ لو تلف المثلّي والمثل موجود ثَمَّ أعوز ، وظاهره اختصاص هذه الإحتمالات ، بما إذا طرأ تعذّر المثل بعد تيسّره) وإمكان تحصيله (في بعض أزمنة التلف) أي تلف العين (لا ما تعذّر فيه المثل ابتداءً) بأن لم يوجد في السوق أصلاً يوم تلف العين .

(و) في مفتاح الكرامة : ج ٦ ص ٢٥٠ (عن جامع المقاصد) للمحقّق الكركي :
ج ٦ ص ٢٥٢ (أَنَّهُ يتعيّن حينئذٍ) أي حين التعذّر الابتدائي (قيمة يوم التلف) كالقيمي ، (ولعلّه) أي الحكم بتعيّن قيمة يوم التلف (لعدم تنجّز التكليف بالمثل عليه) أي على الضامن (في وقت من الأوقات) ، فبمجرّد التلف تشتغل ذمّته بقيمة العين في هذا اليوم ، كما هو الحال في القيميّ .

هذا ، (ويمكن أن يחדش فيه) أي في هذا التعليل (بأنّ التمكن من) تحصيل

المثل ليس بشرطٍ لحدوثه في الذمة ابتداءً ، كما لا يُشترط في استقراره إستدامةً ، على ما اعترف به مع طرؤ التعذر بعد التلف ؛ ولذا لم يذكر أحد هذا التفصيل في باب القرض .

وبالجملة ، فاشتغال الذمة بالمثل إن قُيدَ بالتمكّن ، لزم الحكم بارتفاعه بطرؤ التعذر ، وإلا لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من أول الأمر .

(المثل ليس بشرطٍ لحدوثه في الذمة ابتداءً ، كما) أن التمكن منه (لا يُشترط في استقراره) أي «المثل» في الذمة (إستدامةً ، على ما اعترف) المحقق الثاني (به مع طرؤ التعذر بعد التلف) بمعنى أنه لو كان تحصيل المثل بعد تلف العين ممكناً ، ثم تعذر بعد مدّة ، لا يوجب ذلك عدمَ اشتغال الذمة بالمثل حينئذٍ بانتقال ما في الذمة إلى القيمة بمجرد التعذر ، بل المثل باقٍ فيها بحاله إذا لم يطالب المالك القيمة كما تقدّم سابقاً ص ٥٢ .

(ولذا) أي ولأجل عدم دخل التمكن ابتداءً من المثل في اشتغال الذمة به (لم يذكر أحد) من الفقهاء (هذا التفصيل) بين وجود المثل عند تلف العين ، وبين عدم وجوده (في باب القرض) بأن يقال بثبوت المثل في ذمة المقترض مع الوجود ، وبثبوت قيمة العين مع عدم الوجود ، بل أطلقوا القول : بأن العين المقترضة إن كان مثلياً ثبت مثلها في الذمة ، وإن كان قيميّاً ثبت قيمتها .

(وبالجملة ،) - وخلاصة الخدشة - (فاشتغال الذمة بالمثل إن قُيدَ بالتمكّن) من تحصيله في الابتداء (لزم الحكم بارتفاعه) أي ارتفاع الإشتغال (بطرؤ التعذر) في الإستدامة أيضاً بمعنى أنه بمجرد التعذر في أي وقت ، تنتقل الذمة من المثل إلى القيمة ، (وإلا) أي وإن لم نقل بارتفاعه عند التعذر - كما هو مختار الأكثر على ما تقدّم ص ٥٢ - (لزم الحكم بحدوثه) أي بحدوث الإشتغال بالمثل (مع التعذر من أول الأمر) ، والحاصل : أن التعذر إن كان موجباً لانتقال المثل الى القيمة ،

إلا أن يقال : إن أدلة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكن ، وإن لم يكن مشروطاً به عقلاً ، فلا تعم صورة العجز .

نعم ، إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل وانقلابه قيمياً .
وقد يقال على المحقق المذكور : أن اللازم مما ذكره أنه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة لم يكن له المطالبة ، ولا أظن أحداً يلتزمه ، وفيه تأمل .

فلا فرق فيه بين الإبتداء والإستدامة ، فلو قلنا به في الإبتداء فلا بد وأن نقول به في الإستدامة أيضاً ، والمفروض أننا لا نقول به في الثاني ، فلا نقول به في الأول أيضاً - أعني تعذر المثل في الإبتداء -

(إلا أن يقال :) بوجود الفرق بين المقامين ، **ف (إن أدلة وجوب المثل)** في ذمة الضامن **(ظاهرة في)** - في مقام الإثبات - **(صورة التمكن)** من أدائه ، **(وإن لم يكن)** في مقام الثبوت ، والواقع **(مشروطاً به) « التمكن » (عقلاً)** ولا عرفاً ، وعلى هذا **(فلا تعم)** تلك الأدلة **(صورة العجز)** عن تحصيل المثل ابتداءً .

(نعم ، إذا طرأ العجز) عن تحصيله بعد إمكانه في بعض الأوقات - بعد تلف العين - **(ف)** هنا **(لا دليل على سقوط المثل)** عن الذمة **(وانقلابه قيمياً)** ، بل مقتضى الإستصحاب بقاءه بحاله ، ولعلّ هذا الفرق بين المقامين هو الوجه في ذهاب المحقق الكركي رحمته إلى تبدل الذمة من المثل إلى القيمة في التعذر الإبتدائي ، وعدم تبدلها في التعذر الطارئ .

(وقد يقال) بالإيراد النقضي **(على المحقق المذكور)** - الكركي ، والقائل هو صاحب الجواهر ج ٣٧ ص ٩٧ الغصب - **(أن اللازم مما ذكره)** في جامع المقاصد ج ٦ ، ص ٢٥٢ **(أنه لو ظفر المالك بالمثل)** أحياناً **(قبل أخذ القيمة)** من الضامن **(لم يكن له المطالبة)** به ؛ وذلك لفرض تبدل الذمة من المثل إلى القيمة بالتعذر الإبتدائي ، **(ولا أظن أحداً يلتزمه ، وفيه)** أي في هذا الإعتراض على المحقق الكركي **(تأمل)** ؛

ثُمَّ إِنَّ المحْكِيَّ عن التذكرة : أَنَّ المراد بإعواز المثل : أن لا يوجد في البلد وما حوله .

وزاد في المسالك قوله : مِمَّا يُنْقَلُ عَادَةً مِنْهُ إِلَيْهِ ، كما ذكروا في انقطاع المُسَلِّمِ فِيهِ .

وعن جامع المقاصد : الرجوع فيه إلى العرف .
ويمكن أن يقال : إِنَّ مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس

وذلك لاحتمال أن يكون مراده من تعيين القيمة في صورة تعدُّر المثل إبتداءً ، تعيُّنها ما دام المثل متعذراً ، ولا ينافي هذا وجوب المثل في صورة التمكن منه ؛ لأنَّ فعلية كلِّ حكم مشروطة بتحقق موضوعه ، وبهذا يسلم كلام المحقِّق الكركي عن نقض صاحب الجواهر رحمته الله .

(ثُمَّ) إِنَّه يقع الكلام في ما هو المناط في مكان تعدُّر المثل في المثلي ، هل هو فقدانه في جميع البلدان ، أو في خصوص بلد تلف العين ، أو منوطٌ بنظر العرف فـ (إِنَّ المحْكِيَّ) في جامع المقاصد : ج ٦ ص ٢٤٧ (عن التذكرة) : ج ٢ ص ٣٨٣ (أَنَّ المراد بإعواز المثل : أن لا يوجد في البلد وما حوله) فلا اعتبار بوجوده في سائر البلاد ، وإن لم يكن في نقله مشقَّة .

(وزاد) عليه الشهيد الثاني (في المسالك) : ج ١٢ ص ١٨٣ (قوله : مِمَّا يُنْقَلُ عَادَةً مِنْهُ إِلَيْهِ ، كما ذكروا في انقطاع المُسَلِّمِ فِيهِ) وعدم وجدانه في بلد البائع وما حوله ، فلا اعتبار بوجدانه في بلد لا يُنْقَلُ مِنْهُ إِلَى بلد البيع إِلَّا بعُسْر ومشقَّة .

(و) في الجواهر : ج ٣٧ ص ٩٦ (عن جامع المقاصد) : ج ٦ ص ٢٤٥ للمحقِّق الكركي (الرجوع فيه) أي في الإعواز والتعذُّر (إلى العرف) حيث قال - بعد نقل كلام التذكرة - والظاهر أَنَّ المرجع فيه إلى العرف ، انتهى .

(ويمكن أن يقال : إِنَّ مقتضى عموم) أدلَّة (وجوب أداء مال الناس)

وتسليطهم على أموالهم - أعياناً كانت أم في الذمة - وجوب تحصيل المثل - كما كان يجب ردّ العين أينما كانت - ولو كانت في تحصيله مؤونة كثيرة ، ولذا كان يجب تحصيل المثل بأيّ ثمن كان ، وليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة .
نعم ، لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند

كالمروّي عن العبد الصالح عليه السلام في حديث الأنفال: «... أن الغصب كلّ مردود»^(١) ،
(وتسليطهم على أموالهم) كقوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم»^(٢) (- أعياناً كانت) الأموال (أم في الذمة -) كالمثل والقيمة فلا تختصّ بنفس المغصوب هو (وجوب تحصيل المثل) وإن كان من البلاد النائية؛ وذلك لعدم اختصاص المال بنفس المغصوب ، فيجب ردّ المثل أو القيمة (- كما كان يجب ردّ العين أينما كانت - ولو كانت في تحصيله مؤونة كثيرة) كما تقدّم في الأمر الخامس ص ٤٥ ، (ولذا) أي ولأجل اقتضاء عموم الأدلة وجوب المثل (كان يجب تحصيل المثل) في فرض وجوده في البلد (بأيّ ثمن كان) ، فكذا يجب تحصيله في أي بلد يوجد حتّى بمؤونة زائدة ، (وليس هنا تحديد التكليف) وتخصيصه (بما عن التذكرة) ببطل التلف وما حوله .

أقول: ويحتمل أن يكون مراد العلامة من كلامه في التذكرة: أنّه مع فرض عدم وجود المثل في البلد وما حوله ، جواز مطالبة المالك بالقيمة حينئذٍ لا عدم وجوب المثل على الضامن ، فلا ينقلب المثل قيمياً بهذا الفقدان ، لكنّه يجوز للمالك مطالبة قيمة المثل في البلد النائي الذي يوجد فيه وإن كانت أكثر من قيمة بلد التلف وما حوله .
(نعم ، لو انعقد الإجماع على) تبدّل الضمان عن المثل و (ثبوت القيمة عند

(١) الوسائل ج ٦ ص ٣٦٥ الأنفال وج ١٧ ص ٣٠٩ الغصب .

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ . عوالي اللئالي ج ١ ص ٢٢٢ و ٤٥٧ .

الإعواز تعيّن ما عن جامع المقاصد ، كما أنّ المجمعين إذا كانوا بين معبّر بإعواز ومعبّر بالتعذر كان المتيقّن الرجوع إلى الأخص - وهو المتعذر - لأنّه المجمع عليه .

نعم ، وُرد في بعض أخبار السّلم : أنّه إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه تخيّر المشتري .

الإعواز تعيّن ما عن جامع المقاصد (ج ٦ ص ٢٤٥ من الرجوع في معنى الإعواز إلى العرف؛ لأنّه الحاكم في بيان مفاهيم الألفاظ الواقعة في معاهد الإجماعات ، وحينئذ يكون الإجماع مخصّصاً لعموم وجوب أداء مال الناس وتسليطهم على أموالهم ، فتختصّ سلطنة المالك على المطالبة بالمثل ، بما إذا كان موجوداً في البلد وما حوله (كما أنّ) الفقهاء (المجمعين) على ثبوت القيمة في القيمي المتعذر (إذا كانوا بين معبّر بإعواز) = نايب (ومعبّر بالتعذر) = غير ممكن (كان المتيقّن الرجوع إلى الأخص - وهو المتعذر - لأنّه المجمع عليه) إذ التعذر يتحقّق بعدم إمكان التحصيل أصلاً وفي جميع البلاد ، ولكنّ الإعواز يتحقّق بعدم تحصيله في البلد وما حوله ، فعند الإعواز يجب المثل أيضاً وعند التعذر تجب القيمة .

ثمّ استدرك الشيخ رحمه الله على ما أفاده من تعيّن إرادة التعذر الذي هو الأخص من الإعواز بقوله :

(نعم) يستفاد من بعض الأخبار أنّ المراد من التعذر ليس فقد المثل أصلاً ، وفي جميع البلاد ، بل المراد منه التعذر العرفي المساوق للإعواز ، فقد (وُرد في بعض أخبار السّلم : أنّه إذا لم يقدر المسلم إليه) وهو البائع (على إيفاء المسلم فيه) وهو المبيع إلى المشتري (تخيّر المشتري) بين فسخ بيع السّلم والانتظار إلى أن يتمكن البائع من تسليم المبيع ، ففي وثيقة عبدالله بن بكير ، قال : سألت أبا عبدالله رحمه الله عن رجل

ومن المعلوم: أنَّ المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلي المتوقّف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفاً ما عن التذكرة، وهذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

أسلف في شيء يسلف الناس فيه من الثمار، فذهب زمانها ولم يستوف سلفه. قال: «فليأخذ رأس ماله أو لينظره»^(١).

وفي صحيحة الحلبي أو حسنته بإبراهيم بن هاشم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سُئِلَ عن الرجل يسلم في الغنم ثنيان وجذعان وغير ذلك إلى أجل مسمّى، قال: لا بأس، إن لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه أن يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها، ويأخذ رأس مال ما بقي من الغنم، دراهم، ويأخذ دون شروطهم ولا يأخذون فوق شرطهم، والأكيسة أيضاً مثل الحنطة والشعير والزعفران والغنم»^(٢). وبمضمونها صحيحته الأخرى عنه عليه السلام أيضاً^(٣).

(ومن المعلوم: أنَّ المراد بعدم القدرة) الذي ورد في هذا الخبر وغيره (ليس التعذر العقلي المتوقّف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفاً) هو (ما) تقدّم آنفاً (عن التذكرة) والمسالك من عدم الوجدان في البلد وما حوله ممّا يُنقل منه إليه عادة (وهذا) المعنى وإن ورد في باب السّلم، إلّا أنّه (يستأنس به للحكم فيما نحن فيه)، أي التعذر في المثلي المقبوض بالبيع الفاسد التالف في يد المشتري، وقد تقدّم ص ٧١ - في كلام الشهيد في المسالك - جعل التعذر في كلا المقيمين من وادٍ واحد.

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٧٢ السلف.

(٢) الوسائل ج ١٣ ص ٤٨.

(٣) المصدر ح ٧، راجع باقي روايات الباب ١١.

ثُمَّ إِنَّ فِي مَعْرِفَةِ قِيَمَةِ الْمَثَلِ مَعَ فَرْضِ عَدَمِهِ إِشْكَالًا؛ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْعِبْرَةَ بِفَرْضِ وَجُودِهِ وَلَوْ فِي غَايَةِ الْعَزَّةِ -كَالْفَاكِهِةِ فِي أَوَّلِ زَمَانِهَا أَوْ آخِرِهِ - أَوْ وَجُودِ الْمَتَوَسِّطِ؟ الظَّاهِرُ هُوَ الْأَوَّلُ، لَكِنْ مَعَ فَرْضِ وَجُودِهِ بِحَيْثُ يُرْغَبُ فِي بَيْعِهِ وَشِرَائِهِ، فَلَا عِبْرَةَ بِفَرْضِ وَجُودِهِ عِنْدَ مَنْ يَسْتَغْنِي عَنْ بَيْعِهِ بِحَيْثُ لَا يَبِيعُهُ إِلَّا إِذَا بُدِّلَ لَهُ عَوْضٌ لَا يَبْذُلُهُ الرَّاعِبُونَ فِي هَذَا الْجِنْسِ بِمَقْتَضَى رَغْبَتِهِمْ، نَعَمْ، لَوْ أُلْجِيَءَ إِلَى شِرَائِهِ لِفَرْضِ آخَرِ بُدِّلَ ذَلِكَ،

(ثُمَّ إِنَّ فِي مَعْرِفَةِ قِيَمَةِ الْمَثَلِ مَعَ فَرْضِ) وَجُودِهِ فِي السُّوقِ، فَلَا إِشْكَالَ، وَأَمَّا مَعَ فَرْضِ (عَدَمِهِ) -كَمَا هُوَ الْمَفْرُوضُ - فَإِنَّ فِي مَعْرِفَتِهَا (إِشْكَالًا؛ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْعِبْرَةَ) فِي تَقْوِيمِهِ هَلْ هُوَ (بِفَرْضِ وَجُودِهِ وَلَوْ فِي غَايَةِ الْعَزَّةِ) وَالنَّدْرَةِ (-كَالْفَاكِهِةِ فِي أَوَّلِ زَمَانِهَا أَوْ آخِرِهِ -) إِذْ مِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّهُ فِي أَعْلَى الْقِيَمَةِ السُّوقِيَّةِ وَأَغْلَاهَا، كَبِيعِ الْبَرْتَقَالِ كِيلُو أَلْفِ تَوْمانَ فِي زَمَانِنَا، (أَوْ) الْعِبْرَةَ بِفَرْضِ (وَجُودِ الْمَتَوَسِّطِ؟) أَيِ بَيْنِ زَمَانِي الْعَزَّةِ، وَزَمَانِ وَفُورِهِ وَكَثَرَتِهِ، فَهَذَا هُوَ الْمَلَاكُ فِي الْقِيَمَةِ الْمَضْمُونَةِ عَلَى الضَّامِنِ، (الظَّاهِرُ هُوَ الْأَوَّلُ) وَهُوَ كَوْنُ الْعِبْرَةِ فِي الضَّمَانِ بِقِيَمَةِ الْمَثَلِ فِي زَمَانِ الْعَزَّةِ وَارْتِفَاعِ الْقِيَمَةِ، فَهُوَ الْمَضْمُونُ، لِأَنَّهُ مَا دَامَ الْمَثَلُ مَوْجُودًا كَانَ هُوَ الْمَضْمُونُ فِي الذِّمَّةِ الَّذِي يَجِبُ أَدَائُهُ، وَيَنْقَلِبُ إِلَى الْقِيَمَةِ فِي آخِرِ يَوْمٍ يَوْجَدُ فِي السُّوقِ، فَهَذَا الْيَوْمُ هُوَ الْمَلَاكُ فِي تَقْدِيرِ الْقِيَمَةِ لَا مُحَالَةٍ، (لَكِنْ) لَا مُطْلَقًا، بَلْ (مَعَ فَرْضِ وَجُودِهِ بِحَيْثُ يُرْغَبُ) كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ (فِي بَيْعِهِ وَشِرَائِهِ)، فَيَبْذُلُونَ تِلْكَ الْقِيَمَةَ لِتَحْصِيلِهِ، وَعَلَى هَذَا (فَلَا عِبْرَةَ بِفَرْضِ وَجُودِهِ) النَّادِرُ (عِنْدَ مَنْ يَسْتَغْنِي عَنْ بَيْعِهِ) وَتَكُونُ قِيَمَتُهُ حِينَئِذٍ مُجْهِدًا (بِحَيْثُ لَا يَبِيعُهُ) مَا لَكَهْ (إِلَّا إِذَا بُدِّلَ لَهُ عَوْضٌ لَا يَبْذُلُهُ الرَّاعِبُونَ) الْعُقَلَاءُ (فِي هَذَا الْجِنْسِ) حَتَّى (بِمَقْتَضَى رَغْبَتِهِمْ) وَإِنْ كَانُوا مُشْتَرِينَ مُتَرْفِينَ، الَّذِينَ يُعْبَرُ عَنْهُمْ فِي عَرَفِ الْعَوَامِ بِالْفَارَسِيَّةِ بـ«خِر پول». (نَعَمْ، لَوْ أُلْجِيَءَ) إِنْسَانٌ وَاضْطُرَّ (إِلَى شِرَائِهِ لِفَرْضِ آخَرِ بُدِّلَ ذَلِكَ)

كما لو فُرض الجَمَد في الصيف عند ملك العراق ، بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله بإزاء عتاق الخيل وشبهها ، فإنّ الراغب في الجَمَد في العراق من حيث أنّه راغبٌ لا يَبْذِلُ هذا العوض بإزائه ، وإنّما يَبْذِلُهُ مَنْ يَحْتَاجُ إليه لغرضٍ آخر ، كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلاً ، أو معالجة مشرفٍ على الهلاك به ، ونحو ذلك من الأغراض ؛ ولذا لو وُجد هذا الفرد من المثل لم يقدح في صدق التعدُّر كما ذكرنا في المسألة الخامسة .

فكلّ موجودٍ لا يقدح وجوده في صدق التعدُّر فلا عبرة

السعر الكثير الذي هو أغلى من سعر يوم العزّة (كما لو فُرض) وجود الثلج و (الجَمَد في الصيف عند ملك العراق ، بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله) أي الجَمَد (بإزاء عتاق) جمع عتيق ، وهو جِياد (الخيول) = اسب نِزاد نجيب وأصيل (وشبهها) ، كالجواهر والدُّرر الثمينة والأحجار الكريمة ، والوجه في عدم العبرة بمثل هذا الوجود ؛ (فإنّ الراغب في الجَمَد في العراق من حيث أنّه راغبٌ) على الوجه المتعارف (لا يَبْذِلُ هذا العوض بإزائه ، وإنّما يَبْذِلُهُ مَنْ يَحْتَاجُ إليه لغرضٍ آخر) غير متعارف (كالإهداء إلى سلطان) وحاكم لبلد آخر (قادم إلى العراق مثلاً ، أو معالجة) مريضٍ (مشرفٍ على الهلاك به) أي بالجَمَد (ونحو ذلك من الأغراض ؛ ولذا) أي ولاجل فرض وجود المثل على النحو المتعارف (لو وُجد هذا الفرد من المثل لم يقدح في صدق التعدُّر) فلذلك يقال: النادر كالمعدوم ، (كما ذكرنا في المسألة الخامسة) ص ٣٥ من فرض جود المثل عند مَنْ يُعْطِيهِ بأزيد ممّا يرغب فيه الناس ، من أنّه كالمعدوم ، ولذا تردّد العلامة في التذكرة: ج ٢ ص ٣٨٤ ، والسيد العاملي في مفتاح الكرامة: ج ٦ ص ٢٥٤ في وجوب الشراء في مثل هذا المورد .

وبالجملة (فكلّ موجودٍ لا يقدح وجوده في صدق التعدُّر) عرفاً (فلا عبرة

بفرض وجوده في التقويم عند عدمه .

ثُمَّ إِنَّكَ قد عرفت أَنَّ للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تَمَكُّنْه ولو كان في غير بلد الضمان وكان قيمة المثل هناك أَزِيدَ ، وَأَمَّا مع تَعَدُّره وكون قيمة المثل في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبة ، فهل له المطالبة بأعلى القيمتين ، أَمْ يَتَعَيَّن قيمة بلد المطالبة ، أَمْ بلد التلف؟ وجوه .

بفرض وجوده في التقويم عند عدمه (أي عدم المثل ، فَمِثْل هذا الوجود وعدمه سَيَّان في صدق تحقق التعذر .

(ثُمَّ إِنَّكَ قد عرفت) في آخر المسألة الخامسة ص ٤٦ (أَنَّ للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تَمَكُّنْه) من تحصيله وأدائه (ولو كان) الطلب (في غير بلد الضمان وكان قيمة المثل هناك أَزِيدَ)؛ وذلك لاشتغال الذمة بالمثل في المثلي عند تلف العين ، فلا بدّ من أدائه إلى المالك من دون لحاظ قيمته ، (وَأَمَّا مع تَعَدُّره) وتبدّل الضمان إلى القيمة (وكون قيمة المثل في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبة) كما إذا كان التلف في قم وطلب المالك قيمة المثل المتعذر بمكّة المكرّمة وقيّمته هناك أكثر من قم أو أقلّ (فهل له المطالبة بأعلى القيمتين) من قم ومن مكّة في مثالنا ، (أَمْ يَتَعَيَّن قيمة بلد المطالبة ، أَمْ بلد التلف؟ وجوه) ثلاثة ، ووجه الإحتمال الأوّل هو بقاء المثل في ذمّة الضامن - بعد تلف العين - إلى زمان المطالبة ، فما لم يطالب المالك القيمة كان المثل باقياً في الذمّة بحاله ، فعلى القول بضمان ارتفاع القيمة؛ لأنّ المضمون لا يسقط بالإعواز - كما تقدّم ص ٦٢ في توجيه العلامة وولده فخر الدين هذا الإحتمال - فللمالك أعلى القيمتين ، ووجه الإحتمال الثاني - أعني تعيين قيمة بلد المطالبة - هو تبدّل المثل بالقيمة عند الطلب ، فله قيمة وقت الطلب ومكانه ، ووجه الإحتمال الثالث - أعني تعيين قيمة بلد التلف - هو استحقاق المالك للقيمة حين التلف؛ إذ المفروض تعذر المثل ، فله مطالبة بقيّمته في بلد التلف ، فتدبرّ .

وفصل الشيخ في المبسوط - في باب الغصب -: بأنه إن لم يكن في نقله مؤونة كالنقدين فله المطالبة بالمثل ، سواء أكانت القيمتان مختلفتين أم لا ؟ وإن كان في نقله مؤونة ، فإن كانت القيمتان متساويين كان له المطالبة أيضاً ، لأنه لا ضرر عليه في ذلك ، وإلا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتى يوقيه بذلك البلد ، ثم قال : إن الكلام في القرض كالقلم

(وفصل الشيخ) الطوسي (في المبسوط) ج ٣ ص ٧٦ (- في باب الغصب -: بأنه) مع فرض وجود المثل في بعض البلاد (إن لم يكن في نقله) أي نقل مثل المغصوب (مؤونة كالنقدين فله المطالبة بالمثل ، سواء أكانت القيمتان) أي في بلد الغصب وبلد المطالبة (مختلفتين أم لا ؟) ؛ وذلك لأن المفروض أن ذمة الضامن مشغولة بالمثل ، وهو موجود وليس بمتعذر (وإن كان في نقله مؤونة) كالحنطة والحبوبات ، (فإن كانت القيمتان متساويين) بأن كانت الحنطة في بلد الغصب ، وكذا في بلد المطالبة كل كيلو منها بمائة تومان (كان له المطالبة أيضاً) بالمثل كالقرض الأول الذي لم يتوقف نقل المثل من بلد الغصب على مؤونة ؛ وذلك (لأنه لا ضرر عليه) أي على الضامن (في ذلك) أي في تحصيل المثل ، وإن كان عليه مؤونة النقل ، لكنه ضامن لها لفرض وجوب أداء المثل عليه ما دام متمكناً كما ذكرنا .

(وإلا) أي وإن لم تكن القيمتان متساويتين بأن كانت الحنطة في بلد التلف مائة تومان ، وفي بلد المطالبة مائة وخمسين ، (فالحكم أن يأخذ) المالك (قيمة بلد التلف) وليس على الضامن قيمة بلد المطالبة ، أو نقل المثل من بلد التلف إلى بلد المطالبة ، فإما أن يأخذ المالك قيمة بلد التلف (أو يصبر حتى يوقيه) الضامن بنفس المثل (بذلك البلد) الذي طلبه منه .

(ثم قال) الشيخ الطوسي في المبسوط : (إن الكلام في القرض كالقلم

في الغصب .

وحكي نحو هذا عن القاضي أيضاً ، فتدبر .

ويمكن أن يقال : إنَّ الحكم باعتبار بلد القرض أو السَّلَم - على القول به مع الإطلاق - لانصراف العقد إليه ، وليس في باب الضمان ما يوجب هذا الإنصراف .

(في الغصب) بخلاف السَّلَم ، فليس للمشتري مطالبة المسلم فيه - ولا بدَّكّه - في غير بلد العقد ، سواء أكان لنقله مؤونة أم لا ، انتهى كلام المبسوط .

(وحكي) في الجواهر: ج ٣٧ ص ٩٨ (نحو هذا) التفصيل الذي ذكره المبسوط (عن القاضي) ابن البرّاج (أيضاً) في المهذب ج ١ ص ٤٤٣ (فتدبر) لعلّه إشارة إلى أن كلام المبسوط ليس مرتبطاً بالمقام؛ لأنَّ التفصيل المذكور فيه والشقوق الثلاثة مختصّ بصورة وجود المثل في بلد التلف وبلد المطالبة معاً ، ومورد البحث فيما نحن فيه هو تعذر المثل فيهما ، فكان الأنسب نقل كلامه في ذيل الأمر الخامس ، كما صنعه صاحب الجواهر: ج ٣٧ ص ٩٨ ونقله مختصراً .

(ويمكن أن) يناقش في إجراء حكم الغصب - بشقوقه الثلاثة - على القرض ، فد (يقال : إنَّ الحكم) فيه وفي السَّلَم إنّما هو (باعتبار بلد القرض أو السَّلَم - على القول به) أي ببلدهما (مع الإطلاق -) عند العقد وعدم تعيين محلّ الأداء والتسليم - فليس للمالك المطالبة بالقرض ، أو المبيع المسلم فيه في أي بلد شاء - بخلاف الغصب والمقبوض بالعقد الفاسد؛ وذلك (لانصراف) إطلاق (العقد إليه) يعني انصراف عقدي القرض والسَّلَم إلى بلدهما الذي وقعا فيه . هذا (وليس في باب) مطلق (الضمان) كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد (ما يوجب هذا الإنصراف) لانتفاء موضوعه - أعني العقد - فالفارق بين الغصب وبين القرض والسَّلَم فقدان الإنصراف في

بقي الكلام في أنه هل يُعَدُّ من تعذّر المثل خروجه عن القيمة - كالماء على الشاطئ إذا أُلْتَفِه في مفازة ، والجَمَد في الشتاء إذا أُلْتَفِه في الصيف - أم لا ؟ الأقوى بل المتعين هو الأول ، بل حُكي عن بعض نسبته إلى الأصحاب وغيرهم .

والمصرّح به في محكيّ التذكرة والإيضاح والدروس : قيمة المثل في تلك المفازة . ويحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المائيّة .

الأول بخلاف القرض والسَّلَم ، فإنّ مقتضى الإطلاق انصراف وجوب الأداء والتسليم إلى بلد العقد ، كما ذكرنا .

(بقي الكلام في أنه هل يُعَدُّ من تعذّر المثل) موضوعاً ، أو يلحق به حكماً (خروجه) « المثل » (عن القيمة - كالماء على الشاطئ) للنهر (إذا أُلْتَفِه في مفازة) ، وهي الفلاة الفاقدة للماء = يبابان ودشت ، (والجَمَد) أي الثلج (في الشتاء) البارد (إذا أُلْتَفِه في) حرّ (الصيف - أم لا ؟ الأقوى بل المتعين هو الأول) وهو عدّ هذه الموارد من تعذّر المثل ولزوم القيمة على الضامن ؛ وذلك لأنّ المماثلة المعتبرة في ضمان المثليّ هي المماثلة في المائيّة والحقيقة معاً ، ولا مماثلة في المائيّة هنا أصلاً ، فيجب على الضامن القيمة ، (بل حُكي) في مفتاح الكرامة : ج ٦ ص ٢٥٢ (عن بعض) وهو المحقّق الكركي في جامع المقاصد : ج ٦ ص ٢٥٨ (نسبته إلى الأصحاب وغيرهم .

والمصرّح به) عن العلّامة (في محكيّ التذكرة) : ج ٢ ص ٣٨٣ ، (و) كذا عن فخر الدين في (الإيضاح) : ج ٢ ص ١٧٧ (و) الشهيد الأوّل في (الدروس) : ج ٣ ص ١١٣ ، هو ضمان (قيمة المثل في تلك المفازة) التي أُلْتَفِه فيها ، وكذا قيمة الجَمَد في حرّ الصيف الذي أُلْتَفِه فيه ، وهذا هو مقتضى العدل والإنصاف .

(ويحتمل) ضمان (آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المائيّة) ،

« فرع »

لو دَفَعَ القيمة في المثلي «المثل خد» المتعذر مثله ثم تمكّن من المثل ،
فالظاهر عدم عود المثل في ذمته ؛ وفاقاً للعلامة رحمته الله

فالمدر في الضمان بقيمة المثل في آخر زمانٍ أو مكانٍ يكون ذا قيمة بحيث سَقَطَ بعد ذلك عن المائيّة ، مثلاً إذا كانت قيمة الماء في المفازة ألف تومان وتوجّها إلى نحو العمارة والبلد أو النهر ، وتنزّلت قيمته إلى مائة تومان لقرب الشاطئ ولم تقلّ عن هذا السعر بعدها إلى أن سقط الماء عن المائيّة بالكليّة ، فالمدر هو مائة تومان ، وكذا الحال في إتلاف الجَمَد ، فإذا كانت قيمته في حرّ الصيف ألف تومان ، وتنزّلت القيمة في آخر فصل الخريف شيئاً فشيئاً إلى أن وصلت إلى خمسين تومان ، ثم سقطت عن المائيّة بحيث لا يُسَوَّى شيئاً ، فالمدر هو الخمسون.

أقول: ويردّ هذا الإحتمال: أنَّ الأوصاف الحقيقيّة للأشياء أو الاعتباريّة كالزمان والمكان ، أو الإضافيّة إلى الأشخاص والخصوصيّات كلّ ذلك مضمونة على الضامن لوقوعها تحت يده وفي اختياره وقد أتلّفها على المالك ، فلا بدّ من ردّها بالمثل أو القيمة ، ولا سيّما في المغصوب والمأخوذ بالعقد الفاسد - الذي هو محلّ الكلام - فتدبرّ.

قال سعدی:

سَلِ الْمَصْنَعِ رَكْباً تَسِيرُ فِي الْفُلُوتِ (١) تو قدر آب چه دانی که در کنار فراتی

(« فرع » : لو دَفَعَ) الضامن للمالك (القيمة في المثلي) كذا في بعض النسخ ،

وفي الأكثر (« المثل خد » المتعذر مثله ثم تمكّن) بعد ذلك (من المثل) نفسه

(فالظاهر عدم عود المثل في ذمته ؛ وفاقاً للعلامة رحمته الله) في القواعد:

(١) مصانع - جمع مصنع - بركة = جای جمع آب باران، ركب: قافله = کاروان.

ومن تأخر عنه ممن تعرّض للمسألة: لأنّ المثل كان ديناً في الذمة سقط بأداء عوضه مع التراضي فلا يعود، كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده .
 هذا على المختار، من عدم سقوط المثل عن الذمة بالإعواز، وأما على القول بسقوطه وانقلابه قيمياً، فإن قلنا: بأنّ المغصوب انقلب قيمياً عند تعذر مثله، فأولى بالسقوط: لأنّ المدفوع نفس ما في الذمة .

ج ١ ص ٣٠٤، والتذكرة: ج ٢ ص ٣٨٤ (ومن تأخر عنه ممن تعرّض للمسألة) كالشاهد الأول في الدروس: ج ٣ ص ١١٣، والمحقّق الكرّكي في جامع المقاصد: ج ٦ ص ٢٥٥، والشاهد الثاني في المسالك: ج ١٢ ص ١٨٤، والوجه في ذلك (لأنّ المثل كان ديناً) ثابتاً (في الذمة) على المشهور إلى زمان دفع القيمة إلى المالك، ولا دليل على سقوطه بنفس التعذر، كما تقدّم في أوائل هذا الأمر السادس ص ٥٢، لكنّه قد (سقط بأداء عوضه مع التراضي) وطلب المالك القيمة، كما إذا تراضى المقرض والمقرض في المثلي بقيمة توافقيّة، أو البائع والمشتري في بيع السّلم. إذن (فلا يعود) المثل إلى ذمّة الضامن، (كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده) أي وجود المثل، وعدم تعذّره. قال الشاعر الفارسي:

چه سود آنکه که ماهی مرده باشد که باز آید بجوی رفته آبی

(هذا على المختار، من عدم سقوط المثل عن الذمة بالإعواز) كما ذكرنا (وأما على القول بسقوطه) أي المثل المتعذر عن الذمة بسبب التعذر (وانقلابه قيمياً)، فإما أن نقول: بأنّ المثل إنقلب قيمياً بمجرد التعذر، فالمغصوب المثلي كأنه يصير قيمياً من الأصل، وإما أن نقول: بأنّ نفس المثل بسبب التعذر -الذي هو كتلف العين - صار مثلياً بعد مضيّ زمانٍ من كونه مثلياً، كما تقدّم هذان الإحتمالان ص ٥٨ .
 (فإن قلنا) بالأوّل و (بأنّ المغصوب انقلب قيمياً عند تعذر مثله، فأولى بالسقوط) بدفع القيمة إلى المالك؛ (لأنّ المدفوع نفس ما) كان ثابتاً (في الذمة)؛

وإن قلنا: إنّ المثل بتعذّره - النازل منزلة التلف - صار قيميّاً، احتمل وجوب المثل عند وجوده؛ لأنّ القيمة حينئذٍ بدل الحيلولة عن المثل، وسيأتي أنّ حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة.

لأنّ حقّ المضمون له كأنما هو القيمة من أوّل الضمان.

(وإن قلنا): بالثاني و (أنّ المثل بتعذّره - النازل منزلة التلف - صار قيميّاً) بعد مضيّ زمان من كونه مثليّاً، فهنا (احتمل وجوب المثل) على الضامن بتمكّنه من تحصيله (عند وجوده؛ لأنّ) دفع (القيمة حينئذٍ) أي حين تعذّر المثل، كان من باب (بدل الحيلولة عن المثل، وسيأتي) في الأمر السابع ص ١٥٧ (أنّ حكمه) أي حكم بدل الحيلولة (عود المبدل) إلى ذمّة الضامن (عند انتفاء الحيلولة) والقدرة على دفع أصل المال المضمون، سواء أكان العين أو المثل، بقوله هناك: ثمّ إنّّه لا إشكال في أنّه إذا ارتفع تعذّر ردّ العين وصار ممكناً، وجب ردّها إلى مالكيها، انتهى.

أقول: ولا يخفى أنّ هذا الإحتمال ضعيف؛ لأنّ المفروض أنّ دفع القيمة كان بمطالبة المالك وقد صار المثليّ قيميّاً حين الدفع، فيفرغ ذمّة الضامن بدفع القيمة جزماً، فلا وجه لاشتغالها بالمثل ثانياً - بمجرد وجوده - وبالجمله فدفع القيمة حين التعذّر مع مطالبة المالك، كان كدفع نفس المثل في كونه سبباً لفراغ ذمّة الضامن وعهده، ولا معنى لاشتغالها ثانياً، ولا موجب له.

نعم، لو لم يطالب المالك القيمة - زمان تعذّر المثل، وصبر إلى أن يوجد - كان المثل باقياً على حاله في الذمّة وليس للضامن إجباره بتقبّل القيمة كما تقدّم ص ٤٩، فدفع القيمة جمع بين الحقّين كما تقدّم هناك.

قال الشاعر الفارسي:

تیر از کمان چو رفت، نیاید بشصت باز پس لازم است در همه کاری تأملی

السابع

لو كان التالف المبيع فاسداً قيميّاً، فقد حكى: **الإتفاق على كونه مضموناً بالقيمة، ويدلّ عليه: الأخبار المتفرقة في كثير من القيمّات،**

الأمر (السابع): من الأمور المتفرّعة على عدم تملّك المقبوض بالعقد الفاسد: أنّه (لو كان التالف المبيع فاسداً) أي في البيع الفاسد (قيميّاً)، وقد تبيّن في الأمر الرابع ص ١٥ أنّه في مقابل المثليّ، فمعناه ما لا يتساوى أجزاؤه من حيث الماليّة والمنفعة والصفات، كالحيوان والمصوغ من الذهب والفضّة، (فقد حكى) في مفتاح الكرامة: ج ٦ ص ٢٤٣، (الإتفاق على كونه مضموناً بالقيمة) سواءً في الغصب، أو المقبوض بالبيع الفاسد، والقرض وغيره على ما تقدّم في أوّل الأمر السادس ص ٥١، (ويدلّ عليه) أي على ضمان القيميّ بالقيمة (الأخبار المتفرقة) الواردة (في كثير من القيمّات) المضمونة بسبب الإتلاف في اللقطة والسرقة والغصب، وقد تقدّم بعضها ص ٢٧، ونذكر بعضها الآخر هنا، فمنها ما روي عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وُجدت في الطريق مطروحةً، كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكّين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: يَتَوَمَّ ما فيها ثمَّ يُوَكَّل، لأنّه يفسد، وليس له بقاء فإن جاء طالبها غَرَموا له الثمن. الحديث (١). وهو صريح الدلالة على المدعى، لكنّه ضعيف السند بالنوفلي:

هرکه کار خدا کند به یقین روزیش می شود فراوانا

ومنها: صحيحة عليّ بن جعفر، عن أخيه عليه السلام، قال: «وسألت عن الرجل يصيب اللقطة فيُعَرِّفها سنّةً، ثمَّ يتصدّق بها، فيأتي صاحبها، ما حال الذي تصدّق بها؟ ولمن

(١) الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٢ اللقطة.

الأجر؟ هل عليه أن يرّد على صاحبها؟ أو قيمتها؟ قال: هو ضامن لها ، والأجر له ، إلّا أن يُرضي صاحبها فيدعها والأجر له»^(١).

ومنها: صحيحته الأخرى عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام ، قال: «سألته عن رجل أصاب شاةً في الصحراء هل تحلّ له؟ قال: قال رسول الله ﷺ: هي لك أو لأخيك أو للذئب ، فخذها وعرفها حيث أصبتها ، فإن عرفت فردّها إلى صاحبها ، وإن لم تعرف كلّها ، وأنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها عليه»^(٢).

ومنها ما تقدّم في ج ٤ ص ٤٤٩ عن زرارة ، عن الإمام الصادق عليه السلام في الجارية المشتراة من سوق المسلمين ، ثم أتاه من أقام بينةً على أنّها منه. قال عليه السلام: يقبض ولدها ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها^(٣).

ومنها: ما رواه زيد بن عليّ ، عن آبائه عليهم السلام ، قال: أتاه رجل تكارى دابةً فهلكت وأقرّ أنّه جاز بها الوقت ، فضمّنه الثمن ولم يجعل عليه كراء»^(٤).

ومنها: ما رواه السكوني عن جعفر ، عن أبيه ، عن عليّ عليه السلام أنّه قضى في رجل أقبل بنار فأشعلها في دار قوم فاحترقت واحترق متاعهم ، قال: يغرم قيمة الدار وما فيها ، ثمّ يُقتل^(٥) ، وهو ضعيف بالنوفلي.

ومنها روايات أخر وردت في تلف العين المرهونة ، سيأتي ذكرها عند تعرّض

(١) الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٢ اللقطة.

(٢) الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٥ اللقطة.

(٣) الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٢ نكاح العبيد.

(٤) الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٧ الإجارة.

(٥) الوسائل ج ١٩ ص ٢١٠ موجبات الضمان.

فلا حاجة إلى التمسك بصحيحة أبي ولاد الآتية في ضمان البغل ،

الشيخ رحمه الله لها في ص ٩١.

(ف) مع وجود هذه الروايات وغيرها (لا حاجة إلى التمسك بصحيحة أبي ولاد الآتية) ص ٩٨ (في ضمان البغل) في الإجارة الباطلة ، كما صنعه صاحب الجواهر في ج ٣٧ ص ١٠٠ ، حيث قال - بعد تضعيف حكم المحقق صاحب الشرائع في القرض - بضمان القيمي بمثله في الحيوان والعبد ، قال: فلا ريب في ضعفه لظهور صحيح أبي ولاد وغيره مما دلّ على ضمان الحيوان ، عبدٍ أو غيره ، في كون اللازم القيمة ، ومنه نصوص عتق الشريك المقتضي للسراية المأمور فيها بالتقويم ، انتهى.

أقول: كصحيحة الحلبي - أو حسنته بإبراهيم بن هاشم - عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه ، فقال: إنّ ذلك فساد على أصحابه فلا يستطيعون بيعه ولا مؤاجرته ، فقال: يَقُومُ قِيمَةً فَيُجْعَلُ عَلَى الَّذِي أَعْتَقَهُ عَقُوبَةً ، وَإِنَّمَا جَعَلَ ذَلِكَ عَلَيْهِ «عَقُوبَةُ خَد» لما أفساده»^(١) ، وكصحيحة محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال: «من كان شريكاً في عبدٍ أو أُمَةٍ ، قليلٍ أو كثيرٍ ، فأعتق حصّته ولم يبيعه فليشتره من صاحبه فيعتقه كلّهُ ، وإن لم يكن له سعة من مال نُظِرَ قيمته يوم أعتق منه ما أعتق ، ثمّ يسعى العبد في حساب ما بقي حتّى يعتق»^(٢).

ومقصود صاحب الجواهر من دلالة صحيحة أبي ولاد على ضمان الحيوان بالقيمة ، قوله عليه السلام بعد سؤال الراوي عن ضمان البغل لو هلك: «نعم قيمةُ بغلٍ يوم خالفته» ، ومن المعلوم أنّ البغل والحُمير والأنعام معدودة من القيميّات.

(١) الوسائل ج ١٦ ص ٢١ العتق ح ١.

(٢) نفس المصدر ج ٣ ، راجع روايات الباب ١٨.

ولا بقوله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شَقِصًا مِنْ عَبْدٍ قَوْمَ عَلَيْهِ»، بل الأخبار كثيرة، بل قد عرفت أَنَّ مقتضى إطلاق أدلة الضمان في القيميات هو ذلك بحسب المتعارف.

ولعل الوجه فيما أفاده الشيخ من عدم الحاجة إلى التمسك بالصحيحة، هو احتمال ظهورها في ضمان القيمي بالمثل لا بالقيمة، فإن لفظة «بغل» في قوله ﷺ: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» نكرة، وهي ظاهرة في أَنَّ المضمون في ذمته هو بغل غير معين، وأن القيمة إنما تعطى بدلاً عنه، لا أَنَّ المضمون هو قيمة البغل التالف، فتدبر.

(و) كذا (لا) حاجة في إثبات أَنَّ القيمي مضمون بالقيمة، إلى التمسك (بقوله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شَقِصًا») أي جزءً ونصيباً (من عبدٍ قَوْمَ عَلَيْهِ) هذا المتن نقله الشيخ الطوسي في الخلاف: ج ٣ ص ٣٩٦ كتاب الغصب المسألة ٢ مرسلًا عن ابن عمر، عن النبي ﷺ، والموجود في عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٤٢٧ ح ٢٤ وعنه في مستدرک الوسائل هكذا: عن النبي ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شَقِصًا لَهُ مِنْ مَمْلُوكٍ، وَلَهُ مَالٌ قَوْمَ عَلَيْهِ الْبَاقِي»^(١). والوجه في عدم الحاجة إلى التمسك بالحديث ضعفه سنداً، مع احتمال كون المراد من التقويم بالقيمة المعاوضة الشرعية القهرية هنا من جهة سراية حرية بعض المملوك إلى باقيه لا من جهة ضمان العبد والأمة بالقيمة في جميع الموارد، (بل الأخبار) الدالة على ضمان القيمي بالقيمة (كثيرة) وقد وقفت على شطر منها ص ٨٤ و ٨٥، (بل قد عرفت) في الأمر الرابع ص ٢٧ (أَنَّ مقتضى إطلاق أدلة الضمان في القيميات) من المنصوبات والأمانات المفترط فيها وغيرها (هو ذلك) أي ضمان القيمي بالقيمة والمثلي بالمثل (بحسب المتعارف) والمتفاهم العرفي منها؛ لأن تلك الأدلة -مع كونها واردة في مقام البيان- لم تتعرض لكيفية الضمان وبيان معنى المثلي والقيمي، فأحيل ذلك إلى العرف، وهو حاكم بوجوب أداء ما هو أقرب إلى التالف، فإن كان مثلياً

(١) المستدرک ج ١٥ ص ٤٦١، وج ٣ ص ٤٠ ط. القديم.

إِلَّا أَنَّ الْمُتَيَقِّنَ مِنْ هَذَا الْمُتَعَارَفِ مَا كَانَ الْمَثَلُ فِيهِ مُتَعَذِّراً .

بل يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الواردة في خصوص بعض القيميات - كالبغل والعبد ونحوهما - لصورة تعذر المثل ، كما هو المتعارف .
فالمراجع في وجوب القيمة في القيمي وإن فُرض تيسر المثل له - كما في مَنْ أَتْلَفَ عَبْدًا مِنْ شَخْصٍ بَاعَهُ عَبْدًا مَوْصُوفًا بِصِفَاتِ ذَلِكَ الْعَبْدِ بَعِينَهُ ،

تعيّن دفع المثل ، وإن كان قيميّاً تعيّن أداء القيمة .

هذا (إِلَّا) أَنَّهُ يُمْكِنُ الْمُنَاقَشَةُ فِي دَلَالَةِ إِطْلَاقِ الضَّمَانِ فِي الْقِيَمِيَّاتِ بِضَمَانِ الْقِيَمِيِّ ؛ وَذَلِكَ (أَنَّ الْمُتَيَقِّنَ مِنْ هَذَا الْمُتَعَارَفِ) كَمَا تَقَدَّمَ ص ٢٧ إِنَّمَا هُوَ صُورَةٌ (مَا كَانَ الْمَثَلُ فِيهِ مُتَعَذِّراً) ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمَثَلُ مُتَيَسِّرَ الْحَصُولِ ، فَيَجِبُ تَحْصِيلُهُ وَإِنْ كَانَ التَّالِفُ مَعْدُودًا مِنَ الْقِيَمِيَّاتِ كَمَا إِذَا أَتْلَفَ شَاةً يَوْجَدُ مِثْلُهُ فِي الصِّفَاتِ الدَّخِيلَةِ فِي الْحَقِيقَةِ وَالْمَالِيَّةِ ، أَوْ أَتْلَفَ سَوَارًا مِنْ ذَهَبٍ يَوْجَدُ مِثْلُهُ عِنْدَ الصِّيَاغِ .

(بل يمكن) المناقشة أيضاً في دلالة الأخبار المتقدمة آنفاً الواردة في ضمان القيميات ، كرواية البغل والعبد والسفرة ، على وجوب أداء القيمة ، وذلك بـ (دعوى انصراف الإطلاقات) فيها (الواردة في خصوص بعض القيميات - كالبغل والعبد ونحوهما -) كبعض الألبسة والفرش (لصورة تعذر) تحصيل (المثل ، كما هو المتعارف) في تلك الأشياء ، فلا تشمل صورة تيسر تحصيل المثل ، فلو فرض إمكان تحصيله في بعض الأشياء القيميّة ، فالواجب هناك إِنَّمَا هُوَ دَفْعُ الْمَثَلِ لَا الْقِيَمَةَ ، وَحِينَئِذٍ :

(فالمراجع) والدليل الوحيد (في وجوب) أداء (القيمة في القيمي) حتّى (وإن فُرض تيسر المثل له - كما في مَنْ أَتْلَفَ عَبْدًا) مَوْصُوفًا بِصِفَاتِ (مَنْ شَخْصٍ بَاعَهُ عَبْدًا مَوْصُوفًا بِصِفَاتِ ذَلِكَ الْعَبْدِ بَعِينَهُ ،

وكما لو أتلّف عليه ذراعاً من مائة ذراعٍ كرباس منسوج على طريقة واحدة لا تفاوت في أجزائه أصلاً - هو الإجماع ، كما يستظهر .

وعلى تقديره ، ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل ، خصوصاً مع الإستدلال عليه - كما في الخلاف وغيره - بقوله تعالى : ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ بناءً على أنّ القيمة مماثل للتالف في المالّة ، فإنّ ظاهر ذلك جعلها

وكما لو أتلّف عليه) أي على شخصٍ (ذراعاً من مائة ذراعٍ كرباس) خاصٍ معيّن (منسوج على طريقة واحدة) في مصنعٍ خاصٍ (لا تفاوت في أجزائه أصلاً - هو الإجماع) - خبر لقوله : «فالمراجع» - (كما يستظهر) وجود هذا الإجماع من كلمات الفقهاء .

(وعلى تقديره) وتحقّق مثل هذا الإجماع (ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل) ؛ إذ يحتمل هنا أن يحكم المجمعون بوجوب دفع المثل ، (خصوصاً مع الإستدلال عليه) أي على وجوب دفع القيمة في القيميّ (- كما في) كتاب (الخلاف) : ج ٣ ص ٤٠٢ و ٤٠٥ الفصب المسألة ١١ و ١٨ (وغيره -) كالمبسوط ج ٣ ص ٦٠ والسرائر ج ٢ ص ٤٨٥ ، والتذكرة : ج ٢ ص ٣٨٣ كما تقدّم ص ٣٠ (بقوله تعالى) : ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(١) (بناءً على أنّ القيمة مماثل للتالف في المالّة) ووجه الخصوصية أنّ الآية ظاهرة في اعتبار تعيّن المماثل للتالف من جميع الجهات وإن كان قيمياً ، إلّا مع تعذّر تحصيل المماثل ؛ فإنّ القيمة حينئذٍ تُعدّ مماثلاً للتالف ، (فإنّ ظاهر ذلك) أي الإستدلال بالآية على اعتبار التماثل (جعلها)

من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل .

وكيف كان ، فقد حُكي الخلاف في ذلك عن الإسكافي ، وعن الشيخ
والمحقق في الخلاف والشرائع في باب القرض .
فإن أرادوا ذلك مطلقاً حتى مع تعذر المثل فتكون القيمة

أي القيمة (من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل) .

(وكيف كان) سواء كان مقتضى الإطلاقات في القيمات ، تعين القيمة على
الإطلاق حتى مع تيسر المثل ، أم كان مقيداً بصورة تعذر المثل ، (فقد حُكي) في مفتاح
الكرامة: ج ٦ ص ٢٤٣ (الخلاف في ذلك) أي في وجوب دفع القيمة في القيمي مع وجود
المثل (عن الإسكافي) ابن الجنيد في ظاهر كلامه ، كما تقدّم ص ٧ في أول الأمر الرابع .
قال الشهيد الأول في غاية المراد ص ١٣٦ : ... إلّا ما يظهر من كلام ابن الجنيد فإنه قال: إن
تلف المغصوب دفع قيمته أو مثله إن رضي صاحبه ، ثم قال الشهيد رحمه الله: لعله يريد به
القيمي ، فإنّ في ضمانه بالمثل خلافاً ، انتهى . (و) كذلك حُكي الخلاف (عن الشيخ)
الطوسي (والمحقق) الحلّي (في الخلاف) ج ٣ ص ١٧٥ المسألة ٢٨٧ ، (والشرائع)
ج ٢ ص ٨٤ ، فإنه استحسّن ضمان القيمي بالمثل بعد أن أفتى بضمان القيمة فيه ، وبالجمله
فَحَكَمَا (في) خصوص (باب القرض) بلزوم أداء المثل حتى في القيمي ، وأمّا في باب
الغصب فوافقا المشهور من الحكم بوجوب المثل في المثلي والقيمة في القيمي .

(فإن أرادوا ذلك) أي وجوب المثل في القيمات مع تيسر المثل ووجوده ، لم
يكن احتمالاً بعيداً؛ لما تقدّم ص ٢٧ وص ٣٠ في أوائل الأمر الرابع من ظهور آية
الإعتداء ، وكذا إطلاقات أدلة الضمان في المغصوبات والأمانات المقرّط فيها ، في اعتبار
المماثلة بين التالف وبدّله في الحقيقة والمالّة والصفات ، والمثل أقرب إلى التالف من
هذه الجهات ، ولكن إن أرادوا الضمان بالمثل (مطلقاً حتى مع تعذر) تحصيل (المثل

فتكون القيمة

عندهم بدلاً عن المثل حتى يترتب عليه وجوب قيمة يوم دفعها - كما ذكروا ذلك احتمالاً في مسألة تعين القيمة متفرعاً على هذا القول - فيرده إطلاقاً الروايات الكثيرة في موارد كثيرة : منها صحيحة أبي ولاد الآتية .

ومنها : رواية تقويم العبد .

ومنها : ما دلّ على أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه

بحساب ذلك ،

عندهم بدلاً عن المثل (لا بدلاً عن نفس التالف ، بمعنى أن الثابت في ذمة الضامن في جميع الأمور إنما هو المثل (حتى يترتب عليه وجوب قيمة يوم دفعها) أي دفع القيمة - يعني يوم الأداء - ، كما تقدّم في المثلي المتعذر (كما ذكروا ذلك) أي وجوب قيمة يوم الدفع (احتمالاً في مسألة تعين القيمة) في المثلي ، كما في الجواهر ج ٢٥ ص ٢٠ ، وفي مفتاح الكرامة : ج ٦ ص ٢٤٣ (متفرعاً على هذا القول -) أي القول بضمان القيمي بالمثل مطلقاً حتى مع تعذره كما يجيء هذا الإحتمال ص ١٢٧ بقوله : ثم إنه لا عبرة... الخ - (فيرده) - هذا جواب الشرط في قوله : « فإن أرادوا ذلك - (إطلاقاً الروايات الكثيرة في موارد كثيرة) الدالة على ضمان القيميات بالقيمة لا المثل ، (منها صحيحة أبي ولاد الآتية) ص ٩٩ عن الإمام الصادق عليه السلام ، فإن قوله عليه السلام : « نعم قيمة بغل يوم خالفته بعد السؤال عن ضمان البغل لو هلك » ، ظاهر في اعتبار القيمة لا المثل - حتى مع وجوده وعدم تعذره -

(ومنها : رواية تقويم العبد) المتقدمة ص ٨٦ الدالة على ضمان قيمة العبد

- لا مثله - الذي أعتق بعض الشركاء شقصه .

(ومنها : ما دلّ على أنه إذا تلف الرهن) - وإن كان قيمياً كالحيوان -

(بتفريط المرتهن سقط من دينه) أي من دين المرتهن الذي يطلبه من الراهن

(بحساب ذلك) ،

فلولا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف . ومنها : غير ذلك من الأخبار الكثيرة .

ففي موثقة إسحاق بن عمار - وهو فطحي ، ثقة ، كثير الرواية^(١) - قال : « سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم ، فيهلك أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مأتي درهم ؟ قال : نعم لأنه أخذ رهناً فيه فضل وضيعه ، قلت : فهلك نصف الرهن ، قال : على حساب ذلك ، قلت : فيترداني الفضل ؟ قال : نعم »^(٢) . أقول : مثلاً إذا كان دينه ألفين تومان ، وأتلف المرتهن الشاة التي كانت عنده وقيمتها ألف تومان سقط من الدين نصفه ويطلب حينئذ الألف الآخر ، كما أنه لو كانت قيمة الشاة أربعة آلاف والدين ألفين رد على صاحبها ألفين وقد سقط الدين أيضاً .

(فلولا ضمان التالف) القيمي (بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف) ، بل كان الدين باقياً على حاله في ذمة الراهن بتمامه ، والمرتهن ضامن لمثل المال الذي أفرط فيه كالشاة في مثالنا .

(ومنها : غير ذلك من الأخبار الكثيرة) (المتفرقة في أبواب الفقه كاللقطة والإجارة والوديعة والعارية ، مثل رواية السفرة المطروحة في الطريق ، وكصحيحتي علي بن جعفر ، ورواية زرارة في الجارية المسروقة المتقدمت ص ٨٤ و ٨٥ ، وكصحيحته الواردة في إجارة دابة أعطاها المستأجر غيره مع شرط الموجد عليه أن لا يركبها غير المستأجر ، وكصحيحة محمد بن مسلم الواردة في ضمان الوصي مع التفريط في العمل المتقدمتين ص ٢٧ ، وكذا رواية محمد بن الحسن الواردة في تفريط الودعي المتقدمه هناك .

(١) راجع جامع الرواة ج ١ ص ٨٢ .

(٢) الوسائل ج ١٣ ص ١٢٩ الرهن ، انظر باقي روايات الباب ٧ .

وإن أرادوا أنه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن بعيداً، نظراً إلى ظاهر آية الإعتداء ونفي الضرر؛ لأن خصوصيات الحقائق قد تُقصد، اللهم إلا أن يحقق إجماع على خلافه ولو من جهة أن ظاهر كلمات هؤلاء إطلاق القول بضمنان المثل، فيكون الفصل بين التيسر وعدمه قولاً ثالثاً في المسألة.

وكصححة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سئل عن القصار يُفْسِد؟ فقال: كل أجير يُعطى الأجرة على أن يصلح فيُفْسِد فهو ضامن»^(١).

(وإن أرادوا) أي الإسكافي والشيخ الطوسي والمحقق الحلبي، وهذا عطف على قوله: «فإن أرادوا ذلك مطلقاً» يعني أرادوا (أنه مع تيسر المثل) في القيمي كالكرباس والعبد (يجب المثل) لا مع تعذره، كما هو الحال في المثلي، (لم يكن) ما ذكره (بعيداً)، كما تقدّم ص ٩٠ في الشرح آنفاً (نظراً إلى ظاهر آية الإعتداء ونفي الضرر) والضرار في الإسلام^(٢) (لأن خصوصيات الحقائق) في الأشياء وماليّتها (قد تُقصد)، فإن الشاة الثالثة إذا تيسر تحصيل مثلها دفعه إلى المضمون له أحسن وأنفع له من دفع قيمتها، (اللهم إلا أن يحقق إجماع على خلافه) أي خلاف ضمنان المثل في القيمي مع تيسره، بأن يُدعى الإجماع من الفقهاء على وجوب القيمة في القيميات مطلقاً حتى مع تيسر المثل، (ولو) كان طريق استشكاف الإجماع (من جهة أن ظاهر كلمات هؤلاء) العلماء الثلاثة المتقدمة أسماؤهم (إطلاق القول بضمنان المثل) في القيمي حتى مع تعذر المثل (فيكون الفصل بين التيسر وعدمه قولاً ثالثاً في المسألة)، وخرقاً

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٢٧١ الإجارة، راجع هدى الطالب ج ٣ ص ٤٧٢ و ٤٧٣ لسيدنا الأستاذ المروج عليه السلام.

(٢) الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٦ موانع الإبرث وج ١٤ ص ٣٦٤ الخيار.

ثُمَّ إِنَّهُمْ اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد ، فالمحكّي في غاية المراد عن الشيخين وأتباعهما : تعيّن قيمة يوم التلف ، وعن الدروس والروضة نسبته إلى الأكثر .

والوجه فيه - على ما نبّه عليه جماعة ، منهم العلامة

للإجماع المركّب؛ لأنّ الفقهاء بين قائل بضمان القيميّ بالقيمة مطلقاً ، سواء كان المثل متيسراً أو متعذراً ، وبين قائل بضمانه بالمثل أيضاً مطلقاً ، فالتفصيل بين حال التيسر وحال التعذر يكون خرقاً للإجماع المركّب ، وقولاً ثالثاً في المسألة. هذا تمام الكلام في بيان ضمان القيمي بالقيمة لا بالمثل.

(ثُمَّ) يقع الكلام في تعيين القيمة الثابتة على الضامن إذا اختلفت بحسب يوم غصب العين ، وقبضها ويوم تلفها ، ويوم أداء القيمة ، فـ (إِنَّهُمْ اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد) في اعتبار أحد الأيام المذكورة ، أو أعلى القيم على أقوالٍ ، (فالمحكّي في غاية المراد) ص ٨٦ للشهيد الأوّل (عن الشيخين) المفيد والطوسي^(١) (وأتباعهما : تعيّن قيمة يوم التلف ، وعن) الشهيد الأوّل في (الدروس) ج ٣ ص ١١٣ (و) الشهيد الثاني في (الروضة) شرح اللمعة ج ٧ ص ٤١ (نسبته إلى الأكثر) وقال في المسالك ج ١٣ ص ١٨٦ : ذهب إليه ابن البرّاج - في المهذب ص ٤٣٦ - والعلامة في المختلف ج ٦ ص ١١٦ .

(والوجه فيه) أي في اعتبار يوم التلف (- على ما نبّه عليه جماعة ، منهم

العلامة

(١) لم أعثر على ما نسب إلى الشيخين، بل قال المفيد في المقنعة ص ٦٠٧ بضمان قيمة يوم الغصب، والطوسي في الخلاف ج ٣ ص ٤٩٣ المسألة ٩، وفي المبسوط ج ٣ ص ٧٣ و ٧٥ بضمان الأعلى من يوم الغصب إلى التلف.

في التحرير - أَنَّ الإنتقال إلى البدل إِنَّمَا هو يوم التلف ؛ إذ الواجب قبله هو ردّ العين .

وربّما يورد عليه : أَنَّ يوم التلف يوم الإنتقال إلى القيمة ، أَمَّا كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا .

ويُدفع : بأنّ معنى ضمان العين عند قبضه : كونه في عهده ، ومعنى ذلك وجوب تداركه ببذله عند التلف ، حتّى يكون عند التلف كأنّه لم يتلف ، وتداركه على هذا النحو بالتزام مالٍ معادل له قائم مقامه .

في التحرير -) ج ٢ ص ١٣٩ (أَنَّ) الثابت في ذمّة الضامن ما دامت العين باقية إِنَّمَا هو نفس العين ، و (الإنتقال إلى البدل إِنَّمَا هو يوم التلف ؛ إذ الواجب قبله) على الضامن (هو ردّ العين) نفسها .

(وربّما يورد عليه :) قال السيّد محمّد المجاهد في المناهل ص ٢٩٨ : «ولا يقال» (أَنَّ يوم التلف) نعم هو (يوم الإنتقال إلى القيمة) و (أَمَّا كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا) نُسلّم ذلك ؛ إذ ربّما يجب دفع أعلى القِيم من يوم الغصب أو القبض في البيع الفاسد إلى يوم التلف ؛ لأنّه ضامن من ذلك اليوم .

(ويُدفع : بأنّ) استدلال العلامة على اعتبار يوم التلف سليمٌ عن الإيراد المتقدم ؛ لأنّ (معنى ضمان العين عند قبضه :) ووضع اليد عليها هو (كونه في عهده) ، ويجب ردّه إلى مالكة ما دام موجوداً ، (ومعنى ذلك) أي كون العين في عهده (وجوب تداركه ببذله) - وهو القيمة ؛ لأنّه قيمي حسب الفرض - (عند التلف) لا قبله (حتّى يكون عند التلف كأنّه لم يتلف) ، من كيس المالك شيء ، (وتداركه على هذا النحو) إِنَّمَا هو (بالتزام) بالقيمة التي هو (مالٍ معادل له) أي للعين (قائم مقامه) . قال الشاعر الفارسي :

ومما ذكرنا ظهر أنَّ الأصل في ضمان الثالف : ضمانه بقيمته يوم التلف ،
فإن خرج المغصوب من ذلك - مثلاً - فبدليل خارج .

نعم ، لو تمَّ ما تقدّم عن الحلّي في هذا المقام من دعوى الإتّفاق على كون
المبيع فاسداً بمنزلة المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم ، ألحقناه بالمغصوب إن
ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل .

بل يمكن أن يقال : إذا ثبت في المغصوب الإعتبار بقيمة يوم الغصب
- كما هو ظاهر صحيحة أبي ولاد الآتية -

چونکه گل رفت و گلستان شد خراب بوی گل را از چه چوئیم؟ از گلاب
(ومما ذكرنا) من وجوب تدارك التالف القيمي بقيمة يوم التلف (ظهر أنَّ
الأصل) والقاعدة الكلّية (في ضمان الثالف) في جميع الموارد في القيمات ، ومنها
المقبوض بالبيع الفاسد ، هو (ضمانه بقيمته يوم التلف ، فإن خرج المغصوب من
ذلك) الأصل (- مثلاً - فبدليل خارج) دلّ على وجوب قيمة الغصب ، أو أعلى القيم من
يوم الغصب أو يوم التلف إلى يوم الأداء؛ وذلك لأنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال .

(نعم) يشكل إجراء هذا الأصل في المقبوض بالبيع الفاسد؛ لأنّه (لو تمَّ ما
تقدّم) ج ٤ ص ٤٦١ (عن الحلّي) ابن إدريس في السرائر ج ٢ ص ٤٧٩ في الإجارة
(في هذا المقام من دعوى الإتّفاق) والإجماع (على كون المبيع فاسداً بمنزلة
المغصوب) في جميع الأحكام (إلّا في ارتفاع الإثم ، ألحقناه بالمغصوب إن ثبت
فيه حكم مخالف لهذا الأصل) المقتضي لضمان قيمة يوم التلف ، فيخرج المقبوض
بالبيع الفاسد أيضاً كالمغصوب عن هذا الأصل .

(بل يمكن أن يقال : إذا ثبت في المغصوب) عدم الإعتبار بيوم التلف ، بل
(الإعتبار بقيمة يوم الغصب - كما هو ظاهر صحيحة أبي ولاد الآتية -) ص ٩٩

كشّف ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقا الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف؛ إذ يلزم حينئذٍ أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف، أضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك عند التلف؛ لما ذكرنا من أنّ معنى التدارك إلّزام «الإلتزام خد» بقيمته يوم وجوب التدارك.

نعم، لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القِيم، أمكن جعل القزام الغاصب بالزائد

بقوله عليه السلام فيها - بعد السؤال عن الضمان لو هلك البغل -: «نعم قيمة بغلٍ يوم خالفته» (كشّف ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقا الضمان) في الروايات (لاعتبار قيمة يوم التلف) في جميع موارد الضمان حتّى الغصب، بل الإعتبار بيوم القبض (إذ يلزم حينئذٍ) أي حين القول باعتبار يوم التلف (أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف، أضعاف) قيمة (ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك عند التلف) مثلاً إذا كانت قيمة المغصوب يوم الغصب ألف تومان، ويوم التلف خمسة آلاف، كان على الغاصب ألف تومان فقط؛ (لما ذكرنا من أنّ) الإعتبار بيوم الغصب بمقتضى الصحيحة، وقد بيّنا فيما تقدّم أنّ (معنى التدارك إلّزام «الإلتزام خد» بقيمته يوم وجوب التدارك) وإذا كان الضمان في المغصوب بيوم الغصب فغيره من موارد الضمان، ومنها المقبوض بالعقد الفاسد، أولى بالحكم بقيمة يوم القبض.

(نعم، لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القِيم) من يوم الغصب إلى يوم التلف كما استفاده الشهيد الثاني من الصحيحة في المسالك ج ١٢ ص ١٨٦ بقوله: «...إنّ في صحيحة أبي ولّاد في من اكترى البغل وتجاوز به محلّ الشرط، ما يدلّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين»، انتهى. وكذا في شرح اللعة ج ٧ ص ٤٣ كما يأتي ص ١١٩، فلو فرض دلالتها على ذلك (أمكن جعل القزام الغاصب بالزائد) عن قيمة

على مقتضى التدارك مؤاخذه له بأشَقِّ الأحوال .

فالمهم - حينئذٍ - صرف الكلام إلى معنى الصحيحة بعد نكرها؛ ليلحق به البيع الفاسد، إمَّا لما ادَّعاه الحلي، وإمَّا لكشف الصحيحة عن معنى التدارك والغرامة في المضمونات، وكون العبرة في جميعها بيوم الضمان، كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد .

وحيث إنَّ الصحيحة مشتملة على أحكام كثيرة وفوائد خطيرة، فلا بأس بذكرها جميعاً، وإن كان الغرض متعلقاً ببعضها .

يوم التلف (على مقتضى التدارك) فيما كان يوم التلف أعلى من يوم الغصب، إمَّا هو مؤاخذه له بأشَقِّ الأحوال) .

(فالمهم - حينئذٍ -) أي حين مغايرة مقتضى الأصل والقاعدة مع ما هو الظاهر من الصحيحة (صرف الكلام إلى معنى الصحيحة) لأبي ولاد (بعد نكرها؛ ليلحق به البيع الفاسد) في الحكم من الضمان بيوم التلف، أو القبض أو الأعلى، (إمَّا لما ادَّعاه الحلي) ابن إدريس من الاتفاق على أنَّ حكمه حكم الغصب، (وإمَّا لكشف الصحيحة عن معنى التدارك والغرامة في المضمونات) سواء أكان موجب الضمان الغصب أو القبض بالعقد الفاسد، أو اللقطة أو الرهن المفرط فيه، أو العارية أو غيرها، (وكون العبرة في جميعها بيوم الضمان) الذي هو يوم القبض، (كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد) .

(وحيث إنَّ الصحيحة مشتملة على أحكام كثيرة) سيأتي بيان جملة منها، (وفوائد خطيرة) كحكم أبي حنيفة على خلاف ما أنزل الله بحيث قال الإمام عليه السلام: «في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها، وتحبس الأرض بركاتهما»، (فلا بأس بذكرها جميعاً، وإن كان الغرض متعلقاً ببعضها) هذا ولكن

فروى الشيخ في الصحيح عن أبي ولّاد، قال: إكترت بغلاً إلى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلما صرت إلى قرب قنطرة الكوفة حُبِرْتُ أَنَّ صاحبي توجّه إلى النبل، فتوجّهت نحو النبل، فلما أتيت النبل حُبِرْتُ أَنَّهُ توجّه إلى بغداد، فاتّبعته، فظفرت به وفرغت فيما بيني وبينه، ورجعت إلى الكوفة، وكان ذهابي ومجيئي خمسة

الشيخ ﷺ لم يذكر ذيل الحديث كما سنبيّن.

(فروى الشيخ) الطوسي في التهذيب: ج ٧ ص ٢٥٦ (في الصحيح)، وكذا الكليني في فروع الكافي: ج ٥ ص ٢٩٠ أيضاً في الصحيح (عن أبي ولّاد) الحنّاط = كندم فروش، واسمه حفص بن سالم: كوفي، ثقة، من أصحاب الإمام الصادق عليه السلام، ولما كانت نسخ المكاسب مختلفة في نقل الرواية نقلناها من التهذيب، فـ (قال: إكترت بغلاً) من بلدة كوفة (إلى قصر بني هبيرة) - كذا في التهذيب، وفي الكافي والوسائل - «قصر ابن هبيرة»، وهو الموافق لما في معجم البلدان: ج ٤ ص ٣٦٥، ويسمى في زماننا بالهاشميّة قضاء = شهرستان، في غربيّ الحلة - محافظة = استان بابل - يبعد عن الكوفة ٢٠ كيلومتراً، ولم يبق أثر من ذلك القصر سوى تلّ، وابن هبيرة كان من عمّال بني أميّة في أواخر سلطنتهم (ذاهباً وجائياً بكذا وكذا) من المال (وخرجت في طلب غريم) مدين (لي)، فلما صرت إلى قرب قنطرة الكوفة حُبِرْتُ أَنَّ صاحبي توجّه إلى النبل (هو قرية صغيرة بالكوفة بين واسط وبغداد^(١))، (فتوجّهت نحو النبل، فلما أتيت النبل حُبِرْتُ أَنَّهُ توجّه إلى بغداد، فاتّبعته، فظفرت به وفرغت فيما بيني وبينه، ورجعت إلى الكوفة، وكان ذهابي ومجيئي خمسة

(١) راجع معجم البلدان ج ٥ ص ٣٣٤.

عشرًا يوماً، فأخبرتُ صاحب البغل بغذري، وأردتُ أن أتحللَ منه فيما صنعتُ وأرضيه، فبذلتُ له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبي حنيفة، وأخبرته بالقصة وأخبره الرجل، فقال لي: ما صنعتُ بالبغل؟ فقلت: قد رجعتُه سليماً، قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً! قال: فما تريد من الرجل؟ قال: أريد جري بغلي فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً.

فقال: إنّي ما أرى لك حقاً؛ لأنّه إكتراه إلى قصر بني هبيرة، فخالف فركبه إلى النيل وإلى بغداد، فضمن قيمة البغل وسقط الجري، فلما ردّ البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الجري.

عشرًا يوماً، فأخبرتُ صاحب البغل بغذري (في مخالفتي لعقد الإجارة)، وأردتُ أن أتحللَ منه فيما صنعتُ وأرضيه، فبذلتُ له خمسة عشر درهماً لكلّ يوم درهم، (فأبى أن يقبل) صاحب البغل وأراد أكثر منها لزعمه استحقاق أجره زائدة، (فتراضينا بـ) قضاء (أبي حنيفة، وأخبرته بالقصة وأخبره الرجل) صاحب البغل أيضاً، (فقال لي) أبو حنيفة: (ما صنعتُ بالبغل؟ فقلت: قد رجعتُه سليماً، قال: صاحب البغل (نعم) رجعتُه سليماً لكن (بعد خمسة عشر يوماً!). (قال) أبو حنيفة لصاحب البغل: (فما تريد من الرجل؟) أي من أبي ولّاد (قال: أريد جري بغلي فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً) وكراؤه في هذه الأيام أكثر من خمسة عشر درهماً التي اقترحها أبي ولّاد.

(فقال) أبو حنيفة للمكاري: (إنّي ما أرى لك حقاً) على أبي ولّاد أصلاً حتّى الكراء الذي توافقتما عليه في الإجارة؛ وذلك (لأنّه إكتراه إلى قصر بني هبيرة، فخالف) أبو ولّاد (فركبه إلى النيل وإلى بغداد، فضمن قيمة البغل) بتمامه (وسقط الجري) المجهول بينكما، (فلما ردّ البغل سليماً وقبضته) أنت (لم يلزمه الجري)، فلا يجب عليه ولا درهماً واحداً.

قال : فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع ، فرحمته ممّا أفتى به أبو حنيفة ، وأعطيته شيئاً وتحلّت منه ، وحجبت تلك السنة ، فأخبرت أبا عبدالله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة ، فقال : في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها ، وتمنع الأرض بركتها ، قال : فقلت لأبي عبدالله عليه السلام : فما ترى أنت جعلت فداك؟ قال : أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل ، ومثل كراء البغل من النيل إلى بغداد ، ومثل كراء البغل من

(قال) أبو ولّاد : (فخرجنا من عنده وجعل) أي شرع (صاحب البغل يسترجع) ويقول : إنّنا لله وإنّا إليه راجعون ، شاكياً من هذا القضاء الجائر المخالف للعدل والإنصاف والعقل السليم الذي لا يخفى على الإنسان البسيط حتّى على مثل المكاري مع كونه من أتباع أبي حنيفة ، (فرحمته ممّا أفتى به أبو حنيفة) من الجور والظلم ، (وأعطيته شيئاً) من الدراهم (وتحلّت منه) ورضي بما أعطيته ، (وحجبت تلك السنة ، فأخبرت أبا عبدالله عليه السلام بما) جرى بيني وبين المكاري صاحب البغل ، وبما أفتى به أبو حنيفة ، فقال (الإمام عليه السلام : (في مثل هذا القضاء) الجور المخالف لما أنزله الله تعالى (وشبهه تحبس السماء ماءها ، وتمنع الأرض بركتها) . قال الشاعر :

إذا كان الغراب دليلَ قومٍ سيهديهم بوادي الهالكينا
وقال الشاعر الفارسي :

گر رشته بدست این دنبگ است این قافله تا بحشر لنگ است
(قال : فقلت) أي قال أبو ولّاد (لأبي عبدالله عليه السلام : فما ترى أنت جعلت فداك؟) وما هو حكم الله تعالى في هذه المسألة؟ (قال : أرى له عليك) أجرة المثل لما استفدت من البغل ، يعني (مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل) أولاً ، ثم (ومثل كراء البغل من النيل إلى بغداد) في الذهاب ، (ومثل كراء البغل من

بغداد إلى الكوفة ، وتوقيه إياه .

قال : قلت : جُعِلت فداك ، قد علّفته بدراهم ، فلي عليه علفه؟ قال : لا ؛ لأنك غاصب ، فقلت : أ رأيت لو عَطِبَ البغل أو نَقَّقَ أليس كان يلزمني؟ قال : نَعَمْ ، قيمة بغل يوم خالفته .

قلت : فإن أصاب البغل كَسْرٌ أو دَبْرٌ أو عَقْرٌ؟ فقال : عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه عليه ، قلت : فَمَن يعرف ذلك؟ قال : أنت وهو ، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك ،

بغداد إلى الكوفة) في الرجوع ، (وتوقيه إياه) وتعطي للمكاري .

(قال) أبو ولّاد : (قلت : جُعِلت فداك ، قد علّفته بدراهم ، فلي عليه علفه؟) حتّى أنقص بعض الأجور بمقدار العلف ، (قال : لا ؛ لأنك غاصب) ، وليس تصرفك مستنداً إلى إذن مالكي أو شرعي كي تكون المؤونة على المالك . (فقلت : أ رأيت لو عَطِبَ) - بكسر الطاء - من باب «تَعَبَ» ، أي هلك بالتصرّف (البغل أو نَقَّقَ) ، أي مات بموت طبيعي حتف الأنف (أليس كان يلزمني؟) قيمته (قال : نَعَمْ ، قيمة بغل يوم خالفته) أي خالفت عقد الإجارة الجاري بينكما .

(قلت : فإن أصاب البغل كَسْرٌ) في رجله أو يده (أو دَبْرٌ) أي قَرْحٌ - زخم وجرح پشت دابّه به دُمْل - (أو عَقْرٌ؟) وهو الجَرْح بالسكين ونحوه = زخم بريدگی ، أفهل عليّ ضمان ذلك؟ (فقال) ﷺ : نَعَمْ ، (عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه عليه) ، أي على مالكة ، فتعطيه أرض ذلك من التفاوت ، فإن كان قيمة الصحيح عشرة دنائير وقيمة المعيب ثمانية ، فعليك ردّ ديناران مع البغل إلى صاحبه ، (قلت : فَمَن يعرف ذلك؟) الفرق ومقدار الأرض ، (قال) ﷺ : (أنت وهو) ، فإن توافقتما على شيء فهو ، وإن وقع الاختلاف بينكما ف- (إمّا أن يحلف هو على القيمة) الزائدة التي يدّعيها (فيلزمك ،) ردّ ذلك

فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك ، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكثري كذا وكذا فيلزمك .

قلت : إنّي أعطيته دراهم ورضي بها وحلّني ، قال : إنّما رضي فأحكّ حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم ، ولكن إرجع إليه وأخبره بما أفتيتك به ، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك ... الخبر .

الأرش ، (فإن) لم يحلف و (ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة) النازلة (لزمك ذلك) ويستقرّ على عهدتك ، (أو يأتي صاحب البغل) هذا عدلّ لقوله : «إمّا أن يحلف ، يعني أنّ لصاحب البغل إثبات دعواه بأحد طريقين : إمّا الحلف ، وإمّا الإتيان بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكثري) كانت (كذا وكذا فيلزمك) دفع تلك القيمة .

(قلت : إنّي أعطيته دراهم ورضي بها وحلّني) والماضي لا يذكر = برگذشتهها صلوات ، (قال) ﷺ : (إنّما رضي) بها (فأحكّ) فيما سبق (حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم ، ولكن إرجع إليه وأخبره بما أفتيتك به ، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته) الحكم الواقعيّ الذي يبيّنه لك ، (فلا شيء عليك بعد ذلك ... الخبر) ^(١) ، وهو هكذا كما في التهذيب . قال أبو ولاد : فلمّا انصرفتُ من وجهي [حجّتي] ذلك لقيت المكارى ، فأخبرته بما أفتاني به أبو عبد الله ﷺ [من اشتغال ذمتي بأجرة مثل البغل] ، وقلت له : قل ما شئت حتّى أعطيكه .

فقال : قد [طابت نفسي منك و] قد حبّبت إليّ جعفر بن محمّد ﷺ ، أي أقيت محبّته ومعرفته في قلبي] ، ووقع في قلبي له التفضيل [في معرفة الأحكام الإلهيّة] ، وأنت في حلّ ، وإن أردت أن أرّد عليك الذي أخذت منك فعلتُ ، انتهى ما في التهذيب :

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٥ الإجارة وج ١٧ ص ٣١٣ الغصب .

ومحلّ الإستشهاد فيه فِقْرَتَان :

الأولى : قوله : «نعم ، قيمة بغل يوم خالفته» إلى ما بعد ، فإنّ الظاهر أنّ اليوم قيّد للقيمة ، إمّا بإضافة القيمة - المضافة إلى البغل - إليه ثانياً ، يعني قيمة يوم المخالفة للبغل ، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة ، لأنّ ذا القيمة بغل غير معيّن ، حتّى توهم الرواية مذهب من جعل القيميّ مضموناً بالمثل ، والقيمة

ج ٧ ص ٢٥٦ ، ط . نشر صدوق .

(ومحلّ الإستشهاد فيه فِقْرَتَان :

الأولى : قوله) عَلَيْهِ في جواب أبي ولّاد حين سأل عن ضمانه لو هلك البغل : «نعم ، قيمة بغل يوم خالفته» إلى ما بعد ، فإنّ الظاهر أنّ اليوم قيّد للقيمة) بأحد وجهين : الأوّل : (إمّا بإضافة القيمة - المضافة إلى البغل - إليه) أي إلى اليوم (ثانياً) ، فلفظ «بغل» مضاف إليه ، للفظ «قيمة» في حين أنّه مضاف إلى لفظ «يوم» ، فتكون العبارة هكذا : «نعم ، قيمة بغل يوم خالفته» ، وقوله : «خالفته» صفة لليوم ، (يعني) نعم أنت ضامن (قيمة يوم المخالفة للبغل) بتغيير مسيرك من قصر بني هبيرة إلى النيل ، (فيكون إسقاط حرف التعريف) وكذا التنوين (من البغل للإضافة) لأنّها لا تجتمع معهما ، فهو مثل قولك : جائي عبدٌ حاكمٍ بلدٍ قم ، فإنّ الإضافات قد تكون متوالية كقول الشاعر الفارسي :

من خالٍ تِه پاي سگِ کوی کسی ام کو خاکِ تِه پاي سگِ کوی تو باشد
(لا) أنّ الوجه في إسقاط حرف التعريف من لفظ «بغل» (لأنّ ذا القيمة بغل) كَلِّي ونكرةٌ (غير معيّن ، حتّى توهم الرواية مذهب من جعل القيميّ مضموناً بالمثل) كالإسكافي والشيخ الطوسي والمحقّق الحلّي على ما تقدّم ص ٩٠ . (و) تكون (القيمة)

إنّما هي قيمة المثل .

وإنّا بجعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل .
وأنّما ما احتمله جماعة من تعلّق الظرف بقوله : «نعم» القائم مقام
قوله ﷺ : «يلزمك» - يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل - فبعيد جداً ، لأنّ
السائل إنّما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان
المخالفة زماناً حدوث

حينئذٍ (إنّما هي قيمة المثل) لا قيمة نفس التالف ، وقد تقدّم بيانه هناك .

(و) الوجه الثاني لكون لفظ اليوم قيداً للقيمة (إنّا بجعل) لفظ (اليوم قيداً
للاختصاص) - أي اختصاص الضمان بيوم المخالفة - (الحاصل من إضافة) لفظ
(القيمة إلى) لفظ (البغل) بأن تكون العبارة هكذا: «قيمة بغل في يوم المخالفة» .
(وأنّما ما احتمله جماعة) منهم السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٢٤٤ ،
والمولى التراقي في المستند ج ٢ ص ٣٦٨ ، وصاحب الجواهر: ج ٣٧ ص ١٠١ (من
تعلّق الظرف) أعني اليوم (بقوله) : «نعم» القائم مقام قوله ﷺ : «يلزمك» (في
(- يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل -) لو عطّب ، فاليوم ظرف للإلزام لا للقيمة ،
فالرواية غير متعرّضة لتعيين يوم القيمة ، فلا بدّ في تعيين القيمة من دليل آخر ، فلا تنافي
في الرواية ما دلّ على ضمان قيمة يوم التلف ، وبعبارة أخرى: قوله: «نعم» معناه: أنّه
يتعلّق بعهدتك من يوم المخالفة قيمة بغل ، وأنّما حدّ القيمة وأنّه قيمة أيّ يوم فهو غير
مذكور في الرواية ، ويحتمل قيمة يوم التلف كما هو أحد الأقوال ، ولعلّه الأصحّ ،
وبالجملة فما احتمله الجماعة (فبعيد جداً) ، بل غير ممكّن ، بالنظر إلى سؤال الراوي
بقوله: رأيته لو عطّب البغل أو تفقّ ، أليس كان يلزمني؟ (لأنّ السائل إنّما سأل عما
يلزمه) من مقدار الضمان (بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان
المخالفة) هو (زمان حدوث

الضمان ، كما يدلّ عليه : «أرأيت لو عطّب البغل ، أو نفق أليس كان يلزمني؟»
 فقلوه : «نعم» يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغلٍ يوم خالفته .
 وقد أطنب بعض في جعل الفقرة ظاهرة في تعلّق الظرف بلزوم القيمة
 عليه ، ولم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوي ، ولا المتفاهم العرفي .
 الثانية : قوله : «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل
 يوم اكثري كذا

الضمان ، كما يدلّ عليه) قوله : بالاستفهام التقريري لا الحقيقي («أرأيت لو عطّب
 البغل ، أو نفق أليس كان يلزمني؟ ») ، فلم يسأل أبو ولّاد عن زمان حدوث الضمان
 لأنّه يظهر من كلامه أنّه عالمٌ بذلك ، وأنّه هو يوم المخالفة ، وإنّما يسأل عن مقدار
 الضمان ، وأنّه يلزمه قيمة أيّ يومٍ؟ هل هو يوم التلف ، أو يوم الدفع ، أو يوم المخالفة ، أو
 الأعلى ، فأجابه عليه السلام : بأنّ مقداره قيمة البغل يوم المخالفة ، (فقلوه : «نعم» قيمة بغلٍ
 يوم خالفته ») يعني : يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغلٍ يوم خالفته) .
 (وقد أطنب) وأطال الكلام (بعض في جعل الفقرة) ، وهو قوله عليه السلام : «نعم ،
 قيمة بغلٍ يوم خالفته» (ظاهرة في تعلّق الظرف بـ) أصل (لزوم القيمة عليه) قال
 في الجواهر: ج ٣٧ ص ١٠٢ و ١٠٣ : نعم ، ربّما قيل : إنّه ظاهر فيه ، باعتبار أنّ سؤال
 الراوي عن الضمان بسبب التلف لا بسبب المخالفة ، فمطابقة الجواب للسؤال تقتضي أنّ
 يكون المراد منه: نعم ، يلزمك يوم المخالفة هذا الحكم ، يعني يصير حكمك في هذا اليوم
 لزوم قيمة البغل إن هلك... الخ .

هذا ، (و) لكنّه (لم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوي ، ولا المتفاهم
 العرفي) .

الفقرة (الثانية) الظاهرة في ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب (قوله : «أو
 يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل) صحيحاً (يوم اكثري كذا

وكذا» ، فإنّ إثبات قيمة يوم الإكتراء من حيث هو يوم الإكتراء لا جدوى فيه ؛ لعدم الإعتبار به «قطعاً خد» ، فلا بدّ أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة ؛ بناءً على أنّه يوم الإكتراء ؛ لأنّ الظاهر من صدر الرواية أنّه خالف المالك بمجرّد خروجه من الكوفة ، ومن المعلوم أنّ إكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنّما يكون يوم الخروج ، أو في عصر اليوم السابق ، ومعلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدّة القليلة .

وكذا» (فيما إذا أصاب البغل كسرّاً أو دبّاً ، وكان على أبي ولّاد دفع أرش ما بين الصحيح والمعيّب إلى المكاري ، (فإنّ إثبات قيمة يوم الإكتراء من حيث هو يوم الإكتراء لا جدوى) ولا فائدة (فيه ؛ لعدم الإعتبار به «قطعاً خد») ؛ إذ مع قطع النظر عن كونه متّحدّاً مع يوم المخالفة في معرفة قيمته ؛ لأنّ أبي ولّاد - مكتري البغل - لم يكن ضامناً في يوم الإكتراء لعدم كونه غاصباً آنذاك . نعم معرفة قيمته في ذلك اليوم طريق إلى إثبات قيمة يوم المخالفة ، لأنّ الظاهر أنّ الإكتراء والمخالفة وقعا في يوم واحد أو يومين ، ومن البعيد اختلاف القيمة فيهما ، (فلا بدّ أن يكون الغرض منه) أي من ذكر يوم الإكتراء (إثبات قيمة يوم المخالفة ؛ بناءً على أنّه) نفس (يوم الإكتراء ؛ لأنّ الظاهر من صدر الرواية) وهو قوله : «فلما صرّت قرب قنطرة الكوفة خُبرت أنّ صاحبي توجّه إلى النبل ، فتوجّهت نحو النبل» ، فالظاهر (أنّه خالف المالك بمجرّد خروجه من الكوفة) بعد الإكتراء ؛ لأنّ القنطرة متصلة أو قريبة بالبلد (ومن المعلوم أنّ إكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنّما يكون يوم الخروج) من الكوفة بقصد السفر (أو في عصر اليوم السابق ، ومعلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدّة القليلة) .

فإن قلت: إنّ ظاهر جواب الإمام عليه السلام عن سؤال أبي ولّاد عن حكم تعييب البغل وإصابته كسرّاً أو قرحاً ، بقوله : «عليك قيمة ما بين الصحّة والعيب يوم تردّه» هو وجوب

وأما قوله ﷺ في جواب السؤال عن إصابة العيب : «عليك قيمة ما بين الصخة والعيب يوم تردّه» ، فالظرف متعلق بـ«عليك» لا قيد للقيمة ؛ إذ لا عبرة في أرش العيب بيوم الردّ إجماعاً ؛ لأنّ النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين ، فالمعنى عليك أداء الأرض يوم ردّ البغلة .
ويحتمل أن يكون قيداً لـ«العيب» ، والمراد :

أداء الأرض للعيب بقيمة يوم ردّ البغل إلى مالكة ، بأن يقوم ذلك اليوم صحيحاً ومعيباً ، فالتفاوت يجب ردّه إلى المكاري مع البغل ، وهذا الظهور ينافي ما تقدّم من ضمان قيمة البغل يوم المخالفة ، وكذلك ضمان أرش ذلك اليوم .

قلنا : (وأما قوله ﷺ في جواب السؤال عن إصابة العيب) للبغل : (« عليك قيمة ما بين الصخة والعيب يوم تردّه » ، فالظرف) وهو اليوم (متعلق بـ« عليك » لا قيد للقيمة) يعني يجب عليك يوم ردّ البغل تفاوت بين الصحيح والمعيّب ، وأما الملاك في التفاوت أيّ يوم فلم يُذكر هنا ، فليس معناه أنّ القيمة المردودة مقيدة بيوم ردّ البغل ؛ (إذ لا عبرة في أرش العيب بيوم الردّ إجماعاً ؛ لأنّ) الملاك في (النقص الحادث) في العين المغصوبة ليس هو يوم ردّ العين ، بل النقص (تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين) فإن قلنا فيها بضمان قيمة يوم الغصب - وهو في المقام يوم المخالفة - تعيّن تقويم الأرض بقيمة ذلك اليوم ، وإن قلنا فيها بيوم الردّ أو أعلى القيم ، فكذلك . وبالجمله (فالمعنى عليك أداء الأرض يوم ردّ البغلة) إلى مالكة ، وقد علم ممّا تقدّم على هذه الفقرة أنّ الملاك في قيمة نفس العين هو يوم المخالفة ، فكذلك نقول في تعيين الأرض بذلك اليوم .

(ويحتمل أن يكون) لفظ اليوم (قيداً لـ« العيب » ، والمراد) حينئذٍ ضمان عيب الموجود في البغل بقيمته في يوم ردّه لا قيمة العيب في زمان حدوثه ، فالمعنى أنّ

العيب الموجود في يوم الرد؛ لاحتمال ازدياد العيب إلى يوم الرد فهو المضمون، دون العيب القليل الحادث أولاً.

لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرد، والعبرة حينئذٍ بالعيب الموجود حال حدوثه؛ لأنَّ المعيب لو رُدَّ إلى الصِّحَّة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع على مقتضى الفتوى، فهذا الإحتمال من هذه الجهة ضعيف أيضاً، فتعيَّن تعلُّقه بقوله ﷺ: «عليك».

المضمون من العيب هو (العيب الموجود في يوم الرد) وذلك (لاحتمال ازدياد العيب) من زمان حدوثه شيئاً فشيئاً (إلى يوم الرد فهو المضمون) في عهدة أبي ولَّاد (دون العيب القليل الحادث أولاً)، ف ضمان أصل البغل تحقَّق يوم المخالفة، و ضمان العيب حصل زمان حدوثه، لكنَّه مراعى بعدم ازدياده إلى يوم الدفع، فإن زاد فالزيادة أيضاً مضمونة وإن لم يزد، فالمضمون قيمة يوم حصول العيب.

(لكن) يُضَعَّف هذا الإحتمال بأنَّه لو برء العيبُ أو تَقَصَّ عمَّا حدث أولاً؛ فإنَّه (يحتمل أن يكون العيب قد تناقص) من يوم حدوثه شيئاً فشيئاً (إلى يوم الرد) فصار المغصوب صحيحاً أو قريباً منها، فكانت قيمة الصحيح والمعيب متقاربة، (والعبرة حينئذٍ بالعيب الموجود حال حدوثه) فيقوِّم قيمته في ذلك اليوم دون يوم الرد؛ (لأنَّ المعيب لو رُدَّ إلى الصِّحَّة أو نقص) العيب (لم يسقط) عن عهدة الغاصب (ضمان ما حدث منه) أولاً، ثمَّ زال (وارتفع) ذلك (على مقتضى الفتوى) من الأصحاب.

(فهذا الإحتمال) أعني احتمال كون لفظ «يوم» قيداً للعيب (من هذه الجهة) المذكورة من فتوى الأصحاب (ضعيف أيضاً) كاحتمال كونه قيداً للقيمة كما تقدَّم، وبالنتيجة (فتعيَّن تعلُّقه) أي لفظ «يوم» (بقوله ﷺ: «عليك») ومعناه حينئذٍ - كما تقدَّم - عليك يوم ردِّ العين قيمة ما بين الصحيح والمعيب.

والمراد بـ «قيمة ما بين الصّحة والعيب»: قيمة التفاوت بين الصّحة والعيب ، ولا تعرّض في الرواية ليوم هذه القيمة ، فيُحتمل يوم الغصب ، ويُحتمل يوم حدوث العيب الذي هو يوم تلف وصف الصّحة الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضمانات والمعاوضات .

وحيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه والألحقة له في اعتبار يوم الغصب تعيّن حمل هذا أيضاً على ذلك .

(والمراد بـ «قيمة ما بين الصّحة والعيب») في كلامه ﷺ (قيمة التفاوت بين الصّحة والعيب ، ولا تعرّض) على هذا (في الرواية ليوم هذه القيمة ، فيُحتمل يوم الغصب) وهو في مورد الرواية يوم المخالفة ، لاشتغال الدّمة بنفس العين وأوصافها التي منها وصف الصّحة ، (ويُحتمل يوم حدوث العيب الذي هو يوم تلف وصف الصّحة الذي هو بمنزلة جزء) معنويّ لـ (العين في باب الضمانات والمعاوضات) كالأجزاء الخارجيّة بناءً على القول بضمان يوم التلف في العين التالفة .

(وحيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه) وهو قوله ﷺ : «قيمة بغل يوم خالفته» (و) كذا الفقرة (الألحقة له) وهو قوله : «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكرى كذا وكذا» (في اعتبار) ضمان (يوم الغصب) والمخالفة (تعيّن حمل هذا) ، وهو قوله : «عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه» (أيضاً على ذلك) ، أي على يوم الغصب ، وإن كان في بادئ النظر مجملاً .

هذا ، ولا يخفى عليك أنّ هذا البحث والاحتمالات في تعلّق لفظ «يوم تردّه» مبنيّ على وجوده في الصحيحة بهذا النحو ، كما في التهذيب والكافي والوسائل المطبوعة والموجودة حالياً ، أمّا على ما ذكره صاحب الجواهر: ج ٣٧ ص ١٠٢ : من أنّ الموجود فيما حضرني من نسخة التهذيب الصحيحة المحشاة «تردّه عليه» من دون لفظ «يوم» ، فمعناه:

نعم ، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحة بأنه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم في الرواية على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوماً ، ويكون السر في التعبير بـ «يوم المخالفة» دفع ما ربّما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام : أن العبرة بقيمة ما اشتري به البغل وإن نقص بعد ذلك ؛ لأنه خسر المبلغ الذي اشترى به البغلة .

«أنك تردّ الأرض عليه مع البغل ، انتهى . وعلى ما ذكره فلا موضوع لتوهم التنافي بين صدر الرواية وذيلها ، فالبحث حينئذٍ كما يقال في الفارسيّة «سرى صاحب تراشيدن است» ؛ لأنّ مدلول هذه الفقرة كما قال صاحب الجواهر : وجوب أصل الأرض من دون تعيين مقداره بحسب الأزمنة .

(نعم ، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحة) من ضمان قيمة يوم المخالفة والغصب ، ويحكم شرعاً بضمان قيمة يوم التلف (بأنّه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم) بيوم المخالفة (في الرواية) لأجل خصوصيّة في ذلك اليوم ، بل الحكم به إنّما هو (على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية) وهو البغل (من عدم اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوماً) فإنّ قيمته في يوم القبض ويوم المخالفة ويوم التلف - الذي هو الملاك شرعاً على الظاهر - قيمة واحدة (ويكون السر) والسبب (في التعبير بـ «يوم المخالفة») والعدل عن التعبير بـ «يوم التلف» هو (دفع ما ربّما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام) المالكين للأشياء التي ضاع عنهم وتلف (أن العبرة بقيمة ما اشتري به البغل) سابقاً (وإن نقص بعد ذلك ؛ لأنه) أي لأنّ المتلف قد (خسر المبلغ الذي اشترى به البغلة) ، فيقول صاحبه مثلاً : إنّ هذا البغل الذي تلف قد اشتريته بكذا من مبلغ كثير .

ويؤيده : التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بـ «يوم الإكتراء» ، فإن فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلم بـ «يوم المخالفة» من حيث أنه يوم المخالفة .
 إلا أن يقال : إن الوجه في التعبير بـ «يوم الإكتراء» مع كون المناط يوم المخالفة ، هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الإكتراء ؛ لكون البغل فيه غالباً بمشهد من الناس وجماعة من المكارين ، بخلاف زمان المخالفة - من حيث إنه زمان المخالفة - فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة

(ويؤيده) ، أي يؤيد الوهن الذي ذكرناه لإسقاط اعتبار يوم المخالفة (التعبير) بعد ذلك (عن يوم المخالفة في ذيل الرواية) والعدول عنه (بـ «يوم الإكتراء») فلم يعتنِ الإمام ﷺ في التعبير بـ «يوم المخالفة» ثانياً ، بل عبّر بـ «يوم الإكتراء» (فإن فيه) ، أي في هذا العدول وتغيير التعبير (إشعاراً بعدم عناية المتكلم) ﷺ (بـ «يوم المخالفة» من حيث أنه) لا خصوصية لـ (يوم المخالفة) ؛ لأن القيمة في يوم الإكتراء ، والمخالفة ، والتلف ، بل يوم الدفع أيضاً ، متساوية ، وأنها قيمة واحدة .

(إلا أن يقال) : بالخدشة في تأييد الوهن ، والعناية الخاصة بالتعبير بـ «يوم المخالفة» بـ (إن الوجه في التعبير بـ «يوم الإكتراء») في ذيل الرواية (مع كون المناط) والملاك في الحكم الشرعي (يوم المخالفة ، هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الإكتراء ؛ لكون البغل فيه غالباً) أي في يوم الإكتراء (بمشهد) ومرأى جمع (من الناس وجماعة من المكارين) الذين هم أهل الخبرة في سعر الدوابّ والبغال (بخلاف زمان المخالفة - من حيث إنه زمان المخالفة -) الذي يكون البغل خارج البلد وبعيداً عن الناس ، نعم من حيث إن في مورد الرواية يوم المخالفة متحدٌ مع يوم الإكتراء - حسب الظاهر - يمكن معرفة سعر البغل فيه ، وبالجمله (فتغيير التعبير) في الرواية (ليس لعدم العبرة) والإعتناء

بزمان المخالفة ، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبيئة ، كاليمين في مقابل قول السائل : «وَمَنْ يَعْرِفْ ذَلِكَ؟» فتأمل .

ويؤيده أيضاً : قوله ﷺ فيما بعد ، في جواب قول السائل : «ومن يعرف ذلك؟» قال : «أنت وهو ، إمّا أن يحلف على القيمة فيلزمك ، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة «له خد» لزمه ، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون «على خد» أنّ قيمة البغل يوم اكتري كذا وكذا ، فيلزمك ... الخبر» ، فإنّ

(بزمان المخالفة ، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبيئة ، كـ) معرفة قيمة البغل بسهولة بـ (اليمين في مقابل قول السائل : «وَمَنْ يَعْرِفْ ذَلِكَ؟») ، حيث أجابه ﷺ : «أنت وهو ، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك إلى آخره» ، (فتأمل) لعلّه إشارة إلى أنّ يوم المخالفة من جهة أنّه متّحدٌ مع يوم الإكتراء ؛ لأنّ أبي ولّاد خالف مورد الإجارة بمجرد خروجه من الكوفة ، فلا تفاوت في سهولة إقامة الشهود بين اليومين ، فلو كان يوم المخالفة معتبراً لعبّر ﷺ به ، فالعدول عنه والتعبير بيوم الإكتراء يكشف عن عدم اعتنائه ﷺ بيوم المخالفة .

(ويؤيده أيضاً :) ، أي يؤيد الوهن المتقدّم لظهور الرواية في اعتبار يوم المخالفة ، وأنّه لا موضوعيّة له ، بل التعبير به ؛ لأنّ الغالب عدم تغيير قيمة البغل في مدّة خمسة عشر يوماً ، (قوله ﷺ فيما بعد) الفقرة الأولى (في جواب قول السائل : «ومن يعرف ذلك؟») أنّه (قال) ﷺ («أنت وهو ، إمّا أن يحلف على القيمة فيلزمك ») ما يدّعيه من القيمة العالية ، (فإن ردّ اليمين عليك فحلفت) أنت (على القيمة «له خد») النازلة (لزمه) ما تدّعيه من القيمة النازلة ، (أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون «على خد» أنّ قيمة البغل يوم اكتري كذا وكذا ، فيلزمك ... الخبر » ، فإنّ) هذا الكلام يدلّ على عدم خصوصيّة في تقويم البغل بـ «يوم المخالفة» ؛

العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجهٌ لكون القول قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل .

ثم لا وجه لقبول بيئته ؛ لأنَّ مَنْ كان القول قوله فالبيئة بيئته صاحبه . وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له ويصدق له

إذ (العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجهٌ) لتقديم قول المالك المكارى على قول أبي ولّاد (لكون القول قول) المنكر مع يمينه لا قول (المالك) الذي هو المدّعي (مع كونه مخالفاً للأصل) لبرائة ذمّة أبي ولّاد عن الزيادة عمّا يعترف به ، فتقديم قول المالك مخالف لموازين باب القضاء ؛ لأنّ المالك مدّعى حيث إنّ قوله مخالفٌ للأصل ، ومن كان قوله مخالفاً للأصل يكون مدّعيّاً ، ومن كان قوله موافقاً للأصل يكون منكراً ، وعلى القاعدة «البيئّة على المدّعي واليمين على مَنْ أنكر» . وبالجمله: فتقديم قول صاحب البغل مخالف للقاعدة .

(ثم) إنّ حكمه عليه بقوله : «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون... إلخ أيضاً (لا وجه لقبول بيئته ؛ لأنَّ مَنْ كان القول قوله) مع اليمين ، (فالبيئّة بيئته صاحبه) ، فالجمع بين قبول قول صاحب البغل وبين تقديم بيئته جمع بين المتناقضين لا متناع فرض شخص واحد منكراً ومدّعيّاً ، فلو فرض أنّه منكر وقُبِلَ قوله فلا وجه لفرضه مدّعيّاً حتّى يأتي بشهود .

فإن قلت: لعلّ المراد من الحلف: الحلف المتعارف عند الناس مع تراضي الطرفين لا الحلف الشرعي الذي يأمر به القاضي ، ويجب أن يكون بلفظ الجلالة كما احتمله صاحب الجواهر: ج ٣٧ ص ٢٢٤ و ٢٢٥ ، وقال: «لا محيص عن حمل الصحيح المزبور على ما ذكرناه ، وإلّا نأفى قواعد القضاء... إلخ .

قلنا: (وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له ويصدق له) قلنا: (أي يصدق المحلوف له - وهو أبو ولّاد - الحالف - وهو المكارى صاحب

فيه من دون محاكمة ، والتعبير برّد اليمين على الغاصب من جهة أنّ المالك أعرف بقيمة بغله ، فكأنّ الحلف حقّ له ابتداءً ، «فكان الحلف حقّاً له ابتداءً خد» خلاف الظاهر .

وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف؛ فإنّه يمكن أن يحمل

البغل كما يقال : والعباس كلّف عليّ هذا الشيء كذا مبلغاً ويصدّقه المشتري (فيه من دون محاكمة) عند القاضي^(۱) (والتعبير برّد اليمين على الغاصب) وهو أبو ولّاد (من جهة أنّ المالك أعرف بقيمة بغله ، فكأنّ الحلف حقّ له ابتداءً) كذا في أكثر النسخ، وفي بعضها: («فكان الحلف حقّاً له ابتداءً خد»)، كلّ ذلك (خلاف الظاهر) - خبر لقوله: «وحمل الحلف... الخ»؛ وذلك لأنّ الإمام عليه السلام بصدد بيان الحكم الشرعي الكلّي، والقانون العامّ لحلّ النزاع في مثل هذه الأمور بين المالكين والغاصبين كما هو شأنه عليه السلام، وليس بصدد بيان إرجاع أبي ولّاد والمكاري إلى ما تعارف بين الناس لحلّ النزاعات بينهم، إذ لا عبرة به لو لم ينطبق على الموازين الشرعيّة.

والحاصل: أنّ ما استظهرناه من الصحیحة من ضمان قيمة البغل يوم المخالفة، مخالف لقواعد باب القضاء من كون «البیّنة على المدّعي واليمين على من أنکر»، كما بیّناه مفصّلاً.

(وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا) ضمان قيمة البغل (يوم التلف) فإنّ مفاد الصحیحة حينئذٍ مطابق لموازين قانون القضاء؛ (فإنّه يمكن أن يحمل) حكمه عليه السلام

(۱) گویند در کربلا مغازه داری بود اسم شاگردش عبدالله بود، هر روز عباى او را درب مغازه آویزان می‌کرد، و در حالی که اشاره به عبا می‌کرد به مشتری می‌گفت: به این عبا عبدالله این جنس را به فلان مبلغ خریده‌ام، مشتری بیچاره خیال می‌کرد اشاره به حرم سیّد الشهداء علیه السلام می‌کند، لذا قبول می‌کرد.

توجّه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا في تنزّل القيمة يوم التلف مع اتّفاقهما أو الإطلاع من الخارج على قيمته سابقاً ، ولا شك حينئذٍ أنّ القول قول المالك ، ويكون سماع البيّنة في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقاً مع اتّفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التلف ، فتكون الرواية قد تكفّلت بحكم صورتين من صور تنازعهما ، ويبقى بعض الصور ، مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف

بـ (توجّه اليمين على المالك) في قوله: «فإنّما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك» (على ما إذا اختلفا في تنزّل القيمة يوم التلف مع اتّفاقهما) وعلمهما بقيمته يوم المخالفة (أو الإطلاع من الخارج) كإخبار أهل الخبرة (على قيمته سابقاً) على يوم التلف ، وذلك كما إذا اتّفقا على أنّ قيمته السوقية يوم المخالفة عشرة دنانير ، وادّعى أبو ولّاد أنّه تنزّل يوم التلف إلى ثمانية ، وأنكر صاحب البغل ذلك ، (ولا شك حينئذٍ أنّ القول قول المالك) بيمينه ؛ لأنّه منكر للتنزّل ، فقلوه ﷺ : «إنّما أن يحلف هو على القيمة» يحمل على هذه الصورة ، وهو مطابق لقانون القضاء والحكم.

(و) هناك صورة أخرى ، وهو ما إذا اتّفقا على عدم تغيير القيمة السوقية عن يوم المخالفة إلى يوم التلف ، فكانت القيمة ثابتةً ، ولكن اختلفا في قيمته السابقة ، أعني قيمة يوم المخالفة ، فادّعى المكارى أنّها كانت عشرة ، وأنكر أبو ولّاد ذلك ، وقال: إنّها كانت ثمانية دنانير ، فـ (يكون سماع البيّنة) من المكارى المالك في هذه الصورة ، أي (في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقاً مع اتّفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التلف) . ومن المعلوم أنّ حكمه ﷺ بقوله: «أو يأتي بشهود يشهدون...الخ» أيضاً مطابق لموازين القضاء: من أنّ البيّنة على المدّعي وهو صاحب البغل في هذه الصورة الثانية (فتكون الرواية قد تكفّلت بحكم صورتين من صور تنازعهما ، ويبقى بعض الصور) غير مذكور في الرواية ، (مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف)

عن يوم المخالفة ، ولعلّ حكمها - أعني حلف الغاصب - يُعلم من حكم عكسها المذكورة في الرواية .

وأما على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة ، فلا بدّ من حمل الرواية على ما إذا اتّفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة ، أو اللاحق له ، وادّعى الغاصب نُقصانه عن تلك يوم المخالفة ،

وارتفاعها (عن يوم المخالفة) بأن صارت اثني عشر ديناراً مثلاً ، وأنكر أبو ولّاد ذلك (ولعلّ حكمها - أعني حلف الغاصب -) وهو أبو ولّاد على إنكار الزيادة ، وإن نكل عن اليمين ، وردّه على المكاري فحلف هو على الارتفاع استقرّ الزيادة على عهدة أبي ولّاد ، فحكم هذه الصورة الثالثة (يُعلم من حكم عكسها) وهو الصورة الأولى (المذكورة في الرواية) ، وهو الاتّفاق على القيمة يوم المخالفة ، مع دعوى أبي ولّاد - الغاصب - تنزّلها يوم التلف .

هذا كله على الإعتبار بيوم التلف .

(وأما على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة) كما استظهرناه من الصحيحة أولاً ، فإن أردنا توجيهها بحيث لا تنافي موازين القضاء (فلا بدّ من حمل الرواية على ما إذا اتّفقا على قيمة اليوم) القبض (السابق على يوم المخالفة) بأن كانت عشرة دنانير مثلاً ، ولكن اختلفا في قيمة يوم المخالفة بأن ادّعى أبو ولّاد - الغاصب - تنزّلها إلى ثمانية ، وأنكر المكاري التنزّل ، فهذا أيضاً يحلف على إنكار ما يدّعيه أبو ولّاد فيصحّ قوله ﷺ : « فإمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك » .

(أو) تحمل الرواية على صورة أخرى ، وهو ما إذا اتّفقا على قيمة البغل في اليوم (اللاحق له) أي ليوم المخالفة بأنها عشرة دنانير ، (وادّعى الغاصب نُقصانه) بالتنزّل (عن تلك) القيمة (يوم المخالفة) بأن كانت ثمانية ، فالمالك أيضاً منكّر لما يدّعيه الغاصب فيحلف على ردّه ، وتنطبق الرواية أيضاً على موازين القضاء .

ولا يخفى بعده .

وأبعد منه : حمل النص على التعبد ، وجعل الحكم في خصوص الدائبة المغصوبة « مخصوصاً في الدائبة المغصوبة خد » أو مطلقاً ، مخالفاً للقاعدة المتفق عليها نصاً وفتوى : من كون « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » كما حكى عن الشيخ في بابي الإجارة والغصب .

(و) لكن (لا يخفى بعده) ، أي بعد اعتبار يوم المخالفة ، وحمل الرواية على هاتين الصورتين الأخيرتين ؛ وذلك لأنّ الظاهر - كما تقدّم - أنّ يوم المخالفة متحد مع يوم القبض لقرب قطرة الكوفة بالبلد ، وعلى تقدير كونهما يومين ، فيبعد تغيير القيمة ، كما هو واضح . كما أنّ قبل يوم القبض لم يكن البغل مورد ابتلاء أبي ولّاد ، ولا يطّلع على قيمته ، فحمل الرواية على ذلك الذي هو فرد نادر ، بعيد .

(وأبعد منه : حمل النص على التعبد ، وجعل الحكم) أعني حلف المدعي - وهو المالك - (في خصوص الدائبة المغصوبة) كذا في النسخة المصحّحة ، وفي سائر النسخ : (« مخصوصاً في الدائبة المغصوبة خد » أو مطلقاً) أي سواء كانت مغصوبة أو غيره ممّا كان مضموناً ، (مخالفاً للقاعدة المتفق عليها نصاً)^(١) (وفتوى من كون « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » كما حكى) هذا الحمل (عن الشيخ) الطوسي في كتاب النهاية (في بابي الإجارة) ص ٤٤٦ (والغصب) أي في بيع المغصوب في باب الغرر والمجازفة ص ٤٠٢ - لا في كتاب الغصب ، فحكّم بأنّ صحيحة أبي ولّاد مخصّصة لتلك القاعدة الكلّية . قال في كتاب

(١) ففي صحيحة جميل وهشام ، عن أبي عبد الله (ع) ، قال : « قال رسول الله (ص) : البينة على من ادّعى ، واليمين على من ادّعى عليه » ، الوسائل ج ١٨ ص ١٧٠ الباب ٣ كيفية الحكم ح ١ ، وكذا ٢ و

وأضعف من ذلك : الإستشهاد بالرواية ، على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف - كما حُكي عن الشهيد الثاني -

الإجارة في مَنْ اُكْتَرَى دَابَّةً عَلَى أَنْ يَرْكَبَهَا إِلَى مَوْضِعٍ مَخْصُوصٍ فَتَجَاوَزَهُ مَا لَفْظُهُ: «وَمَتَى هَلَكْتَ الدَّابَّةُ، وَالْحَالُ مَا وَصَفْنَاهُ، كَانَ ضَامِنًا لَهَا، وَلِزِمَهُ قِيَمَتُهَا يَوْمَ تَعَدَّى فِيهَا، فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ كَانَ عَلَى صَاحِبِهَا الْبَيِّنَةُ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ وَرَدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُسْتَأْجَرِ مِنْهُ، لَزِمَهُ الْيَمِينَ، أَوْ يَتَصَالِحَانِ عَلَى شَيْءٍ، وَالْحُكْمُ فِيمَا سِوَى الدَّابَّةِ فِيمَا يَقَعُ الْخِلَافُ فِيهِ بَيْنَ الْمُسْتَأْجَرِ وَالْمُسْتَأْجَرِ مِنْهُ كَانَتْ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِيِ وَالْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»، انتهى كلام النهاية.

ولعلَّ الوجه في أبديَّة حمل الشيخ الطوسي الصحيحة على التعبد، هو عدم ذهاب أحد من العلماء إلى ذلك، فاتَّفَقُوا عَلَى عدم تخصيص القاعدة الكلِّيَّة: «البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِيِ، وَالْيَمِينَ عَلَى الْمُنْكَرِ»^(١).

(وأضعف من ذلك)، أي من الإستظهار من الصحيحة على اعتبار قيمة يوم المخالفة، كما تَبَّه عليه الشيخ بقوله المتقدم ص ١١١: «نَعَمْ يُمْكِنُ أَنْ يُوْهَنَ مَا اسْتَظْهَرْنَاهُ مِنَ الصَّحِيْحَةِ...إِلْخ» (الإستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب) والمخالفة (إلى) يوم (التلف - كما حُكي) في مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٢٤٤ (عن الشهيد الثاني -) في المسالك ج ١٢ ص ١٨٦، وشرح اللمعة ج ٧ ص ٤٣، فقال في الأوَّل في ضمن عدِّ الأقوال: «وثانيها: ضمان القيمة يوم التلف...، وهذا القول قويٌّ، إِلَّا أَنْ فِي صَحِيْحَةِ أَبِي وَلَادٍ فِي مَنْ اُكْتَرَى الْبَغْلُ وَتَجَاوَزَ بِهِ مَحَلَّ الشَّرْطِ مَا يَدُلُّ عَلَى وَجُوبِ أَعْلَى الْقِيَمِ بَيْنَ الْوَقْتَيْنِ، وَلَوْلَاهَا لَمَا كَانَ عَنْ هَذَا الْقَوْلِ - أَيِ الْقَوْلِ بِيَوْمِ التَّلْفِ - عَدُولٌ»، وقريب منه ما في شرح اللمعة، لكنَّه لم يذكر ﷺ في الكتابين وجهَ دلالة الصحيحة على

(١) راجع لتفصيل هذا المطلب هدى الطالب ج ٣ ص ٥٢٦.

إذ لم يُعلم لذلك وجهٌ صحيح ، ولم أظفر بمن وجهٌ دلالتها على هذا المطلب .
نعم ، إستدلّوا على هذا القول بأنّ العين مضمونةٌ في جميع تلك الأزمنة
التي منها زمان ارتفاع قيمته .

وفيه : أنّ ضمانها في تلك الحال ، إن أُريد به وجوبُ قيمة ذلك الزمان لو
تلف فيه فمُسَلَّمٌ ؛ إذ تداركه لا يكون إلّا بذلك ، لكنّ المفروض أنّها لم تتلف فيه .

الأعلى، بل استدلّ قبله في المسالك - بأسطر - على اعتبار يوم التلف: «بأنّ العين ما
دامت موجودة لا حقّ لمالكها في القيمة، زادت أم نقصت...الخ، ووجه أضعفية
الإستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم (إذ لم يُعلم لذلك) الإستشهاد (وجهٌ
صحيح) ، وهذا بخلاف ظهورها في ضمان يوم المخالفة، فإنّه ليس ببعيد، كما استظهرناه
في بادئ الأمر، وإن عدلنا عنه ورجّحنا اعتبار قيمة يوم التلف، (ولم أظفر بمن وجهٌ
دلالتها على هذا المطلب) أعني أعلى القيم الذي استشهد به الشهيد من الرواية.

(نعم ، إستدلّوا على هذا القول) كما في مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٢٤٤،
والجواهر ج ٣٧ ص ١٠٤ (بأنّ العين مضمونةٌ) على الغاصب (في جميع تلك
الأزمنة) من يوم الغصب إلى يوم التلف (التي منها زمان ارتفاع قيمته) . وهذا
الإستدلال موجود في كلام الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ج ٤ ص ٧٠، وابن فهد الحلّي
في المهذب البارع: ج ٤ ص ٢٥٢، والشهيد الثاني في المسالك: ج ١٢ ص ١٨٦، لكنّه جعل
ابتداء الضمان يوم القبض لا الغصب.

(وفيه) : ما ذكره السيّد العاملي في المفتاح وصاحب الجواهر - مختصراً - من
(أنّ ضمانها في تلك الحال) أي حال ارتفاع القيمة (إن أُريد به وجوبُ قيمة ذلك
الزمان لو تلف فيه فمُسَلَّمٌ ؛ إذ تداركه لا يكون إلّا بذلك) أي القيمة يوم التلف (لكنّ
المفروض أنّها) أي العين (لم تتلف فيه)، فالضمان بهذا المعنى للقيمة تقديريٌّ في
عالم الفرض لا أنّه محقّق في الخارج.

وإن أُريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلاً وإن تنزّلت بعد ذلك ، فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين .
وإن أُريد استقرارها عليه بمجرّد الإرتفاع مراعى بالتلف ، فهو وإن لم يخالف الإتّفاق إلّا أنّه مخالف لأصالة البرائة من غير دليل شاغل ، عدا ما حكاه في الرياض عن خاله العلّامة قدّس الله تعالى روحهما من قاعدة نفى الضرر الحاصل على المالك .

(وإن أُريد به) أي بالضمان (استقرار قيمة ذلك الزمان) المرتفعة القيمة (عليه) أي على الضامن (فعلاً) وفي مرحلة الإثبات والوقوع (وإن تنزّلت بعد ذلك) الزمان ، والحال أنّ العين موجودة (فهو مخالف لما تسالموا عليه) الفقهاء (من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين) بنفسها .
(وإن أُريد استقرارها) أي القيمة العليا (عليه) «الضامن» (بمجرّد الإرتفاع) وإن تنزّلت بعد ذلك ، لكنّ هذا الإستقرار مشروط و (مراعى بالتلف) ، وعدم ردّ العين من باب الشرط المتأخّر ، (فهو وإن لم يخالف الإتّفاق إلّا أنّه) أي هذا الإستقرار (مخالف لأصالة البرائة) عن الزائد على القيمة النازلة بعد الإرتفاع - إذ المفروض أنّ العين تنزّلت قيمتها ثمّ تلفت - (من غير دليل شاغل) لذمّة الضمان للشكّ في اشتغال ذمّته بالنسبة إلى الزائد ، فلا دليل على الإشتغال (عدا ما حكاه) السيّد عليّ الطباطبائي (في الرياض) ج ٢ ص ٣٠٤ (عن خاله العلّامة) الأكبر الآقا محمّد باقر الوحيد البهبهاني (قدّس الله تعالى روحهما من قاعدة نفى الضرر) والضرار في الشريعة المقدّسة^(١) (الحاصل على المالك) لعدم تمكّنه من العين في زمان ارتفاع قيمتها .

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٤ الخيار وج ١٧ ص ٣٧٦ موانع الإرث .

وفيه نظر، كما اعترف به بعض مَنْ تأخَّر.

نعم، يمكن توجيه الإستدلال المتقدم - من كون العين مضمونة في جميع الأزمنة -: بأنَّ العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان وصار مَالِيَّتُهَا مُقَوِّمَةً بتلك القيمة، فكما أنَّه إذا تلف حينئذٍ يجب تداركُها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها وبين المالك حتَّى تلفت؛ إذ لا فرق مع عدم التمكن منها بين أن تتلف أو تبقى.

(وفيه نظر، كما اعترف به بعض مَنْ تأخَّر)، وهو صاحب الجواهر: ج ٣٧ ص ١٠٥، ووجه النظر أنَّ هذا ليس بضرر حقيقة، بل هو عدم النفع؛ لأنَّ الضامن مكلف بأداء العين ما دامت موجودة مهما كانت قيمتها من الزيادة والنقصان، وعلى هذا فلم تشتغل ذمته بالبذل حين الإرتفاع - لوجود نفس العين - حتَّى تقتضي قاعدة لا ضرر الإشتغال به.

ثم استدرك الشيخ على المناقشة التي أوردها على الإستدلال للقول بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، فقال:

(نعم، يمكن توجيه الإستدلال المتقدم) ص ١٢٠ (- من كون العين مضمونة في جميع الأزمنة -:) من يوم الغصب إلى يوم التلف، (بأنَّ العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان) من تلك الأزمنة (وصار مَالِيَّتُهَا مُقَوِّمَةً) في السوق (بتلك القيمة) العليا، (فكما أنَّه إذا) فرض أنَّها لم تصل إلى يد المالك بعد التقويم بتلك القيمة (تلف حينئذٍ) فكان (يجب تداركُها بتلك القيمة، فكذا إذا) لم تتلف ولكن (حيل بينها وبين المالك حتَّى تلفت؛ إذ لا فرق مع عدم التمكن منها) وعدم انتفاع المالك بها (بين أن تتلف) في ذلك الزمان (أو تبقى) موجودةً إلى أن تنزلت قيمتها ثم تلفت؛ إذ المفروض أنَّ المالك في كلتا صورتين محروم من عين ماله والانتفاع به، فحيلولة الضامن بين المالك وبين ماله مانعةٌ عن الانتفاع بها، وهذا المنع

نعم ، لو رُدَّت ، تُدَارَك تلك المائيّة بنفس العين ، وارتفاع القيمة السوقية أمر إعتباري لا يُضمن بنفسه ، لعدم كونه مالاً ، وإنّما هو مقوّم لمائيّة المال ، وبه تمايز الأموال كثرةً وقلةً .

والحاصل :

يوجب ضمان القيمة المرتفعة، وإن لم تتلف العين في زمان الإرتفاع، بل بقيت إلى زمان تنزّل قيمتها ثمّ تلفت، فهو كما قيل بالفارسيّة: دست ما كوتاه و خرما بر نخيل.

نعم، لو بقيت إلى أن ردّها الضامن إلى المالك في زمان تنزّل قيمتها، لم يكن ضامناً للقيمة المرتفعة؛ لأنّ ردّ نفس العين يوجب تدارك تلك القيمة، ولولا هذا التدارك لزم عند ردّ العين، ردّ التفاوت بين القيمة الفعلية النازلة والقيمة الماضية العالية، ولهذا قال الشيخ رحمته:

(نعم ، لو رُدَّت) ، نفس العين في زمان نزول القيمة (تُدَارَك تلك المائيّة بنفس العين) .

فإن قلت: إذا كان ارتفاع القيمة السوقية مضموناً على الضامن، لم يختلف الحال بين ما إذا تلفت العين بعده، وبين ما إذا بقيت إلى أن تنزّل قيمتها ثمّ ردّها الضامن إلى المالك، كما هو الحال فيما إذا كان الإرتفاع بسبب سمن الدابة = چاق شدن، ثمّ تنزّلت بهزالتها عند الردّ، فإنّ الإرتفاع مضمون قطعاً.

قلنا: (وارتفاع القيمة السوقية أمر إعتباري لا يُضمن بنفسه) إذا تنزّلت ، (لعدم كونه مالاً) مستقلاًّ يبدل بإزائه شيءٌ، (وإنّما هو مقوّم لمائيّة المال ، وبه تمايز الأموال كثرةً وقلةً)، وهذا بخلاف الإرتفاع بالنسيمن فإنّه أمر حقيقيّ حاصل من التفاوت العينيّ في المال، ولهذا يكون مضموناً لو فرض هزال الدابة عند الردّ، فضمان هذا لا يلازم ضمان الإرتفاع السوقيّ.

(والحاصل) أي حاصل توجيه الإستدلال المتقدّم ص ١٢٠ لضمان العين في

أَنَّ للعين في كلِّ زمانٍ من أزمنة تفاوت قيمته مرتبةٌ من المائيّة ، أُزيلت يد المالك منها وانقطعت سلطنته عنها ، فإن رُدَّت العين فلامال سواها يُضمن ، وإن تلفت استقرّت عليها « أعلى خد » تلك المراتب ؛ لدخول الأدنى تحت الأعلى ، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادةٌ ، حيث إنّه يضمن الأعلى منها . ولأجل ذلك استدلّ العلامة في التحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله : لأنّه زمان إزالة يد المالك .

جميع الأزمنة :

(أَنَّ للعين في كلِّ زمانٍ من أزمنة تفاوت قيمته مرتبةٌ من المائيّة) وقد (أُزيلت يد المالك منها وانقطعت سلطنته عنها) أي عن تلك المرتبة ، ولم يتمكن من الإنتفاع بها ، (فإن رُدَّت العين فلامال سواها يُضمن) فلا يضمن الضامن أعلى القيم لردّه نفس العين إلى المالك ، كما تقدّم نظيره في الأمر السادس ص ٨٠ في الماء التالف في المفازة لو أراد ردّه على الشاطئ ، واحتملنا اعتبار آخر مكانٍ أو زمان سقط المثل عن المائيّة ، (و) لكن (إن تلفت) العين (استقرّت عليها « أعلى خد » تلك المراتب) على عهدة الضامن ، فيجب عليه دفع أعلى القيم إلى المالك ؛ (لدخول الأدنى تحت الأعلى) ، فلا يجب الجمع بين القيم المختلفة . قال الشاعر الفارسي :

نام احمد ﷺ نام جمله انبيا است چونكه صد آمد نودهم پيس ما است

(نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادةٌ ، حيث إنّه يضمن الأعلى منها) فقط ، ولا يضمن جميع المنافع الفائتة ، مثلاً : لو غصب بغلاً أو سيّارة كان كرائه للركوب في اليوم الواحد ألف تومان ولحمل الأشياء ألفين ، كان ضامناً لألفين فقط . (ولأجل ذلك) أي لأجل أنّ الحيلولة موجبة للضمان على الحائل (استدلّ العلامة في التحرير) ج ٢ ص ١٣٩ (للقول باعتبار) ضمان قيمة (يوم الغصب بقوله :) ، فالأكثر على ضمان القيمة يوم الغصب ؛ (لأنّه زمان إزالة يد المالك) ، انتهى .

ونقول في توضيحه : **أَنَّ كُلَّ زَمَانٍ مِنْ أَزْمَنَةِ الْغَضَبِ ، قَدْ أُزِيلَتْ فِيهِ يَدُ الْمَالِكِ مِنَ الْعَيْنِ عَلَى حَسَبِ مَالِيَّتِهِ ، فَفِي زَمَانٍ أُزِيلَتْ مِنْ مِقْدَارِ دَرَاهِمٍ ، وَفِي آخَرٍ عَنْ دَرَاهِمِينَ ، وَفِي ثَالِثٍ عَنْ ثَلَاثَةِ ، فَإِذَا اسْتَمَرَّتِ الْإِزَالَةُ إِلَى زَمَانِ التَّلْفِ وَجِبَتْ غَرَامَةُ أَكْثَرِهَا ، فَتَأْمَلُ .**

وَاسْتَدَلَّ فِي السَّرَائِرِ وَغَيْرِهَا عَلَى هَذَا الْقَوْلِ بِأَصَالَةِ الْإِسْتِغْثَالِ ؛ لِاسْتِغْثَالِ ذِمَّتِهِ بِحَقِّ الْمَالِكِ ، وَلَا يَحْصُلُ الْبَرَاءَةُ إِلَّا بِالْأَعْلَى .
وَقَدْ يُجَابُ

(ونقول في توضيحه : **أَنَّ كُلَّ زَمَانٍ مِنْ أَزْمَنَةِ الْغَضَبِ**) من أول يوم إلى يوم تلف العين (**قَدْ أُزِيلَتْ فِيهِ يَدُ الْمَالِكِ مِنَ الْعَيْنِ عَلَى حَسَبِ مَالِيَّتِهِ**) وحُرم عن الانتفاع بماله (**فَفِي زَمَانٍ أُزِيلَتْ مِنْ مِقْدَارِ دَرَاهِمٍ**) مثلاً ، (**وَفِي آخَرٍ عَنْ دَرَاهِمِينَ ، وَفِي ثَالِثٍ عَنْ ثَلَاثَةِ**) دراهم ، (**فَإِذَا اسْتَمَرَّتِ الْإِزَالَةُ**) والحيلولة (**إِلَى زَمَانِ التَّلْفِ وَجِبَتْ غَرَامَةُ أَكْثَرِهَا ، فَتَأْمَلُ**) ، لعلَّ إشارة إلى أَنَّ هذا التوضيح أجنبى عن كلام العلامة ، فإنه استدلل بالحيلولة وإزالة يد المالك لإثبات ضمان قيمة يوم الغضب مطلقاً ، سواء كانت القيمة في ذلك اليوم أقل أو أكثر من يوم التلف ، ومقتضى هذا التوضيح هو ضمان أعلى القيم من يوم الغضب إلى التلف ، كما هو واضح .

(**وَاسْتَدَلَّ**) ابن إدريس الحلبي (**فِي السَّرَائِرِ**) ج ٢ ص ٤٨١ (**و**) كذا غيره في (**غَيْرِهَا**) كالسيد علي الطباطبائي في الرياض : ج ٢ ص ٣٠٤ ، والسيّد محمد الطباطبائي في المناهل : ص ٢٩٩ (**عَلَى هَذَا الْقَوْلِ**) أي القول بضمان أعلى القيم من يوم الغضب إلى التلف (**بِأَصَالَةِ الْإِسْتِغْثَالِ**) ؛ وذلك (**لِ**) العلم بـ (**اسْتِغْثَالِ ذِمَّتِهِ**) أي الغاصب ومن بحكمه (**بِحَقِّ الْمَالِكِ ، وَلَا يَحْصُلُ**) العلم بـ (**الْبَرَاءَةِ إِلَّا بِالْأَعْلَى**) والاستغثال اليقيني يقتضي البراءة اليقينية .

(**وَقَدْ يُجَابُ**) عن هذا الإستدلال كما في الجواهر : ج ٣٧ ص ١٠٦ ، قال الشارح :

بأن الأصل في المقام البرائة؛ حيث إنَّ الشكَّ في التكليف بالزائد . نعم ، لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد .
ثمَّ إنَّه حكى عن المفيد والقاضي والحلي :

والظاهر أنَّه الصحيح (بأنَّ الأصل) الجاري (في المقام البرائة ؛ حيث إنَّ الشكَّ في) أصل (التكليف بالزائد) لا في المكلف به حتَّى يجري فيه أصالة الإشتغال؛ وذلك لأنَّه من موارد الشكِّ بين الأقلِّ والأكثر الإستقلاَّيين - غير الارتباطيين - لأنَّنا لا ندري أنَّ الواجب على الضامن هل هو الأقلُّ أو الأكثر ، وهو مجرى البرائة ، كما إذا شكَّ في أنَّه دابن من زيد ألف تومان أو ألفين ، أو شكَّ في أنَّه نذر صوم يوم أو يومين ، أو صلاة ركعتين أو أربع ركعات ، وهكذا.

(نعم ، لا بأس بالتمسك) - لإثبات الضمان بأعلى القيم من حين الغصب إلى التلف - (باستصحاب الضمان المستفاد من حديث) على (اليد) ما أخذت حتَّى تؤدِّي^(١) لوجود أركان الإستصحاب من اليقين السابق والشكَّ اللاحق ، فإنَّ الحديث يدل على الضمان بمجرد الإستيلاء على مال الغير إلى زمان أدائه أو عرضه ، فالحالات العارضة على العين المأخوذة - التي منها حالة ارتفاع قيمتها - مضمونة كُلِّها ، وعلى هذا ، فلو تنزَّلت قيمة العين ثمَّ تلفت ، ودفع الضامن القيمة النازلة ، يُشكَّ في فراغ ذمَّته عمَّا اشتغلت به قطعاً ، ومقتضى الإستصحاب بقاء الإشتغال إلى أن يدفع القيمة العليا.
هذا تمام الكلام حول صحيحة أبي ولاد.

(ثمَّ) إنَّ هناك قولاً رابع في ضمان المقبوض بالبيع الفاسد الذي هو محلّ كلامنا ، فـ (إنَّه حكى) في مختلف العلَّامة ج ٥ ص ٢٤٣ في بيع الغرر والمجازفة (عن المفيد) في المقنعة: ص ٥٩٣ ، (والقاضي) ابن البرَّاج في جواهر الفقه ، (والحلي)

(١) المستدرک ج ١٤ ص ٧ الودیعة، عن عوالي اللثالي ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦ و ص ٣٨٩ ح ٢٢.

الإعتبار بيوم البيع فيما كان فساداه من جهة التفويض إلى حكم المشتري ، ولم يعلم له وجه ، ولعلهم يريدون به يوم القبض ؛ لغلبة اتّحاد زمان البيع والقبض ، فافهم .

ثم إنّه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال ، إلاّ أنّه تردّد فيه في الشرائع ،

أبي الصلاح في الكافي في الفقه: ص ٣٥٣: (الإعتبار بيوم البيع فيما كان فساداه من جهة التفويض إلى حكم المشتري) في تعيين الثمن ، كأن يقول: بعثك بأيّ ثمن شئت ، أو بما حكمت به من الثمن ، فإنّه باطلٌ ، لا اعتبار معلوميّة العوضين في صحّة البيع ، فقال في المختلف: ... وقال الشيخ في النهاية^(١): من اشترى شيئاً بحكم نفسه ولم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلاً ، فإن هلك في يد المبتاع كان عليه قيمته يوم ابتاعه... وكذا قال المفيد وابن البرّاج وأبو الصلاح... انتهى. (ولم يعلم له) أي لا اعتبار قيمة يوم البيع (وجه ، ولعلهم يريدون به يوم القبض ؛ لغلبة اتّحاد زمان البيع والقبض) غالباً ، (فافهم). لعلّه إشارة إلى بُعد هذا التوجيه ، فإنّه خلاف الظاهر ، ولا قرينة تدلّ عليه ، فلم لم يعبروا بيوم القبض نفسه وعبروا بيوم البيع مع إمكان وقوع الفصل الزماني بين البيع والقبض ، كما في بيع السلم ، وغيره من باب الإتيافق.

(ثم إنّه) غير خفيّ عليك أنّ محطّ الأقوال المتقدّمة في ضمان المغصوب القيميّ أو المقبوض بالبيع الفاسد بيوم القبض أو التلف أو الأعلى ، إنّما هو مع فرض وجود العين عند الضامن ، فـ (لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال) ، حتّى وإن لم يدفع القيمة إلى المالك بعد ، كما هو واضح (إلاّ أنّه تردّد فيه) المحقّق الحلّي (في الشرائع) ج ٣ ص ٢١٩ ، فإنّه قال - بعد أن استحسّن القول بضمان الأعلى من

(١) النهاية ونكتها ج ٢ ص ١٤٥.

ولعلّه - كما قيل - من جهة احتمال كون القيميّ مضموناً بمثله ، ودفع القيمة إنّما هو لإسقاط المثل .

وقد تقدّم أنّه مخالفٌ لإطلاق النصوص والفتاوى .

ثمّ إنّ ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة ، وأمّا إذا كان بحسب الأمكنة ، كما إذا كان في محلّ الضمان بعشرة ،

حين الغصب إلى التلف :- «ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك ، على تردّد» ، (ولعلّه) أي التردّد (- كما قيل -) ، والقائل هو الشهيد الثاني في المسالك: ج ١٢ ص ١٨٨ ، وشرح اللعة: ج ٧ ص ٤٠ ، وصاحب الجواهر: ج ٣٧ ص ١٠٥ (من جهة احتمال كون القيميّ مضموناً بمثله) لا بقيمته ، فبتلف العين يستقرّ المثل في ذمّة الضامن إلى أن دَفَعَهُ أو دَفَعَ قيمته ، ويتّجه حينئذٍ بوجوب ما زاد من القيمة إلى زمان دفعها ، (ودفع القيمة) حتى في القيميّات (إنّما هو لإسقاط المثل) عن الذمّة ، كما ذهب إليه الإسكافي ابن الجنيد مطلقاً ، والشيخ الطوسي في الخلاف: ج ٣ ، ص ١٥٧ ، والمحقّق في الشرائع: ج ٢ ص ٨٤ في باب القرض ، كما تقدّم ص ٩٠ ، فعلى هذا الاحتمال ما لم يَرُدّ الضامنُ القيمة كان المثل باقياً في ذمّته ، فلو زادت القيمة السوقيّة حتّى بعد التلف كانت الزيادة على عهده .

هذا (و) لكن (قد تقدّم) هناك (أنّه مخالفٌ لإطلاق النصوص والفتاوى)

الدالّ على ضمان القيمة في القيميّات حتّى مع وجود المثل للتالف ، ومثّلنا في ص ٨٩ بالكرباس المنسوج على طريقة واحدة ، وإتلاف عبدٍ من شخصٍ باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد .

(ثمّ إنّ ما ذكرنا من الخلاف) في كون القيميّ مضموناً بقيمته يوم الغصب أو

التلف أو الأعلى ، (إنّما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة ، وأمّا إذا كان

اختلاف القيمة للمضمون (بحسب الأمكنة ، كما إذا كان في محلّ الضمان بعشرة)

وفي مكان التلف بعشرين ، وفي مكان المطالبة بثلاثين ، فالظاهر اعتبار محلّ التلف؛ لأنّ مالِيّة الشيء تختلف بحسب الأماكن ، وتداركه بحسب مالِيّته .
ثمّ إنّ جميع ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس ، وأما إذا كان حاصلًا من زيادة في العين ، فالظاهر

دنابير ، كالكوفة في البغل المكّرى ، (وفي مكان التلف بعشرين) ديناراً ، كبغداد مثلاً
إن تلف فيه (وفي مكان المطالبة) والأداء ككربلاء المقدّسة (بثلاثين ، فالظاهر اعتبار محلّ التلف)؛ لأنّ اشتغال الذمّة بالبدل ، وهو القيمة إنّما حصل فيه ، وأما قبل التلف فالواجب على الضامن إنّما هو دفع نفس العين ، والتبدّل إلى القيمة صار من زمان التلف ومن مكانه؛ (لأنّ مالِيّة الشيء تختلف بحسب الأماكن)؛ إذ وجوده في كلّ مكان يكون من الصفات الدخيلة في رغبة الناس إليه ، كما تقدّم ص ٨٠ في إتلاف الماء في المغازة ، (وتداركه) عند التلف إنّما يكون (بحسب مالِيّته) التي تختلف بحسب اختلاف الصفات والرغبات التي منها المكان والزمان ، ولهذا يتعيّن دفع قيمة مكان التلف.

(ثمّ) لا يخفى عليك (إنّ جميع ما ذكرنا من الخلاف) في القيمة المضمونة للتالف (إنّما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس) في العين المضمونة مع بقائها على حالها وعدم تغيير فيها من حين الغصب إلى زمان التلف ، (وأما إذا كان) ارتفاع القيمة (حاصلًا من زيادة في العين) إذا نقصت بعد الزيادة - سواء كانت زيادة عينية مشهودة كسمن الحيوان ، أو معنوية كتعلّم العبد صنعة خاصّة ، أو تعلّم الفرس = اسب ، عدوّاً خاصّاً ، (فالظاهر) ضمان الغاصب قيمة تلك الزيادة أيضاً ، كأصل العين ، كما قال المحقّق في الشرائع: ج ٣ ص ٢٢٤ ، وقرّره الشهيد الثاني في المسالك: ج ١٢ ص ٢١٨ ، وشرح للমেعة: ج ٧ ص ٤٤ ، وكذا صاحب الجواهر: ج ٣٧

- كما قيل - عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم ، وفي الحقيقة ليست قيم المؤلف مختلفة ، وإنما زيادتها في بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العينية الحاصلة فيه النازلة منزلة الجزء الفائت .

نعم ، يجري الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة ، فإن العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم .

ص ١٧٣ ، بل الظاهر (كما قيل-) ، والقائل صاحب الجواهر: (عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم ، وفي الحقيقة ليست قيم المؤلف) في أصل حقيقته (مختلفة ، وإنما زيادتها في بعض أوقات الضمان) وأيام الغصب ، (لأجل الزيادة العينية) أو المعنوية (الحاصلة فيه) التي هي بمنزلة جزء المغصوب و (النازلة منزلة الجزء الفائت) فهو نظير نقص عضو من المغصوب ككسر رجل البغل ودبره وجرحه ، حيث إنه مضمونُ أرشهُ في مدّة الغصب ، كما تقدّم ص ١٠٢ في صحيحة أبي ولّاد.

ثم استدرك الشيخ على قوله: «ففي الحقيقة ليست قيم المؤلف مختلفة ، فقال: (نعم) لو فرض تغيير قيمة الصفة أو الصنعة التي حصلت في المغصوب ، ثم زالت كالسمن وعدّو الفرس وخياطة العبد ، مثلاً إذا صارت الشاة المغصوبة من ستين كيلو إلى ثمانين كيلو فزادت عشرين ، وقيمة عشرين كيلو في الشهر الأول من مدّة الغصب ألف تومان ، وفي الشهر الثاني ثلاثة آلاف ، وفي الشهر الثالث ألفين تومان ، ثم هزلت فصارت ستين كيلو كالأول .

فهنا (يجري الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة) أيضاً كما جرى في قيمة نفس العين ، (فإن العبرة) إمّا أن نقول (بيوم فواتها) الذي هو بمنزلة التلف (أو يوم ضمانها) وهو يوم حصولها ، أعني ألف تومان ، (أو أعلى القيم) ، وهو ثلاثة آلاف تومان ، وعلى كلّ تقدير تضاف هذه الزيادة - التي هي الأرض حقيقة - إلى نفس الشاة إن كانت موجودة ، أو إلى قيمتها إن كانت تالفة وتردّان إلى المالك .

ثُمَّ إِنَّ فِي حَكْمِ تَلْفِ الْعَيْنِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرَ - مِنْ ضَمَانِ الْمِثْلِ أَوْ الْقِيَمَةِ -
حَكْمَ تَعَذَّرِ الْوَصُولِ إِلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يُهْلَكْ ، كَمَا لَوْ سُرِقَ أَوْ غُرِقَ أَوْ ضَاعَ أَوْ أَبْقَ ؛
لَمَّا دَلَّ عَلَى الضَّمَانِ بِهَذِهِ الْأُمُورِ فِي بَابِ الْأَمَانَاتِ الْمَضْمُونَةِ .
وَهَلْ يُقَيَّدُ ذَلِكَ بِمَا إِذَا حَصَلَ

(ثُمَّ) يَقَعُ الْكَلَامُ فِيْمَا إِذَا فَرَضَ وَجُودَ عَيْنٍ مَغْصُوبَةٍ أَوْ الْمَقْبُوضِ بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ ،
 لَكِنْ تَعَذَّرَ الْوَصُولُ إِلَيْهِ - حَتَّى يَرُدَّهُ الضَّامِنُ إِلَى الْمَالِكِ بِسَبَبِ الضِّيَاعِ أَوْ الْوُقُوعِ فِي الْبَحْرِ
 بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُ إِخْرَاجُهُ ، أَوْ إِيَاقُ الْعَبْدِ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ ، فَ- (إِنَّ فِي حَكْمِ تَلْفِ الْعَيْنِ فِي
 جَمِيعِ مَا ذَكَرَ مِنْ ضَمَانِ الْمِثْلِ أَوْ الْقِيَمَةِ - حَكْمَ تَعَذَّرِ الْوَصُولِ إِلَيْهِ) - الْأَوَّلَى
 تَأْنِيثُ الضَّمِيرِ لِرَجُوعِهِ إِلَى الْعَيْنِ - (وَإِنْ لَمْ يُهْلَكْ) حَقِيقَةً ، بَلْ هُوَ مَوْجُودٌ ، وَيَسْمَى الْمِثْلُ
 أَوْ الْقِيَمَةُ الَّذِي يَجِبُ عَلَى الضَّامِنِ رَدُّهُ بِبَدْلِ الْحِيلُولَةِ (كَمَا لَوْ سُرِقَ) الْمَغْصُوبِ (أَوْ غُرِقَ
 أَوْ ضَاعَ أَوْ أَبْقَ) الْعَبْدِ ؛ ، وَذَلِكَ (لَمَّا دَلَّ) مِنَ النُّصُوصِ وَالرَّوَايَاتِ (عَلَى الضَّمَانِ بِهَذِهِ
 الْأُمُورِ فِي بَابِ الْأَمَانَاتِ الْمَضْمُونَةِ) الَّتِي تَقَدَّمَ جُمْلَةً مِنْهَا ج ٤ ص ٤٤٩ وَج ٥ ص ٢٧ ،
 وَمِنْهَا صَحِيحَةُ مُحَمَّدَ بْنِ مُسْلِمَ ، عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام ، قَالَ : «سَأَلْتُهُ عَنِ الْعَارِيَةِ يَسْتَعِيرُهَا
 الْإِنْسَانُ فَتُهْلَكُ أَوْ تُسْرَقُ ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ أَمِينًا فَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ» ^(١) ، وَمِنْهَا : مَا رَوَاهُ مُسْعِدَةُ بْنُ
 زِيَادَ ، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عليه السلام ، قَالَ : «سَمِعْتُهُ يَقُولُ : لَا غُرْمَ عَلَى مُسْتَعِيرِ عَارِيَةٍ إِذَا
 هَلَكَتْ أَوْ سُرِقَتْ أَوْ ضَاعَتْ إِذَا كَانَ الْمُسْتَعِيرُ مَأْمُونًا» ^(٢) ، فَإِنَّ الْمَفْهُومَ مِنْهَا الضَّمَانُ بِدُونِ
 الْأَمَانَةِ ، سِوَاءٍ فِي الْهَلَاكِ الطَّبِيعِيِّ أَوْ السَّرْقَةِ أَوْ الضِّيَاعِ مِنَ الْأُمُورِ الْمَانِعَةِ عَنِ الْوَصُولِ إِلَى
 الْمَالِ .

(وَهَلْ يُقَيَّدُ ذَلِكَ) أَيِ وَجُوبِ رَدِّ بَدْلِ الْحِيلُولَةِ مِنَ الْمِثْلِ أَوْ الْقِيَمَةِ (بِمَا إِذَا حَصَلَ

(١) الْوَسَائِلُ ج ١٣ ص ٢٣٧ الْعَارِيَةِ .

(٢) نَفْسُ الْمَصْدَرِ .

اليأس من الوصول إليه ، أو بعدم رجاء وجدانه ، أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدة طويلة يتضرر المالك من انتظارها ، أو ولو كانت قصيرة؟ وجوه .
 ظاهر أدلة ما ذكر من الأمور : الإختصاص بأحد الأولين ، لكن ظاهر إطلاق الفتاوى ، الأخير ، كما يظهر من إطلاقهم أن اللوح المغصوب في السفينة

(اليأس) المتعارف (من الوصول إليه) وإن رجي باحتمال ضعيف الظفر به ، (أو) الحكم مقيّد (بعدم رجاء وجدانه) أصلاً ، والظاهر أنه مرتبة عالية بعد اليأس ، (أو يشمل) الحكم (ما لو علم وجدانه في مدة طويلة يتضرر المالك من انتظارها) ، ولعله تختلف تلك المدة بالنسبة إلى الأشياء ، ففي الحيوان والسيارة لعلها تكون ستة أشهر ، وفي الفرس والألبسة سنة كاملة ، وفي الكتب لعلها أكثر ، (أو) يصدق التعذر والضرر ، (ولو كانت) مدة (قصيرة؟ وجوه) خمسة.

(ظاهر أدلة ما ذكر من الأمور) كالسرقة والغرق (الإختصاص بأحد الأولين) أي حصول اليأس من الوصول إليه ، أو عدم رجاء وجدانه ، فلا يجب ردّ البذل في الوجوه الثلاثة الأخيرة ، (لكن ظاهر إطلاق الفتاوى) بالانتقال إلى القيمة مع الضرر هو (الأخير) ، وهو التضرر ولو بمدة قصيرة. قال المحقق في الشرائع: ج ٣ ص ٢٢١: «وإذا تعذر تسليم المغصوب ، دفع الغاصب البذل ، ويملكه المغصوب منه ، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة ، ولو عادت كان لكل منهما الرجوع... الخ».

وقال الشهيد الثاني في المسالك: ج ١٢ ص ٢٠٠ - في شرح هذه العبارة :- «إذا تعذر ردّ العين على الغاصب عند طلب المالك لها - والمراد التعذر عادة - وجب عليه دفع بدلها إلى المالك مثلاً أو قيمة ، فإن رضي المالك بالبدل على وجه المعاوضة ملكه ملكاً مستقرّاً لا يزول بالقدرة على العين بعد ذلك ، وإن أخذه على وجه البدلية - لتعذر العين - ملكه أيضاً ملكاً محضاً ، فمأواه المنفصل له...» ، انتهى . (كما يظهر) الوجه الأخير (من إطلاقهم أن اللوح المغصوب في السفينة) أو القطعة المغصوبة في السيارة كالطائر =

إذا خيف من نزعهِ غَرْقُ مالٍ لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل .

ويؤيده : أنَّ فيه جمعاً بين الحَقَّين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين ؛ فإنَّ «تسلَّط الناس على مالهم» الذي فرض كونه في عهده يقتضي جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذُّر نفسه ، نظير ما تقدَّم في تسلَّطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذِّر في المثلي .

جرخ (إذا خيف من نزعهِ غَرْقُ مالٍ لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل) صرَّح بذلك العلامة في التذكرة : ج ٢ ص ٣٩٦ ، وفي القواعد : ج ١ ص ٢٠٧ ، والشهيد الثاني في المسالك : ج ١٢ ص ١٧٦ ، وشرح اللعة : ج ٧ ص ٣٦ ، والسيد العاملي في المفتاح : ج ٦ ص ٢٨٦ ، وصاحب الجواهر : ج ٣٧ ص ٧٧ .

(ويؤيده) أي يؤيِّد حكم الإنتقال إلى القيمة ، وعدم وجوب نزع اللوح بالتعذُّر في مدَّة قصيرة (أنَّ فيه جمعاً بين الحَقَّين) كما في مجمع البرهان للمقدَّس الأردبيلي على ما في الجواهر ، والمراد من الحَقَّين حقَّ المالك وحقَّ غير الغاصب ؛ لأنَّ مقتضى حقَّ المالك وسلطنته على ماله هو المطالبة به عيناً أو بدلاً ، ومقتضى حقَّ غير الغاصب عدم تضرُّره بماله ، ويحصل هذا بدفع الغاصب القيمة بدلاً عن الحيلولة ، ثمَّ بعد الوصول إلى الساحل يُنزع اللوح ويدفع إلى مالكة (بعد فرض رجوع القيمة) واسترداده (إلى ملك الضامن) الغاصب (عند التمكن من العين ؛ فإنَّ «تسلَّط الناس على مالهم» الذي فرض كونه في عهده) أي عهدة الضامن (يقتضي جواز مطالبة) المالك بدَل الحيلولة من المثل أو القيمة ، و (الخروج عن عهده عند تعذُّر نفسه) ، أي نفس مال المالك ، (نظير ما تقدَّم) ص ٤٨ في أوَّل الأمر السادس (في تسلَّطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذِّر في المثلي) بقوله : «لو تعذَّر المثل في المثلي ، فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك ؛ لأنَّ منع المالك ظلم ، وإلزام الضامن بالمثل

نعم ، لو كان زمان التعذر قصيراً جداً ، بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة والتدارك على أداء القيمة ، أشكل الحكم .

ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف ، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعي في مقدّماته لم يسقط القيمة زمان السعي ،

منفي بالتعذر ، فوجب القيمة جمعاً بين الحقيين .».

(نعم ، لو كان زمان التعذر قصيراً جداً) كيوم ويومين في لوح السفينة وبعده تصل إلى الساحل ، أو ساعة وساعتين في القطعة المغصوبة في السيارة بقيت من الوصول إلى البلد (بحيث لا يحصل) بالتأخير بهذا الزمان القصير (صدق عنوان الغرامة والتدارك على أداء القيمة) ، والمفروض أن بدل الحيلولة غرامة على الضامن لأجل تدارك حرمان المالك عن ماله في زمان التعذر .

ومن المعلوم أن في المدة القصيرة جداً لا يفوت عن المالك المغصوب منه منفعة عرفاً حتى يجب تداركها ، فلهذا (أشكل الحكم) بجواز مطالبة القيمة ولزوم دفعها على الضامن ؛ وذلك لأن مقتضى قاعدة السلطنة جواز المطالبة ، مع أن العرف يحكم في مثل ذلك بعدم الجواز ؛ لصدق تمكّن المالك من عين ماله بعد زمان قصير ، فلا يجب بدل الحيلولة .

(ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر) - في تحصيل العين = غير ممكن واقعي - (المسقط للتكليف) بوجوب دفع القيمة ، (بل لو كان) تحصيل العين المغصوبة (ممكناً) عادة بتمهيد مقدّمات (بحيث يجب عليه السعي في مقدّماته) كما في الضياع والفرق إذا احتمل الوصول إلى المال (لم يسقط) مع ذلك ، كوجوب دفع بدل الحيلولة ، وهو (القيمة زمان السعي) ، فيجب على الضامن الإقدام بتلك المقدّمات مع دفع القيمة إلى المالك ، فإن ظفر بالمال يدفعه إلى المالك ويستردّ القيمة ، وإن لم يظفر به ، تبقى القيمة عنده بحاله بدلاً عن عين المال .

لكن ظاهر كلمات بعضهم : التعبير بالتعذر ، وهو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزامه بردّ العين ، فتأمل .

ولعلّ المراد به التعذر في الحال

هذا (لكن ظاهر كلمات بعضهم : التعبير بالتعذر)^(١) ، فمع عدمه باحتمال تحصيل العين ، ولو مع التأخير ، لا يجب على الضامن دفع القيمة ، بل يجب عليه تمهيد مقدّمات التحصيل ، (وهو) أي اعتبار التعذر في وجوب دفع القيمة (الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزامه) «الضامن» (بردّ العين) ، فإنّا نشكّ في ثبوت سلطنة المالك على مطالبة كلّ من العين وبدلها - أعني القيمة ، والأصل عدم تسلطه على أزيد من إلزامه بردّ نفس العين ، فليس له المطالبة بالقيمة - (فتأمل) ، لعلّه إشارة إلى ما تقدّم قريباً من أنّ تسلط المالك على مطالبة القيمة ، إنّما هو من جهة «قاعدة السلطنة» ، لأنّها بدل الحيلولة عن العين ، ولو في زمانٍ قصيرٍ ، والقاعدة دليل إجتهاديّ ، فمعه لا تصل التوبة إلى التمسك بالأصل العملي ، أو لعلّ الأمر بالتأمل إشارة إلى أنّه لا مانع من الجمع بين حقّ مطالبة العين وحقّ مطالبة القيمة؛ وذلك لاختلاف زمانهما ، فإنّ زمان مطالبة العين تختصّ بوقت حصولها عند الضامن ، وزمان مطالبة القيمة وقت السعي في تحصيل العين من باب بدل الحيلولة لئلاّ يحرم المالك عن الانتفاع بماله ، إمّا بدلاً ، وإمّا مبدلاً ، وهذا هو مقتضى سلطنة «الناس على أموالهم» ، ويقال في المثل الفارسي: «هم از خور می خورند هم از آخور».

(ولعلّ المراد به) أي بالتعذر في كلماتهم (التعذر) من الوصول إلى العين (في الحال) أي حال السعي لتحصيل العين ، لا التعذر المطلق في الحال والإستقبال ،

(١) كالمحقّق في الشرائع ج ٣ ص ٢٢١ ، والعلامة في القواعد ج ١ ص ٢٠٥ ، والتحرير ج ٢ ص ١٣٩ ، والشهيد في الدروس ج ٣ ص ١١٢ ، والمحقّق السبزواري في كفاية الأحكام ص ٢٥٨ .

وإن كان لتوقفه على مقدماتٍ زمانيةٍ يتأخر لأجلها ذو المقدمة .

ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقاً للضامن ، فلا يجوز للمالك الإمتناع ، بل له أن يمتنع من أخذها ويصبر إلى زوال العذر ، كما صرح به الشيخ في المبسوط ، ويدل عليه قاعدة «تسلط الناس على أموالهم» .

وكما أن تعذر رد العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم .

(وإن كان) هذا التعذر الحالي (لتوقفه على مقدماتٍ زمانيةٍ يتأخر لأجلها ذو المقدمة) وهو مطالبة العين ، والتعذر بهذا المعنى لا ينافي جواز مطالبة المالك بدل الحيلولة ، وهو القيمة في زمان تمهيد مقدمات تحصيل العين .

(ثم إن) هنا فرقاً بين (ثبوت القيمة) على الضامن (مع تعذر العين) وبين ثبوتها عليه مع تلف العين ، فإن الثبوت مع التعذر (ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها) إلى المالك مع التلف (حقاً للضامن) ، ويبرء ذمته بدفعها ، (فلا يجوز للمالك الإمتناع) من أخذها بخلاف الثبوت مع التعذر ، فإنه إنما يثبت مع طلب المالك ، (بل له أن يمتنع من أخذها ويصبر إلى زوال العذر) «دندان به جگر گذارد» ، (كما صرح به الشيخ الطوسي (في المبسوط) ج ٣ ص ٨٧ ، (ويدل عليه) أي على جواز امتناع المالك من أخذ القيمة في زمان التعذر (قاعدة «تسلط الناس على أموالهم») فإن المفروض أن العين موجودة ، فله أن لا يأخذ البدل ويصبر برجاء الظفر بها ، فإن حصل فهو المراد ، وإن أحرز تلفها فيأخذ بدلها الدائمي المستقر على عهده الضامن من المثل أو القيمة .

(و) اعلم أن دفع بدل الحيلولة على الضامن يثبت في مورد آخر أيضاً غير تعذر رد العين؛ فإنه (كما أن تعذر رد العين في حكم التلف) من جهة وجوب رد بدل الحيلولة ، (فكذا خروجه) أي العين (عن التقويم) والمالية كالماء على الشاطئ

ثُمَّ إِنَّ الْمَالَ الْمَبْذُولَ يَمْلِكُهُ الْمَالِكُ بِلا خِلاَفٍ - كما في المبسوط والخلاف

إذا غصبه أو أخذه بالعقد الفاسد في المفاضة والفلاة ، أو كما غصب كتاباً خطياً منحصرأً غير مطبوع ، ثُمَّ طُبِعَ ، فَإِنَّهُ يَنْتَزِلُ قِيَمَتُهُ ، بَلْ رُبَّمَا يَسْقُطُ عَنِ الْقِيَمَةِ .

فإن قيل: إنَّ ما أفاده الشيخ هنا من دفع بدل الحيلولة ينافي ما تقدّم ص ٨٠ في الأمر السادس من حكمه بوجوب القيمة الدائمية في مورد سقوط العين عن المالّية ، كالماء على الشاطئ ، أو الثلج في الشتاء إذا غصبه في حرّ الصيف ، قلنا سقوط العين عن المالّية يتصوّر على وجهين:

فتارة لا يُرجى عود المالّية كقطع الكتاب الخطّي ، وفساد الفاكهة ، وعَفْن اللحم ، وأخرى يُتصوّر رجاء المالّية ، كما إذا غصب الماء في المفاضة ، ووصل الركب = القافلة على الشاطئ ، ثُمَّ يديم السير فيصل إلى مفاضة أخرى ، فالواجب في الصورة الثانية هو بدل الحيلولة ، فللمالك أن لا يأخذ القيمة إلى أن يطالب الماء في المفاضة الثانية ، أو لا يأخذ قيمة الثلج إلى صيف آخر فيطالب الثلج ، بخلاف الصورة الأولى ، فإنّ الواجب على الضامن هو البدل الدائمي ، فلعلّ نظر الشيخ فيما تقدّم في الأمر السادس هو الصورة الأولى ، وهنا الصورة الثانية^(١).

(ثُمَّ إِنَّ الْمَالَ الْمَبْذُولَ) بدلاً حيلولةً عن العين (يملكه المالك) المغصوب منه ملكاً طلقاً ، لا أنّه مباحّ له التصرّف فيه فقط (بلا خلاف - كما في المبسوط) ج ٣ ص ٩٥ (والخلاف) ج ١٢ ص ٤١٢ الغصب المسألة ٢٦ ، قال في الأوّل: «... فإذا أخذ القيمة ملكها بلا خلاف؛ لأنّه أخذها لأجل الحيلولة»، وقال في الخلاف: «إذا غصب دابةً أو عبداً أو فرساً ، فأبق العبد ، أو شرّد الفرس ، أو ندّ البعير = رم كرد و گریخت ، كان عليه القيمة ، فإذا أخذها صاحبها ملك القيمة ، بلا خلاف» .

(١) راجع هدى الطالب لسيدنا الأستاذ رحمته الله ج ٣ ص ٥٦٥.

والغنية والسرائر - وظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين ، ولعل الوجه فيه : أنَّ التدارك لا يتحقق إلا بذلك .

ولولا ظهور الإجماع وأدلة الغرامة في الملكية ، لاحتملنا أن يكون مباحاً له إباحة مطلقة وإن لم يدخل في ملكه ، نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها ، ويكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين ، وحُكي الجزم بهذا الإحتمال عن المحقق القمي رحمته الله في أجوبة مسائله .

(و) كذا قال السيّد ابن زهرة في (الغنية) ص ٢٨٣ ، (و) ابن إدريس في (السرائر -) ج ٢ ص ٤٨٦ ، (وظاهرهم) . كما قال السيّد العاملي في مفتاح الكرامة : ج ٦ ص ٢٥٤ (إرادة نفي الخلاف بين المسلمين) الخاصة والعامّة ، لا الإماميّة فقط - في تملك المغصوب منه لبذل الحيلولة ، (ولعلّ الوجه فيه) أي في تملك المغصوب منه : (أنَّ التدارك = جاكزين) الذي هو بمعنى كون الشيء عوضاً (لا يتحقق إلا بذلك) ، أي كون المال المبذول وهو بدل الحيلولة ، ملكاً للمغصوب منه العين حتّى يُجبر ما فات من منافعها .

هذا (و) لكن (لولا ظهور) هذا (الإجماع و) كذلك (أدلة الغرامة) الظاهرة (في الملكية) كالروايات المتقدمة ، وآية «الإعتداء» ، وقاعدتي : «اليد» و«الإقدام» (لاحتملنا أن يكون) البذل (مباحاً له) أي لمالك العين (إباحة مطلقة وإن لم يدخل في ملكه) ، فيتصرّف فيه بجميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك ، كالبيع والعق ، (نظير الإباحة المطلقة في) المأخوذ بـ (المعاطاة على القول بها) «الإباحة» (فيها) «المعاطاة» ، كما تقدّم في ج ٤ ص ٧٧ ، (ويكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين) ، كما أنَّ تملك المأخوذ بالمعاطاة - على القول بالإباحة - مشروطاً بتلف العوض في يد الآخر . (وحُكي الجزم بهذا الإحتمال) أي احتمال الإباحة المطلقة في المقام (عن المحقق القمي رحمته الله في أجوبة مسائله) المسمّى بجامع

وعلى أي حال ، فلا ينتقل العين إلى الضامن ، فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه ودخول العين في ملكه ، وليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض والمعوّض ، فالمبدول هنا كالمبدول مع تلف العين في عدم البذل له .

وقد استشكل في ذلك

الشنات: ج ١ ص ١٥٢ ، لكنّه لم يصرّح بالإباحة المطلقة ، بل هي لازم كلامه ، حيث أراد التفصي عن الإشكال الآتي قريباً ص ١٤٠ من الشهيد الثاني بالجمع بين ملك العوض والمعوّض للمغضوب منه بقوله: «فلا مانع من أن يكون ذلك نوعاً من التملك» ، أي لا الملك الطلق المحض ، فلعله أراد الإباحة المطلقة التي يجوز معها جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك كالبيع والعق والوطئ.

(وعلى أي حال) سواء قلنا بأنّ المال المبدول صار ملكاً لمالك العين أو مباحاً له إباحةً مطلقةً ، (فلا ينتقل العين) المتعلّقة من الوصول إليها فعلاً (إلى الضامن ، فهي) أي ما بذّله الضامن من بدل الحيلولة - وتأنّيت الضمير باعتبار خبره ، كما هو ديدن الشيخ في مثل هذه العبارة - (غرامة) وخسارة = تاوان ، مجعولة على عهدة الضامن (لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه و) بين (دخول العين في ملكه) ، بل العين باقيةً على ملك مالکها مع خروج البذل عن ملك الضامن ، (وليست معاوضةً ليلزم الجمع بين العوض والمعوّض) في ملك شخص واحد ، فالبدل إنّما هو عوض حيلولة الغاصب بين مالك العين وماله ، (فالمبدول هنا) أي في بدل الحيلولة (كالمبدول مع تلف العين في عدم البذل له) للضامن . قال الشاعر الفارسي:

چو گِل شد خاک کویت ز آب چشمم از دَرَم راندى

نگفتی من در اینجا حقّ یک آب و گِلی دارم

(وقد استشكل في ذلك) أي في عدم دخول العين في ملك الضامن الغارم

المحقق والشهيد الثانيان ، قال الأول في محكيّ جامعه : إِنَّ هَذَا إِشْكَالٌ : فَإِنَّهُ كَيْفَ يَجِبُ الْقِيَمَةُ وَيَمْلِكُهَا الْآخِذُ وَيَبْقَى الْعَيْنُ عَلَى مِلْكِهِ؟ وَجَعَلَهَا فِي مَقَابِلَةِ الْحِيلُولَةِ لَا يَكَادُ يَتَّضِحُ مَعْنَاهُ ، انْتَهَى .

وقال الثاني : إِنَّ هَذَا لَا يَخْلُو مِنْ إِشْكَالٍ مِنْ حَيْثُ اجْتِمَاعُ الْعَرَضِ وَالْمَعْوُضِ عَلَى مِلْكِ الْمَالِكِ مِنْ دُونِ دَلِيلٍ وَاضِحٍ ، وَلَوْ قِيلَ بِحَصُولِ الْمَلِكِ لِكُلِّ مِنْهُمَا مَتَزَلِزلاً ، وَتَوَقُّفِ تَمَلُّكِ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ لِلْبَدَلِ ، عَلَى الْيَأْسِ مِنَ الْعَيْنِ - وَإِنْ جَازَ لَهُ التَّصَرُّفُ - كَانَ وَجْهاً فِي الْمَسْأَلَةِ ،

(المحقق والشهيد الثانيان) في جامع المقاصد: ج ٥ ص ٢٦١ ، والمسالك: ج ١٢ ص ٢٠١ (قال الأول في محكيّ جامعه) والحاكي هو السيّد العاملي في المفتاح: ج ٦ ص ٢٥٥ ، وصاحب الجواهر: ج ٣٧ ص ١٣٠ (إِنَّ هَذَا إِشْكَالٌ : فَإِنَّهُ كَيْفَ يَجِبُ الْقِيَمَةُ) عَلَى الضَّامِنِ (وَيَمْلِكُهَا الْآخِذُ) الْمَغْضُوبُ مِنْهُ ، (وَ) مَعَ ذَلِكَ (يَبْقَى الْعَيْنُ عَلَى مِلْكِهِ؟) ، فَإِنْ قُلْتُ: إِنَّ الْقِيَمَةَ إِنَّمَا هِيَ عَوْضٌ عَنْ حِيلُولَةِ الضَّامِنِ بَيْنَ الْعَيْنِ وَمَالِهَا فِي زَمَانٍ لَا يَتِمَكَّنُ الْمَالِكُ عَنِ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا ، قُلْنَا: (وَجَعَلَهَا) أَيِ الْقِيَمَةِ وَالْغَرَامَةِ (فِي مَقَابِلَةِ الْحِيلُولَةِ لَا يَكَادُ يَتَّضِحُ مَعْنَاهُ) إِذْ لَازِمُ ذَلِكَ أَنَّهَا لَوْ تَلَفَتْ لَزِمَ عَوْضُهَا ثَانِياً عَلَى الضَّامِنِ وَلَا قَائِلَ بِهِ ، (انْتَهَى) كَلَامُ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ مَعَ اخْتِلَافِ يَسِيرٍ فِي كَلَامِهِ ، وَإِضَافَةِ شَرْحٍ مَتَّاً .

(وقال الثاني : إِنَّ هَذَا) أَيِ عَدَمِ تَمَلُّكِ الضَّامِنِ لِلْعَيْنِ (لَا يَخْلُو مِنْ إِشْكَالٍ مِنْ حَيْثُ اجْتِمَاعُ الْعَرَضِ وَالْمَعْوُضِ عَلَى مِلْكِ الْمَالِكِ مِنْ دُونِ دَلِيلٍ وَاضِحٍ) لَهُ فِي مَقَامِ الْإِثْبَاتِ ، ثُمَّ أَضَافَ الشَّهِيدُ قَوْلَهُ: (وَلَوْ قِيلَ) تَفْصِيلاً عَنِ الْإِشْكَالِ (بِحَصُولِ الْمَلِكِ لِكُلِّ مِنْهُمَا مَتَزَلِزلاً) ، فَالْمَالِكُ يَمْلِكُ الْقِيَمَةَ مَتَزَلِزلاً ، وَالضَّامِنُ يَمْلِكُ الْعَيْنَ مَتَزَلِزلاً ، (وَتَوَقُّفِ تَمَلُّكِ) الْمَالِكِ (الْمَغْضُوبِ مِنْهُ لِلْبَدَلِ) مِلْكاً مُسْتَقَرّاً (عَلَى الْيَأْسِ مِنَ الْعَيْنِ - وَإِنْ جَازَ لَهُ التَّصَرُّفُ - كَانَ وَجْهاً فِي الْمَسْأَلَةِ) ، وَبِهِ يَنْدَفِعُ

انتهى . واستحسنه في محكي الكفاية .

أقول : الذي ينبغي أن يقال هنا : إن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن ، ولأزم ذلك إقامة مقابله من ماله مقامه ؛ ليصدق ذهابها من كيسه . ثم إن الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي ، أو العرفي المخرج للعين عن قابلية الملك «الملكية خد» عرفاً ، وجب قيام مقابله من ماله مقامه في الملكية ، وإن كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه وفوات الإنتفاع به في

إشكال الجمع بين العوض والمعوّض ، (انتهى) كلام المسالك مع توضيح .

(واستحسنه) أي استحسن المحقق السبزواري هذا التوجيه (في محكي الكفاية) ص ٢٥٩ ، والحاكي هو السيد العاملي في المفتاح : ج ٦ ص ٢٥٥ ، وصاحب الجواهر : ج ٣٧ ص ١٣٠ .

(أقول : الذي ينبغي أن يقال هنا) في دفع محذور اجتماع العوض والمعوّض في ملك واحد هو : (إن معنى ضمان العين) وكون عهدها على الضامن هو (ذهابها من مال الضامن) ومن كيسه فيقع نقصان في ماله ، (ولأزم ذلك) أي الذهاب من ماله (إقامة مقابله من ماله مقامه) كذا في النسخ ، أي مقام العين - فالمناسب تأنيث الضمير ، وكذا في الفقرة الآتية - (ليصدق ذهابها من كيسه) .

(ثم إن الذهاب) على وجهين : حقيقي وحكمي ، ف (إن كان على وجه التلف الحقيقي) بانعدام العين وفواته كالإحراق (أو العرفي المخرج للعين عن قابلية الملك «الملكية خد» عرفاً) كالغرق والسرقة مع اليأس عن إخراجها من الماء ، ومن وجدانه ، فالذهب هنا حقيقي ، ف (وجب قيام مقابله من ماله) أي مال الضامن (مقامه في الملكية) ، فيملك المالك القيمة بدل ملكه للعين ، ولا يملك الضامن شيئاً لعدم قابلية التالف للملكية ، (وإن كان الذهاب) بتعذر الوصول إلى العين كالمقام ، (بمعنى انقطاع سلطنته عنه وفوات الإنتفاع به)

في الوجوه التي بها قوام الملكية ، وجب قيام مقابله مقامه في السلطنة ، لا في الملكية ؛ ليكون مقابلاً وتداركاً للسلطنة الفائتة ، فالتدارك لا يقتضي ملكية المتدارك في هذه الصورة .

نعم ، لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفائتة متوقفة على الملك ؛ لتوقف بعض التصرفات عليها ، وجب ملكيته للمبذول تحقيقاً لمعنى التدارك والخروج عن العهدة .
وعلى أي تقدير :

في الوجوه التي بها قوام الملكية (في زمان الحيلولة ، فالذهاب هنا حكمي ، فـ) (وجب قيام مقابله مقامه في السلطنة) فقط (لا في الملكية ؛ ليكون مقابلاً وتداركاً للسلطنة الفائتة) على العين ، فينتفع المالك بالبدل مقام الانتفاع بالعين . قال الشاعر الفارسي مزاحاً :

دستت كه نمی رسد به بی بی دریاب کنیز مطبخی را
(فالتدارك لا يقتضي ملكية) المالك الشيء (المتدارك) - بالكسر - أي البدل
الموجب للتدارك (في هذه الصورة) الثانية ، فالمالك للعين إنما يملك العين المتعذرة ولا يملك القيمة .

ثم استدرك الشيخ على عدم اقتضاء التدارك لملكية المال المتدارك ، فقال :
(نعم ، لما كانت السلطنة المطلقة) على البدل ، أعني القيمة (المتداركة للسلطنة الفائتة) على العين (متوقفة على الملك) في بعض الانتفاعات ؛ (لتوقف بعض التصرفات عليها) كالبيع والعق والوطي ؛ لما دلّ على أنه لا بيع في ملك ، أو لا عق إلا في ملك ، أو لا وطي إلا في ملك ، فـ) (وجب ملكيته للمبذول تحقيقاً لمعنى التدارك) في جميع الانتفاعات (والخروج عن العهدة) تماماً .
(وعلى أي تقدير) سواء قلنا بملكية مالك العين المتعذرة ، البذل المبذول ،

فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالکها ، إنّما الكلام في البديل المبذول ، ولا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالإباحة وبالسلطنة المطلقة عليها ، وبعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذٍ إلى أنّ إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك هل تستلزم الملك من حين الإباحة ، أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف؟

وقد تقدّم في المعاطاة بيان ذلك .

ثمّ إنّّه قد تحصّل ممّا ذكرنا : أنّ تحقّق «تحقيق خد» ملكيّة البديل أو

أم قلنا بإباحته المطلقة له ، (فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالکها) ، وعدم انتقالها إلى الضامن؛ لعدم وجود سبب الانتقال كما تقدّم هذا ص ١٣٩ بقوله : «وعلى أي حالٍ ، فلا تنتقل العين إلى الضامن» .

(إنّما الكلام في) ملكيّة المالك (البديل المبذول ، ولا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالإباحة وبالسلطنة المطلقة عليها) أي على الإباحة ، كما اختاره المحقّق القميّ رحمه الله ، (وبعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذٍ) أي حين الحكم بالإباحة المطلقة لمالك العين (إلى أنّ إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك) كالبيع والعق (هل تستلزم الملك من حين) الحكم بـ (الإباحة) من أوّل الأمر (أو يكفي فيه) أي في تحقّق الملك (حصوله من حين التصرف؟) المتوقّف على الملك ، كالبيع مثلاً ، (وقد تقدّم في المعاطاة بيان ذلك) ، فراجع: ج ٤ ص ٧٢ و ١٧٦ ، لكنّه رحمه الله استشكل هناك في الإباحة المطلقة.

(ثمّ إنّّه قد) تكون المنافع الفائتة عن مالك العين معظم الإنتفاعات التي تكون بها قوام الملكية ، وقد يكون بعضها ممّا لا دخل له في قوام الملكية ، وقد (تحصّل ممّا ذكرنا) من كون البديل غرامة عمّا فات من المالك من المنافع : (أنّ تحقّق) كذا في المصحّحة ، وفي أكثر النسخ : («تحقيق خد» ملكيّة البديل) كما هو المشهور (أو

السلطنة المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالكةا، إنما هو مع فوات معظم الإنتفاعات به، بحيث يُعَدَّ بذل البَدَل غرامةً وتداركاً، أمّا لو لم يَفُتْ إلا بعض ما ليس به قوام الملكية، فالتدارك لا يقتضي ملكه ولا السلطنة المطلقة على البذل.

ولو فُرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذٍ لم يبعد كشف «إنكشاف خد» ذلك عن انتقال العين إلى الغارم؛ ولذا استظهر غير واحد أنَّ الغارم لقيمة الحيوان الذي وطَّاه يملكه؛

السلطنة المطلقة عليه مع (بقاء العين على ملك مالكةا) كما هو مختار المحقّق القمي (إنما هو مع فوات معظم الإنتفاعات به) أي بالعين (بحيث يُعَدَّ بذل البَدَل غرامةً) أي خسارة = تاوان، (وتداركاً) لما فات من المنافع؛ فإنَّ معنى التدارك قيام البَدَل مقام المبدل فيما زال عن المالك من الأوصاف والإنتفاعات بجميع أنواعها، و (أمّا لو لم يَفُتْ إلا بعض) المنافع من (ما ليس به قوام الملكية) كما في إيقاع العبد المغصوب من يد الغاصب، حيث إنَّه يمكن عتقه عن كفارة، أو يبيعه ممَّن يريد أن يُعتقه في كفارة، أو ممَّن يقدر على تحصيله كرئيس الشرطة، (فالتدارك) هنا (لا يقتضي ملكه) أي ملك المضمون له البَدَل، (ولا السلطنة المطلقة على البذل).

(ولو فُرض) في موردٍ (حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذٍ) أي حين عدم فوات معظم المنافع التي تدور مألّة الشيء مدارها (لم يبعد كشف) - كذا في المصحّحة، وفي أكثر النسخ - («إنكشاف خد» ذلك) الحكم (عن انتقال العين إلى الغارم؛ ولذا استظهر غير واحد) من العلماء كالشهيد الثاني في شرح اللمعة: ج ٩ ص ٣١١ الحدود، والسيّد عليّ الطباطبائي في الرياض: ج ٢ ص ٤٩٩ (أنَّ الغارم لقيمة الحيوان الذي وطَّاه) الغارم (يملكه) بعد تعزيره وغرامة قيمته ودفعاها إلى مالكة،

لأنَّه وإن وجب بالوطني نفْيُهُ عن البلد وبيعُهُ في بلدٍ آخر ، لكنَّ هذا لا يُعَدُّ فَوَاتاً لما به قوام المائيَّة .

هذا كلُّه مع انقطاع السلطنة عن العين مع بقائها على مقدار ماليتها «ملكيتها خد» السابقة ، أمَّا لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية ،

ثمَّ إن كان الحيوان مأكولاً كالشاة حرم أكله ونسله ووجب ذبحه وإحراقه ، وإن كان ممَّا يُقصد ظهره كالحمار والبغل ، فيملكه الواطئ ؛ (لأنَّه وإن وجب بالوطني نفْيُهُ عن البلد وبيعُهُ في بلدٍ آخر) كيلا يُعَيَّر صاحبه فيقال : هذا حمار فلان الذي وطأه فلان ، (لكنَّ هذا لا يُعَدُّ فَوَاتاً لما به قوام المائيَّة) ، وهو الانتفاع بظهره بالركوب والحمل ، فهو باقٍ على حاله ، فحكم الشارع بغرامة قيمته لصاحبه يكشف عن مبادلةٍ شرعيَّةٍ تعبديةٍ ، فتنتقل العين إلى ملك الغارم الواطئ ، وهذا الحكم يكون تخصيصاً لما تقدَّم من الإجماع على عدم خروج العين عن ملك مالكة المضمون له في موارد بدل الحيلولة - ففي حسنة سدير بن حكيم^(١) - ، عن أبي جعفر عليه السلام : «... وإن كانت - أي البهيمة الموطونة - ممَّا يُركب ظهره غَرَمَ قيمتها وجُلْدَ دون الحدِّ ، وأخرجها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لا تُعرف ، فيبيعها فيها ، كيلا يعيَّر بها صاحبها»^(٢).

ثمَّ إنَّ (هذا كلُّه) أي ما ذكرنا من تحقُّق ملكية البدل أو السلطنة المطلقة عليه إنما هو (مع انقطاع السلطنة عن العين مع بقائها على مقدار ماليتها) كذا في المصححة ، وهو الأولى ، وفي النسخ : (« ملكيتها خد » السابقة ، أمَّا لو خرج) - المناسب : « لو خرجت » أي العين - (عن التقويم) والمائيَّة رأساً (مع بقائها على صفة الملكية) كانكسار الإناء المغصوب ، فإنَّ رضاها = قطعاتها المكسورة ملكٌ ،

(١) وهو إمامي ممدوح، لكنَّه لم يُصرَّح بوثاقته. راجع جامع الرواة: ج ١ ص ٣٥٠.

(٢) الوسائل ج ١٨ ص ٥٧١ نكاح البهائم.

فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة ، مع بقاء العين على ملك المالك ؛ لأنَّ القيمة عوض الأوصاف أو الأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن التقويم ، لا عوض العين نفسها ، كما في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب ، فإنَّ بقائها على ملك مالكها لا ينافي معنى الغرامة ؛ لفوات معظم الإنتفاعات ، فيقوى عدم جواز المسح بها إلا بإذن المالك ولو بذل القيمة .

قال في شرح القواعد - في ما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة - :

أي يُضاف ويُنتسب إلى مالكٍ ، وليس بمالٍ ؛ إذ بين الملك والمال عموم من وجه ، وقد يكون الشيء مالاً وليس بملكٍ ، كالمباحات قبل الحيابة ، وقد يجتمعان كما في كثير من الأشياء ، (فمقتضى قاعدة الضمان) والغرامة التي تقدّمت ص ١٤١ (وجوب كمال القيمة) في هذه الصورة على الضامن (مع بقاء العين على ملك المالك ؛ لأنَّ القيمة) بدل الحيلولة عن الإنتفاع بالعين ، و(عوض الأوصاف أو الأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن التقويم ، لا عوض العين نفسها ، كما) هو الحال (في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب) كما إذا لم يعلم بذلك وعلم حين الوضوء ، وأما إذا علم بغصبية الماء من الأوّل ، فالوضوء باطل لحرمة التصرف بغسل الوجه واليدين ، (فإنَّ بقائها على ملك مالكها لا ينافي معنى الغرامة) ووجوب دفع قيمة الماء ؛ (لفوات معظم الإنتفاعات) كالشرب والتوضأ والبيع والهبة ، (فيقوى) في النظر (عدم جواز المسح بها) «الرطوبة» (إلا بإذن المالك) ؛ إذ المفروض بقاء الرطوبة على ملك مالك الماء ، والمسح تصرف فيها ، فلا يجوز إلا بإذنه ، حتّى (ولو بذل القيمة) للماء .

(قال) المحقّق الكركي في جامع المقاصد : ج ٦ ص ٣٠٤ (في شرح) عبارة (القواعد) للعلامة ج ١ ص ٢٠٧ (- في ما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة -) وجب نزعها مع الإمكان ... الخ .

«ولو طلب المالك نزاعها وإن أفضى إلى التلف وجب، ثمّ يضمن الغاصب النقص، ولو لم يبق لها قيمة غَرَم جميع القيمة، انتهى، وعطف على ذلك - في محكيّ جامع المقاصد - قوله: «ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سَبَقَ من أنّ جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين، ولو استوعبت القيمة أخذها ولم تدفع العين،

قال المحقّق المذكور: («ولو طلب المالك نزاعها وإن أفضى إلى التلف وجب) القبول ، (ثمّ يضمن الغاصب النقص) أي تفاوت قيمة الخيوط المتقطّعة ، (ولو لم يبق لها قيمة غَرَم جميع القيمة ، انتهى) عبارة جامع المقاصد ، ومقصوده: أنّ الخيوط المنزوعة تارةً تلف بالنزع تلفاً ناقصاً يمكن الانتفاع بها ثانياً ، فها هنا يجب دفع نقص ماليّتها ، وأخرى: تلف كاملاً وتتقطّع بحيث تخرج عن حيّز الانتفاع ، وتسقط عن الماليّة رأساً ، فها هنا يجب دفع تمام قيمتها ، (وعطف) المحقّق (على ذلك) أيضاً (- في محكيّ جامع المقاصد -) والحاكي هو صاحب الجواهر: ج ٣٧ ص ٧٩ ، والسيد العاملي في المفتاح: ج ٦ ص ٢٨٥ ، والعبارة من الجواهر (قوله : « ولا يوجب ذلك) أي غرامة جميع القيمة (خروجها) أي الخيوط (عن ملك المالك ، كما سَبَقَ من أنّ جناية الغاصب) على العبد المغصوب لو استوعبت دية المقدّرة للجناية شرعاً جميع القيمة ، أخذ المالك قيمته كاملاً ، كما إذا قلع عينيه جميعاً ، ومع ذلك يبقى العبد على ملك مالكة فيجتمع عنده العينُ والقيمة ، ولكن لو تنزّلت قيمة العبد بتلك الجناية عن نصف قيمته بأن كانت قيمته مليون تومان ، وقطع الغاصب إحدى عينيه فصارت قيمته مأتين ، فالجناية هنا (توجب أكثر الأمرين) من المقدّر الشرعي ، ومن نقص القيمة ، ففي المثال يجب على الغاصب ثمانمائة تومان مع أنّ الدية نصف قيمته ، وهو خمسمائة تومان ، (ولو استوعبت) دية الجناية جميع (القيمة أخذها) كما إذا قلع عينيه جميعاً أو يديه جميعاً ، كما تقدّم في الشرح ، (ولم تدفع العين) فاجتمع عند المالك العبد

انتهى .

وعن المسالك في هذه المسألة : أنه إن لم يبقَ له قيمةٌ ضمن جميع القيمة ، ولا يخرج بذلك عن ملك ماله كما سبق ، فيجمع بين العين والقيمة .
لكن عن مجمع البرهان - في هذه المسألة - : اختيار عدم وجوب النزع ، بل قال : يمكن أن لا يجوز ويتعين القيمة ؛ لكونه بمنزلة التلف ، وحينئذٍ يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط ، إذ لا غصب فيه يجب ردّه ، كما قيل بجواز المسح بالרטوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد إكمال

وقيمته (انتهى) كلام جامع المقاصد .

(و) في الجواهر : ج ٣٧ ص ٧٩ (عن) الشهيد الثاني في (المسالك) ج ١٧ ص ١٧٨ (في هذه المسألة) أي مسألة خياطة الثوب بالخياط المنصوبة : (أنه إن لم يبقَ له) « الخيط » قيمةٌ ضمن جميع القيمة ، ولا يخرج (الخيط) بذلك عن ملك ماله (إلى الضامن) كما سبق ، فيجمع بين العين والقيمة (أي المبدل والتبدل في ملك واحد ، انتهى عبارة المسالك .

(لكن) في الجواهر : ج ٣٧ ص ٧٩ (عن مجمع البرهان) ج ١٠ ص ٥٢١ للمقدّس الأردبيلي (- في هذه المسألة -) أي في موردٍ لم يبقَ للخيط قيمةٌ - (اختيار عدم وجوب النزع) على الغاصب ؛ لعدم الإلتفاع به ، (بل قال : يمكن أن لا يجوز) النزع (ويتعين القيمة) لا غير ؛ (لكونه بمنزلة التلف) ، فلا يبقى مالٌ للمالك حتّى يكون مسلطاً عليه ، (وحينئذٍ) أي كون الخيط بمنزلة التلف ودخوله في ملك الضامن بدلاً عن القيمة (يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط) بعد أداء قيمة الخيط ؛ (إذ لا غصب فيه يجب ردّه ، كما قيل بجواز المسح) في مسألة الوضوء (بالרטوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به) أي بالغصب (بعد إكمال

الغسل وقبل المسح ، انتهى .

واستجوده بعض المعاصرين ؛ ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه ؛ لبيروته عوضاً شرعاً .

وفيه : أنه لا منشأ لهذا الإقتضاء ، وأدلة الضمان قد عرفت أن محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك ، سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي ، أو كان الذاهب السلطنة عليها التي بها قوام ماليّتها كغرق المال ، أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن

الغسل) للوجه واليدين (وقبل المسح) . نعم ، لو علم بغصبية الماء حين الغسل يبطل الوضوء ، ولا يجوز إكماله لكونه تصرفاً في مال الغير ، (انتهى) كلام مجمع البرهان .

(واستجوده) أي استجود عدم وجوب النزاع فيما لا يبقى للخيطة قيمة (بعض المعاصرين) ، وهو صاحب الجواهر : ج ٣٧ ص ٨٠ : (ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة) على استصحاب بقاء ملكه للعين . وهذا الإقتضاء يوجب (خروج المضمون) وهو الخيط (عن ملكه ؛ لبيروته عوضاً شرعاً) تعبداً .

(وفيه : أنه لا منشأ لهذا الإقتضاء) إذ لم تقع هناك معارضة توجب انتقال العين من المالك إلى الضامن من بيع أو هبة أو صلح ، وما يتوهم أن يكون منشأ لاقتضاء ذلك ، إنما هو أدلة ضمان الضامن للقيمة ، (وأدلة الضمان قد عرفت) ص ١٤١ (أن محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك) لا وقوع معاوضة في البين ، (سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي) كحرق المال أو أكل المأكول (أو) التلف العرفي ، كما إذا (كان الذاهب السلطنة) المطلقة (عليها) «العين» (التي بها قوام ماليّتها) ، وهو ملحق بالتلف الحقيقي كما تقدّم ، (كغرق المال) مع تعذر إخراجه من الماء ، (أو كان) التلف حكماً ، كما إذا كان (الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن

التقويم مع بقاء ملكيته .

ولا يخفى أَنَّ العين على التقدير الأول خارج عن الملكية عرفاً ، وعلى الثاني : السلطنة المطلقة على البديل ، بدلٌ عن السلطنة المنقطعة عن العين ، وهذا معنى بدل الحيلولة .

وعلى الثالث : فالمبذول عوضٌ عما خرج المال بذهابه عن التقويم ، لا نفس العين ، فالمضمون في الحقيقة هي تلك الأوصاف التي تقابل بجميع القيمة ، لا نفس العين الباقية ، كيف! ولم تُتلف هي ،

التقويم) والمالية (مع بقاء) نفس العين والسلطنة عليها ، بل بقاء (ملكيته) أيضاً ، أعني إضافتها إلى المالك - والمناسب تأنيث الضمير - كما في الحيوان الذي وطئه الغاصب ، وقد تقدّم أَنَّ بين الملكية والمالية عموماً من وجه .

(ولا يخفى أَنَّ العين على التقدير الأول) وهو تلف حقيقة بحيث لا تعدّ مالاً ولا ملكاً (خارج) - والمناسب «خارجة» - (عن الملكية عرفاً) وواقعاً ؛ لعدم اتّصاف التالف بها ، (وعلى الثاني) وهو التلف العرفي الملحق بالحقيقي بسبب ذهاب السلطنة على العين مع وجودها وعدم تناول اليد إليها كما في الغرق ، فهذا (السلطنة المطلقة على البديل) وهو القيمة (بدلٌ عن السلطنة المنقطعة عن العين) لا بدلٌ عن نفسها ، فإنّها باقية على ملك المالك ، وتضاف إليه ، وهذا التلف سميّناه بالملحق بالتلف الحقيقي ، (وهذا معنى بدل الحيلولة) أي حيلولة الضامن بين المال ومالكة .

(وعلى الثالث) وهو كون الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التي بها قوام المالية ، وسميّناه بالتلف الحكمي ، (فالمبذول) هنا (عوضٌ عما خرج المال بذهابه عن التقويم لا نفس العين) - كالحيوان الموطوء - ، (فالمضمون) في عهدة الضامن (في الحقيقة هي تلك الأوصاف التي تقابل بجميع القيمة) ، و (لا) تكون (نفس العين الباقية ، كيف! ولم تُتلف هي ،

وليس لها على تقدير التلف أيضاً عهدة مالية؟ بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال، بل لو استلزم رده ضرراً مالياً على الغاصب أمكن سقوطه، فتأمل.

ولعل ما عن المسالك: من أن ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج، فتعين القيمة فقط، محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء

وليس لها على تقدير التلف (الحقيقي بموت الحيوان الموطوء في المثال المتقدم أيضاً عهدة مالية؟) على الضامن، (بل الأمر بردها مجرد) حكم محض، و (تكليف لا يقابل بالمال) حتى يقال إن بدل الحيلولة بدل عن العين، فملك المالك للبدل يقتضي خروج المبدل عن ملكه ودخوله في ملك الغاصب الضامن، (بل لو استلزم رده) إلى المالك، والمناسب «ردها» (ضرراً مالياً على الغاصب أمكن) القول بـ (سقوطه) بقاعدة «لا ضرر»، (فتأمل) لعلّه إشارة إلى عدم جريان قاعدة «لا ضرر» هنا؛ لأنها في مقام الإمتنان على الأمة، فلا تجري في حق الغاصب، بل هو يؤخذ بأشق الأحوال، أو إشارة إلى عدم جريان «القاعدة» - في حق الغاصب - لأجل إقدامه على الضرر بنفسه؛ لإقدامه بالغصب الذي هو سبب للضرر = خود كرده را تدبير نیست. نعم، لو كان جاهلاً بالغصب وكان قاصراً يسقط الرد عنه حينئذ.

(و) على ما ذكرنا من عدم خروج العين عن ملك مالكة حتى فيما إذا لم يبق لها قيمة أصلاً، ف (لعل ما) تقدّم ص ١٤٨ (عن المسالك) ج ١٢ ص ١٧٨ (من أن ظاهرهم عدم وجوب) تكلفي بـ (إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد) فرض (خروجه عن القيمة بالإخراج، فتعين) على الغاصب للخيوط (القيمة فقط)، وكذلك عدم وجوب إخراج الخشبة المغصوبة عن البناء (محمول على صورة تضرر المالك)، أي مالك الثوب أو البناء - الذي هو الغاصب - (بفساد الثوب المخيط أو البناء

المستدخل فيه الخشبة ، كما لا يأبى عنه عنوان المسألة ، فلاحظ .
 وحينئذٍ فلا تُنافي ما تقدّم عنه سابقاً : من بقاء الخيط على ملك مالكه
 وإن وجب بذل قيمته .
 ثم إنَّ هنا قسماً رابعاً ، وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء
 حقّ الأولوية فيه ، كما لو صار الخُلّ المغصوب خمرأ ،

المستدخل فيه الخشبة) المغصوبة ، (كما لا يأبى عنه) أي عن الحمل على مورد
 تضرّر المالك (عنوان المسألة) أي مسألة الخشبة في البناء والخيط في الثوب ،
 (فلاحظ) المسالك ، حيث قال ص ١٧٦ - بعد الحكم بوجوب جميع القيمة فيما إذا لم
 يبقَ للخشبة قيمة ، قال : « وهل يُجبر - أي الغاصب - على إخراجها حينئذٍ - أي حين لم
 تبق لها قيمة - نظر ، من فوات الماليّة ، وبقاء حقّ المالك - أي مالك الخشبة - في العين ،
 وظاهرهم عدم الوجوب ، وأنها تُنزّل منزلة المعدومة... الخ » ، ثمّ قال في ص ١٧٨ في
 مسألة خياطة الثوب : « فالحكم كما في البناء على الخشبة... الخ ».

(وحينئذٍ) أي حين حُمل فتواهم بتعيّن تمام القيمة وعدم وجوب إخراج الخيط
 على صورة تضرّر المالك به ، (فلا تُنافي) بين ما ذكره هنا من عدم وجوب ردّ الخيط
 إلى مالكه ، و (ما تقدّم عنه سابقاً) : ص ١٤٨ (من بقاء الخيط على ملك مالكه وإن
 وجب بذل قيمته) : فإنّ وجوب الردّ مقيدّ بصورة عدم استلزامه للضرر على مالك
 الثوب ، أعني الغاصب ، وعدم وجوب الإخراج والردّ مع وجوب تمام القيمة هنا ، لأجل
 تضرّر الغاصب ، وهذا هو مقتضى الجمع بين الحقيّن .

(ثمّ إنَّ هنا قسماً رابعاً) من أقسام خروج العين المغصوبة أو المقبوض بالعقد
 الفاسد عن الملكية أو الماليّة رأساً (وهو ما لو خرج المضمون) المغصوب (عن
 الملكية مع بقاء حقّ الأولوية فيه) للمالك (كما لو صار الخُلّ المغصوب
 خمرأ) ، فإنّه يجب دفع مثله من الخُلّ أو قيمته كاملاً إلى المالك ، لكنّه هل يجب ردّ

فاستشكل في القواعد وجوب ردّها مع القيمة؛ ولعلّه من استصحاب وجوب ردّها، ومن أنّ الموضوع في المستصحب ملك المالك؛ إذ لم يجب إلا ردّه ولم يكن المالك إلا أولى به.

إلا أن يقال: إنّ الموضوع في الإستصحاب عرفي، ولذا كان الوجوب مذهب جماعة منهم الشهيذان والمحقق الثاني.

الخمر إليه أيضاً أم لا، (فاستشكل) العلامة (في القواعد) ج ١ ص ٢٠٦ في (وجوب ردّها مع القيمة) فقال: «ولو غصب عصيراً فصار خمرّاً ضمن المثل وفي وجوب الدفع - أي دفع تلك الخمر - إشكال... فإن صار خلاًّ في يد الغاصب ردّه مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخلّ، ولو غصب خمرّاً فتخلّلت في يده حكم بها للغاصب، ويحتمل المالك»، انتهى.

(ولعلّه) أي الإشكال ينشأ (من استصحاب) حكم (وجوب ردّها)، فإنّه قبل انقلابها خمرّاً كان يجب ردّه وبعده نشكّ في وجوبه، فنستصحب الوجوب. هذا وجه وجوب الردّ. (و) وجه عدم الوجوب (من أنّ الموضوع في المستصحب ملك المالك؛ إذ لم يجب إلا ردّه) والموجود ليس ذلك الموضوع؛ لأنّه ليس بملك له شرعاً، (و) الحال أنّه (لم يكن المالك إلا أولى به) من غيره، لأنّه قد خرج عن المالّة والملكيّة. (إلا أن يقال) في ترجيح وجوب الردّ: (إنّ الموضوع في الإستصحاب) هو موضوع (عرفي)، وهو هذا المانع الخارجي الذي طرأ عليه حالنا الخلّ والخمر، وليس الإتياف بالحالات مقوماً للموضوع؛ (ولذا) أي ولأجل عدم الإشكال في الإستصحاب (كان الوجوب مذهب جماعة منهم الشهيذان) الأوّل في الدروس ج ٣ ص ١١٢، والثاني في المسالك ج ١٢ ص ٢٣٧^(١). (و) منهم (المحقق الثاني) الكركي

(١) أقول: عبارة المسالك غير صريحة في وجوب ردّ الخمر مع ردّ بدله، فراجع.

ويؤيده أنه لو عاد خلأ رُدَّت إلى المالك بلا خلافٍ ظاهر .

ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع ، خروج الغارم عن عهدة العين وضمائها ، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع ، سواء كان للسوق أو للزيادة المتصلة ، بل المنفصلة - كالثمرة - ولا يضمن منافعه :

في جامع المقاصد: ج ٦ ص ٢٩٢ ، (ويؤيده) أي ويؤيد وجوب ردّ الخمر مع بدله (أنه لو عاد خلأ رُدَّت إلى المالك بلا خلافٍ ظاهر) ، كما في الجواهر: ج ٣٧ ص ١٩٩ و ٢٠٠ ، لكنه استشكل في الحكم بقوله: قلت: إن تمّ الإجماع في ذلك كله ، وإلا فلا يخلو من إشكالٍ؛ ضرورة أنه بصيرورته خمرًا خرج عن ملك المالك وصار في ذمة الغاصب المثل؛ لأنه تلفٌ أو بمنزلة ، فإذا صار خلأ لا دليل على عوده إلى ملك المالك . أقول: والظاهر أن الإشكال في محله بعد دفع البدل من المثل أو القيمة إلى المالك ، كما يظهر من كلمات غير واحد من العلماء ، فراجع .

ثم إن الوجه في جعل الشيخ وجوب الردّ مع عوده خلأً ، مؤيداً لا دليلاً ، هو عدم الملازمة بين ملك المالك له مع صيرورته خلأً ، وبين ثبوت الحق له حال كونه خمرًا؛ لجواز أن يكون عوده إلى ملكه لأجل كون أصله ملكاً له حين كان خلأً أولاً ، فتأمل .

(ثم إن مقتضى صدق الغرامة) والخسارة (على المدفوع) إلى المالك بدلاً عن العين المتعدّرة بعنوان بدل الحيلولة مثلاً كان أو قيمةً هو (خروج الغارم عن عهدة العين وضمائها) بعد ذلك كما تقدّم ص ١٢٧ في الأمر السابع في التلف الحقيقي ، (فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع ، سواء كان) الارتفاع (للسوق) كما إذا غلا الذهب المغروق بعد دفع القيمة ، (أو للزيادة المتصلة) كما إذا سمن الغنم المسروق ، أو تعلّم العبد المغصوب الآبق صنعةً خاصّةً ، (بل) لا يضمن الزيادة (المنفصلة - كالثمرة -) للشجرة ونتاج الحيوان ، (ولا يضمن منافعه) أيضاً ، والمناسب منافعها ، كأجرة الحمار أو السيّارة المغصوبة إذا تعذّر ردّها إلى المالك فدفع

فلا يُطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك .

وعن التذكرة وبعض آخر : ضمان المنافع ، وقوّاه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه ، وفي موضع من جامع المقاصد : أنّه موضع توقّف ، وفي موضع آخر رجّح الوجوب .
ثمّ إنّ ظاهر عطف التعذّر على التلف في كلام بعضهم

قيمتها ، (فلا يُطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك) ، أي بعد دفع البدل لخروجه عن ضمان العين فيتبعه ضمان المنافع أيضاً .

(و) لكن في مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٢٤٩ (عن) العلامة في (التذكرة) ج ٢ ص ٣٨٢ ، (وبعض آخر) كالشهيد الثاني في المسالك : ج ١٢ ص ٢٠١ ، والمقدّس الأردبيلي في مجمع البرهان : ج ١٠ ص ٥٣٨ : (ضمان المنافع) على الغاصب ، واختاره السيّد العاملي في المفتاح بعد نقل الأقوال ، بقوله : « وهو الأصح » ، ولعل وجهه كما في التذكرة بقاء حكم الغصب للعين لفرض وجودها وبقائها على ملك المالك ، وإنّما وجبت القيمة للحيلولة كما تقدّم بيانه ، وجعله في الجواهر : ج ٣٧ ص ١٣٩ موافقاً للتحقيق ، ونسبه إلى جماعة ، (وقوّاه) شيخ الطائفة (في المبسوط) : ج ٣ ص ٩٦ (بعد أن جعل الأقوى خلافه ، وفي موضع من جامع المقاصد) : ج ٦ ص ٢٥١ للمحقّق الكركي (أنّه موضع توقّف) ، (و) لكن (في موضع آخر) ص ٢٧٣ (رجّح الوجوب) أي وجوب دفع بدل المنافع المتّصلة والمنفصلة ، « استصحاباً لما كان إلى يُعلم المزيل » لفرض بقاء العين على ملك مالكة حتّى بعد دفع بدلها .

(ثمّ إنّ) الكلام إلى هنا كان في عدم ضمان الغارم لارتفاع القيمة إذا فرض أدائه البدل الحيلولة إلى المالك عند تعذّر ردّ العين ، وأمّا حكم الإرتفاع فيما إذا لم يؤدّ البدل مع التعذّر ، فـ (ظاهر عطف التعذّر على التلف في كلام بعضهم) كالمحقّق في

المختصر النافع : ج ٢ ص ٢٩٦ والعلامة في التحرير : ج ٢ ص ١٣٩

- عند التعرّض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة - يقتضي عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع ، كالحاصل بعد التلف ، لكن مقتضى القاعدة ضمانه له ؛ لأنّ مع التلف يتعيّن القيمة ؛ ولذا ليس له الإمتناع من أخذها ، بخلاف تعذر العين ؛ فإنّ القيمة غير متعيّنة ، فلو صبر المالك حتّى يتمكّن من العين كان له ذلك ويبقى العين في عهدة الضامن في هذه المدة ، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف ، أو أعلى القيم إليه ، أو يوم الغصب ، على الخلاف .

والحاصل : أنّ قبل دفع القيمة يكون

(- عند التعرّض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة - يقتضي عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع) (للبدل إلى المالك (ك) ما هو الحال في ارتفاع (الحاصل بعد التلف) الحقيقي وقبل دفع البدل؛ لأنّ الظاهر من العطف وتنزيله منزلة التلف ، هو ترتّب آثار التلف على التعذر ، التي منها عدم ضمان ارتفاع القيمة ، (لكن مقتضى القاعدة) أي قاعدة كون بدل الحيلولة مجرد غرامة وليس بدلاً عن العين المتعدّرة هو (ضمانه له) أي ضمان الغاصب للإنتفاع؛ (لأنّ) هناك فرقاً بين التلف الحقيقي وبين التعذر؛ إذ (مع التلف يتعيّن القيمة) لا غير ، (ولذا ليس له) أي للمالك (الإمتناع من أخذها) ، بل يجب عليه الأخذ (بخلاف تعذر العين فإنّ القيمة غير متعيّنة) على سبيل الإنحصار ، لبقاء نفس العين في العهدة ، (ف) لذا (لو صبر المالك حتّى يتمكّن) الغاصب (من العين كان له ذلك ويبقى العين في عهدة الضامن في هذه المدة) التي يتعذر دفع العين ولا تنتقل إلى القيمة ، (فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف ، أو أعلى القيم إليه) من يوم الغصب ، (أو) يتعيّن قيمة (يوم الغصب ، على الخلاف) المتقدّم ص ٩٤ .

(والحاصل : أنّ قبل دفع القيمة) إلى المالك - وإن حصل التعذر - (يكون

العين الموجودة في عهدة الضامن ، فلا عبّرة بيوم التعذر .
 والحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الأجرة
 والنماء إلى دفع البديل وإن تراخى عن التعذر ممّا لا يجتمعان ظاهراً .
 فمقتضى القاعدة ضمان الإرتفاع إلى يوم دفع البديل ، نظير دفع القيمة
 عن المثل المتعذر في المثلي .
 ثمّ إنّهُ لا إشكال في أنّه إذا ارتفع تعذر ردّ العين وصار ممكناً ،

العين الموجودة في عهدة الضامن ، فلا عبّرة بيوم التعذر (في إثبات القيمة على
 الضامن ، بل التعذر إنّما يوجب ذلك إن أراد المالك أخذ القيمة .
 (و) يُضَعَّفُ كَوْنُ التَّعْذُرِ بِمَنْزِلَةِ التَّلْفِ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ أَنَّ (الحكم بكون يوم
 التعذر بمنزلة يوم التلف) لا يجتمع (مع الحكم بضمان الأجرة والنماء) على
 الغاصب (إلى دفع البديل) إلى المالك (وإن تراخى) الدفْعُ (عن التعذر) ؛ وذلك لأنّ
 كون التعذر بمنزلة التلف يقتضي عدم ضمان الأجرة والمنافع بعد التعذر - وإن لم يدفع
 البديل بعد - كما هو الحال في التلف ، فالحكمان (ممّا لا يجتمعان ظاهراً) نعم ، لو كان
 التعذر بمنزلة التلف في الجملة - أي في بعض الأحكام لا جميعها ، يمكن الحكم بضمان
 الإرتفاع والنماء في التعذر إلى يوم دفع البديل ، وبعدم الضمان في التلف ، ولعلّ الشيخ رحمه الله
 لأجل هذا الإحتمال أضاف قوله : «ظاهراً» .

(فمقتضى القاعدة ضمان الإرتفاع) في القيمي المتعذر ، ولا يخرج عن
 عهده (إلى يوم دفع البديل ، نظير) ضمان الإرتفاع إلى يوم (دفع القيمة عن المثل
 المتعذر في المثلي) ، كما تقدّم في الأمر السادس ص ٤٨ و ٦٤ .

(ثمّ إنّهُ لا إشكال في أنّه إذا) دفع الغاصب بدل الحيلولة إلى المالك ، ثمّ
 (ارتفع تعذر ردّ العين) بنفسها (وصار ممكناً) كإخراج الذهب المغروق من الماء ،
 أو الظفر بالسيّارة المسروقة ،

وجب ردّها إلى مالکها - كما صرّح به في جامع المقاصد - فوراً ، وإن كان في إحضارها مؤونة ، كما كان قبل التعذّر ؛ لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» ، ودفع البدل لأجل الحيلولة إنّما أفاد خروج الغاصب عن الضمان ، بمعنى أنّه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك ، واستلزام ذلك - على ما اخترناه - عدم ضمان المنافع والنماء المنفصل والمتّصل بعد دفع الغرامة ، وسقوط

فبمجرّد رفع التعذّر (وجب ردّها إلى مالکها) لأنّها عين ماله - ولم يحدث ما أوجب انتقالها إلى الغاصب ، فمع إمكان دفعها لا تصل النوبة إلى البدل ، والغرامة المدفوعة إلى المالك إنّما تكون بدلاً دائماً في صورة تلف العين لا في صورة تعذّرها. إذن فيجب ردّها إلى المالك (كما صرّح به) المحقّق الكرکي (في جامع المقاصد -) : ج ٦ ص ٢٦١ (فوراً ، وإن كان في إحضارها مؤونة) على الغاصب ، أو القابض للعين بالعقد الفاسد - في المقام - ؛ لأنّ بذل المؤونة مقدّمة للردّ الواجب - ومقدّمة الواجب واجبة - (كما كان) يجب بذل المؤونة لاحتضارها إذا لم تكن حاضرة عند الغاصب (قبل التعذّر) على ما تقدّم تفصيله في الأمر الثاني: ج ٤ ص ٤٣٩ ؛ (لعموم) قوله ﷺ : «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (١) ، فقد جعلت الغاية ردّ نفس العين.

فإن قلت: إنّ الغاصب قد تدارك ماله عين بدفع بدل الحيلولة.

قلنا: (ودفع البدل لأجل الحيلولة) لا يرفع التكليف برّد العين ، و (إنّما أفاد خروج الغاصب عن الضمان) في صورة تلف العين (بمعنى أنّه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك ، واستلزام ذلك) أي خروج الغاصب عن الضمان (- على ما اخترناه -) أنّاً ص ١٥٤ (عدم ضمان المنافع والنماء المنفصل والمتّصل بعد دفع الغرامة) مع فرض تلف العين ، (و) كذلك يستلزم خروجه عن الضمان (سقوط

(١) مستدرک الوسائل ج ١٤ ص ٧ الودیعة. عوالي اللثالي ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦ و ص ٣٨٩ ح ٢٢.

وجوب الردّ حين التعذّر للعذر العقلي ، فلا يجوز استصحابه ، بل مقتضى الإستصحاب والعموم هو الضمان المدلول عليه بقوله ﷺ : « على اليد ما أخذت » المغنياً بقوله : « حتّى تؤدّي » .

وهل الغرامة المدفوعة تعود ملكها إلى الغارم بمجرد طرق التمكّن ، فيضمن العين من يوم التمكّن ضماناً جديداً بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم ، أو أنّها باقية على ملك مالك العين ، وكون العين مضمونة بها

وجوب الردّ حين التعذّر للعذر العقلي ، فلا يجوز استصحابه (بعد ارتفاع العذر ، بل مقتضى الإستصحاب) السابق على التعذّر ، (و) كذلك (العموم) أي عموم قاعدة « اليد » (هو الضمان المدلول عليه بقوله ﷺ : « على اليد ما أخذت » المغنياً بقوله : « حتّى تؤدّي ») ؛ إذ لم يحصل لنا القطع بارتفاع الضمان كلياً بحدوث التعذّر ، بل هو مشكوك فيه لاحتمال ارتفاع الضمان في خصوص زمان التعذّر فقط ، وحينئذٍ فنستصحب الضمان بعد رفع التعذّر لليقين السابق والشكّ اللاحق .

ثم إنّه هنا فرعاً آخر ، (و) هو أنّه إذا تمكّن الغاصب من ردّ العين إلى المالك - بعد أيّام التعذّر - فهنا وجهان في حكم الغرامة : (هل الغرامة المدفوعة) إلى المضمون له ، تخرج عن ملكه و (تعود ملكها إلى الغارم) الغاصب (بمجرد طرق التمكّن) من العين قبل أن يُسلّمها إلى المالك ، (فيضمن العين من يوم التمكّن ضماناً جديداً) - في مقابل الضمان السابق بيد الحيلولة حال التعذّر - فيضمن العين (بمثله أو قيمته) إن تلفت بعد التمكّن ، والقيمة إمّا قيمة (يوم حدوث الضمان) الجديد (أو يوم التلف أو أعلى القيم) على الخلاف المتقدّم في الأمر السادس ص ٥٢ ، وفي الأمر السابع ص ٩٤ ، (أو أنّها) - هذا عدل لقوله : « تعود ملكه إلى الغارم » - يعني : أو لا تعود إلى ملك الغارم ، بل هي (باقية على ملك مالك العين ، وكون العين مضمونة بها) أي

لا بشيء آخر في ذمة الغاصب ، فلو تلفت إستقرّ ملك المالك على الغرامة ، فلم يحدث في العين إلا حكم تكليفي بوجوب ردّه ، وأمّا الضمان وعهدة جديدة فلا ؟ وجهان : أظهرهما الثاني : لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة ، وعدم طرؤ ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضماناً جديداً ، ومجرّد عود التمكن لا يوجب عود سلطنة المالك حتّى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العرض والمعوض .

بالغرامة ، وهي بدل الحيلولة (لا بشيء آخر في ذمة الغاصب ، فلو تلفت) العين في يد الغاصب (إستقرّ ملك المالك على الغرامة) ، فيصير البدل بدلاً دائماً مستقراً بعد ما كان بدلاً محدوداً مغيّاً بدفع العين نفسها ، وعلى هذا (فلم يحدث في العين إلا حكم تكليفي بوجوب ردّه ، وأمّا) الحكم الوضعي ، أي (الضمان وعهدة جديدة فلا ؟) ، وحينئذٍ فينتفي احتمال ضمان يوم القبض أو التلف أو الأعلى بينهما .
والحاصل : هنا (وجهان) :

(أظهرهما الثاني) ، وهو بقاء الغرامة ، أعني البدل على ملك المضمون له ، (لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة) المدفوعة لا بشيء آخر ، بعد التمكن ، (وعدم طرؤ ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضماناً جديداً) .
فإن قلت : نفس تمكّن الغاصب من إيصال العين إلى المالك يوجب خروج بدل الحيلولة عن ملكه ودخوله في ملك الغاصب .

قلنا : (ومجرّد عود التمكن) من إيصالها إليه - قبل وصولها بيده - (لا يوجب عود سلطنة المالك) على العين (حتّى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العرض والمعوض) ، فإن السلطنة الفاتنة على العين لم تعدّ بعد ، وخروج البدل عن ملكه منوط بوصول العين بيده ؛ إذ قبل التمكن وبعده سيّان في عدم سلطنة المالك عليها .

غاية ما في الباب قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفائتة المبدلة عنها بالغرامة ووجوبها عليه .

وحينئذٍ ، فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكيّة المالك للغرامة ، وتوهم : أنّ المدفوع كان بدلاً عن القدر الفائت من السلطنة في زمان التعذّر فلا يعود لعدم عود مبدله ، ضعيف في الغاية ،

(غاية ما في الباب قدرة الغاصب) بعد التمكن (على إعادة السلطنة الفائتة) على مالك العين (المبدلة عنها بالغرامة ووجوبها) أي وجوب الإعادة تكليفاً (عليه) أي على الغاصب ، لكنّ هذا «لا يُسمن ولا يُغني من جوع» بالنسبة إلى المالك = نه نون می شود برای او نه آب. قال الشاعر الفارسي:

دستم نمی رسد به سر زلفت ای درینغ طالع نگر که پنجه من کم ز شانه است
(وحینئذٍ) أي حين قدرة الغاصب على إعادة السلطنة لمالك العين ، (فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكيّة المالك للغرامة) ، فلا يجمع بين العوض والمعوّض ، وإن لم يدفعها ، فملكيتها على البدل باقية.

فإن قلت: إنّ بدل الحيلولة كان عوضاً عن السلطنة الفائتة في أيام تعذّر العين لا عوضاً عن نفس العين ويستحيل عود تلك السلطنة إلى المالك؛ لأنّ العين لم تكن تحت تصرّفه مدّة شهر مثلاً ، وعلى هذا فيأصل العين إليه بعد التمكن لا يوجب خروج البدل عن ملكه ، كما أنّ ملكيته للبدل مع ملكيته للعين لا يكون جمعاً بين العوض والمعوّض.

قلنا: (وتوهم : أنّ) البدل (المدفوع كان بدلاً عن القدر) أي المقدار (الفائت من السلطنة في زمان التعذّر) كشهر وشهرين ، (فلا يعود) ذلك البدل إلى الغاصب ؛ (لعدم عود مبدله) ، وهو المقدار الفائت إلى المالك ، فإنّه كان محروماً عن التصرف في ماله أيام التعذّر (ضعيف في الغاية) .. قوله: «ضعيف» خبر لقوله: «وتوهم» ، -

بل كان بدلاً عن أصل السلطنة يرتفع بعودها ، فيجب دفعه ، أو دفع بدله مع تلفه ، أو خروجه عن ملكه بناقلٍ لازم بل جائز ، ولا يجب ردّ نمائه المنفصل .
ولو لم يدفعها «لم يدفعه خد» لم يكن له مطالبة الغرامة أولاً؛ إذ ما لم يتحقق السلطنة لم يَعدُ الملك إلى الغارم؛ فإنَّ الغرامة عوض السلطنة لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك ، فتأمل .
نعم ، للمالك مطالبة عين ماله ؛

(بل كان) البذل - في الواقع - (بدلاً عن أصل السلطنة) ، فـ (يرتفع) البذل عن البدليّة (بعودها) أي السلطنة إلى المالك ، (فيجب دفعه) إلى الغاصب ، (أو دفع بدله مع تلفه) بأكلٍ أو كسر أو نحو ذلك (أو خروجه عن ملكه بناقلٍ لازم) كالبيع ، (بل جائز) كالهبة لعدم وجوب الرجوع فيها ، (ولا يجب ردّ نمائه المنفصل) كنتاج الحيوان وبيض الدجاج؛ لأنّ حين الإنماء كان ملكاً لمالك العين ، وأمّا النماء المتّصل كالسمن ، فهو تابع للبذل عرفاً ، فينتقل إلى الغاصب الغارم .

(ولو لم يدفعها) كذا في المصحّحة ، وفي سائر النسخ : (« لم يدفعه خد ») ، والجملة معطوفة على قوله : « فإن دفع العين » ، يعني لو لم يدفع الغاصب العين إلى المالك - بعد التمكن - (لم يكن له مطالبة الغرامة) من المالك (أولاً ؛ إذ ما) دام (لم يتحقق السلطنة) له على ماله (لم يَعدُ الملك) أي ملك الغرامة ، وهي القيمة (إلى الغارم ؛ فإنَّ الغرامة عوض) تحقق نفس (السلطنة) على العين (لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك ، فتأمل) لعلّه إشارة إلى أنّ الغرامة - في الحقيقة - بدل عن العين ، فللغاصب حقّ مطالبتها حين دفع العين ، فيقع الترادّ بين المالكين في زمان واحد ، كما في البيع ، فإنّ لكلّ من البائع والمشتري امتناع تسليم ماله حتّى يتسلّم مال الآخر .
(نَعم) يمكن أن يقال بوجود الفرق بين حقّ الغاصب وحقّ مالك العين ، فإنّ الغاصب ليس له مطالبة الغرامة قبل تسليم العين ، ولكن (للمالك مطالبة عين ماله ؛

لعموم «الناس مسلطون على أموالهم»، وليس ما عنده من المال عوضاً من مطلق السلطنة حتى سلطنة المطالبة، بل سلطنة الإنتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك؛ ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة.

ومما ذكرنا يظهر أنه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك القيمة، كما اختاره في التذكرة والإيضاح وجامع المقاصد. وعن التحرير

لعموم (قوله ﷺ: (« الناس مسلطون على أموالهم ») ^(١))، لبقاء العين على ملكه. فإن قلت: إن الغرامة الموجودة عند مالك العين تتدارك مطلق السلطنة على العين، فليس له مطالبة العين من الغاصب قبل دفع الغرامة إليه، فهما سيّان من جهة حق المطالبة بماله. قلت: (وليس ما عنده من المال) أعني الغرامة (عوضاً من مطلق السلطنة حتى سلطنة المطالبة، بل) الغرامة إنما تتدارك (سلطنة الإنتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك)، ولا تتدارك السلطنة على الجهات الأخرى، كالتسلط على مطالبة العين، (ولذا) أي ولأجل بقاء سلطنة المطالبة لخصوص المالك (لا يباح) أي العين، والمناسب: «تباح» (لغيره بمجرد بذل الغرامة) أعني القيمة، فليس لكل من وصل من الطريق أن يعطي القيمة للغاصب ويأخذ العين منه، بل هذا حق مختص بمالكها فقط.

(ومما ذكرنا) من عدم حق الغاصب لمطالبة القيمة، إلا بعد إرجاع سلطنة المالك على العين بإعطائها إياه (يظهر أنه ليس للغاصب حبس العين) بعدم دفعها إلى المالك (إلى أن يدفع المالك القيمة، كما اختاره) أي جواز الحبس العلامة (في التذكرة) ج ٢ ص ٣٨٥، (و) ولده فخر الدين وفي (الإيضاح) ج ٢ ص ١٧٨، (و) المحقق الكركي في (جامع المقاصد) ج ٦ ص ١٦١، (و) حكى السيّد العاملي في المفتاح ج ٦ ص ٢٥٦ (عن التحرير) أيضاً ج ٢ ص ١٤٠

(١) البحار، ج ٢، ص ٢٧٢؛ عوالي اللثالي، ص ٢٢٢، ح ٩٩.

الجزم بأن له ذلك؛ ولعلّه لأنّ القيمة عوض إمّا عن العين، وإمّا عن السلطنة عليه «عليها خد» وعلى أي تقدير فيتحقّق الترادّ، وحينئذٍ فلكلّ من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتّى يتسلّم ما بيد الآخر.

وفيه: أنّ العين بنفسها ليست عوضاً ولا معوضاً، ولذا تحقّق للمالك الجمع بينها وبين الغرامة، فالمالك مسلّط عليها، والمعوّض للغرامة السلطنة الفائتة التي هي في معرض العود بالتراّد.

(الجزم بأنّ له ذلك؛ ولعلّه) أي جواز الحبس إلى أن يدفع المالك القيمة (لأنّ القيمة عوض إمّا عن العين، وإمّا عن السلطنة عليه)، كذا في النسخ، والمناسب: («عليها خد») كما في بعضها، وكذا الكلام فيما يأتي من الضمان. (وعلى أي تقدير) منهما (فيتحقّق الترادّ) بدفع كلّ منهما ما بيده إلى صاحبه في زمان واحد = بده وبغير، (وحينئذٍ فلكلّ من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتّى يتسلّم ما بيد الآخر) كما هو شأن جميع المعاوضات - نظير البيع - إذ لكلّ من البائع والمشتري الإمتناع من تسليم ماله حتّى يتسلّم مال الآخر. قال الشارح: «وهذا هو الذي احتملناه آنفاً في الأمر بالتأمّل في كلام الشيخ رحمه الله ص ١٦٢».

(وفيه): أنّه ليس في المقام معاوضة، وليس نظير البيع، ف(أنّ العين بنفسها ليست عوضاً) عن شيء، كما هو معلوم (ولا معوضاً) لأنّ القيمة إنّما هو بدل الحيلولة عن سلطنة المالك على ماله لا عوضاً عن العين حتّى تكون العين معوضاً، (ولذا) أي ولأجل عدم وقوع معاوضة في المقام (تحقّق للمالك الجمع بينها وبين الغرامة، فالمالك مسلّط عليها) أي على العين لبقائها في ملكه، وليس الغاصب مسلّطاً على الغرامة، أعني القيمة؛ لعدم دخولها في ملكه - قبل دفع العين - بمجرد التمكنّ منها، (والمعوّض للغرامة) هو (السلطنة الفائتة التي هي في معرض العود بالتراّد)، فإذا دفع الغاصب العين، فحينئذٍ له مطالبة الغرامة،

اللَّهْمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ : له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامة وهي السلطنة الفائتة . والأقوى : الأول .

ثم لو قلنا بجواز الحبس ، لو حبسه فتلقت العين محبوساً ، فالظاهر أنه لا يجري عليه حكم المغصوب ؛ لأنه حبسه بحق ، نعم يضمه ؛ لأنه قبضه لمصلحة نفسه ، والظاهر أنه بقيمة يوم التلف ، على ما هو الأصل في كل مضمون ،

كما تقدّم آنفاً .

(اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ : له) أي للغاصب (حبس العين من حيث) استلزام هذا الحبس ، و (تضمنه لحبس مبدل الغرامة وهي السلطنة الفائتة) ، فكأنه وقعت معاوضة بين السلطنة الفائتة وبين الغرامة ، فلا يدفع الغاصب هذه السلطنة بعدم دفع العين حتى يتسلّم الغرامة .

هذا ، (و) لكنّ (الأقوى : الأول) ، وهو عدم جواز حبس الغاصب العين ، كما فصلنا وجهه .

(ثم لو قلنا) فرضاً (بجواز الحبس) كما جزم به العلامة في التحرير ، (فـ) لو حبسه (الغاصب ولم يدفعها إلى المالك (فتلفت العين محبوساً) عنده ، (فالظاهر أنه لا يجري عليه حكم المغصوب) تكليفاً ؛ (لأنه حبسه بحق) ؛ إذ كان له ذلك حتى يتسلّم الغرامة من المالك . (نعم يضمه) من حيث الحكم الوضعي ؛ (لأنه قبضه لمصلحة نفسه) نظير ما قبضه لاختباره للشراء فتلف عنده ، لأنه مشمول لقاعدة « على اليد » ؛ إذ الخارج منها إنما هو القبض لمصلحة المالك ، كالوكيل في البيع ، (والظاهر أنه) أي الضمان (بقيمة يوم التلف ، على ما هو الأصل في كل مضمون) ؛ إذ المفروض كما تقدّم بقاء العين على ملك مالكها إلى وقت التلف ، والغرامة كانت بدلاً عن السلطنة الفائتة ، فتبدّل الضمان بالقيمة إنما هو من حين التلف ، كما تقدّم ص ٩٤ ،

وَمَنْ قَالَ بَضْمَانٍ الْمَقْبُوضَ بِأَعْلَى الْقِيَمِ يَقُولُ بِهِ هُنَا مِنْ زَمَانِ الْحَبْسِ إِلَى زَمَانِ التَّلْفِ .

وذكر العلامة في القواعد : أَنَّهُ لو حبس فتلف محبوساً ، فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع القيمة الأولى .

والظاهر أَنَّ مراده بـ «قيمة الآن» : مقابل القيمة السابقة ؛ بناءً على زوال حكم الغصب عن العين ، لكونه محبوساً بغير عدوان ، لا خصوص حين التلف ، وكلمات كثيرٍ منهم لا تخلو عن اضطراب .

(و) لكن (مَنْ قَالَ بَضْمَانٍ الْمَقْبُوضَ) غصباً أو بالعقد الفاسد (بِأَعْلَى الْقِيَمِ) كما تقدّم حكايته عن جماعة من القدماء في الأمر السادس ص ٦٠ ، وعن الشهيد الثاني وغيره في الأمر السابع ص ١١٩ ، فهو (يَقُولُ بِهِ هُنَا مِنْ زَمَانِ الْحَبْسِ) لتجدّد ضمان العين بنفسها من حين التمكن منها ؛ (إِلَى زَمَانِ التَّلْفِ) .

(وذكر العلامة في القواعد) ج ١ ص ٢٠٤ : (أَنَّهُ لو حبس) العبد (فتلف محبوساً) عند الغاصب ، (فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع القيمة الأولى) وهي الغرامة من المالك .

(والظاهر أَنَّ مراده بـ «قيمة الآن») ليس خصوص القيمة الفعلية ، بل المراد (مقابل القيمة السابقة) ، وهي قيمة زمان الغصب ؛ (بناءً على زوال حكم الغصب عن العين ، لكونه محبوساً) لاسترداد الغرامة من المالك ، فيكون (بغير عدوان) ، كما هو مختار العلامة على ما تقدّم ، فالمراد من قيمة «الآن» تمام زمان الحبس إلى وقت التلف ، كما هو قول جماعة بضمان أعلى القِيمِ إلى يوم التلف ، كما سبق ص ١٢٠ ، فمراده من «قيمة الآن» هو الأعلى من حين الحبس إلى يوم التلف ، (لا خصوص حين التلف ، وكلمات كثيرٍ منهم لا تخلو عن اضطراب) ، كما يظهر من كلمات المحقق الكركي في جامع المقاصد : ج ٦ ص ٢٦٢ ، وصاحب الجواهر في ج ٣٧ ص ١٣٠ .

ثُمَّ إِنَّ أَكْثَرَ مَا ذَكَرْنَاهُ مَذْكُورٌ فِي كَلِمَاتِهِمْ فِي بَابِ الْغَصْبِ ، لَكِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ أَكْثَرَهَا ، بَلْ جَمِيعُهَا ، حُكْمُ الْمَغْصُوبِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مَضْمُونًا ؛ إِذْ لَيْسَ فِي الْغَصْبِ خُصُوصِيَّةٌ زَائِدَةٌ .

نعم ، ربما يُفَرَّقُ مِنْ جِهَةٍ نَصٌّ فِي الْمَغْصُوبِ مُخَالِفٌ لِقَاعِدَةِ الضَّمَانِ ، كَمَا احْتُمِلَ فِي الْحُكْمِ بِوُجُوبِ قِيَمَةِ يَوْمِ الضَّمَانِ مِنْ جِهَةِ صَحِيحَةِ أَبِي وَلَادٍ ، أَوْ أَعْلَى الْقِيَمِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنَ الشَّهِيدِ الثَّانِي دَعَايَ دَلَالَةِ الصَّحِيحَةِ عَلَيْهِ .

(ثُمَّ إِنَّ أَكْثَرَ مَا ذَكَرْنَاهُ) مِنْ ضَمَانِ الْمُثْلِيِّ بِالْمَثَلِ ، وَالْقِيَمِيِّ بِالْقِيَمَةِ - مَعَ التَّلَفِ - وَوُجُوبِ بَدْلِ الْحِيلُولَةِ - مَعَ التَّعَذُّرِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ - (مَذْكُورٌ فِي كَلِمَاتِهِمْ فِي بَابِ الْغَصْبِ) دُونَ الْمَقْبُوضِ بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ ، (لَكِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ أَكْثَرَهَا) تَجْرِي فِي جَمِيعِ الْمَضْمُونَاتِ (بَلْ جَمِيعُهَا) يَجْرِي فِي الْمَقْبُوضِ بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْمَضْمُونَاتِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ جَمِيعَ مَا ذَكَرَ فِي الْغَصْبِ (حُكْمُ الْمَغْصُوبِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مَضْمُونًا ؛ إِذْ لَيْسَ فِي الْغَصْبِ خُصُوصِيَّةٌ زَائِدَةٌ) ، فَعَلَى هَذَا يَتَعَدَّى مِنْهُ إِلَى جَمِيعِ الْمَضْمُونَاتِ الشَّرْعِيَّةِ ، وَالْوَجْهَ فِي ذِكْرِ تِلْكَ الْأَحْكَامِ فِي بَابِ الْغَصْبِ هُوَ أَنَّهُ أَجْلِي وَأَوْضَحُ الْأَفْرَادِ مِنْ مَوَارِدِ الضَّمَانِ ، وَإِلَّا فَلَا خُصُوصِيَّةَ فِيهِ .

(نعم ، ربما يُفَرَّقُ) بَيْنَ الْغَصْبِ وَغَيْرِهِ (مِنْ جِهَةٍ نَصٌّ فِي الْمَغْصُوبِ مُخَالِفٌ لِقَاعِدَةِ الضَّمَانِ) الْمَقْتَضِيَةِ لَضَمَانِ يَوْمِ التَّلَفِ لِمَا تَقَدَّمَ فِي ج ٤ ص ٤٣٩ وَج ٥ ص ٩٤ مِنْ أَنَّهُ قَبْلَ التَّلَفِ قَدْ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِرَدِّ نَفْسِ الْعَيْنِ الْمَضْمُونَةِ ، وَذَلِكَ الْفَرْقُ هُوَ مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ بِقَوْلِهِ : (كَمَا احْتُمِلَ فِي) الْغَصْبِ بِ- (الْحُكْمِ بِوُجُوبِ قِيَمَةِ يَوْمِ الضَّمَانِ مِنْ جِهَةِ صَحِيحَةِ أَبِي وَلَادٍ) كَمَا تَقَدَّمَ ص ١٠٢ ، حَيْثُ قَالَ ﷺ : «نعم ، قيمة بغل يوم خالفته» ، (أَوْ أَعْلَى الْقِيَمِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ) فِي الْأَمْرِ السَّابِعِ ص ١١٩ (مِنَ الشَّهِيدِ الثَّانِي دَعَايَ دَلَالَةِ الصَّحِيحَةِ عَلَيْهِ) أَيَّ عَلَى الْأَعْلَى ، وَاسْتَشْكَلَ الشَّيْخُ : بِأَنَّهُ لَمْ يُعْلَمْ لَذَلِكَ وَجْهٌ صَحِيحٌ ، وَلَمْ أَظْفَرْ بِمَنْ وَجَّهَهُ .

وأما ما اشتهر من «أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال» فلم نعرف له مأخذاً واضحاً. ولنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد، وإن بقي منه أحكام آخر أكثر مما ذكر، ولعل بعضها يجيء في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى.

(وأما) استناد الحكم بالأعلى على الغاصب بـ (ما اشتهر من «أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال» فلم نعرف له مأخذاً واضحاً) من حيث السند من رواية أو قاعدة مصطادة من النصوص المتفرقة في أبواب الغصب. نعم، لا بأس بدلالته على لزوم الأعلى؛ لأنه يناسب جبران الغاصب بجميع الخسارات الواردة على المغصوب منه، ولهذا تقدم في الأمر الثاني ج ٤ ص ٤٤٠: أنه لو استلزم رد العين إلى المالك مؤونة كثيرة لانتقالها إلى بلد آخر مثلاً وجبت عليه إنفاقها، إلا أن يقيّد الحكم بأدلة «نفي الضرر».

(ولنختم بذلك) الذي ذكرناه (أحكام المبيع بالبيع الفاسد، وإن بقي منه أحكام آخر أكثر مما ذكر)، فإنه بعد فرض اتّحاده حكماً مع المغصوب يجري فيه كثير من مباحث الغصب، مثلاً لو مزج المأخوذ بالبيع الفاسد بغيره جنساً أو مثلاً، بحيث يتعذر أو يتعسر التميّز كخلط الحنطة بالشعير، أو الراشي بالشيرج = أردّه باشير، أو خلط الأرز بالأرز، فقد حكموا في المغصوب بالشركة إن كان الخلط بالأجود أو بالمساوي وبضمان القيمة في بعض الموارد إلحاقاً له بتعذر الردّ.

وكذلك لو اشترى سيّارة ببيع فاسد واستعملها في السفر وأخذ أجراً = مسافر كشي، فهل يضمن الأجرة التي أخذها من المسافرين أو أجرة المثل. وكذلك لو اشترى داراً فأجرها من غيره، أو اشترى أرضاً فغرسها أو ذرعها، فقد حكموا في المغصوب بردّ الدار والأرض وأجرة المثل مع أرش الدار والأرض إن نقصت قيمتها، وغير ذلك ممّا هو كثير.

(ولعل بعضها يجيء في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى).

الكلام في شروط المتعاقدين

الكلام في شروط المتعاقدين

مسألة: المشهور - كما عن الدروس والكفاية - بطلان عقد الصبي ، بل عن الغنية : الإجماع عليه وإن أجاز الولي .
وفي كنز العرفان : نسبة عدم صحة عقد الصبي إلى أصحابنا ، وظاهره إرادة التعميم لصورة

(الكلام في شروط المتعاقدين) - البائع والمشتري - وهي على قسمين :
فمنها : ما يكون دخيلاً في البيع عرفاً ، كقصد الإنشاء ، وملكية العاقد للعوضين ، أو كونه وكيلاً أو ولياً عن المالك .
ومنها : ما يكون دخيلاً في صحة العقد شرعاً كالبلوغ ، فإن نهض دليل على اعتباره فهو ، وإلا فمقتضى إطلاق أدلة البيع والعقود ، صحة معاملات الصبي المميز الرشيد إذا تمشى منه قصد عنوان المعاملة .
(مسألة :) في صحة عقد الصبي أقوال متعددة ، وقد أنهاها المحقق المامقاني في غاية الآمال : ج ٥ ص ٢٥٥ إلى سبعة ، و (المشهور - كما) في المناهل للسيد المجاهد الطباطبائي ص ٢٨٦ ، (عن الدروس) الشرعية للشهيد الأول : ج ٣ ص ١٩٢ - لكنه عبّر بالأشهر لا المشهور - (و) كذا عن المحقق السبزواري في (الكفاية) ص ٨٩ : (بطلان عقد الصبي) الذي لم يبلغ البلوغ الشرعي ، وإن كان مميزاً ، أو بلغ ولكن لم يكن رشيداً ، (بل) في مفتاح الكرامة : ج ٤ ص ١٧٠ نقل السيد العاملي (عن الغنية) : ص ٥٢٣ للسيد أبي المكارم ابن زهرة (الإجماع عليه) «البطلان» حتى (وإن أجاز الولي) له في إجراء العقد .

(وفي كنز العرفان) ص ٤٦١ ، في باب الغصب في بحث ما يستفاد من آية : ﴿ وَابْتَئُوا الْيَتَامَى ﴾ (نسبة عدم صحة عقد الصبي إلى أصحابنا) في مقابل قول أبي حنيفة القائل بصحته ، (وظاهره) من حيث إطلاق كلامه (إرادة التعميم لصورة

إذن الولي .

وعن التذكرة : أَنَّ الصغير محجور عليه بالنص والإجماع - سواء كان مميزاً أو لا - في جميع التصرفات إلا ما استثنى ، كعباداته وإسلامه ، وإحرامه وتدبيره ووصيته وإيصال الهدية وإذنه في الدخول ، على خلاف في ذلك ، انتهى .

إذن الولي) له في إجراء العقد قبل وقوعه ، أو إجازته له بعده ، فتكون عبارته مسلوب الأثر ولا تترتب عليه المعاملة شرعاً .

(و) في المفتاح أيضاً (عن التذكرة) ج ٢ ص ٧٣ : (أَنَّ الصغير محجور عليه بالنص والإجماع - سواء كان مميزاً) ببلوغ عشر سنين مثلاً ، (أو لا - في جميع التصرفات إلا ما استثنى ، كعباداته) من الصلاة والصوم وغيرها ؛ لما ثبت من شرعيتها في حقه إذا كان مميزاً ، (و) (إسلامه) فيخرج به عن تبعية أبويه إن كانا كافرين ، (و) يصحّ (إحرامه) وطوافه وسعيه ووقوفه في المشاعر ، وبيتوته في منى وسائر أعمال الحج والعمرة ، (و) وكذا (تدبيره) لمملوكه (ووصيته وإيصال الهدية) إلى الآخرين (وإذنه في الدخول) في الدار (على خلاف في ذلك) أي الإذن في الدخول ، (انتهى) كلام التذكرة ، فمنهم من قال بعدم اعتبار إذنه في الدخول إن لم يكن من قبل صاحب الدار .

فإن قلت : مراد العلامة من حجر الصبي في جميع التصرفات ، هو التصرف في ماله الشخصي ببيع وشراء وإجارة وهبة وغيرها من الأمور الاعتبارية ، فلا يشمل مجرد توكيله في الإنشاء لعقد غيره أو إيقاعه ممّا لا يكون تصرفاً في أمواله ، فلا يكون محجوراً عنه هنا ، فيكون عقده صحيحاً .

قلنا : ليس الأمر كما توهمت ، بل مراد العلامة من « جميع التصرفات » مطلق أفعاله وأقواله ، سواء كانت في ماله أو مال غيره حتى بالتوكيل ، بل يشمل ما لا يعدّ

واستثناء إيصال الهدية وإذنه في دخول الدار ، يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله ؛ لأنَّ الإيصال والإذن ليسا من التصرفات القوليّة والفعلية ، وإنما الأول آلة في إيصال الملك كما حملها على حيوان وأرسلها ، والثاني كاشف عن موضوع تعلّق عليه إباحة الدخول وهو رضا المالك .

تصرفاً عرفاً .

(و) ذلك - (استثناء إيصال الهدية وإذنه في دخول الدار) اللذين ليسا من الأفعال التي يترتب عليها أثر شرعيّ؛ لأنّ جواز التصرف في الأول مترتب على نفس وصول الهدية بإذن المهدّي والصبيّ مجرد آلة للوصول ، وفي الثاني مترتب على رضا المالك بالدخول ، وإذن الصبي كاشف عنه لا موضوع له ، وعلى ما ذكرنا فاستثناء هذين (يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه) أعني «جميع التصرفات» (لمطلق أفعاله) وأقوله ؛ بناءً على أنّ الأصل في الإِسْتِثْنَاء أن يكون متّصلاً لا منقطعاً؛ وذلك (لأنَّ الإيصال والإذن ليسا من التصرفات القوليّة والفعلية ، وإنما الأول آلة في إيصال الملك) وهو الهدية إلى غيره (كما حملها على حيوان وأرسلها) ، كما هو متعارف في بعض بلاد الهند بإيصال المال إلى الغير بحمله على الفيل على ما يقال ، أو إيصالها بوسيلة كهربائية ، وتفعل بعض أفعال الإنسان والمخترع في زماننا ويسمّى بالزُّبْط؛ إذ المهمّ هو وصول الهدية عن إذن مالِكها ، (والثاني) وهو الإذن في دخول الدار (كاشف عن موضوع تعلّق عليه) شرعاً (إباحة الدخول وهو رضا المالك) كما تقدّم توضيحه في الشرح .

وعلى هذا فالمستفاد من كلام العلامة : أنّ جميع أفعال الصبيّ وأقواله لا عبرة بها شرعاً ، ثمّ إنّ الوجه في جعل الشيخ الإيصال والإذن كاشفين بالفحوى ، هو أنّهما مع عدم ترتّب أثر شرعيّ عليهما ، يحتاجان إلى الإِسْتِثْنَاء في جوازها ، فبقية أفعاله وأقواله التي

واحتج على الحكم في الغنية بقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ».

تترتب عليها الأثر الشرعي، كالعبادة والإحرام والوصية داخلة في المستثنى منه، وتحتاج في جوازها إلى الإستثناء بطريق أولى، فلولا إستثنائها كانت باطلة أيضاً ولم يترتب عليها الأثر الشرعي، فتدبر.

(واحتج) السيد أبو المكارم ابن زهرة (على الحكم) ببطان عقد الصبي **(في الغنية)**: ص ٥٢٣ **(بقوله ﷺ)** في رواية الخصال: ج ١ ص ٩٣، بسنده عن أبي ظبيان^(١)، قال: «أتي عمر بامرأة مجنونة قد زنت، فأمر برجمها، فقال علي عليه السلام: أما علمت أنه **(رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ)**»^(٢)، وفي السند الحضرمي، واسمه محمد بن عبدالله^(٣)، وهو مجهول، وكذا الأعمش، واسمه سليمان بن مهران، وهو لم يصرح بوثاقته، لكنه إمامي ممدوح^(٤). هذا، ولكن الرواية متظافرة، بل متواترة، عند الخاصة والعامة، ومما يطمأن بصدوره، وأما وجه الإستدلال بها، فإنها تدل على إلغاء أفعال الصبي وأقواله عن الإعتبار وعدم كونها موضوعاً للآثار الشرعية المترتبة عليها إذا صدرت من البالغين؛ وذلك لأن الموضوع المرفوع عن الثلاثة: إما قلم التكليف

(١) في الوسائل: «ابن ظبيان»، والظاهر أن الصحيح: «أبي ظبيان» كما في الخصال، وهو من أصحاب أمير المؤمنين عليه السلام. راجع جامع الرواة: ج ٢ ص ٣٩٦.

(٢) الوسائل ج ١ ص ٣٢ مقدمات العبادات، ورواه البحار ج ٣ ص ٦٨٠ في مطاعن عمر، وذكر المحشي له مصادر القصة في كتب العامة، وكذلك الإرشاد للشيخ المفيد ج ١ ص ٢٠٣ و ٢٠٤.

(٣) راجع جامع الرواة ج ٢ ص ١٤١.

(٤) راجع جامع الرواة ج ١ ص ٣٨٣.

وقد سبقه في ذلك الشيخ - في المبسوط في مسألة الإقرار - وقال : **إنَّ مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكمٌ .**
ونحوه الحلي في السرائر في مسألة عدم جواز وصية البالغ عشريناً ،
وتبعهم في الإستدلال به جماعة ، كالعلامة

بالأحكام ، سواء التكليفية منها والوضعية - بناءً على تأصلها في الجعل الشرعي - ، وإما قلم المؤاخذه عن السيئات المترتبة على عصيان الأحكام الإلزامية .
 وعلى كلّ حال ، فالمرفوع بالحديث هو كافة الأحكام المجعولة على البالغين العاقلين المستيقظين . قال الشاعر الفارسي :

ديوانه كنى هر دو جهانش بخشى

ديوانه تو هر دو جهان را چه کند

يا گفته : عاقل مباش تا كه غم ديگران خورى

ديوانه باش تا كه غمت ديگران خورند

فعلى ما ذكرنا لا تثبت في حقّ الثلاثة - ومنهم الصبي - سببية إنشاء عقده للبيع أو غيره من العقود والإيقاعات ، سواء لنفسه أو لغيره ، وسواء كان بإذن وليّه أم بغير إذنه ، فأفعاله وأقواله كالعدم خالٍ عن الاعتبار في نظر الشارع ، ولا يترتب عليها أثر أصلاً .

(وقد سبقه) أي السيّد ابن زهرة (في ذلك الشيخ) الطوسي (- في المبسوط في مسألة الإقرار - ج ٣ ص ٣) ، (وقال : **إنَّ مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكمٌ**) من النقل والإنتقال في البيع ، وإيجاد علقه الزوجية في النكاح ، والبيونة في الطلاق ، ووجوب الوفاء بها ، إلى غير ذلك من الأحكام الشرعية .

(ونحوه) ابن إدريس (الحلي في السرائر) ج ٣ ص ٢٠٧ (في مسألة عدم جواز وصية) الصبي (البالغ عشريناً ، وتبعهم في الإستدلال به جماعة ، كالعلامة) في التذكرة ج ١ ص ٢٠٠ في وجه عدم وجوب الزكاة على الطفل ، وفي

وغيره .

واستدلوا أيضاً بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر عليه السلام : «إنَّ الجارية إذا زُوِّجَتْ «تزوَّجَتْ ظ» ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليُتم، ودُفِعَ إليها مائُها، وجاز أمرها في الشراء، والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء، ولا يخرج عن اليُتم حتَّى يبلغ خمس عشرة سنة ... الحديث» .

ج ٢ ص ١٤٥ قال في وجه اشتراط البلوغ في المقر: لقول النبي صلى الله عليه وآله : «رُفِعَ القلم عن ثلاثة: عن الصبيِّ حتَّى يبلغ، وعن المجنون حتَّى يفيق، وعن النائم حتَّى ينتبه»، ومثله ص ١٤٦، (وغيره) كوله فخر الدين في الايضاح ج ٢ ص ٥٠ و ٤٧٨، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ج ٧ ص ٨٣ وج ١٠ ص ٣٤، والمحقق الشيخ أسد الله الشوشتری في المقابس ص ١٠٨ في البيع .

(واستدلوا أيضاً) على الحكم ببطالان عقد الصبيِّ جماعة من المتأخّرين، كالمحدّث البحراني في الحقائق ج ١٨ ص ٣٦٩، والشيخ الشوشتری في المقابس ص ١٠٨، والسيد الطباطبائي في الرياض ج ١ ص ٥١١، والسيد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٧١، وصاحب الجواهر ج ٢٢ ص ٢٦١، فاستدلّ هؤلاء (بخبر حمزة بن حمران عن مولانا) أبي جعفر (الباقر عليه السلام) : («إنَّ الجارية إذا زُوِّجَتْ) في الوسائل : («تزوَّجَتْ ظ» ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليُتم، ودُفِعَ إليها مائُها، وجاز أمرها في الشراء) والبيع -كذا في الكافي والوسائل - (والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء، ولا يخرج عن اليُتم حتَّى يبلغ خمس عشرة سنة ... الحديث) ^(١)، فإنَّ إطلاق نفي الجواز قبل البلوغ

(١) الكافي ج ٧ ص ١٩٨ حدّ الغلام، وعنه الوسائل ج ١ ص ٣٠ مقدّمات العبادات وج ١٢

ص ٢٦٨ عقد البيع، وج ١٣ ص ١٤٢ الحجر .

وفي رواية ابن سنان : متى يجوز أمر اليتيم؟ قال : حتّى يبلغ أشده ، قال : ما أشده؟ قال : إحتلامه» . وفي معناها روايات أخر .

يقتضي بطلان عقد الصبي وعدم ترتّب الأثر عليه مطلقاً - وإن أذن له الولي - والحديث ضعيف بعد العزيز العبدى ، وغيره .

(وفي رواية) عبدالله (ابن سنان) عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : «سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم : (متى يجوز أمر اليتيم؟ قال : حتّى يبلغ أشده ، قال : ما أشده؟ قال : إحتلامه » ، الحديث ^(١) ، رواها الوسائل عن أبي الحسين الخادم بيّاع اللؤلؤ عن الإمام عليه السلام بلا واسطة عبدالله بن سنان ، وحُذِف سهواً؛ فإنّه موجود فى الخصال ج ٢ ص ٤٩٥ الذي يروي عنه الوسائل ، وأبو الحسين مجهول ومهمّل لم أعثر على اسمه وكنيته فى جامع الرواة وقاموس الرجال ، **(وفي معناها روايات أخر)** تتضمّن حجر الصبيّ قبل البلوغ ، وعدم اعتبار معاملاته ، كحسنة عبدالله بن سنان - بالحسن بن عليّ المعروف بابن بنت إلياس - عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : «إذا بلغ أشده ثلاث عشر سنة ودخل فى الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتملين ... وجاز له كلّ شيء ، إلّا أن يكون ضعيفاً أو سفيهاً» ^(٢) .

ومنها: صحيحة هشام بن سالم ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : إنقطاع اليتيم الإحتلام ، وهو أشده ، وإن احتلم ولم يؤنس منه رشد وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليّه ماله» ^(٣) ، وغيرها .

(١) الوسائل ج ١٣ ص ١٤٣ الحجر .

(٢) الوسائل، ج ١٣، ص ٤٣١، الوصايا ح ١١ .

(٣) الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٠ الوصايا ح ٨، وراجع روايات ج ١٢ ص ٢٦٧ الباب ١٤ عقد البيع، وروايات ج ١٣ ص ١٤٢ الباب ٢ الحجر و ص ٤٢٨ الباب ٤٤ الوصايا .

لكنَّ الإنصاف : أنَّ جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف ؛ لأنَّ الجواز مرادف للمضي ، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة ، كما يقال : بيع الفضولي غير ماضٍ ، بل موقوف .
ويشهد له الإستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله : «إلا أن يكون سفيهاً» ، فلا دلالة لها حينئذٍ على سلب عبارته ، وأنه إذا ساوم وليه متاعاً وعيّن له قيمته وأمر الصبيّ بمجرّد إيقاع العقد مع الطرف الآخر

(لكنَّ الإنصاف : أنَّ) هناك فرقاً بين عدم نفوذ أمر الصبيّ وبين سقوط عباراته عن الاعتبار بالكليّة؛ فإنَّ معنى (جواز الأمر) ونفوذ المنفيّ عن الطفل (في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف) لا سقوط عباراته من العقد والإيقاع عن الاعتبار والتأثير رأساً - كما يدّعيه المشهور - (لأنَّ الجواز) في الروايات (مرادف للمضي) الثابت للبالغين ، (فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة) من الولي ، فإنَّ أذن في إجراء عقده ، أو أجازته بعد الإنشاء كان صحيحاً ؛ وذلك (كما يقال : بيع الفضولي غير ماضٍ ، بل موقوف) ومعلّق على إجازة المالك ، فإنَّ أجاز صحَّ العقد من البيع والنكاح وغيرهما ، وإن ردّ فهو باطل .

(ويشهد له) أي لظهور الروايات في نفي الاستقلال (الإستثناء في بعض تلك الأخبار) - كذيل رواية ابن سنان التي نقلها الشيخ ، وكذا في روايتي : حسنة عبد الله بن سنان ، وصحيحة هشام اللتين ذُكرتا في الشرح - (بقوله : «إلا أن يكون سفيهاً») أو ضعيفاً ، حيث إنَّ عقد السفیه يصحّ مع إذن الولي أو إجازته ، فليس مسلوب العبارة بالكليّة ، وإنّما هو محجور عن التصرف في ماله ، وأمّا إنشاؤه لعقد غيره ، فهو صحيح ، كما هو المشهور ، (فلا دلالة لها) أي للأخبار (حينئذٍ على سلب عبارته) ، أي عبارة الصبيّ رأساً عن التأثير (وأنه إذا ساوم وليه متاعاً) وسِلعة في معاملة ، (وعيّن له قيمته وأمر الصبيّ بمجرّد إيقاع العقد مع الطرف الآخر) كالمشتري

كان باطلاً، وكذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليّه .

وأما حديث رفع القلم ، ففيه :

أولاً: أنَّ الظاهر منه قلم المؤاخذه ، لا قلم جعل الأحكام ، ولذا بنينا

-كالمشهور - على شرعية عبادات الصبيّ .

في البيع ، والمستأجر في الإجارة (كان باطلاً، وكذا) لا دلالة للأخبار على أنّه (لو أوقع) الصبيّ (إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليّه) يكون باطلاً ، فلا دلالة لها على بطلان إنشائه وإجرائه للعقود ، وكونه لغواً ، حتّى إذا صدر بإذن وليّه كإنشاء الهازل واللاغي عبثاً والنائم .

هذا كلّه بالنسبة إلى الأخبار التي استدللّ بها على بطلان عقد الصبيّ .

(وأما حديث رفع القلم ، ففيه) : أنَّ الإستدلال به منوط بكون المرفوع عن

الصبيّ هو جميع الأحكام المجعولة على البالغين ، سواء الأحكام التكليفيّة أو الوضعيّة ، وسواء كانت إلزاميّة - أعني الوجوب والحرمة - أم غير إلزاميّة ، فيقال بالنسبة إلى الطفل غير البالغ بعدم تشريع كلّ حكم مجعول في حقّ البالغين ، كما تقدّم استظهاره ص ١٧٥ في كلام المبسوط والسرائر ، ولكنّ هذا الإستدلال غير تامّ .

لأنّ فيه : (**أولاً: أنَّ الظاهر منه قلم المؤاخذه ، لا قلم جعل الأحكام**) حتّى

الأحكام غير الإلزاميّة ، كالإستحباب والكراهة ، (**ولذا بنينا -كالمشهور - على**

شرعية عبادات الصبيّ) من الصلاة والصوم والإحرام وغيرها ، وأنها مأمور بها

شرعاً ، كما في قول الإمام الصادق عن أبيه عليه السلام في صحيحة الحلبي : «إِنَّا نَأْمُر صِبْيَانَنَا بالصلاة إِذَا كَانُوا بَنِي خَمْسٍ سَنِينَ ، فَمَرُوا صِبْيَانَكُمْ بالصلاة إِذَا كَانُوا بَنِي سَبْعٍ سَنِينَ»^(١) .

وفي صحيحة الأخرى - في باب الصوم - عنه عليه السلام في حديث : «... فَمَرُوا

وثانياً: أنَّ المشهور على الألسنة أنَّ الأحكام الوضعيّة ليست مختصةً بالبالغين ، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء به بعد البلوغ ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته ، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غُسله

صبيانكم إذا كانوا بني تسع سنين بالصوم ما أطاقوا من صيام ، فإذا غلبهم العطش أفطروا»^(١).

والأمر بالأمر يكون أمراً من الإمام عليه السلام مع الواسطة ، فعبادات الصبيّ مشروعةٌ ومأمور بها ، وليست لمجرد التمرين؛ ولذلك يحكم عليها بالصحة التي هي عبارة عن مطابقة المأتي به للمأمور به ، كما بيّن في الأصول .
هذا أولاً.

(وثانياً: أنَّ) حديث رفع القلم في مقام الإمتنان على الأمة جميعاً ، فالمرفوع به إنّما هي الأحكام الإلزاميّة التي فيها ثقل عليهم ، من الوجوب والحرمة ، دون الأحكام غير الإلزاميّة ، ولا الأحكام الوضعيّة ، كالضمان والصحة والبطان؛ إذ لا امتنان على الأمة في رفعها ، وسببيّة الإنشاء للأثر المترتب عليه أيضاً من الأحكام الوضعيّة ، فلا تكون مرفوعة ، ولذا **(المشهور على الألسنة أنَّ الأحكام الوضعيّة ليست مختصةً بالبالغين)** ، ولذا حكموا بضمان الصبيّ بالإتلاف ، وبصحة وصيّته وعقته وتدييره وأمثال ذلك ، وهذه الشهرة قرينةٌ على اختصاص رفع القلم بالأحكام التكليفيّة ، **(فلا مانع من أن يكون عقده سبباً)** للنقل والانتقال في البيع والإجارة وغيرهما ، **(وموجباً (لوجوب الوفاء به بعد البلوغ) وجوباً تكليفيّاً ، (أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته)** ، فلا تلازم بين الحكم التكليفي المرفوع بالحديث ، وبين الحكم الوضعي ، ولا استغراب في ذلك **(كما يكون جنابته سبباً لوجوب غُسله)** تكليفاً

(١) الوسائل ج ٧ ص ١٦٨ من يصحّ منه الصوم .

بعد البلوغ وحرمة تمكينه من مسّ المصحف .

وثالثاً: لو سلّمنا اختصاص الأحكام حتّى الوضعيّة بالبالغين ، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة في حقّ البالغين ، فيكون الفاعل -كسائر غير البالغين- خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ .
وبالجملة ، فالتمسك بالرواية ينافي ما اشتهر بينهم من شرعيّة عبادة الصبيّ ،

(بعد البلوغ وحرمة تمكينه من مسّ المصحف) وأسماؤه تعالى ، ودخوله المساجد ، وقراءة سور العزائم ، ونحو ذلك من المحرّمات على المحدث بالحدث الأكبر .
(وثالثاً: لو سلّمنا اختصاص الأحكام حتّى الوضعيّة بالبالغين ، لكن لا) نسلم دلالة حديث رفع القلم على بطلان عقد الصبيّ وسلب الأثر عن إنشائه مطلقاً؛ وذلك لأنّ رفع قلم التكليف يقتضي عدم ترتّب الأثر على عقده بالنسبة إلى نفسه ، وأمّا البالغ الذي عقّد معه ، فيجب عليه ترتيب الأثر ، ويحرم عليه نقض عهده؛ لأنّه (مانع) شرعاً (من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة في حقّ البالغين) ، فإذا باع الصبيّ ماله من كبير يجب على الكبير دفع الثمن إلى وليّ الصبيّ ، لكنّه لم يتملّك الثمن ما دام صبيّاً ، فإذا بلغ أثر ذلك العقد أثره ، ووجب عليه الوفاء به ، (فيكون الفاعل) أعني الصبيّ البائع في المثال (-كسائر غير البالغين- خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ) . إذن فرفع القلم عن الصبيّ أجنبيّ عن الأحكام الموضوعّة على البالغين الذين عقدوا معه ، أو كانوا وليّاً له ، مثلاً: يقال للوالد: أيّها الأب يجب عليك قيمة ما أتلفه ابنك ، أو مثله إن كان مثليّاً .

(وبالجملة ، فـ) المتحصّل ممّا ذكرنا من الإشكال على الإستدلال بالحديث أنّ (التمسك بالرواية) لإلغاء أفعال الصبيّ وأقواله عن الأثر وبطلان عقده وإيقاعه (ينافي ما اشتهر بينهم من شرعيّة عبادة الصبيّ) ، وأنّها محكومة بالصحة

وما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعيةً بالبالغين .

فالعدة في سلب عبارة الصبيّ هو الإجماع المحكيّ ، المعتضد بالشهرة العظيمة ، وإلا فالمسألة محلّ إشكال ؛ ولذا تردّد المحقّق في الشرائع في إجارة المميّز بإذن الوليّ بعد ما جزم بالصحة في العارية ، واستشكل فيها في القواعد والتحرير .

شرعاً ، وليست لمجرّد التمرين عليها ، (و) كذا ينافي (ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعيةً بالبالغين) ، فاللازم حينئذٍ إرادة رفع قلم المؤاخذه عن الصبيّ لا قلم جعل الأحكام وعدم تأثير عقده وإنشائه ، كما تقدّم بيانه ص ١٨٠ .

وعلى ما ذكرنا (فالعدة في سلب عبارة الصبيّ هو الإجماع المحكيّ) المنقول في كلام الغنية والتذكرة ، كما تقدّم ص ١٧١ في أوّل المسألة (المعتضد بالشهرة) الفتاوية (العظيمة ، وإلا فالمسألة محلّ إشكال ؛ ولذا) أي ولأجل كون المسألة محلّ الإشكال (تردّد المحقّق في الشرائع) ج ٢ ص ٢١١ (في إجارة المميّز بإذن الوليّ) ، حيث قال : « فلو أجر المجنون لم ينعقد إجارته ، وكذا الصبيّ غير المميّز ، وكذا المميّز إلا بإذن وليّه ، وفيه تردّد » ، وهذا (بعد ما جزم بالصحة في العارية) قال في ج ٢ ص ٢٠٢ : « ... فلا تصحّ إجارة الصبيّ ولا المجنون ، ولو أذن الوليّ جاز للصبيّ مع مراعاة المصلحة » .

(واستشكل) العلامة (فيها) أي في إجارة الصبيّ (في) كتاب (القواعد) ج ١ ص ٢٢٤ ، فقال : « فلا ينعقد إجارة المجنون ولا الصبيّ غير المميّز ولا المميّز وإن أذن له الوليّ على إشكال » ، (و) كذلك في (التحرير) ج ١ ص ٢٤٤ ، لكنّه ﷺ جزم في التذكرة ج ٢ ص ٢٩٠ بالبطان ، فقال في شرط الإجارة : « الأوّل : البلوغ ، فلا تنعقد إجارة الصبيّ إيجاباً ولا قبولاً ، سواء كان مميّزاً أو لا ، وسواء أذن له الوليّ أو لا ؛ إذ لا عبرة بعبارة الصبيّ » .

وقال في القواعد : وفي صحّة بيع المميّز بإذن الوليّ نظر ، بل عن الفخر في شرحه : «أنّ الأقوى الصحّة» مستدلاً بأنّ العقد إذا وقع بإذن الوليّ كان كما صدر عنه - ولكن لم أجده فيه - .
وقوّاه المحقّق الأردبيلي على ما حكى عنه .

(و) كذلك تنظر في صحّة بيع الصبيّ في باب الحجر ، فـ(قال في القواعد) ج ١ ص ٦٩ : (وفي صحّة بيع المميّز بإذن الوليّ نظر) ^(١) ، (بل) نقل المحقّق الشيخ أسد الله الشوشتری في مقابس الأنوار ص ١١٠ (عن الفخر في شرحه) على القواعد - إيضاح الفوائد - : «أنّ الأقوى الصحّة» مستدلاً بأنّ العقد إذا وقع بإذن الوليّ كان كما صدر عنه - ولكن لم أجده فيه - ، بل الموجود فيه ج ٢ ص ٥٥ ، وحكاها عنه السيّد العاملي في المفتاح ج ٧ ص ٧٣ هو تقوية القول بعدم الصحّة ، حيث قال في شرح كلام والده : «من التنظر في بيع المميّز بإذن الوليّ» قال : «ينشأ من أنّ البلوغ شرط إجماعاً قيل في اعتبار الصيغة صلاحيتها؛ لترتب الحكم عليها لمساواته النائم والمجنون في رفع القلم ، كما في الحديث ، وهي نفي نكرة ، فيعمّ ، ومن وقوعها بإذن الوليّ ، فصار كما لو صدر منه ، والأقوى عدم الصحّة» ، انتهى .

(وقوّاه) أي القول بصحّة عقد الصبي (المحقّق الأردبيلي) في مجمع الفائدة ج ٨ ص ١٥٢ و ١٥٣ (على ما حكى عنه) في مفتاح الكرامة في الإجارة ج ٧ ص ٧٣ ، وفي الجواهر ج ٢٢ ص ٢٦١ ، حيث قال بعد نقل الأقوال وبعض الروايات ونقل الإجماع على عدم الصحّة : «فمن الغريب ما وقع للمقدّس الأردبيلي وبعض من تأخّر عنه من الإطناب في تصحيح عقده...» ، انتهى .

(١) أقول : نصّ كلام القواعد هكذا : «وهل يصحّ بيع المميّز وشراؤه مع إذن الوليّ نظر» .

ويظهر من التذكرة عدم ثبوت الإجماع عنده ، حيث قال : « وهل يصح بيع المميّز وشراؤه؟ الوجه عندي : أنه لا يصح .
 وذكر المحقق الثاني : أنه لا يبعد بناء المسألة على أن أفعال الصبي وأقواله شرعية أم لا ؟ ثم حكم بأنها غير شرعية وأن الأصح بطلان العقد .
 وعن المختلف أنه حكى - في باب المزارعة - عن القاضي كلاماً يدل على صحة بيع الصبي .
 وبالجمله ، فالمسألة لا تخلو عن إشكال ، وإن أطنب بعض المعاصرين

(ويظهر من) كلام العلامة في (التذكرة) ج ٢ ص ٨٠ (عدم ثبوت الإجماع عنده) على بطلان عقد الصبي (حيث قال : « وهل يصح بيع المميّز وشراؤه؟) بإذن الولي (الوجه عندي : أنه لا يصح) ، فإنّ قوله : « عندي » مشعر بوجود الخلاف في المسألة .

(وذكر المحقق الثاني) الكركي في جامع المقاصد ج ٥ ص ١٩٤ : (أنه لا يبعد بناء المسألة على أن أفعال الصبي وأقواله شرعية) ومأمور بها (أم لا ؟) ، بل هي تمرينية ؟ (ثم حكم بأنها غير شرعية وأن الأصح بطلان العقد) ، ومن المعلوم أنّ التعبير بالأصحّ شاهد على عدم إجماع على البطلان ؛ لأنّ في مقابل الأصح ، الصحيح .
 (و) نقل المحقق الشوشتری في المقابس ص ١١٠ (عن المختلف) ج ٦ ص ١٨٨ للعلامة (أنه حكى - في باب المزارعة - عن القاضي) ابن البرّاج في المهذب ج ٢ ص ٢٠ (كلاماً يدل على صحة بيع الصبي) لكن مقيدةً بصورة إذن الولي ، والمستفاد من ذلك كلّ عدم وجود الإجماع .

(وبالجمله ، فالمسألة) أعني بطلان عقد الصبي ولغوية إنشائه مطلقاً حتّى مع إذن الولي وكونه مميّزاً ، (لا تخلو عن إشكال ، وإن أطنب بعض المعاصرين) ، وهو

في توضيحه حتَّى ألحقه بالبديهيّات في ظاهر كلامه .

فالإنصاف : أنَّ الحجّة في المسألة هي الشهرة المحقّقة والإجماع المحكيّ عن التذكرة ، بناءً على أنَّ استثناء الإحرام - الذي لا يجوز إلا بإذن الولي - شاهد على أنَّ مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة ، لا نفي الإستقلال في التصرّف .

وكذا إجماع

صاحب الجواهر ج ٢٢ ص ٢٦٠ (في توضيحه حتَّى ألحقه بالبديهيّات في ظاهر كلامه) .

(فالإنصاف) بعد قصور حديث رفع القلم وغيره عن إثبات بطلان عقده مطلقاً ، وتنزيل إنشائه منزلة العدم : (أنَّ الحجّة في المسألة هي الشهرة المحقّقة والإجماع المحكيّ عن) الغنية و (التذكرة ، بناءً على) حجّة الإجماع المنقول ، والشهرة الفتوائية . ولا يخفى عليك أنّه قد استشكل الشيخ فيها في الأصول .

فإن قلت : لعلّ معقد الإجماع هو ما إذا استقلّ الصبيّ في المعاملة ولم يأذن له الولي ، وأمّا إذا أذن له فيها ، فلا إجماع على البطلان ، والمدعى بطلان عقده مطلقاً ، فالدليل أخصّ من المدعى .

قلنا : إنَّ معقد الإجماع هو البطلان مطلقاً حتَّى مع إذن الولي أو إجازته ، وذلك لـ (أنَّ استثناء الإحرام) في كلام العلامة (- الذي لا يجوز إلا بإذن الولي - شاهد على أنَّ مراده بالحجر) عن التصرّف في معقد الإجماع هو مطلق تصرّفاته (ما يشمل سلب العبارة ، لا نفي الإستقلال في التصرّف) ؛ وذلك لأنَّ الأصل في الإستثناء أن يكون متّصلاً بأن يكون المستثنى داخلاً في المستثنى منه ، فهذا الأصل يقضي أن يكون معقد الإجماع مطلق تصرّفات الصبيّ ، سواء أذن الولي أم لم يأذن .

هذا كلّ في كلام العلامة (وكذا) الكلام في معقد (إجماع) المدعى في كلام

الغنية: بناءً على أنَّ استدلاله بعد الإجماع بحديث «رفع القلم» دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولي، وليس المراد نفي صحة البيع المتعقب بالإجازة، حتى يقال: إنَّ الإجازة عند السيّد غير مُجدية في تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل ولو كان غير مسلوب العبارة، كالبائع الفضولي.

نعم، لقائل أن يقول: إنَّ ما عرفت من المحقّق والعلامة وولده والقاضي وغيرهم، خصوصاً

السيّد ابن زهرة في (الغنية: بناءً على أنَّ استدلاله) - على بطلان عقد الصبي - (بعد الإجماع بحديث «رفع القلم») الذي فهم العلماء منه رفع قلم الأحكام مطلقاً، التكليفيّة والوضعيّة، كالصحّة والبطلان (دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولي) أيضاً؛ فإنّه ظاهر في عدم ترتّب الأثر على إنشاء الصبي.

(وليس المراد) من كلام الغنية (نفي صحّة البيع المتعقب بالإجازة حتى يقال: إنَّ الإجازة) المتعقّبة للعقد (عند السيّد غير مُجدية في تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل ولو كان) من البالغ العاقل (غير مسلوب العبارة، كالبائع الفضولي) - كما هو مذهب جماعة من الفقهاء على ما يجيء في بحثه - خلافاً للإذن السابق على العقد، فإنّه مؤثّر من الولي في صحّة العقد اللاحق للصبي. ويؤيّد الإجماعين المنقولين في كلام الغنية والتذكرة ما تقدّم ص ١٧١ في صدر المسألة عن كنز العرفان ص ٤٦١ باب الغصب للفاضل المقداد، من نسبة عدم صحّة عقد الصبي إلى أصحابنا.

(نعم)، يمكن التشكيك في ثبوت الإجماع على البطلان، بحيث يكشف عن رأي المعصوم عليه السلام، أو حجة معتبرة بأنّه (لقائل أن يقول: إنَّ ما عرفت) ص ١٨٣ (من) تردّد المحقّق والعلامة وولده (فخرالدين) والقاضي وغيرهم، خصوصاً

المحقق الثاني - الذي بنى المسألة على شرعية أفعال الصبي - يدل على عدم تحقق الإجماع .

وكيف كان ، فالعمل على المشهور .

ويمكن أن يُستأنس له أيضاً بما ورد في الأخبار المستفيضة من أن «عمد الصبي وخطأه واحد» كما في صحيحة ابن مسلم وغيرها ،

المحقق الثاني (الكركي في جامع المقاصد ج ٥ ص ١٩٤) - الذي بنى المسألة على (القول بـ (شرعية أفعال الصبي -) والقول بعدم شرعيتها وكونها تمرينية محضة ، فهذا الاختلاف (يدل على عدم تحقق الإجماع) ، والوجه في خصوصية كلام المحقق الكركي هو تصريحه بوجود القول بالشرعية وبالتمرينية ، فهو أقوى شاهد على عدم وجود إجماع على البطلان .

(وكيف كان) سواء تحقق الإجماع على بطلان عقد الصبي أم لا ، (فالعمل على المشهور) بحسب الفتوى من عدم صحة عقده ، سواء أذن له الولي أم لا .

(ويمكن أن يُستأنس له) أي لعمل المشهور (أيضاً) كما استدل بروايات عدم جواز أمر الصبي في البيع والشراء ، وبحديث «رفع القلم» ، (بما ورد في الأخبار المستفيضة من أن « عمد الصبي وخطأه واحد »)^(١) ، (كما في صحيحة ابن مسلم وغيرها)^(٢) ، والوجه في تعبير الشيخ بالإستئناس دون الدلالة هو احتمال ظهور تلك الأخبار في رفع خصوص الأحكام المترتبة على عنوان «العمد» بقرينة مقابلته للخطأ بمعنى أن الأحكام المترتبة على العمد كالقصاص تُرفع عن عمد الصبي ،

(١) الوسائل ج ١٩ ص ٣٠٧ الباب ١١ أبواب العاقلة ج ٢ و ٣ وص ٦٦ الباب ٣٦ قصاص النفس

ح ٢ ، والمستدرک ج ١٨ ص ٢٤٢ .

(٢) الوسائل ج ١٩ ص ٣٠٧ ح ٢ .

والأصحاب وإن نكروها في باب الجنائيات ، إلا أنه لا إشعار في نفس الصحيحة - بل وغيرها بالإختصاص بالجنائيات ؛ ولذا تمسك بها الشيخ في المبسوط والحلي في السرائر ، على أن إخلال الصبيّ المُجرم بمحظورات الإحرام - التي تختص

وهذا مطلب آخر غير ما نحن في صدد إثباته من إلغاء إنشاء الصبيّ وكونه بمنزلة العدم .
فإن قلت : إنَّ تلك الأخبار في مقام بيان حكم جناية الصبيّ من القصاص والدية مثل قول أمير المؤمنين عليه السلام في رواية إسحاق بن عمار : «عمد الصبيان خطأ يحمل على العاقلة»^(١) ؛ - لكنّه ضعيف بغياث بن كلوب ، فإنّه لم يوثق - وليست في مقام بيان تنزيل عقد الصبيّ منزلة العدم ولغوّة إنشائه^(٢) ؛ ولما ذكرنا ذكرها أصحاب الكتب الروائية ، كصاحبي الوسائل والمستدرک في باب الديات والقصاص .

قلت : (والأصحاب وإن ذكروها في باب الجنائيات ، إلا أنه لا إشعار في نفس الصحيحة - بل وغيرها بالإختصاص بالجنائيات) ، بل هي ظاهرة في كون عمد الصبيّ بالإتيان بفعل أو قول كالعدم مطلقاً ، فلا اعتبار بما قصده شرعاً ، فإذا فعل ما يترتب عليه حكم شرعيّ لو صدر من البالغ ، لم يترتب عليه ذلك الأثر ، فلو أنشأ عقداً - ولو بإذن الولي - لا يشمل قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ، فإنشاءه وإنشاء الهازل والنائم والمجنون ؛ (ولذا تمسك بها) أي بهذه الروايات المستفيضة (الشيخ في المبسوط) ج ١ ص ٣٢٩ (و) ابن إدريس (الحلي في السرائر) ج ١ ص ٦٣٦ و ٦٣٧ (على أن إخلال الصبيّ المُجرم بمحظورات الإحرام) كستر الرأس للرجل والإستئطال حال السير إلى مكة ولبس المخيط وسائر المحرمات (- التي تختص

(١) المصدر ح ٣.

(٢) راجع جامع الرواة ج ١ ص ٦٥٩.

حُرْمَتِهَا «الكفارة فيها خد» بحال التعمد - لا يوجب كفارة على الصبي، ولا على الولي؛ لأن عمده خطأ.

وحينئذ فكل حكم شرعي تعلّق بالأفعال التي يعتبر في ترتّب الحكم الشرعي عليها القصد، بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد، فما يصدر منها عن الصبي قصداً بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد الصبي وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخطأ وإيقاعاتهم.

بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون

حُرْمَتِهَا «الكفارة فيها خد» بحال التعمد - للبالغين - دون حال النسيان والجهل - (لا يوجب كفارة على الصبي، ولا على الولي؛ لأن عمده خطأ) لا يترتب عليه حكم شرعي، فالأفعال التي توجب الكفارة على البالغين - إن صدرت منهم حال العمد - لا توجب الكفارة على الصبي، وإن صدرت منه عن عمد وقصد.

(وحينئذ) أي حين عدم اختصاص الصحيحة وغيرها بالجنايات، (فكل حكم شرعي تعلّق بالأفعال) والأقوال (التي يعتبر في ترتّب الحكم الشرعي عليها القصد) والعمد (بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد) لا يترتب ذلك الحكم على فعل الصبي حتّى مع العمد والقصد، (فما يصدر منها عن الصبي) عمداً (قصداً بمنزلة الصادر عن غيره) نسياناً وجهلاً (بلا قصد)، وعلى هذا (فعقد الصبي) وإنشائه البيع مثلاً حتّى مع القصد، (و) كذا (إيقاعه مع القصد) وإنشائه صيغة الطلاق ولو لغيره وبإذن الولي، (كعقد الهازل والغالط)، وهو الذي لا يعرف معنى اللفظ، (والخطأ) وهو الساهي الذي يتلفظ كلاماً اشتباهاً (وإيقاعاتهم) لا يترتب عليها أثر شرعاً.

(بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار) الواردة في باب

الجنايات (في قتل المجنون)

والصبيّ إستظهار المطلب من حديث «رفع القلم» وهو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبي البختری، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام، أنّه كان يقول: «المجنون والمعنوه الذي لا يفیق، والصبيّ الذي لم يبلغ:» عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رُفِعَ عنهما القلم»، فإنّ ذكر «رفع القلم» في الذیل ليس له وجه ارتباطٍ إلا بأن تكون علّة لأصل الحكم، وهو ثبوت الدية على العاقلة، أو بأن تكون

والصبيّ إستظهار المطلب) وهو إلغاء قصد الصبي في جميع الموارد لا خصوص الجنایات (من حديث «رفع القلم») لاستشهاد الإمام عليه السلام في ذلك الحديث لرفع الحكم عن جنایات الصبيّ بحديث «رفع القلم» (وهو ما) رواه صاحب الوسائل (عن قرب الإسناد) ص ١٥٥ لعبدالله بن جعفر الحميري القميّ (بسنده عن أبي البختری) وهب بن وهب - وهو عامّي ضعيف ^(١) -، (عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام، أنّه كان يقول: «المجنون والمعنوه» = كم عقل، أحمق (الذي لا يفیق، والصبيّ الذي لم يبلغ: «عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رُفِعَ عنهما القلم» ^(٢))، فإنّ ذكر «رفع القلم» في الذیل) جملةٌ مستأنفة، و (ليس له وجه ارتباطٍ) بالحكم المذكور قبلها، أعني فرض جنایة المجنون والصبي من نوع الخطأ المحض الذي تكون الدية فيها على العاقلة، ولا تُخرج من مالهما، (إلا بأن تكون علّة لأصل الحكم، وهو ثبوت الدية على العاقلة) لا على المجنون والصبيّ، بمعنى أنّ العلّة والسبب لجعل دية جنایتها على العاقلة هو رفع قلم المواخذة الدينويّة من القصاص والدية عنهما، وكذا المواخذة الأخرويّة من العذاب ودخول النار، (أو بأن تكون) - جملة «رفع القلم» -

(١) راجع جامع الرواة ج ٢ ص ٣٠٢ و ٣٦٨.

(٢) الوسائل ج ١٩ ص ٦٦ قصاص النفس ح ٢.

معلولة لقوله : «عمدها خطأ» ، يعني أنه لما كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع وفي الواقع رُفع القلم عنهما .

ولا يخفى أن ارتباطها بالكلام على وجه العلوية أو المعلولية للحكم المذكور في الرواية - أعني عدم مؤاخذة الصبي والمجنون - بمقتضى جنائية العمد وهو القصاص ، ولا بمقتضى شبه العمد - وهو الدية في مالهما - لا يستقيم إلا بأن يُراد من «رفع القلم» إرتفاع المؤاخذة عنهما شرعاً

(معلولة) لتنزيل الشارع عمدهما منزلة الخطأ المحض ؛ وذلك (لقوله : « عمدها خطأ » ، يعني أنه لما كان قصدهما) وعمدهما في وعاء التشريع بمنزلة لا قصد وفي حكم الخطأ و (بمنزلة العدم في نظر الشارع وفي الواقع) ، فلهذا (رُفع القلم عنهما) ، ولا مؤاخذة عليهما لا في الدنيا من القصاص والدية ، ولا في الآخرة من العذاب والخلود في النار الذي هو جزاء قتل المؤمن عمداً . قال الشاعر الفارسي مزاحاً :
بى چاره آن كسى كه گرفتار عقل شد

خوشبخت آنکه احمق آمد و دیوانه هم برفت
وكيف كان ، سواء كان رفع القلم علّة أو معلولاً ، فالمستفاد من الرواية : أن إنشاء الصبي المجنون لا يترتب عليه أثر شرعاً ، كالهازل والغالط والنائم .

(ولا يخفى أن ارتباطها) أي جملة «رُفع القلم» (بالكلام على وجه العلوية أو المعلولية للحكم المذكور في الرواية) قبلها (- أعني عدم مؤاخذة الصبي والمجنون - بمقتضى جنائية العمد وهو القصاص) بالنفس أو بالطرف والأعضاء الذي هو في حقّ الجاني البالغ العاقل العاقد محضاً ، (ولا بمقتضى) جنائية (شبه العمد - وهو الدية في مالهما - لا يستقيم إلا بأن يُراد من «رفع القلم» إرتفاع) قلم (المؤاخذة عنهما شرعاً) مطلقاً - كما هو مورد الحديث - لا خصوص قلم الأحكام التكليفية خاصة - كما استظهرنا ذلك فيما تقدّم ص ١٧٩ ، سواء كانت المؤاخذة

من حيث العقوبة الأخروية والدينية المتعلقة بالنفس - كالقصاص - أو المال - كغرامة الدية - وعدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمد إليها مما لو وقع من غيرهما مع القصد والتعمد لترتب عليه غرامة أخروية أو دنيوية .
وعلى هذا ، فإذا التزم على نفسه مالا بإقرار أو معارضة ولو بإذن الولي ، فلا أثر له في إلزامه بالمال وموآخذته به ولو بعد البلوغ ، فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته ولو كانت بإذن الولي ،

(من حيث العقوبة الأخروية) ، وهي العذاب (والدينية المتعلقة بالنفس) بأحد الأمور الثلاثة ، إما (- كالقصاص -) في حق البالغ العاقل العاقد (أو المال - كغرامة الدية -) من مال الجاني وهو في الجناية شبه العمد ، أو من مال العاقل ، وهو في الجناية الخطأ المحض ، كما فصل في باب القصاص والديات .
وبالجملة : فالمراد رفع قلم المؤاخظة مطلقاً ، (وعدم ترتب ذلك) العقاب الديني والأخروي (على أفعالهما المقصودة المتعمد إليها مما لو وقع) ذلك الفعل (من غيرهما مع القصد والتعمد لترتب عليه غرامة أخروية) من العذاب (أو دنيوية) من القصاص أو الدية .

(وعلى هذا) الذي ذكرنا من ارتفاع المؤاخظة عن أفعال المجنون والصبي وأقوالهما ، يكون إقرارهما على أنفسهما ، وكذا إنشائهما عقداً أو إيقاعاً ، ملغى في نظر الشرع ، (فإذا التزم) الصبي (على نفسه مالا بإقرار) ، وقال : علي ألف تومان لزيد ، (أو) التزم على نفسه (معارضة) في بيع أو إجارة أو صلح أو غيرها ، (ولو بإذن الولي ، فلا أثر له) شرعاً (في إلزامه بالمال وموآخذته به) ، فلا يؤخذ من ماله ، ولا يجب عليه دفعه حتى (ولو بعد البلوغ) لما تقدم أنفاً من أن قصده كلاقصد شرعاً ، وعنده خطأ مطلقاً ، (فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته) شرعاً (ولو كانت بإذن الولي ،

فليس ذلك إلا لسلب قصده وعدم العبرة بإنشائه؛ إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله وحجره عن الإلتزامات على نفسه، لم يكن عدم المؤاخذه شاملاً لصورة إذن الولي، وقد فرضنا الحكم مطلقاً، فيدلّ بالإلتزام على كون قصده في إنشاءاته وإخباراته مسلوب الأثر.

ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة - بناءً على كونها عنةً للحكم - عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكي عن بعض، إلا أن يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم،

فليس ذلك إلا لسلب قصده (عن الأثر (وعدم العبرة بإنشائه) وليس ذلك من جهة كونه محجوراً عن التصرف في ماله (إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله وحجره عن الإلتزامات على نفسه، لم يكن عدم المؤاخذه شاملاً لصورة إذن الولي)؛ لأنّ إذنه في التصرف رافع للحجر، (وقد فرضنا الحكم) بعدم اعتبار قصده وإقراره وإنشائه (مطلقاً) أي حتّى في صورة إذن الولي، (فيدلّ) إطلاق الحكم (ب) دلالة (الإلتزام على كون قصده في إنشاءاته وإخباراته) - مثل الإقرار - (مسلوب الأثر).

(ثم) لا يخفى عليك (أن مقتضى عموم هذه الفقرة) المذكورة في ذيل رواية أبي البخترى، أعني قوله: «وقد رُفِعَ غنهما القلم» (- بناءً على كونها عنةً للحكم -) بعدم مؤاخذه المجنون والصبيّ بشيءٍ من الأفعال، هو (عدم مؤاخذتهما) حتّى (بالإتلاف الحاصل منهما) لمالٍ محترم للمسلمين، فلا ضمان عليهما شرعاً لا في مالهما ولا في مال وليّهما؛ لأنّ المفروض أنّه قد رفع غنهما قلم المؤاخذه مطلقاً (كما هو) أي عدم ضمان (ظاهر المحكي عن بعض، إلا أن يلتزم بخروج ذلك) أي إتلاف المجنون والصبيّ (عن عموم رفع القلم) تخصيصاً؛ وذلك لعموم «من أُلّف

ولا يخلو من بُعد . ولكن هذا غير وارد على الإستدلال ؛ لأنه ليس مبنياً على كون «رفع القلم» علّةً للحكم ، لما عرفت من احتمال كونه معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبيّ والمجنون ،

مال الغير فهو له ضامن»^(١) ، فكما أنّ النائم والغافل والساهي ضامنون للإتلاف ، كذلك المجنون والصبيّ . وبالجملّة : النسبة بين عموم «رفع القلم» وعموم «من أتلف» عمومٌ من وجه ، ويقع التعارض في مورد الإجتماع وهو إتلاف الصبيّ والمجنون مال الغير ، ويلتزم بتخصيص عموم رفع القلم وخروج إتلاف المال عن هذا العموم ؛ وذلك لقاعدة «احترام مال المؤمن» .

(و) لكن (لا يخلو) هذا الإلتزام (من بُعد) ؛ وذلك لأنّ عموم حديث «رفع القلم عنهما» = آب عن التخصيص ، حيث إنّه وارد مورد الإمتنان عليهما ، وهو يقتضي رفع كلّ مؤاخذه عنهما ، سواء كانت في القصاص أو الدية أو بالإتلاف لمال الغير ، فليسا مثل العاقل الذي يضمن ما أتلفه ولو حال النوم والغفلة .

(ولكنّ هذا) أي إشكال عدم ضمان المجنون والصبيّ لإتلاف مال الغير (غير وارد على الإستدلال) بحديث أبي البخري - على سلب اعتبار عقد الصبي وإنشائه ؛ (لأنّه ليس مبنياً على كون «رفع القلم» علّةً للحكم ، لما عرفت) ص ١٩٠ (من احتمال كونه) «رفع القلم عنهما» (معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبيّ والمجنون) لا علّة ، يعني أنّ عدم مؤاخذهما يوجب رفع القلم عنهما ؛ إذ عمدهما في حكم خطأ البالغ العاقل ، فلذا رُفع القلم عنهما ، وحيث إنّ خطأ البالغ العاقل في إتلاف مال الغير غير مرفوع الضمان ، فكذلك عمد المجنون والصبيّ أيضاً غير مرفوع الضمان في الإتلاف .

(١) قاعدة مصطادة من الروايات المتفرقة ، راجع شرحنا ج ٤ ص ٤٥٤ ، ومصباح الفقاهة ج ٣

فيختص رفع القلم المؤاخذة بالأفعال التي يُعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الإتلاف ، فافهم واغتنم .

ثم إنَّ القلم المرفوع هو قلم

إذن (فيختص رفع القلم المؤاخذة) عنهما (بالأفعال التي يُعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل) ، وأما الأفعال التي لا يعتبر في المؤاخذة عليها القصد مثل الإتلاف فهي غير مرفوعة عنهما ، (فيخرج مثل الإتلاف) عن حكم الرفع بالنسبة إليهما خروجاً موضوعياً وتخصّصاً .

وأما ما تقدّم من أنّ حديث الرفع وارد مورد الإمتنان ، فيقتضي رفع كلّ مؤاخذة حتّى على إتلاف مال الغير ، ففيه أنّ الحديث وارد في مقام الإمتنان على الأُمة جمعاء ، أعني الكبير والصغير ، والعاقل والمجنون ، ورفع قلم المؤاخذة على إتلاف المال عن الصبيّ والمجنون وإن كان منهُ عليهما ، لكنّه خلاف الإمتنان على الكبير الذي تلف ماله ولا ترجيح للصغير أو المجنون على الكبير العاقل ، فلهذا لا يشمل الحديث الإتلاف ، وبمثل هذا المقال : يقال في حديث رفع التسعة عن أمته ﷺ من «الخطأ والنسيان وما استكروها عليه ... الخ»^(١) ، فإنّه لا يشمل إتلاف خطأ البالغ العاقل لمال الغير ولو في حال النوم؛ ضرورة استلزام عدم ضمانه ، خلاف الإمتنان على المالك الذي تلف ماله ، فيقال : بأنّ عموم قاعدة «من أتلف مالَ الغير فهو له ضامن»^(٢) حاكم على حديث رفع التسعة (فافهم واغتنم) فإنّ استدلال المشهور بالحديث على رفع قلم المؤاخذة عن الصبيّ ورفع آثار إنشائه تامّ ، ومع ذلك لا ربط له لضمانه ما أتلفه .

(ثم إنَّ) هنا مطلباً آخر ، وهو أنّ (القلم المرفوع) عن الصبيّ (هو قلم

(١) الوسائل ج ٥ ص ٣٤٥ الخلل ح ٢ .

(٢) قاعدة مصطادة من الروايات، كما تقدّم هامش ص ١٦٣ .

المؤاخظة الموضوع على البالغين ،

فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي ، كالتعزير .

والحاصل : أنَّ مقتضى ما تقدّم من الإجماع المحكي في البيع وغيره من

العقود ، والأخبار المتقدمة

المؤاخظة) الثابت على المكلفين و(**الموضوع على البالغين**) دون جميع أقسام المؤاخظة ، (**فلا ينافي**) هذا النوع من الرفع (**ثبوت بعض العقوبات للصبي** ، كالتعزير) والتأديب الذي هو أخفّ من الحدّ الموضوع على البالغ العاقل ، مثل إدماء أنامله في السرقة الأولى وقطعها في السرقة المتكرّرة ؛ لأنها ثابتة عليه بعنوان أنّه صبيّ ، وهو المشهور بين الأصحاب ، ومستنده أخبار كثيرة كما ذكر ذلك الشهيد الثاني في شرح اللعة ج ٩ ص ٢٢٢^(١) .

وقال الشيخ الطوسي في النهاية والمحقق في نكتها ج ٣ ص ٣٢٥ : «ومتى سرق من ليس بكامل العقل بأن يكون مجنوناً أو صبيّاً لم يبلغ - وإن نقب وكسر القفل - لم يكن عليه قطع ، فإن كان صبيّاً عفي عنه مرّة ، فإن عاد أدّب ، فإن عاد ثالثة حُكّت أصابعه حتّى تدمى ، فإن عاد قطعت أنامله ، فإن عاد بعد ذلك قُطع أسفل من ذلك كما يُقطع الرجل سواء » ، انتهى .

ثمّ رجع الشيخ رحمه الله إلى أصل المطلب - وهو سلب اعتبار إنشاء الصبي - بعد المناقشة في الإجماع والروايات ، فقال : (**والحاصل : أنَّ مقتضى ما تقدّم**) ص ١٧١ في أوّل المسألة (**من الإجماع المحكي**) في الغنية ص ٥٢٣ والتذكرة ج ٢ ص ٧٣ (**في البيع وغيره من العقود ، والأخبار المتقدمة**) من حديث رفع القلم ، وخبر حمزة بن حرمان ، ورواية عبدالله بن سنان ، والأخبار المستفيضة الدالة على «أنّ عمد الصبي

(١) راجع الوسائل ج ١٨ ص ٥٢٢ الباب ٢٨ : «حكم الصبيان إذا سرقوا» من أبواب حدّ السرقة .

- بعد انضمام بعضها إلى بعض -: عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها ، كإنشاء العقود أصالةً ووكالةً ، والقبض والإقباض ، وكلّ التزام على نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار . قال في التذكرة : وكما لا يصحّ تصرفاته اللفظيّة ، كذلك لا يصحّ قبضه ، ولا يفيد حصول الملك في الهبة وإن اتّهب له الولي ، ولا لغيره ، وإن أذن الموهوب له بالقبض .

وخطاه واحد» ، وإن كان كلّ واحد منها عليحدة لا يكون حجة شرعيّة ، لكن مقتضى المجموع من حيث المجموع (- بعد انضمام بعضها إلى بعض -) هو : (عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها) - في مقابل الأفعال التكوينيّة التي لا يعتبر القصد فيها - (كإنشاء العقود أصالةً ووكالةً) عن الولي أو عن المالك (والقبض والإقباض) في العقود التي يكونان متممًا لتأثيرهما ، كالهبة وبيع الصرف ، (و) كذا لا اعتبار بـ (كلّ التزام على نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار) ، فلو قال - ولو بقصد الإنشاء - ضمنت لك كذا ، أو له عليّ ألف ، أو نذرت كذا ، أو أجرتك داري ، لا يترتب على هذه الإنشاءات أثر شرعيّ . (و) تؤيّد ما ذكرنا فروعاً نقلها السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٧٢ عن العلامة في التذكرة ج ١ ص ٤٦٢ ، ونهاية الأحكام ج ٢ ص ٤٥٤ مع اختلاف لما في الكتابين ولم يفرزها ، وحكاها الشيخ عن المفتاح وظاهره أنّ جميعها مذكور في التذكرة ، (ف) قال في التذكرة (: لو اشترى الصبيّ وقبض أو استقرض وأتلف فلا ضمان عليه ؛ لأنّ التضييع من الدافع ، فإن كان المال باقياً ردّه ، وعلى الولي استرداد الثمن ولا يبرء البائع بالردّ إلى الصبيّ ، وبه قال الشافعي .) (وكما لا يصحّ تصرفاته اللفظيّة ، كذلك لا يصحّ قبضه ، ولا يفيد حصول الملك في الهبة وإن اتّهب له الولي ولا لغيره) أي تصدّي هو للقبول مع قبض الصبيّ لنفسه أو لغيره ، (وإن أذن الموهوب له بالقبض) ،

ولو قال مستحق الدين للمديون: سلّم حقّي إلى هذا الصبيّ، فسَلّم مقدار حقّه إليه، لم يبرء عن الدين وبقي المقبوض على ملكه، ولا ضمان على الصبيّ؛ لأنّ المالك ضيّعه حيث دَفَعَه إليه، وبقي الدين لأنّه في الذمّة ولا يتعيّن إلاّ بقبض صحيح، كما لو قال: إرم حقّي في البحر، فرمى مقدار حقّه، بخلاف ما لو قال للمستودع: سلّم مالي إلى الصبيّ أو ألْقِه في البحر؛ لأنّه إمّثل أمره في حقّه المعيّن.

انتهى عبارة التذكرة.

والوجه فيما أفاده هو أنّ قبض الصبيّ كقبض.

وقال العلامة في التذكرة أيضاً في إدامة كلامه بعنوان: «فرع آخر» لا عبرة بقبض الصبيّ: (ولو قال مستحقّ الدين) أي الدائن (للمديون: سلّم حقّي إلى هذا الصبيّ، فسَلّم) المديون (مقدار حقّه إليه، لم يبرء عن الدين وبقي المقبوض) - بيد الصبيّ - (على ملكه) أي على ملك المديون، (ولا ضمان على الصبيّ؛ لأنّ) قبضه غير معتبر شرعاً، و (المالك ضيّعه حيث دَفَعَه إليه، وبقي الدين) على ذمّة المديون؛ (لأنّه) كلّ (في الذمّة ولا يتعيّن إلاّ بقبض صحيح) إلى هنا موجود في التذكرة.

وزاد في النهاية بعد هذه العبارة قوله: (كما لو قال) المالك للصبيّ: (إرم حقّي في البحر، فرمى) الصبيّ (مقدار حقّه) أو أتلفه بنحو آخر، وهذا (بخلاف ما لو قال) المودع وهو صاحب مال الوديعة (للمستودع) الذي بيده الوديعة ليحفظه: (سلّم مالي) الذي أودعته عنده - كالكتاب والفرش والذهب - (إلى الصبيّ أو ألْقِه في البحر) فسَلّمه إلى الصبيّ أو ألْقاه الودعيّ في البحر، لم يكن الصبيّ في الفرض الأوّل، ولا المستودع في الفرض الثاني ضامناً؛ (لأنّه إمّثل أمره في) ماله الذي هو (حقّه المعيّن) الشخصي. والظاهر أنّ دليل العلامة هو قوله ﷺ: «الناس مسلّطون على

ولو كانت الوديعة للصبيّ فسلمها إليه ضمن وإن كان بإذن الولي؛ إذ ليس له تضييعها بإذن الولي.

وقال أيضاً: لو عرض الصبيّ ديناراً على الناقد لينقذه أو متاعاً إلى مقوم ليقومه فأخذه لم يجز له ردّه إلى الصبي، بل إلى وليّه إن كان، فلو أمره الوليّ بالدفع إليه فدفعه إليه، برئ من ضمانه إن كان المال للوليّ،

أموالهم»^(١)، فجاز للمودع الإذن للمستودع في إقباضه إلى الصبيّ، وإتلافه بالإلقاء في البحر، أو دفعه إلى ظالم أو حيوان، فالفرق بين الدين وبين العين الشخصية هو أنّ الأوّل كليّ، فالذمّة يحتاج تعيينه إلى القبض الصحيح الشرعي، وبدونه لا يتعيّن، والثاني عين شخصية وملك للمالك، ولا يحتاج إلى القبض.

ثمّ ذكر العلامة في النهاية فرعاً آخر، وقال: (ولو كانت الوديعة) ملكاً (للصبيّ) وأودعها وليّه عند شخص (فسلمها إليه) أي سلّم الودعيّ المال إلى الصبيّ (ضمن وإن كان بإذن الولي) والوجه في ضمان الودعيّ: (إذ ليس له تضييعها) حتّى (بإذن الولي) لأنّ تصرفات الولي إنّما تكون نافذة إذا كانت بمصلحة المولّى عليه.

ثمّ ذكر فرعاً خامساً، (وقال أيضاً: لو عرض الصبيّ ديناراً على) الصراف (الناقد لينقذه أو متاعاً إلى مقوم ليقومه) ويعيّن قيمته، (فأخذه) الصراف أو المقوم (لم يجز له ردّه إلى الصبي، بل) يجب ردّه (إلى وليّه)، وهو الأب أو الجدّ له (إن كان)، وإلاّ فالإحكام الشرعيّ الذي هو الوليّ العامّ، (فلو أمره الولي) أي أمر الوليّ الناقد أو المقوم (بالدفع إليه) أي إلى الصبيّ (فدفعه إليه، برئ من ضمانه إن كان المال للولي)؛ لأنّه مسلّط على ماله ولو بإتلاف

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢، عوالي اللثالي ص ٢٢٣ ح ٩٩ وص ٤٥٧ ح ١٩٨.

وإن كان للصبيّ فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصبيّ في البحر، فإنّه يلزمه ضمانه.

وإذا تباع الصبيّان وتقابضا وأتلف كلّ واحد منهما ما قبضه، فإن جرى بإذن الوليّين فالضمان عليهما، وإلا فلا ضمان عليهما، بل على الصبيّين، ويأتي في باب الحجر تمام الكلام.

ولو فتح الصبيّ الباب وأذن في الدخول على أهل الدار، أو أدخل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدّي، فالأقرب الإعتماد؛ لتسامح السلف فيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

(وإن كان للصبيّ فلا) يبرئ الناقد أو المقوم، (كما لو أمره بإلقاء مال الصبيّ في البحر، فإنّه يلزمه) أي الملقّي المتلف (ضمانه).

وقال العلامة في فرع سادس: (وإذا تباع الصبيّان وتقابضا) أي قبض البائع منهما الثمن والمشتري المبيع، (وأتلف كلّ واحد منهما ما قبضه، فإن جرى بإذن الوليّين فالضمان عليهما)؛ لأنّ إذنها في القبض هو السبب للإتلاف، وإذا اجتمع في مورد السبب والمباشر، وكان السبب أقوى، فالسبب هو الضامن، فإنّ التلف يُستند عرفاً إلى إذن الوليّين. ثم قال السيّد العاملي في المفتاح: (وإلا فلا ضمان عليهما، بل على الصبيّين، ويأتي في باب الحجر تمام الكلام).

وقال العلامة في التذكرة أيضاً فرعاً سابغاً، وهو مخالف لما تقدّم من عدم اعتبار أفعال الصبيّ وأقواله، فقال: (ولو فتح الصبيّ الباب وأذن في الدخول على أهل الدار، أو أدخل) «أوصل» (الهدية إلى إنسان عن إذن المهدّي، فالأقرب الإعتماد) على قوله وجواز الدخول في الدار وقبض الهدية؛ وذلك (لتسامح السلف فيه)، فإنّ السيرة المتشرعيّة جارية على الإعتماد بإذن الصبي في الدخول وقبض الهدية للمهدّي إليه، (انتهى كلامه رفع مقامه)، أي انتهى كلام العلامة في التذكرة والنهاية،

ثُمَّ إِنَّهُ ظَهَرَ مِمَّا ذَكَرْنَا: أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي مَعَامَلَةِ الصَّبِيِّ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ فِي الْأَشْيَاءِ الْيَسِيرَةِ أَوِ الْخَطِيرَةِ؛ لَمَا عَرَفْتَ مِنْ عُمُومِ النَّصِّ وَالْفَتْوَى حَتَّى أَنَّ الْعَلَامَةَ فِي التَّذَكُّرَةِ لَمَّا ذَكَرَ حِكَايَةَ «أَنَّ أَبَا الدَّرْدَاءِ اشْتَرَى عَصْفُورًا مِنْ صَبْيٍ فَأَرْسَلَهُ»، رَدَّهَا بَعْدَ الثَّبُوتِ وَعَدَمِ الْحُجَّةِ، وَتَوَجُّيهِه بِمَا يُخْرِجُهُ عَنْ مَحَلِّ الْكَلَامِ.

وبه يظهر ما عن المحدث

وهذا تمام الكلام في الاستدلال على المذهب المشهور من بطلان عقد الصبي وإيقاعه وعدم الإعتبار بأفعاله وأقواله.

(ثُمَّ إِنَّهُ) فَرَّقَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ بَيْنَ مَعَامَلَةِ الصَّبِيِّ فِي الْمَحَقَّاتِ وَبَيْنَ غَيْرِهَا، لَكِنَّهُ (ظَهَرَ مِمَّا ذَكَرْنَا) ص ١٩٦ بقولنا: والحاصل أَنَّ مقتضى ما تقدّم من الإجماع... والأخبار المتقدمة... الخ، من عدم اعتبار أفعال الصبي وإنشاءاته (أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي) بَطْلَانِ (مَعَامَلَةِ الصَّبِيِّ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ فِي) الْمَحَقَّاتِ وَ (الْأَشْيَاءِ الْيَسِيرَةِ) الرَخِيصَةِ، (أَوِ الْخَطِيرَةِ) الْغَالِيَةِ كَالدَّارِ وَالْأَشْجَارِ؛ (لَمَا عَرَفْتَ مِنْ عُمُومِ النَّصِّ) كحديث «رفع القلم» و«عمد الصبي وخطأه واحد»، وغيرهما، (و) كذا عموم (الْفَتْوَى) عَلَى عَدَمِ جَوَازِ مَعَامَلَاتِهِ غَيْرِ فَارِقَيْنِ بَيْنَ الْقَسْمَيْنِ (حَتَّى أَنَّ الْعَلَامَةَ فِي التَّذَكُّرَةِ) ج ٢ ص ٨٠ (لَمَّا ذَكَرَ حِكَايَةَ «أَنَّ أَبَا الدَّرْدَاءِ اشْتَرَى عَصْفُورًا مِنْ صَبْيٍ فَأَرْسَلَهُ» = رَهَا وَآزَادَ كَرْدَ (رَدَّهَا) أَيِ الْحِكَايَةِ (بَعْدَ الثَّبُوتِ) سِنْدًا) (وَعَدَمِ الْحُجَّةِ) شَرْعًا فِي فِعْلِ أَبِي الدَّرْدَاءِ، (وَتَوَجُّيهِه بِمَا يُخْرِجُهُ عَنْ مَحَلِّ الْكَلَامِ) مِنْ الْبَيْعِ الْجَدِّي بِقَوْلِهِ: «وَجَازَ أَنْ يَكُونَ قَدْ عَرَفَ أَنَّهُ لَيْسَ مُلْكًا لِلصَّبِيِّ فَاسْتَنْقَذَهُ مِنْهُ»، فَكَانَ الْبَيْعُ صَوْرِيًّا.

(وبه) أَيِ بِمَا تَقَدَّمَ مِنْ دَلَالَةِ الْأَدَلَّةِ عَلَى عَدَمِ الْفَرْقِ بَيْنَ الْأَشْيَاءِ الْخَطِيرَةِ وَالْيَسِيرَةِ، (يُظْهِرُ مَا) حَكَاهُ السَّيِّدُ الْعَامِلِيُّ فِي الْمِفْتَاحِ ج ٤ ص ٧٠ (عَنِ الْمَحْدِّثِ

الكاشاني : من أنَّ الأظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العادة من الأشياء اليسيرة؛ دفعاً للحرص ، انتهى .

فإنَّ الحرج ممنوع ، سواء أراد أنَّ الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقَّرات والتزام مباشرة البالغين لشرائها ، أم أراد أنَّه يلزم من التجنُّب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع والشراء في الأشياء الحقيرة .

ثمَّ

الكاشاني (في مفاتيح الشرائع ج ٢ ص ٤٦) (من أنَّ الأظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العادة من الأشياء اليسيرة ؛ دفعاً للحرص) المنفي في الدين ؛ إذ كثير من الأشياء الحقيرة كالبيضة والخبز والخضروات يشتري بواسطة الصبيان ، وقاعدة نفي الحرج حاکمة على إطلاق الأدلة المتقدِّمة ، فيختصَّ عدم الجواز بالأُمور الخطيرة ، (انتهى) كلام المحدث الكاشاني .

والوجه في ظهور ضعف مقالة المحدث الكاشاني ؛ (فإنَّ) لزوم (الحرج ممنوع) صغرياً ، وإن قلنا بفساد معاملة الصبيان في المحقَّرات ، (سواء أراد) المحدث (أنَّ الحرج يلزم) على الأولياء (من منعهم عن المعاملة) في كونهم مشترياً (في المحقَّرات) كما هو المتعارف عند الناس من إشتراء الصبيان الخبز والخضروات واللبن ، وأمثال ذلك ، من دكاكين المحلَّات ، (والتزام مباشرة البالغين لشرائها ، أم أراد أنَّه يلزم من التجنُّب عن معاملتهم) في بيع المحقَّرات (بعد بناء الناس) من أرباب الدكاكين تفويض بيع الأشياء اليسيرة إلى الصبيان ، كما جرت العادة (على نصب الصبيان للبيع والشراء في الأشياء الحقيرة) ؛ وذلك لأنَّه من المعلوم عدم لزوم الحرج والعسر من الحكم بفساد معاملاتهم في كلا الموردين .

(ثمَّ) إنَّ هذا كلُّه لو كان مقصود المحدث الكاشاني جواز معاملات الصبي في

لو أراد استقلاله في البيع والشراء لنفسه بماله من دون إذن الولي ليكون حاصله أنه غير محجور عليه في الأشياء اليسيرة، فالظاهر كونه مخالفاً للإجماع.

وأما ما ورد في رواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «... ونهى النبي ﷺ عن كسب الغلام الصغير الذي لا يُحسن صناعةً بيده»؛ معللاً بأنه «إن لم يجد سرق»،

المحرقات مع إذن الأولياء، وأما (لو أراد استقلاله في البيع والشراء لنفسه بماله من دون إذن الولي ليكون حاصله أنه غير محجور عليه في الأشياء اليسيرة، فالظاهر كونه مخالفاً للإجماع على فساد معاملاته بدون إذن وليه، فإنَّ القدر المتيقن منه عدم استقلاله في المعاملة على فساد معاملاته بدون إذن وليه، فإنَّ القدر المتيقن منه عدم استقلاله في المعاملة بأمواله؛ لأنه من التصرفات المحجورة عند الكل، فالتزام المحدث الكاشاني بتجوز معاملاته في المحرقات مستقلاً - لمجرد لزوم الحرج - بعيدٌ جداً.

(وأما ما ورد في رواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «... ونهى النبي ﷺ عن كسب الغلام الصغير الذي لا يُحسن صناعةً بيده»؛ معللاً بأنه «إن لم يجد سرق»^(١)، فقد يتوهم أنه يدلّ على صحّة معاملات الصبي مع الكراهة - كما هو المشهور في المحرقات - وذلك لقوله ﷺ في مقام وجه النهي عن معاملاته: «بأنه إن لم يجد سرق»، حيث يدلّ على أن النهي فيه تنزيهيّ دالٌّ على الكراهة لا تحريمي كما في تعليل النهي عن كسب الإماء - في أوّل الرواية - بقوله: «فإنّها إن لم تجد زنت»، ولا ريب في صحّة معاملة الإماء مع إذن مالکها، وعدم حرمة كسبها، فعدم

(١) الوسائل ج ١٢ ص ١١٨، ما يكتسب به.

فمحمولٌ على عوض كسبه من إلتقاطٍ أو أجرٍ عن إجارةٍ أوقعها الوليُّ أو الصبيُّ بغير إذن الوليِّ ، أو عن عملٍ أمر به من دون إجارةٍ فأعطاه المستأجر

حرمة التصرف فيما اكتسبه الصبي دليل على كونه مالكا له ، واحتمال سرقة ما في يده شبهة موضوعية بدوئية تجري فيه قاعدة الحل ، هذا أولاً .

وثانياً : لو كانت معاملة الصبي باطلاً لما عُلِّلَ النهي بقوله : «إن لم يجد سرق» الذي هو في رتبة المانع عن التصرف ومتأخّر عن رتبة المقتضي ، أعني عدم ملكية الصبي ، فكان ينبغي أن يُعلِّله بعدم الملك وبقاء المال في ملك مالكة الأصلي ، فهذا التعليل دليل على صحة معاملة الصبي ، وعدم وجود النهي في صورة العلم بعدم السرقة .

وثالثاً : تقييد النهي عن كسب الغلام بقوله : «الذي لا يُحسن صناعةً بيده» كاشفٌ عن صحة معاملة الغلام في أصلها ؛ إذ لو كان عقده لغواً شرعاً وساقطاً عن الإعتبار ، كان هذا التقييد لغواً لا أثر له ؛ لأنه على هذا التقدير لم يجز التصرف فيما اكتسبه مطلقاً ، سواء أحسن صناعةً أم لا .

فالحاصل : أنَّ ذلك التعليل ، وهذا التقييد يدلّان على مشروعية كسب الصبي بالبيع والإجارة والصلح وغيرها ، وهذا ينافي ما اختاره المشهور من بطلان عقد الصبي وعدم ترتّب الأثر على إنشائه ، وقد دفع الشيخ هذا الاستدلال بأنّ الخبر أجنبى عن المقام ، أعني كون الصبي مالكاً لما اكتسبه بالمعاملة لصحة عقده ؛ هذا مع ضعف سنده بالنوفلي ، وذلك (فـ) أنَّ المقصود من الكسب المنهي في الرواية ليس الكسب بمعناه المصدري ، أي المعاملة ، بل هو (محمولٌ) - بقرينة التعليل - (على) الكسب بمعناه الإسمي ، وهو (عوض كسبه) والمال الذي بيده (من إلتقاطٍ) المباحات كصيد السمك مثلاً (أو أجرٍ عن إجارةٍ أوقعها الوليُّ أو الصبيُّ) بنفسه بإجارة فاسدة (بغير إذن الوليِّ) ويستحقّ بها أجره المثل لا المسمى (أو) أجره (عن عملٍ أمر به من دون إجارةٍ) كما إذا أمره شخص بحمل متاع خفيف (فأعطاه المستأجر

أو الأمر أجرة المثل ، فإنّ هذه كلّها ممّا يملكه الصبيّ ، لكن يستحبّ للوليّ وغيره إجتنبها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبيّ فيها ؛ لاحتمال كونها من الوجوه المحرّمة ، نظير رجحان الإجتنب عن أموال غيره ممّن لا يبالي بالمحرّمات .

وكيف كان ، فالقول المذكور في غاية الضعف .
نعم ، ربّما صحّح سيّد مشايخنا - في الرياض - هذه المعاملات إذا كان الصبي بمنزلة الآلة لمن له أهليّة التصرف ؛

أو الأمر أجرة المثل ، فإنّ هذه (الأجر المذكورة) كلّها ممّا يملكه الصبيّ) مع عدم نفوذ معاملته شرعاً ولو في المحقّرات (لكن يستحبّ للوليّ وغيره إجتنبها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبيّ فيها ؛ لاحتمال كونها من الوجوه المحرّمة) وحكمته صيانته عن الإستراق والخيانة ، كما أنّ حكمة الإجتنب عمّا في يد الإماء ممّا تحصّله بإحدى الطرق المتقدّمة صيانته عن الزنا ، (نظير رجحان الإجتنب عن أموال غيره) أي غير الصبيّ (ممّن لا يبالي بالمحرّمات) كمن لا يؤدّي الخمس ، فإنّه وإن جاز التناول منه لأصالة الصحّة لكن يستحبّ الإجتنب منه ، كاستحباب الإجتنب عن سور الحائض المتهمة .

(وكيف كان) سواء كان المراد من الرواية ما ذكره أو غيره ، (فالقول المذكور) عن المحدث الكاشاني من التفصيل بين الأشياء اليسيرة بصحّة المعاملة فيها ، وبين الخطيرة بعدم صحّتها (في غاية الضعف) .

(نعم ، ربّما صحّح سيّد مشايخنا) وأساتيذنا السيّد عليّ الطباطبائي (- في الرياض -) : ج ١ ص ٥١١ ، وكذلك السيّد العاملي في مفتاح الكرامة : ج ٤ ص ١٧١ (هذه المعاملات) في المحقّرات (إذا كان الصبي بمنزلة الآلة لمن له أهليّة التصرف) والمعاملة من دون أن يكون الصبيّ أحد طرفي المعاملة ، بل هي واقعة بين البالغين ،

من جهة استقرار السيرة واستمرارها على ذلك .

وفيه إشكال ، من جهة قوّة احتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين ، كما في كثير من سائرهم الفاسدة .

ويؤيد ذلك : ما يُرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين وغيرهم ، ولا بينهم وبين المجانين ، ولا بين معاملتهم لأنفسهم بالإستقلال بحيث لا يعلم الولي أصلاً ،

فالفرق بين كلامي الرياض ومفاتيح الشرائع هو أنّ المحدث الكاشاني يرى صحّة معاملة الصبي في المحقرات مع استقلاله في التصرف دفْعاً للحرص والعسر ، والسيد الطباطبائي يرى صحّتها ونفوذ عقد الصبي لا من جهة استقلاله ، بل لآليته للولي ، والوجه فيما اختاره (من جهة استقرار السيرة و) تحقّقه عند المتسرّعة والمسلمين مع (استمرارها على ذلك) إلى عصر المعصومين عليه السلام ، من غير ردع منهم عنها .

قال في الرياض : «... لتداوله في الأعصار والأمصّر السابقة واللاحقة من غير نكير ، بحيث يُعدّ مثله إجماعاً من المسلمين كافّة ، لكن ينبغي تخصيصه بما هو المعتاد في أمثال هذه الأزمنة ، فإنّه الذي يمكن فيه دعوى اتّفاق الأئمة » ، انتهى .

(وفيه إشكال ، من جهة قوّة احتمال كون السيرة) حادثة و (ناشئة عن عدم المبالاة في الدين) من المسلمين في صدر الإسلام وبعده بالنسبة إلى أحكام الشرع المبين (كما في كثير من سائرهم الفاسدة) في الأمور الأخر ، كالغيبية والكذب وأخذ الربا والرّشى والقمار وقول البذيّ والفواحش واللمم وسائر المحرّمات والمناهي .

(ويؤيد ذلك) أي كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين (ما يُرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين) كبالغ عشر سنين (وغيرهم ، ولا بينهم وبين المجانين) مع وضوح أنّ المجنون لا تصحّ معاملته بالضرورة ولو كان بنحو الآلة ، (ولا بين معاملتهم لأنفسهم بالإستقلال بحيث لا يعلم الولي أصلاً ،

ومعاملاتهم لأوليائهم على سبيل الآئِية ، مع أنَّ هذا ممَّا لا ينبغي الشكَّ في فساده خصوصاً الأخير .

مع أنَّ الإحالة على ما « جرت العادة به » كالإحالة على المجهول ؛ فإنَّ الذي جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كلِّ صبيٍّ ما هو قَطُنٌ فيه ، بحيث لا يُغلب في المساومة عليه ، فيَكِلُون إلى مَنْ بَلَغَ ستَّ سنين شراء باقَّةً بقلٍ ، أو بيعَ بيضة دجاجٍ بِقُلُسٍ ، وإلى مَنْ بلغ ثمانية سنين اشتراء اللحم والخبز ونحوهما ، وإلى مَنْ بَلَغَ أربعة عشر سنةً شراء الثياب ، والحيوان ، بل يَكِلُون

(و) لا بين (معاملاتهم لأوليائهم على سبيل) مجرد (الآئِية ، مع أنَّ هذا) التعميم وعدم الفرق بين تلك الموارد (ممَّا لا ينبغي الشكَّ في فساده خصوصاً الأخير) ، فإنَّ المتعامل مع الصبيِّ لا يسأله عن كون المعاملة لوليِّه أو لنفسه . قال الشارح : « بل يعلم في كثير منها ، كالمأكولات والمشروبات وآلات لعب الأَطال أنه يشتريها لنفسه من دون إخبار وليِّه بذلك أصلاً » .

(مع أنَّ) ما ذكره صاحب الرياض - من جواز المعاملة مع الصبيِّ إذا كان كآلة ؛ لجريان العادة بين المسلمين - مجهول الحدِّ والمقدار ؛ لأنَّ (الإحالة على ما « جرت العادة به » كالإحالة على) الموضوع (المجهول ؛ فإنَّ الذي جرت عليه السيرة) يختلف بين الناس بحسب أعمار الصبيان ، ومقدار فطانتهم في الأمور والأمتعة ، فإنَّ المتعارف (هو الوكول إلى كلِّ صبيٍّ ما هو قَطُنٌ فيه) بالنسبة إلى ذلك ، (بحيث لا يُغلب في المساومة عليه) = كلاه سرش نرود ، (فيَكِلُون إلى مَنْ بَلَغَ ستَّ سنين شراء باقَّةً بقلٍ ، أو بيعَ بيضة دجاجٍ بِقُلُسٍ) ، أو شراء خبزٍ وخبزين بسعر محدود معيَّن ، كما (و) يَكِلُون (إلى مَنْ بلغ ثمانية سنين اشتراء اللحم والخبز) الكثير (ونحوهما) كالفواكه والحبوبات ، (وإلى مَنْ بَلَغَ أربعة عشر سنةً) ، ولعلَّه يكون بالغاً شرعاً بالإحتلام ، يَكِلُون (شراء الثياب) الغالية (والحيوان ، بل يَكِلُون

إليه أمور التجارة في الأسواق والبلدان ، ولا يفرقون بينه وبين من أكمل خمسة عشر سنة ، ولا يَكُونُ إليه شراء مثل القرى والبساتين وبيعها ، إلا بعد أن يحصل له التجارب ، ولا أَظُنُّ أَنَّ القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل .

وكيف كان ، فالظاهر أَنَّ هذا القول أيضاً مخالف لما يظهر منهم .

وقد عرفت حكم العلامة في التذكرة بعدم جواز رد المال إلى الصبي إذا دَفَعَهُ إلى الناقد لينقده ، أو المتاع الذي دَفَعَهُ إلى المقوم ليقومه ، مع كونه غالباً في هذه المقامات بمنزلة الآلة للولي ، وكذا حكمه بالمنع من

إليه أمور التجارة (والبيع والشراء لجميع الأجناس) (في الأسواق والبلدان) حتّى البلاد النائية ، ولا سيّما في زماننا ، (ولا يفرقون بينه وبين من أكمل خمسة عشر سنة ، و) لكن (لا يَكُونُ إليه شراء مثل القرى والبساتين) والدور والقصور (و) لا (بيعها ، إلا بعد أن يحصل له التجارب) المكّرة ، (ولا أَظُنُّ أَنَّ القائل بالصحة) ، وهما صاحبا الرياض ومفتاح الكرامة (يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل) ، فلا بدّ من إرادته ما جرت عليه السيرة على الإجمال ، وهو إحالة على المجهول ، ولا يمكن الإلتزام به .

(وكيف كان) سواء يلتزم القائل بالصحة بالعمل بالسيرة بهذا التفصيل أم لا ، (فالظاهر أَنَّ هذا القول أيضاً) مثل قول المحدث الكاشاني (مخالف لما) هو المشهور من عدم الجواز مطلقاً ، كما (يظهر منهم) .

(وقد عرفت) ص ١٩٧ (حكم العلامة في التذكرة) - قد تقدّم أَنَّ هذا الفرع مذكور في النهاية لا التذكرة - (بعدم جواز رد المال إلى الصبي إذا دَفَعَهُ إلى الناقد لينقده ، أو المتاع الذي دَفَعَهُ إلى المقوم ليقومه ، مع كونه) أي الصبي (غالباً في هذه المقامات بمنزلة) الوسطة و (الآلة للولي ، وكذا) عرفت (حكمه بالمنع من)

ردّ مال الطفل إليه بإذن الولي، مع أنّه بمنزلة الآلة في ذلك غالباً .
 وقال كاشف الغطاء (رحمه الله) - بعد المنع عن صحّة عقد الصبي أصالةً ووكالةً - ما لفظه : نعم ، ثبت الإباحة في معاملة المميّزين إذا جلسوا مقام أوليائهم ، أو تظاهروا على رؤوس الأشهاد حتّى يُظنّ أنّ ذلك من إذن الأولياء ، خصوصاً في المحقرّات ، ثمّ قال : ولو قيل بتمكّك الآخذ منهم لدلالة مأذونيّته في جميع التصرفّات فيكون موجّباً قابلاً ، لم يكن بعيداً ، انتهى .

إقباض المال إلى الصبي ، و (ردّ مال الطفل إليه) حتّى (بإذن الولي ، مع أنّه بمنزلة الآلة في ذلك غالباً) .

(وقال) الشيخ جعفر (كاشف الغطاء (رحمه الله) في كشف الغطاء : ٤٩ - ٥٠ في كتاب البيع (- بعد) التزامه بما هو المشهور من (المنع عن صحّة عقد الصبي) ومعاملاته (أصالةً ووكالةً -) ، بحيث يكون أحد طرفي العقد إيجاباً أو قبولاً ، (ما) هذا (لفظه : نعم ، ثبت الإباحة في معاملة المميّزين إذا جلسوا) في الدكاكين والمحلات (مقام أوليائهم ، أو تظاهروا) علناً من دون خفاء (على رؤوس الأشهاد حتّى يُظنّ أنّ ذلك من إذن الأولياء) ، وكأنّهم وكلاء عنهم في إجراء المعاملات ، (خصوصاً في المحقرّات ، ثمّ قال : ولو قيل بتمكّك الآخذ منهم لدلالة مأذونيّته) أي الصبي المميّز من قبل وليّه (في جميع التصرفّات) من إجراء عقد البيع ، والتملك والتملك ، وقبض الثمن أو المثمن ، (فيكون) آخذ المال من الطفل المميّز (موجّباً) أصالةً من قبل نفسه و (قابلاً) من قبل الولي (لم يكن بعيداً ، انتهى) .

وحاصل كلامه : أنّ المتعامل مع الصبي يملك ما أخذه منه بشرطين : الأوّل : تمييز الصبي ، فلا عبرة بمعاملة غير المميّز ، والثاني : حصول الظنّ أو العلم بإذن الولي له في المعاملة .

ويرد على ما أفاده : أنّ إباحة التصرف في المأخوذ من الصبي إمّا أن تحصل

أما التصرف والمعاملة بإذن الأولياء - سواء كان على وجه البيع أو المعاوضة - فهو الذي قد عرفت أنه خلاف المشهور والمعروف حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع في المعاوضة ؛ لأنها تصرف لا محالة وإن لم يكن بيعاً ، بل ولا معاوضة .

وإن أراد بذلك أن إذن الولي ورضاه المنكشف بمعاملة الصبي هو المفيد للإباحة ، لا نفس المعاملة - كما ذكره بعضهم في إذن الولي في إعارة الصبي - فتوضيحه ما ذكره بعض المحققين من تلامذته ، وهو : أنه لما كان بناء

بنفس إنشائه مستقلاً - على نحو الموضوعية - ، وإما أن تحصل به من جهة كشفه عن إذن الولي - على نحو الطريقة -

(أما) على الفرض الأول ، وهو (التصرف والمعاملة) مستقلاً ، لكن (بإذن الأولياء - سواء كان على وجه) وقوع (البيع) اللفظي بإنشاء العقد (أو) وقوعه بالعمل و (المعاوضة - فهو الذي قد عرفت أنه خلاف المشهور والمعروف) بين الأصحاب (حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع) بالصيغة (في المعاوضة) - كما تقدّم الكلام فيه : ج ٤ ص ١٤٧ - (لأنها تصرف لا محالة وإن لم يكن بيعاً ، بل ولا معاوضة) ، وقد تقدّم ص ١٧٢ أن العلامة ادعى في التذكرة ج ٢ ص ٧٣ وجود النصّ والإجماع على حجب الصبي عن كلّ تصرف .

(و) أما على الفرض الثاني - (إن أراد بذلك) أي بحصول الإباحة في المأخوذ من الصبي (أن إذن الولي ورضاه المنكشف بمعاملة الصبي) على نحو الطريقة (هو المفيد للإباحة ، لا نفس المعاملة - كما ذكره بعضهم في إذن الولي في إعارة الصبي -) مثل المحقق الكركي في جامع المقاصد : ج ٦ ص ٦٥ ، والشهيد الثاني في المسالك ج ٥ ص ١٣٦ ، (فتوضيحه ما ذكره بعض المحققين من تلامذته) وهو الشيخ أسد الله الشوشتری الكاظميني في المقابس : ص ١١٣ ، (وهو : أنه لما كان بناء)

المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتَّفَقَ ، وكانت مفيدة لإباحة التصرّف خاصةً - كما هو المشهور - ، وجرت عادة الناس بالتسامح في الأشياء اليسيرة والرضا باعتماد غيرهم في التصرّف فيها على الأمارات المفيدة للظنّ بالرضا في المعاوزات ، وكان الغالب في الأشياء التي يُعتمد فيها على قول الصبيّ تعيين القيمة ، أو الإختلاف الذي يُتسامح به في العادة ، فلأجل ذلك صحّ القول بالإعتماد على ما يصدر من الصبيّ من صورة البيع والشراء مع الشروط

تحقّق (المعاطاة على حصول المراضاة) من الطرفين في التصرّف في مالهما (كيف اتَّفَقَ) أي من دون توقّف على التعاطي من الطرفين ، ولا من طرف واحد ، بل يكفي وصول كلّ من المالين إلى الطرف الآخر ، كأخذ الماء والبقل مع غيبة السقاء أو بائع الخضر ، ووضع الفلس في المكان المعدّ له على ما تقدّم تفصيله في: ج ٤ ص ١٦٣ في التنبيه الثاني من تنبيهات المعاطاة.

هذا أولاً ، (و) ثانياً: لمّا (كانت) المعاطاة (مفيدة لإباحة التصرّف خاصةً - كما هو المشهور -) لا الملك ، كما هو قول آخرين ، كالمحقّق الكرّكي ، وقوّاہ الشيخ كما تقدّم: ج ٤ ص ٨١ ، (و) ثالثاً: قد (جرت عادة الناس بالتسامح في الأشياء اليسيرة والرضا باعتماد غيرهم) من المشتريين (في التصرّف فيها) أي في الأشياء اليسيرة (على الأمارات المفيدة للظنّ بالرضا في المعاوزات ، و) رابعاً: لمّا (كان الغالب في الأشياء التي يُعتمد فيها على قول الصبيّ) هو الأمتعة الحقيرة الرخيصة بعد (تعيين القيمة) للصبيّ من قبل الوليّ دقيقاً ، (أو) مع (الإختلاف الذي يُتسامح به في العادة) بأن قال الصبيّ قيمةً ولم يتنازل عنها أصلاً ، أو تنازل قليلاً ، كما لو قال: عشرة ، ثمّ تنازل إلى تسعة ، لا إلى خمسة مثلاً.

(فلأجل ذلك) الذي ذكرنا من المقدّمات الأربعة (صحّ القول بالإعتماد على ما يصدر من الصبيّ من صورة البيع والشراء) وإن كان حقيقياً (مع الشروط

المذكورة ، كما يُعتمد عليه في الإذن في دخول الدار وفي إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات الصدق ، بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوده ، وقد استند فيه في التذكرة إلى تسامح السلف .

وبالجملة ، فالإعتماد في الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ والإعطاء ، مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف ، لا على قول الصبي ومعاملته من حيث أنه كذلك ، وكثيراً ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد ، من غير وجود ذي يد أصلاً ، مع شهادة الحال بذلك ،

المذكورة (الأربعة) ، (كما يُعتمد عليه) أي على ما يصدر من الصبي (في الإذن في دخول الدار وفي إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات الصدق ، بل ما ذكرنا) من الإعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع والشراء (أولى بالجواز من الهدية من وجوده) عديدة ، منها : تخصيص المال في المقام بالأشياء اليسيرة ، وعدم تقييد الهدية بذلك ، ومنها : جلوس الصبي مقام وليه على رؤوس الأشهاد ، وبمرأى ومنظر الناس للبيع والشراء بخلاف إيصال الهدية ، ومنها : الإلتزام بإفادة معاملته للإباحة لا الملك ، وأما الهدية ، فالظاهر أنها تفيد الملك للمهدى إليه ، ومنها : أن المعاملة في المقام تشتمل على العوض بخلاف الهدية ، فإنها تكون بلا عوض غالباً . (وقد استند فيه) أي في الحكم بإباحة الدخول في الدار ، وجواز التصرف في الهدية ، كالعلامة (في التذكرة) : ج ١ ص ٤٦٢ ، وتقدم عنه ص ٢٠٠ (إلى تسامح السلف) .

(وبالجملة ، فالإعتماد) في معاملة الصبي (في الحقيقة على) الإمارات المفيدة للظن (الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ والإعطاء ، مع البناء على ما هو الغالب من كونه) أي المالك (صحيح التصرف) شرعاً بأن لا يكون محجوراً عليه بأحد أسباب الحجر ، (لا على) خصوص (قول الصبي ومعاملته من حيث أنه كذلك) ، أي الصبي لا يكشف فعله عن إذن الولي .

كما في دخول الحمام ووضع الأجرة وعوض الماء التالف في الصندوق، وكما في أخذ الخضر الموضوعة للبيع، وشرب ماء السقائين ووضع القيمة المتعارفة في الموضع المعد لها، وغير ذلك من الأمور التي جرت العادة بها، كما يعتمد على مثل ذلك في غير المعاوضات من أنواع التصرفات .

فالتحقيق: أن هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب ولا منافياً له،

(و) نظير هذا الإعتماد على إذن المالك من جلوس الصبي مقام وليه أنه (كثيراً ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد، من غير وجود ذي يد أصلاً، مع شهادة الحال بذلك) الإذن، (كما في دخول الحمام) في غياب الحامي، (ووضع الأجرة وعوض الماء التالف) وسائر التصرفات (في الصندوق) المعد للفلوس، (وكما في أخذ الخضر الموضوعة للبيع، وشرب ماء السقائين ووضع القيمة المتعارفة في الموضع المعد لها، وغير ذلك من الأمور التي جرت العادة بها)، كأخذ الصحف اليومية وجعل القيمة مكانها؛ لوجود شاهد الحال القوي في جواز التصرف والرضا به، كما تقدّم هذا في ج ٤ ص ١٦٣ في التنبيه الثاني من تنبيهات المعاطاة.

(كما يعتمد على مثل ذلك) الإذن المستفاد من حال المالك (في غير المعاوضات من أنواع التصرفات)، كالجلوس في البساتين، بل الصلاة فيها، والإستفادة من شخاط الغير، بل سيجارته، والمطالعة من الصحف، بل الكتب، الموضوعة في صف الجماعة، وسبحة الغير مع غيبته.

(فالتحقيق: أن هذا) الذي ذكره كاشف الغطاء، من إفادة المعاملة مع الصبي المميز الجالس مقام وليه، إباحة التصرف (ليس مستثنى من كلام الأصحاب) ببطان معاملة الصبي مطلقاً، بل ولا داخلاً في موضوع كلامهم حتى يكون الحكم به مخصصاً له (ولا منافياً له)؛ لأن موضوع كلامهم هو معاملة الصبي، والتقريب المذكور في كلام كاشف الغطاء يُخرجه عن معاملة الصبيان ويُدخله في معاملة البالغين.

ولا يُعتمد على ذلك أيضاً في مقام الدعوى ، ولا فيما إذا طالب المالك بحقه وأظهر عدم الرضا ، انتهى .

وحاصله : أنَّ مناط الإباحة ومدارها في المعاطاة ليس على وجود تعاطٍ قائم بشخصين أو بشخص مُنزَلٍ منزلة شخصين ، بل على تحقُّق الرضا من كلِّ منهما بتصرُّف صاحبه في ماله ، حتَّى لو فرضنا أنَّه حصل مالٌ كلِّ منهما

(و) لما ذكرنا (لا يُعتمد على ذلك) أي الأخذ من الصبيِّ المميَّز الجالس مقام وليِّه (أيضاً في مقام الدعوى) ، والإختلاف بين المالك والآخذ ، إذ أُتلف المأخوذ من الصبيِّ فادَّعى المشتري الإذن من المالك استناداً إلى ظهور عمل الصبيِّ ، وأنَّ الضمان يكون بالثمن المسمَّى الجعلي ، والمالك أنكر الإذن وطلب من المشتري الثمن المثل الواقعي ، فهنا لا يعتمد على قول المشتري ، ولا يُقدِّم قوله - وإن كان موافقاً للظاهر - بل يُقدِّم قول المالك الموافق لأصالة عدم الإذن .

نعم ، إذا كان المأخوذ من الصبيِّ موجوداً ، فلا ثمة للإختلاف بينهما ؛ إذ المفروض جواز الترادف في المعاطاة مع بقاء العينين ، كما تقدَّم ج ٤ ص ٨١ في الأقوال في المعاطاة .

(و) كذا (لا) يعتمد على الأخذ من الصبيِّ (فيما إذا طالب المالك بحقه وأظهر عدم الرضا) بالمعاملة من حين وقوعها مع الصبيِّ ، فيجب على الآخذ ردَّ العين المأخوذة مع وجودها ، (انتهى) كلام المقابس .

(وحاصله) أي حاصل ما أفاده المحقِّق تلميذ كاشف الغطاء في توضيح كلام أستاذه هو : (أنَّ مناط الإباحة ومدارها في المعاطاة) الواقعة بين الصبيِّ وطرف معاملته (ليس على وجود تعاطٍ قائم بشخصين أو بشخص) واحد (مُنزَلٍ منزلة شخصين) كما في الأمثلة المتقدِّمة من وضع الفلَّس في صندوق الحمايِّ وغيره ، (بل) المناط (على تحقُّق الرضا من كلِّ منهما بتصرُّف صاحبه في ماله ، حتَّى لو فرضنا أنَّه حصل مالٌ كلِّ منهما

عند صاحبه باتفاق - كإطارة الريح ونحوها - فتراضيا على التصرف بإخبار صبي أو بغيره من الأمارات - كالكتابة ونحوها - كان هذه معاطاة أيضاً، ولذا يكون وصول الهدية إلى المهدى إليه على يد الطفل - الكاشف إيصاله عن رضا المهدى بالتصرف، بل التملك - كافياً في إباحة الهدية، بل في تملكها.

وفيه: أن ذلك حسن، إلا أنه موقوف أولاً على ثبوت حكم المعاطاة دون إنشاء إباحة وتمليك، وأنه يكتفى «والإكتفاء خد» فيها بمجرد الرضا.

عند صاحبه باتفاق (وصدفة غير مترقبة (- كإطارة الريح ونحوها -) مثل أخذ الهرة أو إيصاله إلى غير المالك بأدوات كهربائية في زماننا المسمى بـ «رُبُط»، مع الأخذ برضا مالكة بالتصرف فيه، (فتراضيا) أي المالك (على التصرف) في مالها، وحصل العلم بهذا التراضي (بإخبار صبي أو بغيره من الأمارات - كالكتابة ونحوها -) مثل جعل المال في محلّ يكشف ذلك عن جواز التصرف فيه، كما شاهدنا في طريق النجف إلى كربلاء - أيام الزيارات المخصوصة، كعرفة والأربعين - (فكان هذه معاطاة أيضاً، ولذا يكون وصول الهدية إلى المهدى إليه على يد الطفل - الكاشف إيصاله عن رضا المهدى بالتصرف، بل التملك - كافياً) «خبر لقوله: «يكون» (في إباحة الهدية، بل في تملكها).

(وفيه: أن ذلك) أي الإكتفاء في المعاطاة بمجرد رضا المالك (حسن، إلا أنه موقوف أولاً على ثبوت حكم المعاطاة دون) إجراء (إنشاء إباحة) للتصرف (وتمليك) لا لفظاً ولا عملاً، فلا يكون هناك عقد قولي أو فعلي، ولا فرق في توقف الملك أو الإباحة بين عقد إنشاء لفظي وبين التعاطي العملي، (وأنه يكتفى) كذا في سائر النسخ، وفي بعضها: «(والإكتفاء خد) فيها بمجرد الرضا» في التصرف. المنكشف في المقام من جلوس الصبي مقام الولي، وقد تقدّم بيان ذلك في آخر التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة ج ٤ ص ٢٤٧، وقلنا: إن الحكم بذلك ليس يبعد على القول بالإباحة.

ودعوى : حصول الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبي .

مدفوعة : بأنه إنشاء إباحة لشخص غير معلوم ، ومثله غير معلوم

الدخول في حكم المعاطاة ، مع العلم بخروجه عن موضوعها .

وبه يفرّق بين ما نحن فيه ، ومسألة إيصال الهدية بيد الطفل ؛ فإنه يمكن

فيه دعوى كون دفعها إليه للإيصال إباحة أو تملكاً « تملكاً خد » ، كما ذكر أنّ

إذن الولي الصبي في الإعارة إذن في انتفاع المستعير .

(ودعوى : حصول الإنشاء) العملي (بدفع الولي المال إلى الصبي)

وإجلاله مقامه للمعاملة مع الناس ، (مدفوعة : بأنه إنشاء إباحة لشخص) مجهول

(غير معلوم) ؛ إذ لا يعلم الولي حين دفع المال إلى الصبي أنّه من يتعامل معه ويأخذ

المتاع منه بعد ذلك ، (ومثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة) من إفاداتها

الإباحة ، كما هو المشهور أو الملك المتزلزل ، كما اختاره المحقق الكركي ، وقوّاه الشيخ

على ما تقدّم ج ٤ ص ٨١ في الأقوال في المعاطاة (مع العلم بخروجه عن

موضوعها) ، كما هو واضح .

(و) أمّا قياس معاملة الصبي بإيصاله الهدية إلى المهدى إليه ، وكذا بإذنه في

دخول الدار ، كما في كلام المحقق صاحب المقابس ، فهو قياس مع الفارق ؛ إذ (به) أي

بما ذكرنا من جهالة المشتري في المعاملة مع الصبي ، وكونه كلياً - أعني : « عنوان من

عامل معه » - (يفرّق بين ما نحن فيه ، ومسألة إيصال الهدية بيد الطفل ؛ فإنه

يمكن فيه دعوى كون دفعها إليه) إنّما هو (للإيصال) إلى شخص معيّن بإذنه ، فيفيد

هذا الإيصال (إباحة أو تملكاً « تملكاً خد » ، كما ذكر) بعض الأصحاب (أنّ إذن

الولي الصبي في الإعارة) للشيء المعيّن إلى شخص معيّن (إذن في انتفاع

المستعير) بخصوصه بالعين المعارة ، كما هو الحال في إذن الصبي في الدخول في الدار

لشخص معيّن ، فإنه إباحة لدخوله بالخصوص لا كلّ من يدخل كائناً من كان ، فالرضا

وأما دخول الحَمَام وشرب الماء ووضع الأجرة والقيمة ، فلو حُكِم بصحَّتْها - بناءً على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالية عن الإنشاء - انحصرت صحّة وساطة الصبّي فيما يُكتفى « يكفي خد » فيه بمجرد وصول العوضين ، دون ما لا يكفي « يكتفى خد » فيه .
والحاصل : أنّ دفع الصبّي وقبضه بحكم العدم ،

بالتصرّف في هذه الموارد أجنبيّ عن المعاملة مع الصبيان.

(وأما) مسألتا (دخول الحَمَام و) كذا (شرب الماء) من ظرف السقاء ، (ووضع الأجرة والقيمة) في الصندوق ، اللّتا ذكرهما المحقّق صاحب المقابس مثلاً للإستفادة من المال بالأذن الحاصل من شهادة الحال ، (فلو حُكِم بصحَّتْها - بناءً على ما ذكرنا) أنفاً ص ٢١٤ وفي باب المعاطاة ج ٤ ص ٢٤٧ (من حصول المعاطاة) موضوعاً وحكماً (بمجرد المراضاة) من الطرفين (الخالية عن الإنشاء - انحصرت صحّة وساطة الصبّي فيما يُكتفى « يكفي خد » فيه بمجرد وصول العوضين) من الأشياء اليسيرة (دون ما لا يكفي « يكتفى خد » فيه) ، والوجه في الإكتفاء به : قيام السيرة على ذلك في مثل هاتين المسألتين .

قال الشارح: لو كان دليل الجواز في مسألتَي الحَمَام وشرب الماء ونحوهما هو السيرة ، فلعمري أنّها جارية في معاملات الصبّي أيضاً ، ولا سيّما في المحقّرات ، ومع كونه مميّزاً وآلّة كما فرضه كاشف الغطاء ، فما أدري لماذا استشكل الشيخ ﷺ فيها في المقام باحتمال كونها ناشئة عن عدم المبالاة في الدين ، كما تقدّم ص ٢٠٦ ، وتقبّلها في مسألتَي الحَمَام وشرب الماء ونحوهما « بقبول حسن » .

(والحاصل : أنّ دفع الصبّي) المال إلى شخصٍ (و) كذا (قبضه بحكم العدم) ، كما اعترف به كاشف الغطاء ، لكنّه صحّحه من جهة كونه كالألّة ، وأنّ الدافع والقابض في الحقيقة هو الوليّ ،

فكُلُّ ما يكتفى فيه بوصول كُلِّ من العوضين إلى صاحب الآخر بأيِّ وجهٍ اتَّفَقَ ،
فلا يضُرُّ مباشرة الصبيِّ لمَقَدِّمات الوصول .

ثُمَّ إِنَّ ما ذُكِرَ مختصّاً بما إذا علم إذن شخصٍ بالغ عاقل للصبيِّ ، وليّاً
كان أم غيره .

وأما ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً : من صيرورة الشخص موجباً قابلاً ،
ففيه : أولاً : أَنْ تولّيَ وظيفة الغائب - وهو مَنْ أَذِنَ للصغير - إِنْ كان بإذْنٍ منه ،
فالمفروض انتفاؤه ،

(فكُلُّ ما يكتفى فيه بوصول كُلِّ من العوضين إلى صاحب الآخر بأيِّ وجهٍ
اتَّفَقَ) ، كما في الأمثلة المتقدِّمة من إطارة الريح وغيره ، (فلا يضُرُّ مباشرة الصبيِّ
لمَقَدِّمات الوصول) : لأنَّه واسطة في مجرّد الإيصال ، ولا يلتفت إليه بالاستقلال .

(ثُمَّ إِنَّ ما ذُكِرَ) في كلام تلميذ كاشف الغطاء - أعني المحقِّق صاحب المقابس -
في وجه تصحيح معاملة الصبيِّ إذا جلس مقام وليِّه - من كون المناط في إباحة ما أُخِذَ منه
هو تراضي المالكين في التصرّف في مال كُلِّ منهما - فهو (مختصٌّ بما إذا علم) من
القرائن (إذن شخصٍ بالغ عاقل للصبيِّ ، وليّاً كان أم غيره) ، ولا يجري في جميع
معاملاته الواقعة مع الصبيِّ الجالس مكان وليِّه ، مع أنَّ ظاهر كلامه كون المدّعى هو هذا
العموم . إذن فالدليل أخصّ من المدّعى ، كما هو ظاهر .

(وأما ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً) في ذيل كلامه (من صيرورة
الشخص) المتعامل مع الصبيِّ المميّز الجالس مجلس وليِّه (موجباً قابلاً) ، ولا يبعد
أن يترتّب الملك على المعاملة معه - لا الإباحة - لإجراء العقد اللفظي إيجاباً وقبولاً .

(ففيه : أولاً : أَنْ تولّيَ وظيفة الغائب - وهو مَنْ أَذِنَ للصغير -) في
المعاملة ، سواء كان وليِّه أم غيره ، (إِنْ كان) هذا التولّي (بإذْنٍ منه ، فالمفروض
انتفاؤه) في المقام ؛ لعدم فرض توكيله للمشتري في إجراء العقد ؛ إذ المشتري غير معلوم

وإن كان بمجرّد العلم برضاه ، فالإكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضوليّ مشكّل ، بل ممنوع .

وثانياً: إنّ المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيابة عنّ أذن للصبيّ .

ثمّ إنّّه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآليّة بالصبيّ ، ولا بالأشياء الحقيرة ، بل هو جارٍ في المجنون والسكران ، بل البهائم ،

عنده ، (وإن كان) هذا التولّي حاصلأ (بمجرّد العلم برضاه) أي برضا المالك من غير توكيل ، (فالإكتفاء به) أي بمجرّد العلم (في الخروج عن موضوع الفضوليّ مشكّل ، بل ممنوع)؛ لما يجيء في بحث الفضوليّ ص ٣٤٦ وص ٣٥٥ من عدم صدق التوكيل عن المالك بمجرّد علم العاقد برضاه بالمعاملة ، بل يعدّ هذا من العقد الفضولي عرفاً ، فيحتاج إلى مراجعة المالك للإجازة ، والمفروض في المقام عدم رجوع المشتري إلى وليّ الطفل - بعد المعاملة - للإمضاء أصلاً . ومن المعلوم أنّ صحّة عقد الفضولي موقوفة على إجازة المالك .

(و) يرد على ما أفاده كاشف الغطاء (ثانياً: إنّ المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيابة عنّ أذن للصبيّ) ، فلا يقصد إيجاب البيع نيابة عنه ، بل إنّما يقصد خصوص القبول فقط الذي هو وظيفة المشتري ، وعلى هذا فالعقد باطل لخلوّه عن الإيجاب رأساً ، فهو يفيد الإباحة لا الملك إن تمّت شرائط المعاطة .

(ثمّ إنّّه) يرد على ما ذكره صاحب الرياض وكاشف الغطاء وصاحب المقابس وغيرهم ممّن يصحّح معاملة الصبيّ في الأشياء اليسيرة بكونه آله ، بأنّه : (لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآليّة بالصبيّ ، ولا بالأشياء الحقيرة ، بل هو جارٍ في المجنون والسكران ، بل البهائم) والحيوانات ، وكلّ آلة تُجعل وسيلةً لإيصال المال إلى المشتري ، كالأدوات الكهربائيّة كالرُّبَط ، والسيّارات والطائرات التي لا تحتاج

وفي الأمور الخطيرة؛ إذ المعاملة إذا كانت في الحقيقة بين الكبار وكان الصغير آلة، فلا فرق في الآلية بينه وبين غيره.

نعم، من تمسك في ذلك بالسيرة من غير أن يتجشم لإدخال ذلك تحت القاعدة، فله تخصيص ذلك بالصبي؛ لأنه المتيقن من موردها، كما أن ذلك مختص بالمحقرات.

مسألة

ومن جملة شرائط المتعاقدين: قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به.

إلى سائق وخبان من الأمور المخترعة في زماننا.

(و) كذا يجري ما ذكره (في الأمور الخطيرة) الثمينة؛ (إذ المعاملة إذا كانت في الحقيقة بين الكبار) والبالغين العاقلين القاصدين للمعاملة الجامعة للشرائط (وكان الصغير) مجرد (آلة، فلا فرق في الآلية بينه وبين غيره)، أي البالغ، فلا وجه للاقتصار بالصبي وبالأشياء اليسيرة.

(نعم، من تمسك في ذلك) أي في جواز المعاملة مع الصبي (بالسيرة) المستمرة التي هي دليل تعبدّي لبي (من غير أن يتجشم لإدخال ذلك تحت القاعدة) من عنوان البيع بالصيغة أو المعاوضة لتشمله عمومات «أوفوا بالعقود» و«تجارة عن تراض» و«حلّ الله البيع»، (فله) أي فـ«لمن تمسك بالسيرة» (تخصيص ذلك) الجواز (بالصبي؛ لأنه المتيقن من موردها، كما أن ذلك مختص بالمحقرات) فقط؛ فإن السيرة إنما جرت في معاملات الصبي والأمور اليسيرة الحقيرة، ولا بد من الاقتصار على موردها؛ لأنّ الدليل اللبّي لا عموم له، فتدبر.

(مسألة: ومن جملة شرائط المتعاقدين: قصدهما) الجدّي لا الإستعمالي (لمدلول العقد الذي يتلفظان به) في الخارج بإرادة تحقق مضمونه واقعاً في وعاء الإعتبار، من البيع والشراء والنكاح والإجارة وغيرها.

وإشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقد، بل في تحقق مفهومه ممّا لا خلاف فيه ولا إشكال، فلا يقع من دون قصدٍ إلى اللفظ كما في الغالط، أو إلى المعنى - لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلّق إرادته «به خد» وإن أوجد مدلوله بالإنشاء، كما في الأمر الصوري، فهو شبيه الكذب في الإخبار - كما في الهازل، أو قَصَدَ معنىً يغيّر مدلول العقد، بأن قَصَدَ الإخبار

(وإشتراط القصد بهذا المعنى) أي بمعنى القصد الجدّي بوقوع مدلول العقد في الخارج (في صحة العقد) بحسب الحكم، (بل في تحقق مفهومه) بحسب الموضوع (ممّا لا خلاف فيه ولا إشكال) وهو من المسلّمات عند الكلّ، ولا يخفى عليك أنّ هذا الشرط مقوّم لتحقيق مفهوم العقد ومدلوله، وبدونه لا يتحقّق موضوع العقد أصلاً، وهذا بخلاف اشتراط البلوغ أو العقل في صحّته، فإنّه أمر اعتبره الشارع في المتعاقدين، وبدونه يصدق العقد عرفاً أيضاً، ولهذا أضرّب الشيخ ﷺ عن جعل القصد شرطاً للصحة حكماً، فقال: «بل في تحقق مفهومه» أي موضوعاً، (فلا يقع) عقدٌ (من دون قصدٍ إلى اللفظ كما في الغالط) الذي لا يعلم المعنى أو يريد التكلّم بلفظٍ فيسبق لسانه ويتكلّم بلفظ آخر فيقول: «أنكحت» بدلاً عن «بعت»، (أو) من دون قصدٍ (إلى المعنى) كالهازل والنائم، يعني (- لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه) من حيث اللغة، (بل بمعنى عدم تعلّق إرادته «به خد») الجدّيّة (وإن أوجد مدلوله بالإنشاء، كما في الأمر الصوري) بأن يقول: «إضرّب» بقصد الإختبار أو السخرية أو التهديد = اگر راست می گوئی «بزن» «ده بزن هان» (فهو شبيه الكذب في الإخبار -) كما إذا أخبر بشيء غير مطابق للواقع، كمجيء زيد من السفر، وهو يعلم أنّه لم يجيء، (كما في الهازل، أو قَصَدَ) بالإنشاء (معنىً يغيّر مدلول العقد) الإنشائي، وهو النقل والانتقال في البيع، (بأن قَصَدَ الإخبار) والحكاية، فيقول: «بعت داري»،

أو الإستفهام، أو أنشأ معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً، فلا يقع البيع لعدم القصد إليه، ولا المقصود إذا اشترط فيه عبارة خاصة.

ثم إنّه ربّما يقال بعدم تحقّق القصد في عقد الفضولي والمكره، كما صرّح به في المسالك، حيث قال: إنّهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله.

وأراد بيعه في العام الماضي، (أو) أراد (الإستفهام، أو أنشأ معنى غير البيع مجازاً) فيريد بقوله: «بعتك داري» بيع منافعها الذي هو الإجارة، (أو غلطاً)، فقال: «بعت داري» وتخيّل أنّ معنى البيع هو الوصيّة، (فلا يقع البيع) هنا (لعدم القصد إليه)، كما (ولا) يقع (المقصود) المجازي، وهو الإجارة أو الوصيّة في المثالين (إذا اشترط فيه) أي في ذلك المقصود (عبارة خاصة)، كما احتمل في الإجارة أنّها لا تقع بقوله: «بعتك منفعة الدار» لاعتبار الصراحة في العقد^(١).

(ثمّ إنّه ربّما يقال) بناءً على ما تقدّم من اعتبار القصد الجدّي لمدلول العقد، لزم بطلان عقد الفضولي والمكره رأساً، وعدم قابليتهما للإجارة؛ وذلك (بعدم تحقّق القصد) الجدّي (في عقد الفضولي والمكره، كما صرّح به) الشهيد الثاني (في المسالك) ج ٣ ص ١٥٦، وكذا في شرح اللمعة: ج ٣ ص ٢٢٦، (حيث قال) ما مضمونه: (إنّهما قاصدان إلى) مجرّد التكلّم بـ (اللفظ دون مدلوله) الجدّي من النقل والانتقال، أمّا الفضولي؛ فلعلّيه بعدم تأثير عقد غير المالك للعوضين، فيكون تلفظه بالعقد مجرّد لقلّة لسان، كالهازل. قال الشاعر الفارسي:

در کار کسان مکن دخالت هرگز خود را نخود میان هر آش مکن

وأما المكره، فلأنّ السبب في إنشائه العقد هو الخوف من توعيد المكره - بالكسر - فيجرى العقد تخلّصاً منه من دون إرادة المعاملة والنقل والانتقال واقعاً.

وفيه : أنه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد ؛ مضافاً إلى ما سيجيء في أدلة الفضولي ، وأما معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار .
واعلم أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه كلاماً في هذا المقام ،

(وفيه : أنه) يتحقق القصد الجدّي بالمعاملة في كلا الموردين ، أما الفضولي فلائه وإن كان غير مالكٍ للعوizin ، لكنه يتمشى منه قصد الجدّي إلى مدلول العقد برجاء إمضائه من قبل المالك ، كما سيأتي بيان ذلك في بابه ص ٣٥١ ، وأما المكروه فلائه قاصد لمدلول العقد من النقل والانتقال جداً تخلصاً عن شرّ المكروه - بالكسر - لعلمه بأنه لا يرضى إلا بذلك المدلول الجدّي ، والمفقود إنما هو طيب النفس بذلك ، وحينئذٍ (لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد) ، فيكون إنشاء الفضولي والمكروه للعقد جزء المؤثر ، ويتم تأثيره بلحوق الرضا من المالك ، كما هو المشروط في كلا الموردين ؛ (مضافاً إلى ما سيجيء في أدلة الفضولي) ص من صحة البيع مع الإجازة بدليل وجود الإجماع على صحة نكاح الفضولي ، وكذا بيع المكروه بحق ، وأنّ المعتبر في صحة العقد هو هذا القدر من القصد الموجود فيهما وكفايته في تحققهما شرعاً . (وأما معنى ما في المسالك) وشرح اللمعة ، (فسيأتي في اشتراط الاختيار) ص ٢٤٩ ، وكذلك ص ٢٥٢ من أنه ﷺ لم يرد من انتفاء القصد في الفضولي والمكروه : الإرادة الجدّية أو الإرادة الإستعمالية لألفاظ العقد ، بل إنما أراد انتفاء وقوع أثر العقد ومضمونه الواقعي بطيب نفسه ، كما يظهر ذلك لمن راجع كلامه في الكتابين ، فراجع .

(واعلم أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه) وهو الفقيه المحقق الشيخ أسد الله الشوشري الكاظميني في المقابس كتاب البيع ص ١١٥ (كلاماً في هذا المقام) ، أي في مسألة اعتبار قصد العاقد لمدلول العقد

في أنه هل يعتبر تعيين المالكين اللذين يتحقق النقل والانتقال بالنسبة إليهما أم لا ؟ وذكر : أن في المسألة أوجهاً وأقوالاً ، وأن المسألة في غاية الإشكال ، وأنه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه ، ثم قال : وتحقيق المسألة : أنه إن توقّف تعيين المالك على التعيين حال العقد ؛ لتعدّد وجه وقوعه الممكن شرعاً ، اعتُبر تعيينه في النية ، أو مع اللفظ به أيضاً ، كبيع الوكيل والوليّ العاقد

(في أنه هل يعتبر تعيين) العاقد في متن العقد لفظاً أو قصداً ، خصوص (المالكين اللذين يتحقق النقل والانتقال بالنسبة إليهما) وهما البائع الذي يباشر الإيجاب - وهو مالك المبيع - ، والمشتري الذي يباشر القبول - وهو مالك الثمن - (أم لا ؟) يعتبر ذلك بإمكان تملكٍ مطلقٍ أو مهملٍ من دون تعيين طرفي الملكية من البائع والمشتري ، (وذكر : أن في المسألة أوجهاً وأقوالاً ، وأن المسألة في غاية الإشكال ، وأنه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه) كالبيع والصلح والإجارة ، (ثم) لا يخفى أنه تظهر الثمرة في بيع الكلّي في الذمة ، كأن يبيع شاةً بأوصاف معيّنة بعشرة آلاف تومان ، أو عشر كيلوات من الحنطة بخمس كيلوات من الأرز ، وكان العاقد وكيلاً أو وليّاً عن أشخاص في البيع والشراء ، وأما العقد على العين المعيّنة ، كهذا الكتاب أو هذه الدار ، أو على الكلّي المضاف إلى ذمة شخصٍ مخصوص كشاةٍ كذايّة في ذمة زيد بمن معيّنة في ذمة عمرو ، فهذا لا إشكال ولا كلام فيه ؛ لكون المالك في طرفي المبيع والثمن معيّناً لا محالة ، ولما ذكرنا (قال) ذلك المحقّق : (وتحقيق المسألة : أنه إن توقّف تعيين المالك على التعيين) لفظاً أو قصداً (حال العقد ؛ لتعدّد وجه وقوعه الممكن شرعاً) بأن كان البائع أو المشتري وكيلاً أو وليّاً عن أشخاص متعدّدة في البيع والشراء ، فهنا (اعتُبر تعيينه في النية ، أو مع اللفظ) - في المقابس : «التلفظ» - (به أيضاً ، كبيع الوكيل والوليّ العاقد)

عن اثنين في بيع واحد، والوكيل عنهما، والولي عليهما في البيوع المتعددة، فيجب أن يُعَيَّن من يقع له البيع أو الشراء، من نفسه أو غيره، وأن يُمَيَّز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كل منهما. فإذا عَيِّن جهة خاصة تعيَّنت، وإن أطلق: فإن كان هناك جهة يُصرف إليها الإطلاق، كان التعيين - كما لو دار الأمر بين نفسه وغيره

وكالـ (عن اثنين في بيع واحد) كأن يقول وكيل البائع لوكيل المشتري: بعت شاةً، أو منّا من الأرز في ذمة زيد من عمرو بعشرة آلاف تومان في ذمته، (و) كذلك الحال في (الوكيل عنهما) جميعاً، (و) كذا (الولي عليهما في البيوع المتعددة، فيجب) على هذا العاقد (أن يُعَيَّن من يقع له البيع أو) من يقع له (الشراء، من نفسه) فيقول: بعت شاةً في ذمة موكلّي فلان من نفسي بألف تومان، (أو) يُعَيَّن البيع لـ (غيره)، سواء كان بائعاً أو مشترياً، (و) لا بدّ (أن يُمَيَّز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كل منهما) بأن كان وكيلًا في البيع والشراء عن كل منهما، وأما إذا لم يمكن الاجتماع بأن كان وكيلًا في البيع فقط عن شخص واحد في شيء واحد معيّن، فلا يعتبر التعيين لحصول التمييز في الواقع ونفس الأمر.

(فإذا) كان العاقد وكيلًا أو ولياً عن أفراد متعدّدين في البيع والشراء، (و) عَيِّن جهة خاصة تعيَّنت (بأن يعيّن من يبيع له بكونه زيداً، ومن يشتري له بكونه عمرواً، سواء كان بالنية والقصد، أو بالتصريح باسمهما، فيتعيّن البائع والمشتري بلا إجمال، كما تقدّم في أمثلتنا.

(وإن أطلق) هذا العاقد الذي هو وكيل عن أشخاص متعدّدين، (فإن كان هناك جهة يُصرف إليها الإطلاق، كان) هذا الإطلاق بطبيعة الحال كـ (التعيين - كما لو دار الأمر بين) البيع أو الشراء لـ (نفسه وغيره)، فإنّه ينصرف الإطلاق إلى العقد لنفسه

إذا لم يقصد الإبهام والتعيين بعد العقد - وإلا وقع لاغياً، وهذا جارٍ في سائر العقود من النكاح وغيره .

والدليل على اشتراط التعيين ولزوم متابعتها في هذا القسم : أنه لولا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك معين في نفس الأمر ، وأن لا يحصل الجزم

(إذا لم يقصد الإبهام) حين العقد (والتعيين بعد العقد - وإلا) أي وإن لم تكن هناك جهة ينصرف إليها الإطلاق ، بأن باع أو اشترى شيئاً في الذمة بقصد الغير ، وأطلق ذاك الغير ولم يعينه (وقع) العقد (لاغياً) .

(وهذا جارٍ في سائر العقود) أيضاً (من النكاح وغيره) ، كالإجارة ، فإن وَكَّلَ رجلٌ متعدّدون زيداً في التزويج بامرأة موصوفة بصفات ، ووكلته نساء متعدّدات أيضاً كذلك ، فقال هذا: زوجت موكلتي «فلانة» من موكلي «فلان» صحّ العقد ووقع الزواج بينهما ، ولكن إن أبهم في العقد ، فقال: «زوجت موكلتي من موكلي» بطل هذا العقد ، وكذا في الإجارة ، بأن كان وكيلاً من قبل أشخاص في إجارة دورهم ، وكذلك وكلّه أفراد في استئجار دارٍ لهم ، كالمحلّات المعدّ لهذه الأمور = بنكاه معاملات ملكي ، فإن عيّن هذا الوكيل - في العقد - المؤجّر والمستأجر صحّ العقد ، وإلا وقع لاغياً .

(والدليل على اشتراط التعيين) للمتبايعين في العقد (ولزوم متابعتها)

أي اتباع ما عيّنه العاقد (في هذا القسم) من البيع والإشتراء القابل للإنطباق على الأشخاص المتعدّدين (أنه لولا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك معين في نفس الأمر) : لأن مقتضى المعاوضة عقلاً هو حصول ملكية الثمن للبائع ، والمبيع للمشتري ، فإذا لم يُعيّن البائع والمشتري لزم صيرورة العوضين لا مالك معيّنين لهما ، ولا يُعقل اعتبار الملكية بلا مالك ، هذا أولاً . (و) ثانياً: قد اعتبر الشارع الجزم في الإنشاء ، وقام الإجماع على ذلك ، ولزم عدم تعيين المتبايعين (أن لا يحصل الجزم) بالإنشاء ؛ لعدم العلم حينئذٍ بمالك العوضين ، فلا يعتمد شرعاً

بشيء من العقود التي لم يتعين فيه العوضان ، ولا بشيء من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك وفساد ذلك ظاهر .

ولا دليل على تأثير التعيين المتعقب ، ولا على صحة العقد المبهم ؛ لانصراف الأدلة إلى الشائع المعهود « المعروف خد » من الشريعة والعادة ، فوجب الحكم بعدمه .

وعلى هذا فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمة ، فإن عيّن ذلك الغير تعيين ، ووقف على إجازته ، سواء تلفظ

(بشيء من العقود التي لم يتعين فيه العوضان ، ولا بشيء من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك) من وجوب القبض والإقباض ، وملكية نماء الثمن للبائع ، ونماء المثلث للمشتري ، والخيار لهما ، وغير ذلك ؛ لأنها مترتبة على تعيين المالك ، (وفساد ذلك) - أي فقدان الجزم والآثار المترتبة عليه - (ظاهر) .

فإن قلت: يمكن أن يكون المتبايعان مبهمين حين العقد ويُعَيَّنهما العاقد بعده .

قلنا: (ولا دليل على تأثير التعيين المتعقب) بعد العقد (ولا على صحة العقد المبهم) حين العقد ؛ وذلك (لانصراف الأدلة) أي أدلة صحة العقود - والبيع بخصوصه - (إلى الشائع المعهود) كذا في بعض النسخ ، وفي الأكثر ، وكذا في المصدر : (« المعروف خد » من الشريعة والعادة) عند الناس ، وهو تعيين المتعاملين ، فيجري في غير الشائع أصالة الفساد ، (فوجب الحكم بعدمه) ، أي بعدم تأثير التعيين بعد العقد .

(وعلى هذا) من اعتبار تعيين المتعاملين في العقد وبطلانه إذا كانا مبهمين أو أحدهما ، (فلو اشترى) العاقد (الفضولي) متاعاً (لغيره في الذمة ، فإن عيّن ذلك الغير) ، فقال: اشتريت هذه الدار بمليون توماناً لزيد في ذمته (تعيّن) البيع لزيد (ووقف على إجازته) ، فإن أجاز تمّ الشراء وإن لم يجز بطل العقد ، (سواء تلفظ

بذلك أم نواه ، وإن أبهم مع قصد الغير بطل ، ولا يوقف إلى أن يوجد له مجيز - إلى أن قال - : وإن لم يتوقف تعين « تعيين خ » المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معينين ، ولا يقع العقد فيهما على وجه يصح إلا لمالكهما ، ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه ، أو عدمه مطلقاً ، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف

بذلك أم نواه) في قصده حين الشراء ، وفسر ما أراده بعد العقد ، (وإن أبهم) العاقد المشتري حال العقد (مع قصد الغير) ، فلم يرد الشراء لنفسه ، كأن يقول : اشتريت هذا الكتاب بألف تومان لغيري ، ولم يقصد شخصاً معيناً = سري صاحب تراشيد ، يا عاشق بي معشوق ، فهنا (بطل) العقد ، (ولا يوقف) أي لا يُنتظر (إلى أن يوجد له مجيز) كما لا وجه لتصحيح المعاملة بجعله لنفس العاقد الفضولي ، وذلك لتصريحه بالشراء لغيره ، وهكذا لو عقد امرأة لغيره المبهم ، فلا يقال : إنه تبقى لنفسه = بماند بيخ ريشش .

(- إلى أن قال) المحقق الشوشتری صاحب المقابس : (وإن لم يتوقف تعين)

كذا في النسخة المصححة ، وفي سائر النسخ : (« تعيين خ » المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معينين) موجودين في الخارج = حيّ وحاضر ، في مقابل الكلي - كما شرحنا ذلك في ص ٢٢٤ أول كلامه - ، (ولا يقع العقد فيهما على وجه يصح إلا لمالكهما ، ففي وجوب التعيين) إما بالتصريح بأن يقول : بعت كتاب زيد - هذا - بألف تومان من عمرو ، (أو) - (الإطلاق المنصرف إليه) أي إلى التعيين خارجاً ، وهذا عدل قوله : « إما بالتعيين » ، لا أنه احتمال آخر في مقابله ، يعني أن التعيين على قسمين : إما بالتصريح ، وإما بالإطلاق المنصرف إليه ، (أو عدمه) بالجرّ عطف على « وجوب التعيين » ، أي عدم وجوب التعيين (مطلقاً) حتى مع التصريح بالخلاف - وهذا هو الإحتمال الثاني - (أو التفصيل بين التصريح بالخلاف) بأن يقول : بعت هذا الكتاب - الذي هو لزيد - من طرف عمرو بألف تومان ، كما هو المقصود في بيع السارق

فیبطل ، وعدمه فیصح ، أوجه ، أقواها « أحوطها » الأخير ، أوسطها الوسط ، وأشبهها للأصول الأول .

وفي حكم المعین ما إذا عین المال بكونه في ذمة زيد مثلاً .
وعلى الأوسط : لو باع مَال نفسه عن الغير ، وقع عنه ولغى قصد كونه
عن الغير .

المتاع المسروق وإن لم یصرّح به ، (فیبطل) هذا البيع ؛ لأنه خلاف مقتضى المعاوضة ،
(وعدمه) بالجرّ عطف على « التصريح » ، أي عدم التصريح بالخلاف ، (فیصح) البيع ،
وهذا هو الإحتمال الثالث (أوجه) ثلاثة (أقواها) ، وفي المصدر : « أحوطها »
(الأخير) ، وهو الصحة مع عدم التصريح بالخلاف ؛ وذلك لوجود المقتضي لها ، أعني
الإنصراف إلى المالكين ، مع عدم المانع ، وهو التصريح بما ينافي مقتضى المعاوضة ،
فـ (أوسطها الوسط) أي الصحة مطلقاً حتّى مع التصريح بالخلاف ؛ وذلك لأنّ وقوع
العقد لمالك العوضين هو مقتضى طبع المعاوضة ، فيكون التصريح بخلافه لغوّاً لا محالة ،
ولا يكون له تأثير بعد ما وقع في أوّل العقد ، (وأشبهها للأصول الأول) ، والمراد من
الأصول : أصالة الفساد ، وعدم ترتّب الأثر على العقد من النقل والإنتقال ، واستصحاب
بقاء كلّ مالٍ على ملك ماله ، وكلّ ذلك ؛ لعدم تعيين المتبائعين في متن العقد .

(وفي حكم) العوض (المعین ما إذا عین المال بكونه) كليّاً (في ذمة)
شخصٍ معین كـ (زيد مثلاً) ، كما إذا قال - وكالة عنه - بعث شاة بكذا من الصفات في
ذمة موکلي زيد بألف تومان .

(وعلى الأوسط) ، وهو عدم وجوب التعيين مطلقاً في الأعيان الشخصية
الخارجية : (لو باع) العاقد (مَال نفسه عن الغير) بأن يقصد دخول الثمن في ملك
الغير ، (وقع عنه) ، أي عن نفسه ، (ولغى قصد كونه عن الغير) حيث ذكرنا - على
الإحتمال الأوسط - أنّ التصريح بما يخالف مفهوم المعاوضة والمبادلة لغوٌّ ؛ فإنّها

ولو باع مَالُ زَيْدٍ عَنْ عَمْرٍو ، فَإِنْ كَانَ وَكِيلًا عَنْ زَيْدٍ صَحَّ عَنْهُ ، وَإِلَّا وَقَفَ عَلَى إِجَارَتِهِ . وَلَوْ اشْتَرَى لِنَفْسِهِ بِمَالٍ فِي ذِمَّةِ زَيْدٍ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا عَنْ زَيْدٍ وَقَعَ عَنْهُ وَتَعَلَّقَ الْمَالُ بِذِمَّتِهِ ، لَا عَنْ زَيْدٍ ؛ لِيَقِفَ عَلَى إِجَارَتِهِ ، وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا فَالْمَقْتَضِي لِكُلِّ مِنَ الْعَقْدَيْنِ مَنْفَرَدًا مَوْجُودٌ ، وَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا يَقْتَضِي إِغْثَاءَ أَحَدِهِمَا ، وَلَمَّا لَمْ يَتَّعَيْنِ احْتُمِلَ الْبَطْلَانُ ؛ لِلتَّدَافُعِ ، وَصَحَّتْهُ عَنْ نَفْسِهِ ؛ لِعَدَمِ تَعَلُّقِ الْوَكَالَةِ بِمِثْلِ هَذَا الشِّرَاءِ وَتَرْجِيحِ جَانِبِ الْأَصَالَةِ ،

تقتضي دخول الثمن في ملك مَنْ يخرج الثمن عن ملكه ، ولكن على الوجه الأخير يبطل البيع للتصريح بالخلاف.

(وَلَوْ بَاعَ) الْعَاقِدُ (مَالُ زَيْدٍ عَنْ عَمْرٍو ، فَإِنْ كَانَ وَكِيلًا عَنْ زَيْدٍ) فِي بَيْعِ مَالِهِ (صَحَّ عَنْهُ) وَلَمْ يَلِغْ قَصْدُهُ عَنْ عَمْرٍو ، (وَإِلَّا) يَكُنْ وَكِيلًا عَنْ زَيْدٍ (وَقَفَ عَلَى إِجَارَتِهِ) الْبَيْعُ ، فَإِنْ أَجَازَ صَحَّ ، وَإِلَّا فَلَا ، وَلَا يَكُونُ هَذَا الْبَيْعُ بَاطِلًا مِنْ رَأْسِهِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَلْنَا بِالْوَجْهِ الْأَخِيرِ . (وَلَوْ اشْتَرَى) الْعَاقِدُ مَتَاعًا مَشْخَصًا (لِنَفْسِهِ بِمَالٍ) كَلِّي (فِي ذِمَّةِ زَيْدٍ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا عَنْ زَيْدٍ وَقَعَ عَنْهُ) أَيَّ عَنْ نَفْسِ الْعَاقِدِ ، (وَتَعَلَّقَ الْمَالُ بِذِمَّتِهِ) ، وَ (لَا) يَقَعُ الشِّرَاءُ (عَنْ زَيْدٍ ؛ لِيَقِفَ عَلَى إِجَارَتِهِ ، وَ) أَمَّا (إِنْ كَانَ وَكِيلًا) عَنْ زَيْدٍ ، (فَالْمَقْتَضِي) لِلصَّحَّةِ (لِكُلِّ مِنَ الْعَقْدَيْنِ) الْمُتَضَادَّيْنِ (مَنْفَرَدًا مَوْجُودًا) ؛ إِذْ يَحْتَمِلُ وَقُوعُ الْعَقْدِ لِنَفْسِهِ ، كَمَا يَحْتَمِلُ وَقُوعُهُ لِزَيْدٍ مِنْ جِهَةٍ كَوْنِهِ وَكِيلًا عَنْهُ ، (وَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا يَقْتَضِي إِغْثَاءَ أَحَدِهِمَا) لِلتَّضَادِّ بَيْنَهُمَا ، (وَلَمَّا لَمْ يَتَّعَيْنِ) الْعَاقِدُ أَحَدَهُمَا فِي مَتْنِ الْعَقْدِ (احْتُمِلَ الْبَطْلَانُ لِلتَّدَافُعِ) لِهَمَا جَمِيعًا ، كَمَا (وَ) يُحْتَمَلُ (صَحَّتْهُ عَنْ نَفْسِهِ ؛ لِعَدَمِ تَعَلُّقِ الْوَكَالَةِ بِمِثْلِ هَذَا الشِّرَاءِ) الَّذِي هُوَ كَالنِّعَامَةِ = شْتَرْمَرِغ . قَالَ الشَّاعِرُ الْفَارْسِي :

گَر نهی بارش بگوید طانرم و ر به پرخوانیش گوید اُشترم

(وَ) أَضَفَ إِلَى ذَلِكَ (تَرْجِيحَ جَانِبِ الْأَصَالَةِ) ؛ إِذَا ظَاهَرَ أَنَّهُ أُجْرِيَ الْعَقْدُ عَنْ نَفْسِهِ ،

وعن الموكل ؛ لتعين العوض في ذمة الموكل ، فقصد كون الشراء لنفسه لغوً كما في المعين .

ولو اشترى عن زيد بشيء في ذمته فضولاً ولم يَجْز ، فأجاز عمرو لم يصحّ عن أحدهما ، وقس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب .
ولا فرق على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النية المخالفة والتسمية ، ويُفَرَّق بينهما على الأخير ، ويبطل الجميع على الأول ، انتهى كلامه ﷺ .

أقول : مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كل من العوضين

كما (و) يُحتمل وقوع العقد (عن الموكل) ، وهو زيد (لتعين العوض في ذمة الموكل ، فقصد كون الشراء لنفسه لغوً كما في) العوض (المعين) لزيد .
(ولو اشترى) متاعاً (عن) طرف (زيد بشيء في ذمته فضولاً و) لكنّه (لم يَجْز) ذلك الشراء ، (فأجاز عمرو) هذه المعاملة (لم يصحّ عن أحدهما) ، أمّا زيد فلعدم إجازته ، وأمّا عمرو فلعدم إجراء العقد عنه ، (وقس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب) من فروع متفرقة ، على الإحتمالات الثلاث المتقدمة .

(ولا فرق على) الإحتمال (الأوسط) وهو صحة العقد في العوضين الشخصيّن ، حتّى مع التصريح بخلاف مقتضى العقد ، (في الأحكام المذكورة) في الفروع التي ذكرناها (بين النية المخالفة) وقصدها من دون تلفّظ بها (و) بين (التسمية) صريحاً باسم صاحبي العوضين بأن يتلفّظ ما قصده ، (و) لكن (يُفَرَّق بينهما على الأخير) ، وهو التفصيل بين التصريح بالخلاف وعدمه ، (ويبطل الجميع على) الإحتمال (الأول) ، وهو وقوع العقد صحيحاً مع وجوب التعيين للمتابعين ، (انتهى كلامه) ، أي كلام المحقّق الشوشري صاحب المقابس (ﷺ) .

أقول : مقتضى المعاوضة والمبادلة) في البيع هو (دخول كل من

العوضين في ملك مالك الآخر ، وإلا لم يكن كلُّ منهما عوضاً وبدلاً .
وعلى هذا ، فالقصد إلى العوض وتعيينه يُغني عن تعيين المالك ، إلا أن ملكية العوض وترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك ؛ فإن من الأعيان ما يكون متشخصاً بنفسه في الخارج كالأعيان ، ومنها ما لا يتشخص إلا بإضافاته إلى مالك كـ

(العوضين) سواء كانا معيّنين شخصيّين أو كليّين (في ملك مالك الآخر) ، وخروج المَوْض عن ملكه ؛ لأنّ البيع - كما تقدّم في أوّل ج ٤ - مبادلة مالٍ بمال ، (وإلا لم يكن كلُّ منهما عوضاً وبدلاً) ، فلو قصد البائع تمليك ماله الذي هو المبيع لزيد ، وقصد المشتري تمليك ماله الذي هو الثمن لشخص آخر غير البائع لم تتحقّق المعاوضة بين المالين ، بل تتحقّق تمليكان مجّانيين ، كلُّ منهما أجني عن الآخر ، قال الشاعر الفارسي :

چه خوبی مهربونی هردو سربى كه يك سر مهربونی دردِ سربى

اگر مجنون دلِ شوریده‌ای داشت دلِ لیلی از او شوریده تری

(وعلى هذا) من كون مقتضى المعاوضة دخول كلٍّ من العوضين في ملك مالك العوض الآخر ، (فالقصد إلى العوض وتعيينه) بأن يقصد البائع: أن هذا عوض عن ذاك (يُغني عن تعيين المالك) لأنّه لا ركنيّة للمالك في البيع - نعم ، في النكاح الركن هو الزوج والزوجة - (إلا أن ملكية العوض وترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك) بإضافة العوض إليه ، كأن يقول: كتاب زيدٍ أو ألف تومان في ذمّة عمرو ؛ وذلك (فإنّ من الأعيان ما يكون متشخصاً بنفسه في الخارج) من دون تعيين ، (كالأعيان) البخاريّة الموجودة ، فلا تحتاج - حين المعاوضة - إلى الإضافة إلى مالها ، (ومنها ما لا يتشخص إلا بإضافاته إلى مالك كـ) الكليّات المتعلّقة في الذم في بيع السلف والبيع المتعارف إذا كان أحد العوضين من الثمن أو المثلّث كليّاً

« ما في الذمة » ؛ لأن ملكية الكلي لا يكون إلا مضافاً إلى ذمة ، وإجراء أحكام الملك على ما في ذمة الواحد المرّد بين شخصين فصاعداً غير معهود ، فتعين الشخص في الكلي إنما يحتاج إليه لتوقّف اعتبار ملكية ما في الذم على تعيين صاحب الذمة .

فصحّ على ما ذكرنا أنّ تعيين المالك مطلقاً غير معتبر ، سواء في العوض المعين أو في الكلي ، وأنّ اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشقّ الأول من تفصيله إنما هو لتصحيح ملكية العوض بتعيين من يُضاف الملك إليه ، لا لتوقّف

و (« ما في الذمة ») كما في الأمثلة المتقدّمة في كلام صاحب المقابس ؛ وذلك (لأنّ ملكية الكلي) لشخص (لا يكون إلا مضافاً إلى ذمة) ذلك الشخص ، مثلاً ألف تومان ، أو عشر كيلوات من الحنطة لا يكون ملكاً إلا بإضافتها إلى أحد من زيدٍ أو عمرو ، (وإجراء أحكام الملك على ما في ذمة الواحد المرّد بين شخصين فصاعداً غير معهود) بين العقلاء ، فلا يقال: بعت مثقال ذهبٍ في ذمة زيد إن قبل البيع ، وإلا ففي ذمة عمرو ، وإلا ففي ذمة خالد. إذن (فتعين الشخص في الكلي إنما يحتاج إليه لتوقّف اعتبار ملكية ما في الذم على تعيين صاحب الذمة) لا لأجل تقوّم مفهوم المعاوضة على ذلك أو لدليل تعبدّي.

(فصحّ على ما ذكرنا) من عدم لزوم تعيين المالك - من حيث كونه مالكاً - (أنّ تعيين المالك مطلقاً غير معتبر ، سواء في العوض المعين) كالعين الخارجية ، (أو في الكلي) في الذمة ، (وأنّ اعتبار التعيين فيما ذكره) المحقّق صاحب المقابس (من الأمثلة في الشقّ الأول من تفصيله) بقوله: إنّه إن توقّف تعيين المالك على التعيين حال العقد لتعدّد وجه وقوعه... الخ ، (إنما هو لتصحيح ملكية العوض بتعيين من يُضاف الملك إليه)؛ إذ لولا الإضافة لم يكن ملكاً أصلاً ، (لا لتوقّف

المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا، فإن اشترى لغيره في الذمة إذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكا؛ لأن ما في الذمة ما لم يُضف إلى شخص معين لم يترتب عليه أحكام المال: من جعله ثمنا أو مثمنا.

وكذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين؛ فإنه إذا جعل العوضين في الذمة بأن قال: «بعث عبدا بألف»، ثم قال: «قبلت»، فلا يصير العبد قابلا للبيع، ولا الألف قابلا للإشتراء به حتى يُسند كلاً منهما إلى معين، أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين، فيقول: «بعث عبداً من مال فلان بألف من مال فلان»، فيمتاز البائع عن المشتري.

المعاملة على تعيين ذلك الشخص) بأنه زيد مثلاً (بعد فرض) معرفة (كونه مالكا)؛ إذ لولا الإضافة، لا ملك ولا مالك، لا أنه يكون هناك ملك ومالك، وإنما يحتاج في المعاملة التعيين، (فإن اشترى لغيره) متاعاً بمن كلفي (في الذمة إذا لم يعين) ذلك (الغير لم يكن الثمن ملكاً؛ لأن ما في الذمة) من الكليات (ما لم يُضف إلى شخص معين) بالخصوص (لم يترتب عليه أحكام المال: من جعله ثمناً أو مثمناً) ولا يقابل شيء عند العرف = ارزش ندارد.

(وكذا الوكيل أو الولي العاقد) وكالة (عن اثنين) أحدهما البائع والآخر المشتري؛ (فإنه إذا جعل العوضين) كلياً (في الذمة بأن قال: «بعث عبداً») موصوفاً بكذا من الصفات لكل من يريد بيع عبده (بألف) (تومان لكل من يريد شراء عبداً)، (ثم قال: «قبلت») هكذا، (فلا يصير العبد قابلاً للبيع، ولا الألف قابلاً للإشتراء به حتى يُسند كلاً منهما إلى) شخص (معين أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين) من زيد أو عمرو أو غيرهما، (فيقول: «بعث عبداً من مال فلان») فيسمي موكله في البيع (بألف من مال فلان) (ويسمي موكله في الشراء، فيمتاز البائع عن المشتري)، وكذا الحال فيما إذا زوج امرأة غير معينة بزواج

وأما ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معيّنين ،
فالمقصود إذا كان هي المعاوضة الحقيقية التي قد عرفت أنّ من لوازمها العقلية
دخول العوض في ملك مالك المعوّض - تحقيقاً لمفهوم العوضيّة والبدليّة -
فلا حاجة إلى تعيين من يُنقل عنهما وإليهما العوضان .

وإذا لم يقصد المعاوضة الحقيقية ، فالبيع غير منعقد ؛ فإن جعل
العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوّض فقال : « ملكتك فرسي

غير معيّن ، فإنه باطل ، كما هو واضح ، بل هنا أولى بالبطلان ؛ لأنّ الزوجين ركنان في
العقد .

(وأما ما ذكره) في الشقّ الثاني من كلامه (من الوجوه الثلاثة) ، وهي :

١ - وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه . ٢ - وجوب التعيين مطلقاً . ٣ - التفصيل
بين التصريح بالخلاف فيبطل ، وعدمه فيصح ؛ وذلك (فيما إذا كان العوضان
معيّنين) موجودين في الخارج ، (فـ) يرد على (المقصود) للعائد (إذا كان هي
المعاوضة الحقيقية) بين الشيئين ، (التي قد عرفت أنّ من لوازمها العقلية دخول
العوض) لا محالة (في ملك مالك المعوّض - تحقيقاً لـ) وقوع (مفهوم العوضيّة
والبدليّة -) في الخارج - ، (فلا حاجة) حينئذٍ (إلى تعيين) مالكي العوضين
وتشخص (من يُنقل عنهما وإليهما العوضان) ؛ لأنهما يكونان معيّنين بالطبع من جهة
تعيين نفس العوضين .

(وإذا) فرض أنّ العائد (لم يقصد المعاوضة الحقيقية) بين العوضين ، بل
قصد المعاوضة الصورية ، (فالبيع غير منعقد) حقيقةً ، (فإن) صرح بالخلاف كما
عبّر بذلك صاحب المقابس و (جعل العوض) في البيع (من عين مال غير المخاطب
الذي ملكه) العائد (المعوّض) وهو المشتري ، وقصد بأن لا يخرج الثمن من كيسه ،
بل يخرج من كيس شخص آخر ، (فقال : « ملكتك فرسي

هذا بحمار عمرو» فقال المخاطب: «قبلت»، لم يقع البيع لخصوص
المخاطب؛ لعدم مفهوم المعاوضة معه، وفي وقوعه اشتراءً فضولياً لعمرو
كلامٌ يأتي.

وأما ما ذكره من مثال «مَنْ باع مَالَهُ نَفْسَهُ عَنْ غَيْرِهِ» فلا إشكال في عدم
وقوعه عن غيره، والظاهر وقوعه عن البائع ولغوياً قصده عن الغير؛ لأنَّه
أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقةً، وهو معنى لغويته؛ ولذا

هذا بحمار عمرو» فقال المخاطب: «قبلت»، لم يقع) - هذا جواب لقوله: «فإن
جَعَلَ» - (البيع لخصوص المخاطب؛ لعدم مفهوم المعاوضة معه). قال الشاعر
الفارسي:

معشوقه بنام من وكام دیگران است چون غزّه سَوَالِ كه عيد رمضان است

(وفي وقوعه) «العقد» (اشتراءً فضولياً لعمرو كلامٌ يأتي) إن شاء الله ص ٤٢٥
في المسألة الثالثة من بيع الفضولي، والإشكال فيه مع جوابه بقوله: «ولكن يشكل فيما إذا
فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير... الخ».

(وأما ما ذكره) في التفريع على الإحتمال الثاني بقوله: «وعلى الأوسط... الخ»
(من مثال «مَنْ باع مَالَهُ نَفْسَهُ عَنْ غَيْرِهِ») مع الحكم بوقوع البيع لنفسه ولغوياً
قصده عن الغير، (فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره)؛ لأنَّه خلاف مقتضى
المعاوضة، كما تقدّم نظيره. (والظاهر) بمقتضى المعاوضة الحقيقية (وقوعه عن
البائع ولغوياً قصده عن الغير) - كما قال صاحب المقابس - (لأنَّه أمر غير
معقول) من خروج العوض - وهو المبيع - عن كيس البائع ودخول المعوّض، وهو الثمن
في ملك غيره، ولهذا (لا يتحقق القصد إليه حقيقةً، وهو معنى لغويته؛ ولذا)
في مثال عكس ذلك، أي ولأجل عدم معقوليّة دخول المعوّض في ملك غير مالك
العوض

لو باع ماله غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته - كما سيجيء - ولا يقع عن نفسه أبداً .

نعم ، لو ملكه فأجاز ، قيل بوقوعه له ، لكن لا من حيث إيقاعه أولاً لنفسه ؛ فإنَّ القائل به لا يفرق حينئذٍ بين بيعه عن نفسه أو عن ماله ، فقصده وقوعه عن نفسه لغو دائماً ووجوده كعدمه .

إلا أن يقال :

(لو باع ماله غيره عن نفسه) كالغاصب أو السارق ، فقال : «بعت سيارة زيدٍ عن نفسي بألف» ، وأراد بذلك دخول الثمن في ملك نفس العاقد (وقع للغير) وهو زيد في مثالنا ، (مع إجازته) لبيع سيارته (- كما سيجيء -) في المسألة الثالثة من بيع الفضولي ص ٤٢٦ ، (ولا يقع عن نفسه أبداً) .

(نعم ، لو ملكه) أي ملك المالك البائع - بعد البيع - كما لو سرق متاعاً وباعه لنفسه ، ثم تاب ورجع إلى المالك - أي المسروق منه - وهو وهبه للسارق (فأجاز) السارق البيع . (قيل) والقائل به جمعٌ من العلماء ، منهم المحقق القمي في الغنائم : ص ٥٥٤ ناسباً إلى الأكثر (بوقوعه له ، لكن لا من حيث إيقاعه أولاً) البيع (لنفسه) ، بل لصيرورة المبيع ملكاً له بعد البيع وقد أجازته ، (فإنَّ القائل به) أي بوقوع البيع للبائع مع الإجازة (لا يفرق حينئذٍ) أي حين القول بالوقوع (بين بيعه عن نفسه أو عن ماله ، فقصده وقوعه عن نفسه لغو دائماً ووجوده كعدمه) ؛ إذ لو كان قصده عن نفسه مؤثراً لزم الفرق بين قصده عن نفسه ، وبين قصده عن ماله بأن يقال بالصحة في الأول ، ولا حاجة لإجازة البيع بعد تملكه ، ويقال بالبطلان في الثاني ، وبالجمله : فالاختياج إلى الإجازة في كلا الموردين دليل على لغوية قصده وعدم وقوع البيع لنفسه دائماً .

(إلا أن يقال) في الفرع الأول ، وهو بيع ماله نفسه عن غيره في قوله : «بعت كتابي

إِنَّ وَقُوعَ بَيْعِ مَالِ نَفْسِهِ لْغَيْرِهِ إِنَّمَا لَا يُعْقَلُ إِذَا فُرِضَ قَصْدُهُ لِلْمَعَاوِضَةِ الْحَقِيقِيَّةِ ، لِمَ لَا يُجْعَلُ هَذَا قَرِينَةً عَلَى عَدَمِ إِرَادَتِهِ مِنَ الْبَيْعِ الْمُبَادَلَةِ الْحَقِيقِيَّةِ؟ أَوْ عَلَى تَنْزِيلِ الْغَيْرِ مَنْزِلَةَ نَفْسِهِ فِي مَالِكِيَّةِ الْمُبِيعِ؟ - كَمَا سَيَأْتِي أَنَّ الْمَعَاوِضَةَ الْحَقِيقِيَّةَ فِي بَيْعِ الْغَاصِبِ لِنَفْسِهِ لَا يَتَصَوَّرُ إِلَّا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ - .
وَحِينَئِذٍ فَيُحْكَمُ بِبَطْلَانِ الْمَعَامَلَةِ ؛ لِعَدَمِ قَصْدِ الْمَعَاوِضَةِ الْحَقِيقِيَّةِ

عن زيدٍ بألفِ تومان: (إِنَّ وَقُوعَ بَيْعِ مَالِ نَفْسِهِ لْغَيْرِهِ إِنَّمَا لَا يُعْقَلُ إِذَا فُرِضَ قَصْدُهُ لِلْمَعَاوِضَةِ الْحَقِيقِيَّةِ) التي هي الظاهرة من المعاوضة والمبادلة ، ولكن لو فُرِضَ رَفْعُ الْيَدِ عَنْ هَذَا الظاهر ، وَحُمِلَ قَوْلُهُ: «بَعْتُ كِتَابِي عَنْ زَيْدٍ» عَلَى أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ ، الْأَوَّلُ: الْمُبَادَلَةُ الْفَرْضِيَّةُ الْهَزْلِيَّةُ ، فَيَقَالُ بِأَنَّهُ: (لِمَ لَا يُجْعَلُ هَذَا) الْكَلَامُ (قَرِينَةً عَلَى عَدَمِ إِرَادَتِهِ مِنَ الْبَيْعِ الْمُبَادَلَةِ الْحَقِيقِيَّةِ؟) ، بَلْ أَرَادَ بِهِ الْمُبَادَلَةَ مَزَاحاً ، فَيَكُونُ إِنْشَاؤُهُ هَذَا لَعَوّاً بِالْكَلِّيَّةِ ، وَلَا يَقَعُ الْبَيْعُ لِلْعَاقِدِ ، كَمَا لَا يَقَعُ عَنِ الْغَيْرِ ، أَعْنِي زَيْداً فِي الْمَثَالِ .
(أَوْ) يُحْمَلُ كَلَامُهُ عَلَى الْأَمْرِ الثَّانِي ، وَهُوَ (عَلَى تَنْزِيلِ الْغَيْرِ مَنْزِلَةَ نَفْسِهِ) ادِّعَاءٌ (فِي مَالِكِيَّةِ الْمُبِيعِ؟) لَشِدَّةِ حُبِّهِ لَهُ ، فَفُرِضَ حُبِّيُّهُ كَنَفْسِهِ ، فَكَأَنَّهُ هُوَ هُوَ . قَالَ الشَّاعِرُ الْفَارَسِيُّ:

نَبَاشِدُ دُوسْتِ جَزْ آئِينَهُ دُوسْتِ بَجَانِ وَدَلْ هَمِ أَوَايِنِ وَ ، هَمِ آيِنِ أَوْسْتِ وَنَظِيرُ هَذَا - بِعَكْسِ مَا نَحْنُ فِيهِ - (- كَمَا سَيَأْتِي) أَيْضاً فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّلَاثَةِ مِنَ الْفُضُولِيِّ ص ٤٠٤ (أَنَّ الْمَعَاوِضَةَ الْحَقِيقِيَّةَ فِي بَيْعِ الْغَاصِبِ) مَالِ غَيْرِهِ (لِنَفْسِهِ لَا يَتَصَوَّرُ إِلَّا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ -) أَيِ عَلَى وَجْهِ تَنْزِيلِ نَفْسِهِ مَنْزِلَةَ الْغَيْرِ ادِّعَاءً ، فَيُجْعَلُ نَفْسُهُ مَالَكاً لَمَّا سَرَقَهُ وَبِيعَهُ عَنْ نَفْسِهِ .

(وَحِينَئِذٍ) أَيِ حِينَ كَوْنِ قَصْدِ إِنْشَاءِ الْبَيْعِ عَنْ غَيْرِ الْمَالِكِ قَرِينَةً عَلَى عَدَمِ إِرَادَةِ الْمَعَاوِضَةِ الْحَقِيقِيَّةِ بِأَحَدِ الْوَجْهَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ ، (فَيُحْكَمُ بِبَطْلَانِ الْمَعَامَلَةِ) رَأْساً ؛
(لِعَدَمِ قَصْدِ الْمَعَاوِضَةِ الْحَقِيقِيَّةِ)

مع المالك الحقيقي . ومن هنا ذكر العلامة وغيره في عكس المثال المذكور : **أنَّه لو قال المالك للمرتهن : « بعه لنفسك » بطل ، وكذا لو دَفَع مَالاً إلى من يطلبه الطعام ، وقال : « اشتر به لنفسك طعاماً » .**

هذا ، ولكنَّ الأقوى صحَّةُ المعاملة المذكورة ولغوِيَّةُ القصد المذكور ؛ لأنَّه راجعٌ إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير ، لا جعله أحدَ ركني المعاوضة .

مع المالك الحقيقي (الواقعي .

(ومن هنا) أي من عدم قصد المعاوضة الحقيقيَّة في مثل هذه الموارد وهذه الفروع (ذكر العلامة) الحلِّي في رهن القواعد: ج ١ ص ١٦٦ (وغيره) كالشَّهيد الأوَّل في الدروس: ج ٣ ص ٢١١ و ٤٠٩ (في عكس المثال المذكور) ، وهو بيع مال نفسه للغير وعكسه بيع مال غيره لنفسه: (**أنَّه لو قال المالك (الراهن) للمرتهن : « بعه » - أي الرهن - (لنفسك »**) أي بع مالي الذي رهنُّ عندك لنفسك ، بأن يخرج المال عن ملكي ويدخل الثمن في ملكك (**بطل**) هذا البيع ، (**وكذا**) قال في القواعد: ج ١ ص ١٥١ في البيع: (**لو دَفَع مَالاً**) من النقد وغيره (**إلى من يطلبه**) كذا في التُّسخ ، والمناسب حذف الضمير « **يطلب** » (**الطعام**) كالسائل (**وقال : « اشتر به لنفسك طعاماً »**) بطل هذا الشراء؛ لأنَّ المال في حال كونه للمعطي لا يمكن الشراء به لغيره .

ثمَّ عدل الشيخ رحمه الله عن قوله: « **وحينئذٍ فيحكم بطلان المعاملة** » ، فقال:

(**هذا ، ولكنَّ الأقوى صحَّةُ المعاملة المذكورة ولغوِيَّةُ القصد المذكور**)

بكون البيع عن غير مالك المبيع ، بل يقع له وتكون المعاوضة حقيقيَّةً ، وإنَّما قَصَدُه من قوله: « **بعت كتابي عن زيد** » أنَّه يريد إهداء الثمن له: (**لأنَّه راجعٌ إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير ، لا جعله**) أي الغير (**أحدَ ركني المعاوضة**) ، فمقصوده: أن ينتفع الغير بثمن كتابه .

وأما حكمهم ببطلان البيع في مثال الرهن واشتراء الطعام ، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب ، لا أنَّ المخاطب إذا قال : « بعته لنفسي » أو « اشتريته لنفسي » لم يقع لماله إذا أجاز له .

وبالجملة ، فحكمهم بصحة بيع الفضولي وشرائه لنفسه ، ووقوعه للمالك ، يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك . ثم إن ما ذكرنا كله حكم وجوب تعيين كل من البائع والمشتري من يبيع له ويشترى له .

(وأما حكمهم) أي حكم العلامة والشهيد وغيرهما (ببطلان البيع في مثال الرهن) بقوله للمرتهن : « بعه لنفسك » (و) مثال (اشتراء الطعام) بقوله للسائل : « اشتري به طعاماً لنفسك » ، (فمرادهم) من البطلان ليس هو بطلان البيع مطلقاً ، بل (عدم وقوعه) أي البيع (للمخاطب) ، وهو المرتهن البائع مال الراهن لنفسه ، (لا أنَّ المخاطب إذا قال : « بعته لنفسي » أو) قال السائل للطعام : (« اشتريته لنفسي » لم يقع لماله إذا أجاز له) ، بل وقوع هذا النوع من البيع والشراء مع إجازة المالك ، من أنواع البيع الفضولي مسلماً ، وهو الذي قال المشهور بصحته ، وتدلل عليها العمومات ، واختاره الشيخ رحمه الله كما يأتي ص ٤١٢ في المسألة الثالثة من البيع الفضولي ، وتقدم في : ج ٤ ص ١٨٢ في التنبيه الرابع من المعاطاة ، توجيهات لصحته .

(وبالجملة ، فحكمهم بصحة بيع الفضولي) مطلقاً ، ومنه يبيعه ماله غيره لنفسه ، (و) كذا (شرائه لنفسه ، ووقوعه للمالك ، يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك) في جعل البيع باطلاً ، بل يكون البيع صحيحاً للمالك مع إجازته ، ولا ينافي ذلك القصد صحة البيع أصلاً .

(ثم إن ما ذكرنا كله) من نقل كلام المحقق الشوشري صاحب المقابس بطوله ، مع المناقشة فيه ، إنما هو (حكم وجوب تعيين كل) عاقد للصيغة (من البائع والمشتري) لخصوص (من يبيع له و) من (يشتري له) أعني مالكي العوضين ،

وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري «المخاطب خد» ، والقابل لخصوص البائع ، فيُحتمل اعتباره ، إلا فيما عُلِمَ من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين - كما في غالب البيوع والإجازات -

ومعنى ذلك أنَّ يُعَيَّنَ البائع خصوصَ من يبيع له ، ويعيَّنَ المشتري خصوصَ مَنْ يشتري له .

(وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري «المخاطب خد») بمعنى علم الموجب بأنَّ القابل يقبل البيع لنفسه ، أو أنه وكيل أو ولي في القبول لغيره ، فيعرف واقعاً من ينتقل المبيع إليه ، **(و)** هكذا الكلام في طرف **(القابل)** فيَعْرِفُ أنَّ البيع **(لخصوص البائع)** بمعنى أنه يعرف أنَّ البائع يبيع عن نفسه ، وأنه هو المالك للمبيع ، فينتقل الثمن إليه ، أو أنه يبيع لغيره الذي هو المالك للثمن ، ويعرف ذلك الغير بأنه زيدٌ أو عمرو ، **(فيُحتمل اعتباره)** أي اعتبار التعيين بهذا المعنى ، وهو معرفة كلِّ من المالكين مَنْ ينتقل إليه عوض ماله ، مع قطع النظر عن مجري صيغة الإيجاب والقبول ، فمن المحتمل شرعاً اعتبار ذلك ، **(إلا فيما عُلِمَ من الخارج)** بأنَّ المهمَّ إنما هو أصل المعاوضة بين الشئيين ، كالكتاب والكباب ، أو الدار والدينار ، و **(عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين - كما في غالب البيوع)** ، فإنَّ غرض صاحب الكتاب هو الوصول إلى عوضه ، وهو الكباب ، ولا يهمُّه بأنَّه يخرج من كيس زيدٍ أو عمرو ، كما وغرض صاحب الكباب أو مالٍ آخر من الأثمان ، هو الوصول إلى الكتاب ، ولا يبالي أنه يخرج من كيس زيدٍ أو عمرو ، **(و)** كذا الحال في غالب **(الإجازات -)** لتعلُّق غرض المؤجِّر غالباً في إجارة داره أو دكانه أو سيارته بتملك من منفعتها بعوضٍ أيّاً كان المستأجر ، كما أنَّ همَّ المستأجر استيفاء المنفعة من العين المستأجرة ، سواء كانت لزيدٍ أو لعمرو ، وكذا الحال في الإجارة في الأعمال . نعم ، قد يتعلَّق الغرض - نادراً - بإجارة العين ، كالسيارة ونحوها ، من مستأجر خاصٍّ للظنِّ بالإهتمام بحفظها ، وكذا استئجار

فحينئذٍ يراد من ضمير المخاطب في قوله: «مَلَكْتُكَ كَذَا، أو منفعة كَذَا، بكذا» هو المخاطب بالإعتبار الأعم من كونه مالكا حقيقيا أو جعليا - كالمشتري الغاصب - أو مَنْ هو بمنزلة المالك بإذن أو ولاية. ويحتمل عدم اعتباره إلا فيما علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين، كما في النكاح، والوقف الخاص، والهبة، والوكالة، والوصية.

العين من مالك خاص لإيصال المنفعة إليه من جهة الوداد بينهما.

(فحينئذٍ) أي حين عدم إرادة خصوص المخاطب (يراد من ضمير المخاطب في قوله: «مَلَكْتُكَ كَذَا» أو بعثك كذا بكذا - في البيع - (أو منفعة كذا، بكذا) - في الإجارة - (هو المخاطب) لا باعتبار أنه المشتري بخصوصه، أو أنه الذي يريد إجارة الدار أو السيارة لنفسه، بل (بالإعتبار الأعم من كونه مالكا حقيقيا أو جعليا) أي مَنْ جعل نفسه مالكا أدعاء وليس بمالك (- كالمشتري الغاصب -)، وكالغاصب للأجرة في الإجارة (أو مَنْ هو بمنزلة المالك بإذن) وكالة (أو ولاية) على الصغير والمجنون.

(ويحتمل عدم اعتباره) أي عدم اعتبار تعيين كلٍّ من المتعاقدين للآخر، (إلا فيما علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين، كما في النكاح) حيث إنه لكلٍّ من الزوجين عناية خاصة مؤكدة بالآخر، فإذا قالت الزوجة لزيد: «زوّجتك نفسي»، فإنها تريد به بخصوصه لا موكله، ولا مَنْ له الولاية عليه من طفل أو مجنون، وكذلك الحال في قول الزوج: «قبلت»، فإنه يريد هذه المرأة. قال الشاعر الفارسي:

سايه معشوق اگر افتاد بر عاشق چه سود

ما به او، محتاج بوديم، او به ما مشتاق بود

(و) كذا الحال في (الوقف الخاص، والهبة، والوكالة، والوصية)، فإن الموقوف عليه الخاص، والمتّهب، والوكيل، والوصي، يكونون منظورين بشخصهم، فكلّ منهم

والأقوى هو الأول ؛ عملاً بظاهر الكلام الدالّ على قصد الخصوصية ، وتبعية العقود للقصود .

وعلى فرض القول الثاني ، فلو صرّح بإرادة خصوص المخاطب اتّبع قصده ، فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره .
قال في التذكرة : لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر ، فإشكال ، ينشأ من أنّ الآخر إنّما قصد تملك العاقد .

ركنٌ في هذه العقود.

(والأقوى هو) الإحتمال (الأول) ، وهو اعتبار التعيين للمتبايعين ، إلّا مع العلم بعدم إرادة خصوص المخاطب ؛ وذلك (عملاً بظاهر الكلام الدالّ على قصد الخصوصية) ، فمراده من قوله : «بعتك» أو «ملكتك» - أعني من كاف الخطاب - خصوص هذا المشتري ، وكذا في قول المشتري : «قبلت» البيع ، (وتبعية العقود للقصود) من الواضحات .

(وعلى فرض القول الثاني) ، وترجيح إحتماله ، وهو عدم اعتبار التعيين ، (فلو صرّح) البائع (بإرادة خصوص المخاطب) وأنه المشتري بخصوصه لا غير ، بأن قال : «بعتك هذا لنفسك» (اتّبع قصده ، فلا يجوز للقابل أن يقبل) البيع (عن غيره) كالموكل والموئى عليه ، بل لا بدّ أن يقبله لنفسه ، فلو قصد لغيره لم يكن قبولاً لذلك الإيجاب ؛ لإباء «كاف الخطاب» في قول البائع : «بعتك» عن الوقوع لغير هذا المخاطب ، فيكون هو المشتري لا غير .

والشاهد على ما ذكرنا أنه (قال) العلامة (في التذكرة) ج ١ ص ٤٦٣ : (لو باع الفضولي) متاعاً مع جهل المشتري بأنّه فضوليّ وغير مالٍ ، (أو اشترى مع جهل الآخر) وهو البائع بأنّه فضوليّ ، (فـ) في صحّة المعاملة (إشكال ، ينشأ من أنّ) الطرف (الآخر) من المشتري أو البائع (إنّما قصد تملك) هذا (العاقد) لا موكله

وهذا الإشكال وإن كان ضعيفاً مخالفاً للإجماع والسيرة، إلا أنه مبني على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام. وقد يقال في الفرق بين البيع وشبهه، وبين النكاح: أنَّ الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، ويختلف الأغراض باختلافهما، فلا بدّ من التعيين وتوارد الإيجاب والقبول على أمر واحد، ولأنّ معنى قوله: «بعتك كذا بكذا» رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، والمشتري يطلق على المالك

أو المولّى عليه، انتهى كلام التذكرة.

(وهذا الإشكال وإن كان ضعيفاً مخالفاً للإجماع والسيرة) على صحّة هذا البيع للمالك مع إجازته، وأنّه لا يقع للفضولي، (إلا أنّه مبني على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام) من إرادة وقوع البيع أو الشراء لخصوص هذا العاقد - الفضولي - لا المالك المجيز.

(وقد يقال) والقاتل هو المحقّق الشيخ أسد الله الشوشري صاحب المقابس ص ١١٥ (في الفرق بين البيع وشبهه) كالإجارة، (وبين النكاح: أنَّ الزوجين في النكاح) ركنين في العقد، (كالعوضين في سائر العقود)، فكما يقدر الجهل بخصوصيّات الزوجين في صحّة النكاح، كذلك يقدر الجهل بخصوصيّات العوضين في صحّة البيع وشبهه، (ويختلف الأغراض) اختلافاً كثيراً (باختلافهما، فلا بدّ من التعيين وتوارد الإيجاب والقبول على أمر واحد)، وهو العُلقة الخاصّة بينهما في النكاح، فلو قالت المرأة: «زوّجتك نفسي بكذا من المهر»، وقال المخاطب: «قبلت التزويج لموكلّي فلان» لم يتواردا على أمر واحد، وكذلك الحال في البيع بالنسبة إلى العوضين. (و) هذا بخلاف المالكين المتعاقدين؛ (لأنّ معنى قوله: «بعتك كذا بكذا») وهو (رضاه بكونه) أي رضا الموجب بكون المخاطب (مشترياً للمال المبيع، والمشتري) كما يطلق على المخاطب كذلك (يطلق على المالك) للثمن

ووكيله ، ومعنى قولها : « زَوَّجْتُكَ نَفْسِي » رضاها بكونه زوجاً ، والزواج لا يطلق على الوكيل ، انتهى .

ويرد على الوجه الأول من وجهي الفرق : أنَّ كون الزوجين كالعوضين إنما يصحَّ « يصلح خد » وجهاً لوجوب التعيين في النكاح ، لا لعدم وجوبه في البيع ، مع أنَّ الظاهر أنَّ ما ذكرنا من الوقف وإخوته كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة أو الفضولي ، فلا بدَّ من وجهٍ مطَّردٍ في الكل .

(ووكيله) ، (و) أمَّا (معنى قولها : « زَوَّجْتُكَ نَفْسِي ») هو (رضاها بكونه زوجاً) بخصوصه دون غيره (والزواج لا يطلق على الوكيل ، انتهى) (كلام المقابـس .) (ويرد على الوجه الأول من وجهي الفرق) (بين الزواج والبيع) (أنَّ كون الزوجين كالعوضين إنما يصحَّ « يصلح خد ») (كذا في المصحَّحة) (وجهاً لوجوب التعيين في النكاح) (ووجوب تعيين العوضين في البيع وشبهه ؛ لكونهما ركنين فيه أيضاً ، ولا يكون وجهاً ودليلاً لعدم كون البائع والمشتري ركنين حتَّى لا يجب تعيينهما ، فإنَّ إثبات الشيء لا ينفي ما عداه ، فالدليل غير وافٍ لإثبات مدَّعاه ؛ إذ من المحتمل وجوب تعيينهما ، كما يجب تعيين العوضين .)

إذن فكلَّامه (لا) يكون دليلاً (لعدم وجوبه) أي وجوب تعيين المتبائعين (في البيع ، مع أنَّ) ما ذكره من كون العوضين في البيع ، نظير الزوجين في النكاح ، لا يختصَّ بالنكاح فقط ، فإنَّ (الظاهر أنَّ ما ذكرنا من الوقف وإخوته) من الهبة والوقف الخاصَّ والوكالة والوصيَّة ، حالها (كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة) بالوكالة أو الولاية (أو الفضولي ، فلا بدَّ من وجهٍ مطَّردٍ في الكل) حتَّى يشمل دليُّه الجميع في وجوب تعيين الطرفين فيها ، كما تقدَّم

وعلى الوجه الثاني: أنَّ معنى «بعثك» في لغة العرب - كما نصّ عليه فخر المحقّقين وغيره - هو مَلَكْتِكَ بعوض، ومعناه جعل المخاطب مالكاً، ومن المعلوم أنَّ المالك لا يصدق على الوليّ والوكيل والفضوليّ.

فالأولى في الفرق ما ذكرنا من أنَّ الغالب في البيع والإجارة هو قصد المخاطب لا من حيث هو، بل بالإعتبار الأعمّ من كونه أصالةً أو عن الغير،

(و) يرد (على الوجه الثاني) من وجهي الفرق بين البيع والزواج، وهو ما ذكره صاحب المقابس، من أنَّ معنى «بعثك كذا بكذا» هو «رضيتُك بكونك مشترياً للمبيع»، والمشتري يطلق على المالك وعلى وكيله وولّيه، فيرد عليه: (أنَّ معنى «بعثك» في لغة العرب - كما نصّ عليه فخر المحقّقين) في شرح الإرشاد «المخطوط»، ونقل عنه السيّد العاملي في المفتاح: ج ٤ ص ١٥٢، كما تقدّم في أوّل كتاب البيع ج ٤ ص ٢، (و) كذا (غيره - هو مَلَكْتِكَ بعوض، ومعناه جعل المخاطب) بخصوصه (مالكاً)، فمعنى قوله: «بعثك الكتاب بألف» جعلتك مالكاً له، (ومن المعلوم أنَّ المالك لا يصدق على الوليّ والوكيل والفضوليّ) كما لا يصدق الزوج في قوله: «زوّجتك» على الوكيل والوليّ والفضوليّ، وكذا قوله: «وقفت لك»، وقوله: «وهبتك»، وقوله: «أوصيت إليك»، فإنّ الظاهر من هذه الأقوال هو خصوص المخاطب لا غير.

(فالأولى في الفرق) بين النكاح وأخواته القائمة بالشخص الخاصّ، وبين البيع والإجارة وشبههما ممّا ليس بقائم بشخص المخاطب هو (ما ذكرنا من أنَّ الغالب في البيع والإجارة هو قصد المخاطب لا من حيث هو) بخصوصه؛ إذ المهمّ في نظر البائع غالباً هو تبديل المبيع بثمنٍ، كما وهَمَّ المشتري بذل الثمن بإزاء المبيع، ولا غرض لهما بخصوص هذا المخاطب من حيث هو زيدٌ أو عمروٌ، (بل) نظر كلّ منهما إلى المخاطب إمّا هو (بالإعتبار الأعمّ من كونه أصالةً أو عن الغير)، وهذا بخلاف

ولا ينافي ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيل ، فتأمل .
 بخلاف النكاح وما أشبهه ؛ فإنَّ الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث
 إنَّه ركن للعقد ، بل ربَّما يُستشكل في صحَّة أن يراد من « مع خد » القرينة
 المخاطب من حيث قيامه مقام الأصيل ، كما لو قال : « زوّجتك » مريداً له

الزواج والهبة. فإن قلت: إذا كان الغالب فيهما قصد الأعمّ من كونه أصيلاً أو وليّاً ، فلا وجه
 لعدم سماع قول المشتري - بعد العقد - في دعوى كونه غير أصيل في الشراء ، وأنَّه وكيل
 مثلاً ، وأنَّه اشترى لموكله ، حتّى لا يُطلب منه الثمن ؛ وذلك لأنَّ هذه الدعوى ليست
 مخالفةً لمضمون العقد كما ذكرتم.

قلنا : (ولا ينافي ذلك) أي أنَّ الغالب في البيع والإجارة هو قصد المخاطب
 بالاعتبار الأعمّ (عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيل) في الشراء
 إذا خاصمه الموكل وأنكر كونه وكيلًا في الشراء ، وذلك لأنَّ دعواه مخالف للظاهر ، حيث
 انَّ ظاهر « التاء » في قوله : « قبلتُ » أو « اشتريت » كونه أصيلاً ، وأنَّه يشتري لنفسه ،
 فدعواه مخالفة لأصالة الظهور ، (فتأمل) لعلَّه إشارة إلى الدقَّة في وجه عدم المنافاة ،
 كما بيَّناه.

وما ذكرناه في البيع والإجارة (بخلاف النكاح وما أشبهه) من الهبة والوقف
 الخاصَّ والوصيّة ، (فإنَّ الغالب) فيها (قصد المتكلم للمخاطب) بعنوان أنَّه زوّج
 بشخصه (من حيث إنَّه ركن للعقد) لا الأعمّ منه ومن وكيله ، (بل ربَّما يُستشكل
 في صحَّة) النكاح - من جهة أنَّ الغالب كون المخاطب ركنًا في العقد - فيما إذا قامت
 قرينة نادرة على أنَّ قصد المرأة من قولها : « زوّجتك نفسي » الزواج من موكل القابل
 - لا القابل نفسه - بـ (أن يراد من « مع خد » القرينة) موكل (المخاطب من حيث
 قيامه مقام) الزوج (الأصيل) في قبول النكاح وكالةً ، وكذلك الحال في إجراء الصيغة
 بتوسُّط وكيل الزوجة (كما لو قال : « زوّجتك ») موكلتي فلانة (مريداً له) أي

باعتبار كونه وكيلًا عن الزوج ، وكذا قوله : « وقفت عليك » و « أوصيت لك » و « وكّلتك » .

ولعلّ الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها ، فلا يقال للوكيل : الزوج ، ولا الموقوف عليه ، ولا الموصى له ولا الموكل بخلاف البائع والمستأجر ، فتأمل ؛ حتّى لا يتوهّم رجوعه إلى ما ذكرنا سابقاً واعترضنا عليه .

للمخاطب (باعتبار كونه وكيلًا عن الزوج) ، فأراد بقوله : « زوّجتك » زوّجت موكّلك ، (وكذا قوله : « وقفت عليك ») مريداً الوقف على الموكل ، (و) كذا (« أوصيت لك » و) قوله : (« وكّلتك ») مريداً به وكّلت وكيلك فلاناً في بيع داري مثلاً .

(ولعلّ الوجه) في عدم صحّة النكاح وأخواته للموكل حتّى مع وجود القرينة على إرادته من حرف الخطاب هو (عدم تعارف صدق هذه العنوانات) أي الزوج ، والمتّهب ، والموصى له (على الوكيل فيها ، فلا يقال للوكيل : الزوج ، ولا الموقوف عليه ، ولا الموصى له ولا الموكل بخلاف) إطلاق (البائع والمستأجر) على المخاطب في قوله : « بعثك » و « آجرتك » مع كونه وكيلًا في البيع والإجارة لغيره ولم يكن بائعاً أو مستأجراً لنفسه ، (فتأمل) وتدبّر (حتّى لا يتوهّم) عليك (رجوعه) أي رجوع ما ذكرنا هنا بقولنا : « فالأولى في الفرق ما ذكرنا من أنّ الغالب في البيع والإجارة... الخ (إلى ما ذكرنا سابقاً) على هذه المطالب من كلام المحقّق الشيخ أسد الله الشوشتري صاحب المقابس بقولنا ص ٢٤٤ : « وقد يقال في الفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح... الخ » واعترضنا عليه .

مسألة

ومن شرائط المتعاقدين: الإختيار ، والمراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس في مقابل الكراهة وعدم طيب النفس ، لا الإختيار في مقابل الجبر .
ويدلّ عليه قبل الإجماع

(مسألة: ومن شرائط المتعاقدين) في جميع العقود من البيع والنكاح والإجارة وغيرها: (الإختيار) بأن لا يكون مكرهاً - بالفتح - في إجراء العقد بالوعيد بالشرّ على نفسه أو ما يتعلّق بها من الأولاد والمال والعرض وغيرها، (والمراد به) أي بالإختيار في هذه المسألة هو (القصد إلى وقوع مضمون العقد) من النقل والانتقال في البيع، وإيجاد علاقة الزوجية في النكاح، في الخارج (عن طيب نفس) وميل قلبي، ورضى باطني (في مقابل الكراهة وعدم طيب النفس) والرضا الباطني بوقوع مضمون العقد في الخارج، و (لا) يكون المراد من الإختيار - في عقد المكره - (الإختيار في مقابل الجبر) والإلجاء بمعنى سلب الإرادة عن الفاعل، فالمكره يفعل الفعل بإرادته ولكن من دون طيب النفس والرضا الباطني، والمجبور يفعل الفعل لا عن إرادته بسبب الإيجاب والإلجاء = زور وناچارى.

ولا يخفى عليك: أنّ الفرق بين هذه المسألة والمسألة السابقة: أنّ القصد المعتبر في العقد في تلك المسألة بمعنى تحقّق القصد الجدّي بما هو المراد من اللفظ ، والمعنى بأن لا يكون غلطاً أو هالطاً ، أو جاهلاً بمعنى ما يتلفّظ به ، والقصد في هذه المسألة هو كونه بمعنى أنّ المنشأ والسبب في إجراء العقد والمقوّم له - مع فرض معرفة معناه - هو طيب النفس به وتعلّق الرضا الباطني بمضمونه ، لا الإكراه ، فإن لم ينشأ عن رضاه الباطني كان باطلاً وإن توجّه والتفت إلى معنى ما يتلفّظ به من الإيجاب والقبول .

(ويدلّ عليه) أي على اعتبار طيب النفس (قبل الإجماع) بقسميه ، كما في

قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ». وقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه».

وقوله ﷺ: «في الخبر المتفق عليه بين المسلمين: «رُفع -أو وضع - عن أمتي تسعة أشياء -أو ستة -... ومنها ما أكرهوا عليه».

وظاهره وإن كان رفع المؤاخذه، إلا أن استشهاد الإمام ﷺ به في

الجواهر^(١)، بل الضرورة من المذهب (قوله تعالى): «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)»^(٢) والمكره لا يكون راضياً بأكل ماله بتجارة عقده، فيكون باطلاً.

(وقوله ﷺ) أي الإمام الصادق، عن رسول الله ﷺ في صحيحة زيد الشحام: «(لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه)»^(٣).

(و) يدل عليه أيضاً (قوله ﷺ: «في الخبر المتفق عليه بين المسلمين) المعروف بحديث الرفع: «(رُفع) -كما في التوحيد والخصال - (-أو وضع -) كما في الكافي (عن أمتي تسعة أشياء -أو ستة -... ومنها ما أكرهوا عليه)»^(٤)

(وظاهره وإن كان رفع المؤاخذه) في مقابل احتمال رفع جميع الآثار، أو الأثر المناسب لكل واحد من تلك الأمور التسعة -كما ذكر في بحث أصالة البرائة في الأصول - (إِلَّا أَنْ اسْتِشْهَادَ الْإِمَامِ) الرضا (عليه السلام به في) صحيحة البزنطي الآتية في

(١) الجواهر ج ٢٢ ص ٢٦٥.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) الوسائل ج ٣ ص ٤٢٣ مكان المصلي. عوالي اللئالي ج ٣ ص ٤٧٣، راجع باقي مصادر

الحديث تعليقه ج ٤ ص ١١٧.

(٤) الوسائل ج ٥ ص ٣٤٥ الخلل، وج ١١ ص ٢٩٥ جهاد النفس، والخصال ج ٢ ص ٤١٧،

وأصول الكافي ج ٢ ص ٤٦٣.

رفع بعض الأحكام الوضعيّة يشهد بعموم المؤاخذه فيه لمطلق الإلزام عليه بشيء، ففي صحيحة البنزطي، عن أبي الحسن عليه السلام: «في الرجل يُستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق، وصدقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله ﷺ: وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه، وما لم يطيقوا، وما أخطؤوا».

والحلف بالطلاق والعتاق وإن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه

(رفع بعض الأحكام الوضعيّة) كرفع أثر طلاق المكره، وعتقه، وصدقته (يشهد ب) أنّ المراد رفع (عموم المؤاخذه فيه) أي في حديث الرفع (لمطلق الإلزام) المجعول شرعاً (عليه) أي على المكره (بشيء) من الأحكام، سواء كانت تكليفيّة كوجوب الكفارة على الحنث بحلفه ونذره، أو كانت وضعيّة كصحّة عقده وإيقاعه، أو كانت عقوبة أخرويّة من العذاب والمؤاخذه.

(ففي صحيحة) أحمد بن محمد بن أبي نصر (البنزطي) الكوفي، وهو من خواص أصحاب الإمام الرضا عليه السلام، وممن أجمع أصحابنا على تصحيح ما يصح عنه، كما في جامع الرواة: ج ١ ص ٥٩، فروى (عن أبي الحسن عليه السلام): «في الرجل يُستكره على اليمين فيحلف بالطلاق) بأن تكون زوجته مطلقة (والعتاق) بأن يكون عبده معتقاً، (وصدقة ما يملك) بأن يكون جميع ماله صدقة، لو كان كذا، أو فعل كذا، (أيلزمه ذلك؟) أي كلّ ما حلف به أم لا؟ (فقال عليه السلام: لا)، لأنّه (قال رسول الله ﷺ): وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه، وما لم يطيقوا، وما أخطؤوا» (١).

(والحلف بالطلاق والعتاق وإن لم يكن صحيحاً عندنا) مطلقاً حتّى في حال الإختيار (من دون الإكراه)

(١) الوسائل ج ١٦ ص ١٣٦ ح ١٢.

أيضاً، إلا أنَّ مجرّد استشهاد الإمام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حَلَفَ به بوضع ما أكرهوا عليه، يدلّ على أنَّ المراد بالنبويّ ليس «رفع خد» خصوص المؤاخذة والعقاب الأخروي.

هذا كلّهُ، مضافاً إلى الأخبار الواردة في طلاق المكرّه بضميمة عدم الفرق.

ثمّ إنّهُ يظهر من جماعة - منهم الشهيدان -

أيضاً؛ لأنّ لكلّ منهما صيغة وشرائط خاصّة، فلا مقتضى للصحة فيهما، واستناد الإمام عليه السلام للبطلان إلى وجود المانع، وهو الإكراه، إنّما يتمّ مع تماميّة المقتضي، فلعلّ تمسّكه بحديث الرفع من جهة التقيّة، وإلاّ فلا بدّ من الحكم بالفساد حتّى في حال الاختيار، وهذا ممّا يوهن التمسّك بالصحيحة. هذا، (إلاّ أنَّ مجرّد استشهاد الإمام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حَلَفَ به) من البينة بينه وبين زوجته، وحرّيّة عبده، وكون ماله صدقة (ب) سبب (وضع ما أكرهوا عليه) كافٍ لإثبات أنَّ الحكم بذلك صدر منه عليه السلام لبيان الحكم الواقعي لا للتقيّة، فهو (يدلّ على أنَّ المراد بالنبويّ ليس «رفع خد» خصوص المؤاخذة والعقاب الأخروي)، بل يشمل الآثار الدنيويّة أيضاً من الأحكام التكليفيّة والوضعيّة، كما تقدّم بيانه.

(هذا كلّهُ، مضافاً إلى الأخبار الواردة في طلاق المكرّه)، كصحيحة زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام: «سألتُهُ عن طلاق المكرّه وعتقه؟ فقال: ليس طلاقه بطلاق، ولا عتقه بعق»^(١) (بضميمة عدم الفرق) بين طلاق المكرّه - الذي هو من الإيقاعات - وبين غيره من العقود، كالبيع والإجارة، وكذا سائر الإيقاعات كالعتق.

(ثمّ إنّهُ يظهر من) كلام (جماعة - منهم الشهيدان -) الأوّل في الدروس:

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٣٣١ مقدّمات الطلاق، راجع روايات الباب ٣٧.

أَنَّ المَكْرَهَ قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله ، بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلامة .

وليس مرادهم أَنَّهُ لا قصد له إلا إلى مجرّد التكلّم ، كيف؟ والهازل - الذي هو دونه في القصد - قاصد للمعنى قصداً صورياً ، والخالي عن القصد إلى غير التكلّم هو من يتكلّم تقليداً أو تلقيناً ، كالطفل الجاهل بالمعاني .

ج ٣ ص ١٩٢ ، والثاني في المسالك : ج ٣ ص ١٥٦ ، وشرح اللمعة : ج ٣ ص ٢٢٦ (أَنَّ المَكْرَهَ) إلى عقد البيع مثلاً (قاصد إلى اللفظ) فقط ، و (غير قاصد إلى مدلوله ، بل يظهر ذلك) أي خلوّ المَكْرَهَ عن قصد المدلول (من بعض كلمات العلامة) الحلّي أيضاً في التذكرة : ج ١ ص ٤٦٢ ، حيث قال : «... وفي معنى الإكراه بيع التلجئة ، وهو أن يخاف أن يأخذ الظالم ملكه ، فيواطى رجلاً على إظهار شرائه منه ، ولا يريد بيعاً حقيقياً ذهب إليه علماؤنا أجمع » ، انتهى . فيتوهم أن مرادهم إنتفاء قصد مضمون العقد كالنقل والانتقال في البيع ، فيقصد الألفاظ المعرّاة عن المعنى ، ويتلفّظ بها تخلصاً عن وعيد المَكْرَه - بالكسر - ، فقوله : «بعت» ليس معناه «ملكتك كذا بكذا» ، بل هو التلفّظ بملققة لسانه ، كالجاهل بمعنى «بعت» في مثل الطفل ، والأجنبي عن لغة العرب ، والبيّغاء = طوطى ، فيقوله : طوطى وار » ، و يترتب على هذا التفسير لكلامهم عدم قابليّة عقد المَكْرَه للصحة بالرضا المتعقّب بعده ؛ إذ لا عقد حقيقة لعدم كون المدلول مراداً أصلاً حتّى يلحقه الرضا فيصحّحه .

هذا ، (و) لكن (ليس مرادهم أَنَّهُ لا قصد له إلا إلى مجرّد التكلّم) بالألفاظ الخالية عن المعنى ، (كيف؟ والهازل - الذي هو دونه في القصد -) الجدّي (قاصد للمعنى) ومدلول اللفظ (قصداً صورياً ، والخالي عن القصد إلى غير التكلّم) إنّما (هو من يتكلّم تقليداً أو تلقيناً ، كالطفل الجاهل بالمعاني) الذي تلقّنه أمّه اللفظ في مقام التعليم ، وكالكبير الذي يتعلّم لغةً أخرى غير لغته .

فالمراد بعدم قصد المكروه : عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج ، وأنّ الداعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج ، لا أنّ كلامه الإنشائي مجرّد عن المدلول ، كيف؟ وهو معلول للكلام الإنشائي إذا كان مستعملاً غير مهمل . وهذا الذي ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في معنى الإكراه لغةً وعرفاً .

(فالمراد) من كلامهم (بعدم قصد المكروه) إلى مدلول كلامه هو : (عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج ، وأنّ الداعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج) في وعاء الاعتبار شرعاً وعرفاً الذي هو النتيجة التي هي معنى اسم المصدر ، (لا أنّ كلامه الإنشائي) كلفظ «بعت» أو «آجرت» أو «طلقت» (مجرّد عن المدلول) وخالف عن المعنى ، كما هو الحال في البتءاء = طوطى إذا تعلّم أن يقول : «بعت» كما شاهدنا في التلفزيون - وبعد سنوات عديدة من الثورة الإسلامية في إيران - بتغاء يقول : «جاويد شاه» ، وأظنّ أنّه كان بعد سقوطه إلى أسفل السافلين ، ولم يدر هذا الحيوان أنّ الشاه قد مضى لسبيله .

(كيف) يكون إنشاء المكروه مجرّداً عن المدلول وعارياً عن المعنى؟ (و) الحال (هو) أي المدلول (معلول للكلام الإنشائي إذا كان مستعملاً غير مهمل) ، والمفروض أنّ المكروه عالم بمعنى كلامه ويستعمل الألفاظ في معانيها - كالهازل - فاستحال عدم إرادته الإستعمالية في قوله : «بعت» أو «طلقت» لمعنى ومدلول كلامه لعدم انفكاك المدلول عن الدالّ ، فلا بدّ من أن يقصد المدلول التصوري ، لكنّه لا عن طيب نفسه ، بل تخلصاً عن وعيد المكروه .

(وهذا الذي ذكرنا) من كون مراد الشهيدين عدم قصد المكروه إلى وقوع مضمون العقد في الخارج لا خلوّ كلامه عن المدلول (لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في معنى الإكراه لغةً وعرفاً) ، فإنّ معنى الإكراه على الشيء وقوعه في الخارج لا عن

وأدنى تتبّع فيما ذكره الأصحاب في فروع الإكراه - التي لا تستقيم مع ما توهّمه ، من خلوّ المكره عن قصد مفهوم اللفظ - وجعله مقابلاً للقصد .
وحكمهم بعدم وجوب التورية في التفصّي عن الإكراه ،

طيب نفس فاعله وعدم رضاه به ، مع قصد مدلول ما يقوله إن كان المكره عليه قولاً ، كالعقد والإيقاع ، فإن لم يقصد المدلول لم يقع الفعل المكره عليه في الخارج أصلاً ، فهو كالإكراه على الأكل ، فكما لا يصدق فعله مع عدم الأكل في الخارج كذلك لا يصدق البيع أو الطلاق - مثلاً - في الخارج ، إلّا مع وقوعهما مع القصد ؛ لأنهما متقوّمان به ، وهو الذي أراده المكره - بالكسر - ، (و) كذلك لا يخفى ما ذكرنا على من له (أدنى تتبّع فيما ذكره الأصحاب في فروع الإكراه - التي لا تستقيم) تلك الفروع (مع ما توهّمه) كلام الشهيدين (من خلوّ المكره عن قصد مفهوم اللفظ -) ومدلوله ، (وجعله) أي جعل الأصحاب الإكراه (مقابلاً للقصد) - في مقام بيان شرائط المتعاقدين - ، فإنّهم يذكرون القصد إلى المدلول من جملة الشرائط ، ثمّ يذكرون الاختيار - أعني عدم الإكراه شرطاً آخر للمتعاقدين - فذكرهم هذا الشرط بعد اشتراط القصد إلى المعنى والمدلول - وفي مقابله - يدلّ على أنّ عقد المكره واجد للقصد .

(و) كذا يفهم ما ذكرنا - من وجود القصد في المكره - في كلام الأصحاب من أمور آخر ، الأوّل : (حكمهم بعدم وجوب التورية في التفصّي عن الإكراه) ^(١) ، فإنّه يدلّ على وجود المقصد إلى المدلول في المكره ، فلا يجب عليه أن يقصد - بالتورية - معنّى آخر لعقده ، كأن يقصد من قوله : « بعت داري » بيع داره الأخرى في العام الماضي مثلاً ، فنفي وجوب التورية دليلٌ على تحقّق القصد - المقوّم للإنشاء - إلى المدلول من

(١) راجع المسالك ج ٩ ص ٢٢ ، وشرح اللمعة ج ٦ ص ٢١ ، ونهاية المرام ج ٢ ص ١٢ ، والجواهر

وصحة بيعه بعد الرضا . واستدلالهم له بالأخبار الواردة في طلاق المكره ،
وأَنَّهُ لا طلاق إلا مع إرادة الطلاق ، حيث إِنَّ المنفي صحة الطلاق ، لا تحقّق
مفهومه لغةً وعرفاً ،

المكره ، (و) كذا يفهم ذلك من حكمهم الثاني بـ (صحة بيعه بعد الرضا) بعد إتمام
العقد ، كما هو المشهور^(١) ، فَإِنَّه كاشف عن وجود القصد إلى المدلول حين العقد ، وإنّما
المنتفي هو الرضا وطيب النفس ، فإذا لحقه صحّ العقد ، فلو لم يكن للفظه مدلول ومعنى
لم يكن وجهٌ لصحة بيعه أصلاً ، وإن لحقه الرضا الجدّي الشديد = معاملته شيرين بود .

(و) كذا يستفاد ما ذكرنا من مورد ثالث ، وهو (استدلالهم له) أي لحكم الإكراه
في العقد والإيقاع بكونه باطلاً (بالأخبار الواردة في طلاق المكره)^(٢) ، وأَنَّهُ
لا طلاق (صحيحاً شرعاً) (إلا مع إرادة الطلاق) جداً من دون إكراه ، فَإِنَّ استدلالهم
هذا من نفي الحكم بنفي الموضوع دليلٌ واضح على إرادة المكره مفهوم اللفظ ومدلوله من
البيونة ، لكنّه باطل شرعاً من جهة فقدان طيب النفس ؛ لأنّ حكم الشارع بالصحة منوط
بالرضا الباطني ، ولذا قال الشيخ : (حيث إِنَّ المنفي صحة الطلاق) شرعاً (لا تحقّق
مفهومه لغةً وعرفاً) ؛ لوضوح أنّ وظيفة الشارع هو بيان الحكم بالصحة أو الفساد ،
لا بيان وجود الموضوع وعدمه ، فمن تلك الروايات صحيحة هشام بن سالم ، عن أبي
عبدالله عليه السلام ، قال : « لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق »^(٣) ، ومنها ما رواه زرارة ، عن اليسع ،
عن أبي عبدالله عليه السلام ، وعن عبدالواحد بن المختار ، عن أبي جعفر عليه السلام ، أنّهما قالَا :

(١) راجع: الحداثق ج ١٨ ص ٣٧٣ ، والرياض ج ١ ص ٥١١ ، ومفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٧٣ ،
والجواهر ج ٢٢ ص ٢٦٧ .

(٢) راجع: الشرائع ج ٣ ص ٧ ، والمسالك ج ٩ ص ٣٤ ، والجواهر ج ٣٢ ، ص ٧ .

(٣) الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٦ ح ٤ .

وفيما ورد في مَنْ طَلَّقَ مداراةً بأهله ، إلى غير ذلك .

وفي أَنَّ مخالفة بعض العامة في وقوع الطلاق إكراهاً ، لا ينبغي أن تُحمل

«لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق»^(١) .

(و) يدلّ على ما ذكرنا أيضاً حكمهم في مورد رابع ببطان الطلاق (فيما ورد في مَنْ طَلَّقَ) صورياً زوجته (مداراةً بأهله) حسماً للنزاع بينهما مع إصرارها على الطلاق ، فإن الزوج قد قصد ظاهراً مدلول الطلاق لكن لا عن طيب نفسه ، بل لإقناعها فعلاً ، ولهذا يكون باطلاً شرعاً ، ففي وثيقة منصور بن يونس : «قال : سألت العبد الصالح عليه السلام ... فقلت له : جعلت فداك ، إنّي تزوّجت امرأةً وكانت تحبّني ، فتزوّجتُ عليها إينة خالي ... فأبوا عليّ إلاّ تطليقها ... ولا أردت إلاّ أن أداريهم عن نفسي ... فقال : أمّا بينك وبين الله فليس بشيء ، ولكن إن قدّموك إلى السلطان أبانها منك»^(٢) .

(إلى غير ذلك) من الروايات الدالّة على بطلان الطلاق لفقد أحد الشرائط المعتبرة ، كعدم حضور عدلين ، أو كون الزوجة في طهر غير الواقعة ، وقد حكم الإمام عليه السلام في تلك الموارد بالبطان ، مع قصد المطلق لمدلول الألفاظ لا الطلاق المجرد عن المعنى .

(و) أيضاً يدلّ على ما ذكرنا مورد خامس (في) حكم بعض العامة - وهو أبو حنيفة وأصحابه^(٣) - بصحّة الطلاق عن إكراهٍ ، فد(إنّ مخالفة بعض العامة) للإماميّة (في وقوع الطلاق إكراهاً) ، وإنّه بمنزلة طلاق المختار (لا ينبغي أن تُحمل

(١) المصدر ج ٢ .

(٢) الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٢ مقدّمات الطلاق .

(٣) راجع: كتاب الخلاف ج ٤ ص ٤٧٨ ، والمغني لابن قدامة ج ٧ ص ١١٨ ، وبداية المجتهد ج ٢

على الكلام المجزّد عن قصد المفهوم ، الذي لا يستمى خبراً ولا إنشاءً وغير ذلك ، ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكروه هو : القصد إلى وقوع أثر العقد ومضمونه في الواقع وعدم طيب النفس به ، لا عدم إرادة المعنى من الكلام .

ويكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني : من أنّ المكروه والفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله .

على الكلام المجزّد) واللفظ الخالي (عن قصد المفهوم) الصادر عن لقلقة اللسان (الذي لا يستمى خبراً ولا إنشاءً) ، فإنّ حكم الأصحاب ببطان هذا الطلاق إنّما هو لأجل عدم طيب النفس والرضا به ، لا لأجل خلوه عن المدلول والمعنى .
فالتأمل في هذه الموارد (وغير ذلك) من الموارد المتفرقة في الكتب الفقهيّة ، (ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكروه) في كلام الشهيدين والعلامة (هو : القصد إلى وقوع أثر العقد) شرعاً (ومضمونه في الواقع) ، فمقصودهم إنّما هو عدم الرضا (وعدم طيب النفس به) أي بالعقد (لا عدم إرادة المعنى من الكلام) ، وإجراء الألفاظ على اللسان بدون قصد معناها .

(ويكفي في ذلك) ، أي في أنّ المراد بنفي القصد إلى المعنى هو نفي القصد إلى وقوع أثر العقد في الواقع (ما ذكره الشهيد الثاني) في المسالك : ج ٣ ص ١٥٥ : (من أنّ المكروه والفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله) . قال في شرح قول المحقّق رحمه الله : « ولو رضي كلّ منهم - أي الصبيّ والمجنون والمغمي عليه والسكران والمكروه - بما فعل بعد زوال عذره ، عدا المكروه للوثوق بعبارة » . قال : الفرق بينهم وبين المكروه واضح ؛ إذ لا قصد لهم إلى العقد ولا أهليّة لهم لفقد شرطه وهو العقل ، بخلاف المكروه ، فإنّه بالغ عاقل ، وليس ثمّ مانع إلّا عدم القصد إلى العقد حين إيقاعه ، وهو مجبورٌ بلحوقه بالإجازة ، فيكون كعقد الفضولي ، حيث انتفى القصد إليه من مالكة الذي

نعم ، ذكر في التحرير والمسالك في فروع المسألة ما يوهم ذلك . قال في التحرير : لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً ، فالأقرب وقوع الطلاق ؛ إذ لا إكراه على القصد ، انتهى .

وبعض المعاصرين بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا

يُعتبر قصده حين العقد ، فلماً لحقه القصد بالإجازة صحّ .. وبهذا يظهر ضعف ما قيل هنا من انتفاء القصد أصلاً ورأساً مع عدم الرضا ، انتهى . وأنت خبير بأنّ جعله المكروه والفضولي من وإدٍ واحد يظهر منه بوضوح أنّ المكروه قاصد لمعنى إنشائه ؛ لأنّ الفضولي قاصد للمعنى والمدلول ، فيريد من لفظ «بعت» - مثلاً - النقل والإنتقال ، لكنّه يعلم أنّ ذلك إنّما يتحقّق شرعاً بإمضاء المالك وإجازته .

(نعم ، ذكر) العلامة (في التحرير) ج ٢ ص ٥١ (و) الشهيد الثاني في (المسالك) ج ٩ ص ٢٢ (في فروع المسألة ما يوهم ذلك) من عدم قصد المكروه مدلول العقد وإنشائه أصلاً ؛ حيث (قال في التحرير : لو أكره) الرجل (على الطلاق فطلق ناوياً) لوقوع إنشائه واقعاً من البيونة ، (فالأقرب وقوع الطلاق ؛ إذ لا إكراه على القصد) ؛ لأنّه أمر قلبي ورضيٌّ باطني ، (انتهى) . ومقتضى هذا الكلام : أنّ المنشأ في بطلان طلاق المكروه فقدان قصد المدلول ، فلو قصده واقعاً صحّ الطلاق لخروجه عن الإكراه حينئذٍ موضوعاً ، وقال في المسالك : الرابع : لو قصد المكروه إيقاع الطلاق ، ففي وقوعه وجهان : من أنّ الإكراه أسقط أثر اللفظ ، ومجرّد النية لا تعمل ، ومن حصول اللفظ والقصد ، وهذا هو الأصحّ ، انتهى . ومن المعلوم أنّ ترجيحه للصحة شاهد على تمسّي القصد من المكروه الذي نوى وقوع الطلاق واقعاً ، ويستفاد من هذا أنّ بطلان طلاق المكروه من جهة فقد النية والقصد إلى مدلول إنشائه في الخارج .

(وبعض المعاصرين) وهو صاحب الجواهر في : ج ٣٢ ص ١٥ (بنى هذا

الفرع) ، أي ما لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً (على تفسير القصد بما ذكرنا

من متوهم كلامهم ، فردّ عليهم بفساد المبني ، وعدم وقوع الطلاق في الغرض المزبور ، لكنّ المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك ، وسيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به .

ثم إن حقيقة الإكراه لغةً وعرفاً: حمل الغير على ما يكرهه ، ويعتبر في وقوع الفعل عن ذلك الحمل :

من متوهم كلامهم) ، وهو قصد اللفظ المجرد عن المدلول بلقلقة اللسان ، (فردّ عليهم بفساد المبني) ، وأنّ المكره قاصد لمدلول اللفظ ، وأنّ البطلان ناشئ عن عدم طيب النفس به ، (وعدم وقوع الطلاق في الغرض المزبور) . هذا (لكنّ المتأمل) في كلام العلامة والشهيد في التحرير والمسالك (يقطع بعدم إرادتهم لذلك) ، أعني عدم قصد المدلول ، (وسيأتي) في ص ٢٩٤ بيان (ما يمكن توجيه الفرع المزبور به) بقوله : بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير... إلخ ، ولعلّ محصله أنّهم أرادوا من الفرع المذكور ما إذا طلق المكره برضاه الواقعي ، فهو وإن أكره على الطلاق في الإبتداء ، لكنّه رضي به واقعاً عن طيب نفسه ، فأراد البينونة واقعاً ، كما يقال بالفارسيّة : «خدا خواسته اش بود» يا : «وقتي كه زوره ، يا حسين» ، فكأنّه بعد الإكراه بدا له أن يطلق حقيقةً .

(ثمّ) يقع الكلام في تحديد موضوع الإكراه ، ليتربّب عليه أحكامه - في مقابل الجبر والإلجاء والإضطرار - ، وحيث إنّ لم يكن للإكراه حقيقةً شرعيّة كان المرجع في تفسيره هو اللغة والعرف ، فـ (إن حقيقة الإكراه لغةً وعرفاً: حملٌ) = وإدار كردن (الغير على ما يكرهه) = ناخوش آييد . قال الجوهري في الصحاح : ج ٦ ص ٢٢٤ : «أكرهته على كذا: حملته عليه كرهاً» ، وقال في المنجد : ٦٨٣ : أكره فلاناً على الأمر: حمّله عليه قهراً .

(ويعتبر في) تحقّق الإكراه (وقوع الفعل عن) جهة (ذلك الحمل) لا من

اقتراضه بوعيد منه مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل ، مضرٌ بحال الفاعل أو متعلقه نفساً أو عرضاً أو مالاً .

فظهر من ذلك : أنَّ مجرّد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يُدخله في « المكروه عليه » كيف؟ والأفعال الصادرة من العقلاء كلّها أو جُلّها ناشئة عن دفع الضرر ،

ناحية أخرى . الثاني : (اقتراضه) أي الحمل (بوعيد منه) وتهديد بضررٍ على المكروه . الثالث : أن يكون الوعيد (مظنون الترتب على) المخالفة و (ترك ذلك الفعل) بأن يكون المكروه - بالكسر - قادراً على ما توعّد به ، والمكروه مقهوراً عاجزاً عن دفع الضرر ، والرابع : (مضرٌ بحال الفاعل أو متعلقه) من ذويه وأقربائه ضرراً لا يتحمّل عادة ، وإن كان لترجيح أخفّ الضررين ، كبيع كتبه إكراهاً لدفع بيع دار سكناه ، ولا فرق في الضرر المتوعدّ به أن يكون (نفساً أو عرضاً أو مالاً) .

(فظهر من ذلك) التعريف للإكراه - الذي يعتبر فيه أمورٌ أربعة - (أنَّ مجرّد) الإتيان بـ (الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يُدخله في « المكروه عليه ») ، بل يُدخله في المضطرّ إليه ، و (كيف) يدخله في المكروه عليه؟ (و) الحال أنَّ (الأفعال الصادرة من العقلاء كلّها أو جُلّها ناشئة عن دفع الضرر) عن النفس ، أو عن مَنْ يتعلّق به ، أو ما يتعلّق به ، كبيع ألبسته - مثلاً - لشراء الدواء لعلاج مرضه ، أو بذل ماله لشراء الطعام دفعاً للجوع ، أو دفعاً للحرّ والبرد ، أو ربّما يبيع بعض أمواله من الكتب والحُلّي وأثاث البيت لشراء دار سكناه ، كما نشاهد ذلك في كثير من الناس . قال الشاعر الفارسي :

آنچه شیران را کند رو به مزاج احتیاج است ، احتیاج است احتیاج

(و) كذلك ظهر أنّه يعتبر في صدق الإكراه أن يتعلّق بنفس فعلٍ خاصّ ، فإذا أكره على دفع مالٍ إلى ظالم فباع كتبه ، بل داره ، للدفع إليه لا يكون هذا البيع باطلاً ؛ لعدم كونه

وليس دفع مطلق الضرر الحاصل من إيعاد شخص يوجب صدق « المكروه » عليه ، فَإِنَّ مَنْ أَكْرَهَ عَلَى دَفْعِ مَالٍ وَتَوَقَّفَ عَلَى بَيْعِ بَعْضِ أَمْوَالِهِ ، فَالْبَيْعُ الْوَاقِعُ مِنْهُ لِبَعْضِ أَمْوَالِهِ وَإِنْ كَانَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ الْمَتَوَعَّدِ بِهِ عَلَى عَدَمِ دَفْعِ ذَلِكَ الْمَالِ - وَلِذَا يَرْتَفَعُ التَّحْرِيمُ عَنْهُ لَوْ فَرَضَ حَرَمَتُهُ عَلَيْهِ لِحَلْفٍ أَوْ شَبِيهِهِ - ، إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ « مَكْرَهًا » عَلَيْهِ .

فالمعيار في وقوع الفعل مُكْرَهًا عليه : سقوط الفاعل - من أجل الإكراه المقترن بإيعاد الضرر - عن الإستقلال في التصرف ؛ بحيث لا تطيب نفسه بما يصدر منه

متعلّقاً للإكراه ، فـ (ليس دفع مطلق الضرر الحاصل من إيعاد شخص يوجب صدق « المكروه » عليه) حتّى يكون باطلاً ، (فَإِنَّ مَنْ أَكْرَهَ عَلَى دَفْعِ مَالٍ) إلى ظالم ، (وَتَوَقَّفَ عَلَى بَيْعِ بَعْضِ أَمْوَالِهِ) - حتّى مثل الألبسة والأطعمة - ، (فَالْبَيْعُ الْوَاقِعُ مِنْهُ لِبَعْضِ أَمْوَالِهِ وَإِنْ كَانَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ الْمَتَوَعَّدِ بِهِ عَلَى عَدَمِ دَفْعِ ذَلِكَ الْمَالِ) ، لَكِنَّهُ لَا يَكُونُ بَيْعًا إِكْرَاهِيًّا عَرَفًا لِيَشْمَلَهُ أَحْكَامُهُ ، بَلْ هُوَ بَيْعٌ إِضْطْرَارِيٌّ وَلَا يَكُونُ بَاطِلًا . (- وَلِذَا يَرْتَفَعُ التَّحْرِيمُ عَنْهُ لَوْ فَرَضَ حَرَمَتُهُ عَلَيْهِ لِحَلْفٍ أَوْ شَبِيهِهِ -) ، من النذر والعهد ، كما إذا حلف أن لا يبيع كتبه واضطرّ إلى بيعها لدفع ثمنها إلى الظالم ، فلا يكون هذا البيع حِثًّا لحلفه ، فهو وإن كان مضطراً إلى هذا البيع ، (إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ « مَكْرَهًا » عَلَيْهِ) موضوعاً لتشمله أحكام الإكراه ؛ إذ لم يتعلّق الإكراه بالبيع بلا واسطة ، بل تعلّق بدفع المال ، والفاعل إختار البيع لتحصيل المال ، كما أنّه ربّما يختار فعلاً آخر ، كالإقتراض والإتّهاب مثلاً .

(فالمعيار) لغةً وعرفاً (في وقوع الفعل مُكْرَهًا عليه) هو سلب الإختيار (وسقوط الفاعل - من أجل الإكراه المقترن بإيعاد الضرر - عن الإستقلال في التصرف) في أمواله وأموره بعقد أو إيقاع (بحيث لا تطيب نفسه بما يصدر منه)

ولا يتعمّد إليه عن رضاه، وإن كان يختاره لاستقلال العقل
بوجوب اختياره؛ دفعاً للضرر أو ترجيحاً لأقلّ الضررين، إلا أنّ هذا المقدار
لا يوجب طيب نفسه به، فإنّ النفس مجبولة على كراهة ما يُحمّله غيره عليه
مع الإيعاد عليه بما يشقّ تحمّله.

والحاصل: أنّ الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنّه مستقلّ في فعله
ومخلى وطبعه فيه بحيث يطيّب نفسه بفعله وإن كان من باب علاج الضرر،
وقد يفعل لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه، وهذا ممّا لا تطيب النفس به،
وذلك معلوم بالوجدان.

في الخارج (ولا يتعمّد إليه عن رضاه، وإن كان يختاره لاستقلال العقل
بوجوب اختياره؛ دفعاً للضرر) المتوعّد به، كالقتل والضرب والإهانة، وغير ذلك،
(أو ترجيحاً لأقلّ الضررين) وأخفّهما على الأشدّ، كما إذا أقدم على بيع داره كرهاً
لدفع القتل عن نفسه أو عن من يتعلّق به (إلا أنّ هذا المقدار) من الاختيار بحكم العقل
(لا يوجب طيب نفسه به) واقعاً، (فإنّ النفس) حينئذٍ تكون مسلوّبة الاختيار بنظر
العرف و(مجبولة) = وادار شده (على كراهة ما يُحمّله غيره عليه مع الإيعاد
عليه بما يشقّ تحمّله).

(والحاصل): أنّه لا تنافي بين كون تصرّف المكره إرادياً وبين عدم طيب النفس
بما يفعله، فـ(إنّ الفاعل قد يفعل) فعلاً اضطراراً (لدفع الضرر، لكنّه مستقلّ في
فعله ومخلى وطبعه فيه) بمعنى أنّه لم يعيّن له أحدٌ هذا الفعل، (بحيث) لا تحميل
عليه، بل (يطيب نفسه بفعله) لغرض أقوى فائدة من الضرر المتوجّه إليه، (وإن
كان من باب علاج) ذلك (الضرر)، وهذا هو الاضطرار لا الإكراه، (وقد يفعل)
الفاعل فعلاً إكراهاً (لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه، وهذا) هو الإكراه؛ لأنّه (ممّا
لا تطيب النفس به) ولا يفعله عن رضاه (وذلك معلوم بالوجدان) من أنّ المضطرّ

**ثُمَّ إِنَّهُ هَلْ يَعتَبَرُ فِي مَوْضُوعِ الإِكْرَاهِ أَوْ حُكْمِهِ عَدَمُ إِمْكَانِ التَّنْصِي عَنْ
الضَّرَرِ الْمَتَوَعَّدِ بِهِ بَمَا لَا يَوجِبُ ضَرراً آخَرَ - كَمَا حُكِيَ عَنِ جَمَاعَةٍ - أَمْ لَا ؟
الَّذِي يَظْهَرُ مِنَ النُّصُوصِ وَالْفَتَاوَى عَدَمُ اعْتِبَارِ الْعِجْزِ عَنِ التَّوْرِيَةِ ؛**

مستقلّ في تصرّفه ، كالبيع ونحوه ، والمكره غير مستقلّ فيه ويفعله لا عن طيب نفسه .
(ثُمَّ إِنَّهُ) قد تقدّم في ج ٢ ص ٤٧١ احتمال وجوب التورية مع القدرة عليها عند
الضرورة إلى الكذب ، وفي المقام أيضاً (هل يعتبر) العجز عن التّفصّي والفرار عن
الضرر المتوّعد به (في) تحقّق (موضوع الإكراه) بحيث لو كان المكره قادراً على
التّفصّي لم يصدق الإكراه في حقّه ، ولم يكن فعله «مكرهاً عليه» ، (أو) لا يعتبر ذلك ،
فحتّى مع القدرة على التّفصّي يصدق الإكراه ، ولا يجب عليه ذلك ، وكذلك هل يعتبر في
إجراء (حكمه) من عدم ترتّب الأثر على فعل المكره شرعاً (عدم إِمْكَانِ التَّنْصِي)
بالتورية أو فعل آخر ، كالفرار عن يد المكره - بالكسر - (عن الضرر المتوّعد به بما
لا يوجب ضرراً آخر) على المكره (- كما حُكي عن جماعة -) اعتبار العجز عن
التّفصّي ، منهم الشهيد الثاني في المسالك : ج ٩ ص ١٨ ، والمحدّث البحراني في الحقائق :
ج ٢٥ ص ١٥٩ ، والمحقّق النراقي في المستند : ج ٢ ص ٣٦٤ ، (أَمْ لَا) يعتبر ذلك ؟ بمعنى
صدق الإكراه موضوعاً ، وترتّب حكمه الشرعي حتّى مع التمكن من التّفصّي بالتورية أو
الفرار عن المكره .

وَنَعَمْ مَا قَالَهُ النِّزَامِيُّ حِينَ سئل عَنِ الْخُلَفَاءِ الْأَرْبَعَةِ :

در خویشان نه شک نه ریبی زین چاریکی نداشت عیبی

وروي: أَنَّ معاويةَ أمرَ عقيلاً أَنْ يَسبَّ أميرَ المؤمنين ﷺ ، فصعد المنبر ، وقال: أَيُّهَا
النَّاسُ ، قد أمرني معاوية أن ألعن عليّاً ، ألا فالعنوه ، وأراد من الضمير «معاوية» عليه
لعائن الله .

فـ (الذي يظهر من النصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية)

لأنَّ حمل عموم رفع الإكراه ، وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكره وعقته ، ومعاهد الإجماعات والشهرات المدّعاة في حكم المكره على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة ، بعيدٌ جدّاً ، بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد ، كما لا يخفى على من راجعها .

في تحقّق الإكراه ؛ (لأنَّ حمل عموم رفع الإكراه) في قوله ﷺ : «رفع عن أمّتي ... وما استكروها عليه» المتقدّم ص ٢٥٠ ، (و) كذا (خصوص النصوص الواردة في طلاق المكره وعقته) التي تقدّم بعضها ص ٢٥٠ ، (و) كذلك إطلاق (معاهد الإجماعات) المنقولة المتظافرة (والشهرات المدّعاة في حكم المكره على صورة العجز عن التورية لجهل) بها وأسلوبها (أو) رُعب و (دهشة) حاصلة بسبب الإكراه ، (بعيدٌ جدّاً)؛ لأنّه من حمل المطلق على الفرد النادر الذي هو مستهجنٌ عرفاً ، (بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد ، كما لا يخفى على من راجعها) ^(١) ، ففي نهج البلاغة قال أمير المؤمنين عليه السلام : «أما أنّه سيظهر عليكم بعدي رجلٌ رَحِبَ البلُوع ، مندحق البطن ، يأكل ما يجد ، ويطلب ما لا يجد ، فاقتلوه ولن تقتلوه ، ألا وإنّه سيأمركم بسبّي والبراءة منّي ، فأما السبّ فسبوني ، فإنّه لي زكاة ، ولكم نجاة ، وأما البراءة فلا تبرأوا منّي ، فأنيّ وُلدت على الفطرة ، وسبقت إلى الإيمان والهجرة» ^(٢) .

قال الشاعر الفارسي :

شب پرہ گر نور آفتاب نخواهد رونق بازار آفتاب نکاھد
ولا يخفى عليك أنّ مثال الدهشة : ما إذا سلّ المكره سيفه وأمره ببيع داره فآثّر الخوف بحيث نسي بأن يريد التورية ، كبيع داره الأخرى في العام المنصرم .

(١) راجع الوسائل ج ١١ ص ٤٧٥ الباب ٢٩ ، الأمر والنهي .

(٢) نهج البلاغة فيض الإسلام ج ١ ص ١٣٧ . محمّد عبده ج ١ ص ١٠٥ .

مع أنَّ القدرة على التورية لا يُخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفاً.

هذا، وربما يستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية أيضاً في صدق الإكراه، مثل رواية ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «لا يمين في قطيعة رحم، ولا في جبر، ولا في إكراه. قلت: أصلحك الله، وما الفرق بين الجبر والإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب، وليس ذلك بشيء»

قال الشاعر الفارسي:

تبع بر فرقم نهاده وگفت چونی گفتمش
بر سر اولاد آدم هرچه آید حق اوست
(مع أنَّ القدرة على التورية لا يُخرج الكلام عن حيز الإكراه) وموضوعه (عرفاً) لما تقدّم ص ٢٦٠ من أنَّ الإكراه عبارة عن تحميل الغير على فعلٍ مقترناً بإيعاد ضرر عليه، وهذا كما يصدق في مورد العجز عن التفصي بالتورية كذلك يصدق في مورد التمكن منه ^(١).

(هذا، وربما يستظهر من بعض الأخبار) تحقّق موضوع الإكراه فيما إذا أمكن التخلص عن شرّ المكروه بغير التورية، كالفرار عن يديه، (وعدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية أيضاً في صدق الإكراه) كالاستمداد من الناس للتخلص عن المكروه، فمع ذلك يصدق الإكراه عرفاً (مثل رواية) عبدالله بن القاسم، عن عبدالله (ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام)، قال: «لا يمين» في غضب ولا، كذا في المصادر (في قطيعة رحم، ولا في جبر، ولا في إكراه. قلت: أصلحك الله! وما الفرق بين الجبر والإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب، وليس ذلك بشيء»)، وفي النسخ زيادة

(١) راجع كتاب اوصاف روزه داران ص ٢٤٥ للشارح.

« الخبر خد » .

ويؤيده : أنه لو خرج عن الإكراه عرفاً بالقدرة على التفصي بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها ؛ لأنَّ المناط حينئذٍ انحصار التخلّص عن الضرر المتوقّد به في فعل المكرّه عليه ، فلا فرق بين أن يتخلّص عنه بكلام آخر ، أو فعل آخر ، أو بهذا الكلام

(« الخبر خد ») ، والظاهر أنه لا وجه له ؛ إذ الحديث مذكور بتمامه ، وهو ضعيف بعبدالله^(١) بن القاسم ، فإنّه ضعيف أو مجهول^(٢) .

ووجه الاستدلال بالرواية : أن التخلّص من الزوجة والأبوين ممكن عرفاً بغير التورية ، كالخروج من المنزل ، أو السكوت في مقابل طلبهم ، أو شراء شيء لهم - مثلاً - ، أو الوعد كاذباً - كما ورد جوازه في الزوجة - ، ويُسْتَبْعَدُ جداً أن يورد ضرر معتدّ به منهم بالنفس أو المال ، بحيث لا يتحمّل عادةً ، بل المحتمل سوء خلقهم مثلاً وما أشبه ذلك ، ومع هذا فقد قرّر الإمام عليه السلام تحقّق الإكراه من قبلهم .

(ويؤيده) ، أي ما ذكرناه من الإستظهار : (أنه لو خرج) المورد (عن الإكراه عرفاً بالقدرة على التفصي بغير التورية) ، كالفرار والإستمداد من الغير ، (خرج عنه بالقدرة عليها) ، أي على التورية بطريق أولى ؛ (لأنَّ المناط حينئذٍ) ، أي حين الخروج عن الإكراه بالقدرة على التفصي بغير التورية (انحصار التخلّص عن الضرر المتوقّد به في) نفس (فعل المكرّه عليه) فقط ، (فلا فرق بين أن يتخلّص عنه بكلام آخر) كالوعد كاذباً ، أو موعظة المكرّه ، أو إظهار القدرة على دفعه ، وإن كان إدعاءً (أو فعل آخر) ، كبيع آخر منه يريد المكرّه بيعه برضاه ، (أو بهذا الكلام) الذي

(١) الوسائل ج ١٦ ص ١٤٣ الأيمان .

(٢) راجع جامع الرواة : ج ١ ص ٥٠٠ .

مع قصد معنى آخر .

ودعوى : أنَّ جريان حكم الإكراه مع القدرة على التورية تعبدّي - لا من جهة صدق الإكراه - كما ترى .

لكن الإنصاف : أنَّ وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقق إلا مع العجز عن التفصي بغير التورية ؛ لأنه يعتبر فيه أن يكون الداعي عليه هو خوف ترتب الضرر المتوقع به على الترك ،

يريده المكره ، كبيع داره منه (مع قصد معنى آخر) من باب التورية ، فعلى فرض عدم تحقق الإكراه مع التمكن من التخلص بفعل آخر ، أو كلام آخر ، كذلك لم يتحقق بالتمكن على التورية أيضاً .

(ودعوى) : الفرق بين إمكان التفصي بالتورية ، وبين إمكان التخلص بغيرها ، بأن الإكراه وإن لم يصدق ولا يتحقق في كلتا صورتين ، إلا (أنَّ جريان حكم الإكراه) من رفع الآثار عن الفعل شرعاً (مع القدرة على التورية تعبدّي) ؛ وذلك لمكان حديث الرفع وغيره ، (- لا من جهة صدق الإكراه -) ، بل هو غير صادق هنا ، (كما ترى) - خبر لقوله : «ودعوى» ، فهي دعوى باطلة ؛ إذ لم نجد مورداً حَكَم الشارع بتحقيق حكم الإكراه مع التصريح بإمكان التورية فيه ، فترتب حكم الإكراه إنما هو لأجل صدق الإكراه موضوعاً لا للتعبد .

(لكن الإنصاف : أنَّ) هذه الدعوى صحيحة ؛ وذلك لأنَّ (وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقق) بنظر العرف ، (إلا مع العجز عن التفصي) والتخلص (بـ) فعل آخر (غير التورية) ، كالفرار عن يد المكره ، أو فعل آخر مع الرضا به ، كبيع شيء آخر مختاراً بدلاً عما أراد المكره ، فمع التمكن من فعل آخر - غير المكره عليه - الذي يوجب دفع شر المكره ، لا يصدق على الفعل الذي تعلّق الإكراه به ابتداءً ؛ (لأنه يعتبر فيه أن يكون الداعي عليه هو خوف ترتب الضرر المتوقع به على الترك) أي ترك الفعل

ومع القدرة على التفصّي لا يكون الضرر مترتباً على ترك المكروه عليه ، بل على تركه وترك التفصّي معاً ، فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين : من فعل المكروه عليه ، والتفصّي ، فهو مختار في كلّ منهما ، ولا يصدر كلّ منهما إلا باختياره ، فلا إكراه .

وليس التفصّي من الضرر أحد فردي المكروه عليه ، حتّى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الإكراه عنهما ، كما لو أكرهه على أحد

المكروه عليه ، (ومع القدرة على التفصّي) بفعل آخر مختاراً (لا يكون الضرر مترتباً على ترك المكروه عليه) بخصوصه ، (بل على) أمرين :
١ - (تركه) أي ترك المكروه عليه .

٢ - (وترك التفصّي) بذلك الفعل (معاً ، فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين : من فعل المكروه عليه ، و) الفعل الذي يختاره لـ (التفصّي ، فهو مختار في) فعل (كلّ منهما) لا على التعيين ، (ولا يصدر كلّ منهما إلا باختياره ، فلا إكراه) - مثلاً - إذا أكره على بيع داره التي هو ساكن فيها ، لكنّه يتمكّن من دفع شرّه بالإستمداد من أصدقائه وأقربائه ، أو ببيع داره الأخرى بثمان المثل الذي يريد المكروه بيعه برضاه ، فهنا إذا اختار المكروه بيع داره المسكونة لا يصدق عرفاً منه أنّ هذا الفعل مكروه عليه .

فإن قلت : المقام نظير الإكراه على أحد أمرين ، كبيع داره وبيع سيّارته ، فكلّ ما اختاره منهما كان مصداقاً للإكراه ، ولا يترتب عليه الأثر الشرعي .

قلنا : إنّ المقام يختلف مع الفرض المذكور ؛ إذ المتعلّق للإكراه في المقام فعل واحد ، وهو بيع داره المسكونة في المثال ، (وليس التفصّي من الضرر) كالإستمداد من الغير أو بيع داره الأخرى (أحد فردي المكروه عليه ، حتّى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما) أي في الفردين (سلب الإكراه عنهما ، كما لو أكرهه على أحد

الأمرين ، حيث يقع كل منهما حينئذٍ مكرهاً « عليه خد » ؛ لأنَّ الفعل المتفصي به مسقط عن المكروه عليه ، لا بدّل له ؛ ولذا لا يجري أحكام المكروه عليه إجماعاً . فلا يفسد إذا كان عقداً .

وما ذكرنا وإن كان جارياً في التورية ، إلا أنَّ الشارع رخص في ترك التورية بعد عدم إمكان التفصي بوجه آخر ، لما ذكرنا من ظهور النصوص والفتاوى ، وبُعد حملها على صورة العجز عن التورية ،

الأمرين) لا على التعيين ، (حيث يقع كل منهما حينئذٍ مكرهاً « عليه خد ») ؛ وذلك (لأنَّ) الإكراه في المقام إنّما تعلق بفعل واحد ، و (الفعل المتفصي به) ليس مورداً للإكراه ، وإنّما يفعله المكلف باستقلاله ، فإنّما هو (مسقط عن المكروه عليه ، لا بدّل له) وعدلّ في مقابله ، (ولذا لا يجري أحكام المكروه عليه إجماعاً) لو اختاره الفاعل ؛ لأنّه مستقلّ في اختياره ، (فلا يفسد إذا كان عقداً) ، فإذا باع حماره بدل داره ، كان صحيحاً .

(وما ذكرنا) من إناطة صدق الإكراه بخوف الضرر مع العجز عن التفصي (وإن كان جارياً في التورية) أيضاً ، فلا يتحقّق الإكراه موضوعاً مع التمكنّ منها ، كما لا يتحقّق مع التمكنّ بالتخلّص بغير التورية ، كالفرار والاستمداد ، فيقال : بأنّه إنّما يصدق الإكراه مع العجز عن التورية ، (إلا أنَّ الشارع) لم يعتبر ذلك فيها ، حيث (رخص) تعبداً (في ترك التورية بعد عدم إمكان التفصي بوجه آخر) ، وجعل صورة إمكان التفصي بالتورية في حكم الإكراه ، ففرّق بين ما إذا أمكن التخلّص بالفرار أو الاستمداد ، فحكم بترتّب الأثر على الفعل ، وبين التمكنّ من التورية ، فحكم بعدم ترتّب الأثر شرعاً ، وإن صدق الإكراه موضوعاً ؛ وذلك (لما ذكرنا) آتفاً ص ٢٦٥ (من ظهور النصوص والفتاوى) في مورد القدرة على التورية ، وعدم اعتبار العجز عنها ، (وبُعد حملها على صورة العجز عن التورية) .

مع أَنَّ العجز عنها لو كان معتبراً لأشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوزة للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه، خصوصاً في قضية عمار وأبويه، حيث أكرهوا على الكفر، فأبى أبواه فقتلا، وأظهر لهم عمار ما أرادوا، فجاء باكباً إلى رسول الله ﷺ، فنزلت الآية: ﴿مَنْ كَفَرَ بِإِلَهِهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ﴾،

(مع أَنَّ العجز عنها) أي التورية (لو كان معتبراً) في عدم ترتب الأثر على فعل المكروه (لأشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوزة للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه) التي أشرنا إليها آنفاً ص ٢٦٤، وتقدّم بعضها في باب جواز الكذب عند الضرورة في ج ٢ ص ٤٧٤:

منها: صحيحة إسماعيل بن سعد الأشعري، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام في حديث، قال: «سألته عن رجل يخاف على ماله من السلطان، فيحلف له لينجو به منه، قال: لا بأس» الحديث (١).

ومنها: موثقة زرارة بابن بكير: «إنما نمرّ على هؤلاء القوم فيستحلفونا على أموالنا وقد أدينّا زكاتها؟ فقال: يا زرارة، إذا خفت فاحلف لهم ما شاءوا» (٢)، (خصوصاً) الرواية الواردة (في قضية عمار) بن ياسر (وأبويه): ياسر وسميّة، مع شفقة النبي ﷺ بهم، (حيث أكرهوا على الكفر) من قبل كفار مكة، (فأبى أبواه فقتلا، وأظهر لهم عمار ما أرادوا، فجاء باكباً إلى رسول الله ﷺ، فنزلت الآية: ﴿مَنْ كَفَرَ بِإِلَهِهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ﴾) الآية (٣)،

(١) الوسائل ج ١٦ ص ١٣٤ الأيمان.

(٢) المصدر ص ١٣٦، راجع روايات الباب ١٢ و ١٦.

(٣) النحل: ١٠٦.

فقال له رسول الله ﷺ : « إن عادوا عليك ، فعد » . ولم ينبّهه على التورية ، فإنّ التنبيه في المقام وإن لم يكن واجباً ، إلّا أنّه لا شك في رجحانه ، خصوصاً من النبي ﷺ باعتبار شفقتة على عمار ، وعلمه بكرهه تكلم عمار بألفاظ الكفر من دون تورية ، كما لا يخفى .

هذا ، ولكنّ الأولى : أن يفرّق بين إمكان التفصي بالتورية وإمكانه بغيرها ، بتحقيق الموضوع في الأوّل دون الثاني :

(فقال له رسول الله ﷺ : « إن عادوا عليك ») وطلبوا منك التلقّظ بالكفر ، (فعد)^(١) وقل ما شاءوا ، فإنّه لا يضرّك (ولم ينبّهه على التورية ، فإنّ التنبيه في المقام) الذي من الجهل بالموضوع ، (وإن لم يكن واجباً) ؛ لأنّه من تنبيه الغافل ، وهو غير واجب ، كما إذا نسي المكلف الصلاة ولكن يعرف صديقه بذلك ، فلا يجب عليه التنبيه ، (إلّا أنّه) حسنٌ ، و (لا شك في رجحانه ، خصوصاً من النبي ﷺ باعتبار شفقتة على عمار) الذي هو من الأصفياء من أصحاب أمير المؤمنين عليه السلام ، ومن شرطة الخميس ، وهو أشهر من أن يحتاج إلى التوصيف والبيان^(٢) ، فهو المستحقّ للتنبيه منه ﷺ على التورية ، (و) بالأخصّ مع (علمه بكرهه تكلم عمار بألفاظ الكفر من دون تورية) وغفلته عنها ، ومن البعيد جداً أن يكون جاهلاً بأسلوب التورية ، (كما لا يخفى) .

(هذا) كلّهُ ، (ولكنّ الأولى : أن يفرّق) فرقاً آخر (بين إمكان التفصي بالتورية و) بين (إمكانه بغيرها) ، كالفرار والإستمداد من الأصدقاء ؛ وذلك بأن يقال : (بتحقيق الموضوع) ، وهو الإكراه (في الأوّل دون الثاني) ، فلو تمكّن من

(١) الوسائل ج ١٦ ص ١٤٣ الأيمان، مجمع البيان ج ٣ ص ٣٨٨.

(٢) راجع جامع الرواة ج ١ ص ٦١٤.

لأنّ الأصحاب -وفقاً للشيخ في المبسوط -ذكروا من شروط تحقّق الإكراه :أن يعلم أو يظنّ المكروه -بالفتح - أنّه لو امتنع ممّا أكره عليه وقع فيما توعدّ عليه ، ومعلوم أنّ المراد ليس إمتناعه عنه في الواقع ، ولو مع اعتقاد المكروه -بالكسر - عدم الإمتناع ، بل المعيار في وقوع الضرر : اعتقاد المكروه لامتناع المكروه ، وهذا المعنى يصدق مع إمكان التورية ، ولا يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها ؛ لأنّ المفروض تمكّنه من الإمتناع مع اطلاع المكروه عليه

التورية ولم يؤرّ صدق الإكراه ، ولكن لو تمكّن من الفرار ولم يفرّ لم يصدق الإكراه ، والدليل على ما ذكرنا (لأنّ الأصحاب) ^(١) (-وفقاً للشيخ في المبسوط -) ج ٥ ص ٥١ (ذكروا من شروط تحقّق الإكراه : أن يعلم أو يظنّ المكروه -بالفتح -) المظلوم - (أنّه لو امتنع ممّا أكره عليه) من البيع أو الطلاق ونحوهما (وقع فيما توعدّ عليه) من الضرر ، (ومعلوم أنّ المراد ليس إمتناعه عنه) أي إمتناع المكروه عمّا أكره عليه (في) عالم (الواقع ، ولو مع اعتقاد المكروه -بالكسر -) الظالم (عدم الإمتناع ، بل المعيار في وقوع الضرر : اعتقاد المكروه) الظالم (لامتناع المكروه) المظلوم - فلو ورّى المكروه وعلم المكروه بالتورية لأضرّ به ، لأنّه يعتقد مخالفته حينئذٍ ، (وهذا المعنى) من المعيار (يصدق مع إمكان التورية) ، فإنّه إذا ورّى في كلامه يتخيّل المكروه عدم الإمتناع ، وأنّه فعل ما يريده منه ، فلا يتضرّر به ، ولكنّه لو فهم أنّه ورّى في كلامه ، تضرّر به بالضرب والقتل وغيره. هذا ، (و) لكنّه (لا يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها) ، كالفرار ونحوه ؛ (لأنّ المفروض تمكّنه من الإمتناع) عن الإتيان بالفعل المكروه عليه من البيع والطلاق (مع اطلاع المكروه عليه)

(١) كالمحقّق في الشرائع ج ٣ ص ٧ ، والعلامة في التحرير ج ٢ ص ٥١ ، والشهيد الثاني في شرح اللمعة ج ٦ ص ٢٠ ، والمحقّق السبزواري في الكفاية ص ١٩٨ .

وعدم وقوع الضرر عليه .

والحاصل : أنَّ التلازم بين إمتناعه ووقوع الضرر الذي هو المعتبر في صدق الإكراه موجود مع التمكن بالتورية ، لا مع التمكن بغيرها ، فافهم .
ثمَّ إنَّ ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصّي إنّما هو في الإكراه المسوّغ للمحرّمات ، ومناطه توقّف دفع ضرر

أي على الإمتناع ، (وعدم وقوع الضرر عليه) أي على المكروه .

(والحاصل) من الفرق بين التفصّي مع التمكن بالتورية ، وبين التفصّي بغيرها :
(أنَّ التلازم بين إمتناعه) أي المكروه عن الفعل مع التورية ، (ووقوع الضرر الذي هو المعتبر في صدق الإكراه موجود مع التمكن بالتورية) : لأنَّ المراد بالإمتناع هو الظاهري (لا مع التمكن بغيرها) ، كالفرار ، فإنّه يوجب عدم الوقوع في الضرر ، فلا تلازم بين الوقوع في الضرر وبين عدم الإتيان بالفعل المكروه عليه ، (فافهم) لعلّه إشارة إلى أنَّ المناط في صدق الإكراه عدم القدرة على التفصّي ، فلو تمكّن منه - ولو بالتورية - لا يصدق الإكراه ، كما أنّه لا يصدق مع غيره ، مثل الفرار والاستمداد ، والفرق بينهما إنّما هو عدم معرفة المكروه بالإمتناع عن الإتيان بالفعل المكروه عليه في التورية ، ومعرفته به في غير التورية ، ومن المعلوم أنّ معرفته بذلك لا مدخلية له في صدق الإكراه وعدمه . هذا تمام الكلام في دخل العجز عن التفصّي في الإكراه موضوعاً أو حكماً .

(ثمَّ إنّ) هناك فرقاً بين الإكراه المسوّغ للإتيان بالمحرّمات ، كشرب الخمر وإفطار الصوم الواجب والإضرار بالمؤمن ، وبين الإكراه الموجب لبطلان المعاملات ، كالبيع والإجارة والطلاق ونحوها ، و (ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصّي) بأي نحو كان من أُنحائه (إنّما هو في الإكراه المسوّغ للمحرّمات) ، فلو لم يمكن انتفصّي فيها وتوقّف دفع الضرر المتوقّد به من القتل والضرب والإضرار بالمال ، كالحرق والفرق ، على الفعل المحرّم ، جاز الإتيان بذلك الفعل ، (ومناطه توقّف دفع ضرر)

المكروه على ارتكاب المكروه عليه ، وأما الإكراه الرافع لأثر المعاملات ، فالظاهر أنّ المناطق فيه عدم طيب النفس بالمعاملة ، وقد يتحقّق مع إمكان التفصّي ، مثلاً من كان قاعداً في مكان خاصّ خالٍ عن الغير متفرّغاً لعبادة أو مطالعة ، فجاءه من أكرهه على بيع شيء ممّا عنده وهو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره وهو كاره للخروج عن ذلك المكان ، لكن لو خرج كان له في الخارج حُدْمٌ يكفّونه شرّ المكروه ، فالظاهر صدق الإكراه

الشخص (المكروه) - من إضافة المصدر إلى الفاعل - (على ارتكاب) فعل (المكروه عليه) المحرّم أيّاً ما كان من المحرّمات ، إلّا الدم كما تقدّم في ج ٣ ص ١٠٨ في التنبيه الثاني من تنبيهات الولاية عن الجائر ، (وأما الإكراه الرافع لأثر المعاملات) بالمعنى الأعمّ في مقابل العبادات ، كالبيع والطلاق ، والمراد من رفع الأثر هو الحكم الوضعي ، أعني الصلّة ، (فالظاهر أنّ المناطق فيه عدم طيب النفس بالمعاملة) ، وإن أمكن التفصّي ظاهراً ، (وقد يتحقّق) أي عدم طيب النفس (مع إمكان التفصّي) ، كما تقدّم هذا الفرق في ج ٢ ص ٤٨٣ عند الكلام في جواز الكذب للضرورة .

(مثلاً من كان قاعداً في مكان خاصّ خالٍ عن الغير متفرّغاً لعبادة أو مطالعة) .

قال الشاعر الفارسي :

شب چو در بستم و مست از می نابش کردم

ماه اگر حلقه بدر کوفت جوابش کردم

(فجاءه من أكرهه على بيع شيء ممّا عنده) ككتابه أو سبخته (وهو في هذه الحال) من الخلوة (غير قادر على دفع ضرره وهو كاره للخروج عن ذلك المكان) - كما يتفق ذلك لكثير منّا - (لكن لو خرج كان له في الخارج حُدْمٌ) أو أصدقاء (يكفّونه) ويدفعون عنه (شرّ المكروه) الظالم ، (فالظاهر صدق الإكراه

حينئذٍ ؛ بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء ، بخلاف مَنْ كان خَدَمُهُ حاضرين عنده ، وتوقَّف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خَدَمُهُ بدفعه وطرده ؛ فَإِنَّ هذا لا يتحقَّق في حقِّه الإكراه ، ويكذَّب لو ادَّعاه ، بخلاف الأوَّل إذا اعتذر بکراهة الخروج عن ذلك المنزل . ولو فُرِض في ذلك المِثال إكراهه على محرِّم لم يُعذر فيه بمجرَّد كراهة الخروج عن ذلك المنزل ، وقد تقدَّم الفرق بين الجبر والإكراه في رواية ابن سنان .

حينئذٍ ؛ بمعنى عدم طيب النفس) والرضا بالبيع ، - فـ (لو باع ذلك الشيء) كان باطلاً ؛ لصدق الإكراه ظاهراً عرفاً ، وإن كان قادراً على التفصِّي . وهذا (بخلاف مَنْ كان خَدَمُهُ حاضرين عنده ، وتوقَّف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خَدَمُهُ بدفعه وطرده) ، فلو لم يأمرهم بدفعه ، وباع ما طلبه المکره منه ، كان البيع صحيحاً ؛ لعدم صدق الإكراه هنا عرفاً لقدرته على الدفع ، فبيعه كاشفٌ عن طيب نفسه الواقعي ؛ لعدم الإستمداد من خَدَمِهِ وأصدقائه مع الأمن من الضرر ، (فَإِنَّ هذا) الشخص (لا يتحقَّق في حقِّه الإكراه ، ويكذَّب لو ادَّعاه ، بخلاف الأوَّل) الذي كان خَدَمُهُ غير حاضرين عنده ، مع كراهته عن الخروج عن مكان العبادة ، فَإِنَّه يصدق على بيعه - عرفاً - أَنَّهُ عن إكراهٍ ، فيُقبل كلامه (إذا اعتذر بکراهة الخروج عن ذلك المنزل) .

هذا ، (و) لكن مع ذلك (لو فُرِض في ذلك المِثال) الأوَّل الذي خَدَمَهُ ليسوا عنده (إكراهه على) الإتيان بفعل (محرِّم) ، كشرب الخمر ، (لم يُعذر فيه) بنظر العرف (بمجرَّد كراهة الخروج عن ذلك المنزل) ؛ إذ هو متمكِّن من الترك ، فلا يجوز له فعل المحرِّم ، فالتحصُّل : أَنَّهُ يختلف صدق الإكراه بالنسبة إلى ارتكاب الفعل المحرِّم والمعاملة ، حيث لا يصدق في الأوَّل دون الثاني .

(وقد تقدَّم) ص ٢٦٦ (الفرق بين الجبر والإكراه في رواية) عبدالله (بن سنان) بأنَّ الجبر يكون من السلطان ، والإكراه من الأبوين والزوجة ، ويظهر من ذلك أنَّ

فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات ، هو : الإكراه بمعنى الجبر المذكور « في الرواية خد » ، والرافع لأثر المعاملات هو : الإكراه الذي ذُكر فيها أنه قد يكون من الأب والولد والمرأة ، والمعيّار فيه : عدم طيب النفس فيها لا الضرورة والإلجاء وإن كان هو المتبادر من لفظ الإكراه ، ولذا يُحمل الإكراه في حديث الرفع عليه ، فيكون الفرق بينه وبين الإضطرار - المعطوف عليه في ذلك الحديث -

دائرة الإكراه أوسع من الجبر ، حيث يشمل الإكراه صورة التمكّن من التفضّي عن الضرر الناشئ من الأبوين والزوجة .

إذن (**فالإكراه المعتبر في تسويغ**) الإتيان بـ (**المحظورات**) المحرّمة ، والدافع للحكم التكليفي (**هو : الإكراه بمعنى الجبر المذكور « في الرواية خد »**) كذا في المصحّحة دون سائر النسخ ، (**و**) أمّا الإكراه (**الرافع لأثر المعاملات**) الذي هو الحكم الوضعي (**هو : الإكراه الذي ذُكر فيها**) أي في الرواية (**أنه قد يكون من الأب والولد والمرأة**) ، بل ربّما يكون من الصديق = رودروايسى ، (**والمعيّار فيه**) أي في هذا الإكراه الرافع لأثر المعاملات : (**عدم طيب النفس فيها**) «المعاملات» ، ووقوعها لا عن الرضا الباطني (**لا الضرورة والإلجاء**) الذي هو المعيار في رفع الحكم التكليفي من الحرمة أو الوجوب ، والآتي من السلطان الجائر ، (**وإن كان**) الإلجاء والإجبار (**هو المتبادر من لفظ الإكراه ، ولذا**) أي ولأجل تبادل الإلجاء من لفظ الإكراه (**يُحمل الإكراه في حديث الرفع عليه**) .

(**ف**) إن قلت : إذا كان الإكراه بمعنى الإلجاء الذي (**يكون**) الإنسان مجبوراً بالإتيان بما أُجبر عليه ، وكان عاجزاً عن التفضّي ، فما الفرق بينه وبين الإضطرار المذكور في حديث الرفع عدلاً ومقابلاً له .

قلنا : (**الفرق بينه وبين الإضطرار - المعطوف عليه في ذلك الحديث -**

اختصاص الإضرار بالحاصل لا من فعل الغير ، كالجوع والعطش والمرض ، لكنّ الداعي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أنّ العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس ؛ حيث استدّلوا على ذلك بقوله تعالى : «تَجَارَةٌ عَنْ قَرَأِضٍ» ، و : « لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه » ، وعموم اعتبار الإرادة في صحّة الطلاق ،

اختصاص الإضرار بالحاصل لا من فعل الغير ، ك) الإضرار إلى (الجوع والعطش والمرض) ، فربّما يبيع ماله لرفع هذه الأمور ، والإكراه - بمعنى الإلجاء - يحصل بفعل الغير ، كالسلطان الجائر بحمله على الفعل وتوعيده على تركه .

(لكنّ الداعي على اعتبار ما ذكرنا في) جعل الإكراه على (المعاملات) بمعنى عدم طيب النفس (هو أنّ العبرة فيها) إنّما هو (بالقصد الحاصل عن طيب النفس) والرضا الباطني ، فلا عبرة بالقصد الحاصل من تحميل الغير على البيع أو الطلاق الذي يتنفّر منه ويكرهه واقعاً ، وإن كان من الأبوين والزوجة ، كما في رواية ابن سنان المتقدّمة ص ٢٦٦ ، (حيث استدّلوا على ذلك) أي على اعتبار طيب النفس في المعاملات ، كما في كلام الشيخ المحقّق الشوشتری في المقابس ص ١١٤ ، وصاحب الجواهر في ج ٢٢ ص ٢٦٥ (بقوله تعالى) : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِإِثْمٍ (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ قَرَأِضٍ مِنْكُمْ) »^(١) ، (و) بقوله ﷺ : « لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه »^(٢) ، (و) كذا ب) عموم اعتبار الإرادة (الجدّيّة (في صحّة الطلاق) وبطلانه إن وقع بلا قصد^(٣) ، كما تقدّم ص ٢٥٦

(١) النساء: ٢٩.

(٢) الوسائل ج ٣ ص ٤٢٤ مكان المصلي. راجع تعليقة ص ١١٧ ج ٤ من شرحنا.

(٣) راجع الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٥ مقدّمات الطلاق.

وخصوص ما ورد في فساد طلاق مَنْ طُلِّقَ للمدّارة مع عياله .

فقد تلخّص ممّا ذكرنا: أنّ الإكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي أخصّ من الرافع لأثر الحكم الوضعي .

ولو لوحظ ما هو المناط في رفع كلّ منهما ، من دون ملاحظة عنوان الإكراه كانت النسبة بينهما العموم من وجه ؛ لأنّ المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضرر ، وفي رفع الحكم الوضعي ؛

و ٢٥٨ في توجيه كلام الشهيدين : «أنّ المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله» ، (و) كذا (خصوص ما ورد) من الرواية المتقدّمة ص ٢٥٧ (في فساد طلاق مَنْ طُلِّقَ) صوريّاً (للمدّارة مع عياله) ^(١) حسماً للنزاع بينهما إذا أصرت الزوجة على الطلاق ولم يردّه الزوج واقعاً .

(فقد تلخّص ممّا ذكرنا) في الفرق بين الإكراه والإلجاء : (أنّ الإكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي) الإلزامي من الحرمة أو الوجوب ، بمعنى الإلجاء والإجبار ، وهو (أخصّ من) الإكراه (الرافع لأثر الحكم الوضعي) ، كصحة البيع والطلاق ، فإنّ المراد منه هو عدم طيب النفس ، فبينهما عموم مطلق ؛ إذ كلّ إكراهٍ رافعٌ للحكم التكليفي - أعني الإلجاء - رافعٌ للحكم الوضعي أيضاً ولا عكس ، فإنّ الرافع للحكم الوضعي - أعني عدم طيب النفس - قد لا يكون رافعاً للحكم التكليفي ، كما تقدّم في مثال الخروج عن المكان الخاصّ للعبادة .

(ولو لوحظ ما هو المناط) والملاك (في رفع كلّ منهما ، من دون ملاحظة عنوان الإكراه) ، بل بمناط دفع الضرر ، (كانت النسبة بينهما العموم من وجه ؛ لأنّ المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضرر ، وفي رفع الحكم الوضعي ؛

هو عدم الإرادة وطيب النفس ، ومن هنا لم يتأمل أحدٌ في أنه إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه ، فكلُّ منهما وقع في الخارج لا يتّصف بالتحريم ؛ لأنّ المعيار في رفع الحرمة دفع الضرر المتوقّف على فعل أحدهما .
أما لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو أكره على طلاق

هو عدم الإرادة و) عدم (طيب النفس) ، فقد يتحقّق ملاك دفع الضرر ولا يتحقّق عدم الإرادة - بل هناك إرادة وطيب النفس - كما في أكل الميتة حال الإضرار ، فهنا يرتفع الحكم التكليفي ولا يرتفع الحكم الوضعي ، فلو أكل ميتة الغير - مثلاً - من دون رضا ، يجب عليه دفع قيمتها - لو كانت لها قيمة - ، وقد يتحقّق عدم الإرادة من دون دفع الضرر ، كما في أمر الوالد ولده ببيع شيء لا يرضى به ، وهنا يرتفع الحكم الوضعي ، وهو الصلّة ، ولا يرتفع الحكم التكليفي ، فلو أمره بشرب الخمر ، لم يرتفع حرّمته ، وقد يتحقّق دفع الضرر وعدم الإرادة معاً - وهذا مورد الاجتماع - ، كما في موارد الإيجابار على التصرف في مال الغير ، فهنا يرتفع كلا الحكمين ، فلا يكون حراماً ، ولا يكون ضامناً .

(ومن هنا) أي من كون الملاك والمناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضرر ، وفي رفع الوضعي ، هو عدم طيب النفس (لم يتأمل أحدٌ) من الفقهاء (في أنه إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه) ، كشرب الخمر والكذب على أحد ، يرتفع الحرمة عن أي واحد فعلهما ، (فكلُّ منهما وقع في الخارج لا يتّصف بالتحريم ؛ لأنّ المعيار) والمناط (في رفع الحرمة دفع الضرر المتوقّف على فعل أحدهما) لا على التعيين ، فيجوز اختيار كلٍّ منهما لدفع الضرر ، وكذلك الحال إذا أكره على ترك أحد الواجبين ، كالصوم والصلاة .

(أما لو كانا) أي الأمران المكرّه عليهما (عقدين) ، كبيع داره أو سيارته ، (أو) أكره على أحد (إيقاعين كما لو أكره) عتق عبده وطلاق زوجته ، أو (على طلاق

إحدى زوجتيه ، فقد استشكل غير واحد في أنَّ ما يختاره من الخصوصيتين بطيب نفسه ويرجّحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجية عن الإكراه ، مكره عليه باعتبار جنسه أم لا ؟ بل أفتى في القواعد بوقوع الطلاق وعدم الإكراه ، وإن حمله بعضهم على ما إذا قنع المكره - بالكسر - بطلاق إحداهما مبهمَةً .

لكنَّ المسألة عندهم غير صافية عن الإشكال من جهة مدخلية طيب النفس في اختيار الخصوصية ،

إحدى زوجتيه ، فقد استشكل غير واحد (من العلماء ، كالعلامة في التحرير : ج ٢ ص ٥١ ، والشهيد الثاني في المسالك : ج ٩ ص ٢١ ، والمحدث البحراني في الحقائق : ج ٢٥ ص ١٦٢) (في أنَّ ما يختاره من الخصوصيتين) أي أحد الفردين ، هل يكون (بطيب نفسه ويرجّحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجية عن الإكراه) فيكون صحيحاً ، كما إذا اختار طلاق زوجته التي كانت «عجوزاً في الغابرين» أو أنه (مكره عليه) واقعاً (باعتبار جنسه) ، وهو أصل طلاق الزوجة ، فيكون باطلاً ، (أم لا) باعتبار وجود طيب النفس ؟ (بل أفتى) العلامة (في القواعد) : ج ٢ ص ٦٠ (بوقوع الطلاق وعدم الإكراه ، وإن حمله) ، أي حمل كلام العلامة (بعضهم) الذي عبّر عنه المحقّق الشوشتری في المقابس : ص ١١٨ «ببعض الأجلّة» (على ما إذا قنع المكره - بالكسر - بطلاق إحداهما مبهمَةً) بأن يقول : إحدى زوجتي طالق - حيث لا أثر له شرعاً - لكنّ الزوج لغاوته لم يقل هذا الكلام المبهم ، بل طلق واحدةً بخصوصها ، فقال : زوجتي فلانة طالق - فإنّ هذا الطلاق صحيح - .

(لكنَّ المسألة) أعني مسألة الإكراه المتعلّق بالجامع بين العقدين أو الإيقاعين (عندهم غير صافية عن الإشكال من جهة مدخلية طيب النفس) في الجملة (في اختيار الخصوصية) ، فلا يكون تمام الباعث على الإنشاء هو الإكراه ، فمقتضى

وإن كان الأقوى - وفاقاً لكلّ من تعرّض للمسألة - تحقّق الإكراه لغةً وعرفاً، مع أنّه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقّق الإكراه أصلاً؛ إذ الموجود في الخارج دائماً إحدى خصوصيّات المكره عليه؛ إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات.

نعم، هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية، وإن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى أنّ وجوده

القاعدة الحكم بالصحة.

(وإن كان الأقوى - وفاقاً لكلّ من تعرّض للمسألة -)، كالشاهد الثاني في المسالك: ج ٩ ص ٢١، وشرح اللمعة: ج ٦ ص ٢١، والمحدث البحراني في الحقائق: ج ٢٥ ص ١٦٣، هو (تحقّق الإكراه لغةً وعرفاً)؛ لأنّه يصدق على كلّ ما اختاره منهما، أنّه فعّله عن إكراه، فيكون باطلاً، (مع أنّه) مع قطع النظر عن هذا الوفاق (لو لم يكن هذا) الفعل (مكرهاً عليه لم يتحقّق الإكراه) في جميع الموارد (أصلاً؛ إذ الموجود في الخارج دائماً إحدى خصوصيّات المكره عليه) من حيث الزمان والمكان وكيفيّة الإتيان بالفعل، والمكره مختار غالباً بالنسبة إلى هذه الخصوصيّات ويختار إحداها بطيب نفسه، وإن كان مكرهاً من حيث القدر المشترك؛ (إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات)، ومع جميع مشخصاته - مثلاً - إذا أكرهه على شرب الخمر، فالمكره عليه هو الكلّي والقدر الجامع، وأمّا خصوصيّة زمان الشرب ومكانه وشربه دفعةً أو جرعةً جرعةً، إلى غير ذلك، فهذا كلّه باختيار الفاعل.

(نعم، هذا الفرد) الذي اختاره الفاعل، كطلاق زوجته العجوزة ذو حيثيّتين، فمن حيث تعلّق الإكراه بالجامع بينه وبين فرد آخر، يكون مكرهاً عليه، ومن حيث أنّه (مختار فيه من حيث الخصوصية)، فهو يُحتسب اختياريّاً؛ إذ ليس معيّناً من قبل المكره (وإن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى أنّ وجوده

الخارجي ناشئ عن إكراه واختيار ، ولذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل ، ويستحقه باعتبار الخصوصية .

وتظهر الثمرة فيما لو ترتب أثر على خصوصية المعاملة الموجودة ؛ فإنه لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك ، مثلاً لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر ، لم يرتفع تحريم الخمر ؛ لأنه مختار فيه ، وإن كان مكرهاً في أصل « جنس خد » الشرب ،

الخارجي ناشئ عن إكراه واختيار) منضمين ، ويعبر عنه بلسان المزاح « انتصخاب » ، أي بين الانتصاب والانتخاب ، فهو أمر بين الأمرين .

(ولذا) أي ولأجل كون الفعل - كالطلاق مثلاً - ناشئ عن إكراه واختيار معاً (لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل) ؛ لأنه مكره عليه ، (و) لكن (يستحقه باعتبار الخصوصية) ، فيمدح باختياره طلاق إمرأته السوء ، أو بيع سيارته ، ويؤذم باختياره طلاق زوجته الصالحة ، أو بيع داره المسكونة . قال الشاعر سعدي :

زن بد در سرای مرد نکو هم دراین عالم است دوزخ است
زینهار از قرین بد زینهار فقنار بئنا عذاب النار

(وتظهر الثمرة) لوجود الاختيار في الجملة (فيما لو ترتب أثر) شرعي (على خصوصية المعاملة الموجودة ؛ فإنه لا يرتفع) ذلك الأثر (بالإكراه على القدر المشترك ، مثلاً لو أكرهه على) أحد شريين (شرب الماء أو شرب الخمر ، لم يرتفع تحريم الخمر ؛ لأنه مختار فيه ، وإن كان مكرهاً في أصل « جنس خد » الشرب) ، فأثر أحد الفردين وهو حرمة شرب الخمر لا يرتفع بالإكراه على جنس الشرب ، أعني الجامع بينهما ، وكذا لو أكرهه على طلاق زوجته ، أو طلاق أجنبية - لزعم المكره أنها زوجته أيضاً - فطلق الزوجة ، كان الطلاق صحيحاً ؛ لعدم تعلق الإكراه بخصوص هذا الطلاق ، فأمكنه التفصي بإجراء صورة طلاق الأجنبية .

وكذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد ، فإنه لا يرتفع أثر الصحيح ؛ لأنه مختار فيه وإن كان مكرهاً في جنس البيع ، لكنه لا يترتب على الجنس أثر يُرتفع بالإكراه .

ومن هنا يُعلم أنه لو أكره على بيع مالٍ أو إيفاء مالٍ مستحق لم يكن إكراهاً ؛ لأنَّ القدر المشترك بين الحق وغيره إذا أكره عليه لم يقع باطلاً ، فإذا اختار البيع صح ؛ لأنَّ الخصوصية غير مكره عليها ، والمكره عليه - وهو القدر المشترك - غير مرتفع الأثر .

(وكذا) تظهر الثمرة (لو أكرهه على بيع صحيح) كبيع داره ، (أو) بيع (فاسد) ، كبيع ربوي - مثلاً - فقال : بع مني دارك ، أو بع مني مثقالين من الذهب بمثقال ونصف - وهو قادر على تفهيمه بطلان هذا البيع بعده ، لكنه باع منه داره ، (فإنه لا يرتفع أثر) البيع (الصحيح ؛ لأنه مختار فيه وإن كان مكرهاً في جنس البيع) بالعنوان الكلّي (لكنه لا يترتب على الجنس أثر يُرتفع بالإكراه) ، وبعبارة أخرى : المكره عليه لا أثر له ، وما له الأثر - وهو خصوص الصحيح - ليس مكرهاً عليه .

(ومن هنا) أي ومن عدم ترتب الأثر - المختص بالفرد - على الجنس الجامع للأفرا (يُعلم أنه لو أكره على بيع مالٍ) كداره أو سيارته ، (أو إيفاء مالٍ مستحق) كدين عليه ، بأن قال المكره : بع مني سيارتك أو ادفع لي طلبي ، وإلا قتلتك (لم يكن) هذا (إكراهاً) ، فلو اختار بيع الدار أو السيارة كان صحيحاً ؛ (لأنَّ القدر المشترك بين الحق وغيره إذا أكره عليه لم يقع باطلاً) ؛ لانطباقه على ما هو حق عليه ، (وإلا لوقع الإيفاء) بما هو مستحق ، كأداء دينه (أيضاً باطلاً) ، مع أنه ليس بباطل قطعاً ، فإنه يبرء ذمته ، (فإذا اختار البيع صح) ، سواء أدى دينه أم لا ؛ (لأنَّ الخصوصية) وهي البيع (غير مكره عليها) بخصوصه ، (والمكره عليه - وهو القدر المشترك غير مرتفع الأثر) ؛ لأنَّ أداء الدين كان واجباً عليه ، سواء أكره عليه أم لا .

ولو أكرهه على بيع مالٍ أو أداء مالٍ غير مستحق ، كان إكراهاً ؛ لأنه لا يفعل البيع إلا فراراً من بدله أو وعيده المضرين ، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر ؛ فإن ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأخرى ببذله أو التضرر الدنيوي بوعيده .

ثم إن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد - بمعنى إلزامه عليهما كفاية وإيعادهما على تركه - كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين ، في كون كل منهما مكرهاً .

(ولو أكرهه على بيع مالٍ) كبيع مبايل = تلفن همراه (أو أداء مالٍ غير مستحق) ظلماً وزوراً = باج سبيل (كان إكراهاً ؛ لأنه لا يفعل البيع إلا فراراً من بدله) ، وهو أداء المال غير المستحق ، فكل من البيع (أو وعيده) ، وهو دفع المال (المضرين) بحاله ، يوجب تحقق الإكراه ، فلا يقع البيع عن طيب نفسه ، فيكون باطلاً ، ونظير هذا الفرع (كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر ؛ فإن ارتكاب البيع) إنما هو (للفرار عن الضرر الأخرى) - وهو عذاب شرب الخمر - (ببذله) وهو البيع ، (أو) للفرار عن (التضرر الدنيوي بوعيده) ، كالقتل والضرب والحبس .

(ثم إن) هذا كله في فروع إكراه شخص واحد على أحد الفعلين ، وأما (إكراه أحد الشخصين) لا بعينه (على فعل واحد - بمعنى إلزامه) أي المكره ذلك الفعل (عليهما كفاية) ، أي على نحو الواجب الكفائي - أنت أو هو - كبيع أحدهما داره منه (وإيعادهما) بالإضرار (على تركه) ، فحكمه (ك) حكم (إكراه شخص واحد على أحد الفعلين ، في كون كل منهما مكرهاً) شرعاً وعرفاً ، فكل من فعل منهما ذلك الفعل - في صورة عدم إقدام الآخر عليه - يكون مكرهاً ، ولا يترتب عليه أثر وحكم ، سواء الحكم التكليفي أو الحكم الوضعي .

واعلم أنَّ الإكراه قد يتعلّق بالمالك والعاقّد ، كما تقدّم ، وقد يتعلّق بالمالك دون العاقّد ، كما لو أكره على التوكيل في بيع ماله ؛ فإنّ العاقّد قاصد مختار ، والمالك مجبور ، وهو داخل في عقد الفضولي بعد ملاحظة عدم تحقّق الوكالة مع الإكراه .

وقد ينعكس ، كما لو قال : « بيع مالي - أو طلق زوجتي - وإلا قتلتك » ، والأقوى هنا الصّحة ؛ لأنّ العقد « هنا خد » من حيث أنّه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره إذا كان عاقداً ، والرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض ، فهذا أولى من المالك المكره

(واعلم أنَّ الإكراه) على العقد أو الإيقاع يتصوّر على وجوه ثلاثة :

الأول : إنّه (قد يتعلّق بالمالك و) يكون هو (العاقّد) بنفسه ، فيقال : بيع منّي دارك وإلا قتلتك ، فينشئ البيع خوفاً من الضرر ، (كما تقدّم) ببيان أقسامه مع أحكامها .
(و) الثاني : (قد يتعلّق بالمالك دون العاقّد) المنشئ ، (كما لو أكره) المالك (على التوكيل في بيع ماله) ، فيقال لزيد : وكلّ عمروأ في بيع دارك منّي وإلا قتلتك ، فالوكيل مختار في الإنشاء ، (فإنّ العاقّد قاصد مختار ، و) لكنّ (المالك مجبور) على التوكيل ، (و) حيث إنّ التوكيل باطلٌ من جهة الإكراه ، فـ (هو داخل في عقد الفضولي بعد ملاحظة عدم تحقّق الوكالة) الصحيحة (مع الإكراه) .

(و) الوجه الثالث : (قد ينعكس) الأمر ، فيُكره المالك غيره على إنشاء عقد أو إيقاع ، (كما لو قال : « بيع مالي - أو طلق زوجتي وإلا قتلتك » ، والأقوى هنا الصّحة ؛ لأنّ العقد) أو الإيقاع (« هنا خد ») أي في صورة إكراه المالك ، (من حيث أنّه عقد) أو إيقاع (لا يعتبر فيه سوى) أمرين : أحدهما : (القصد الموجود في) الوكيل (المكره إذا كان عاقداً ، و) الثاني : (الرضا المعتبر من المالك) ، وهو أيضاً (موجود بالفرض) فلا موجب للفساد ، (فهذا أولى من) صحّة عقد (المالك المكره)

على العقد إذا رَضِيَ لاحقاً .

واحتمل في المسالك عدم الصّحة ؛ نظراً إلى أنّ الإكراه يُسقط حكم اللفظ ، كما أمر المجنون بالطلاق فطلّقها ، ثمّ قال : والفرق بينهما أنّ عبارة المجنون مسلوّبة ، بخلاف المكره ، فإنّ عبارته مسلوّبة لعارض تخلف القصد ، فإذا كان الأمر قاصداً لم يقدح إكراه المأمور ، انتهى . وهو حسن . وقال أيضاً : لو أكره الوكيل على الطلاق دون الموكل ،

على العقد إذا رَضِيَ لاحقاً (بعد إجراء العقد ، ووجه الأولويّة : أنّ رضا المالك هنا مقارن لزمان وقوع العقد بخلاف مورد لحوق الرضا بعده .

(واحتمل) الشهيد الثاني (في المسالك) : ج ٩ ص ٢٢ (عدم الصّحة) بعد أن رجّح وقوع العقد شرعاً (نظراً إلى أنّ الإكراه يُسقط حكم اللفظ ، كما أمر) المالك (المجنون بـ) إيقاع (الطلاق فطلّقها ، ثمّ) دفع هذا الاحتمال و (قال : والفرق بينهما أنّ عبارة المجنون مسلوّبة) المعنى ، فهي فاقدة للإرادة الإستعماليّة ، فعقده كصوت الببغاء = طوطى ، والبهائم مثل بَع بَع الشاة ، وميو ميو الهرة ، وهذا (بخلاف) العاقل (المكره ، فإنّ عبارته مسلوّبة) عن الأثر (لعارض تخلف القصد ، فإذا كان الأمر) المكره وهو المالك (قاصداً) للمعنى مع طيب النفس ، فالمقتضي لصّحة المعاملة موجود ، و (لم يقدح إكراه المأمور) العاقد ؛ لأنّه قاصد للإرادة الإستعماليّة ، (انتهى) عبارة المسالك ، (وهو حسن) ؛ لأنّ العقد وإن كان صدر عن العاقد بإكراه ، إلّا أنّ المالك الذي بيده الأمر شرعاً كان راضياً بمضمون العقد ووقع عن طيب نفسه ، وهو المناط في صحّة العقد شرعاً .

(وقال) الشهيد الثاني في المسالك : ج ٩ ص ٢٣ (أيضاً : لو أكره الوكيل) الشرعي (على الطلاق) - أي من قِبَل شخص ثالث في إجرائه - (دون الموكل) الذي هو الزوج ، فهو مختار في أصل التوكيل للطلاق ، لكنّ الوكيل لا يريد إيقاعه في هذا

ففي صحته وجهان أيضاً: من تحقق الإختيار في الموكل المالك ، ومن سلب عبارة المباشر ، انتهى .

وربما يستدل على فساد العقد في هذين الفرعين بما دلّ على رفع حكم الإكراه .

وفيه ما سيجيء من أنه إنما يرفع حكماً ثابتاً على المكروه لولا الإكراه ، ولا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لولا الإكراه .

الزمان ، أو هذا المكان ، فأكرهه الشخص الثالث بإجرائه فعلاً ، قال : (ففي صحته وجهان أيضاً) ، كصورة إكراه الوكيل من قبل الزوج نفسه ؛ وذلك (من تحقق الإختيار في الموكل المالك) الذي بيده عُقْدَةُ النكاح والطلاق ، « فإنّ الطلاق بيد من أخذ بالساق »^(١) ، (ومن سلب عبارة) الوكيل (المباشر) لإجراء الطلاق أو عقد البيع ، فإنّه مُكْرَهُ من الغير من جهة بعض الخصوصيّات ، (انتهى) عبارة المسالك .

(وربما يُستدل) كما في المقابس - كتاب البيع : ص ١٢٠ للمحقق الشوشري (على فساد العقد في هذين الفرعين) ، وهما : إكراه المالك العاقد ، وإكراه الوكيل الشرعي العاقد من قبل شخص ثالث - مع رضی المالك - (بما دلّ على رفع حكم الإكراه) مطلقاً ، كحديث الرفع ، فإنّه دلّ على إلغاء أثر العقد من المكروه على الإطلاق .

(وفيه ما سيجيء) ص ٣١٢ (من أنه) أي الإكراه (إنما يرفع حكماً) شرعياً (ثابتاً على المكروه لولا الإكراه) مثلاً : لو أكره المالك على البيع ، رُفِع أثر الإنتقال له لولا الإكراه ، (ولا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لولا الإكراه) ؛ وذلك لأنّ الإكراه عنوان ثانوي للموضوع ، فهو إنّما يرفع الحكم الثابت بالعنوان الأوّل ، أعني

(١) الحديث عامي . راجع : سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٧٢ ، وسنن الدارقطني ج ٤ ص ٣٧ ، وسنن البيهقي ج ٧ ص ٣٦٠ .

ومما يؤيد ما ذكرنا: حكمُ المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، ومن المعلوم أنه إنما يتعلّق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمرّ، وهو النقل والانتقال، وأما التلقّظ بالكلام الذي صدر مكرهاً، فلا معنى للحقوق الرضا به؛ لأنّ ما مضى وانقطع لا يتغيّر عمّا وقع عليه ولا ينقلب .

نعم، ربّما يُستشكل هنا في الحكم المزبور :

لولا الإكراه فلا يرفع دليل رفع حكم الإكراه مطلق الأحكام، كما سيجيء هذا ببيان أوضح عند قول الشيخ: «وثانياً: أنّه يدلّ على الحكم الثابت للفعل المكره عليه لولا الإكراه يرتفع عند... الخ.

(ومما يؤيد ما ذكرنا) من صحة العقد أو الإيقاع في هذين الفرعين: (حكمُ المشهور) من الأصحاب، ومنهم الشهيد الثاني بنفسه - في الفرع الأوّل - (بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا)، فإنّه يستفاد من هذا الحكم: أنّ المناط في الصحة إنّما هو الرضا بمضمون العقد من النقل والانتقال في البيع، والبيونة في الطلاق، وإن صدر الإنشاء عن إكراه، (ومن المعلوم أنّه) أي الرضا اللاحق، لا توجب انقلاب الإكراه في صدور الإنشاء، و (إنّما يتعلّق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمرّ، وهو النقل والانتقال) المتحقّق في الخارج، (وأما التلقّظ بالكلام الذي صدر مكرهاً، فلا معنى للحقوق الرضا به)؛ لأنّه موضوع معدوم، ولحقوق الرضا به من السالبة بانتفاء الموضوع: (لأنّ ما مضى وانقطع) زمانه (لا يتغيّر عمّا وقع عليه ولا ينقلب)، فيتعيّن تعلّق الرضا وطيب النفس بما هو باقٍ ومستمرّ بعد العقد، أعني مضمونه من النقل والانتقال في وعاء الإعتبار عند العرف.

ثم استدرك الشيخ على ما نسبّه إلى المشهور من الحكم بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، فقال: (نعم، ربّما يُستشكل هنا) أي في مورد كون العاقد مكرهاً والمالك راضياً - كما في المقابس: ص ١٢٠ كتاب البيع - (في الحكم المزبور:

بأنَّ القصد إلى المعنى - ولو على وجه الإكراه - شرطٌ في الإعثناء بعبارة العقد ، ولا يُعرف إلا من قِبَل العاقد ، فإذا كان مختاراً أمكن إحرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الإختياريّة دون المكرّه عليها .

اللّهُمَّ إلا أن يقال : إنّ الكلام بعد إحراز القصد وعدم تكلم العاقد لاغياً أو مؤزّياً ، ولو كان مكرّهاً ، مع أنّه يمكن إجراء القصد هنا أيضاً ، فتأمل .

بأنَّ القصد إلى المعنى - ولو على وجه الإكراه - شرطٌ في الإعثناء بعبارة العقد) ، ولذلك بطل عقد الهازل وقاصد التورية ، (ولا يُعرف) القصد إلى المعنى (إلا من قِبَل العاقد ، فإذا كان مختاراً) في إجراء العقد (أمكن إحرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الإختياريّة دون المكرّه عليها) أي على الأفعال ؛ فإنّه لا نعلم أنّه قصد المعنى أم لا ومن المحتمل عدم قصده بإرادة التورية مثلاً .

(اللّهُمَّ إلا أن يقال : إنّ الكلام) بالصحّة - في كلام المشهور - إنّما هو (بعد إحراز القصد) من العاقد المكرّه ، (وعدم تكلم العاقد لاغياً أو مؤزّياً ، ولو كان مكرّهاً) ، وأمّا مع الشكّ في وجود القصد منه فلا يقول المشهور بالصحّة .

(مع أنّه) لو شكّ في كون العاقد المكرّه قاصداً جداً بضمون العقد ، أو أنّه أراد التورية - مثلاً - (يمكن إجراء القصد هنا أيضاً) بأنّ يدعى أنّ الفعل صدر عن الإختيار في مقابل الإلجاء والإجبار ، فإنّ الإكراه لا يؤثر في المكرّه بحيث يوجب سلب القصد عنه إلى المعنى المنشأ بخلاف المجبور والمُلجأ ، فمع الشكّ في ذلك تجري أصالة القصد إلى المعنى المضمون ، (فتأمل) لعلّه إشارة إلى أنّ مدرك أصالة القصد هو بناء العقلاء ، فإنّ هذا الأصل أصلٌ عقلاني ، وهو إنّما يجري عندهم في مورد إختيار العاقد المتكلم مع احتمال غفلته ، وأمّا مع إكراهه على الإنشاء ، فيحتمل أنّه ورّى في كلامه ، فلا يجري هذا الأصل عندهم . ولا يخفى عليك أنّ صاحب الجواهر أيضاً استشكل في الحكم بالصحّة في المسألة حتّى بعد لحوق الرضا بوجه آخر ، فراجع ج ٣٢ ص ١٦ .

فروع «فروع خد»

لو أكرهه على بيع واحدٍ غير معيّن من عبيدين ، فباعهما أو باع نصف أحدهما ، ففي التذكرة إشكالٌ .
أقول : أمّا بيع العبيدين ، فإن كان تدريجاً ، فالظاهر وقوع الأول مكرهاً

(فروع) كذا في أكثر النسخ ، وفي المصححة : (« فروع » : لو أكرهه) الجائر على بيع شيء وقُتل المكره - مع الرضا - خلاف ما أراده المكره - بالكسر - تفضيلاً عن الإكراه ، وقيل المكره ، فالظاهر صحة المعاملة ، كما لو أكرهه على بيع داره ، فباع نصفها ، أو بالعكس - أكرهه على بيع النصف ، فباع كلّها - ، أو باع بُستانه بدلاً عن الدار ، أو أكرهه على البيع نسيئةً فباعه نقداً ، أو أكرهه على البيع فصالح مع المكره ، أو أكرهه على البيع في الحال فتوافقا على البيع بعد شهر ، وهكذا سائر الشرائط والخصوصيات ، وقد تقدّم بعض الصور ص ٢٨٠ في قول الشيخ : « أمّا لو كانا عقدين أو إيقاعين ، كما لو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه ... الخ » ، لكنّه لم يستقص هناك .

وبالجملة : فذكر أنّه لو أكرهه (على بيع واحدٍ غير معيّن من عبيدين) ، أو سيّارتين من غير تعيين ، فأنشأ المكره البيع مثلاً ما أكرهه عليه ، فقال : « بعت أحدَ عبدَيَّ أو سيّارتي هذين - من دون قصد أحدهما بالخصوص - كان البيع باطلاً ؛ لكونه مكرهاً عليه بإضافة كون المبيع مجهولاً .

وأما إن خالف المكره ما أكرهه عليه (فباعهما) جميعاً ، (أو باع نصف أحدهما ، ف) ذكر العلامة (في التذكرة) : ج ١ ص ٤٦٢ أنّ فيه (إشكالٌ) ، حيث أنّه لم يفعل ما أكرهه عليه ، ومن جهة أخرى صدر البيع عن إكراهٍ ، بحيث لو لم يكرهه لم يبيع شيئاً ، فهو من مصاديق الإكراه .

(أقول : أمّا بيع العبيدين) أو كتابين جميعاً مع كونه مكرهاً على أحدهما فقط ، (فإن كان تدريجاً ، فالظاهر وقوع) البيع (الأول مكرهاً) عليه وباطلاً ؛ لأنّ وقوعه

دون الثاني ، مع احتمال الرجوع إليه في التعيين ، سواء ادعى العكس أم لا .
ولو باعهما دفعةً احتُمِلَ صحّةُ الجميع ؛ لأنّه خلاف المكرّه عليه ،
والظاهر أنّه لم يقع شيءٌ منهما عن إكراه ، وبطلان الجميع ؛ لوقوع أحدهما
مكرهاً عليه ولا ترجيح ، والأوّل أقوى .

ولو أكره على بيع معيّن فضمّ إليه غيره وباعهما دفعةً ، فالأقوى الصحّة
في غير ما أكره عليه . وأما مسألة النصف ،

من جهة دفع الضرر المتوعّد به (دون الثاني) ، فإنّه يقع صحيحاً لوقوعه عن الرضا
وطيب النفس ، (مع احتمال الرجوع إليه في التعيين) ؛ لأنّه أعرف بما قصده ،
(سواء ادعى العكس) بأن قال : إنّي كنت راضياً بالأوّل ومكرهاً في الثاني (أم لا) فقال
بكرهه الأوّل دون الثاني .

(ولو باعهما دفعةً احتُمِلَ صحّةُ الجميع ؛ لأنّه خلاف المكرّه عليه) الذي
هو بيع أحدهما ، (والظاهر أنّه لم يقع شيءٌ منهما عن إكراه) ، وبداعي خوف
الضرر المتوعّد به ، بل وقعا عن رضاه وطيب النفس ، فالبيع صحيح فيهما ، كما (و)
يحتمل (بطلان الجميع ؛ لوقوع أحدهما) - غير المعيّن - (مكرهاً عليه
ولا ترجيح) في البين ، ويحتمل القرعة لأنّه لكلّ أمر مشكل ، (والأوّل أقوى) ؛ لما
ذكرنا من عدم كون بيعهما معاً مكرهاً عليه ، فما فعّله لم يتعلّق به الإكراه .

(ولو أكره على بيع) عبد ، أو سيّارة ، أو كتاب (معيّن فضمّ) المكرّه (إليه
غيره) ككتاب أو عبد آخر (وباعهما دفعةً ، فالأقوى الصحّة في غير ما أكره
عليه) لرضاه بذلك ، والبطلان فيما أكره عليه ، ولا يخفى أنّ مقتضى ما تقدّم أنفاً بقوله :
«لأنّه خلاف المكرّه عليه» هو احتمال الصحّة هنا أيضاً في الجميع ؛ لأنّ بيعهما جميعاً
ودفعةً خلاف المكره عليه ، فلا وجه للبطلان فيهما معاً .

(وأما مسألة النصف) أي بيع نصف العبد مع الإكراه على بيع كلّه - الذي ذكره

فإن باع النصف « بعد الإكراه على الكلّ خد » بقصد بيع النصف الآخر إمتثالاً للمكره - بناءً على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعيتين - فلا إشكال في وقوعه مكرهاً عليه ، وإن كان لرجاء أن يقنع المكره بالنصف كان أيضاً إكراهاً .
لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات ، نظر .

في التذكرة أيضاً - ، فهو يتصوّر على نحوين :

الأوّل : بيع المالك النصف فعلاً مع بنائه على بيع النصف الثاني بعد ذلك .

والثاني : بيع النصف برجاء قناعة المكره به من دون بيع النصف الآخر ، (فإن باع النصف « بعد الإكراه على الكلّ خد » بقصد بيع النصف الآخر) أيضاً بعد ذلك الزمان (إمتثالاً للمكره - بناءً على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعيتين) : لشموله لبيعه دفعةً واحدة ، كما هو الظاهر ، (فلا إشكال في وقوعه) أي بيع النصف (مكرهاً عليه) ، فيقع باطلاً ، (وإن كان) بيع النصف الأوّل (لرجاء أن يقنع المكره بـ) هذا (النصف كان أيضاً إكراهاً) وباطلاً ، فلا فرق بين الصورتين في الحكم بالبطان لصدق الإكراه فيهما .

هذا بالنسبة إلى الحكم الواقعي وفي مقام الثبوت ، و (لكن) بالنسبة إلى الحكم الظاهري ، وفي مقام الإثبات لو ترفعاً إلى الحاكم الشرعي فـ (في سماع دعوى البائع) المكره (ذلك) بأنّه باع النصف الأوّل مكرهاً برجاء قناعة المكره - بالكسر - الذي هو المشتري (مع عدم الأمارات) الدالّة على صحّة دعواه ، (فنظر) من جهة احتمال أنّه أراد بيع النصف عن طيب نفسه ، واحتمال كونه مكرهاً ، ولا يُعرف ذلك إلّا من قِبَله ، فلا بدّ من سماع دعواه ، والحكم ببطان البيع .

ومن جهة أخرى : أنّ ما اختاره غير ما أكره عليه ، فلم يكن مكرهاً فلا تسمع دعواه ، فيكون البيع صحيحاً . هذا ، والأظهر هو السماع ؛ لأنّ نفس الإكراه أمانة على صحّة دعواه .

بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير . قال في التحرير : لو أكره على الطلاق ، فطلق ناوياً ، فالأقرب وقوع الطلاق ، انتهى . ونحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع ؛ لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ ، ومجرد النية لا حكم لها .
 وحكي عن سبطه في نهاية المرام أنه نقله قولاً ، واستدل عليه

(بقي الكلام فيما) سبق التعرض له من كلام العلامة إجمالاً ص ٢٥٩ ، و(وعدنا ذكره) مفصلاً (من الفرع المذكور في التحرير) : ج ٢ ص ٥١ (قال في التحرير : لو أكره على الطلاق ، فطلق ناوياً) جداً ، كما يقال بالفارسية : « كور از خدا چه می خواهد ؟ دو چشم بینا » ، (فالأقرب وقوع الطلاق) صحيحاً ، (انتهى) كلام التحرير .

(ونحوه) ما ذكره الشهيد الثاني (في المسالك) : ج ٩ ص ٢٢ (بزيادة احتمال عدم الوقوع) شرعاً : (لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ) ، وهو حصول البينة بين الزوج والزوجة ، (ومجرد النية لا حكم لها) ، فلا تؤثر في البينة ، وقد نقلنا عبارة المسالك ص ٢١٨ ، وحاصله : أن أثر الطلاق مترتب على أمرين :

١- إرادة الطلاق واقعاً . ٢- والتلفظ بالصيغة إختياراً .

والأمر الثاني مفقود هنا ، فلا يترتب الأثر ^(١) .

(وحكي) الحكم بالبطان (عن سبطه) أي سبط الشهيد الثاني ، وهو السيّد محمد العاملي صاحب المدارك (في نهاية المرام) : ج ٢ ص ١٢ ، والحاكي عنه هو المحقق الشوشتری في المقابس : ص ١١٧ (أنه نقله) أي البطان وعدم الوقوع (قولاً) عن بعض الأصحاب ، لا مجرد احتمال ، كما قال جدّه الشهيد الثاني ، (واستدل عليه)

(١) راجع المسالك ج ٩ ص ٢٢ الأمر الرابع والخامس .

بعموم ما دلّ من النّص والإجماع على بطلان عقد المكره - والإكراه يتحقّق « متحقّق خد »؛ إذ المفروض أنّه لولاه لما فعّله - ثمّ قال : والمسألة محلّ إشكال ، انتهى .

وعن بعض الأجلّة : أنّه لو علّم أنّه لا يلزمه إلّا اللفظ وله تجريده عن القصد ، فلا شبهة في عدم الإكراه ، وإنّما يُحتمل الإكراه مع عدم العلم بذلك ، سواء ظنّ لزوم القصد وإن لم يردّه المكره أم لا ، انتهى .

ثمّ إنّ بعض المعاصرين ذكر الفرع عن المسالك ، وبناه على أنّ

أي على عدم الوقوع (بعموم ما دلّ من النّص والإجماع) كحديث الرفع (على بطلان عقد المكره) وإيقاعه (والإكراه يتحقّق) كذا في النسخ ، وفي المصحّحة والمقابس : (« متحقّق خد ») هنا ، أي في طلاق المكره ، ولا ينبغي الشكّ فيه ؛ (إذ المفروض أنّه لولاه لما فعّله) ، فالطلاق منبثق عن الإكراه (ثمّ قال : والمسألة محلّ إشكال ، انتهى) كلام غاية المرام .

(و) في المقابس أيضاً : ص ١١٧ (عن بعض الأجلّة) ، وهو الفاضل الهندي الإصفهاني في كشف اللثام : ج ٢ ص ١١٩ في شرح عبارة التحرير : (أنّه لو علّم) المطلق (أنّه لا يلزمه إلّا) إجراء (اللفظ) على لقلقة لسانه من دون إرادة وقوع الطلاق ، (و) أنّ (له تجريده عن القصد ، فلا شبهة في عدم الإكراه) أي في صحّة الطلاق . إلى هنا تمّ كلام كاشف اللثام ، والباقي من المقابس ، فقال : (وإنّما يُحتمل الإكراه مع عدم العلم بذلك) أي بتجريد اللفظ عن المعنى بأن تخيّل أنّه لا بدّ من قصد الطلاق جدّاً ، (سواء ظنّ لزوم القصد وإن لم يردّه المكره) - بالكسر - ، بل أراد الطلاق الواقعي لا مجرد التلفّظ به (أم لا ، انتهى) كلام المقابس .

(ثمّ إنّ بعض المعاصرين) ، وهو صاحب الجواهر في : ج ٣٢ ص ١٥ (ذكر الفرع عن المسالك) ، كما تقدّم سابقاً : ص ٢٥٨ ، (وبناه) أي الفرع (على أنّ

المكره لا قصد له أصلاً، فردّه بثبوت القصد للمكره، وجزم بوقوع الطلاق المذكور مكرهاً عليه.

وفيه: ما عرفت سابقاً: من أنه لم يقل أحدٌ بخلو المكره عن قصد معنى اللفظ، وليس هذا مراداً من قولهم: إن المكره غير قاصدٍ إلى مدلول اللفظ. ولذا شَرَك الشَّهيد الثاني بين المكره والفضولي في ذلك - كما

المكره (حَسَبَ المعمول والمتعارف (لا قصد له أصلاً) إلى وقوع الفعل المكره عليه، (فردّه) أي ردّ حكم الإكراه في المقام (ب) سبب (ثبوت القصد للمكره) هنا، حيث قال العلامة: «فطلق ناوياً»، وكذا الشهيد الثاني، (و) كذا (جزم) أي صاحب الجواهر (بوقوع الطلاق المذكور) مع كونه (مكرهاً عليه) كما اختاره العلامة والشَّهيد.

أقول: هذا ما خطر على نظري القاصر في بيان مراد صاحب الجواهر، ولكن فسره بعض على نحو آخر، كما أن الشَّيخ رحمه الله أيضاً فسره هنا - وفيما سبق ص ٢٥٨ - على ذلك التفسير، واستشكل عليه بقوله: (وفيه: ما عرفت سابقاً) ص ٢٥٣ بقوله: «وليس مرادهم أنه لا قصد له - أي للمكره - إلا إلى مجرد التكلم... الخ».

وكذا ص ٢٥٨ بقوله: «وغير ذلك ممّا يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد ومضمونه في الواقع... الخ»، ففيه ما عرفت هناك (من) أن المكره في جميع الموارد يكون قاصداً لما أكره عليه، فَ (أنه لم يقل أحدٌ بخلو المكره عن قصد معنى اللفظ، وليس هذا) أي خلو المكره عن القصد (مراداً من قولهم: إن المكره غير قاصدٍ إلى مدلول اللفظ)، كما تقدّم ص ٢٥٣ عن الشَّهيدين، بل العلامة أيضاً.

(ولذا) أي ولأجل عدم خلو المكره عن القصد - بل هو قاصد لما يتلفّظ به لكن عن إكراه - (شَرَك الشَّهيد الثاني بين المكره والفضولي في ذلك) أي في الحكم بأنّه إذا لَحِق الرضا من المالك بعد العقد صحّ، سواء المكره والفضولي، (كما) تقدّم

عرفت سابقاً-، فبناءً على هذا الحكم في هذا الفرع على ما ذكر ضعيف جداً .
وكذا ما تقدّم عن بعض الأجلة : من أنّه إن علم بكفاية « مجرّد خد » اللفظ
المجرّد عن النية ، فنوى اختياراً ، صحّ ؛ لأنّ مرجع ذلك إلى وجوب التورية
على العارف بها ، المتفطن لها ؛ إذ لا فرق بين التخلّص

كلامه ص ٢٥٨ ، و (عرفت سابقاً) ، حيث قال الشيخ هناك : ويكفي في ذلك ما ذكره
الشهيد الثاني من أنّ المكرّه والفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله ... الخ .
(فبناءً على هذا الحكم) أي بطلان الطلاق (في هذا الفرع) بالخصوص (على ما
ذكر) من خلوّ المطلق عن قصد (ضعيف جداً) .

أقول : الظاهر أنّ مراد صاحب الجواهر - كما أشرنا - هو وجود خصوصيّة في هذا الفرع
المذكور في المسالك ، بحيث يغيّر حكمه سائر موارد الإكراه ، وهي أنّ المطلق يكون
ناوياً جداً للطلاق ، بخلاف المكرّه في سائر الموارد من العقود والإيقاعات ، ولذا حكم
العلامة في التحرير ، والشهيد في المسالك ، بوقوع الطلاق هنا مع عدم حكمهما بصحة
عقد المكرّه في سائر الموارد ، فتدبّر ، فإنّ المسألة مشكّلة ، ولها أقسام ، كما سيأتي قريباً
في كلام الشيخ ، وكلّ من الأصحاب نظر إلى قسم خاصّ منها وحكم بحكم ، وفي نظري
القاصر : أنّ النزاع بينهم لفظي لا مبنائي .

(وكذا) ظهر ضعف (ما تقدّم) آنفاً ص ٢٩٥ (عن بعض الأجلة) ، وهو الفاضل
الهندي في كشف اللثام : (من أنّه إن علم) المطلق المكرّه (بكفاية « مجرّد خد ») لفظة
« مجرّد » لم ترد في بعض النسخ ، وشطب عليها في بعضها ، والأحسن حذفه (اللفظ
المجرّد) والخالي (عن النية) ، ومع ذلك (فنوى) الطلاق واقعاً (اختياراً ، صحّ) ،
والوجه في ضعف كلام كشف اللثام : (لأنّ مرجع ذلك إلى وجوب التورية على
العارف بها ، المتفطن لها) أي غير غافل عنها ؛ (إذ لا فرق بين التخلّص) عن
تضرّر المكرّه

بالتورية وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً، وقد عرفت أنَّ ظاهر الأدلة والأخبار الواردة في طلاق المكره وعقته : عدم اعتبار العجز عن التورية .

وتوضيح الأقسام المتصورة في الفرع المذكور : أنَّ الإكراه الملحوق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به ، إما أن لا يكون له دخل في الفعل أصلاً ، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس ، بحيث لا يكون الداعي إليه هو الإكراه ؛ لبنائه على تحمّل الضرر المتوعد به ، ولا يخفى بداهة وقوع الطلاق هنا ،

(بالتورية وبين تجريد اللفظ) وعريانه (عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً) ، فإنّ هذا نوع من التورية ، (وقد عرفت) سابقاً ص ٢٦٤ (أنّ ظاهر الأدلة والأخبار الواردة في طلاق المكره وعقته : عدم اعتبار العجز عن التورية) ، بل مع القدرة عليها يبطل عقده وإيقاعه من جهة الإكراه - ولا سيّما الطلاق الذي هو المنصوص بخصوصه - ، فلا يقع وإن لم يستعمل التورية عامداً ملتفتاً .

(و) التحقيق أن يقال في (توضيح) هذا الفرع الذي وعدنا بيانه : أنَّ (الأقسام المتصورة في الفرع المذكور) وهو الطلاق مع النية ممّن أكره على طلاق زوجته ، ستّة : وذلك - (أنّ الإكراه الملحوق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به ، إما أن لا يكون له) أي للإكراه تأثير و(دخل في الفعل أصلاً) ، وهذا هو القسم الأول (بأن يوقع) الزوج (الطلاق قصداً إليه) وراضياً به (عن طيب النفس ، بحيث لا يكون الداعي إليه هو الإكراه ؛ لبنائه على تحمّل الضرر المتوعد به) ، وعدم خوفه واهتمامه به ، كما إذا كان الضرر خفيفاً - وهو غير راضٍ عن زوجته - كأن يقول : طلق زوجتك أو أخذت منك ألف تومان ، والألف قليل بالنسبة إلى المكره لكونه موسراً ، ومع ذلك يختار الطلاق برضاه ، (ولا يخفى بداهة وقوع الطلاق هنا) ؛ لعدم كون الداعي

وعدم جواز حمل الفرع المذكور عليه ، فلا معنى لجعله في التحرير أقرب ، وذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك ، وجعله قولاً في نهاية المرام واستشكاله فيه ؛ لعموم النص والإجماع .

وكذا لا ينبغي التأمل في وقوع الطلاق لو لم يكن الإكراه مستقلاً في داعي الوقوع ، بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل . وإن كان الداعي هو الإكراه ، فإما أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوقع به ،

له الإكراه واقعاً ، (وعدم جواز حمل الفرع المذكور) في التحرير وغيره (عليه) أي على هذا القسم ، (فلا معنى لجعله) أي وقوع الطلاق (في التحرير أقرب ، و) كما لا وجه له (ذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك ، و) لا وجه له (جعله قولاً في نهاية المرام) ، كما فعله سبط الشهيد الثاني السيّد محمد العاملي صاحب المدارك (واستشكاله فيه ؛ لعموم النص والإجماع) على بطلان فعل المكره .

(وكذا لا ينبغي التأمل في وقوع الطلاق) في القسم الثاني ، وهو ما (لو لم يكن الإكراه مستقلاً) وتمام السبب (في داعي الوقوع ، بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل) ، كعدم رغبة الزوج عن إدامة العيش معها ، وطيب النفس بالطلاق الناشئ من التخلص عن سوء خلق زوجته - أو خلقها - أو ثقل نفقتها .

قال الشاعر الفارسي :

خوشا تجرد و توفيق اكتساب معالی بدا تأهل و اماندن از طريق تعالى^(١)

وهذا القسم الثاني أيضاً ليس محطّ نظر العلامة في جعل صحته أقرب .

(و) أمّا (إن كان الداعي) للطلاق (هو الإكراه) فقط لا غير ، (فإما أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوقع به) على المكره - بالفتح - ،

(١) راجع كتاب ازهر چمن گلی للشارح ص ١٠٦ لباقي الأشعار .

بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره - بالكسر - كَمَنْ قال له ولده : « طَلَّق زوجتك وإلا قتلتك أو قتلت نفسي » ، فطَلَّق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه ، أو قتل الغير له إذا تعرَّض لقتل والده ، أو كان الداعي على الفعل شفقةً دينيةً على المكره - بالكسر - أو على المطلقة ، أو على غيرهما مَن يريد نكاح الزوجة لئلا يقع الناس في محرّم ، والحكم في صورتين لا يخلو عن إشكال .

وإن كان الفعل لداعي التخلص من الضرر ،

(بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره - بالكسر) الذي هو محبوب للمكره - بالفتح - ، وهذا هو القسم الثالث ، (كَمَنْ قال له ولده : « طَلَّق زوجتك) التي هي ضرةً أمي (وإلا قتلتك أو قتلت نفسي ») على سبيل قضية مانعة الخلو ، (فطَلَّق الوالد) زوجته (خوفاً من قتل الولد نفسه ، أو قتل الغير) الأجنبي (له) أي للولد (إذا تعرَّض لقتل والده) .

(أو كان الداعي على الفعل) وهو الطلاق ناشئاً عن (شفقة دينية على المكره - بالكسر) لا من جهة النسب ، (أو) الناشئ عن شفقة دينية (على المطلقة) التي لا تريد البقاء مع زوجها وترغب في الزواج برجل آخر ، (أو) ناشئاً عن شفقة (على غيرهما) أي غير المكره والمطلقة ، (مَن يريد نكاح الزوجة) بعد طلاقها عن الزوج الأول ، أعني المكره - بالفتح - ، فطَلَّق المكره المسكين زوجته (لئلا يقع الناس في محرّم) ، فالداعي على الطلاق هو الإكراه الناشئ عن عرق وشفقة دينية ، وهذا هو القسم الرابع ، (والحكم) بصحة الطلاق (في صورتين) أي صورة دفع الضرر عن المكره ، وصورة الشفقة الدينية (لا يخلو عن إشكال) ؛ إذ من جهة أن الإكراه هو السبب واقعاً للطلاق فهو باطل ، ومن جهة أن وقوع الطلاق لا من جهة الضرر المتوعد به ، بل من جهة أخرى ، فهو صحيح .

(وإن كان الفعل) الإكراهي ، وهو الطلاق ، وقع (لداعي التخلص من الضرر

فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكره أنَّ الحَذَر لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقة؛ لغفلته عن أنَّ التخلّص غير متوقّف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق وحصول البينونة، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة والإعراض عنها فيوقع الطلاق قاصداً، وهذا كثيراً ما يتفق للعوام.

وقد يكون هذا التوطن والإعراض من جهة جهله بالحكم الشرعيّ أو كونه رأي مذهب بعض العامة فزعم أنَّ الطلاق يقع مع الإكراه، فإذا أكرهه على الطلاق طلق قاصداً لوقوعه؛

المتوعّد به، (فقد يكون قصد الفعل) والداعي له إنّما هو (لأجل اعتقاد المكره أنَّ الحَذَر) والفرار عن الضرر المتوعّد به (لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقة) وجداً، فيتخيّل أنَّ التخلّص لا يحصل إلا بالإرادة الجدّية للطلاق، لا مجرد التلقّظ بالصيغة؛ وذلك (لغفلته عن) حقيقة الأمر عند الشرع، و(أنَّ التخلّص) عن ضرر المكره، له طرق عديدة، ومنها التورية أو تجريد اللفظ عن المعنى، فهو (غير متوقّف على القصد) الواقعي (إلى وقوع أثر الطلاق و) هو (حصول البينونة، ف) من جهة هذه الغفلة (يوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة) حقيقة (والإعراض عنها) واقعاً، (فيوقع الطلاق قاصداً) ويُسوّه مع النية، (وهذا كثيراً ما يتفق للعوام)، وهذا هو القسم الخامس، ولعلّ هذا القسم هو مراد العلامة والشهيد الثاني.

(وقد يكون) قصد الطلاق واقعاً، و(هذا التوطن والإعراض) عن الزوجة (من جهة جهله بالحكم الشرعيّ)، فلا يعلم أنَّ الطلاق الإكراهي باطل، ويزعم أنّه صحيح، (أو كونه رأي) بصيغة الماضي، أي إعتقد (مذهب بعض العامة) بصحة الطلاق الإكراهي، كما هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه، وقد تقدّم ص ٢٥٧، (فزعم) المكره المسكين (أنَّ الطلاق) عند الشيعة أيضاً (يقع مع الإكراه)، وهذا هو القسم السادس، (فإذا أكرهه على الطلاق طلق) ناوياً و(قاصداً لوقوعه)، ويزعم أنّه

لأنَّ القصد إلى اللفظ المكروه عليه - بعد اعتقاد كونه سبباً مستقلاً في وقوع البينونة - يستلزم القصد إلى وقوعها، فيُرضي نفسه بذلك ويوطنها عليه، وهذا أيضاً كثيراً ما يتفق للعوام.

والحكم في هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال، إلا أنَّ تحقق الإكراه أقرب.

ثمَّ إنَّ المشهور بين المتأخرين: أنه لو رضي المكروه بما فعَّله

طلاق صحيح؛ (لأنَّ القصد إلى اللفظ المكروه عليه - بعد اعتقاد كونه سبباً مستقلاً في وقوع البينونة يستلزم) خبر «إنَّ» في قوله: «لأنَّ القصد» (القصد إلى وقوعها، فيُرضي نفسه بذلك ويوطنها عليه، وهذا) القسم السادس (أيضاً كثيراً ما يتفق للعوام)، قال الشارح: ولعلَّ مراد العلامة والشهيد الثاني من الفرع المعنوي في كلامهم هو هذا القسم، أو القسم الخامس المتقدم عليه.

(و) لكنَّ (الحكم في هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال)، كما تقدَّم الإشكال في حكم القسم الثالث والرابع، وذلك من جهة تحقق الإكراه واقعاً هنا، فيكون الطلاق باطلاً، ومن جهة وجود القصد الواقعي به فيكون صحيحاً، (إلا أنَّ تحقق الإكراه) وبطلان الطلاق (أقرب) في النظر؛ لأنَّ العرف يرى هذا المطلق مكرهاً فيشمِّله الأدلة الدالة على رفع حكم الفعل الواقع عن إكراه، فتدبر.

(ثمَّ إنَّ) الكلام يقع في أنَّ عقد المكروه هل هو قابل للصحة بلحوق الرضا بعده به، أمَّ ينعقد فاسداً؟ فهو غير قابل لتأثير الرضا اللاحق في صحته، فد (المشهور بين) المتقدمين على ما أفاده المحقق المامقاني في غاية الآمال: ج ٥ ص ٣٣٩، وكذلك بين (المتأخرين) هو الأول^(١)، و (أنَّه لو رضي المكروه) المالك (بما فعَّله) من عقد

(١) كالمحقق في الشرائع ج ٢ ص ١٢، والعلامة في القواعد ج ١ ص ١٢٤، والشهيد الأول

صحَّ العقد، بل عن الرياض تبعاً للحدائق أن عليه اتفاقهم؛ لأنه عقد حقيقي، فيؤثر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع، وهو طيب النفس. ودعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد خالية عن الشاهد، مدفوعة بالإطلاقات وأضعف منها دعوى اعتبارها في مفهوم العقد

كالبيع، أو إيقاع، كالطلاق، (صحَّ العقد) والإيقاع، (بل) في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٦٧، نقلاً (عن) السيد الطباطبائي في (الرياض): ج ١ ص ٥١١ (تبعاً لـ) المحدث البحراني في (الحدائق): ج ١٨ ص ٣٧٣ (أن عليه اتفاقهم؛ لأنه عقد حقيقي، فيؤثر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع، وهو طيب النفس) الحاصل بعد العقد؛ إذ لا دليل على اعتبار مقارنته للعقد، بل بمقتضى الإطلاقات، كـ «أوفوا بالعقود»، و«أحلَّ الله البيع»، وغيرهما، هو عدم اعتبارها، (و) على ما ذكرناه (دعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد)، كما احتمله صاحب الجواهر: ج ٢٢ ص ٢٦٧، ونقله عن المحقق الكركي في جامع المقاصد: ج ٤ ص ٦٢، وكذا نقله عنه السيد العاملي في المفتاح: ج ٤ ص ١٧٤، فاحتملوا اعتبار المقارنة، واحتمل اعتبار كون العقد ناشئاً عن الرضا، كما يظهر من قوله تعالى: ﴿تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، وقولهم: «العقود تابعة للقصود». وبالجملة: فهذه الدعوى (خالية عن الشاهد)، و (مدفوعة بالإطلاقات) كما ذكرنا، فيكفي - بمقتضاها - مطلق الرضا بالعقد، سواء كان مقارناً له أم لاحقاً به.

(وأضعف منها دعوى اعتبارها) أي «المقارنة» (في مفهوم العقد)، فلو لم يقارن الرضا، لا يصدق العقد أصلاً - كما في الهازل والنائم -، وكما احتُمل ذلك من الكلام المتقدم ص ٢٥٢ عن الشهيدين في صدر المسألة بقوله: ثم إنه يظهر من جماعة

اللازم منه عدم كون عقد الفضولي عقداً حقيقةً .

وأضعف من الكل : دعوى اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده ،
اللازم منه عدم صحة بيع المكره بحق ، وكون إكراهه على العقد تعبدياً
لا لتأثير فيه « في عقده خد » .

منهم الشهيدان ، أن المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله ... الخ ، ومقتضاه أن
القصد إلى المدلول حين العقد ووجود طيب النفس به ، دخیل في صدق مفهوم العقد ، وقد
أجاب عنه الشيخ هناك ، وأن مراد الشهيدین وغيرهما هو عدم القصد الجدّي من المكره
للمدلول ، لا أن العقد غير صادق على عقده ، كيف ؟ وصدق العقد اللغوي ، وكذا العرفي
غير منوط بوجود طيب النفس ، والدليل على ذلك إلتزامهم بكون عقد الفضولي عقداً
حقيقةً ، ولذا يكون قابلاً للإجازة من المالك ، مع أن (اللازم منه عدم كون عقد
الفضولي عقداً حقيقةً) ، مثل عقد الهازل والنائم والغالط مع أنه صادق قطعاً .

(وأضعف من الكل : دعوى) كون عقد المكره كالعدم شرعاً من جهة
(اعتبار) مقارنة (طيب نفس العاقد) - للإنشاء بما هو عاقد مع غض النظر عن كونه
مالكاً - (في تأثير عقده) شرعاً ، ولا فرق في بطلان عقده بين كونه مالكاً لأمر الإنشاء
- كما هو الغالب - أم غير مالك له ، ولكنه أكره على عقد بيع مال الغير ، أو طلاق زوجة
الغير ، كما سبق تفصيله مع ردّه ص ٢٨٦ ، ويردّه أيضاً : أن (اللازم منه عدم صحة
بيع المكره بحق) ، كما إذا أمر الحاكم الشرعي ببيع مال المحتكر للطعام ، أو بيع مال
شخص لم يُنفق على عياله ، أو بيع مال المديون المثري المماطل في أداء دينه المستعجل
لإيفاء ثمنه في أداء الدين ، وغير ذلك ممّا يصحّ البيع الإكراهي بحكم الشرع مع عدم
طيب نفس المالك .

فإن قيل : إن صحة بيع المكره بحق إنما هو للتعبد المحض لا لتأثير العقد .

قلنا : (وكون إكراهه على العقد تعبدياً لا لتأثير فيه « في عقده خد »)

ويؤيده فحوى صحة عقد الفضولي ؛ حيث إن المالك طيب النفس بوقوع أثر العقد وغير منشئ للنقل بكلامه ، وإمضاء إنشاء الغير ليس إلا

بعيداً جداً ، فلا بدّ من القول بعدم دخل مقارنة رضا العاقد في الصحة شرعاً .
والوجه في كون هذا الدليل أضعف من سابقه هو : أنّ مقارنة الرضا للعقد - لو قيل باعتبارها - فإنما يُراد به رضا المالك من جهة وجوب الوفاء بعقده ، وأمّا العاقد الأجنبي - غير المالك - فلا دخل لرضاه في تأثير العقد ، وإنّما اللازم عليه هو قصد المدلول المفروض وجوده ، كما تقدّم ص ٢٨٦ ، وسيأتي تأييد هذا بكونه مثل بيع الفضولي الممضى من المالك بعد العقد .

(ويؤيده) أي يؤيد ما ذكرنا من عدم اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد ، وصحة العقد بلحق الرضا : (فحوى صحة عقد الفضولي ؛ حيث إن المالك) في الفضولي (طيب النفس بوقوع أثر العقد) المستكشف من إمضائه للعقد الذي أنشأه الفضولي من بيع أو إجارة وغيرهما ، فطيب نفس المالك في باب الإكراه أيضاً يؤثر في صحة عقده الواقع حين الإكراه بطريق أولى ؛ لأنّ الرضا اللاحق إذا كان مؤثراً في صحة العقد الصادر عن الأجنبي ، وهو الفضولي ، فتأثيره في صحته إذا كان صادراً من نفس المالك يكون بطريق أولى ، وبعبارة أخصر : عقد الفضولي فاقد لأمرين : الأول : إنشاء العقد من المالك ، والثاني : الرضا منه حين العقد ، وعقد المكره فاقد للأمر الثاني فقط ، فإذا كان عقد الفضولي صحيحاً بالرضا اللاحق ، فعقد المكره أيضاً صحيح به بطريق أولى .

فإن قيل : إنّ المالك في العقد الفضولي يُنشئ عقداً جديداً بإمضاء العقد السابق ، بخلاف المكره ، فإنه لا يُنشئ عقداً جديداً ، (و) إنّما يمضي العقد السابق الصادر عن إكراه .

قلنا : المالك في العقد الفضولي أيضاً (غير منشئ للنقل بكلامه ، و) إنّما هو يُنفذ العقد السابق بقوله : «أجزت» أو «أمضيت» ، وأنّ (إمضاء إنشاء الغير ليس إلا

طيب النفس بمضمونه ، وليس إنشاءً مستأنفاً .

مع أنه لو كان ، فهو موجود هنا ، فلم يصدر من المالك هناك إلا طيب النفس بانتقاله متأخراً عن إنشاء العقد ، وهذا موجود فيما نحن فيه مع زائد ، وهو إنشاءه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد ؛ لما عرفت من أن عقده إنشاءً حقيقيً .

وتوهم : أن عقد الفضولي واجد لما هو مفقود هنا - وهو طيب نفس العاقد بما ينشئه - .

مدفوع : بالقطع بأن طيب النفس لا أثر له ، لا في صدق العقديّة ؛ إذ يكفي فيه مجرّد قصد الإنشاء المدلول عليه

طيب النفس بمضمونه ، وليس إنشاءً (جديداً و) مستأنفاً .

(مع أنه لو كان) الإضاء في العقد الفضولي يُعدّ إنشاءً جديداً ، (فهو موجود هنا) أي في إضاء المكره أيضاً ، (ف) إنه (لم يصدر من المالك هناك إلا طيب النفس بانتقاله) أي المال (متأخراً عن إنشاء العقد ، وهذا) الطيب (موجود فيما نحن فيه مع زائد ، وهو إنشاءه) أي نفس المالك (لنقل المدلول عليه بلفظ العقد) السابق ؛ (لما عرفت) أنفاً ص ٣٠٣ (من أن عقده إنشاءً حقيقيً) ، وأنه قاصد للمدلول ، لكنّه إكراهاً لا عن اختيار ، فإذا لحقه الإختيار والرضا الباطني يؤثر العقد السابق أثره ، وهو النقل والانتقال .

(وتوهم) وجود الفارق بين عقد الفضولي وعقد المكره ، وهو : (أن عقد الفضولي واجد لما هو مفقود هنا) أي في عقد المكره ، (وهو طيب نفس العاقد) حين الإنشاء (بما ينشئه) ، فإنّه موجود في الفضولي ومفقود في المكره ، فهذا التوهم (مدفوع : بالقطع بأن طيب النفس) من العاقد (لا أثر له ، لا في صدق العقديّة) عرفاً ؛ (إذ يكفي فيه) «الصدق» (مجرّد قصد) العاقد (الإنشاء المدلول عليه

باللفظ المستعمل فيه ، ولا في النقل والإنتقال ؛ لعدم مدخلية غير المالك فيه .
نعم ، لو صح ما ذكر سابقاً ؛ من توهم أن المكره لا قصد له إلى مدلول
اللفظ أصلاً ، وأنه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت . كما صرح به
بعض - ، صح أنه لا يجدي تعقب الرضا ؛ إذ لا عقد حينئذٍ ، لكن عرفت سابقاً
أنه خلاف المقطوع من النصوص والفتاوى ، فراجع .

فظهر مما ذكرنا ضعف

باللفظ المستعمل فيه) أي في الإنشاء بحيث لا يكون لاغياً ، (ولا في) الأثر
المرتّب على العقد ، وهو (النقل والإنتقال ؛ لعدم مدخلية) هذا القصد من (غير
المالك فيه) أي في النقل والأثر المرتّب على العقد . وبالجمله : فوجود طيب نفس غير
المالك - في عقد الفضولي - وعدم وجوده - في عقد المكره - سيان ؛ لأن المؤثر وجوده
إنما هو طيب نفس المالك .

(نعم) يمكن توجيه بطلان عقد المكره رأساً ، وعدم قابليته للحقوق الإجازة به
(لو صح ما ذكر سابقاً) ص ٢٥٢ في كلام الشهيدين والعلامة : (من توهم) كون
المراد من كلامهم (أن المكره لا قصد له إلى مدلول اللفظ أصلاً) ، فهو يتكلم لاغياً
من دون قصد المعنى ، كالبيتاء = طوطى ، (وأنه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى
الصوت) ولقلقة اللسان (كما صرح به بعض) ، وهو صاحب الجواهر في : ج ٢٢
ص ٢٦٧ ، فعلى فرض صحة هذا التوهم (صح أنه لا يجدي تعقب الرضا) بعد عقد
المكره ؛ (إذ لا عقد حينئذٍ) أي حين عدم قصد المكره مدلول اللفظ ، بخلاف الفضولي ،
فإنه قاصد للمدلول حين الإنشاء ، (لكن عرفت سابقاً) ص ٢٥٤ (أنه خلاف
المقطوع من النصوص والفتاوى) ، حيث قلنا هناك : «... وهذا الذي ذكرنا لا يكاد
يخفى على من له أدنى تأمل في الإكراه لغةً وعرفاً... الخ» ، (فراجع) .

(فظهر مما ذكرنا) في وجه صحة عقد المكره إذا لحقه الرضا بعده (ضعف

وجه التأمل في المسألة - كما عن الكفاية ومجمع الفائدة تبعاً للمحقق الثاني في جامع المقاصد -، وإن انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي، مضافاً إلى النبوي المشهور الدال على رفع حكم الإكراه، مؤيداً بالنقض بالهزل، مع أنهم لم يقولوا بصحته بعد لحوق الرضا.

وجه التأمل في المسألة - كما -، في مفتاح الكرامة: ج ٤ ص ١٧٣، (عن) المحقق السبزواري في (الكفاية): ص ٨٩، حيث قال: «فالمسألة محل إشكال» (و) اختيار المقدس الأردبيلي البطلان في (مجمع الفائدة) والبرهان: ج ٨ ص ١٥٦، (تبعاً للمحقق الثاني) الكركي (في جامع المقاصد): ج ٤ ص ٦٢، حيث قال: «فلننظر فيها مجال» (وإن انتصر لهم بعض من تأخر عنهم) ^(١) (بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ ^(٢) الدال على اعتبار كون العقد) ناشئاً (عن التراضي)، وأن العقود تابعة للقصد؛ إذ المفروض عدم إنشاء عقد المكروه عن التراضي، وعن قصد التأثير في النقل والإنتقال، (مضافاً إلى النبوي المشهور) بحديث الرفع (الدال على رفع حكم الإكراه) شرعاً (مؤيداً بالنقض بالهزل) والمجنون، كما في جامع المقاصد: ج ٤ ص ٦٢، والجواهر: ج ٢٢ ص ٢٦٧، (مع أنهم لم يقولوا بصحته بعد لحوق الرضا)، فلو حصل للهزل أو المجنون الرضا وطيب النفس بعد العقد باختيارهما بعد الهزل ورفع الجنون لم يقل أحد بصحة العقد السابق.

(١) لم أعثر بهذا البعض المنتصر المستدل بالآية وبحديث الرفع، لكنه يستفاد ما ذكره مما أفاده المقدس الأردبيلي في مجمع الفائدة في مقام الإشكال على حكم العلامة بصحة عقد المكروه المتعقب بالرضا، فراجع كلامه ج ٨ ص ١٨٦.

(٢) النساء: ٢٩.

والكل كما ترى؛ لأنّ دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي إمّا بمفهوم الحصر، وإمّا بمفهوم الوصف، ولا حصر كما لا يخفى؛ لأنّ الإستثناء منقطع غير مفرّغ، ومفهوم الوصف - على القول به - مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في «وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ» ،

(والكل كما ترى) غير قابل لإثبات البطلان؛ (لأنّ دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد) وصدوره (عن التراضي) منوط بدلالاتها على حصر السبب المشروع لتملك أموال الناس بالتجارة عن تراضٍ، ودلالاتها على الحصر تكون بأحد وجهين: (إمّا بمفهوم الحصر) المستفاد من الإستثناء بعد النهي، أعني: «لا تأكلوا... إلّا أن الخ»، (وإمّا بمفهوم الوصف) وهو التراضي (ولا) يستفاد الـ (حصر، كما لا يخفى) على المتأمل؛ وذلك (لأنّ الإستثناء) في الآية (منقطع) لا متصل؛ إذ التجارة عن تراضٍ غير داخلية تحت الأكل، وكذلك الإستثناء (غير مفرّغ)؛ لأنّ المستثنى منه مذكور في الكلام، وهو الأكل بالباطل. وبالجمله: فالمفيد للحصر هو الإستثناء المتصل - لا المنقطع -، كقولنا: جاء القوم إلّا زيداً، أو المفرّغ، كقولنا: ما جئني إلّا زيداً، وكلاهما مفقود في المقام.

(و) أمّا عدم الحصر من جهة (مفهوم الوصف) أعني التراضي (على القول به) لآئه اختلافيّ بين الأصوليين، فهو (مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في) قوله تعالى: «وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ»^(١) - مثال للنفي لا للمنفى -؛ إذ الغالب مصاحبة البنت وهي الربيبة لأُمّها المتزوّجة، وعدم مفارقتها لها، ولذا حكم الفقهاء بحرمة الربيبة مطلقاً، سواء كانت في حجر الزوج وبيته أم لا، فوجود المفهوم للوصف - كما قرّر في الأصول - إمّا هو فيما يوصف به بعض أفراد الموصوف،

ودعوى وقوعه هنا مقام الإحتراز ممنوعة ، وسيجيء زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضي في بيع الفضولي .

وأما حديث الرفع ، ففيه : **أولاً** : إنَّ المرفوع فيه هي المؤاخذه ، والأحكام المتضمنة لمؤاخذه المكروه وإلزامه بشيءٍ ، والحكم بوقوف عقده على رضاه راجعٌ إلى

كما إذا قال : أكرم العلماء العدول .

(ودعوى : وقوعه) أي وصف التراضي في الآية (هنا مقام الإحتراز) لا الغالب - فله مفهوم - ، (ممنوعة) ، كما سيأتي بيانه في البيع الفضولي ص ٣٨٤ من أنَّ الغالب في أكل مال الغير كونه عن التراضي ، مضافاً إلى احتمال كونه خبراً بعد خبر ، وأنَّ رضا اللاحق من المالك يوجب حصول التجارة عن تراضٍ ، فهو موضوع لمنطوق الكلام لا للمفهوم ، (وسيجيء) ص ٣٨٥ (زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضي في بيع الفضولي) بقوله : «إنَّ دلالته على الحصر ممنوعة : لانقطاع الإستثناء ، كما هو ظاهر اللفظ ... الخ» .

(وأما) التمسك بـ (حديث الرفع) لبطلان عقد المكروه حتّى مع لحوق الرضا به (ففيه : **أولاً** : أن) مقتضى ورود الحديث للإمتنان على الأمة ، كون (المرفوع فيه) إنّما (هي المؤاخذه) على مخالفة الأحكام التكليفية الإلزامية ، كما إذا أكره على شرب الخمر ، أو ترك الصلاة ، كما تقدّم ص ١٧٩ في حديث رفع القلم عن الصبيّ ، (و) كذلك المرفوع بالحديث (الأحكام) الوضعية (المتضمنة لمؤاخذه المكروه وإلزامه بشيءٍ) كسببية البيع للنقل والانتقال ، فلا يقال له : إدفع المبيع إلى المشتري . وبالجمله : فالمرفوع بحديث الرفع هي الأحكام التي تكون على ضرر المكروه ، وأما الأحكام التي هي بنفعه ، فلا يكون مرفوعاً .

(والحكم بوقوف عقده على رضاه) يكون بنفعه لا بضرره ؛ لأنّه (راجعٌ إلى

أَنَّ لَهُ أَنْ يَرْضَى بِذَلِكَ ، وَهَذَا حَقٌّ لَهُ لَا عَلَيْهِ .

نَعَمْ ، قَدْ يُلْزَمُ الطَّرَفُ الْآخَرُ بَعْدَ الْفَسْخِ حَتَّى يَرْضَى الْمَكْرَهَ أَوْ يَفْسَخَ ، وَهَذَا الْإِزَامُ لِغَيْرِهِ ، وَالْحَدِيثُ لَا يَرْفَعُ الْمَوَاضَاةَ وَالْإِزَامَ عَنْ غَيْرِ الْمَكْرَهَ ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَأَمَّا إِزَامُهُ بَعْدَ طَوْلِ الْمَدَّةِ بِاخْتِيَارِ الْبَيْعِ أَوْ فُسْخِهِ ، فَهُوَ مِنْ تَوَابِعِ الْحَقِّ الثَّابِتِ لَهُ بِالْإِكْرَاهِ ، لَا مِنْ أَحْكَامِ الْفِعْلِ الْمُتَحَقِّقِ

أَنَّ لَهُ أَنْ يَرْضَى بِذَلِكَ) أَمْ يَرُدُّهُ ، فَيَقَالُ لَهُ : يَجُوزُ لَكَ إِيفَاذُ ذَلِكَ الْعَقْدِ ، كَمَا يَجُوزُ لَكَ عَدَمُ الرِّضَا بِهِ ، (وَهَذَا حَقٌّ لَهُ لَا عَلَيْهِ) ، فَلَا يُرْفَعُ بِالْحَدِيثِ .

فَإِنْ قُلْتُ : (نَعَمْ) عَقْدُ الْمَكْرَهَ لَا يَكُونُ مَوْضِعاً لِأَثَرِ الْإِزَامِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى نَفْسِهِ ، لَكِنَّهُ (قَدْ يُلْزَمُ الطَّرَفُ الْآخَرُ) كَالْمَشْتَرِي (بَعْدَ الْفَسْخِ) وَالصَّبْرُ (حَتَّى يَرْضَى الْمَكْرَهَ أَوْ يَفْسَخَ) ، فَلَوْ أَكْرَهَ زَيْدٌ عَلَى بَيْعِ سَيَّارَتِهِ ، وَقَلْنَا بِقَابِلِيَّةٍ بَيْعَهُ لِلْحَقِّ الرِّضَا ، فَعَلَى الْمَشْتَرِي الصَّبْرُ إِلَى أَنْ يَخْتَارَ الْمَكْرَهَ الْإِمْضَاءَ ، أَوْ الرَّدَّ بِدَلِيلِ ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ، (وَ) مِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّ وَجُوبَ الصَّبْرِ عَلَيْهِ نَوْعٌ مِنَ الْمَوَاضَاةِ .

قُلْنَا : إِنَّ (هَذَا الْإِزَامُ لِغَيْرِهِ ، وَالْحَدِيثُ لَا يَرْفَعُ الْمَوَاضَاةَ وَالْإِزَامَ عَنْ غَيْرِ الْمَكْرَهَ) الَّذِي هُوَ مَخْتَارٌ فِي فِعْلِهِ ، (كَمَا تَقَدَّمَ) قَبْلَ أُسْطَرٍ بِمَفْهُومِ قَوْلِهِ : «إِنَّ الْمَرْفُوعَ هِيَ الْمَوَاضَاةُ وَالْأَحْكَامُ الْمُتَضَمِّنَةُ لِمَوَاضَاةِ الْمَكْرَهَ وَإِزَامِهِ بِشَيْءٍ» ، فَالْعَقْدُ لَا زَمٌ مِنْ طَرَفِهِ لِأَنَّهُ مَخْتَارٌ فِي مَعَامَلَتِهِ ، سِوَاءَ كَانَ هُوَ الْمَكْرَهَ - بِالْكَسْرِ - أَمْ غَيْرِهِ ، الْعَالَمُ بِكَوْنِ الْعَقْدِ إِكْرَاهِيّاً .

(وَأَمَّا) تَوْهَمُ كَوْنِ (الْإِزَامَةِ) أَيِ الْمَكْرَهَ (بَعْدَ طَوْلِ الْمَدَّةِ) - مِنْ زَمَانٍ وَقَوَعِ الْعَقْدِ - (بِاخْتِيَارِ الْبَيْعِ أَوْ فُسْخِهِ) ، فَالْإِزَامُ ارْتِفَاعُهُ أَيْضاً بِمَقْتَضَى الْحَدِيثِ ، مَعَ أَنَّهُ غَيْرُ مَرْفُوعٍ .

فَفِيهِ : أَنَّهُ مِنْ أَحْكَامٍ تَزُلُّ الْعَقْدَ وَوَقُوفُهُ عَلَى الرِّضَا ، (فَهُوَ مِنْ تَوَابِعِ الْحَقِّ الثَّابِتِ لَهُ) (شَرْعاً) (بِالْإِكْرَاهِ ، لَا مِنْ أَحْكَامِ) نَفْسِ الْعَقْدِ ، أَعْنِي (الْفِعْلَ الْمُتَحَقِّقَ

على وجه الإكراه . ثم إنَّ ما ذكرنا واضحٌ على القول بكون الرضا ناقلاً ، وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل .

وثانياً : إنَّه يدلُّ على أنَّ الحكم الثابت للفعل المكروه عليه - لولا الإكراه - يُرتفع عنه إذا وقع مكرهاً عليه - كما هو معنى رفع الخطأ والنسيان أيضاً - ،

على وجه الإكراه) حتَّى يُرتفع بالحديث ، كما ثبت في محلِّه .

(ثمَّ إنَّ ما ذكرنا) من رفع إزام المكروه بمقتضى العقد ، وعدم مؤاخذته بشيءٍ واضحٌ على القول بكون الرضا ناقلاً) للملك من زمان وقوعه لا من زمان وقوع العقد ؛ لأنَّ على النقل لا ملكية قبل الرضا ، فلا مؤاخذة ولا إزام على المكروه ، (وكذلك على القول بالكشف) بأنَّ الرضا كاشف بالانتقال للملك من زمان وقوع العقد ، لكن (بعد التأمل) بداهة أنه ما لم يتحقَّق الرضا بالعقد من المكروه ، لا كاشف عن حصول الملك من زمان العقد ، ومع عدم الكاشف لا إزام عليه ولا مؤاخذة أيضاً .

(وثانياً) يرد على التمسك بحديث الرفع لبطان عقد المكروه حتَّى بعد لحوق الرضا به : (أنه) أجنبيٌّ عن المقام ؛ لما تقرَّر في بحث أصالة البرائة من أنَّ الحديث (يدلُّ على أنَّ الحكم الثابت للفعل المكروه عليه - لولا الإكراه) أي مع غضِّ النظر عنه ، (يُرتفع عنه إذا وقع مكرهاً عليه - كما هو معنى رفع الخطأ والنسيان أيضاً) ، فإنَّ المرفوع بهما هو الحكم الثابت للشيء مع الغضِّ عن الخطأ والنسيان ، أي حال العمد والإلتفات . وتوضيح ذلك : أنَّ أثر الفعل تارةً يثبت له مع التقييد بالعمد ، كالتقصاص في القتل ، فلو كان القتل خطأً كان رفع القصاص ، لإنتفاء موضوعه ، وهو العمد ، ولا يرتبط رفعه بحديث الرفع أصلاً .

وتارةً أخرى يثبت الأثر على الفعل مع وصفه بكونه خطأً أو نسياناً ، كوجوب الدية على القتل الخطئي ، وكوجوب سجدة السهو لنسيان التشهّد في الصلاة ، وهنا لا يُعقل التمسك بإطلاق حديث الرفع لنفي الدية أو السجدة ؛ ضرورة استحالة كون مقتضى

وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه ؛ لأنَّ أثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن « اعتبار عدم خد » الإكراه ، السببيَّة المستقلَّة لنقل المال ، ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه ، وهذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإكراه ، حيث إنَّه جزء العلَّة التامَّة للملكيَّة ، لم يكن ثابتاً للفعل مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به ؛ إذ المفروض أنَّ الجزئيَّة ثابتة له بوصف الإكراه ، فكيف يُعقل ارتفاعه بالإكراه ؟

وبعبارة أخرى : اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار

للشيء رافعاً لنفس ذلك الشيء .

وتارةً ثالثة يثبت الأثر لذات الفعل مع الغضِّ عن طرؤ عناوين الإكراه والخطأ والنسيان وغيرها من الأمور السبعة لمذكورة في الحديث ، والمرفوع بالحديث هو هذا الأثر . (وهذا المعنى) أي رفع الحكم الثابت لذات الفعل مع الغضِّ عن طرؤ الإكراه (موجود فيما نحن فيه) من الإكراه على العقد ؛ (لأنَّ أثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن « اعتبار عدم خد » الإكراه) ، إنَّما هو (السببيَّة المستقلَّة لنقل المال ، ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه ، و) أمَّا (هذا الأثر الناقص) للعقد = نيم بند ، وهو كونه جزء العلَّة للملكيَّة ، والجزء الآخر الرضا ، فهو (المترتب عليه مع) وجود عنوان (الإكراه ، حيث إنَّه) «العقد» (جزء العلَّة التامَّة للملكيَّة) ، فهو (لم يكن ثابتاً للفعل مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به) ، بل هو ثابت للعقد مع فرض الإكراه ؛ (إذ المفروض أنَّ الجزئيَّة) للتأثير (ثابتة له) أي للعقد (بوصف الإكراه) ، وقد عرفت أنَّ المرفوع بالحديث هو الحكم الثابت للفعل ، مع قطع النظر عن الإكراه ، لا الحكم الثابت له بعنوان الإكراه . إذن (فكيف يُعقل ارتفاعه بالإكراه ؟) .

(وبعبارة أخرى) لبيان الإيراد الثاني على التمسك بالحديث لبطلان العقد

الإكراهي الملحق بالرضا هو أنَّ : (اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار

«عدم خد» الإكراه هو اللزوم المنفي بهذا الحديث، والمدعى ثبوته بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك، وهذا غير مرتفع بالإكراه.

لكن يرد على هذا: أن مقتضى حكومة الحديث على الإطلاقات هو تقيدها بالمسبوقية بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكروه ووقوفه على الرضا اللاحق، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكروه، فيرجع إلى أصالة الفساد.

«عدم خد» الإكراه هو اللزوم (للعقد والملكية اللازمة) المنفي بهذا الحديث، والمدعى ثبوته بوصف الإكراه هو وقوفه (أي وقوف اللزوم) على رضا المالك، وهذا غير مرتفع بالإكراه؛ لما عرفت آنفاً من أن الثابت بعنوان الإكراه لا يرتفع بالإكراه.

هذا، و (لكن يرد على هذا) أي صحة العقد متوقفاً على رضا المالك بعده ب: (أن مقتضى حكومة الحديث على الإطلاقات) الدالة على صحة العقد، مثل: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، و ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، و ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ (هو تقيدها بالمسبوقية بطيب النفس) بأن يكون طيب النفس سابقاً على العقد، فلا بد من وجود طيب النفس، ثم إنشاء البيع، كما هو الظاهر من قوله تعالى: ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، أي ناشئة عن تراض بين البائع والمشتري، كما تقدّم ص ٣٠٨ احتمالاً عن بعض، وكأنه قال: أو بالعقد إذا صدرت عن طيب النفس، وكذا: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ إذا صدر عن الرضا، (فلا يجوز الاستناد إليها) أي إلى الإطلاقات: (لصحة بيع المكروه) حتى (و) مع (وقوفه على الرضا اللاحق)، فما ذكرنا سابقاً ص ٣٠٣ بقولنا: «ودعوى: اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد، مدفوعة بالإطلاقات» غير تام، بل الدعوى في محلّها، وخينئذٍ (فلا يبقى دليل) (إجتهادي) (على صحة بيع المكروه) مطلقاً حتى ولو رضى بغد زوال الإكراه، (فيرجع إلى أصالة الفساد) واستصحاب عدم تأثير العقد في النقل

وبعبارة أخرى : أدلة صحة البيع تدلّ على سببيّة مستقلة ، فإذا قُيِّدَت بغير المُكْرَه لم يبقَ لها دلالة على حكم المُكْرَه ، بل لو كان هنا ما يدلّ على صحة البيع بالمعنى الأعمّ من السببيّة المستقلة ، كان دليل الإكراه حاكماً عليه مقيداً له ، فلا ينفع .

اللّهمّ إلا أن يقال : إنّ الإطلاقات « المفيدة للسببيّة المستقلة خد » مقيدة بحكم الأدلة الأربعة ، المقنضية لحرمة أكل المال بالباطل ،

والإنتقال - وإن لحق الرضا بالعقد المُكْرَه -؛ لأنّ المرجع مع الشكّ في صحة كلّ عقد وعدم وجود دليل إجتهادي هو أصالة الفساد .

(وبعبارة أخرى : أدلة صحة البيع تدلّ على سببيّة مستقلة) للنقل والإنتقال ، (فإذا قُيِّدَت بغير المُكْرَه) بمقتضى حكومة حديث الرفع (لم يبقَ لها دلالة على حكم المُكْرَه)؛ لاختصاصها حينئذٍ بالمختار ، فلا يدلّ دليل إجتهادي على صحة عقده ، (بل لو كان هنا ما يدلّ على صحة البيع بالمعنى الأعمّ) - صفة للصحة لا للبيع - (من السببيّة المستقلة) وغير المستقلة ، أي الناقصة ، كما تقدّم آنفاً ص ٣١٣ (كان دليل) رفع حكم (الإكراه حاكماً عليه مقيداً له)؛ لأنّه متكفّل للحكم بالعنوان الثانوي ، وذلك الدليل يتكفّل الحكم بالعنوان الأوّلي . ومن المعلوم تقدّم الأوّل على الثاني حكومةً ، أو من باب التوفيق العرفي بينهما ، (فلا ينفع) ذلك الدليل .

ثمّ رجع الشيخ عمّا أفاده ، وقال : (اللّهمّ إلا أن يقال) بصحة عقد المُكْرَه الملحق بالرضا بدليل إجتهادي ، وهو نفس إطلاقات البيع ؛ وذلك لـ (أنّ الإطلاقات « المفيدة للسببيّة المستقلة خد ») كـ ﴿ أَحَلَّ اللَّهُ الْيَبْنَجَ ﴾ ، و ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ، و ﴿ تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ ﴾ (مقيدة) - بفتح الياء بصيغة اسم المفعول - (بحكم الأدلة الأربعة) : الكتاب والسنة والإجماع والعقل ، (المقنضية) والمتضمنة (لحرمة أكل المال بالباطل) - مقيدة - بصورة عدم رضا المالك ،

ومع عدم طيب النفس بالبيع المرضي به ، سَبَقَهُ الرضا أو لَحِقَهُ ، ومع ذلك فلا حكومة للحديث عليها ؛ إذ البيع المرضي به سابقاً لا يُعْقَل عروض الإكراه له ، وأما المرضي به بالرضا اللاحق ، فإنما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف ، وهو أصل البيع ، ولا نقول بتأثيره ، بل مقتضى الأدلة الأربعة مدخلية الرضا في تأثيره ووجوب الوفاء به .

فالإطلاقات بعد التقيد تُثبت التأثير التامّ لمجموع العقد المكروه عليه والرضا به لاحقاً ، ولازمه بحكم العقل كون العقد المكروه عليه بعض

(ومع عدم طيب النفس) ، ونتيجة هذا التقيد جواز الأكل وتملك مال الناس مع تحصيل طيب نفسهم (بالبيع المرضي به) ، سواء (سَبَقَهُ الرضا أو لَحِقَهُ) ؛ لأنّ مقتضى إطلاق لزوم تحصيل الرضا هو عدم الفرق بين الحالتين ، (ومع ذلك) التقيد (فلا حكومة للحديث عليها) أي على الإطلاقات ؛ (إذ البيع المرضي به) إن كان الرضا به (سابقاً) عليه ، فـ (لا يُعْقَل عروض الإكراه له) لانعقاده عن الرضا ، (وأما المرضي به بالرضا اللاحق ، فإنما يعرضه الإكراه) في الابتداء (من حيث ذات الموصوف ، وهو أصل البيع ، ولا نقول بتأثيره) وحده مستقلاً ، (بل مقتضى الأدلة الأربعة مدخلية الرضا) اللاحق (في تأثيره) أيضاً (ووجوب الوفاء به) ، فلو لم يلحقه الرضا لم يكن له تأثير ، ولا يجب الوفاء به .

(فالإطلاقات بعد التقيد) كقولنا : أوفوا بالعقد المرضي به (تُثبت التأثير التامّ) لا لخصوص العقد ، بل (لمجموع العقد المكروه عليه والرضا به لاحقاً) ، فالجزء الأوّل للتأثير هو العقد ، والجزء الثاني له هو الرضا اللاحق .

قال الشاعر الفارسي :

در باغ رُخْت بهر تماشایِ دِلَم گُل بود و به سبزه نیز آراسته شد .
(ولازمه) أي لازم التقيد (بحكم العقل كون العقد المكروه عليه بعض

المؤثر التام، وهذا « أمر عقلي غير مجعول خد » لا يرتفع بالإكراه؛ لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض، إلا أن يقال: إن أدلة الإكراه كما ترفع السببية المستقلة التي أفادتها الإطلاقات - قبل التقييد - ترفع مطلق الأثر عن العقد المكره عليه؛ لأن التأثير الناقص أيضاً استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعظم من اللاحق.

وهذا لا يفرق فيه

المؤثر التام)، وحينئذٍ فالإطلاقات تكون دليلاً على تأثير العقد الملحق بالرضا، فتمّ الدليل الاجتهادي على تأثير العقد المكره، ولا تصل النوبة إلى أصالة الفساد.

(وهذا) أي كون العقد المكره عليه بعض المؤثر التام « أمر عقلي غير مجعول خد » لا يرتفع بالإكراه؛ لأن الإكراه مأخوذ فيه (أي في كون العقد المكره عليه بعض المؤثر التام) بالفرض) كما تقدّم، فالإكراه أخذ جزء الموضوع في الحكم بأنه بعض المؤثر، والموضوع يقتضي وضع الحكم، فكيف يُعقل أن يقتضي رفعه؟ (إلا أن يقال) في بيان رفع الإكراه لكون العقد جزءاً من المؤثر التام (إن أدلة الإكراه كما ترفع السببية المستقلة التي أفادتها الإطلاقات) لأدلة البيع (قبل التقييد) كذلك (ترفع مطلق الأثر عن العقد المكره عليه؛ لأن التأثير الناقص أيضاً استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرضا) بمقتضى الأدلة الأربعة (الأعم من اللاحق) والمقارن للعقد^(١).

(وهذا) أي عدم تأثير العقد المكره عليه حتّى التأثير الناقص (لا يفرق فيه

(١) من قوله: «إلا أن يقال...» إلى هنا، أعني قوله: «من اللاحق» غير موجود في بعض النسخ باستثناء عبارة: «كما ترفع السببية المستقلة»، فإنّها موجودة في البعض، ومنه كتاب هدى الطالب، والمعنى واضح.

أيضاً بين جعل الرضا ناقلاً أو كاشفاً؛ إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه، وعلى الثاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد وهو تعقبه للرضا. وكيف كان، فذات العقد المكروه عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له، لا يترتب عليه إلا كونه جزء المؤثر التام، وهذا أمرٌ عقليٌّ قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه ومن الرضا أو وصف تعقبه له، فتأمل.

بقي الكلام في أن الرضا المتأخر ناقلٌ أو كاشفٌ؟

أيضاً) أي كما في عدم تأثيره الكامل على ما تقدّم ص ٣١٣ (بين جعل الرضا ناقلاً أو كاشفاً؛ إذ على الأول) وهو النقل (يكون تمام المؤثر) في النقل والانتقال، والجزء الأخير له هو الرضا (نفسه، وعلى الثاني) وهو الكشف (يكون) تمام المؤثر هو (الأمر المنتزع منه) أي من الرضا (العارض للعقد وهو تعقبه للرضا). وكيف كان، سواء كان الرضا وإجازة العقد ناقلاً أو كاشفاً، فذات العقد المكروه عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له، لا يترتب عليه شيءٌ إلا كونه جزء المؤثر التام، وهذا) أي كونه جزء المؤثر التام (أمرٌ عقليٌّ قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه) أي من العقد (ومن الرضا أو) من (وصف تعقبه له) أي تعقب الرضا للعقد، (فتأمل) لعله إشارة إلى أن كون عقد المكروه بعض المؤثر التام، وإن كان أمراً عقلياً غير مجعول بالأصالة وغير قابل للرفع، لكنه مجعول بتبع جعل منشأ إنتزاعه، وهو جعل المركّب من العقد والرضا مؤثراً تاماً، وهو قابل للرفع؛ إذ برفع الكل يرتفع الأمر المنتزع منه أيضاً، فتدبر.

(بقي الكلام في) الجهة الأخيرة في البحث عن عقد المكروه، وهو (أن الرضا المتأخر) اللاحق لعقد المكروه هل هو (ناقل) بأن يترتب النقل والانتقال من حين الرضا والإمضاء (أو كاشف) عن ترتب ذلك من حين إنشاء العقد؟

مقتضى الأصل وعدم حدوث جَلّ مال الغير إلا عن طيب نفسه هو الأول ،
إلا أن الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الثاني ، كما سيجيء في مسألة
الفضولي .

وربما يُدعى : أن مقتضى الأصل هنا وفي الفضولي هو الكشف ؛ لأن
مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره ،
فإمضاء الشارع للرضا ، بهذا المعنى - وهو النقل من

فنقول : إنَّ (مقتضى الأصل) ، وهو أصالة الفساد الجارية في العقود ، والمراد بها
استصحاب عدم ترتّب الأثر وبقاء المبيع على ملك البائع والتمن على ملك المشتري ،
فمقتضى الإستصحاب ، (و) كذلك مقتضى (عدم حدوث جَلّ مال الغير إلا عن طيب
نفسه هو الأول) أعني كون الرضا ناقلاً ، فلا يترتب على نفس العقد الإكراهي أثرٌ ما لم
يلحق به الرضا ، ولا يخفى أن الأولى تقديم الاستدلال بحديث الجَلّ على الأصل ؛ لأنّه
دليل اجتهادي ، والتمسك به مقدّم على التمسك بالأصل ؛ إذ الرجوع بالأصل إنّما هو مع
عدم الدليل الاجتهادي اللفظي . هذا ، (إلا أن الأقوى بحسب الأدلة النقلية)
كصحيحة أبي عبيدة الحذاء الآتية في ج ٦ الواردة في نكاح الصغيرين ، (هو الثاني) ،
وهو القول بالكشف (كما سيجيء في مسألة الفضولي) .

(وربما يُدعى) ، كما في الجواهر : ج ٢٢ ص ٢٨٥ في باب الفضولي - وقد تكرّر
منه في بيع المكرّه أن حكمه كالفضولي ، كما في ص ٢٦٩ - ، واختار القول بالكشف في
الفضولي السيّد الطباطبائي في الرياض : ج ١ ص ٥١٣ ، وقال بأنّه للعمل بالإجازة ،
فيُدعى : (أن مقتضى الأصل) والمراد به القاعدة لا الأصل العملي (هنا) في عقد
المكرّه (وفي الفضولي هو الكشف) ؛ وذلك (لأن مقتضى الرضا) وطيب النفس
(بالعقد السابق) وتنفيذه (هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره) أي
صدور العقد ، وعلى هذا (فإمضاء الشارع للرضا ، بهذا المعنى - وهو النقل من

حين العقد - وترتّب الآثار عليه لا يكون إلا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل .

وفيه : أنَّ مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه ، بل نفس النقل ، إلا أنَّ إنشاءه لما كان في زمان التكلّم ، فإن كان ذلك الإنشاء مؤثراً في نظر الشارع في زمان التكلّم حَدَثَ الأثر فيه ، وإن كان مؤثراً بعد حصول أمرٍ حَدَثَ الأثر بعده .

فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر في الحكم ؛ ولذلك كان الحكم بتحقيق الملك بعد القبول ، أو بعد القبض في الصرف والسلم والهبة ، أو بعد انقضاء زمان الخيار - على مذهب الشيخ -

حين العقد وترتّب الآثار عليه لا يكون (خبرٌ لقوله : «فإمضاء») (إلا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل) وإنشاء العقد .

(وفيه : أنَّ مفاد العقد السابق ليس) هو (النقل من حينه) حتّى يكون الإمضاء متعلّقاً بذلك النقل ، (بل) مقتضى العقد هو (نفس النقل) على الإطلاق ، أعني غير مقيّد بزمانٍ ، (إلا أنَّ إنشاءه لما كان في زمان التكلّم ، فإن كان ذلك الإنشاء مؤثراً في نظر الشارع في زمان التكلّم حَدَثَ الأثر فيه) بحكمه بوجوب الوفاء بالعقد ، (وإن كان مؤثراً) في نظره (بعد حصول أمرٍ) كالإمضاء من المالك (حَدَثَ الأثر بعده) أي ذلك الأمر ، (فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر) عنده من الشرائط والأمر (في الحكم ؛ ولذلك) أي ولكون تبعيّة حكم الشارع لاجتماع ما يعتبر في الحكم (كان الحكم بتحقيق الملك بعد القبول) من المشتري ، (أو بعد القبض) للمبيع (في الصرف والسلم و) المال الموهوب في (الهبة ، أو بعد انقضاء زمان الخيار - على مذهب الشيخ) الطوسي في الخلاف : ج ٣ ص ٢٢ المسألة ٢٩ ، فإنّه يقول بتوقّف الملك على انقضاء زمان الخيار ،

غير منافعٍ لمقتضى الإيجاب ، ولم يكن تبعيةً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة .

فإن قلت : حكم الشارع بثبوت الملك وإن كان بعد الرضا ، إلا أنَّ حكمه بذلك لمَّا كان من جهة إمضائه للرضا بما وقع فكأنَّه حكَم بعد الرضا بثبوت الملك قبله .

قلت : المراد هو الملك شرعاً ، ولا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعي بالملك .

وسياتي توضيح ذلك في بيع الفضولي إن شاء الله .

وإن شئت توضيح ما ذكرنا

فكلّ هذه الأحكام (غير منافعٍ لمقتضى الإيجاب ، ولم يكن تبعيةً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة) .

(فإن قلت : حكم الشارع بثبوت الملك وإن كان) حدوثه (بعد الرضا ، إلا أنَّ حكمه بذلك) لا ينافي القول بالكشف ؛ وذلك لأنَّ حكمه (لمَّا كان من جهة إمضائه للرضا بما وقع) سابقاً ، (فكأنَّه حكَم بعد الرضا بثبوت الملك قبله) أي قبل الرضا من زمان العقد .

(قلت : المراد) ممَّا حكَم الشارع به (هو الملك شرعاً ، ولا معنى لتخلف زمانه) أي زمان الملك الشرعي (عن زمان الحكم الشرعي بالملك) الذي وقع بعد الإمضاء ؛ وذلك لأنَّ زمان المَجْعول لا يتخلف عن زمان الجعل ، فإنَّ زمانهما زمانٌ واحد ، (وسياتي توضيح ذلك في بيع الفضولي إن شاء الله) في بحث الإجازة والردِّ في ج ٦ ، حيث قال : «إنَّ الإجازة وإن كانت رضاً بمضمون العقد ... فما لم يجب الوفاء فلا ملك ... الخ .

(وإن شئت توضيح ما ذكرنا) من عدم تخلف زمان الملك الشرعي عن زمان

فلاحظ مقتضى فسخ العقد ، فإنه وإن كان حلاً للعقد السابق وجعله كأن لم يكن ، إلا أنه لا يرتفع به الملكية السابقة على الفسخ ؛ لأن العبرة بزمان حدوثه لا بزمان متعلقه .

ثم على القول بالكشف ، هل للطرف الغير المكروه أن يفسخ قبل رضا المكروه ، أم لا ؟ يأتي بيانه في الفضولي إن شاء الله .

الحكم ، (فلاحظ مقتضى فسخ العقد ، فإنه وإن كان حلاً للعقد) الذي وقع في الزمان (السابق وجعله كأن لم يكن) شيئاً مذكوراً ، (إلا أنه لا يرتفع به الملكية السابقة على الفسخ ؛ لأن العبرة بزمان) حكم (حدوثه) أي حدوث الفسخ (لا بزمان متعلقه .) وهو زمان العقد ، فارتفاع الملك إنما يكون من زمان الحكم بالفسخ ، ولذا يكون نماء المبيع - بعد العقد وقبل الفسخ - للمشتري ونماء الثمن للبائع .

(ثم على القول بالكشف) ، ففي الزمان المتخلل بين العقد وبين الرضا أو الرد من المكروه (هل للطرف الغير المكروه أن يفسخ قبل رضا المكروه ، أم لا ؟ يأتي بيانه في الفضولي) في أول ج ٦ (إن شاء الله) . نعم ، على القول بالنقل له أن يفسخ البيع قبل رضا المكروه .

مسألة

ومن شروط المتعاقدين : إذن السيد لو كان العاقد عبداً ، فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلا بإذن سيده ، سواء كان لنفسه في ذمته أو بما في يده ، أم لغيره ؛ لعموم أدلة عدم استقلاله في أموره ، قال الله تعالى : ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ﴾ .

وعن الفقيه بسنده إلى

(مسألة : ومن شروط المتعاقدين) : أن يكون لهما ولاية البيع ونفوذ التصرف في المال شرعاً ، فيعتبر في العقد والإيقاع (إذن السيد) والمولى (لو كان العاقد عبداً ، فلا يجوز للمملوك) عبداً كان أو أمةً (أن يوقع عقداً إلا بإذن سيده) أو إجازته ؛ لعدم استقلاله في التصرف وعدم نفوذه شرعاً إلا برضا المولى ، ولا يخفى أن المراد من عدم الجواز هو الحكم الوضعي والفساد ، وأما الحكم التكليفي - أعني حرمة إنشائه بحيث يترتب عليه العقاب - فهو محل تأمل وكلام ، فعقد المملوك بدون إذن سيده لا يترتب عليه الأثر ، (سواء كان لنفسه) بأن يشتري داراً مثلاً (في ذمته) بأن يؤدي ثمنه بعد عتقه ، (أو بما في يده) من الأموال حتى على القول بكونه قابلاً للتملك ، (أم) ينشئ عقداً (لغيره) بأن يكون البيع لغيره ويجري الصيغة وكالته عنه بدون إذن سيده ، وذلك (لعموم أدلة عدم استقلاله في أموره) ، فيحتاج إلى الإذن السابق أو الإجازة بعد العقد ، (قال الله تعالى : ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ﴾ (١) من التصرفات الشرعية ، كما أن الآلهة الباطلة كالأصنام المذكورة في الآية السابقة لا تقدر على التصرفات تكويناً .

(و) في وسائل الشيعة (عن) كتاب من لا يحضره (الفقيه بسنده إلى

زرارة، عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام، قالوا: «المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيده»، قلت: فإن كان السيد زوجه، بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد، «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء» أفشيء الطلاق؟.

والظاهر من القدرة - خصوصاً بقريضة الرواية - هو الإستقلال؛ إذ المحتاج إلى غيره في فعل

زرارة) وسند الصدوق إلى زرارة صحيح^(١)، (عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام، قالوا: «المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيده»، وظاهره عدم الفرق بين كونهما لنفسه أو لغيره، (قلت: فإن كان السيد زوجه، بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد، «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء» أفشيء الطلاق؟^(٢))، كذا في النسخة المصححة وبعض نسخ الفقيه، وفي سائر النسخ: «فشيء» بدون همزة الإستفهام، وعلى فرض وجوده فالإستفهام تقريرياً.

(والظاهر من القدرة) المنفية في الآية عن تصرفات العبد (- خصوصاً بقريضة الرواية -) من حيث تعليق الإمام عليه السلام جواز النكاح والطلاق على إذن السيد بقوله: «إلا بإذن السيد» (هو الإستقلال) للمملوك، فإذن المولى شرط لموضوع صحة عقده ونفوذه، وليس المراد أن إنشائه كالعدم في التأثير، نظير صوت البهائم والبيغاء = طوطي، وإلا لم تُقد في الصحة إجازة المولى الواقعة بعد العقد أو الإيقاع أصلاً، بل كان عليه تجديدهما بعدها مع أنهما قابلان للحقوق الإجازة، فالمراد من عدم قدرة العبد على العقد هو عدم كونه مستقلاً؛ (إذ المحتاج إلى غيره في فعل) بحيث لا بد في تأثير قوله

(١) راجع جامع الرواة ج ٢ ص ٥٣٤.

(٢) الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٣ مقدّمات الطلاق، من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٤١.

غير قادرٍ عليه ، فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شيءٌ ، فكلٌ ما صدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعاً بمنزلة العدم ، لا يترتب عليه الأثر المقصود منه ، لا أنه لا يترتب عليه حكمٌ شرعيٌّ أصلاً ، كيف ؟ ! وأفعال العبد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار .

وكيف كان ، فإنشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون إذن المولى ، أمّا مع الإذن السابق فلا إشكال ، وأمّا مع الإجازة اللاحقة فيُحتمل عدم الوقوع ؛

أو فعله إلى ضميمة فعلٍ غيره إليه ، (غير قادرٍ عليه) ، أي على ذلك الفعل عرفاً ، (فيعلم عدم استقلاله) أي العبد (فيما يصدق عليه أنه شيءٌ) .

(فكلٌ ما صدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعاً بمنزلة العدم)
يعني أنه (لا يترتب عليه الأثر) الشرعي (المقصود منه) ، فإنّ ترتّب كل أثر شرعي - تكليفي أو وضعي - منوطٌ بوجود ما له من الأجزاء والشرائط ، فإنقضاء جزءٍ أو شرطٍ يوجب انتفاء ذلك الأثر . فكون عقد العبد بمنزلة العدم بمعنى عدم تمامية التأثير له ، (لا أنه لا يترتب عليه حكمٌ شرعيٌّ أصلاً ، كيف ؟ !) أي كيف يمكن عدم ترتّب الأثر أصلاً ، (و) الحال أنّ (أفعال العبد) كجناياته على الغير وإتلافه مال الناس (موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار) .

(وكيف كان) ، سواء لم يترتب على فعل العبد أثرٌ أصلاً أم لم يترتب عليه خصوص الآثار المقصودة شرعاً ، (فإنشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون إذن المولى) ، فإنشاءه ليس بإنشاء المجنون والطفل غير البالغ شرعاً في عدم نفوذه حتّى ولو كان بإذن الولي أو إجازته ، كما هو المشهور على ما تقدّم ص ١٧١ .

(أمّا مع الإذن السابق) على العقد (فلا إشكال) في نفوذ إنشاءه عقداً كان أو إيقاعاً ، و يترتب الأثر الشرعي عليه ، سواء كان لنفسه أو لغيره ، (وأمّا مع الإجازة اللاحقة) بعد إنشاءه (فيُحتمل عدم الوقوع) ، فلا يترتب الآثار كالملكية في البيع ،

لأنَّ المنع فيه ليس من جهة العوضين اللذين يتعلَّق بهما حقُّ المجيز فله أن يرضى بما وقع على ماله من التصرف في السابق وأن لا يرضى ، بل المنع من جهة راجعة إلى نفس الإنشاء الصادر ، وما صدر على وجه لا يتغيَّر منه بعده .
وبتقرير آخر : إنَّ الإجازة إنَّما تتعلَّق بمضمون العقد وحاصِله - أعني : إنتقال المال بعوض - وهذا فيما نحن فيه ليس منوطاً برضا المولى قطعاً ؛ إذ المفروض أنَّه أجنبيُّ عن العوضين ، وإنَّما له حقُّ في كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده ، فإذا وقع على وجه يستقلُّ به العبد فلحوق الإجازة لا يُخرجه عن

والزوجيّة في النكاح ، والبينونة في الطلاق ، فلا يكون كالمكره والفضولي ؛ وذلك (لأنَّ المنع فيه) أي في إنشاء العبد (ليس من جهة العوضين اللذين يتعلَّق بهما حقُّ المجيز) كالمكره والفضولي (فله أن يرضى بما وقع على ماله من التصرف في السابق وأن لا يرضى ، بل المنع) هنا (من جهة راجعة إلى نفس الإنشاء الصادر) من العبد ، أعني الألفاظ الجارية على لسانه ، (وما صدر على وجه) مستقلُّ من دون إذن المولى (لا يتغيَّر منه بعده) أي من ذلك الوجه بعد الصدور .

(وبتقرير آخر : إنَّ الإجازة) اللاحقة (إنَّما تتعلَّق بمضمون العقد وحاصِله) وهو نتيجته التي هي بمعنى اسم المصدر (- أعني : إنتقال المال بعوض -) ، وحصول الملكيّة في البيع والزوجيّة في النكاح ، فالمجيز يجيز العقد ويرضى بمضمونه ومفاده ، (وهذا) أي حصول المضمون (فيما نحن فيه ليس منوطاً برضا المولى قطعاً ؛ إذ المفروض أنَّه) أي المولى (أجنبيُّ عن العوضين) لعدم كونهما - أكثرأ - ملكاً له ، فلا معنى لإناطة التصرف بإجازة مَنْ ليس له علاقةٌ بالعوضين ، (وإنَّما له) أي للمولى (حقُّ في كون إنشاء هذا المضمون) الذي هو بمعنى المصدر = فروختن (قائماً بعبده ، فإذا وقع) العقد والإنشاء (على وجه يستقلُّ به العبد) ولم يأذن من المولى = سراز خود (فلحوق الإجازة لا يُخرجه) أي الإنشاء (عن

الإستقلال الواقع عليه قطعاً .

إلا أنَّ الأقوى هو لحوق إجازة المولى ؛ لعموم أدلة الوفاء بالعقود ، والمخصّص إنّما دلّ على عدم ترتّب الأثر على عقد العبد من دون مدخلية المولى أصلاً - سابقاً ولاحقاً - لا مدخلية إذنه السابق ، ولو شكّ أيضاً وجب

الإستقلال الواقع عليه قطعاً .

قال الشاعر الفارسي :

دانم كه دوائى و شفائى بُود اما

چون پول و دوا در كف ما نيست شفا نيست

هذا كلّهُ (إلا أنَّ الأقوى هو) عدم الفرق بين إذن السيّد للعقد قبل وقوعه ، وبين إجازته له بعده ؛ وذلك لأنّ (لحوق إجازة المولى) موجب لشمول قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(١) لعقد العبد الملحق بالإجازة (لعموم أدلة الوفاء بالعقود) ، و ﴿ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ، فإنّ مقتضاه وجوب الوفاء بكلّ فردٍ من أفراد العقد في كلّ زمان من الأزمنة ، وعلى كلّ شخص أنشأ العقد ، سواء كان حرّاً أم عبداً ، وسواء صدر منه بالإستقلال أم برضا السيّد .

فإن قلت : إنّ ذلك العموم قد خُصّص بما دلّ على عدم نفوذ عقد العبد إذا صدر مستقلاً ، فكأنّه قال تعالى : « أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إِلَّا الْعُقُودَ الصّادر من العبد بلا إذن مولاه » .

قلنا : (والمخصّص إنّما دلّ على عدم ترتّب الأثر على عقد العبد من دون مدخلية المولى أصلاً - سابقاً ولاحقاً -) و (لا) يدلّ على (مدخلية إذنه السابق) فقط وعدم مدخلية الرضا اللاحق ، وعلى ما ذكرنا فعقد العبد الملحق بالرضا من المولى أيضاً مشمولٌ لوجوب الوفاء به . (ولو شكّ) في صحّة ذلك العقد (أيضاً وجب

الأخذ بالعموم في مورد الشك .

ويؤيد إرادة الأعم من الإجازة : الصحيحة السابقة ؛ فإن جواز النكاح يكفيه لحوق الإجازة ، فالمراد بالإذن هو الأعم ،

الأخذ بالعموم (لأدلة العقود والبيع (في مورد الشك) لأنه دليل اجتهادي له عموم ، فلا تصل النوبة إلى الأصل العملي ؛ وذلك لأن المخصّص المنفصل إذا كان مجعلاً بين الأقلّ والأكثر - كما إذا قال : أكرم العلماء ، ثم قال : لا تكرم الفساق من العلماء ، وتردّد الفاسق بين مرتكب الكبيرة والصغيرة ، وبين الكبيرة - فالمتيقّن بالخروج عن العموم هو الأقلّ أفراداً ، وفي المقام المتيقّن في الخروج عن وجوب الوفاء ، هو عقد العبد الذي صدر بلا إذنٍ سابقٍ ولا إجازةٍ لاحقةٍ ، وأمّا غيره ومنه عقده المملوك بالرضا فهو باقٍ تحت عموم ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ و ﴿ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ .

(ويؤيد إرادة الأعم من) الإذن بحيث يشمل **(الإجازة)** اللاحقة للعقد **(الصحيحة)** - بالرفع ، فاعل قوله : « يؤيد » ، ومفعوله قوله : « إرادة الأعم » - **(السابقة)** المتقدّمة ص ٣٢٤ عن زرارة ، عن أحدهما عليه السلام بقوله : « المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيّده » ، بتقريب : أن الإذن أعمّ من الرضا السابق على العقد والإجازة اللاحقة له ، **(فإن جواز النكاح)** للمملوك **(يكفيه لحوق الإجازة)** من السيّد بعد العقد بمقتضى الروايات الخاصة الدالة على صحّة نكاح العبد الذي أجازاه المالك بعد إنشاءه ، وقد أفتى بها المشهور ، بل عليه الإجماع ، **(ف)** هذا يكشف عن كون **(المراد بالإذن)** في صحيحة زرارة المتقدّمة **(هو الأعم)** من السابق واللاحق ، يعني الرضا ، فمن تلك الروايات موثقة زرارة - بابن بكير في طريق الصدوق في الفقيه ، وصحيحته بطريق الكليني في الكافي - عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : « سألت عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده ، فقال : ذلك إلى سيّده إن شاء أجازاه ، وإن شاء فرّق بينهما ، قلت : أصلحك الله إن الحكيم بن عُبينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إن أصل النكاح

إلا أنه خرج الطلاق بالدليل ، ولا يلزم تأخير البيان ؛ لأنّ الكلام المذكور مسوقٌ لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق بحيث لا يحتاج إلى رضا المولى أصلاً ، بل ومع كراهة المولى كما يُرشد إليه التعبير عن السؤال بقوله : « بيد مَنْ الطلاق ؟ » .

فاسد ، ولا تحلّ إجازة السيّد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إنّه لم يعص الله ، وإنّما عصى سيّده ، فإذا أجازة فهو له جائز» ^(١) ، وبمضمونها روايات أخر تدلّ على كون الإجازة كالإذن سبباً لتأثير العقد ونفوذه ^(٢) .

هذا كلّ في باب النكاح ، (إلا أنه خرج الطلاق بالدليل) الخاصّ ، وهو الروايات ، فلا يفيد الإجازة اللاحقة بعده ، فليس حكمه كالنكاح ، ولولا الدليل على التخصيص لحكمنا بكفاية رضا المولى بعد الطلاق أيضاً ^(٣) .

فإن قلت : إذا كان « الإذن » في الصحيحة السابقة بقوله : « المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيّده » أعمّ من الإذن السابق والإجازة اللاحقة - والطلاق لا يفيد رضا اللاحق - فحينئذٍ يلزم تأخير البيان بالنسبة إلى الطلاق .

قلنا : (ولا يلزم تأخير البيان) عن وقت الحاجة ؛ (لأنّ الكلام المذكور) في الصحيحة (مسوقٌ لبيان نفي استقلال العبد في) إيقاع (الطلاق بحيث لا يحتاج إلى رضا المولى أصلاً ، بل ومع كراهة المولى كما يُرشد إليه) أي كون الكلام مسوق لهذا البيان (التعبير عن السؤال) في الصحيحة (بقوله : « بيد مَنْ الطلاق ؟ ») ، وأمّا هل تكفي الإجازة اللاحقة في الطلاق أم لا ؟ فالصحيحة ليست

(١) و (٢) الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٣ نكاح العبيد والإماء ، الباب ٢٤ .

(٣) راجع الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٦ الباب ٦٦ نكاح العبيد وج ١٥ ص ٣٤٠ الباب ٤٣ مقدّمات الطلاق .

ويؤيد المختار - بل يدل عليه -: ما ورد في صحة نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذ أجازته معللاً بـ : «أنه لم يعص الله تعالى وإنما عصى سيده ، فإذا أجاز جاز» .

بتقريب : أن الرواية تشمل ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه ، وحمله على ما إذا عقد الغير له منافع لترك الإستفصال ،

في صدد بيان ذلك ، فلا يلزم تأخير البيان .

(ويؤيد المختار) - أيضاً - من كون الإجازة اللاحقة تصحح نكاح العبد كالإذن السابق ، (- بل يدل عليه -: ما ورد في صحة نكاح العبد) والأمة (الواقع بغير إذن المولى إذ أجازته) بعد العقد (معللاً بـ : «أنه لم يعص الله تعالى وإنما عصى سيده ، فإذا أجاز السيّد جاز ») العقد ونقذ ، ويترتب عليه الأثر ، وهي موثقة سماعة المتقدمة آنفاً ، وقد عبّر فيها : « فإذا أجاز فهو له جائز » كما تقدّم ، وغيرها من الروايات ، (بتقريب : أن الرواية تشمل) بمقتضى العموم (ما لو كان العبد هو العاقد) لإنشاء النكاح (على نفسه) لا عقد الغير له .

(وحمله على ما إذا عقد الغير له) حتّى يخرج عن عنوان عقد العبد لنفسه موضوعاً ويندرج في عقد الفضولي الذي لا ارتباط لصحته بالإجازة ، لصحة عقد العبد لنفسه بإجازة المولى ، (منافع لترك الإستفصال) مع كون المتكلم في مقام البيان ، وتوضيحه : أن الإمام عليه السلام لم يسأل أن العاقد هل هو العبد أم شخص آخر ، بل حكّم بصحة العقد مع إجازة المولى - على الإطلاق - سواء كان العاقد للعقد نفسه ، أو غيره له ، والتعبير من الشيخ عليه السلام بالتأييد أولاً ، ثم بالدلالة ، لعلّه لأجل ورود الرواية في النكاح ، وقياس البيع عليه إنّما هو بالأولوية والفحوى ، لكنّ عموم العلة - لصحة العقد - الموجودة في كليهما - وهي عذم عصيان الله ، بل عصيان المولى - يوجب الدلالة للرواية على المدعى لا التأييد . هذا أولاً .

مع أنّ تعليل الصّحة بأنّه : لم يعص الله تعالى ... الخ ، في قوّة أن يقال : «إنّه إذا عصى الله بعقدٍ كالعقد على ما حرّم الله تعالى - على ما مثل به الإمام عليه السلام في روايات أخر واردة في هذه المسألة - كان العقد باطلاً» ؛ لعدم تصوّر رضا الله تعالى بما سبق من معصيته ، أمّا إذ لم يعص الله وعصى سيّده أمكن رضا سيّده فيما بعد بما لم يرض به سابقاً ، فإذا رضي به وأجاز صحّ .

فيكون الحاصل : أنّ معيار الصّحة في معاملة العبد - بعد كون المعاملة في نفسها ممّا لم يَنْه عنه الشارع - هو رضا سيّده بوقوعه ، سابقاً أو لاحقاً ، وأنّه إذا عصى سيّده بمعاملةٍ ، ثمّ رضي السيّد بها

وثانياً : (مع أنّ تعليل الصّحة بأنّه : لم يعص الله تعالى ... الخ ، في قوّة أن يقال :) إنّ المهمّ الموجب للبطلان هو معصية الله ، و («إنّه إذا عصى الله بعقدٍ كالعقد على ما حرّم الله تعالى) كعقد الأخت ، أو في العدة - على ما مثل به الإمام عليه السلام في روايات أخر واردة في هذه المسألة^(١) - كان العقد باطلاً ») جواب «إذا» في قوله : «إذا عصى الله» ؛ (لعدم تصوّر رضا الله تعالى بما سبق من معصيته) حتّى يعقل إجازته ، (أمّا إذ لم يعص الله وعصى سيّده) فقط ، فالأمر سهل ، لأنّه (أمكن) تحصيل (رضا سيّده فيما بعد) وقوع العقد (بما لم يرض به سابقاً ، فإذا رضي به وأجاز صحّ) العقد .

(فيكون الحاصل) في عقد المملوك الواقع بلا إذن مالكة هو : (أنّ معيار الصّحة في معاملة العبد - بعد كون المعاملة في نفسها) جائزاً شرعاً ، و (ممّا لم يَنْه عنه الشارع - هو) اعتبار أصل (رضا سيّده بوقوعه) ، سواء كان الرضا (سابقاً) شرعاً (أو لاحقاً ، وأنّه إذا عصى سيّده بمعاملةٍ ، ثمّ رضي السيّد بها)

(١) الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٣ نكاح العبيد والإماء ج ٢ .

صحّ، وأنّ ما قاله المخالف: من أنّ معصية السيّد لا يزول حكمها برضاه بعده، وأنّه لا ينفع الرضا اللاحق - كما نقله السائل عن طائفة من العامة - غير صحيح، فافهم واغتنم.

ومن ذلك يُعرف: أنّ استشهاد بعض هذه الروايات على صحّة عقد العبد وإن لم يسبقه إذن ولم يلحقه إجازة، بل ومع سبق النهي أيضاً - لأنّ غاية الأمر هو عصيان العبد وإثمه في إيقاع العقد والتصرّف في لسانه الذي هو ملك للمولى، لكنّ النهي مطلقاً لا يوجب الفساد، خصوصاً النهي الناشئ عن معصية السيّد كما بومئ إليه هذه الأخبار الدالة على أنّ معصية

بعد وقوعها، (صحّ) تلك المعاملة، (وأنّ ما قاله المخالف) - وهو الحكم بن عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما المشار إليهم في موثقة زرارة المتقدمة ص ٣٢٨ - (من أنّ معصية السيّد لا يزول حكمها برضاه بعده) أي بعد العقد، (وأنّه لا ينفع الرضا اللاحق - كما نقله السائل) في الموثقة، وهو زرارة (عن طائفة من العامة) - بقوله: «قلت: أصلحك الله، إنّ الحكم بن عيينة... يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد... الخ»، (غير صحيح) خبر لقوله: «وأنّ ما قاله العامة»، (فافهم) بالدقّة الفرق بين معصية الله ومعصية السيّد، (واغتنم).

(ومن ذلك) - وهو كون الملاك في صحّة عقد العبد هو حصول رضا السيّد سبق أو لحق - (يُعرف: أنّ استشهاد بعض) وهو صاحب الجواهر: ج ٢٢ ص ٢٧١ وج ٢٥ ص ٧٠) بهذه الروايات على صحّة عقد العبد وإن لم يسبقه إذن و) حتّى (لم يلحقه إجازة، بل) حتّى (ومع سبق النهي أيضاً) من المولى، بدعوى ما حاصله: - لأنّ غاية الأمر هو عصيان العبد وإثمه في إيقاع العقد و) إنشاء صيغة البيع - (التصرّف في لسانه الذي هو ملك للمولى، لكنّ النهي مطلقاً) أي في جميع الموارد (لا يوجب الفساد، خصوصاً النهي الناشئ عن) عنوان (معصية

السيد لا يقدح بصحة العقد - في غير محله ، بل الروايات ناطقة - كما عرفت - بأن الصحة من جهة ارتفاع كراهة المولى وتبذله بالرضا بما فعله العبد ، وليس ككراهة الله عز وجل بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السابق ، فكأنه قال : « لم يعص الله حتى يستحيل تعقبه للإجازة والرضا وإنما عصى سيده ، فإذا أجاز جاز » ، فقد علّق الجواز صريحاً على الإجازة .
ودعوى : أن تعليق الصحة على الإجازة من جهة مضمون العقد وهو التزويج المحتاج إلى إجازة السيد إجماعاً ،

السيد) ، فإنه لم يتعلّق بالمعاملة من حيث هي حتى يدلّ على فسادها ، بل تعلّق بمعصية السيد وبالتبّع تعلّق بالعقد ، والنهي عن مخالفة المولى لا يوجب الفساد ، (كما يومئ إليه هذه الأخبار الدالة على أن معصية السيد لا يقدح بصحة العقد -) ، فهو نظير النهي عن المعاملة وقت النداء .

وبالجملة : فما أفاده صاحب الجواهر من قوّة القول بالصحة حتى مع نهي المولى (في غير محله ، بل الروايات ناطقة - كما عرفت - بأن الصحة) بعد إجازة المولى للعقد (من جهة ارتفاع كراهة المولى وتبذله بالرضا بما فعله العبد ، وليس ككراهة الله عز وجل بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السابق) كالعقد على المحارم ، (فكأنه قال) الإمام عليه السلام : « لم يعص الله حتى يستحيل تعقبه » أي العقد (للإجازة والرضا وإنما عصى سيده ، فإذا أجاز جاز ») العقد ونقذ ، (فقد علّق) عليه السلام (الجواز صريحاً على الإجازة) ، فبدونها يبطل العقد ، وخصوصاً مع نهيه عنه .

(ودعوى : أن تعليق الصحة على الإجازة) في قوله عليه السلام : « فإذا أجاز جاز » إنما هو (من جهة مضمون العقد) ونتيجته الذي هو بمعنى اسم المصدر ، (وهو التزويج) في النكاح أو الملكية في البيع ، فهو (المحتاج إلى إجازة السيد إجماعاً ،

لا نفس إنشاء العقد حتّى لو فرضناه للغير يكون محتاجاً إلى إجازة مولى العاقد .

مدفوعة : بأنّ المنساق من الرواية إعطاء قاعدة كلّية : بأنّ رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفي في كلّ ما يتوقّف على مراجعة السيّد وكان فعله من دون مراجعته أو مع النهي عنه معصيةً له ، والمفروض أنّ نفس العقد من هذا القبيل .

ثمّ إنّ ما ذكره من عصيان العبد بتصرّفه في لسانه وأنّه لا يقتضي الفساد ، يُشعر بزعم أنّ المستند في بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفّظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى .

(لا) من جهة (نفس إنشاء العقد) وألفاظه (حتّى لو فرضناه) أي الإنشاء (للغير يكون محتاجاً إلى إجازة مولى العاقد) ، وإن كان مضمونه غير مرتبط بالمولى وكان لشخصٍ ثالثٍ .

(مدفوعة) - خبر لقوله : « ودعوى » - : (بأنّ المنساق من الرواية إعطاء قاعدة كلّية : بأنّ رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفي في كلّ ما يتوقّف) اعتباره شرعاً (على مراجعة السيّد وكان فعله من دون مراجعته أو مع النهي عنه معصيةً) ومخالفة (له ، والمفروض أنّ نفس) تصدّي إنشاء (العقد من هذا القبيل) ، يعني أنّه بدون إذن المولى معصية حتّى مع الغضّ عن عدم ارتباط مضمونه بالمولى وكان مربوطاً بشخصٍ ثالثٍ .

(ثمّ إنّ ما ذكره) البعض - وهو صاحب الجواهر في ج ٢٢ ص ٢٧١ ، كما تقدّم آنفاً ص ٣٣٢ - : (من عصيان العبد بتصرّفه في لسانه وأنّه) أي عصيان العبد لمولاه (لا يقتضي الفساد) ... الخ ، (يُشعر بزعم أنّ المستند في بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة) مجرد (تلفّظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى) لا من

وفيه: أولاً: منعُ حرمة هذه التصرفات الجزئية: للسيرة المستمرة على مكاملة العبيد، ونحو ذلك من المشاغل الجزئية.

وثانياً: بداهة أن الحرمة في مثل هذه لا توجب الفساد، فلا يُظنّ استناد العلماء في الفساد إلى الحرمة.

وثالثاً: إن الإستهزاء بالرواية لعدم كون معصية السيّد بالتكلم بألفاظ العقد - والتصرف في لسانه - قادحاً في صحة العقد، غير صحيح؛ لأن مقتضاه أن التكلم إن كان معصية

جهة إيجاد مضمون العقد من الزوجية والملكية لغير المولى بدون إذنه.

(وفيه: أولاً: منعُ حرمة هذه التصرفات الجزئية)، وهو تحريك اللسان في الفم، وعدم وجوب الإستحابة من المولى لها؛ وذلك (للسيرة المستمرة) بين المسلمين (على مكاملة العبيد، ونحو ذلك من المشاغل الجزئية)، كتحرريك يده ورجله، من دون ردع الشارع عنها.

(وثانياً: بداهة أن الحرمة) التكميلية - على فرضها - (في مثل هذه) الأمور ممّا كان متعلّق النهي عنواناً مغايراً لعنوان المعاملة، ومتّحداً معه في الوجود - كالنهي عن البيع وقت النداء يوم الجمعة - (لا توجب الفساد) الذي هو حكمٌ وضعي، (فلا يُظنّ استناد العلماء في الفساد إلى الحرمة).

نعم، إذا تعلّق النهي التكميلي بنفس المعاملة، كالنهي عن بيع الخمر والخنزير وآلات القمار، فالنهي هنا يوجب الفساد.

(وثالثاً: إن الإستهزاء بالرواية) أي صحيحة زرارة المتقدمة ص ٣٢٤ (لعدم كون معصية السيّد بالتكلم بألفاظ العقد - والتصرف في لسانه - قادحاً في صحة العقد) - خبر «كون» -، (غير صحيح) خبر لقوله: «إن الإستهزاء»؛ وذلك (لأن مقتضاه) أي مقتضى هذا الإستهزاء: (أن التكلم إن كان معصية

لله تعالى يكون مفسداً، مع أنه لا يقول به أحد؛ فإنَّ حرمة العقد من حيث أنه تحريك اللسان - كما في الصلاة والقراءة المضيقّة ونحوها - لا يوجب فساد العقد إجماعاً.

فالتحقيق: أنَّ المستند في الفساد هو الآية المتقدمة، والروايات الواردة في عدم جواز أمر العبد ومضيه مستقلاً، وأنه ليس له من الأمر شيء.

فرع

لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من موله فباعه موله صحّ ولزم؛ بناءً على كفاية رضا المولى - الحاصل من تعريضه للبيع - من إذنه الصريح،

لله تعالى يكون مفسداً، مع أنه لا يقول به أحد؛ من العلماء، (فإنَّ حرمة) إنشاء (العقد من حيث أنه تحريك اللسان - كما في) ما إذا كان وقت (الصلاة والقراءة المضيقّة ونحوها - لا يوجب فساد العقد إجماعاً).

(فالتحقيق: أنَّ المستند في الفساد) أي فساد العقد الصادر عن المملوك بدون إذن مالكة وإن كان لغیره (هو الآية المتقدمة)، وهو قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾، (والروايات) كصحيفة زرارة المتقدمة ص ٣٢٤، وموثقته المتقدمة ص ٣٢٨، وغيرهما (الواردة في عدم جواز أمر العبد) وأفعاله وأقواله (ومضيه مستقلاً، وأنه ليس له من الأمر شيء) ^(١)

(فرع: لو أمر العبد أمر أن يشتري) له (نفسه من موله فباعه موله، صحّ) هذا البيع (ولزم؛ بناءً على كفاية رضا المولى) الضمني (الحاصل من تعريضه) أي تعريض المولى العبد (للبيع - من إذنه) - متعلّق بـ «كفاية» - (الصريح)، فيكفي الإذن الضمني عن الإذن الصريح بالبيع،

(١) راجع الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٢ نكاح العبيد وص ٥٧٥ ح ٨.

بل يمكن جَعْل نفس الإيجاب موجباً للإذن الضمني .

ولا يقدح عدم قابليّة المشتري للقبول في زمان الإيجاب ؛ لأنّ هذا الشرط ليس على حدّ غيره من الشروط المعتبرة في كلّ من المتعاقدين من أوّل الإيجاب إلى آخر القبول ، بل هو نظير إذن مالك الثمن في الإشتراء ؛ حيث يكفي تحقّقه بعد الإيجاب وقبل القبول الذي بنى المشتري على إنشائه فضولاً .

وعن القاضي : البطلان في المسألة ؛ مستندلاً عليه باتّحاد عبارته

(بل يمكن جَعْل نفس الإيجاب) من البائع (موجباً للإذن الضمني) .

فإن قلت : إنّ العبد في زمان الإيجاب وكيلٌ عن المشتري ، والحال أنّ المولى لم يأذن هذه الوكالة .

قلنا : (ولا يقدح) في صحّة البيع (عدم قابليّة المشتري للقبول في زمان الإيجاب) ، حيث إنّه وكيل عن المشتري بدون إذن المولى ؛ وذلك (لأنّ هذا الشرط) ، وهو اشتراط الإذن في الوكالة (ليس على حدّ غيره من الشروط المعتبرة في كلّ من المتعاقدين من أوّل الإيجاب إلى آخر القبول) ، فهو كالبلوغ والعقل ، فيمكن أن لا يكون المشتري بالغاً حين الإيجاب إذا بلغ زمان القبول ، وإن كان الفرض نادراً .

(بل هو نظير إذن مالك الثمن في الإشتراء) بعد إيجاب البائع وقبل قبول المشتري ، (حيث يكفي تحقّقه) « إذن » (بعد الإيجاب وقبل القبول الذي بنى المشتري على إنشائه فضولاً) ، فيخرج بهذا الإذن في أثناء العقد عن كونه فضولياً ، وصحّ البيع وإن لم يكن المشتري حين الإيجاب عالماً به ، وكذا يصحّ البيع إذا صار المشتري مالكاً للثمن بعد الإيجاب وقبل القبول .

(وعن القاضي) ابن البرّاج : القول بـ (البطلان في المسألة) كما في مفتاح

الكرامة ج ٤ ص ١٨٣ ، والجواهر ج ٢٢ ص ٢٧١ (مستندلاً عليه باتّحاد عبارته)

مع عبارة السيد فيتحد الموجب والقابل .

وفيه - مع اقتضائه المنع لو أُذِن له السيد سابقاً - منع الإتحاد أولاً ، ومنع قُدْحه ثانياً .

هذا إذا أُمِرَه بالإشتراء من مولاه ، فإن أمره بالإشتراء من وكيل المولى ، فعن جماعة - منهم المحقق والشهيد الثانيان - : أنه لا يصح ؛ لعدم الإذن من المولى .

وربما قيل بالجواز حينئذ أيضاً ؛ بناءً على ما سَبَقَ منه من أن المنع

«العبد» (مع عبارة السيد) لأنه عبده ، (فيتحد الموجب والقابل) .

(وفيه) أي فيما أفاده القاضي من الاستدلال واتحاد الموجب والقابل الإشكال النقضي ، وهو ما أشار الشيخ إليه بقوله : (- مع اقتضائه) أي إقتضاء ما ذكره القاضي (المنع) من البيع (لو أُذِن له السيد سابقاً -) في الوكالة عن الغير في شراء نفسه عن مولاه ، وباعه السيد من الغير ، فإنه يتحد حينئذٍ الموجب والقابل ، وأضف إلى ذلك (منع الإتحاد أولاً) ، فإنَّ البائع ليس هو المشتري لا عقلاً ولا شرعاً ولا عرفاً ، (ومنع قُدْحه) أي قدح الإتحاد (ثانياً) ، فإنه مجرد اعتبار محض .

(هذا إذا أُمِرَه بالإشتراء من مولاه ، ف) أمّا (إن) فُرض أنه (أمره بالإشتراء من وكيل المولى ، فعن جماعة) من العلماء ، كما في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٧٢ (- منهم المحقق والشهيد الثانيان -) الأول في جامع المقاصد ج ٤ ص ٦٨ ، والثاني في المسالك ج ٣ ص ١٥٧ ، وغيرهما : (أنه لا يصح ؛ لعدم الإذن من المولى) لا سابقاً ، كما هو المفروض ، ولا في ضمن البيع لعدم كون البائع هو المولى حتّى يقال بحصول الإذن الضمني بنفس البيع من العبد .

(وربما قيل) - والقائل صاحب الجواهر - (بالجواز حينئذٍ أيضاً ؛ بناءً على

ما سَبَقَ منه من أن المنع) عن معاملة العبد بدون إذن مولاه

لأجل النهي وهو لا يستلزم الفساد .

وفيه : ما عرفت من أنّ وجه المنع أدلة عدم استقلال العبد في شيء لا منعه عن التصرف في لسانه ، فراجع ما تقدّم ، والله أعلم .

(لأجل النهي) عن إجراء ألفاظ العقد ، (وهو لا يستلزم الفساد) ؛ لأنّ النهي في المعاملات لا يدلّ على البطلان ، كما عرفت مفصلاً فيما تقدّم ص ٣٣٥ .

(وفيه : ما عرفت) ص ٣٣٦ بقوله : « فالتحقيق أنّ المستند في الفساد ... الخ (من أنّ وجه المنع) عن معاملة العبيد هو (أدلة عدم استقلال العبد في شيء) من أموره من دون الإذن عن مولاه ؛ « لأنّه مملوك لا يقدر على شيء » ، وليس في المقام إذنّ منه على الإشتراء ، صريحاً ولا ضمناً ، و (لا منعه عن التصرف في لسانه ، فراجع ما تقدّم) ص ٣٣٥ بقوله : « وفيه : أولاً منع حرمة هذه التصرفات الجزئية ... الخ ، (والله أعلم) بحقائق الأمور .

مسألة

ومن شروط المتعاقدين ، أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع . فعقد الفضولي لا يصح ، أي لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره ^{من اللزوم} . وهذا مراد من جعل الملك وما في حكمه شرطاً ، ثم فرّع عليه ، أن بيع الفضولي موقوف على الإجازة كما في القواعد ، فاعتراض جامع المقاصد عليه بأن التفريع في غير محله ، لعله في غير محله .

(مسألة : ومن شروط المتعاقدين ، أن يكونا مالكين) للعوضين - الثمن والمثمن - (أو مأذونين من المالك) كالوكيل عنهما (أو) من (الشارع) كالولي على المالك من الأب والجدّ له ، والحاكم الشرعي في بعض الموارد .

(فعقد الفضولي) - وفُسّر بمن يشتغل بعمل لا يرتبط به ولا يُعنيه - (لا يصح ، أي لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره) ، وهو الأثر الشرعي كالملكية والزوجيّة ، (من اللزوم) - بيان لـ «ما يترتب» - ، (وهذا) أي عدم اللزوم (مراد من جعل الملك وما في حكمه شرطاً) في صحّة البيع (ثم فرّع عليه ، أن بيع الفضولي موقوف على الإجازة كما) فَعَلَ العَلَامَةُ (في القواعد) ج ١ ص ١٢٤ ، حيث قال : «ويشترط كون البائع مالكاً أو وليّاً عنه كالأب والجدّ له ، والحاكم وأمينه ، أو وكيلاً ، فبيع الفضولي موقوف على الإجازة على رأي ، وكذا الغصب... الخ» ، (فاعترض) المحقّق الثاني الكركي في (جامع المقاصد عليه) ج ٤ ص ٦٨ ، وكذا السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٨٤ (بأنّ التفريع في غير محله) ؛ إذ المتبادر من اشتراط كون البائع مالكاً أو ما في حكمه هو بطلان عقد الفضولي رأساً ، (لعله) أي الاعتراض (في غير محله) ؛ وذلك لأنّ مراد العَلَامَةُ من الشرط المذكور ، شرطيّته في الصحّة الفعلية ، وهذا لا ينافي قابليّته للصحّة شأنًا بالإجازة اللاحقة .

وكيف كان ، فالمهمّ التعرّض لمسألة عقد الفضولي التي هي من أهمّ المسائل ، فنقول :

اختلف الأصحاب وغيرهم في بيع الفضولي ، بل مطلق عقده - بعد اتّفاقهم على بطلان إيقاعه كما في غاية المراد - على أقوال .

من المحقق الكرّكي (جامع المقاصد)

(وكيف كان) سواء كان الإعتراض في محلّه أم لا ، (فالمهمّ التعرّض لمسألة عقد الفضولي التي هي من أهمّ المسائل) الفقهية التي وقعت مورد البحث عند الفقهاء من الخاصّة والعامة .

(فنقول : اختلف الأصحاب وغيرهم) من العامة (في بيع الفضولي ، بل مطلق عقده) كالنكاح والإجارة والرهن ، وغير ذلك (- بعد اتّفاقهم على بطلان إيقاعه) كالطلاق (كما في غاية المراد -) ص ١٧٧ للشهيد الأوّل (على أقوال) خمسة :

١ - البطلان في جميع العقود ، سواء أجاز المالك أم لا .

٢ - وقوفه على الإجازة مطلقاً .

٣ - وقوف البيع على الإجازة وبطلان الشراء الفضولي .

٤ - بطلان البيع وصحّة النكاح مطلقاً .

٥ - بطلان عقد الفضولي مطلقاً حتّى النكاح باستثناء النكاح في غير البكر الرشيدة

مع حضور الوليّ ، وعقد الأبوين على الصغير والصغيرة ، وكذا الجدّ مع عدم الأب ، وكذا عقد الأخ والعمة والأمّ على الصبيّة ، وكذا عقد المولى لعبده أو الأجنبيّ له مع إجازة المولى^(١) .

(١) راجع للقائلين بهذه الأقوال ، هدى الطالب لسيدنا الأستاذ المروّج ﷺ ج ٤ ص ٢٤٧ ، وكذا غاية المراد ص ١٧٧ طبع الحجري .

والمراد بالفضولي - كما ذكره الشهيد رحمته -: هو الكامل الغير المالك للتصرف ولو كان غاصباً ، وفي كلام بعض العامة : أنه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه وقد يوصف به نفس العقد ، ولعله تسامح .

وكيف كان ، فيشمل العقد الصادر من الباكرة الرشيدة بدون إذن الولي ، ومن المالك إذا لم يملك التصرف ؛ لتعلق حق الغير بالمال ، كما يومئ إليه استدلالهم لفساد الفضولي بما دلّ على المنع من نكاح الباكرة بغير إذن وليها ،

(والمراد بالفضولي - كما ذكره الشهيد رحمته -) في غاية المراد ص ١٧٧ : (هو الكامل) من حيث البلوغ والعقل والحرية والإختيار (الغير المالك للتصرف) في المال (ولو كان غاصباً) فلا يختص بغير المالك للعين ، بل يعم كل من ليس له حق التصرف وإن كان مالكا كالفقيه والطفل والراهن بالنسبة إلى العين المرهونة ، (وفي كلام بعض العامة : أنه) أي الفضولي هو (العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه) من المالك أو الشارع أو المولى بالنسبة إلى التصرف في أموال مملوكة .

(وقد يوصف به) أي بالفضولي (نفس العقد) فيقال العقد الفضولي بدلاً عن قولهم العاقد الفضولي (ولعله) في هذا التوصيف (تسامح) . لأن العقد ليس مذكراً لأحد (وكيف كان) سواء كان معنى الفضولي هو ما ذكره الشهيد أو بعض العامة ، (فيشمل العقد الصادر من الباكرة الرشيدة بدون إذن الولي) ؛ لأنها تحتاج إلى إذن الولي من الأب أو الجد له ، (و) كذا يشمل العقد الصادر (من المالك إذا لم يملك التصرف) في ماله شرعاً (لتعلق حق الغير بالمال) كتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة ، وتعلق حق الغرماء بمال المفلس ، (كما يومئ إليه) أي إلى هذا الشمول (استدلالهم لفساد) العقد (الفضولي) مطلقاً (بما دلّ على المنع من نكاح الباكرة بغير إذن وليها) (كخبر أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : « الجارية البكر التي لها أب لا تتزوج إلا بإذن أبيها » ، وقال : « إذا كانت مالكة لأمرها - بموت الأب -

وحينئذٍ فيشمل بيع الراهن والسفيه ونحوهما ، وبيع العبد بدون إذن السيد . وكيف كان ، فالظاهر شموله لما إذا تحقق رضا المالك للتصرف باطناً ، وطيب نفسه بالعقد من دون حصول إذنٍ منه صريحاً أو فحوى ؛ لأنَّ العاقد لا يصير مالكاً للتصرف ومسئلاً عليه بمجرد علمه برضا المالك .
ويؤيده إشتراطهم في لزوم العقد ، كون العاقد مالكاً أو مأذوناً

تزوجت متى شاءت»^(١) ، وبمضمونها روايات أخر^(٢) .

(وحينئذٍ) أي حين شمول عقد الفضولي لعقد البكرة الرشيدة ، وعقد المالك للمال الذي ليس له حق التصرف فيه ، (فيشمل) أي العقد الفضولي أيضاً (بيع الراهن والسفيه ونحوهما) كالطفل والمجنون والمفلّس والمحتكر (وبيع العبد بدون إذن السيد) .

(وكيف كان) سواء قلنا بشمول العقد الفضولي لمثل بيع الراهن بلا إذن المرتهن أم لا ، (فالظاهر شموله لما إذا تحقق رضا المالك للتصرف باطناً ، و) تحقق (طيب نفسه بالعقد) في مقام الثبوت كما إذا عليم الفضولي جزماً برضا المالك بيع داره بسعر معين عالٍ فباعها به (من دون حصول إذنٍ منه صريحاً أو فحوى) بشاهد الحال ، في مقام الإثبات والظاهر ، والوجه في عدم خروج هذا المورد عن الفضولية ؛ (لأنَّ العاقد لا يصير مالكاً للتصرف ومسئلاً عليه) أي على التصرف شرعاً (بمجرد علمه برضا المالك) .

(ويؤيده) أي يؤيد شمول العقد الفضولي ، العقد الذي عليم العاقد برضا المالك باطناً (إشتراطهم في لزوم العقد) ووجوب الوفاء به (كون العاقد مالكاً أو مأذوناً)

(١) و (٢) الوسائل ج ١٤ ص ٢٠٥ عقد النكاح أولياء العقد، وروايات ص ٢١٤ و ٢١٥، وبعض

روايات المتعة ص ٤٥٨ و ٥ و ١٢ .

أو ولياً، وفرّعوا عليه ببيع الفضولي .

ويؤيده - أيضاً - إ استدلالهم على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي ، مع أن الظاهر علمه برضا النبي ﷺ بما يفعله .

وإن كان الذي يقوى في النفس - لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب - عدم توقّفه على الإجازة اللاحقة ، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد ، سواء علّم به العاقد ، أو إنكشف بعد العقد حصوله حينه ،

منه شرعاً (أو ولياً) عليه (وفرّعوا عليه) أي على الإشتراط بأحد هذه الثلاثة (بيع الفضولي) ، فإنّ هذا التفرّيع يدلّ على شمول الفضولي لصورة علم العاقد برضا المالك باطناً على العقد ، فإنّه مع علمه هذا لا يكون مالكاً ولا مؤذوناً ولا ولياً .

(ويؤيده) أي ويؤيد شمول العقد الفضولي لصورة علم العاقد برضا المالك باطناً (- أيضاً - إ استدلالهم على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي) الآتية ص ٣٥٣ الدالّة على اشتراطه شاتين بدلاً عن شاة واحدة التي أمر به ﷺ ، ثمّ باع إحدهما في الطريق ، (مع أن الظاهر علمه برضا النبي ﷺ بما يفعله) (١) .

هذا ولكن بعد اللتيا والتي ، اختار الشيخ رحمه الله خروج هذا المورد عن العقد الفضولي ، وصحّة البيع من دون توقّفه على الإجازة ، فقال : (وإن كان الذي يقوى في النفس - لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب -) بحكمهم بلزوم إلحاق الإجازة في هذا المورد أيضاً ، هو (عدم توقّفه) أي العقد الذي أحرز رضا المالك باطناً (على الإجازة اللاحقة ، بل يكفي فيه) أي في العقد (رضا المالك المقرون بالعقد ، سواء علّم به العاقد) ، فيجب على المالك ترتيب آثار الصحّة على العقد الصادر فضولياً ، (أو إنكشف بعد العقد حصوله) أي حصول الرضا مقارناً للعقد ، (و حينه ،

(١) مستدرک الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٥ عقد البيع ، عوالي اللئالي ج ٣ ص ٢٠٥ ح ٣٦ .

أو لم ينكشف أصلاً؛ فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى إمضاء ما رضى به .

وترتيب « يُرتَّب خد » الآثار عليه ؛ لعموم وجوب الوفاء بالعقود ، وقوله تعالى : «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» ، و « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه » ، وما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقراراً منه ،

أو لم ينكشف أصلاً) في صورة الظاهر ، (فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى إمضاء ما رضى به) .

(وترتيب) كذا في المصححة ، وفي سائر النسخ : (« يُرتَّب خد » الآثار عليه) : وذلك لوجوه منها (لعموم وجوب الوفاء بالعقود) لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(١) ، (و) منها عموم (قوله تعالى :) ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) ﴾ ^(٢) ، (و) منها قوله ﷺ : (« لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه ») ^(٣) ، (و) منها (ما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقراراً منه) ، فإنّ ظاهره كفاية الرضا الباطني في عدم احتياجه إلى الإجازة ، فروى معاوية بن وهب ، قال : « جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام ، فقال : إني كنت مملوكاً لقوم ، وإني تزوجت امرأة حرةً بغير إذن موالي ، ثمّ أعتقوني بعد ذلك ، فأجدّد نكاحي إياها حين أعتقت ؟

فقال عليه السلام له : أكانوا علموا أنّك تزوجت امرأةً وأنت مملوكٌ لهم ؟

فقال : نعم ، وسكتوا عني ولم يُغيروا عليّ .

(١) المائدة : ١ .

(٢) النساء : ٢٩ .

(٣) الوسائل ج ٣ ص ٤٢٤ مكان المصلي ، تحف العقول مترجم ص ٣٣ .

ورواية عروة البارقي الآتية : حيث أقبض المبيع وقبض الدينار ؛ لعلمه برضا النبي ﷺ ، ولو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يَجْزُ التصرف في المعوِّض والعوض بالقبض والإقباض ، وتقرير النبي ﷺ له على ما فَعَلَ ، دليلٌ على جوازه .

هذا مع أنَّ كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الغرض عن الفضولي وعدم وقوفه على الإجازة ، مثل قولهم في الاستدلال على الصِّحة : إنَّ الشرائط كُلَّها حاصلة إلا رضا المالك ،

قال : فقال : سكوتهم عنك بعد علمهم إقراراً منهم ، أثبت على نكاحك الأول» (١) ، وبمضمونها روايات أخر (٢) .

(و) منها (رواية عروة البارقي الآتية) ص ٣٥٣ (حيث أقبض المبيع) وهو إحدى الشاتين اللتين إشتراهما (وقبض الدينار) وهو الثمن (لعلمه برضا النبي ﷺ ، ولو كان فضولياً) متعارفاً لكان (موقوفاً على الإجازة) و (لم يَجْزُ التصرف في) الشاة (المعوِّض و) ولا في الدينار (العوض بالقبض والإقباض) ، وكان ذلك حراماً عليه قبل الإجازة لكون ذلك تصرفاً في مال الغير ، (و) الحال أنَّ (تقرير النبي ﷺ له على ما فَعَلَ ، دليلٌ على جوازه) .

(هذا) كُلُّهُ مع فرض المقام - أعني مورد العلم برضا المالك - داخلًا في العقد الفضولي موضوعاً ، (مع أنَّ كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الغرض عن الفضولي) موضوعاً ، (وعدم وقوفه على الإجازة) رأساً من هذه الجهة (مثل قولهم في الاستدلال على الصِّحة) أي صِحَّة عقد الفضولي في مقابل بطلانه مطلقاً : (إنَّ الشرائط) للعقد (كُلَّها حاصلة إلا رضا المالك) بالمعاملة باطناً ،

وقولهم : إنَّ الإجازة لا يكفي فيها السكوت ؛ لأنَّه أعمُّ من الرضا ، ونحو ذلك .
 ثمَّ لو سُلِّم كونه فضولياً ، لكن ليس كلُّ فضوليٍّ يتوقَّف لزومه على الإجازة ؛ لأنَّه لا دليل على توقُّفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة ، كما هو أحد الإحتمالات في مَنْ باعَ مِلْكَ غيره ثمَّ مَلِكُه ، مع أنَّه يمكن الإكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آنأً ما ؛ إذ وقوعه برضاه لا ينفكُّ عن ذلك مع الإلتفات .

فيظهر من هذا الكلام أنَّ الرضا إذا كان مقروناً بالعقد واقعاً - ولو كان غير ظاهر - فهو خارجٌ عن عقد الفضولي .

(و) كذا (قولهم : إنَّ الإجازة لا يكفي فيها السكوت ؛ لأنَّه أعمُّ من الرضا) ، فيظهر من هذه العبارة أنَّ الشرط في صحَّة العقد هو الرضا ، فإذا كان الرضا موجوداً فالعقد صحيحٌ ومؤثِّر ، وليس من العقد الفضولي كي يحتاج إلى الإجازة ، (ونحو ذلك) من الكلمات .

(ثمَّ لو) أغمضنا عمَّا ذكرنا - من خروج العقد المقرون بالرضا الباطني عن كونه فضولياً ، و (سُلِّم كونه فضولياً) موضوعاً (لكن ليس كلُّ فضوليٍّ) يجب أن (يتوقَّف لزومه على الإجازة) من حيث الحكم ؛ (لأنَّه لا دليل على توقُّفه مطلقاً) ، وفي جميع الموارد (على الإجازة اللاحقة ، كما هو) أي عدم التوقُّف (أحد الإحتمالات في مَنْ باعَ مِلْكَ غيره ثمَّ مَلِكُه) بأحد أسباب الملك كالإشتراء والإتِّهاب والإرث كما يجيء في المسألة الثانية في الكلام في مسائل في ج ٦ ، (مع أنَّه) على تقدير كون المقام - أعني بيع مال الغير مع طيب نفسه - فضولياً ، وعلى تقدير لزوم الإجازة هنا أيضاً (يمكن الإكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل) من المالك (بعد البيع المذكور آنأً ما ؛ إذ وقوعه برضاه لا ينفكُّ عن ذلك) أي عن الإجازة آنأً ما (مع الإلتفات) إلى البيع ؛ إذ لا تختصُّ الإجازة بما إذا كانت مفقودةً ثمَّ أنشأها المالك ،

ثُمَّ إِنَّهُ لَوْ شَكَ فِي عقود غير المالك ، فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد -نكاحاً أو بيعاً- مع العلم برضا السيّد ولو لم يأذن له ؛ لعدم تحقّق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار ، وعدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف .

ثُمَّ اعلم : أَنَّ الفضولي قد يبيع للمالك ، وقد يبيع لنفسه ، وعلى الأوّل فقد لا يسبقه منعٌ من المالك ، وقد يسبقه المنع ، فهنا مسائل ثلاث :

بل تشمل ما إذا كانت حاصلّة بعد العقد آنأً .
فالحاصل : أَنَّ العقد المقرون برضا المالك باطناً ، إمّا خارج عن الفضولي موضوعاً ، وإمّا خارج عنه حكماً .
(ثُمَّ) لا يخفى عليك (إِنَّهُ لَوْ شَكَ فِي عقود غير المالك) مع وجود رضا باطناً ، كالبيع والإجارة ، (فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد -نكاحاً أو بيعاً-) لمال نفسه (مع العلم برضا السيّد) فلا يحتاج إلى الإجازة جزماً (ولو لم يأذن له) سابقاً على العقد ؛ وذلك (لعدم تحقّق المعصية) لله تعالى ولا للمولى (التي هي مناط المنع في الأخبار) ، كما تقدّم ص ٣٣٠ ، (وعدم منافاته) أي منافاة عدم الإذن (لعدم استقلال العبد في التصرف) في ماله ؛ إذ المفروض حصول رضا المولى باطناً بما عقّده العبد .

(ثُمَّ اعلم : أَنَّ الفضولي قد يبيع) المال (للمالك) لا لنفسه (وقد يبيع لنفسه) كما في بيع الغاصب ، (وعلى الأوّل) وهو البيع للمالك ، (فقد لا يسبقه منعٌ من المالك ، وقد يسبقه المنع ، فهنا مسائل ثلاث) :

[المسألة الأولى]

أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك ، وهذا هو المتيقن من عقد الفضولي . والمشهور : الصحة ، بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا ، تارة صريحاً ، وأخرى ظاهراً بقوله : « عندنا » إلا أنه ذكر عقيب ذلك : إن لنا فيه قولاً بالبطلان .

وفي غاية المراد حكى الصحة عن العماني والمفيد والمرتضى والشيخ

[المسألة] (الأولى : أن يبيع) الفضولي المَالَ (للمالك مع عدم سبق منع من المالك ، وهذا هو المتيقن من عقد الفضولي) ومورد البحث والكلام عند العلماء الخاصة والعامة ، (والمشهور : الصحة ، بل) العلامة (في التذكرة نسبته) كذا في النسخ ، والمناسب تأنيث الضمير لرجوعه إلى « الصحة » (إلى علمائنا ، تارة صريحاً) ، كما في ج ١ ص ٤٦٣ س ٢ ، حيث قال : « لو اشترى فضولياً ... وإن كان في الذمة لغيره وأطلق اللفظ قال علمائنا : يقف على الإجازة ، فإن أجاز صحّ ولزمه أداء الثمن ، وإن ردّ نفذ عن المباشر » ، (و) تارة (أخرى ظاهراً بقوله : « عندنا ») كما في ج ١ ص ٤٦٣ س ١٩ ، وص ٤٨٦ س ١ ، وفي كتاب الوكالة ج ٢ ص ١٢٧ س ١١ ، (إلا أنه ذكر) في ج ١ ص ٤٦٢ في آخر الصفحة (عقيب ذلك) أي توقف صحة بيع الفضولي على الإجازة : (إن لنا فيه قولاً بالبطلان) ، حيث قال هناك : « ... وقال أبو ثور وابن المنذر الشافعي في الجديد وأحمد في الرواية الأخرى يبطل البيع ، وهو قول لنا ... الخ » ، فراجع .

(وفي غاية المراد) ص ١٧٨ (حكى) الشهيد الأوّل (الصحة عن العماني) أبي عقيل الحذاء في كتاب المتمسك بحبل آل الرسول ، (و) عن الشيخ (المفيد) في المقنعة ص ٦٠٦ (و) السيد (المرتضى) في الناصريات - الجوامع الفقهية ص ٢٤٧ المسألة ١٥٤ ، (والشيخ) الطوسي

- في النهاية - وسلار والحلي والقاضي وابن حمزة وحكي عن الإسكافي، واستقرّ عليه رأي من تأخر عدا فخر الدين وبعض متأخر المتأخرين، كالأردبيلي والسيّد الداماد وبعض متأخر المحدثين؛ لعموم أدلة البيع والعقود؛

(- في النهاية -) ص ٣٨٥، (وسلار) في المراسم ص ١٥٠، (والحلي) أبي الصلاح في الكافي في الفقه ص ٢٩٢، (والقاضي) ابن البرّاج في المهدّب ج ٢ ص ١٩٤ و ٢١٦، (وابن حمزة) الطوسي في الوسيلة ص ٢٤٩، (وحكي) في مختلف العلّامة ج ٥ ص ٥٣، وفي الإيضاح لولده فخر الدين ج ١ ص ٤١٤ أيضاً، (عن الإسكافي) ابن الجنيّد، (واستقرّ عليه رأي من تأخر) كالمحقّق في الشرائع ج ٢ ص ١٣ و ٢٣١ في الوكالة، وكالفاضل الآبي في كشف الرموز ج ١ ص ٤٤٦، والعلّامة في التذكرة، كما تقدّم، وفي المختلف ج ٥ ص ٥٤، وفي القواعد ج ١ ص ١٢٤، وكالشهيد الأوّل في الدروس ج ٣ ص ١٩٣، واللمعة ص ٩٣، وكالشهيد الثاني في المسالك ج ٣ ص ١٥٨ وج ٧ ص ١٥٩، وفي شرح اللمعة ج ٣ ص ٢٢٩ وج ٥ ص ١٤٠، وكالمحقّق الكركي في جامع المقاصد ج ٤ ص ٦٩ وج ١٢ ص ١٥٠، وغيرهم^(١)

(عدا فخر الدين) في الإيضاح ج ١ ص ٤١٧، فإنّه قال بطلان عقد الفضولي مطلقاً، (وبعض متأخر المتأخرين، كالأردبيلي) في مجمع الفائدة ج ٨ ص ١٥٨، وزبدة البيان ٤٢٨، (والسيّد الداماد وبعض متأخر المحدثين)، كالمحدّث البحراني في الحقائق ج ١٨ ص ٣٧٨، وتقل عن السيّد المحدّث الجزائري الجدّ الأمجد في شرح التهذيب «المخطوط».

واستدلّ الفقهاء القائلون بالصحة (ل-) إثباتها بـ (عموم أدلة البيع والعقود)

(١) راجع لبقية الفقهاء القائلين بصحة بيع الفضولي مع الإجازة: مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٨٥.

لأنَّ خُلُوهُ عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه .

واشتراط ترتب الأثر بالرضا وتوقّفه عليه أيضاً لا مجال لإنكاره ، فلم يبقَ الكلام إلا في اشتراط سبق الإذن ، وحيث لا دليل عليه ، فمقتضى الإطلاقات عدمه ، ومرجع ذلك كلّهُ إلى عموم « جَلَّ البيع » ، و« وجوب الوفاء بالعقد » ، خرج منه العاري عن الإذن والإجازة معاً ، ولم يُعلم خروج ما فقد الإذن ولحقّه الإجازة .

كقوله تعالى : ﴿ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ ﴾ ؛ (لأنَّ خُلُوهُ) أي خُلُوَّ عقد الفضولي (عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه) عرفاً ؛ لأنَّ العقد هو الإيجاب والقبول وكلاهما موجود في العقد الفضولي ، غاية الأمر أنّه عقد ناقص لإنتفاء إذن المالك ، لكنّه لا يوجب سلب العقد عنه لعدم كونه مقوّمًا للعقدية ، بل هو شرط لتأثيره شرعاً في النقل والإنتقال ، سواء على القول بالكشف أو النقل . النقل والإنتقال

(واشتراط ترتب الأثر بالرضا) من المالك (وتوقّفه) أي توقّف الأثر (عليه) أي على الرضا (أيضاً لا مجال لإنكاره ، فلم يبقَ الكلام إلا في) اعتبار (اشتراط سبق الإذن ، وحيث لا دليل عليه) أي على اشتراط سبق (فمقتضى الإطلاقات عدمه) أي عدم الاشتراط في تأثير العقد في الملكية في البيع والزوجيّة في النكاح الذي هو النتيجة ، وبمعنى اسم المصدر ؛ وذلك لأنّه عند الشكّ في شرطية شيء أو جزئيّته ، فالمرجع هو الإطلاقات ، (ومرجع ذلك كلّهُ) أي عدم اشتراط سبق لإذن المالك في تأثير العقد (إلى عموم « جَلَّ البيع » و« وجوب الوفاء بالعقد » ، خرج منه) أي من هذا العموم العقد (العاري عن الإذن) السابق (والإجازة) اللاحقة (معاً ، ولم يُعلم خروج ما فقد الإذن) السابق (و) لكن (لحقه الإجازة) ، فيتمسك بالعام ؛ لأنّه حجة فيما بقي بعد التخصيص ، فإنّه حين أجاز المالك

وإلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم : بأنه عقد صدر عن أهله في محله .
 فما ذكره في غاية المراد : من أنه من باب المصادرات ، لم أتحقق وجهه ؛
 لأن كون العاقد أهلاً للعقد من حيث أنه بالغ عاقل لا كلام فيه ، وكذا كون المبيع
 قابلاً للبيع ، فليس محلّ الكلام إلا خلؤ العقد عن مقارنة إذن المالك ، وهو
 مدفوع بالأصل ، ولعلّ مراد الشهيد : أن الكلام في أهلية العاقد ، يكفي في
 إثباتها العموم المتقدم .

تتمّ شرائط العقد ويُنسب إلى المالك فيقال : العقد عقد المالك ، فلا كلام في تأثيره عرفاً
 وشرعاً .

(وإلى ما ذكرنا) من شمول العمومات للعقد الفاقد للإذن السابق الواجد للإجازة
 اللاحقة (يرجع استدلالهم) لصحة عقد الفضولي : (بأنه عقد صدر عن أهله في
 محله) - وهذا هو الصغرى - وكلّ عقد كان كذلك فهو واجب الوفاء بمقتضى العمومات
 - وهذا هو الكبرى - ، فهذا العقد يجب الوفاء به ، وهذه هي النتيجة .

وعلى ما ذكرنا (فما ذكره) الشهيد الأوّل (في غاية المراد) ص ١٧٨ : (من
 أنه من باب المصادرات) بالمطلوب ، وجعل المدعى دليلاً - لأنّ كونه عقداً أوّل
 الكلام - (لم أتحقق وجهه) ؛ وذلك (لأنّ كون العاقد أهلاً للعقد من حيث أنه بالغ
 عاقل لا كلام فيه ، وكذا كون المبيع قابلاً للبيع) ، فهو عقد عرفاً ، والشرائط
 موجودة (فليس محلّ الكلام إلا خلؤ العقد عن مقارنة إذن المالك) له (وهو) أي
 اشتراط المقارنة (مدفوع بالأصل) أي أصالة عدم الإعتبار ، لأنّ ما ثبت اعتباره بالدليل
 - من الأجزاء والشرائط - فنعترف به ، وما شكّ فيه فالأصل عدم اعتباره بمقتضى العموم ،
 (ولعلّ مراد الشهيد) الأوّل بقوله : « من المصادرات » هو : (أنّ الكلام في أهلية
 العاقد) الفضولي ، فلا يصدق عليه العاقد عرفاً ؛ لعدم كونه مالكاً ، (و) لكن يكفي في
 إثباتها (أي الأهلية) العموم المتقدم (ص ٣٤٥ و ٣٥٠) أنفاً بقوله : « لعموم أدلة البيع

وقد اشتهر الإستدلال عليه بقضية عروة البارقي ، حيث دَفَعَ إليه النبي ﷺ ديناراً ، وقال له : « اشترِ لنا به شاةً للأضحية » ، فاشترى به شاتين ، ثم باع إحداهما في الطريق بدينارٍ ، فأتى النبي ﷺ بالشاة والدينار .

فقال له رسول الله ﷺ : « بارك الله لك في صفقة يمينك » ، فإنَّ بيعه وقع فضولاً ، وإنَّ وجَّهنا شراءه على وجهٍ يخرج عن الفضولي .

والعقد... الخ » ، وقوله : « إنَّ المراد من الفضولي هو الكامل غير المالك » .

(وقد اشتهر الإستدلال عليه) على العقد الفضولي وصحَّته بالإجازة (بقضية عروة البارقي) وهو ابن الجعد من أصحاب رسول الله ﷺ ولم يوثَّق ، وقيل : هو « عَرَفة الأزدي » ، وهو من أصفياء أصحاب أمير المؤمنين عليه السلام ، (حيث دَفَعَ إليه النبي ﷺ ديناراً ، وقال له : « اشترِ لنا به شاةً للأضحية ») - لفظه « للأضحية » غير موجودة في المصدر - (فاشترى به شاتين ، ثم باع إحداهما في الطريق بدينارٍ) ، وفي بعض الروايات أنَّه إشتري شاةً واحدةً لكنَّه باعها في الطريق بدينارين ، فرجع واشترى شاةً أخرى ، (فأتى النبي ﷺ بالشاة والدينار) وقد أمضى ﷺ ما فَعَلَه عروة ، (فقال له رسول الله ﷺ : « بارك الله لك في صفقة يمينك »)^(١) ، والصفقة هي ضرب إحدى اليدين بالأخر = تبريك ، فهي كناية عن البيع لأنَّهم كانوا يوافقون بعده كما لَعَلَّه مرسوم في زماننا في البيوع الخطيرة ، (فإنَّ بيعه) أي عروة لإحدى الشاتين (وقع فضولاً) قطعاً (وإنَّ وجَّهنا شراءه على وجهٍ يخرج عن الفضولي) بأنَّ يقال : إنَّ المراد من قوله ﷺ : « إشتري لنا به شاةً » هو جنس الشاة فيعمّ الثنتين .

(١) مستدرک الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٥ عقد البيع ، عوالي اللئالي ج ٣ ص ٢٠٥ ح ٣٦ ، راجع غاية الآمال ج ٦ ص ٢٤ وكتاب البيع للإمام الخميني عليه السلام ج ٢ ص ١٠٧ فيفدك .

هذا، ولكن لا يخفى أَنَّ الإستدلال بها يتوقَّف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي .

توضيح ذلك : أَنَّ الظاهر عِلْمُ عُرْوَةِ برضا النبي ﷺ بما يفعل ، وقد أَقبض المبيع وَقَبَضَ الثمن ، ولا ريب إِنَّ الإقباض والقبض في بيع الفضولي حرام ؛ لكونه تصرفاً في مال الغير .

فلا بدَّ : إمَّا من التزام أَنَّ عُرْوَةَ فَعَلَ الحرام في القبض والإقباض ، وهو منافي لتقرير النبي ﷺ .

وإمَّا من القول بأنَّ البيع الذي يُعلم بتعقُّبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة : بناءً على

(هذا ، ولكن لا يخفى أَنَّ الإستدلال بها) مع ضعف السند - وإن قال في الجواهر أَنَّ شهرته عند الفريقين أغنت عن النظر في السند - (يتوقَّف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي) موضوعاً ، كما تقدَّم بيانه ص ٣٤٤ ، وقوينا خروجها بقولنا : « وإن كان يقوى في النفس ... عدم توقُّفه على الإجازة اللاحقة ... الخ » .

(توضيح ذلك : أَنَّ الظاهر) حسب انتفاع عُرْوَةِ في ذلك البيع (عِلْمُ عُرْوَةِ برضا النبي ﷺ بما يفعل) من بيع الشاة (وقد أَقبض المبيع) وهو الشاة إلى المشتري (وَقَبَضَ الثمن) وهو الدينار منه ، (ولا ريب إِنَّ الإقباض والقبض في بيع الفضولي حرام ؛ لكونه تصرفاً في مال الغير) بدون إذنه ، فلا بدَّ أن يقعا بعد إمضاء المالك للبيع لا قبله .

(فلا بدَّ : إمَّا من التزام أَنَّ عُرْوَةَ فَعَلَ الحرام في القبض والإقباض ، وهو أي ارتكابه الحرام) منافي لتقرير النبي ﷺ (- على فرض صحَّة الرواية - لما قُلَّه .

(وإمَّا من القول بأنَّ البيع الذي يُعلم) الفضولي (بتعقُّبه للإجازة) جزماً وقبول المالك ذلك البيع (يجوز التصرف فيه قبل) حصول (الإجازة : بناءً على

كون الإجازة كاشفة ، وسيجئ ضعفه .

فيدور الأمر بين ثالث ، وهو جَعَلَ هذا الفرد من البيع خارجاً عن الفضولي ، كما قلناه .

ورابع ، وهو عِلْمُ عُرْوَةِ بَرِضَا النَّبِيِّ ﷺ بِإِقْبَاضِ مَالِهِ لِلْمُشْتَرِي حَتَّى يَسْتَأْذِنَ ، وَعِلْمُ الْمُشْتَرِي بِكَوْنِ الْبَيْعِ فَضُولِيّاً حَتَّى يَكُونَ دَفْعُهُ لِلثَّمَنِ بِيَدِ الْبَائِعِ عَلَى وَجْهِ الْأَمَانَةِ ، وَإِلَّا فَالْفُضُولِيُّ لَيْسَ مَالِكاً وَلَا وَكِلاً ، فَلَا يَسْتَحَقُّ قَبْضَ الْمَالِ ، فَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي عَالِماً فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْذِنَهُ عَلَى الثَّمَنِ حَتَّى يَنْكَشِفَ الْحَالُ ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ جَاهِلاً . وَلَكِنَّ الظَّاهِرَ هُوَ أَوَّلُ الْوَجْهَيْنِ ،

كون الإجازة كاشفة) عن صحّة البيع من حين العقد ، (وسيجئ ضعفه) في ج ٦ ؛ لأنّ ظاهر الأدلّة شرطيّة نفس الإجازة للصحّة ، دون وصف التعقّب بها ، وهذا يلائم القول بأنّ الإجازة ناقلة ، فهذان الوجان مردودان إذن ، (فيدور الأمر بين ثالث ، وهو جَعَلَ هذا الفرد من البيع) - وهو المقرون برضا المالك - في علم الفضولي (خارجاً) موضوعاً (عن) بيع (الفضولي ، كما قلناه) فيما تقدّم ص ٣٤٤ ، (و) بين وجهه (رابع ، وهو) عدم ترتّب هذا البيع من نقل المبيع إلى المشتري ، ولكن مع (عِلْمُ عُرْوَةِ بَرِضَا النَّبِيِّ ﷺ بِإِقْبَاضِ مَالِهِ لِلْمُشْتَرِي حَتَّى يَسْتَأْذِنَ) منه ﷺ (وَعِلْمُ الْمُشْتَرِي بِكَوْنِ الْبَيْعِ فَضُولِيّاً حَتَّى يَكُونَ دَفْعُهُ لِلثَّمَنِ بِيَدِ الْبَائِعِ عَلَى وَجْهِ الْأَمَانَةِ) إلى زمان إجازة المالك ، (وإلا) أي وإن لم يكن المشتري عالماً بفضوليّة البائع ، (فالفضولي ليس مالِكاً وَلَا وَكِلاً ، فلا يستحقّ قبض المال) ، وهو الثمن ، (فلو كان المشتري عالماً) بكون البائع فضولياً (فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْذِنَهُ عَلَى الثَّمَنِ) بدفعه إليه أمانة (حَتَّى يَنْكَشِفَ الْحَالُ) بأنّ المالك يرضى بالبيع أم يردّه (بخلاف ما لو كان جاهلاً) بأنّ البائع فضوليّ ، فإنّه حينئذٍ لا يكون دفع الثمن إليه على وجه الأمانة .

هذا ، (ولكنّ الظاهر هو أَوَّلُ الْوَجْهَيْنِ) الأخيرين ، وهو الوجه الثالث بكون

كما لا يخفى، خصوصاً بملاحظة أنَّ الظاهر وقوع تلك المعاملة على وجه المعاوضة، وقد تقدّم أنَّ المناط فيها مجرد المراضاة ووصول كلٍّ من العوضين إلى صاحب الآخر وحصوله عنده بإقباض المالك أو غيره، ولو كان صبيّاً أو حيواناً، فإذا حصل التقابض بين فضوليّين أو فضوليٍّ وغيره مقرونّاً برضا المالكين، ثمّ وصل كلٌّ من العوضين إلى صاحب الآخر وعلم برضا صاحبه، كفى في صحّة التصرف. وليس هذا من معاملة الفضولي؛ لأنّ الفضولي صار آله في الإيصال، والعبرة برضا المالك المقرون به.

المقام خارجاً عن الفضولي موضوعاً، (كما لا يخفى)؛ وذلك لاقتران الرضا بالبيع واقعاً خصوصاً بملاحظة أنَّ الظاهر وقوع تلك المعاملة (بين عروة والمشتري) على وجه المعاوضة^{٢٤٤} وذلك للتعبير عن البيع بالصفقة التي هي ضرب إحدى اليدين بالأخرى لا بالعقد والبيع ليظهر في الإيجاب والقبول.

(وقد تقدّم) في آخر التنبيه الثامن من تنبيهات المعاوضة ج ٤ ص ٢٤٥ (أنَّ المناط فيها) أي في المعاوضة هو (مجرد المراضاة) بين المتعاملين (ووصول كلٍّ من العوضين إلى صاحب) العوض (الآخر وحصوله عنده) بأيّ وجه حصل، سواء كان (بإقباض المالك أو غيره، ولو كان) واسطة الحصول (صبيّاً أو حيواناً) أو وسيلةً كهربائيةً في زماننا، (فإذا حصل التقابض بين فضوليّين أو فضوليٍّ وغيره مقرونّاً برضا المالكين، ثمّ وصل) بعد ذلك (كلٍّ من العوضين إلى صاحب) العوض (الآخر) كوصول المبيع إلى المشتري (وعلم برضا صاحبه) أي برضا البائع، وكذا وصول الثمن إلى البائع برضا المشتري، (كفى) ذلك الوصول إلى كلٍّ منهما (في صحّة التصرف) فيما وصل إليه شرعاً.

(وليس هذا من معاملة الفضولي؛ لأنّ الفضولي صار) مجرد (آله في الإيصال، والعبرة) شرعاً إنّما هو (برضا المالك المقرون به) أي بالإيصال الذي

واستُدِّل له أيضاً - تبعاً للشهيد في الدروس - بصحبة محمد بن قيس ،
 عن أبي جعفر الباقر عليه السلام ، قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن
 سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه ، فجاء سيدها
 فخاصم سيدها الآخر ، فقال : وليدتي باعها إبنني بغير إذني ، فقال عليه السلام : الحكم
 أن يأخذ وليدته وابنتها ، فناشده الذي اشتراها ، فقال عليه السلام له : خذ إبنه الذي
 باعك الوليدة حتى يُنفذ البيع لك ، فلما رآه أبوه قال له : أرسل إبنني ، قال :
 لا والله لا أرسل إبنك حتى تُرسل ابني ، فلما رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع

هو بيعٌ معطاتي .

(واستُدِّل له) أي للبيع الفضولي للمالك مع عدم سبق منع منه (أيضاً) جماعةٌ
 من الفقهاء ، كالسيد الطباطبائي في الرياض ج ١ ص ٥١٢ ، والشيخ المحقق الشوشتری
 في المقابس ص ١٢٣ ، وصاحب الجواهر في ج ٢٢ ص ٢٧٨ (- تبعاً للشهيد) الأول
 (في الدروس -) ج ٣ ص ٢٣٣ في بيع الحيوان ، (بصحبة محمد بن قيس ، عن
 أبي جعفر الباقر عليه السلام ، قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة) أي أم ولد
 (باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت) الأمة (منه ،
 فجاء سيدها) الأول (فخاصم سيدها الآخر) وهو المشتري من الابن ، (فقال) أي
 السيد الأول : (وليدتي باعها إبنني بغير إذني ، فقال عليه السلام : الحكم أن يأخذ) السيد
 الأول (وليدته وابنتها ، فناشده) أي التمس وأقسم على الإمام - (الذي اشتراها ،
 فقال عليه السلام له : خذ إبنه الذي باعك الوليدة حتى يُنفذ) كذا في الكافي والتهذيب
 - والإنفاذ هو إمضاء العقد - والشيخ نقل الحديث عن الكافي وهو منقول في الكتب
 الأربعة ، ثم قال الإمام الباقر عليه السلام : (البيع لك ، فلما رآه أبوه قال له : أرسل إبنني) أي
 الابن الذي باع الوليدة (قال : لا والله ! لا أرسل إبنك حتى تُرسل ابني) أي المولود
 من الأمة ، (فلما رأى ذلك) أي منع إرسال الابن (سيّد الوليدة أجاز بيع

إبنه ... الحديث .

قال في الدروس : وفيها دلالة على صحة الفضولي وإن الإجازة كاشفة .
ولا يرد عليها شيء مما يوهن الاستدلال بها ، فضلاً عن أن يُسقطها ،
وجميع ما ذكر فيها من الموهنات موهونة ، إلا ظهور الرواية في تأثير الإجازة

إبنه ...) وأمه (الحديث)^(١) .

والظاهر زيادة كلمة « الحديث »؛ لأن الرواية مذكورة بتمامها .

(قال) الشهيد (في الدروس) ج ٣ ص ٢٣٣ : (وفيها دلالة على صحة) عقد
(الفضولي وإن الإجازة) للبيع من المالك الغائب (كاشفة) عن أن المشتري يملك
الأمة الوليدة من حين البيع ، حيث دلّت الصحيحة على أن المولود ولد حرّاً حال كون الأمّ
ملكاً للمشتري على تقدير الإجازة ، ولا يجب دفع قيمة الولد إلى المالك . وهذا يلائم
القول بالكشف الحقيقي ، وأما على القول بالنقل فالأمة حين الاستيلاد ملكٌ لسيدها
الأول وقد وطأها الثاني شبهةً ، فانعقد الولد حرّاً ، ولازم ذلك أن يردّ الواطئ قيمة الولد
على المالك لأنه نماء ملكه ، وقد أتلّفه المشتري لانعقاده حرّاً تبعاً لأبيه ، فمقتضى قاعدة
الإتلاف ضمانه لقيمة الولد ، كما تقدّم نظيره في ج ٤ ص ٣٨٦ في المقبوض بالبيع الفاسد
في الأمة المبتاعة إذا وُجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري .

ثم قال الشهيد : (ولا يرد عليها) أي على دلالة الصحيحة على صحة بيع
الفضولي بالإجازة (شيء مما يوهن الاستدلال بها ، فضلاً عن أن يُسقطها) أي
يُسقط صحة الاستدلال بها ، (وجميع ما ذكر فيها من الموهنات موهونة) كما في
الجواهر ج ٢٢ ص ٢٧٨ (إلا ظهور الرواية في تأثير الإجازة) للبيع

(١) الوسائل ج ١٤ ص ٥٩١ نكاح العبيد والإماء ، الكافي ج ٥ ص ٢١١ ، التهذيب ج ٨ ص ٤٨ ،
الفقيه ج ٣ ص ٢٢٢ .

المسبوقة بالردّ، من جهة ظهور المخاصمة في ذلك، وإطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيين أخذ الجارية وابنها من المالك - بناءً على أنّه لو لم يَرُدّ البيع وجب تقييد الأخذ بصورة اختيار الردّ - .

ومُنَاشِدة المشتري للإمام عليه السلام وإلحاحه عليه في علاج فكاك ولده .
وقوله : « حَتَّى تُرْسِلَ ابْنِي » الظاهر في أنّه حَبَسَ الولد ولو على قيمته يوم الولادة .

(المسبوقة بالردّ) من المالك ، من جهات أربعة :

الأولى : (من جهة ظهور المخاصمة) والجدال بينهما (في ذلك) أي في الردّ؛ إذ لو كان المولى - الذي كان غائباً وقد حضر - راضياً بالبيع ومجيزاً له لم يكن بينهما مخاصمةٌ .

(و) الجهة الثانية : (إطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيين أخذ) المالك الأوّل - أعني الغائب الذي حضر - (الجارية وابنها من المالك) الثاني ، (- بناءً على أنّه) أي المالك (لو) أجاز بيعَ وَلَدِهِ للجارية في غيبته و (لم يَرُدّ البيع وجب تقييد) الإمام عليه السلام (الأخذ) للأمة وإينها (بصورة اختيار الردّ -) ، فترك استنصاله عليه السلام دليلٌ على بطلان البيع بالردّ السابق ، وعدم تأثير الإجازة بعده كما عليه الإجماع .

(و) الجهة الثالثة لظهور الرواية في الردّ : (مُنَاشِدة المشتري للإمام عليه السلام وإلحاحه عليه في علاج فكاك ولده) ، فإنّه ظاهرٌ في أنّ المالك ردّ البيع وأخذ الأمة وإينها من المشتري ، مع أنّ تعليمه عليه السلام للمشتري كيفية العلاج ، ينافي عدم جواز تعليم القاضي الإحتيال لأحد المتخاصمين .

(و) الجهة الرابعة : (قوله) أي قول المشتري : « لا والله ! لا أُرْسِلَ ابْنُكَ » حَتَّى تُرْسِلَ ابْنِي » الظاهر في أنّه حَبَسَ الولد ولو على قيمته يوم الولادة (لانعقاده حرّاً تبعاً لأبيه وهو المشتري ، وهو كالتلف ، والمالك لم يُجْزَ البيع ، فالولد وُلِدَ بالوطء

وحملُ إمساكه الوليدةَ على حَبْسِها لأجل ثمنها - كحبس ولدها على القيمة - ينافيه قوله ﷺ : « فَلَما رَأى ذلك سيّد الوليدةَ أجاز بيعَ الوليدةِ » .
والحاصل : أنَّ ظهور الرواية في ردّ البيع أوْلاً ممّا لا ينكره المنصف ، إلّا أنَّ الإنصاف أنَّ ظهور الرواية في أنَّ أصل الإجازة مجدية في الفضولي - مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية في مورد الرواية - غير قابل للإنكار ، فلا بدّ من تأويل ذلك الظاهر ؛ لقيام القرينة - وهي الإجماع - على اشتراط الإجازة

بالشبهة ، فيريد المالك للأمة أن يأخذ قيمة الولد الذي هو نتاج أمه وقد تلف .

(وحملُ) الصحيحة على صورة إجازة المالك ، وفرض (إمساكه الوليدةَ على حَبْسِها لأجل) أخذ (ثمنها) لا لأجل ردّ البيع ؛ إذ الظاهر أنَّ البائع الفضولي وهو ابن المالك أتلف الثمن - كما هو الغالب في تصرّف الأولاد في أموال الآباء - فَحَبَسَ المالك الوليدةَ لأخذ ثمنها مجدّداً من المشتري المسكين (- كحبس ولدها) أيضاً (على القيمة - ينافيه) - خبرٌ لقوله : « وحملُ إمساكه » - (قوله ﷺ : « فَلَما رَأى ذلك سيّد الوليدةَ أجاز بيعَ الوليدةِ ») ؛ إذ الظاهر من هذه العبارة : أنَّه ردّ البيع إبتداءً ، ولكنّه بعد اللَّتيا والتي أجاز البيع .

(والحاصل) ممّا ذكرناه في معنى الصحيحة - من دلالة لوجوه الأربعة المتقدّمة :- (أنَّ ظهور الرواية في ردّ البيع) من المالك (أوْلاً) ثمّ الإجازة أخيراً (ممّا لا ينكره المنصف ، إلّا أنَّ الإنصاف أنَّ ظهور الرواية في أنَّ أصل الإجازة مجدية في) صحّة بيع (الفضولي) ؛ لقوله ﷺ : خُذْ إِيْنَهُ الذي باعَكَ الوليدةَ حتّى يُنفذَ البيعُ لك » (- مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية) الخاصّة (في مورد) هذه (الرواية - غير قابل للإنكار) - خبر لقوله : « إنَّ ظهور الرواية ... الخ » - ، (فلا بدّ من تأويل ذلك الظاهر) ، وهو اعتبار صحّة الإجازة بعد الردّ (لقيام القرينة - وهي الإجماع - على اشتراط الإجازة

بعدم سبق الردّ .

والحاصل : أنَّ مناط الإستدلال لو كان نفس القضية الشخصية من جهة اشتغالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة -بناءً على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتّحدة نوعاً في الحكم الشرعي -كان ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبقة بالردّ مانعاً عن الإستدلال بها ، موجباً للإقتصار على موردها : لوجهٍ عَلِمَهُ الإمام (عليه السلام) ، مثل كون مالك الوليدة كاذباً في دعوى عدم الإذن للولد ، فاحتال (عليه السلام)

بعدم سبق الردّ .

والحاصل : أنَّ مناط الإستدلال) بهذه الصحيحة لإثبات صحّة بيع الفضولي بالإجازة ، (لو كان نفس) هذه (القضية الشخصية) الخاصة -وهي إجازة المالك البيع ليتمكن من فَكِّ إينه الذي هو البائع الفضولي - (من جهة اشتغالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة -بناءً على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتّحدة نوعاً في الحكم الشرعي -كان ظهورها) -جواب لقوله : «لو كان» - (في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبقة بالردّ مانعاً) -خبر قوله : «كان ظهورها» - (عن الإستدلال بها) في موارد أخر ، و (موجباً للإقتصار على موردها) الخاص : (لوجهٍ عَلِمَهُ الإمام (عليه السلام)) .

وبالجملة : فالإستدلال بالصحيحة على صحّة بيع الفضولي إن كان بلحاظ نفس هذه القضية الخاصة -لاشتغالها على الحكم بالصحة بسبب الإجازة ليُبنى على عموم الحكم بصحة عقد الفضولي في سائر الموارد ، كان ظهورها في سبق الردّ على الإجازة مانعاً عن الإستدلال بها؛ لمخالفة هذا الظهور للإجماع ، فيختصّ بموردها الخاصّ لوجهٍ عَلِمَهُ الإمام (عليه السلام) بخصوصه - (مثل كون مالك الوليدة) الذي كان غائباً حين البيع ثمّ حضر (كاذباً في دعوى عدم الإذن للولد) في بيع الوليدة (فاحتال) الإمام (عليه السلام)

حيلة يَصِلُ بها الحقُّ إلى صاحبه .

وأما لو كان مناط الاستدلال ظهورُ سياق كلام الأمير عليه السلام في قوله : « خُذْ ابنه حتَّى ينفذَ لك البيع » ، وقول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية : « فلَمَّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيعَ ابنه » في أنَّ للمالك أن يُجيز العقد الواقع على ملكه ويُنفذه ، لم يقدح في ذلك ظهور الإجازة الشخصية في وقوعها بعد الردّ ، فيؤوّل ما يظهر منه الردّ بإرادة عدم الجزم بالإجازة والردّ ، أو كون حبّس الوليدة على الثمن ، أو نحو ذلك .

(حيلة يَصِلُ بها الحقُّ إلى صاحبه) وهو المشتري ، وحينئذٍ يخرج المورد عن بيع الفضولي ، ولا يصحّ الاستدلال بالصحيحة على صحّة بيع الفضولي بالإجازة .

(وأما لو كان مناط الاستدلال) بالصحيحة على صحّة بيع الفضولي (ظهورُ سياق كلام الأمير عليه السلام في قوله : « خُذْ ابنه حتَّى ينفذَ لك البيع ») ، فالبيع قابل للتنفيذ والإجازة .

(و) كذلك (قول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية : « فلَمَّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيعَ ابنه ») الذي كان فضوليّاً ، فالصحيحة حينئذٍ ظاهرة (في أنَّ للمالك أن يُجيز العقد الواقع على ملكه ويُنفذه) - مع قطع النظر عن مورد الصحيحة الخاصّ - وعلى هذا فـ (لم يقدح في ذلك) الاستدلال (ظهور الإجازة الشخصية في وقوعها بعد الردّ ، فيؤوّل) حينئذٍ (ما يظهر منه الردّ) للبيع (بإرادة) التريد من المالك ، و (عدم الجزم بالإجازة والردّ) ، ومجرّد ترك الإجازة في الابتداء لا يكون ردّاً ، (أو) يؤوّل (كون) الوجه في (حبّس الوليدة) عند المالك ليس لعدم ردّ البيع ، بل حبّسه (على الثمن) ليأخذه من المشتري ان لم يدفعه إلى الإين - أعني البائع الفضولي أو دَفَعَهُ وقد تلف عنده - ، (أو نحو ذلك) كحبّسه ليتفكّر في أنَّ صلاحه الواقعي هل هو الردّ أو الإجازة .

وكأنه قد اشتبه مناط الإستدلال على مَنْ لم يستدلّ بها في مسألة الفضولي ، أو يكون الوجه في الإغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة ، فإنّها لا تزيد على الإشعار ، ولذا لم يذكرها في الدروس في مسألة الفضولي . بل ذكرها في موضع آخر ،

(وكأنّه قد اشتبه مناط الإستدلال) بالصحيحة (على مَنْ لم يستدلّ بها في مسألة الفضولي) وتخيل أنّ اشتغال الصحيحة على القضية الشخصية - والإجازة بعد الردّ - هو المناط في الإستدلال بها ، وغفّل عن أنّ المناط في الإستدلال بها هو ظهور كلام أمير المؤمنين والإمام الباقر عليهما السلام ، (أو يكون الوجه في الإغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة) على كفاية الإجازة في تصحيح البيع ، (فإنّها لا تزيد على الإشعار) دون الدلالة ؛ (ولذا) أي ولضعف الدلالة (لم يذكرها) الشهيد (في الدروس في مسألة الفضولي ، بل ذكرها في موضع آخر) في بيع الحيوان ج ٣ ص ٢٣٣ .

ثمّ لا يخفى عليك أنّه قد ذكر موهنات أخر على الإستدلال بصحيحة محمد بن قيس ، كما أشرنا إليه ص ٣٥٨ عن الجواهر ، وكذلك في هدى الطالب لسيدنا الأستاذ المروّج عليه السلام ج ٤ ص ٣٩٢ .

منها : حكم أمير المؤمنين عليه السلام « بأخذ المالك الوليدة وابنتها من المشتري » ، وهذا يدلّ على بطلان البيع الفضولي ، لا كونه موقوفاً على الإجازة ؛ حيث لم يستفصل عليه السلام بين رضا المالك وامضائه للبيع ، وبين ردّه له .

وجوابه : أنّ الإمام عليه السلام في مقام بيان الحكم مع الغضّ عن الإجازة ، فإنّه لا يخرج المبيع عن ملك المالك بمجرد البيع الفضولي ، بل هو باقٍ على ملكه ، وإن كان له حقّ إخراجه بالإجازة .

ومنها : حكمه عليه السلام بأخذ المالك ابن الوليدة من المشتري مع أنّه وُلد حرّاً تبعاً لأبيه ،

لكنَّ الفقيه في غنى عنه بعد العمومات المتقدمة .

وربما يُستدلُّ أيضاً : بفحوى صَحَّة عقد النكاح من الفضولي في الحرِّ والعبد ، الثابتة بالنص والإجماعات المحكية :

وإنَّما عليه قيمته ؛ لأنَّ الظاهر أنَّ الوطني كان بالشبهة ، أو بالملك على تقدير الإجازة ، بناءً على كونها كاشفةً ، وعلى كلِّ فالولد حرٌّ ، فلا وجه لأخذه من والده الذي هو المشتري .
والجواب عنه : أنه يمكن أن يكون المشتري عالماً بفضوليَّة البيع ، فلا يجوز له الوطني فيكون الولد حينئذٍ رَقاً لا حرّاً ، ويمكن أن يكون أخذ المولود لأجل أخذ قيمته من المشتري ، ولذلك قال الشيخ الطوسي في الاستبصار ج ٣ ص ٨٥ حين نقل الحديث : « الحكم أن يأخذ وليدته وقيمة ابنها ، ففي باقي المصادر حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه .

ومنها : حكمه ﷺ للمشتري : « بأخذه وكَدَّ المالك الذي هو البائع الفضولي ، مع عدم جواز ذلك ؛ إذ غاية الأمر كونه غاصباً ، ولكن ليس للمشتري إلزام المالك بالإجازة بحبس ابنه حتَّى يُحيز البيع ، بل هو مختار في الإجازة والردِّ .
وجوابه : يمكن أن يكون حبس ابن المالك للوصول إلى ثمن الأمة ، كما تقدَّم فيه ص ٣٦٠ .

هذا كلّه ، و(لكنَّ الفقيه في غنى عنه) أي عن الإستدلال بهذه الصحيحة (بعد العمومات المتقدمة) ، مثل : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ، و ﴿ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ﴾ ، و ﴿ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ، وغيرها .

(وربَّما يُستدلُّ أيضاً) لصحَّة عقد الفضولي - بعد العمومات - كما في الرياض ج ٢ ص ٨١ ، والمناهل ص ٢٨٧ ، ومقابس الأنوار ص ١٢١ ، والجواهر ج ٢٢ ص ٢٧٦ ، فاستدلَّ هؤلاء وغيرهم (بفحوى صَحَّة عقد النكاح من الفضولي في الحرِّ والعبد) رجلاً وإمرأة (الثابتة) تلك الصحَّة (بالنص والإجماعات المحكية) أمَّا النصُّ فهي

فإنّ تملك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تملك ماله أولى بذلك ،

روايات متواترة ، كما في السرائر ج ٢ ص ٥٦٥ ، منها خبر محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام : «أنّه سأله عن رجل زوّجته أمّه وهو غائب ، قال : النكاح جائز إن شاء المتزوّج قَبْلَ ، وإن شاء ترك ... الخبر» ^(١) دست ننم درد نكنه با اين عروس آوردنش ، فإنّه صريح في قابليّة النكاح الفضولي للصحة بالإجازة ، لكنّه ضعيف بإسماعيل بن سهل الدهقان ، فقد ضعفه الأصحاب ^(٢) .

ومنها : موثقة زرارة وصحيحته المتقدّمة ص ٣٢٨ الواردة في تزويج مملوكٍ بغير إذن سيّده ، حيث قال الإمام عليه السلام : «ذاك إلى سيّده ، إن شاء أجازّه ، وإن شاء فرق بينهما ... الخ» ^(٣) .

ومنها : موثقة الأخرى - بابن بكير - عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : «سألته عن رجل تزوّج عبده «إمرأة» بغير إذنه ، فدخل بها ، ثمّ اطّلع على ذلك مولاه ، قال : ذاك لمولاه ، إن شاء فرق بينهما ، وإن شاء أجاز نكاحهما ...» الحديث ^(٤) .

وأما الإجماعات المحكيّة ، فمنها ما في الناصريات للسيّد المرتضى «الجوامع الفقهية» ص ٢٤٧ ، ومنها في السرائر ج ٢ ص ٥٦٥ ، ومنها في كشف اللثام ج ٢ ص ٢٢ ، ومنها في الرياض ج ٢ ص ٨١ .

وجه الإستدلال (فإنّ تملك بضع الغير) = حقّ زناشوي ، بالعقد الفضولي (إذا لزم بالإجازة) اللاحقة منه بعد العقد (كان تملك ماله أولى بذلك) أي بإجازة الشارع ، فإذا أجاز الشارع العقد الفضولي في النكاح فقد أجازّه في غيره بطريق أولى ؛

(١) الوسائل ج ١٤ ص ٢١١ ، وراجع باقي روايات الباب ٧ عقد النكاح .

(٢) راجع جامع الرواة ج ١ ص ٩٦ .

(٣) و (٤) الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٣ نكاح العبيد ح ١ و ٢ ، وغيره من الباب ٢٤ .

مضافاً إلى ما عُلم من شدة الإهتمام في عقد النكاح ؛ لأنه يكون منه الولد ، كما في بعض الأخبار .

وقد أشار إلى هذه الفحوى في غاية المراد ، واستدل بها في الرياض ، بل قال : إنه لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكية على المنع ، وهو حسنٌ ، إلا أنها ربّما توهن بالنصّ الوارد في الردّ على العامة

لأنه يتسامح في المال بما لا يتسامح في الفروج ، (مضافاً إلى ما عُلم من شدة الإهتمام في عقد النكاح ؛ لأنه يكون منه الولد ، كما في بعض الأخبار) ، وهو ما رواه الصدوق في الفقيه بإسناده إلى العلاء بن سيّابة - وإسناده إليه صحيح كما في الخلاصة^(١) - قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأةٍ وكلّت رجلاً بأن يتزوّجها من رجل » إلى أن قال « فقال عليه السلام : إنّ النكاح أحرى ، وأحرى أن يُحتاط فيه وهو فرج ، ومنه يكون الولد » الحديث^(٢) .

(وقد أشار) الشهيد الأوّل (إلى هذه الفحوى) والأولوية (في غاية المراد) ص ١٧٨ ، (واستدلّ بها) السيّد الطباطبائي (في الرياض) ج ١ ص ٥١٢ ، (بل قال : إنه لولاها) أي الأولوية والفحوى في النكاح (أشكل الحكم) بصحة عقد الفضولي بلحوق الإجازة (من جهة الإجماعات المحكية على المنع) من صحة بيع الفضولي (وهو حسنٌ) أي الاستدلال لصحة بيع الفضولي بفحوى صحته في النكاح حسنٌ ، (إلا أنها) أي الأولوية والفحوى (ربّما توهن بـ) ما دلّ من النصّ على أولوية النكاح بالصحة بالنسبة إلى البيع ، فتكون صحة البيع في الفضولي أصلاً وصحة النكاح فرعاً على عكس ما تقدّم من أولوية البيع على النكاح ، وهو (النصّ الوارد في الردّ على العامة

(١) راجع جامع الرواة ج ٢ ص ٥٣٧ .

(٢) الوسائل ج ١٤ ص ١٩٢ مقدّمات النكاح ، وتام الحديث في ج ١٣ ص ٢٨٦ أحكام الوكالة .

الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه ، بالصحة في الثاني ؛ لأنَّ المال له عوض ، والبطلان في الأول ؛ لأنَّ البضع ليس له عوض ، حيث قال الإمام عليه السلام - في مقام ردِّهم واشتباهم في وجه الفرق - : «سبحان الله ! ما أجور هذا الحكم وأفسده ، فإنَّ النكاح أولى وأجدر أن يُحتاط فيه ؛ لأنَّه الفرج ، ومنه يكون الولد ... الخبر» .

الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله (أي الوكيل (بالعزل وبين بيعه) أي بيع الوكيل المعزول مع جهله بالعزل ، حيث قالوا (بالصحة في الثاني) وهو البيع ، (لأنَّ المال له عوض) ، فصاحب المال لم يتضرر إذا قلنا بصحة بيع الفضولي في المقام ؛ لأنَّه ذهب منه شيء وجاء في مكانه شيء آخر ، (و) قالوا بـ (البطلان في الأول) وهو النكاح ، وعللوا ذلك الفرق بقولهم : (لأنَّ البضع ليس له عوض) ؛ إذ المهر لا يُعدّ عوضاً عن البضع ؛ لكثرة فوائد النكاح المترتبة عليه ، فلا يعادل البضع شيء من المال واقعاً . والوجه في وهن أولوية صحة البيع بالنسبة إلى النكاح ما أشار إليه الشيخ عليه السلام بقوله : (حيث قال الإمام عليه السلام) الصادق عليه السلام في صحيحة العلاء بن سبيابة ، المتقدّم بعضها آنفاً ص ٣٦٦ ، (- في مقام ردِّهم) أي العامة (واشتباهم في وجه الفرق - : «سبحان الله ! ما أجور هذا الحكم وأفسده) - وهو الحكم بصحة البيع من الوكيل المعزول وبتلان نكاح - (فإنَّ النكاح أولى وأجدر أن يُحتاط فيه) بالحكم بالصحة (لأنَّه الفرج ، ومنه يكون الولد ... الخبر »)^(١) .

وتوضيح الوهن المزبور : أنَّ الإمام عليه السلام أنكر حكم العامة ببطلان نكاح الوكيل المعزول ؛ حيث أنَّ مقتضى الإحتياط في الفروج لكونه منسأً تكوّن الولد : هو أولوية الحكم بالصحة في النكاح عن الحكم بها في البيع ، فإذا قيل بالصحة في البيع الفضولي في

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٦ أحكام الوكالة .

وحاصله : أنَّ مقتضى الإحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من حيث الإحتياط المتأكد في النكاح دون غيره ، فدلّ على أنَّ صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى ، خلافاً للعامة ، حيث عكسوا وحكموا بصحة البيع دون النكاح ، فمقتضى حكم الإمام عليه السلام : أنَّ صحة المعاملة المالية الواقعة في كلِّ مقام ، تستلزم صحة النكاح الواقع بطريق أولى ، وحينئذٍ فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في مسألة الفضولي إلى صحة البيع ؛ لأنَّ الحكم في الفرع لا يستلزم الحكم في الأصل من باب الأولوية ، وإلا

المقام ، فالقول بها في النكاح أولى - من جهة الإحتياط في البضع - وحينئذٍ فتكون صحة البيع أصلاً وصحة النكاح متفرعاً عليه .

(وحاصله) أي حاصل مقصود الإمام عليه السلام : (أنَّ مقتضى الإحتياط كون النكاح الواقع) من الوكيل المعزول (أولى بالصحة من حيث الإحتياط المتأكد في النكاح دون غيره) من البيع والإجارة والرهن وغيرها ، (فدلّ) كلام الإمام عليه السلام (على أنَّ صحة البيع) الذي هو أمر ماليّ وليس بهممّ (تستلزم صحة النكاح بطريق أولى) الذي هو المهمّ لكونه منشأً لتكوّن الولد (خلافاً للعامة ، حيث عكسوا وحكموا بصحة البيع دون النكاح ، فمقتضى حكم الإمام عليه السلام : أنَّ صحة المعاملة المالية الواقعة) في الخارج (في كلِّ مقام) سواء وقعت من الوكيل المعزول أم من الفضولي (تستلزم صحة النكاح الواقع) في الخارج ولو من الفضولي (بطريق أولى ، وحينئذٍ) أي حين تستلزم صحة البيع لصحة النكاح - لا العكس - وكون البيع أصلاً والنكاح فرعاً ، (فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في مسألة الفضولي) التي هي مدلول الروايات المتقدمة ص ٣٦٥ والإجماعات المحكيّة - وقال الأصحاب بالتعدي - (إلى صحة البيع) ، والوجه في عدم جواز التعدي (لأنَّ الحكم في الفرع) وهو النكاح (لا يستلزم الحكم في الأصل) الذي هو البيع (من باب الأولوية ، وإلا أي

لم يتحقق الأولوية ، كما لا يخفى .

فالإستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة من كون النكاح أولى بالبطلان ، من جهة أن البضع غير قابل للتدارك بالعوض .
بقي الكلام في وجه جعل الإمام (عليه السلام) الإحتياط في النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله ، مستدلاً بأنه يكون منه الولد ، مع أن الأمر في الفروج كالأموال دائر بين محذورين ، ولا إحتياط في البين .

وإن استلزم ذلك (لم يتحقق الأولوية ، كما لا يخفى) . إذن فمن الممكن أن يكون الحكم في النكاح صحة كونه فضولياً - من جهة العمل بالإحتياط - ومع ذلك لا يكون الحكم في البيع الفضولي الصحة .

(فالإستدلال بصحة النكاح) مستنداً إلى الروايات المتقدمة والإجماعات المحكية (على صحة البيع) من باب الأولوية (مطابق لحكم العامة من كون النكاح أولى بالبطلان ، من جهة أن البضع غير قابل للتدارك بالعوض) .

(بقي الكلام في وجه جعل الإمام (عليه السلام) في صحيحة العلاء بن سبيابة) الإحتياط في النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله ، مستدلاً بأنه يكون منه الولد ، مع أن الأمر في الفروج كالأموال دائر بين محذورين ، ولا إحتياط في البين ؛ إذ كما أن صحة النكاح ربما يترتب عليها الحرام ، كذلك البطلان ربما يترتب عليه الحرام من التزويج بالغير وترك الإنفاق على الزوجة الواقعية والتزويج بالخامسة ، وأمثال ذلك ، فيحتمل حرمة معاشرتها مع الزوج الأول ، كما يحتمل حرمة التزويج بالآخر ، « لا إلى هؤلاء ولا إلى هؤلاء » .

قال الشاعر الفارسي :

دل براین پیره زنِ عشوه گردِ هرمبند

كاین عروسی است كه در عقد بسی داماد است

ويمكن أن يكون الوجه في ذلك : أنَّ إبطال النكاح في مقام الإشكال والإشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعاً ، فتتزوج المرأة ويحصل الزنا بذات البعل ، بخلاف إبقائه ، فإنه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلا وطء المرأة الخالية عن المانع ، وهذا أهون من وطئ ذات البعل .

فالمراد بالأحوط هو الأشد احتياطاً .

وكيف كان ، فمقتضى هذه الصحيحة : أنه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي ، لم يوجب ذلك التعدي إلى الحكم بصحة بيع الفضولي .
نعم ، لو ورد الحكم بصحة البيع

(ويمكن أن يكون الوجه في ذلك) أي في الحكم بالصحة في موارد الشك (أن)
إبطال النكاح في مقام الإشكال والإشتباه (كما في المقام من إنشاء العقد الفضولي) يستلزم التفريق بين الزوجين (الواقعي) على تقدير الصحة واقعاً ، فتتزوج المرأة (حينئذٍ) ويحصل الزنا بذات البعل ، بخلاف (الحكم بـ) إبقائه (أي) النكاح ، (فإنه على تقدير بطلان النكاح) في عالم الواقع (لا يلزم منه إلا وطء المرأة الخالية عن المانع ، وهذا أهون من وطئ ذات البعل) .

(فالمراد بالأحوط) في قوله عَلَيْهِ السَّلَام : « فَإِنَّ النِّكَاحَ أَوْلَى وَأَجْدَرُ أَنْ يَحْتَاطَ فِيهِ »
(هو الأشد احتياطاً) ، والأخذ بأخف المحذورين ، وليس المراد من الاحتياط هو الاحتياط بالمعنى المصطلح - أعني إحراز ما هو الواقع عند الله تعالى - .

(وكيف كان) سواء كان أريد بالاحتياط ما ذكرناه أم غيره ، (فمقتضى هذه الصحيحة) أي صحيحة العلاء بن سبيابة (أنه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي ، لم يوجب ذلك التعدي إلى الحكم بصحة بيع الفضولي) .

(نعم ، لو) فرضنا الأمر بعكس ذلك بأن (ورد الحكم بصحة البيع) الفضولي

أمكن الحكم بصحة النكاح؛ لأنَّ النكاح أولى بعدم الإبطال، كما هو نصُّ الرواية. ثمَّ إنَّ الرواية وإن لم يكن لها دخلُ بمسألة الفضولي، إلا أنَّ الاستفادة منها قاعدةً كليّة، وهي: أنَّ إمضاء العقود الماليّة يستلزم إمضاء النكاح، من دون العكس الذي هو مبنى الاستدلال في مسألة الفضولي، هذا.

ثمَّ إنَّه ربّما يؤيد صحة الفضولي،

بالإجازة اللاحقة في رواية معتبرة، (أمكن الحكم بصحة النكاح) الفضولي أيضاً بالإجازة اللاحقة بالفحوى؛ (لأنَّ النكاح أولى بعدم الإبطال، كما هو نصُّ الرواية) الصحيحة عن العلاء بن سيّابة المتقدّمة ص ٣٦٦ عن الإمام الصادق عليه السلام؛ لقوله فيها: «فإنَّ النكاح أولى وأجدر أن يُحتاط فيه؛ لأنَّه الفرج، ومنه يكون الولد»، وكذا قوله عليه السلام في ضمنها: «أنَّ النكاح أحرى، وأحرى أن يُحتاط فيه»، فراجع تمام الحديث^(١).

(ثمَّ إنَّ) تلك (الرواية) الصحيحة (وإن) وَرَدَتْ في بيع الوكيل المعزول و (لم يكن لها دخلُ بمسألة الفضولي)، فموردها موضوعان متغايران، ربّما يتوهم اختلاف حكم الفضولي مع حكم الوكيل المعزول، (إلا أنَّ الاستفادة منها) أي من الرواية (قاعدةً كليّة) بحيث تنطبق على صغرياتها التي منها العقد الفضولي، (و) تلك القاعدة، (هي: أنَّ إمضاء العقود الماليّة يستلزم إمضاء النكاح، من دون العكس)، فلا يستلزم إمضاء النكاح الفضولي أو الوكيل المعزول، إمضاء البيع وغيره من العقود الماليّة و (الذي هو مبنى الاستدلال) المتقدّم في كلام الأصحاب هو هذا العكس، أعني الكلام (في مسألة الفضولي)؛ لأنَّ (هذا) هو مورد الروايات المتقدّمة ص ٣٦٥ الواردة في النكاح الفضولي.

(ثمَّ إنَّه ربّما يؤيد) كما في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٧٨ (صحة) البيع (الفضولي)

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٦ أحكام الوكالة.

بل يُستدلّ عليها : بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصّة ، مثل موثقة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام : « في رجل دَفَعَ إلى رجل مالا ليشترى به ضرباً من المتاع مضاربةً ، فاشترى غير أمرّه ، قال : هو ضامنٌ ، والربح بينهما على ما شَرَطَهُ » ، ونحوها غيرها الواردة في هذا الباب .

للمالك ، بالإجازة ، (بل يُستدلّ عليها) كما في كلام المحقّق الشوشتری في المقابس ص ١٢٦ (بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصّة) ، كافتراض مال الصبيّ للتجارة مع عدم الإذن الشرعي ، وكالمضاربة مع مخالفة العامل لما شَرَطَ عليه ربُّ المال ، (مثل موثقة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام : « في رجل دَفَعَ إلى رجل مالا ليشترى به ضرباً من المتاع) المعين ، كالنوب والفرش والذهب (مضاربةً ، فاشترى) الرجل (غير) المتاع (الذي أمرّه) صاحب المال ، (قال : هو) أي العامل (ضامنٌ) لرأس المال ؛ من جهة بطلان وكالته في المضاربة بالمخالفة ، ويكون المعاملة فضولياً ، (و) لكن (الربح بينهما على ما شَرَطَهُ » ^(١)) إذا أجاز إشتراؤه ، والظاهر أنّ الرواية صحيحة ؛ فإنّ الشيخ رواها في التهذيب ج ٧ ص ٢٢٩ بإسناده إلى محمد بن الحسن الصفّار ، وسنده إليه صحيح ، وكذا باقي الرواة ، وقد أشار إلى هذا سيّدنا الأستاذ في تعليقه هدى الطالب ج ٤ ص ٤٢٧ ، وبمضمونها عيناً صحيحة الحلبي عنه عليه السلام ^(٢) ، (ونحوها غيرها الواردة في هذا الباب) ، وهو الباب الأوّل من المضاربة في الوسائل .

وتقريب الإستدلال بها : أنّ مخالفة العامل لما شَرَطَ عليه ربّ المال توجب بطلان الوكالة ، فيكون الإشتراء فضولياً - كما أشرنا إليه في نقل الرواية - ولكن يكشف

(١) و (٢) الوسائل ج ١٣ ص ١٨٢ أحكام المضاربة ج ٩ وح ٥ الباب ١ ، ونحوه أكثر أحاديث الباب .

فإنها إن أُبقيت على ظاهرها من عدم توقّف ملك الربح على الإجازة - كما تُسب إلى ظاهر الأصحاب ، وعدّه خارجاً عن بيع الفضولي بالنص ، كما في المسالك وغيره - كان فيها إستثناس لحكم المسألة ، من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك إلى غيره .

وإن حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح - كما هو الغالب ،

عن إجازة المالك لهذا الإشتراء ، حصول الربح منه وجعله بينهما على ما هو المقرّر في المضاربة ، وإلاّ فلو لم يُجز المالك كان الشراء باطلاً وكان صاحب المال مالكاً للثمن الذي دَفَعه العامل إلى البائع ، فيستردّه منه ، (فإنها) أي الموثقة (إن أُبقيت على ظاهرها من) - عدم كون الشراء فضولياً - و (عدم توقّف ملك الربح على الإجازة) من المالك لأجل خصوص هذه النصوص ، (- كما تُسب) ذلك (إلى ظاهر الأصحاب) - على ما في الرياض ج ١ ص ٦٠٧ ، والمناهل ص ٢٠٧ لولده السيّد المجاهد ، والمقابس ص ١٢٦ وغيرها - ، (وعدّه هذا) المورد (خارجاً عن بيع الفضولي) حكماً (بالنص) الخاص ، (كما) قال الشهيد الثاني (في المسالك) ج ٤ ص ٣٤٥ و ٣٥٢ ، وفي شرح اللمعة ج ٤ ص ٢١٣ ، (وغيره) - كالمحقّق الكركي في جامع المقاصد ج ٨ ص ١١٠ .

وبالجملة: فلو أُبقيت على ظاهرها (كان فيها إستثناس لحكم المسألة) في البيع الفضولي ، (من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً) على العقد (في نقل مال المالك إلى غيره) ، بل يكفي رضاه المتأخّر عن البيع أو الشراء أو النكاح .

(وإن حملناها) أي موثقة جميل (على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح - كما هو الغالب) ، فإنّ الغرض من المضاربة هو الإسترباح وتنمية المال .

ومقتضى الجمع بين هذه الأخبار ، وبين ما دلّ على اعتبار رضا المالك في نقل ماله ، والنهي عن أكل المال بالباطل - إندرجت المعاملة في الفضولي .
وصحّتها في خصوص المورد وإن احتُمّل كونها للنصّ الخاصّ ، إلاّ أنّها لا تخلو عن تأييد للمطلب .

قال الشاعر الفارسي :

حبّ دنیا خواجه را از بس مشوّش می کند

تا زر بی غشّ به دستش می رسد غشّ می کند

(و) كذلك (مقتضى الجمع) العرفي (بين هذه الأخبار) الدالة على ملك

العامل لمقدار من الربح ، (وبين ما دلّ على اعتبار رضا المالك في نقل ماله) إلى الغير ، كقوله ﷺ : « لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفسه »^(١) ، (و) كذلك (النهي عن أكل المال بالباطل -) إلاّ أن تكون ﴿ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^(٢) ، وفي قوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾^(٣) .

وبالجملة : فعلى فرض رضا المالك بالإشتراء في هذه النصوص (إندرجت) فهو جواب الشرط في قوله : « وإن حملناها » (المعاملة) المذكورة في موثقة جميل وغيرها إندرجت (في الفضولي) موضوعاً وحكماً .

(وصحّتها) أي المعاملة (في خصوص المورد) ، وهو مورد مخالفة العامل في المضاربة لما شرطه ربّ المال ، (وإن احتُمّل كونها للنصّ الخاصّ) وهو موثقة جميل وغيرها (إلاّ أنّها لا تخلو عن تأييد للمطلب) كما تقدّم آنفاً بالتعبير

(١) الوسائل ج ٣ ص ٤٢٤ مكان المصلّي .

(٢) النساء : ٢٩ .

(٣) البقرة : ١٨٨ .

ومن هذا القبيل: الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم ، وأن الربح لليتيم ،

بالإستئناس ، من أنه بعد حصول الرضا من المالك كان البيع أو الشراء صحيحاً .
(ومن هذا القبيل) أي من قبيل أخبار المضاربة مع مخالفة العامل (الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم ، و) تدلّ على (أن الربح لليتيم) والتاجر ضامن للخسارة - كما أيّد بها المسألة الفضولي صاحب الجواهر ج ٢٢ ص ٢٧٨ - وظاهر إطلاق تلك الأخبار عدم الفرق بين إجارة الولي في التجارة وعدمها ، فهي مؤيدة لصحة عقد الفضولي ، وللتجارة بمال اليتيم صورٌ عديدة أنهاها الشهيد الثاني في المسالك ج ١ ص ٣٥٧ في باب الزكاة إلى أزيد من عشرين .

فمن تلك الروايات صحيحة محمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله عليه السلام : « في اليتيم ، قال : العامل به ضامن ، ولليتيم الربح إذا لم يكن للعامل مال ، وقال إن عطّب «أي تلف» أداه» (١) .

ومنها : رواية ربعي بن عبدالله ، عن أبي عبدالله عليه السلام - وفي سنده محمد بن إسماعيل البندقي النيشابوري ولم يوثّق (٢) - : « في رجل عنده مال اليتيم ، فقال : إن كان محتاجاً وليس له مالٌ فلا يمسّ ماله - أي مال اليتيم - ، وإن هو اتّجر به فالربح لليتيم ، وهو ضامن» (٣) .

ومنها : رواية سعيد السّمان ، وفي سنده إسماعيل بن مرار ولم يوثّق (٤) ، قال : « سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : ليس في مال اليتيم زكاة ، إلّا أن يُتجر به ، فإن اتّجر به

(١) و (٣) الوسائل ج ١٢ ص ١٩١ ما يكتسب به ، ح ٢ و ٣ .

(٢) راجع جامع الرواة ج ٢ ص ٦٧ ، وهو يروي عن الفضل بن شاذان كثيراً .

(٤) راجع جامع الرواة ج ١ ص ١٠٣ .

فإنّها إن حُمِلت على صورة إجازة الولي - كما هو صريح جماعة تبعاً للشهيد -
كان من أفراد المسألة ، وإن عُمِل بإطلاقها - كما عن جماعة ممّن تقدّمهم - خرجت
عن مسألة الفضولي ، لكن يُستأنس بها للمسألة بالتقريب المتقدّم .

فالربح لليتيم ، وإن وضع فعلى الذي يتّجر به ^(١) ، فإنّ جعل الربح لليتيم في هذه الأخبار يدلّ على حصول الربح بدون إذن الولي أيضاً .

(فإنّها إن حُمِلت على صورة إجازة الولي) للتجارة بعد وقوعها (- كما هو
صريح جماعة) من العلماء - منهم : المحقّق الكرّكي في جامع المقاصد ج ٣ ص ٥ ،
والشهيد الثاني في المسالك ج ١ ص ٣٥٧ ، والسيد العاملي في المدارك ج ٥ ص ٢٠ ،
والمحدّث البحراني في الحقائق ج ١٢ ص ٢٦ ، وصاحب الجواهر ج ١٥ ص ٢٣ - (تبعاً
للمشاهد -) الأول في الدروس ج ١ ص ٢٢٩ ، وعلى هذا الحمل (كان) اتّجار غير الولي
(من أفراد المسألة) الفضولي موضوعاً وحكماً ، (وإن عُمِل بإطلاقها) الدالّ على أنّ
الربح لليتيم ، سواء أجاز الولي أم لا (- كما عن جماعة ممّن تقدّمهم -) كالشيخ
الطوسي في النهاية ص ١٧٥ ، والمبسوط ج ١ ص ٢٣٤ ، وابن إدريس في السرائر
ج ١ ص ٤٤١ ، والمحقّق في الشرائع ج ١ ص ١٦٥ ، والعلامة في القواعد ج ١ ص ٥١ ،
والتذكرة ج ١ ص ٢٠١ ، وفخر الدين في الإيضاح ج ١ ص ١٦٧ ، فعلى مختار هؤلاء
(خرجت) أخبار التجارة بمال اليتيم (عن مسألة الفضولي ، لكن يُستأنس بها
للمسألة) أي مسألة الفضولي (بالتقريب المتقدّم) ص ٣٧٣ في أخبار المضاربة
مع مخالفة العامل ، من عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل ماله إلى غيره ، بل يكفي
رضاه المتأخّر ، حيث حَكَم الإمام عليه السلام بحصول الربح للمالك مع التصرف في ماله
بدون إذنه .

(١) الوسائل ج ٦ ص ٥٧ ممّن تجب عليه الزكاة .

وربما احتُمل دخولها في المسألة من حيث إنَّ الحكم بالمضيّ إجازةً
إِلَهِيةً لاحقةً للمعاملة ، فتأمل .

وربما يُؤيّد المطلب - أيضاً - برواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون
الذي دُفع إليه مالٌ ليشترى به نَسَمَةٌ ويُعتَقها ، ويُجَّه عن أبيه ، فاشترى أباه
وأعتقه ، ثمّ تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثة الدافع ،

(وربما احتُمل دخولها) أي دخول التجارة بمال اليتيم (في المسألة)
الفضولي (من حيث إنَّ الحكم) في تلك الأخبار (بالمضيّ) في التجارة ، وجعل الربح
لليّتم (إجازةً إلهيةً لاحقةً للمعاملة) حتّى يكون التصرف في مال اليتيم بنفعه ،
وعلى تقدير الخسران فهو على التاجر ، (فتأمل) لعلّه إشارةً إلى أنَّ الكلام في الفضولي
إنّما هو في مورد إجازة المالك للعقد التي تكون جزء السبب لحصول الملك مع الجزء
الآخر ، وهو العقد ، دون إجازة الشارع التي تكون بحكم العقد الكامل للمعاملة ، ولعلّه
إشارةً إلى أنَّ البحث في المسألة الفضولي إنّما هو عن تأثير إجازة المالك للعقد دون إجازة
الله سبحانه الذي هو مقارن للبيع .

(وربما يُؤيّد المطلب) وهو صحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك مع عدم سبق
المنع منه (- أيضاً - برواية ابن أشيم) وهو مردّد بين أفراد ومهمل ، عن أبي جعفر عليه السلام
(الواردة في العبد المأذون) من قبل المالك في التجارة للناس = حقّ العمل كار ،
(الذي دُفع إليه مالٌ) من رجل (ليشترى به نَسَمَةٌ) وهو المملوك ، ذكر أكان أو أنثى
(ويُعتَقها ، ويُجَّه عن أبيه) كذا في النسخ . والموجود في متن الرواية في الوسائل :
« وحجّ عني بالباقي » ، فعمل العبد المأذون حُسن الإستفادة ، (فاشترى أباه
وأعتقه) ، ثمّ مات الرجل الدافع للمال ، (ثمّ تنازع مولى) العبد (المأذون) ، فقال :
إنّه اشترى أباه من مالي فأبوه ملكٌ لي (ومولى الأب) فادّعى بطلان البيع وبقاء الأب
على ملكه (وورثة الدافع) ، فادّعوا أنَّ الأب ملكٌ لهم واشترى بمالهم ولم يُعتق ،

وَادَّعى كُلُّ مِنْهُمْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِمَالِهِ ، فَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام : «يُرَدُّ الْمَمْلُوكُ رِقاً لِمَوْلَاهُ ، وَأَيُّ الْفَرِيقَيْنِ أَقَامُوا الْبَيْتَةَ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِمَالِهِ كَانَ رِقاً لَهُ ... الْخَبَرُ ؛

بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَوْ لَا كِفَايَةُ الْإِشْتِرَاءِ بِعَيْنِ الْمَالِ فِي تَمَلُّكِ الْمَبِيعِ بَعْدَ مَطَالِبَتِهِمْ «مَطَالِبَتِهِ خَد» الْمَتَضَمِّنَةُ لِإِجَازَةِ الْبَيْعِ لَمْ يَكُنْ مَجْرُودَ دَعْوَى الشِّرَاءِ بِالْمَالِ ، وَلَا إِقَامَةَ الْبَيْتَةِ عَلَيْهَا كَافِيَةً فِي تَمَلُّكِ الْمَبِيعِ .

(و) الْحَاصِلُ (إِدَّعى كُلُّ مِنْهُمْ أَنَّهُ) أَيُّ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ (إِشْتَرَاهُ) أَبَاهُ الْمَعْتَقُ (بِمَالِهِ) أَيُّ مَالِ «كُلِّ مِنْهُمْ» (فَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام : «يُرَدُّ الْمَمْلُوكُ رِقاً لِمَوْلَاهُ») أَيُّ لِلْبَائِعِ (وَأَيُّ الْفَرِيقَيْنِ أَقَامُوا الْبَيْتَةَ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ) أَيُّ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ (إِشْتَرَاهُ) أَيُّ الْأَبِّ (بِمَالِهِ) أَيُّ بِمَالِ الْفَرِيقِ (كَانَ رِقاً لَهُ ... » الْخَبَرُ ^(١)) ، وَوَجْهٌ دَلَالَةُ هَذَا الْخَبَرِ عَلَى صَحَّةِ الْبَيْعِ الْفُضُولِيِّ كَمَا أَفَادَهُ الْمُحَقِّقُ الشُّوشْتَرِيُّ فِي الْمُقَابَسِ ص ١٢٦ هُوَ مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ بِقَوْلِهِ : (بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَوْ لَا كِفَايَةُ الْإِشْتِرَاءِ بِعَيْنِ الْمَالِ فِي تَمَلُّكِ) وَرِثَةُ الدَّافِعِ (الْمَبِيعِ) ، وَهُوَ أَبُ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ (بَعْدَ مَطَالِبَتِهِمْ) لِلْأَبِّ («مَطَالِبَتِهِ خَد» الْمَتَضَمِّنَةُ) هَذِهِ الْمَطَالِبَةُ (لِإِجَازَةِ الْبَيْعِ) بَعْدَ وَقُوعِهِ (لَمْ يَكُنْ مَجْرُودَ دَعْوَى الشِّرَاءِ) لَهُمْ (بِالْمَالِ ، وَلَا إِقَامَةَ الْبَيْتَةِ عَلَيْهَا كَافِيَةً فِي تَمَلُّكِ الْمَبِيعِ) لِفَرْضِ بَطْلَانِ الشِّرَاءِ بِمَالِهِمْ إِذَا لَمْ يَجُوزُوا الْبَيْعَ ، فَعَلَى تَقْدِيرِ إِلْغَاءِ خُصُوصِيَّةِ مُورَدِ الرِّوَايَةِ ، يَدُلُّ الْخَبَرُ عَلَى صَحَّةِ الْعَقْدِ الْفُضُولِيِّ ، وَإِلَّا فَالْخَبَرُ مُؤَيَّدٌ لَذَلِكَ كَمَا تَقَدَّمَ ص ٣٧٣ فِي أَخْبَارِ شِرَاءِ الْوَكِيلِ الْمَعْزُولِ ، وَكَذَلِكَ ص ٣٧٥ فِي رَوَايَاتِ الشِّرَاءِ بِمَالِ الْيَتِيمِ ، وَلَا يَخْفَى أَنَّهُ قَدْ أورد على الاستدلال بهذا الخبر - مع ضعفه - بوجوه ذكرها سيّدنا الأستاذ المروّج عليه السلام في هدى الطالب ج ٤ ص ٤٤٩ ، فَإِنْ أُرِدَتْ الْوُقُوفُ عَلَيْهَا فَرَاجِعُ ، وَكَذَلِكَ الشَّهِيدُ الثَّانِي فِي

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٥٣ بيع الحيوان .

ومما يؤيد المطلب أيضاً: صحيحة الحلبي عن الرجل يشتري ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً، فكرهه ثم رده على صاحبه، فأبى أن يقبله «يقبله خد» إلا بوضعية، قال: «لا يصلح له أن يأخذه بوضعية، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه، يرد» رد خد «على صاحبه الأول ما زاد»؛ فإن الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحة بيع الفضولي لنفسه. ويمكن التأييد له - أيضاً - بموثقة عبدالله،

شرح اللمعة ج ٣ ص ٣٣١.

(ومما يؤيد المطلب) وهو صحة البيع الفضولي كما في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٧٩ (أيضاً: صحيحة الحلبي)، هو ثامن الوجوه، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري ثوباً ولم يشترط لنفسه (على صاحبه) أي البائع (شيئاً) من خيار الفسخ، فانهقد البيع لازماً، (فكرهه ثم رده على صاحبه، فأبى أن يقبله «يقبله خد» إلا بوضعية) أي بنقص من الثمن الذي اشترى الثوب به (قال) أي الإمام الصادق عليه السلام: «(لا يصلح له أن يأخذه بوضعية، فإن جهل) بائع الثوب الحكم الشرعي فأخذه من المشتري بنقيصة، (فأخذه فباعه) برجل آخر (بأكثر من ثمنه) الأول (يرد» رد خد «على صاحبه الأول) أي المشتري الأول النادم على الإشتراط (ما زاد»^(١)). ووجه تأييد الصحيحة لصحة بيع الفضولي (فإن الحكم برد ما زاد) على الثمن (لا ينطبق بظاهره إلا على) بطلان الإقالة وبقاء الثوب على ملك المشتري الأول، و (صحة بيع الفضولي لنفسه) - كالغاصب البائع لمال غيره لنفسه - ووقوع البيع للمالك الواقعي.

(ويمكن التأييد له) أي للعقد الفضولي (- أيضاً - بموثقة عبدالله) كذا في

(١) الوسائل ج ١٢ ص ٣٩٢ أحكام العقود.

«عن أبي عبدالله عليه السلام عن السَّمْسَارِ يشتري بالأجر فيُدفع إليه الورق ، فيشترط عليه أنك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته وما شئت تركته ، فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع ، فيقول : خذ ما رضيت ودع ما كرهت ، قال : لا بأس ... »
الخير .

بناءً على أن الإشتراء من السَّمْسَارِ يُحتمل

النسخ ، والصواب «عبدالرحمن بن أبي عبدالله» ، وهي موثقة بطريق الكليني في الكافي - بالحسن بن محمد بن سماعة ، فإنه واقفي ثقة^(١) - ، وصحيحةً بطريق الصدوق والشيخ في الفقيه والتهذيب ، (« عن ») الإمام الصادق عليه السلام « قال : سألت (أبي عبدالله عليه السلام عن السَّمْسَارِ) وهو الدَّالُّ الواسطة بين البائع والمشتري = امانت فروش (يشتري) ويبيع (بالأجر فيُدفع إليه الورق) بفتح الواو وكسر الراء ، وهو الدرهم المضروب سكةً من الفضة ، قال الله تعالى : ﴿ فَابْعُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ﴾^(٢) (فيشترط عليه) أي على السمسار (أنك تأتي بما تشتري فما شئت) وعجبنى (أخذته) منك (وما شئت تركته ، فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع ، فيقول) للمشتري الذي دَفَعَ إليه الورق : (خذ ما رضيت ودع ما كرهت ، قال : لا بأس ... » الخبر^(٣)) لفظة « الخبر » زائدة لأنَّ الحديث مذكور بتمامه .

ووجه تأييدها عقد الفضولي (بناءً على أن الإشتراء) الصادر (من السَّمْسَارِ يُحتمل) فيه صُورٌ ثلاثة :

(١) راجع جامع الرواة ج ١ ص ٢٢٥ .

(٢) الكهف : ١٩ .

(٣) الوسائل ج ١٢ ص ٣٩٦ أحكام العقود ، الكافي ج ٥ ص ١٩٦ ، الفقيه ج ٣ ص ٢١٨ ، التهذيب

أن يكون لنفسه ، ليكون الورق عليه قرصاً فيبيع على صاحب الورق ما رَضِيَهُ من الأمتعة ، فيوفيه «فَيُؤَفِّيهِ» خد» دَيْنَهُ . ولا ينافي هذا الإحتمال فرض السمسار في الرواية مَن يشتري بالأجر ؛ لأنَّ توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته وشغله لا بملاحظة هذه القضية الشخصية .

ويُحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة ، فيلتزم بالبيع فيما رضي ويفسخه فيما كره .
ويُحتمل أن يكون فضولياً عن صاحب الورق ، فيتخير ما يريد ويرد ما يكره .

الأولى : (أن يكون) الشراء (لنفسه ، ليكون الورق) الذي دَفَعَهُ إليه الرجل (عليه قرصاً فيبيع) ما مَلَكَه من الأمتعة بالإشتراء (على صاحب الورق ما رَضِيَهُ من) تلك (الأمتعة ، فيوفيه «فَيُؤَفِّيهِ» خد» دَيْنَهُ) أي يوفي السمسار دَيْنَهُ لصاحب الورق والدراهم ، بجعل ما اختاره عوضاً عن دَيْنِهِ وهو الورق .

فإن قلت : توصيف السمسار في الرواية بقوله : « يشتري بالأجر » ظاهر في أنه يشتري الأمتعة للناس لا لنفسه ، قلنا : (ولا ينافي هذا الإحتمال) أي الشراء لنفسه (فرض السمسار في الرواية مَن يشتري بالأجر ؛ لأنَّ توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته وشغله) الأصلي (لا بملاحظة هذه القضية الشخصية) .

(و) الصورة الثانية (يُحتمل أن يكون) الشراء (لصاحب الورق بإذنه) بوكالة السمسار لا فضولاً (مع جعل خيار له على بائع الأمتعة ، فيلتزم) صاحب الورق (بالبيع فيما رضي ويفسخه فيما كره) من الأمتعة ، أو يفسخ السمسار فيه بالإقالة مع البائع .

(و) الصورة الثانية : (يُحتمل أن يكون) إشتراء السمسار (فضولياً عن صاحب الورق ، فيتخير ما يريد) من الأمتعة ، (ويرد ما يكره) بشرط من السمسار

وليس في مورد الرواية ظهور في إذن صاحب الورق للسُّمسار على وجه ينافي كونه فضولياً ، كما لا يخفى ، فإذا احتُمل مورد السؤال لهذه الوجوه ، وحكم الإمام عليه السلام بعدم البأس - من دون استفصالٍ عن المحتملات - أفاد ثبوت الحكم على جميع الإحتمالات .

وربّما يؤيّد المطلب بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه ، معللاً بأنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده ،

مع البائع ، كما هو المتعارف في العقد الفضولي .

(وليس في مورد الرواية ظهور في) الإحتمال الثاني بأن يكون البيع بـ (إذن صاحب الورق للسُّمسار) بعنوان الوكيل عنه ، حتّى تكون الرواية أجنبيةً عن البيع الفضولي (على وجه ينافي كونه) أي البيع (فضولياً ، كما لا يخفى) ، فالإحتمالات الثلاثة متطرّقة على الرواية على حدّ سواء ، فهي تصلح لتأييد صحّة البيع الفضولي .

(ف) المتحصّل أنّه (إذا احتُمل مورد السؤال) في الرواية (لهذه الوجوه) الثلاثة (وحكم الإمام عليه السلام بعدم البأس) بهذه المعاملة على الإطلاق (- من دون استفصالٍ عن المحتملات - أفاد ثبوت الحكم) بعدم البأس (على جميع الإحتمالات) الثلاثة ، التي منها كون الإشتراء فضولياً ، فإذا ثبت العقد الفضولي صحيح مع إجارة المالك إذا لم يمنع منه سابقاً .

(وربّما يؤيّد المطلب) وهو صحّة العقد الفضولي كما في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٧٩ ، والمقابس ص ١٢٦ (بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه) إذا لم يسبق منه منع عنه (معللاً) بقول الإمام عليه السلام - في مقام التعجّب والاستدلال على خلاف العامة القائلين ببطان النكاح المزبور - (« بأنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده ») كما تقدّم ص ٣٢٨ في صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام ،

وحاصله : أَنَّ المانع من صحّة العقد إذا كان لا يُرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً ، وهو عصيان الله تعالى ، وأما المانع الذي يُرجى زواله -كعصيان السيّد- فبزواله يصحّ العقد ، ورضا المالك من هذا القبيل ، فإنّه لا يرضى أولاً ويرضى ثانياً ، بخلاف سخط الله عزّ وجلّ بفعلٍ ، فإنّه يستحيل رضاه .

وهذا غاية ما يمكن أن يُحتجّ ويستشهد به للقول

وقد تقدّم الإستدلال بهذه الأخبار في ص ٣٦٥ بفحوى جريان الفضولي في النكاح على صحّته في البيع ، واستشكل الشيخ رحمه الله بالفحوى والألويّة بما ورد في صحيحة العلاء بن سيّابة ، والمقصود هنا تأييد المطلب بالتعليل الوارد في أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه ، إذا أجازه بعده ، وهو : «أنّه لم يعص الله ، وإنّما عصى سيّده» .

(وحاصله : أَنَّ) مقتضى عموم العلة المنصوصة في هذه الأخبار هو : أَنَّ (المانع من صحّة العقد إذا كان) بحيث (لا يُرجى زواله) ولا علاج له = درد بى درمان ، (فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً ، وهو) أي ذلك المانع إنّما هو (عصيان الله تعالى ، وأما المانع الذي يُرجى زواله) وكان له علاجٌ (كعصيان السيّد - فبزواله يصحّ العقد ، ورضا المالك) بعد عقد نكاح عبده (من هذا القبيل ، فإنّه لا يرضى أولاً ويرضى ثانياً) .

قال الشاعر الفارسي :

چون خطائی از تو سرزد در پشیمانی گریز

از خطا نادم نگر دیدن خطائی دیگر است

وهذا (بخلاف سخط الله عزّ وجلّ بفعلٍ ، فإنّه يستحيل رضاه) كالعقد على المحارم أو في العدة .

(وهذا) هو الدليل العاشر ، و (غاية ما يمكن أن يُحتجّ ويستشهد به للقول

بالصحة، وبعضها وإن كان ممّا يمكن الخدشة فيه، إلا أنّ في بعضها الآخر غنى وكفاية.

واحتج للبطلان بالأدلة الأربعة :

أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ﴾ .

بالصحة (للعقد الفضولي إذا وقع للمالك مع عدم سبق منع عنه ، (وبعضها وإن كان ممّا يمكن الخدشة فيه) ، كما عرفت في حديث عروة البارقي سنداً ودلالة (إلا أنّ في بعضها الآخر غنى وكفاية) في إثبات المدعى كعمومات « وجوب الوفاء بالعقد » ، و﴿ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ، و﴿ تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ ﴾ ، وصحيحة زرارة المتقدمة ص ٣٢٨ المعلّلة بعدم عصيان الله تعالى ، وصحيحة محمد بن قيس المتقدمة ص ٣٥٧ ، مضافاً إلى كون الصحة هو المشهور بين الأصحاب ، بل منسوب إلى علمائنا كما تقدّم ص ٣٤٩ .

ثم لا يخفى أنّه قد استدللّ على صحة عقد الفضولي بوجوه آخر ، منها : بيع المال المتعلّق للخمس وطلب الإجازة من الإمام عليه السلام ، فأجاز ، بل وغيره ممّا لهم الولاية فيه من غير الخمس ، ومنها التصدّق بمجهول المالك ، كاللقطة = ردّاً للمظالم ، مع إجازة المالك بعد ذلك لو ظهر ، واسترجاع المال لو لم يجز التصدّق ، وغير ذلك ممّا ذكر في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٧٩ ، وكذا في المقابس ص ١٢٦ ، وغيرها ، فراجع .

(واحتج للبطلان) أي بطلان عقد الفضولي إذا وقع للمالك ، وإن أجاز به بعده (بالأدلة الأربعة) : الكتاب والسنة والإجماع والعقل .

(أما الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(١) ،

دلّ بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على أنّ غير التجارة عن تراضٍ ، أو التجارة لا عن تراضٍ غير مبيحٍ لأكل مال الغير وإن لحقها الرضا ، ومن المعلوم أنّ الفضولي غير داخلٍ في المستثنى .

وفيه : أنّ دلالته على الحصر ممنوعة ؛ لانقطاع الإستثناء - كما هو ظاهر

اللفظ

حيث (**دلّ بمفهوم الحصر**) المستفاد إمّا من عدم صحّة التجارة إلّا بتراضي الطرفين الذي يرجع إلى مفهوم الشرط ، (**أو**) من (**سياق التحديد**) والتقيد ، أعني تقييد التجارة بكونها « عن تراضٍ » الذي يرجع إلى مفهوم الوصف ، فدلّ (**على أنّ غير التجارة عن تراضٍ**) كأخذ المال من المالك قهراً ، أو إكراهاً ، أو سرقةً ، (**أو التجارة لا عن تراضٍ**) كما في تجارة غير المالك للمال ، مثل المقام ، (**غير مبيحٍ لأكل مال الغير وإن لحقها الرضا**) الذي هو المفروض في العقد الفضولي ؛ وذلك بمقتضى شمول إطلاق الكلام لذينك الموردين ، (**ومن المعلوم أنّ الفضولي غير داخلٍ في المستثنى**) أعني التجارة عن تراضٍ حتّى يجوز الأكل ، بل هو داخل في المستثنى منه ، وهو الأكل بالباطل .

قال المحقّق الشوشتری في المقابس ص ١٢٨ في جملة كلامه في المقام : « ... والمعنى لا يتصرّف بعضكم في أموال بعضٍ بوجهٍ من الوجوه ؛ فإنّه باطلٌ إلّا بوجه التجارة المذكورة » ، أي عن تراضٍ .

(**وفيه : أنّ دلالته**) أي قول الله عزّ وجلّ (**على الحصر ممنوعة**) ؛ إذ هي منوطةٌ على كون الإستثناء متّصلاً ، كقوله : « ما جاء القوم إلّا زيدٌ » حتّى يدلّ على نفي الحكم عن الطبيعي وإثباته لفردٍ واحدٍ منها على نحو الإنحصار ، وأمّا في الآية فلا يدلّ على الحصر كذلك ؛ (**لانقطاع الإستثناء - كما هو ظاهر اللفظ**) ؛ إذ التجارة عن تراضٍ ليس أكلاً بالباطل - الذي هو المستثنى منه - فهو كقوله : « ما جاءني القوم

وصريح المحكي عن جماعة من المفسرين -؛ ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه .

وأما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد ، فهو - مع تسليمه - مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أخرى ، ككونه وارداً مورد الغالب ، كما في نحن فيه ،

إلا حماراً؛ حيث إنَّ «إلا» بمعنى «لكن» ، ومعلوم أنَّ مجرد قوله العام: «ما جاءني» لا ينافي وجود مخصص له ، ولو من غير أفراده .

(و) كون الاستثناء في الآية منقطعاً (صريح المحكي عن جماعة من المفسرين -) كالشيخ الطوسي في التبيان ج ٣ ص ١٧٨ ، والشيخ الطبرسي في مجمع البيان ج ٢ ص ٣٦ ، والزمخشري في الكشاف ج ١ ص ٥٠٢ .

وإنما قلنا بكون الاستثناء منقطعاً لـ (ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فرداً من) الأكل (الباطل) المستثنى منه -موضوعاً- (خارجاً عن حكمه) ، كما هو حقيقة الاستثناء من أنه إخراجٌ من الحكم كقوله: «لا تذهب إلى السوق إلا عند الضرورة» ، والآية ليست كذلك؛ لأنَّ التجارة عن تراضٍ أكل للمال بالحق لا بالباطل .

(وأما) إستفادة الحصر من (سياق التحديد) والتقييد بوصف «التراضي» (الموجب لثبوت مفهوم القيد) ليكون جواز الأكل منحصراً بما إذا وجد التراضي ، (فهو - مع تسليمه -) على القول بمفهوم الوصف ، كقولنا: أكرم زيداً العالم» بناءً على أنَّ مفهومه عدم وجوب الإكرام إذا لم يكن عالماً ، فعلى فرض تسليم ذلك فهو (مخصوص بما إذا) كانت فائدة الوصف منحصرةً بالمفهوم و (لم يكن للقيد فائدة أخرى ككونه وارداً مورد الغالب ، كما في نحن فيه) لكون أكثر التجارات المتعارفة مقرونة بالرضا ووقوعها عن إكراه نادرٌ جداً ،

وفي قوله تعالى: «وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ» ، مع احتمال أن يكون «عن تراضٍ» خبراً بعد خبرٍ لـ «تكون» على قراءة نصب «التجارة» لا قيداً لها - وإن كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد - فيكون المعنى: إلا أن يكون سبب الأكل «تجارة» ويكون «عن تراضٍ» ، ومن المعلوم: أن السبب الموجب لحل الأكل في الفضولي إنما نشأ عن التراضي .

فالوصف (و) القيد في المقام نظير قيد «في حُجُورِكُمْ» (في قوله تعالى: «وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ»^(١)) الذي ليس له مفهوم ، حيث إن غالب الربائب في حجور أزواج أمهاتهم ، فليس التقييد به إحترازياً ليكون له مفهوم - وهو حليّة الربائب اللّاتي لسن في حجور أزواج الأمهات - .

هذا ، (مع احتمال أن) لا يكون قوله: «عن تراضٍ» قيداً ووصفاً للتجارة ؛ لأنه يُحتمل أن (يكون «عن تراضٍ» خبراً بعد خبرٍ لـ «تكون» على قراءة نصب «التجارة») - بجعلها خبراً لـ «تكون» الناقصة لا التامة ، وإسمها «الأكل» المقدّر - وحينئذٍ (لا) يكون «عن تراضٍ» (قيداً لها) أي التجارة (- وإن كان غلبة توصيف النكرة) وهي «تجارة» الموصوفة بصفة «عن تراضٍ» ، أي الجار والمجرور ، كقولنا: «رجلٌ عالمٌ في بلد قم» (تؤيد التقييد -) والتوصيف (فيكون المعنى) على احتمال كونه خبراً بعد خبر: (إلا أن يكون سبب الأكل «تجارة» ويكون «عن تراضٍ» .

ومن المعلوم: أن السبب الموجب لحل الأكل في الفضولي إنما نشأ عن (التراضي) ، ولكنه متأخر عن العقد ، وعلى هذا فيندرج عقد الفضولي في المستثنى أعني السبب المحلل للأكل .

مع أنَّ الخطاب لمُلاك الأموال ، والتجارة في الفضولي إنما تصير تجارة المالك بعد الإجازة ، فتجارته عن تراضٍ .

وقد حُكي عن المجمع : أنَّ مذهب الإمامية والشافعية وغيرهم أنَّ معنى التراضي بالتجارة إمضاء البيع بالتفرّق «بالتصرّف خد» أو التخاير بعد العقد ، ولعله يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبراً بعد خبر .

(مع) قطع النظر عن هذه الإشكالات الثلاثة المتقدمة ، يرد على الإستدلال بالآية لبطلان عقد الفضولي : (أنَّ الخطاب) في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ... ﴾ ، إنما هو (لمُلاك الأموال) ، فلا يشمل الشخص الفضولي ؛ (و) ذلك لأنَّ (التجارة في الفضولي إنما تصير تجارة المالك بعد الإجازة ، فتجارته) أي الفضولي تكون (عن تراضٍ) وليس من الباطل . إذن فلم يتم الإستدلال بالآية على بطلانه .

(وقد حُكي) في المقابس ص ١٢٩ (عن المجمع) للشيخ الطبرسي ج ٢ ص ٣٧ : أنَّ مذهب الإمامية والشافعية وغيرهم أنَّ معنى التراضي بالتجارة (هو إمضاء البيع بالتفرّق) ، كذا في المصدر وبعض النسخ ، وفي سائر النسخ : (« بالتصرّف خد ») الواقع بعد العقد (أو التخاير بعد العقد) بأن يقول : اخترت البيع ، فليس المراد من التراضي بالتجارة هو خصوص التراضي المقارن لها ، بل يشمل المتأخر عنها أيضاً ، فيندرج العقد الفضولي تحت التجارة عن تراضٍ ؛ لأنَّ إتمامه وإكماله إنما يتحقّق بالإجازة وحينئذٍ فالآية تدلّ على صحّة العقد الفضولي لا على بطلانه .

(ولعله) أي ما حُكي عن مجمع البيان (يناسب ما ذكرنا من كون الظرف) ، وهو « عن تراضٍ » (خبراً بعد خبر) لا قيداً ووصفاً للتجارة ، وتوضيحه : أنَّ مقتضى المحكي عن المجمع هو : أنَّ المعتر في جواز الأكل أمران : أحدهما التجارة ، والثاني : كونها عن تراضٍ ، أعني من أن تقارنا معاً ، أو تقدّم التجارة وتأخر التراضي عنها .

وأما السنة، فهي أخبار:

منها: النبوي المستفيض، وهو قوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»، فإنَّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلُّطه على تسليمه؛ لعدم تملكه، فيكون مساوقاً للنبوي الآخر: «لا بيع إلا فيما يملك» بعد قوله ﷺ: «لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك».

(وأما) الإستدلال على بطلان العقد الفضولي بـ(السنة، فهي أخبار) استدلل بها صاحب الحقائق ج ١٨ ص ٣٨٦ على بطلانه، وأوردها المحقق الشوشري في المقابس ص ١٢٩ مع المناقشة فيها، وكذلك في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٨١.

(منها: النبوي المستفيض) في الكتب الإستدلالية: كالخلاف ج ٣ ص ١٦٨، والتذكرة ج ١ ص ٤٦٢ آخر الصفحة، وغيرها، وأما الكتب الروائية فلم يذكر الخبر فيها، وهي عامية، كما في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٨٥، (وهو قوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»^(١)).

وروى في الوسائل ما هو بمضمون هذا الخبر، عن الحسين بن زيد، عن الصادق عليه السلام، عن آبائه في مناهي النبي ﷺ، قال: «ونهى عن بيع ما ليس عندك، ونهى عن بيع وسلف»^(٢)، (فإنَّ) النهي يقتضي الفساد و (عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلُّطه على تسليمه؛ لعدم تملكه، فيكون) الخبر دليلاً على بطلان البيع الفضولي، و (مساوقاً للنبوي الآخر) بقوله ﷺ: «(لا بيع إلا فيما يملك» بعد قوله: «لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك»^(٣) بناءً على قراءة «يملك»

(١) سنن البيهقي ج ٥ ص ٢٦٧ و ٣١٧، وسنن الترمذي ج ٣ ص ٥٣٤.

(٢) الوسائل ج ١٢ ص ٣٧٥ أحكام العقود.

(٣) مستدرک الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٠ عقد البيع و ج ١٥ ص ٢٩٣ مقدّمات الطلاق.

ولما وَرَدَ في توقيع العسكري عليه السلام إلى الصفار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك». وما عن الحميري إن مولانا عجل الله فرجه كتب في جواب بعض مسائله: «إن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكةا، أو بأمره، أو رضا منه». وما في الصحيح عن محمد بن مسلم

بصيغة المعلوم كما هو الظاهر من سياق الكلام وعطفه على الطلاق، أي لا يملكه المطلق، ولا يملكه المعتق، ولا يملكه البائع، وأما بناءً على قراءة «يملك» بصيغة المجهول فالخبر أجني عن ما نحن فيه لدلالته على عدم جواز بيع ما لا يقبل الملك كالخمر والخنزير بالنسبة إلى المسلم.

(و) كذلك هذا الخبر مساوق (لما وَرَدَ في توقيع العسكري عليه السلام إلى) محمد بن الحسن (الصفار): «لا يجوز بيع ما ليس يملك»، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك^(١)، والرواية صحيحة، فإن الصدوق والشيخ رويها بإسنادهما الصحيح إلى الصفار.

(و) كذلك مساوق لـ (ما) روي (عن) محمد بن عبدالله بن جعفر (الحميري): «إن مولانا) الحجة (عجل الله فرجه كتب في جواب بعض مسائله) وقد سأل عن بعض أصحابنا الإمامية، له ضيعة من الأرض = مزرعة، كشتزار، بجانب خربة للسلطان - يحتمل أن تكون وقفاً - فسأل عن حكم شراء تلك الضيعة، فأجابه عليه السلام: «(إن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكةا، أو بأمره، أو رضا منه»^(٢)).

(و) كذلك مساوق لـ (ما في الصحيح عن محمد بن مسلم) عن أبي جعفر عليه السلام،

(١) الوسائل ج ١٢ ص ٢٥٢ عقد البيع، الفقيه ج ٣ ص ٢٤٢، ح ٣٨٨٦، التهذيب ج ٧ ص ١٧٨ ح ٦٦٧.

(٢) الوسائل ج ١٢ ص ٢٥٠ ح ٨ عقد البيع.

الوارد في أرض بغم النيل اشتراها رجلٌ ، وأهل الأرض يقولون : هي أرضنا ، وأهل الأستان « الأسياف خد » يقولون : هي أرضنا ، فقال : « لا تشتريها إلا برضا أهلها » .

وما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل « الفضيل » في رجل يشتري من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم ، فكتب عليها كتاباً بأنها قد

(الوارد في أرض بغم النيل) وهو كما في معجم البلدان ج ٥ ص ٣٣٤ « نيل » بليدة في سواد الكوفة يخترقها خليج كبير يتخلّج من الفرات الكبير ، حفرة الحجاج بن يوسف ، والمراد من فم النيل مبدأ ذلك النهر ، (يشتريها) أي تلك الأرض (رجلٌ ، وأهل الأرض يقولون : هي أرضنا) وليس من البائع ، (وأهل الأستان) كذا في بعض النسخ ، وفي المصححة والكافي وبعض النسخ : (« الأسياف ») وهو ساحل البحر أو ساحل الوادي .

وكيف كان فهو ناحية قريبة ببغداد ، فهم (يقولون : هي أرضنا) فلم يعلم المالك الواقعي (فقال) الإمام عليه السلام : (« لا تشتريها إلا برضا أهلها ») (١) إن عرفتهم .

(و) كذلك (ما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل) كذا في النسخ ، وفي المصححة والمصادر الحديثية ، ومنها الوسائل : (« الفضيل ») ، وهي صحيحة ، فإنّ محمداً وأباه الفضيل ثقتان ، ولقبه النهدي (٢) ، قال : سألت أبا الحسن الأوّل « يعني موسى بن جعفر عليه السلام » (في رجل يشتري من امرأة من آل فلان) أي عباس (بعض قطائعهم) جمع قطعة محالٌ في أطراف بغداد أقطعها المنصور الدوانيقي أناساً من أعيان دولته كما في مجمع البحرين ص ٣٦٠ « قَطَعَ » (فكتب عليها كتاباً بأنها قد

(١) الوسائل ج ١٢ ص ٢٤٩ عقد البيع .

(٢) راجع جامع الرواة ج ٢ ص ١٧٧ .

قبضت المال ولم تقبضه ، فيعطيهـا المال أم يمنعهـا ؟ قال : قل له يمنعهـا أشد المنع ، فإنّهـا باعت ما لم تملكه .

والجواب عن النبوي :

أولاً : أنّ الظاهر من الموصول هي العين الشخصية ؛ للإجماع والنص على جواز بيع الكلّي ،

قبضت المال ولم تقبضه ، فيعطيهـا المال أم يمنعهـا ؟ قال : قل له يمنعهـا أشد المنع ، فإنّهـا باعت ما لم تملكه «^(١)» .

(والجواب عن النبوي) الذي رواه حكيم بن حزام مع كونه روايةً عاميةً ولم يذكر في الكتب الروائية لأصحابنا : (أولاً : أنّ الظاهر من) لفظه « ما » (الموصول) في قوله : « لا تبع ما ليس عندك » (هي العين الشخصية) الخارجية ، وذلك (للإجماع والنص على جواز بيع الكلّي) مع عدم وجود شيء من أفرادـه عنده حين إنشاء البيع ، سواء كان حالاً أم سلفاً فيبيع - مثلاً - شاةً بأوصاف معينة بسعرٍ معيّن ثم يشتري الشاة ويعطيها مشتريه ، فقد دلّت النصوص - وقام الإجماع - على صحة هذا البيع^(٢) ، ففي صحيحة إسحاق بن عمار وعبدالرحمن بن الحجاج جميعاً ، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً ، قال : ليس به بأس . قلت : إنهم يفسدونه عندنا ، قال : وأي شيء يقولون في السلم ؟ قلت : لا يرون به بأساً ، يقولون : هذا إلى أجل ، فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه - أي البائع - فلا يصلح ، فقال عليه السلام : فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود «أحق» ، ثم قال : لا بأس

(١) الوسائل ج ١٢ ص ٢٤٩ عقد البيع .

(٢) راجع الوسائل ج ١٢ ص ٣٧٣ الباب ٧ وص ٣٧٥ الباب ٨ أحكام العقود ، وكذلك ج ١٣

ص ٦٠ الباب ٥ السلف .

ومن البيع البيع لنفسه ، لا عن مالك العين ، وحينئذٍ فيما أن يُراد بالبيع مجرد الإنشاء ، فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه ، فلا يقع له ولا للمالك بعد إجازته ، وإما أن يُراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه ثم يمضي ليشتريه من ماله ، قال : لأنه ﷺ ذكره جواباً لحكيم بن حزام ، حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضي ويشتريه ويُسلّمه ، فإنّ هذا البيع

بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه « حالاً » وإلى أجل ... الخبر »^(١).
كما (و) أنّ الظاهر (من البيع) في الرواية هو (البيع لنفسه) أي لنفس الفضولي (لا عن مالك العين) الذي هو محلّ الكلام في المسألة الأولى ، وهي أن يبيع الفضولي للمالك مع عدم سبق منع منه ، (وحينئذٍ) أي حين إرادة البيع لنفسه (فإنّما أن يُراد بالبيع مجرد الإنشاء) أي بدون إضافته إلى المالك أو العاقد ، (فيكون) (النهى في الرواية) (دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه) ؛ لأنّه نهى إرشادي ، ويدلّ على الفساد وليس نهياً مولوياً ؛ إذ لا مقتضى لحرمة نفس التلّفظ بلفظ « بعث كذا » مع عدم تصرف خارجي ولا إعتباري في مال الغير ، وعلى هذا (فلا يقع له ولا للمالك بعد إجازته) ؛ إذ المفروض عدم صلاحية الإنشاء الفاسد لترتب الأثر المملّك عليه .

(وإما) - عطفٌ على « فإنّما أن ... » - (أن يُراد) بالبيع لنفسه (ما عن) العلامة (في التذكرة) ج ١ ص ٤٦٢ السطر الأخير ، والحاكي عنه هو السيّد العاملي في المفتاح ج ٤ ص ١٨٦ (من أن يبيع) الفضولي (عن نفسه ثم يمضي ليشتريه) أي المبيع (من ماله) ويُعطيه للمشتري . (قال) أي العلامة : (لأنّه ﷺ ذكره جواباً لحكيم بن حزام ، حيث سأله عن أن يبيع الشيء) المعين (فيمضي ويشتريه ويُسلّمه) إلى المشتري ، (فإنّ هذا البيع) أي البيع لنفسه ، ثم إشتراؤه من المالك

(١) الوسائل ج ١٢ ص ٣٧٤ أحكام العقود .

غير جائز ، ولا نعلم فيه خلافاً ؛ للنهي المذكور وللغرر ؛ لأنَّ صاحبها قد لا يبيعها ، انتهى .

وهذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتي خالد ويحيى الآتيتين في بيع الفضولي لنفسه ، ويكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرّد انتقاله إليه بالشراء ، فلا ينافي أهليّته لتعقّب الإجازة من المالك .
وبعبارة أخرى : نهي المخاطب عن البيع دليلٌ على عدم وقوعه مؤثراً في حقّه ، فلا يدلّ على

(غير جائز ، ولا نعلم فيه خلافاً) بين الفقهاء في فساد ، وذلك (للنهي المذكور) في قوله ﷺ : « لا تبع ما ليس عندك » ، (و) كذلك (للغرر ؛ لـ) احتمال (أنَّ صاحبها) أي صاحب العين (قد لا يبيعها) ولو كان المشتري عالماً بحقيقة الأمر لم يُقدّم على هذا الشراء ، (انتهى) كلام التذكرة .

(وهذا المعنى) أي ما أفاده العلامة في التذكرة (يرجع إلى المراد من روايتي خالد ويحيى الآتيتين) في ج ٦ (في بيع الفضولي) مال الغير (لنفسه) .
أقول : ذكرهما في الأمر السابع عند إستقصاء القول في المجيز ، ويعبر عنه بمسألة : « مَنْ باع شيئاً ثم ملكه وأجاز » التي يأتي الكلام فيها في شرائط المجيز ، (ويكون بطلان البيع) في تلك المسألة (بمعنى عدم وقوع البيع للبائع) الفضولي العاقد (بمجرّد انتقاله) أي المبيع (إليه بالشراء) المتأخّر ، بحيث يكون الشراء من المالك مقدّمةً للتسليم ، (فلا ينافي) بطلان البيع بهذا المعنى ، وهو وقوعه للفضولي (أهليّته) « البيع » (لتعقّب الإجازة من المالك) الأصلي ، ووقوع البيع له واقعاً كما يأتي في المسألة الثالثة ص ٤١٤ .

(وبعبارة أخرى : نهي المخاطب) وهو حكيم بن حزام (عن البيع) نهي تنزيهي ، (و) دليلٌ على عدم وقوعه مؤثراً في حقّه ، فلا يدلّ (هذا النهي) على

إلغائه بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له ، وهذا المعنى أظهر من الأول ونحن نقول به ، كما سيجي .

وثانياً : سلّمنا دلالة النبويّ على المنع ، لكنّها بالعموم ، فيجب تخصيصه بما تقدّم من الأدلّة الدالّة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكة إذا أجاز .

وبما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالة قوله : « لا بيع إلا في ملك » ؛

إلغائه (أي البيع رأساً حتى (بالنسبة إلى المالك) أيضاً) حتى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له ، وهذا المعنى (الثاني للبيع الذي ذكره العلامة في التذكرة ج ١ ص ٤٦٢) (أظهر من) المعنى (الأول) وهو إرادة مجرد الإنشاء من دون إضافته إلى المالك والعاقد ، (ونحن نقول به) أي بما أفاده العلامة ﷺ من عدم صحّة البيع بمعنى وقوعه للعاقد الفضولي ، (كما سيجي) في المسألة الثالثة ص ٤١٤ .

هذا كلّ هو الجواب الأول عن النبويّ المذكور ، (وثانياً : سلّمنا دلالة النبويّ على المنع) وفساد الإنشاء بالنسبة إلى كلّ من الفضولي العاقد والمالك للمال ، (لكنّها بالعموم ، فيجب تخصيصه بما تقدّم) ص ٣٥١ (من الأدلّة الدالّة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكة إذا أجاز) مع عدم سبق منع منه ، كعمومات أدلّة البيع والعقود ، وص ٣٥٧ صحيحة محمد بن قيس الواردة في وليدة باعها ابن سيدها ، وص ٣٢٨ صحيحة زرارة الواردة في تزويج مملوك بغير إذن سيده معلّلة صحّة النكاح إذا أجاز السيّد ، بأنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيده .

(وبما ذكرناه من الجوابين) بقوله : « والجواب عن النبويّ أولاً ... ، وثانياً : سلّمنا ... الخ (يظهر الجواب عن دلالة قوله) صلى الله عليه وآله في النبويّ الآخر ، وفي توقيع العسكري ﷺ إلى الصفّار : (« لا بيع إلا في ملك ») أو قوله : « لا يجوز بيع

فإنَّ الظاهر منه كون المنفِي هو البيع لنفسه ، وأنَّ النفي راجعٌ إلى نفي الصِّحَّة في حقِّه لا في حقِّ المالك ، مع أنَّ العموم - لو سُلِّم - وجب تخصيصه بما دلَّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز .

وأما الروايتان ، فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقين أوضح ، وليس فيهما ما يدلُّ - ولو بالعموم - على عدم

ما ليس يملك ، (فإنَّ الظاهر منه كون المنفِي هو البيع لنفسه ، وأنَّ النفي راجعٌ إلى نفي الصِّحَّة في حقِّه) أي حقَّ الفضولي العاقد (لا في حقِّ المالك ، مع أنَّ العموم - لو سُلِّم - وجب تخصيصه بما دلَّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز) ، كما تقدَّم في النبويِّ الأوَّل .

(وأما الروايتان) الآتيتان في ج ٦ عند إستقصاء شرائط المجيز ، وهما روايتا يحيى بن الحجاج وخالد بن الحجاج^(١) ، (فدلالتهما على ما حملنا عليه) النبويين (السابقين أوضح) كما يجيء عند البحث عن شرائط المجيز ، ومراد الشيخ رحمته من الحمل المذكور هو ما تقدَّم ص ٣٢٥ من أنَّ بطلان البيع إنَّما هو بمعنى عدم وقوع البيع للبائع الفضولي بمجرد انتقال المبيع إليه بشرائه من ماله .

(وليس فيهما) أي في الروايتين الآتيتين (ما يدلُّ - ولو بالعموم - على عدم

(١) قال الشهيد رحمته في هداية الطالب ص ٢٧٥ : « أقول : يعني بهما روايتي خالد ويحيى الآتيتين ... لا التوقعين » ، واستظهر هذا المعنى السيّد اليزدي رحمته في حاشيته على المكاسب ص ١٤٠ ، وكذلك سيّدنا الأستاذ المروّج رحمته في هدى الطالب ج ٤ ص ٥٠٠ ، وهذا هو الصحيح لتصريح الشيخ رحمته بهما آنفاً ص ٣٩٥ ، هذا ولكن قال المامقاني رحمته في غاية الآمال ج ٦ ص ٦٣ : أنَّ المراد من الروايتين هما توقيع العسكري رحمته إلى الصفّار ، وما عن الحميري ، والظاهر أنَّه خلاف ما يستفاد من كلام الشيخ قدّس سرّه جميعاً وحشرني الله معهم مع السادة الأطهار عليهم السلام .

وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز .

وأما الحصر في صحيحة ابن مسلم والتوقيع ، فإنما هو في مقابلة عدم رضا أهل الأرض والضيعة رأساً ، على ما يقتضيه السؤال فيهما .
وتوضيحه : أنَّ النهي في مثل المقام وإن كان يقتضي الفساد ، إلاَّ أنَّه بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه ، ومن المعلوم : أنَّ عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود

وقوع البيع الواقع من غير المالك له) أي للمالك (إذا أجاز) بل هما في مقام بيان عدم جواز بيع ما ليس مملوكاً للبائع ، بأنَّ يوجب البيع لنفسه ، ثمَّ يمضي ويشترى المتاع من ماله ويعطيه للمشتري ، كما ستعرف هناك إن شاء الله وجه أوضحيَّة دلالتهما على ذلك من النبويين المتقدمين .

(وأما) الجواب عن (الحصر) المستفاد (في صحيحة ابن مسلم) على عدم جواز بيع الأرض إلاَّ برضا أهلها (و) كذلك في (التوقيع) عن الإمام الحجة عجل الله تعالى فرجه فيما رواه الحميري بقوله ﷺ : « إِنَّ الضيعة لا يجوز ابتياعها إلاَّ عن مالکها ... الخ » ، (فإنما هو) أي الحصر (في مقابلة عدم رضا أهل الأرض والضيعة رأساً) لا سابقاً على البيع ولا لاحقاً له (على ما يقتضيه السؤال فيهما) ، فإنَّه متضمَّن للنزاع والخلاف بين المالكين وعدم رضاهم بالبيع إذ لو كانوا راضين به لطلبوا الثمن من البائع ثمَّ تنازعا فيه .

(وتوضيحه) أي توضيح أنَّ المراد من الحصر هو عدم رضا أهل الأرض والضيعة بالبيع رأساً : (أنَّ النهي في مثل المقام وإن كان يقتضي الفساد) كما في غيره من موارد النهي عن المعاملة ، (إلاَّ أنَّه) أي الفساد (بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه) أي على البيع الذي كان في نيَّة البائع (ومن المعلوم : أنَّ عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه) أي بدون رضا المالك (الملك المقصود

منه ؛ ولذا يطلق عليه « الباطل » في عباراتهم كثيراً ، ولذا عُدَّ في الشرائع والقواعد من شروط المتعاقين - أعني شروط الصحة - : كَوْنُ العاقد مالِكاً أو قائماً مقامه ، وإن أُبَيِّتَ إلا عن ظهور الروايتين في لغوية عقد الفضولي رأساً ، وجب تخصيصهما بما تقدّم من أدلة الصحة .

وأما رواية القاسم بن فضل « فضيل » فلا دلالة فيها إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي ؛ لأنّه باع ما لا يملك ،

منه) ولذا (يطلق عليه « الباطل » في عباراتهم كثيراً) ، ومعنى البطلان عدم ترتّب الأثر بمجرد إنشاء العقد ، من الملك في البيع ، وعلقة الزوجية في النكاح ، وتملّك المنفعة في الإجارة وغير ذلك ، (ولذا) أي ولأجل إطلاق الباطل على عقد الفضولي (عُدَّ) المحقّق الحليّ (في الشرائع) ج ٢ ص ١٣ ، (و) العلامة في (القواعد) ج ١ ص ١٢٤ المتاجر ، وكذا غيرها (من شروط المتعاقين - أعني شروط الصحة - : كَوْنُ العاقد مالِكاً أو قائماً مقامه) كالوكيل والوليّ للطفل والحاكم الشرعيّ .

(وإن أُبَيِّتَ إلا عن ظهور الروايتين) وهما صحيحة ابن مسلم ومكاتبة الحميري إلى الحجة أرواحنا فداه (في لغوية عقد الفضولي رأساً) وعدم قابليّته للحقوق الإجازة (وجب تخصيصهما بما تقدّم) ص ٣٥١ (من أدلة الصحة) الدالة على وقوع العقد للمالك مع إجازته وعدم منعه سابقاً ، كما تقدّم ص ٣٩٥ وجوب تخصيص النبوتين بأدلة الصحة .

(وأما) الجواب عن (رواية) محمّد بن (القاسم بن فضل) - قد تقدّم ص ٣٩١ أنّه في المصادر الحديثيّة : (« فضيل ») وأنّ الرواية صحيحة - ، وقد منع الإمام عليه السلام فيها أشدّ المنع عن إعطاء الثمن للمرأة البائعة للقطيعة ، (ف) هي (لا دلالة فيها) كما في المقابس ص ١٣٠ المحقّق الشوشتری (إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي) لا على أصل جواز إشتراء القطيعة ؛ (لأنّه) أي البائع وهي المرأة من آل عبّاس (باع ما لا يملك ،

وهذا حقٌّ لا ينافي صحّة الفضولي .

وأما توقيع الصفّار ، فالظاهر منه نفى جواز البيع في ما لا يملك ، بمعنى وقوعه للبايع على جهة الوجوب واللزوم ، ويؤيّد تصريحه عليه السلام بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك ، فلا دلالة على عدم وقوعه لملكه إذا أجاز . وبالجمله : فالإنصاف أنّه لا دلالة في تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز ،

وهذا) أي عدم إعطاء الثمن لغير المالك (حقٌّ لا ينافي صحّة) العقد (الفضولي) .
(وأما) (الجواب عن) (توقيع) الإمام العسكري عليه السلام إلى (الصفّار) وقد تقدّم ص ٣٩٠ أنّ سنده صحيح ، (فالظاهر منه) كما ذكره المقابس ص ١٣٠ ، والجواهر ج ٢٢ ص ٢٨٤ (نفى جواز البيع في ما لا يملك) (البائع المبيع) ، (بمعنى وقوعه للبايع) (العائد الفضولي) (على جهة الوجوب واللزوم) بحيث لو اشترى من المالك ما باعه أولاً فضولاً كان البيع ماضياً من دون الإحتياج إلى الإجازة الجديدة ، كما يقع البيع المتعارف للمالك .

(ويؤيّد) أي يؤيّد ما ذكرناه من عدم وقوع البيع على جهة اللزوم للفضولي ولا للمالك (تصريحه عليه السلام بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك) (بقوله عليه السلام : «وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك»^(١)) ، (فلا دلالة) في هذا التوقيع (على عدم وقوعه) أي البيع (لملكه إذا أجاز) .

(وبالجمله : فالإنصاف أنّه لا دلالة في) آية التجارة و (تلك الأخبار) التي استدللّ بها على بطلان العقد الفضولي (بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز) ، وعلى فرض دلالتها فهي بالعموم فتخصّص بما دلّ على صحّة عقد

(١) الوسائل ج ١٢ ص ٢٥٢ عقد البيع .

ولا تعرّض فيها إلّا لنفي وقوعه للعاقد .

الثالث : الإجماع على البطلان ، إدّعاء الشيخ في الخلاف معترفاً بأنّ الصّحّة مذهب قومٍ من أصحابنا ، معترداً من ذلك بعدم الإعتداد بخلافهم ، وإدّعاء ابن زهرة أيضاً في الغنية ، وإدّعى الحلّي في باب المضاربة عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب .

والجواب : عدم الظنّ بالإجماع ، بل الظنّ بعدمه ، بعد ذهاب معظم

القدمات ،

الفضولي ، (ولا تعرّض فيها إلّا لنفي وقوعه للعاقد) ، ونحن نعترف بذلك .

(الثالث) ممّا استدلّ على بطلان عقد الفضولي - ولو للمالك ومع عدم سبق نهي

منه :- (الإجماع على البطلان ، إدّعاء الشيخ) الطوسي (في الخلاف) ج ٣ ص ١٦٨

كتاب البيوع (معترفاً بأنّ الصّحّة مذهب قومٍ من أصحابنا ، معترداً من ذلك بعدم

الإعتداد بخلافهم) بقوله : « دليلنا إجماع الفرقة ، ومن خالف منهم لا يُعتدّ بقوله ، ولأنّه

لا خلاف أنّه ممنوع التصرف في ملك غيره والبيع تصرف ... الخ » ، (وإدّعاء) أي

الإجماع على البطلان السيّد أبو المكارم (ابن زهرة أيضاً في الغنية) ص ٢٠٧ ،

(وإدّعى الحلّي) ابن إدريس في السرائر ج ٢ ص ٤١٥ (في باب المضاربة) بمال

الغير مع عدم الإجازة منه (عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين

المغصوب) بخلاف ما إذا اشترى في الذمّة ، فإنّ الثمن في ذمّته ، قال « ... إن كان قد

اشترى - أي الغاصب - بعين المال ، فالشراء باطلٌ بغير خلاف » ، ولا يخفى أنّ هذا مبنيّ

على عدم الفرق بين الشراء الفضولي وبيعه ، وفي الأصحاب من يفرّق بينهما .

(والجواب) : أنّ المفيد في الاستدلال هو العلم بتحقيق الإجماع ، والموجود في

المقام هو (عدم الظنّ بالإجماع) فضلاً عن حصول القطع به ، (بل) المتحقّق هو

(الظنّ بعدمه ، بعد ذهاب معظم القدمات) من الأصحاب على صحّة عقد الفضولي ،

كالقديمين والمفيد والمرضى والشيخ بنفسه في النهاية التي هي آخر مصنفاته على ما قيل وأتباعهم ، على الصحة ، وإطباق المتأخرين عليه ، عدى فخر الدين وبعض متأخر المتأخرين .

الرابع : ما دلّ من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه ، فإنّ الرضا اللاحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف ،

(كالقديمين) وهما : ابن الجنيد الإسكافي ، وأبي عقيل الحذاء العماني ، (و) الشيخ (المفيد) في المقنعة ، (و) السيد (المرتضى) في الناصريات ، (والشيخ بنفسه في) كتاب (النهاية التي هي آخر مصنفاته على ما قيل وأتباعهم على الصحة ^(١)) ، وإطباق المتأخرين عليه (الأولى تأنيث الضمير لرجوعه إلى « الصحة » (عدى فخر الدين) في الإيضاح ج ١ ص ٤١٧ ، (وبعض متأخر المتأخرين) ، كالمحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ج ٨ ص ١٥٨ ، وزبدة البيان ص ٤٢٨ ، والمحدث البحراني في الحقائق ج ١٨ ص ٣٧٨ ، والمحدث السيد الجزائري ، كما تقدّم ص ٣٥٠ .

(الرابع) ممّا استدللّ به على بطلان عقد الفضولي مطلقاً : (ما دلّ من) حكم (العقل و) مساعدة (النقل) له أيضاً (على عدم جواز التصرف في مال الغير) وقبحه (إلا بإذنه) لأنّه تجاوز عن حدود العدل والإنصاف ، وهذا هو كبرى كلىّة ، (فإنّ الرضا اللاحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف) ؛ لأنّ ما وقع من الأفعال لا يتغيّر عمّا وقع عليه ، فالفعل القبيح كالظلم لا يترتب عليه آثار الصحة ، إلّا مع تبدّل الموضوع .

قال الشاعر الفارسي :

چه سود آنکه که ماهی مرده باشد که باز آید بجوی رفته آبی

(١) تقدّم مصادر التخریج عنهم جميعاً في الصفحة ٣٤٩ و ٣٥٠ ، فراجع .

ففي التوقيع المروي في الاحتجاج: « لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه » ، ولا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً .
والجواب : أن العقد على مال الغير متوقعاً لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفاً فيه .

نعم ، لو فرض كون العقد علّة تامّة ولو عرفاً لحصول الآثار - كما في بيع المالك أو الغاصب المستقل - كان حكم العقد جوازاً ومنعاً حكم معلوله

(ففي التوقيع المروي في الاحتجاج) ج ٢ ص ٢٢٩ للشيخ الطبرسي ، ط . مطبعة النعمان - النجف ، ورواه في الوسائل عن كمال الدين للصدوق فيما ورد على محمد بن عثمان العمري قدس الله روحه : (« لا يجوز ») - في المصدرين والوسائل - : « فلا يحلّ (لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه) . . . الخ » ^(١) ، (ولا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً) ، وهذا هو الصغرى .
فالنتيجة : أن التصرف في مال الغير بالبيع وغيره بلا إذن منه حرامٌ وفاسد لا يترتب عليه أثر .

(والجواب) منع الصغرى ، ف (إن) مجرد إنشاء (العقد على مال الغير متوقعاً لإجازته) و (غير قاصد لترتيب الآثار عليها) أي آثار الإجازة كإقباض المبيع وقبض الثمن (ليس تصرفاً فيه) .

ثم استدرك الشيخ على عدم كون العقد تصرفاً ، فقال : (نعم ، لو فرض كون العقد علّة تامّة ولو عرفاً) لا بالدقّة العقلية (لحصول الآثار - كما في بيع المالك أو الغاصب المستقل -) الذي يبيع لنفسه ولا يبالي بإجازة المالك مع جهل المشتري بكونه غاصباً (كان حكم العقد) الفضولي شرعاً (جوازاً ومنعاً حكم معلوله) ،

(١) الوسائل ج ٦ ص ٣٧٧ الأنفال، كمال الدين ص ٥٢١، ط : دار الكتب الإسلامية .

المترتب عليه .

ثم لو فرض كونه تصرفاً، فمما استقلَّ العقل بجوازه مثل الإستضاءة والإصطلاء بنور الغير وناره ، مع أنه قد يفرض الكلام فيما إذا عُلِمَ الإذن في هذا من المقال أو الحال ؛ بناءً على أن ذلك لا يُخرجه عن الفضولي ، مع أن تحريمه لا يدلُّ على الفساد .

مع أنه لو دلَّ لدلَّ على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر

وهو ترتب الآثار (المترتب عليه) ، فيكون من المالك جائزاً ومن الغاصب حراماً ، ولا يترتب الآثار عليه شرعاً .

(ثم لو فرض) تسليم (كونه) أي مجرد العقد من الفضولي (تصرفاً) عرفاً (فمما استقلَّ العقل بجوازه) فهو (مثل الإستضاءة والإصطلاء) = گرم شدن (بنور) مصباح (الغير وناره) من دون التصرف في ملكه ، وكذلك الإستغلال بجدار الغير وشجرة ، فليست هذه التصرفات قبيحةً عقلاً ولا حراماً شرعاً .

(مع أنه قد) لا يكون العقد الفضولي قبيحاً في بعض الموارد وإن فرض كونه تصرفاً في مال الغير ؛ وذلك كما (يفرض الكلام فيما إذا عُلِمَ الإذن) من المالك (في هذا) العقد من البيع أو النكاح أو الإجارة أو غيرها (من المقال أو الحال) السابقين على العقد أو المقارنين له ؛ (بناءً على أن ذلك لا يُخرجه عن) العقد (الفضولي) - كما تقدّم الكلام فيه ص ٣٤٣ ، واستظهر الشيخ خروجه عنه - وحينئذٍ ، فالدليل أخص من المدعى ولا يجري في بعض الموارد .

(مع أن تحريمه) أي العقد الفضولي تكليفاً (لا يدلُّ على الفساد) والبطلان وضعاً .

(مع أنه لو دلَّ) أي لو دلَّ النهي على الفساد ، فهو لا يدلُّ على لغوية العقد رأساً وأنه كالمعدوم ، بل (لدلَّ على) الفساد ، و(بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر

عليه وعدم استقلاله في ذلك ، ولا يُنكره القائل بالصحة ، خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقلّة .

ومما ذكرنا ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري ، بناءً على أنّ العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم ، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد .

وقد يستدلّ للمنع بوجوه آخر ضعيفة ، أقواها : أنّ القدرة على

عليه) «العقد» (وعدم استقلاله في ذلك) أي من دون احتياج إلى شيء آخر - أعني الإجازة - (ولا يُنكره) أي البطلان بهذا المعنى (القائل بالصحة) للعقد الفضولي (خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقلّة) ؛ إذ لا أثر للعقد أصلاً قبل الإجازة . نعم على الكشف يترتب النقل والانتقال من حين العقد ، بل القائل بالصحة يقول بها بمعنى كون العقد جزء المؤثر والجزء الآخر المهمّ هو الإجازة اللاحقة .

(ومما ذكرنا) من معنى البطلان من كونه بمعنى عدم مؤثريّة العقد مستقلاً (ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري) إلى المالك لتحصيل الإجازة منه ، فإنّ المشتري أيضاً فضولي بالنسبة إلى الإشتراء ، والأحسن تبديل لفظة «المشتري» بـ«المالك» (بناءً على أنّ) هذا (العقد المقرون بهذا القصد) وهو استقلال التأثير للعقد (قبيح محرّم ، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد) فيكون نفس الإنشاء حراماً تكليفاً ، ولكنّه مؤثر في النقل والانتقال وضعاً إذا أُلْحِقَ به الإجازة من المالك بعده ، وأمّا بناءً على أنّ القبيح والحرام هو نفس القصد دون العقد فأوضح .

(وقد يستدلّ للمنع) عن العقد الفضولي (بوجوه آخر ضعيفة) ذكرها الشيخ المحقّق الشوشطري في المقابس ص ١٢٧ مع أجوبتها ، (أقواها) ما ذكره فخر الدين في الإيضاح ج ١ ص ٤١٧ ، والسيد المجاهد في المناهل ص ٢٨٨ من : (أنّ القدرة على

التسليم معتبرة في صحة البيع ، والفضولي غير قاصد حقيقةً إلى مدلول اللفظ كالمكره ، كما صرح في المسالك .

ويضعف الأول - مضافاً إلى أن الفضولي قد يكون قادراً على إرضاء المالك - بأن هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعاً ، بل يكفي تحققه في المالك ، فحينئذ يشترط في صحة العقد مع الإجازة قدرة المجيز على تسليمه وقدرة المشتري على تسلمه على ما سيجيء .

ويضعف الثاني بأن المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود

(التسليم) أي تسليم المبيع للمشتري (معتبرة في صحة البيع ، والفضولي غير قاصد) عليه ، فهو نظير بيع العبد الآبق والسيارة المسروقة ، والوجه الآخر: أن الفضولي غير قاصد (حقيقةً إلى مدلول اللفظ) في الخارج ، بل قاصد للمدلول الإستعمالي ، فهو كالهازل و (كالمكره ، كما صرح) به الشهيد الثاني (في المسالك) ج ٣ ص ١٥٥ ، وقد تقدّم كلامه ص ٣٥٣ في بيع المكره .

(ويضعف الأول) وهو عدم القدرة على التسليم (- مضافاً إلى أن الفضولي قد يكون قادراً على إرضاء المالك -) كما إذا كان أباً له ، فالدليل أخص من المدعى (بأن هذا الشرط غير معتبر في العاقد) للإنشاء (قطعاً ، بل يكفي تحققه) «الشرط» (في المالك) كما هو الحال في الوكيل في إجراء العقد ، فإنه غير قادر على تسليم المبيع ، ويكفي قدرة المالك عليه ، (فحينئذ) أي حين كفاية قدرة المالك (يشترط في صحة العقد مع الإجازة) اللاحقة (قدرة المجيز على تسليمه) «المبيع» (وقدرة المشتري على تسلمه) وعلى دفع الثمن (على ما سيجيء) إن شاء الله في الجزء السادس في الشرط الثالث من شروط العوضين .

(ويضعف الثاني) وهو أن الفضولي غير قاصد للمدلول حقيقةً (بأن المعتبر في العقد هو هذا القدر) وهو إرادة معنى ألفاظ العقد (من القصد الموجود

في الفضولي والمكره ، لا أزيد منه ، بدليل الإجماع على صحة نكاح الفضولي وبيع المكره بحق ؛ فإن دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للإجماع ، كما ترى !

في الفضولي والمكره ، لا أزيد منه ، بدليل الإجماع على صحة نكاح الفضولي مع أنه قاصد لمدلول الألفاظ الإستعمالي لا المدلول الحقيقي ؛ لأنه ليس في اختياره ، فهو إنما يُنشئ العقد برجاء إجازة الزوج أو الزوجة ، وكذلك في البيع يُنشئ العقد برجاء إجازة المالك . ويقال في اصطلاح العوام : « عليك يا الله » ، (و) كذلك الحال في (**بيع المكره بحق**) ، كمن يمتنع عن أداء دينه ، أو نفقة عياله ، مع التمكن ، والحال أن الموجود فيهما إنما هو القصد بهذا المقدار ، (**فإن دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك**) أي في كل من الفضولي والمكره (**للإجماع ، كما ترى !**) ؛ وذلك لاستلزام هذه الدعوى بتخصيص قاعدة « العقود تابعة للقصد » ، مع أنه غير قابل للتخصيص إذ لا عقد حقيقةً وموضوعاً مع عدم القصد لمدلول الألفاظ الإستعمالي كالغالب والهازل .

المسألة الثانية

أن يسبقه منع المالك ، والمشهور أيضاً صحته ، وحُكي عن فخر الدين :
أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهي المالك ، ويلوح إليه ما عن
التذكرة - في باب النكاح - من حمل النبوي : « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه
فهو عاهر » - بعد تضعيف السند - على أنه نكح بعد منع مولاه وكرهته ؛ فإنه
يقع باطلاً ، والظاهر أنه لا يفرق بين النكاح وغيره ،

(المسألة الثانية: أن يسبقه) أي البيع الفضولي (منع المالك ، والمشهور
أيضاً صحته) كما في المسألة الأولى من الصحة مع عدم سبق المنع ، (وحُكي) في
المقابس ص ١٢١ كتاب البيع (عن فخر الدين) في الإيضاح ج ١ ص ٤١٧ : (أن بعض
المجوزين -) العقد (الفضولي اعتبر عدم سبق نهي المالك ، ويلوح إليه) أي
إلى اعتبار عدم سبق المنع (ما عن) العلامة في (التذكرة) ج ٢ ص ٥٨٨ كما في
المقابس أيضاً ص ١٢١ س ٣٠ - (في باب النكاح - من حمل النبوي) الدالّ على أن :
(« أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر » - بعد تضعيف السند -) لأنها
رواية عامية^(١) ، وليست في المصادر الحديثية لأصحابنا ، فحمل العلامة النبوي المذكور
(على أنه نكح بعد منع مولاه وكرهته) كما يظهر من التعبير بأنه « عاهر » وزاني ،
(فإنه يقع باطلاً) ، ومفهومه عدم تأثير الإجازة اللاحقة من المولى بعد العقد ،
وقد أشار الشيخ رحمه الله بقوله : « يلوح إليه » إلى أن كلام العلامة وإن كان في النكاح ، إلا
أنه يجري حكمه في البيع أيضاً ؛ لأنهما من واحد ، وذلك قال : (والظاهر أنه
لا يفرق بين النكاح وغيره) في البطلان بعد منع المالك . للعقد ؛ إذ ليس العبد مستقلاً
في أموره .

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٢٧ ، سنن الترمذي ج ٣ ص ٤١٩ .

ويظهر من المحقق الثاني؛ حيث حَمَلَ «احتمل خد» فساد بيع الغاصب؛ نظراً إلى القرينة الدالة على عدم الرضا وهي الغصب.

وكيف كان، فهذا القول لا وجه له ظاهراً، عدا تخيّل: أَنَّ المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة المختصة بغير المقام، وَأَنَّ العقد إذا وقع منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد -ولو آنأماً- كافٍ في الردّ، فلا ينفع الإجازة اللاحقة؛ بناءً على أَنَّهُ لا يعتبر في الردّ

(ويظهر من المحقق الثاني) الكركي في جامع المقاصد ج ٤ ص ٩٦ أيضاً اعتبار عدم المنع السابق في صحّة عقد الفضولي، (حيث حَمَلَ) كذا في النسخ، وفي المصحّحة: («احتمل» فساد بيع الغاصب؛ نظراً إلى القرينة الدالة على عدم الرضا) من المالك (وهي الغصب) وأَنَّهُ يبيع لنفسه.

(وكيف كان) سواء قال العلّامة والمحقق الثاني بالبطلان مع النهي أم لا، (فهذا القول) أي البطلان (لا وجه له ظاهراً، عدا تخيّل: أَنَّ المستند في) صحّة (عقد الفضولي هي رواية عروة) البارقي المتقدّمة ص ٣٥٣ (المختصة بغير المقام) أي بغير سبق النهي من المالك -كما يظهر من كلام الفاضل النراقي في المستند ج ١٤ ص ٢٧٨- ولا يخفى لطف تعبير الشيخ بـ«أَنَّ المستند»-؛ وذلك لأنّ مورد الرواية عدم سبق نهْي النبي ﷺ عن الشراء الصادر من عروة، بل أظهر رضاه بقوله: «بارك الله في صفقة يمينك»^(١)، (و) كذلك تخيّل: (أَنَّ العقد إذا وقع منهياً عنه) من المالك، (ف) لا يمكن تصحيحه بالإجازة اللاحقة؛ لأنّه يشترط في الإجازة أن لا تكون بعد الردّ، و (المنع الموجود بعد العقد) في المقام (-ولو آنأماً- كافٍ في الردّ، فلا ينفع الإجازة اللاحقة) بعد ردّ العقد؛ (بناءً على أَنَّهُ لا يعتبر في الردّ)

(١) مستدرک الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٥ عقد البيع، عوالي اللئالي ج ٣ ص ٢٠٥ ح ٣٦.

سوى عدم الرضا الباطني بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل إنفسخ العقد؛ لأنّ الحلف عليه إمارة عدم الرضا.

هذا، ولكنّ الأقوى عدم الفرق؛ لعدم انحصار المستند حينئذٍ في رواية عروة، وكفاية العمومات، مضافاً إلى ترك الإستفصال في صحيحة محمد بن قيس،

من المالك (سوى عدم الرضا الباطني بالعقد)، كما يستفاد ذلك من كلام الفاضل التراقي - ولا يحتاج إلى الردّ الصريح - (على ما يقتضيه حكم بعضهم) من الفقهاء (بأنّه إذا حلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل) متاعاً له (إنفسخ العقد) بالطبع، ولا تنفعه الإجازة اللاحقة؛ (لأنّ الحلف عليه) أي على نفي الإذن (إمارة عدم الرضا) بالإشتراء، فيعدّ هذا ردّاً عرفاً، فهو نظير إنكار الوكالة رأساً، فإنّه يكفي في بطلان المعاملة التي أنشأها الوكيل ولا حاجة إلى ردّ نفس المعاملة، كما لا تنفع إجازة هذا الموكل بعد إنكاره الوكالة - لو أجاز تلك المعاملة بعد الإنكار، فمن جملة ذلك البعض الذي حكّم بالحكم المتقدم المذكور، المحقّق في الشرائع ج ٢ ص ٢٤٨، والعلامة في القواعد ج ١ ص ٢٥٦، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد ج ٨ ص ٢٩٣، والشهيد الثاني في المسالك ج ٥ ص ٣٠٠، والسيد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٦٣٢.

(هذا، ولكنّ الأقوى عدم الفرق) بين سبق المنع وعدم سبقه في صحّة العقد الفضولي؛ (لعدم انحصار المستند حينئذٍ في رواية عروة) حتّى يقال: إنّ موردها عدم النهي السابق، (وكفاية العمومات) المتقدّمة ص ٣٤٥ لإثبات الصحّة. هذا (مضافاً إلى ترك الإستفصال في صحيحة محمد بن قيس) المتقدّمة ص ٣٥٧ الواردة في وليدة باعها ابن مولاها؛ فإنّ الإمام عليه السلام لم يستفصل من سيّدها أنّه نهى وكده

وجريان فحوى أدلة نكاح العبد بدون إذن مولاه ، مع ظهور المنع فيها ولو بشاهد الحال بين الموالي والعبيد ، مع أنَّ رواية إجازته صريحة في عدم قبح معصية السيّد « حينئذٍ خد » ، مع جريان المؤيّدات المتقدّمة له : من بيع مال اليتيم ، والمغصوب ، ومخالفة العامل لما اشترطَ عليه ربّ المال ، الصريح في منعه عمّا عداه .

وأما ما ذكره من المنع

عن بيع الوليدة قبل سفره أم لا ، بل حَكَمَ مطلقاً بصحّة البيع بالإجازة ، والإطلاق يقتضي صحّة البيع في كلتا الصورتين ، سواءً نهى المالك عن البيع سابقاً أو لم يَنْه عنه .

(و) كذلك يدلّ على الصحّة مع النهي (جريان فحوى أدلة) صحّة (نكاح العبد بدون إذن مولاه ، مع ظهور) النهي و (المنع) من المولى (فيها) أي في تلك الأدلّة (ولو بشاهد الحال بين الموالي والعبيد) من منعهم عن التزويج إلّا بإذن الموالي كي يختار زوجةً سالحة ، وتوضيح الفحوى : أنَّ صحّة النكاح بالإجازة بعد المنع مع أنّه « الفرج » ومنه الولد يدلّ على صحّة البيع - الذي هو أمرٌ مالي - بطريقٍ أوّلي كما تقدّم ص ٣٦٤ ، وإن كان الشيخ ناقش هناك في هذه الأولويّة .

(مع أنَّ رواية إجازته) أي إجازة النكاح (صريحة في عدم قبح معصية السيّد « حينئذٍ خد ») حين إجازة المولى المسبوقه بالمنع ، وأنّ القادح إنّما هو معصية الله تعالى .

(مع جريان المؤيّدات المتقدّمة) ص ٣٧١ (له) أي للمقام من صحّة البيع الفضولي على الإطلاق (من بيع) غير الوليّ (مال اليتيم ، و) كذلك بيع (المغصوب ، و) هكذا (مخالفة العامل لما اشترطَ عليه ربّ المال ، الصريح) - صفة لـ « ما » الموصولة في قوله : « لما اشترطَ » - (في منعه) « العامل » (عمّا عداه) : (وأما ما ذكره) الفائل ببطان عقد الفضولي مع سبق المنع عنه (من) أنَّ (المنع

الباقى بعد العقد ولو أنا ما ، فلم يدلّ دليلٌ على كونه فسخاً لا ينفع بعده الإجازة . وما ذكره في حلف الموكل ، غير مسلم ، ولو سلّم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في ردّ البيع وعدم تسليمه له .
ومما ذكرنا يظهر وجه صحّة عقد المكروه بعد الرضا ، وأنّ كراهة المالك حال العقد وبعد العقد لا يقدح في صحّته إذا لحقه الإجازة .

الباقى بعد العقد ولو أنا ما (كافٍ في ردّ العقد ؛ لأنّ الإجازة المسبوقه بالردّ لا تؤثر في صحّة العقد إجماعاً - كما قيل - (ف) فيه أنّه (لم يدلّ دليلٌ على كونه) أي المنع أنّ ما (فسخاً) حتّى (لا ينفع بعده الإجازة) ؛ وذلك فإنّ مجرد عدم الرضا الباطني المستكشف من منع المالك سابقاً لا يُعدّ في نظر العرف ردّاً .

(و) أمّا (ما ذكره) أيضاً (في حلف الموكل) على نفي الإذن في الإشتراء المتقدّم آنفاً ص ٤٠٩ ، فهو (غير مسلم) في كونه فسخاً للبيع لاحتمال أن يكون غرضه مجرد نفي الوكالة عنه خاصّة - حتّى لا يعطي حقّ الوكالة - ولكنّه راضٍ بأصل الإشتراء وأجازه ، (ولو سلّم) ظهوره في الرد ، (فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في ردّ البيع وعدم تسليمه له) أي للبيع الذي صدر عن الوكيل ، وأين هذا من مجرد عدم الرضا الباطني مع عدم التصريح بالردّ ، فالقياس مع الفارق .

(ومما ذكرنا) من عدم كون مجرد الكراهة الباطنيّة ردّاً عرفاً (يظهر وجه صحّة عقد المكروه) على العقد ، من البيع والشراء والنكاح وغيرها (بعد الرضا) اللاحق له ، (وأنّ كراهة المالك حال العقد و) حتّى (بعد العقد) - إذا لم يصدر منه ردّ - (لا يقدح في صحّته إذا لحقه الإجازة) لأنّ الكراهة الباطنيّة لا يكون ردّاً للعقد ، فتدبر .

المسألة الثالثة

أَنْ يَبِيعَ الْفُضُولِي لِنَفْسِهِ ، وَهَذَا غَالِباً يَكُونُ فِي بَيْعِ الْغَاصِبِ ، وَقَدْ يَتَّفَقُ مِنْ غَيْرِهِ بِزَعْمِ مِلْكِيَةِ الْمُبِيعِ ، كَمَا فِي مَوْرَدِ صَحِيحَةِ الْحَلْبِيِّ الْمَتَقَدِّمَةِ فِي الْإِقَالَةِ بَوْضِيعَةٍ .

وَالْأَقْوَى فِيهِ : الصَّحَّةُ وَفَاقاً لِلْمَشْهُورِ ؛ لِلْعُمُومَاتِ الْمَتَقَدِّمَةِ بِالتَّقْرِيبِ الْمَتَقَدِّمِ ،

(المسألة الثالثة: أَنْ يَبِيعَ الْفُضُولِي لِنَفْسِهِ) لَا لِلْمَالِكِ ، (وَهَذَا غَالِباً يَكُونُ فِي بَيْعِ الْغَاصِبِ ، وَقَدْ يَتَّفَقُ مِنْ غَيْرِهِ بِزَعْمِ) الْعَاقِدِ الْفُضُولِي (مِلْكِيَةِ الْمُبِيعِ ، كَمَا فِي مَوْرَدِ صَحِيحَةِ الْحَلْبِيِّ الْمَتَقَدِّمَةِ) ص ٣٧٩ (فِي الْإِقَالَةِ بَوْضِيعَةٍ) وَهُوَ الْقَصْصُ عَنِ الثَّمَنِ فِي ثَوْبٍ اشْتَرَاهُ رَجُلٌ ثُمَّ نَدِمَ فِي شِرَائِهِ ، فَإِنْ بَاعَ الثَوْبَ يَزْعُمُ جَوَازَ إِقَالَةِ الْمُشْتَرِي بَوْضِيعَةٍ مِنَ الثَّمَنِ فِيَقْبَلُهُ كَذَلِكَ ، ثُمَّ يَبِيعُهُ مِنْ شَخْصٍ آخَرَ بِثَمَنِ أَكْثَرَ مِمَّا يَقْبَلُهُ عَنِ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ بِتَخْيِيلٍ أَنَّهُ قَدْ مَلَكَ الثَوْبَ بِالْإِقَالَةِ .

وَقَدْ حَكَّمَ الْإِمَامُ عليه السلام بِيْطْلَانَ الْإِقَالَةِ ، وَأَنْ يَبِيعَهُ الثَّانِي بَيْعُ فُضُولِي وَيَجِبُ عَلَى الْبَائِعِ رَدُّ مَا زَادَ عَنِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ إِلَى الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ ^(١) .

فِيَسْتَفَادُ مِنَ الصَّحِيحَةِ: أَنْ الْبَيْعَ الثَّانِيَّ صَحِيحٌ وَقَدْ بَاعَ مَالُ الْغَيْرِ عَنْ نَفْسِهِ ، لَكِنَّهُ لَا يَكُونُ غَاصِباً لَجَهْلِهِ بِبَطْلَانِ الْإِقَالَةِ وَزَعْمُهُ أَنَّهُ قَدْ مَلَكَ الثَوْبَ مَرَّةً أُخْرَى ، فَرَاجِعُ .

(وَالْأَقْوَى فِيهِ) أَيُ فِي بَيْعِ الْفُضُولِي لِنَفْسِهِ : (الصَّحَّةُ) مَعَ إِجَازَةِ الْمَالِكِ أَيْضاً ، كَمَا فِي الْبَيْعِ عَنِ الْمَالِكِ (وَفَاقاً لِلْمَشْهُورِ) كَمَا فِي الْمَقَابِسِ ص ١٣٠ ، وَكَذَا لِلْعُمُومَاتِ الْمَتَقَدِّمَةِ) ص ٣٤٥ (بِالتَّقْرِيبِ الْمَتَقَدِّمِ) ص ٣٥٢ مِنْ أَنَّهُ عَقْدٌ صَدَرَ عَنْ

(١) الوسائل ج ١٢ ص ٣٩٢ أحكام العقود .

وفحوى الصحة في النكاح، وأكثر ما تقدّم من المؤيّدات، مع ظهور صحيحة ابن قيس المتقدمة.

ولا وجه للفرق بينه وبين ما تقدّم من بيع الفضولي للمالك إلاّ وجوه تظهر من كلمات جماعة، بعضها مختصّ ببيع الغاصب، وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة: منها: إطلاق ما تقدّم من النبويّين:

أهله في محلّه فيشمّله قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وبيّع في نظر العرف فيشمّله قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٣).

(و) كذا يدلّ على الصحة (فحوى الصحة في النكاح) الذي هو منصوص بخصوصه كما تقدّم ص ٣٦٤، (وأكثر ما تقدّم من المؤيّدات) المذكورة في المسألة الأولى - أعني بيع الفضولي للمالك من الروايات الكثيرة التي وردت في مقامات خاصّة -، (مع ظهور صحيحة) محدّد (ابن قيس المتقدمة) ص ٣٥٧ الواردة في أمة وليدة باعها ابن سيدها في غيبة أبيه، فإنّ الظاهر أنّ الإين باعها لنفسه - لا لأبيه - ليصرف ثمنها في غيبته.

(ولا وجه للفرق بينه) أي بين بيع الفضولي لنفسه (وبين ما تقدّم) في المسألة الأولى، (من بيع الفضولي للمالك إلاّ وجوه تظهر من كلمات جماعة، بعضها مختصّ ببيع الغاصب) كما ستعرف، (وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة) من بيع الفضولي لنفسه، أعني من كونه غاصباً أم غير غاصب.

(منها) أي من تلك الوجوه: (إطلاق ما تقدّم من النبويّين) ص ٣٨٩:

وجوه العرف في الصحة
الملائمة
بيع الفضولي

(١) المائدة: ١.

(٢) البقرة: ١٧٥.

(٣) النساء: ٢٩.

« لا تبع ما ليس عندك » و « لا بيع إلا في ملك » « وغيرهما خد » بناءً على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه .

والجواب عنها يُعرف ممّا تقدّم ، من أنّ مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبائعها الغير المالك ، بلا تعرّض فيها لوقوعه وعدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز .

(« لا تبع ما ليس عندك ») في رواية حكيم بن حزام ، (و « لا بيع إلا في ملك » وغيرهما) لفظة « وغيرهما » من النسخة المصحّحة ؛ (بناءً على اختصاص مورد الجميع) في الروايات الناهية (ببيع الفضولي لنفسه) ؛ فإنّه وإن كان إطلاقها يشمل البيع للمالك أيضاً ، إلّا أنّ القدر المتيقّن من مورد النهي هو البيع لنفسه ، وأمّا البيع للمالك فيمكن القول بخروجه عن الإطلاق ؛ لما تقدّم في المسألة الأولى من وجود الدليل على صحّة البيع إذا وقع للمالك ولحقّه إجازته فيما بعد ، وحينئذٍ فلا بدّ من الالتزام باختصاص مورد النبيّين ببيع الفضولي لنفسه ، كما أفاده السيّد اليزدي رحمه الله في حاشيته على المكاسب ج ١ ص ١٤١ ، وقد تقدّم هذا الاختصاص ص ٣٩٣ عن العلامة في التذكرة في خبر حكيم بن حزام ، بحمله على ما إذا باع الفضولي مال غيره عن نفسه ، ثمّ يمضي ويشتره من مالكة ويعطيه للمشتري ، وقال الشيخ في ص ٣٩٥ : « أنّه الأظهر من الخبر » ، فراجع .

(والجواب عنها) أي الروايات من النبيّين وما بمضمونها (يُعرف ممّا تقدّم) ص ٣٩٣ (من أنّ مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك) للمال (لبائعها) الفضولي (الغير المالك) إذا باع لنفسه برّجاء شراء المال من مالكة ودفعه إلى المشتري ، (بلا تعرّض فيها لوقوعه وعدمه) أي عدم الوقوع (بالنسبة إلى المالك إذا أجاز) ، فنهى المخاطب - وهو ابن حزام عن بيع ما ليس عنده دليلٌ على عدم وقوعه مؤثراً في حقّه ، ولا يدلّ على إلغاء إنشائه بالنسبة إلى المالك حتّى لا تنفد إجازته في وقوعه له .

ومنها: بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك ، وهذا غالباً مفقود في المغصوب ، وقد تقدّم عن المحقّق الكركي أنّ الغصب قرينة عدم الرضا .

وفيه : أولاً: أنّ الكلام في الأعمّ من بيع الغاصب .

وثانياً: إنّ الغصب إمارة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً ، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقّع الإجازة وتملّك الثمن ، فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع ، بل الغاصب وغيره من هذه

(ومنها) أي ومن الوجوه التي استدللّ بها على عدم صحّة بيع الفضولي لنفسه : (بناء المسألة على ما سبق) في المسألة الثانية ص ٤٠٧ (من اعتبار عدم سبق منع المالك) وعدم نهيّه عنه . (وهذا) أي عدم سبق النهي ^{عن المالك} (غالباً) ولعلّه دائماً (مفقود في) بيع (المغصوب) ؛ لأنّ الغاصب قد ظلم المالك في بيع ماله لنفسه ، ومن المعلوم عدم رضا المالك ومنعه عن التصرف في ماله من البيع وغيره ، فهو ممنوع وباطل شرعاً ، (وقد تقدّم) ص ٤٠٨ (عن المحقّق الكركي) في جامع المقاصد (أنّ الغصب قرينة عدم الرضا) بالبيع ؛ حيث احتمل فساد بيع الغاصب نظراً إلى القرينة المذكورة ، وهو الغصب .

(وفيه : أولاً: أنّ الكلام في الأعمّ من بيع الغاصب) وبيع من يزعم أنّ المبيع ملك له ، فالدليل أخصّ من المدّعي . هذا أولاً .

(وثانياً: إنّ الغصب) نعم قرينة عدم الرضا ، لكنّه (إمارة عدم الرضا بالبيع للغاصب) من حيث الظلم (لا مطلقاً) أي حتّى لنفس المالك ، فمن الممكن أن يجيز المالك البيع ويرضى به لنفسه ، وإنّ كره تصدّى الغاصب له ، (فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقّع الإجازة وتملّك الثمن ، فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا) من المالك (بأصل البيع) ، ولو للمالك (بل الغاصب وغيره من هذه

الجهة سواءً .

وثالثاً: قد عرفت أنّ سبق منع المالك غير مؤثر .

ومنها: أنّ الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه لم « فلم خد » يقصد حقيقة المعاوضة ؛ إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر ، فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة ، فحقيقته يرجع إلى إعطاء المبيع وأخذ الثمن لنفسه ، وهذا ليس بيعاً .

(الجهة) أي من جهة رضا المالك بالبيع ، على حدّ (سواءً) .

(وثالثاً: قد عرفت) ص ٤١٠ في المسألة الثانية (أنّ سبق منع المالك غير

مؤثر) في بطلان العقد ولا يكون ذلك المنع فسخاً للعقد .

(ومنها) أي ومن الوجوه التي استدللّ على بطلان بيع الفضولي لنفسه: (أنّ

الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه لم « فلم خد » يقصد حقيقة

المعاوضة) والمبادلة ، فإنّها عبارة عن دخول كلّ من العوضين في ملك مالك العوض

الآخر ، إذ البيع « مبادلة مالٍ بمالٍ والغاصب يريد إعطاء المبيع الذي هو مال الغير مع

قصده دخول الثمن في ملك نفسه ، وهذا خلاف المعاوضة الحقيقية: (إذ لا يعقل دخول

أحد العوضين) وهو الثمن (في ملك من لم يخرج عن ملكه) العوض (الآخر) وهو

المبيع ، وقد تقدّم الإشكال عن العلامة وغيره في نظير ذلك ص ٢٣٩ في من يُعطي المال

لمريد الطعام ، ويقول له: إشتربه لنفسك طعاماً ، وفي قول الراهن الذي هو صاحب مال

الرهن للمرتهن: بيع مالي لنفسك .

وبالجملة: (فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة) في المقام ، (ف) إنّ

(حقيقته) أي حقيقة بيع الغاصب لنفسه (يرجع إلى إعطاء المبيع) من كيس الغير

(وأخذ الثمن لنفسه ، وهذا ليس بيعاً) .

قال الشاعر الفارسي:

والجواب من ذلك - مع اختصاصه ببيع الغاصب -: أن قصد المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالاً حقيقياً وإن كان هذا الجعل لا حقيقة له ، لكنّ المعاوضة المبنية على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقيّة ، نظير المجاز الإدعائي في الأصول .

نعم ، لو باع لنفسه من دون بناءٍ على ملكية المثلث ولا اعتقاد له ، كانت المعاملة باطلة غير واقعية له ولا للمالك ؛ لعدم تحقق

چشم بیگانه به اندوخته ملّی ما است

عاشق مال تو ومن ، نه جمال من وتواست

(والجواب من ذلك - مع اختصاصه ببيع الغاصب -) لأنه لا يتمشى منه قصد المعاوضة ، وأما غيره فلزعمه أنّ البيع ملكه ، يقصد المعاوضة الحقيقية جهلاً ، فالدليل أخصّ من المدعى : (أن قصد المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالاً حقيقياً) ولو ادّعاءً (وإن كان هذا الجعل لا حقيقة له) عند العرف والعقل ، لكونه خلاف الواقع (لكنّ المعاوضة المبنية على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقيّة) ، فتقع المعاوضة - في عالم الواقع - بين المالك الشرعي للمبيع إذا أجاز ، والمالك الحقيقي للمثلث ، فهو (نظير المجاز الإدعائي في الأصول) كقوله : زيد أسد يفترسك ، وقولهم : النية نشبت أظفارها ، وقال أمير المؤمنين عليه السلام : ... واعلموا أنّ ملاحظ النية نحوكم دائية ، وكأنكم بمخالها وقد نشبت فيكم ... الخ ^(١) .

(نعم ، لو باع) الفضولي (لنفسه من دون بناءٍ على ملكية المثلث) أصلاً لعلمه بأنّه خلاف الواقع كالسارق ، (ولا اعتقاد له) اشتباهاً كما في بيع غير الغاصب المتخيّل بأنّه مالك (كانت المعاملة باطلة غير واقعية له ولا للمالك ؛ لعدم تحقق

(١) نهج البلاغة : محمد عبده ج ١ ص ٤١٨ الخطبة ٢٠٢ .

معنى المعاوضة ؛ ولذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل ، ولم يقع له ولا لغيره ،

والمراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه . وقد تخيل بعض المحققين أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام ، وهو ما لو باع مال غيره لنفسه ؛ لأنه عكسه ، وقد عرفت أن عكسه هو ما إذا قصد تملك الثمن من دون بناء ولا اعتقاد لتمام المثل ؛ لأن مفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز .

معنى المعاوضة (التي تقتضي دخول الثمن في ملك من خرج المبيع عن ملكه ؛) ولذا ذكروا أنه (في عكس المقام وهو ما (لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل ، ولم يقع له ولا لغيره ، والمراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه) كما تقدم ص ٢٣٦ .

(وقد تخيل بعض المحققين) وهو صاحب المقابس ص ١٣١ س ١٨ عند نقل كلام العلامة في التذكرة ج ١ ص ٤٨٦ : وتقوية بطلان هذا الشراء ، قال : ويلزم من كلامه أنه لو باع مال غيره لنفسه ثم أذن المالك على ما وقع عليه كان أيضاً باطلاً للعلّة المذكورة ... الخ ، فتخيل : (أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام ، وهو ما لو باع مال غيره لنفسه ؛ لأنه عكسه) أي لأن شراء شيء بمال نفسه للغير ، عكس بيع مال الغير لنفسه ، (وقد عرفت) بقولنا : نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثل الخ (أن عكسه هو ما إذا قصد تملك الثمن) ظلماً وزوراً ، مع كونه ملتفتاً أن المثل ملك للغير ، (من دون بناء ولا اعتقاد لتمام المثل) جهلاً (لأن مفروض الكلام في) المقام - أعني بيع الغاصب لنفسه - (وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز) ، فلا يكون هذا عكساً للشراء بمال نفسه لغيره ، فإنه لو صحّ الشراء وأجاز وقع الشراء لذلك الغير بخلاف بيع الغاصب لنفسه ، إذ لو أجاز المغصوب منه وقع البيع له لا للغاصب .

ومنها: أنَّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه ، فإن تعلّقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافياً لصحة العقد ؛ لأنَّ معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلث بإجازته ، وإن تعلّقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف ، لا إمضاء لنقل الفضولي ، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز والمُجاز غير منشأ. وقد أجاب عن هذا المحقق القمي رحمه الله - في بعض أجوبة مسائله - بأنَّ إجازة في هذه الصورة

(ومنها) أي ومن الوجوه التي استدللَّ بها على بطلان بيع الفضولي لنفسه - وهو الوجه الرابع -: (أنَّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه ، فإن تعلّقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافياً لصحة العقد) التي تقتضي ملكية الثمن لمالك المبيع ، وملكية المبيع لمالك الثمن ؛ وذلك (لأنَّ معناها) أي معنى الصحة (هو صيرورة الثمن لمالك المثلث بإجازته) ، فإنَّ هذا هو مفهوم المعاوضة والمبادلة حقيقةً ، (وإن تعلّقت) الإجازة (بغير المقصود) للعائد ، بأن يكون أثر الإجازة ملكية الثمن لمالك المبيع ؛ فإنَّه إمَّا أجاز البيع بهذا المعنى الذي هو مصداق للمعاوضة الحقيقية ، (كانت) الإجازة متعلّقة (بعقد مستأنف) مخالف لما هو مقتضى العقد الأوّل (لا إمضاء) للعقد السابق الذي كان هو المقصود (لنقل الفضولي ، فيكون النقل من) العائد (المنشئ غير مجاز والمُجاز) الذي تعلّقت به الإجازة (غير منشأ) ، فما يدعى وقوعه في الخارج لم يُقصد ، وما قُصد لم يقع .

قال الشاعر الفارسي :

ما ز ياران چشم ياری داشتیم خود غلط بود آنچه می پنداشتیم

(وقد أجاب عن هذا) الوجه الرابع (المحقق القمي رحمه الله) في جامع الشتات

ج ٢ ص ٣٢ ، وغنائم الأيام ص ٥٥٥ (- في بعض أجوبة مسائله - بأنَّ) مفهوم

(الإجازة في هذه الصورة) أي صورة بيع الفضولي مال الغير لنفسه ، ليس بتنفيذ العقد

مصححة للبيع ، لا بمعنى حقوق الإجازة لنفس العقد - كما في الفضولي المعهود - بل بمعنى تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك ووقوع البيع عنه ، وقال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه .

وقد صرح في موضع آخر : بأنَّ حاصل الإجازة يرجع إلى أنَّ العقد الذي قصد إلى كونه واقعاً على المال المعين لنفس البائع الغاصب والمشتري

السابق ، بل الإجازة هنا (مصححة للبيع) و (لا) تكون (بمعنى لحقوق الإجازة لنفس العقد - كما في) البيع (الفضولي المعهود -) والمتعارف وهو البيع للمالك ، (بل بمعنى تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك ووقوع البيع عنه) فيختلف مفاد الإجازة هنا مع مفاد الإجازة في البيع الفضولي المصطلح ، لأنها ليست مجرد الرضا بمضمون البيع على المال ، بل توجب تغييراً في أصل العقد الواقع في الخارج ؛ فإنَّ إجازة المالك صارفة للعقد إلى خلاف ما هو المقصود للعائد إلى معنى آخر وهو وقوع البيع للمالك .

(وقال) المحقق القمي أيضاً (نظير ذلك) الذي ذكره في بيع الغاصب لنفسه (فيما لو باع) الفضولي (شيئاً ثم) يمضي ويشتريه من ماله ، فـ (ملكه) ويعبر عنه بمسألة « من باع شيئاً ثم ملكه » ، فإنَّ الإجازة يبدل ما وقع من بيع مال الغير ، إلى بيع مال المجيز ، والعائد بسبب الإشتراء والإجازة يُصير العقد عقداً لنفسه ويبدله ، فالإجازة حينئذٍ مصححة للبيع الأوّل الذي كان فضولياً ، ولا يكون لاحقاً لذلك العقد ، كما في البيع الفضولي المتعارف .

(وقد صرح في موضع آخر) من كلامه ج ٢ جامع الشتات ص ٢٧٨ وفي ص ٣١٨ نقلاً عن كشف الرموز وفقاً لأستاذة المحقق الحلّي (بأنَّ حاصل الإجازة) في بيع الفضولي لنفسه (يرجع إلى أنَّ) المالك كأنه قال : (العقد الذي قصد إلى كونه واقعاً على المال المعين) كسيارة زيد (لنفس البائع الغاصب والمشتري

العالم قد بذلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسه ، فيكون عقداً جديداً ، كما هو أحد الأقوال في الإجازة .

وفيه : أنَّ الإجازة على هذا تصوير - كما اعترف - معاوضة جديدة من طرف المجيز والمشتري ؛ لأنَّ المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور ؛ لأنَّ قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايرة العقد الواقع للعقد المُجاز ، فالمشتري إنَّما رضي بذلك الإيجاب المغاير لمودى الإجازة ، فإذا التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقدٍ بعقدٍ ، وبعدم الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً ، فقد قامت الإجازة من المالك مقام

العالم) - بكون البائع غاصباً - (قد بذلته بكونه على هذا الملك بعينه) ولكن (لنفسه) لا للعائد البائع ، (فيكون) هذه الإجازة في الحقيقة (عقداً جديداً ، كما هو) أي كون الإجازة عقداً جديداً (أحد الأقوال في الإجازة) في البيع الفضولي المتعارف للمالك ، والقولان الآخران الكشف والنقل .

(وفيه) أي فيما أفاده المحقق القمي : (أنَّ الإجازة على هذا) التقدير - أي رجوع الإجازة إلى تبديل رضا الفضولي برضا المالك - (تصوير - كما اعترف - معاوضة جديدة من طرف) المالك (المجيز والمشتري) ، فالإجازة قائمة مقام الإيجاب والقبول ؛ (لأنَّ المفروض عدم رضا المشتري ثانياً) بقبول جديد ، و (بالتبديل المذكور ؛ لأنَّ قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايرة العقد الواقع) أولاً من الفضول (للعقد المُجاز) من المالك ، (فالمشتري إنَّما رضي) حين عقد الفضول (بذلك الإيجاب) الأوَّل (المغاير لمودى الإجازة) الذي يقصده المالك ، (فإذا التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقدٍ بعقدٍ ، و) التزم أيضاً (بعدم الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً ، فقد قامت الإجازة من المالك مقام) أمرين :

إيجابه وقبول المشتري ، وهذا خلاف الإجماع والعقل .

وأما القول بكون الإجازة عقداً مستأنفاً ، فلم يُعهد من أحد من العلماء وغيرهم ، وإنما حكي كاشف الرموز عن شيخه : أن الإجازة من مالك المبيع بيعٌ مستقلٌ فهو بيع بغير لفظ البيع قائم مقام إيجاب البائع ، وينضم إليه القبول المتقدم « المقدم خد » من المشتري .

وهذا لا يجري فيما نحن فيه ؛ لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تملك الثمن للبائع وتملك المبيع

الأول : (إيجابه) للبيع . (و) الثاني : (قبول المشتري ، وهذا) أي قيام الإجازة مقام الإيجاب والقبول (خلاف الإجماع والعقل) ؛ وذلك لأن المالك إنما يكون مسلطاً على مال نفسه بأن يبدل وقوع البيع لنفسه - إذ التبديل تصرف في ماله - وأما قبول المشتري وتمليك ماله - أعني الثمن - لخصوص الفضول ، فليس أمره بيد المالك الأصل ، فلا معنى لتبديله قبول المشتري .

(وأما) ما ذكره المحقق القمي أخيراً من (القول بكون الإجازة عقداً) جديداً و (مستأنفاً) في البيع الفضولي - وإن كان للمالك - (فلم يُعهد من أحد من العلماء) الخاصة (وغيرهم ، وإنما حكي) في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٨٧ - آخر الصفحة - عن (كاشف الرموز) ج ١ ص ٤٤٥ للفاضل الآبي (عن شيخه) المحقق الحلبي (أن الإجازة من مالك المبيع بيعٌ مستقلٌ) وليست تابعة للعقد السابق (فهو بيع بغير لفظ البيع قائم مقام إيجاب البائع ، وينضم إليه) « الإيجاب » (القبول المتقدم « المقدم خد » من المشتري) سواء كان عالماً بكون البائع فضولياً أم لا .

(وهذا) الذي نقله كاشف الرموز عن شيخه (لا يجري فيما نحن فيه) من بيع الفضولي لنفسه ؛ (لأنه إذا قصد البائع) الغاصب أو الجاهل بكونه غير مالك للمبيع (البيع لنفسه فقد قصد المشتري تملك الثمن -) هذا (البائع وتملك المبيع

منه ، فإذا بُني على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع ، فلا بدّ له من قبول آخر ، فالإكتفاء عنه بمجرد إجازة البائع الراجعة إلى تبديل البيع للغاصب ، بالبيع لنفسه ، إلزاماً بكفاية رضا البائع وإنشائه عن رضا المشتري وإنشائه ، وهذا ما ذكرنا أنّه خلاف الإجماع والعقل .

فالأولى في الجواب : منع مغايرة ما وقع لما أُجيز ، وتوضيحه : أنّ البائع الفضولي إنّما قصد تملك المثلث للمشتري بإزاء الثمن ، وأمّا كون الثمن مالاً له أو لغيره ، فإيجاب البيع ساكتٌ عنه ، فيُرجع فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول

منه) أيضاً ، (فإذا بُني على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع) من العقد السابق بين الفضولي والمشتري ، (فلا بدّ له) أي للوقوع للمالك (من قبول آخر ، فالإكتفاء عنه) أي عن قبول الآخر (بمجرد إجازة البائع) الواقعي وهو المالك (الراجعة إلى تبديل البيع للغاصب ، بالبيع لنفسه ، إلزاماً بكفاية رضا البائع) الواقعي (وإنشائه) بقوله : « رضيت بالبيع » (عن رضا المشتري وإنشائه) ، فهو موجب وقابل ، (وهذا) أي الإكتفاء برضا المالك وإنشائه عن رضا المشتري وقبوله ، هو (ما ذكرنا) هـ من (أنّه خلاف الإجماع والعقل) كما تقدّم بيانه آنفاً .

(فالأولى في الجواب) عن الإشكال بكون إجازة المالك - لبيع الفضولي لنفسه -

مغايرةٌ للإنشاء الواقع في الخارج ، هو : (منع مغايرة ما وقع) من العقد الفضولي (لما أُجيز) من جعل المالك البيع لنفسه لا الفضولي . (وتوضيحه) أي توضيح عدم المغايرة : (أنّ البائع الفضولي إنّما قصد تملك) هذا (المثلث للمشتري بإزاء الثمن ، وأمّا كون الثمن مالاً له أو لغيره ، فإيجاب البيع) وعند الله سبحانه (ساكتٌ عنه) - وإن قصد الفضولي كونه لنفسه وحينئذٍ (فيُرجع فيه) أي في كون الثمن للفضولي أو للمالك (إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة) لغةً وشرعاً (من دخول

العوض في ملك مالك المعوّض ؛ تحقيقاً لمعنى المعاوضة والمبادلة .

وحيث أنّ البائع يُملك المثلث بانياً على تملكه له وتسلبه عليه عدواناً أو اعتقاداً ، لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن والتسلط عليه ، وهذا معنى قصد بيعه لنفسه ، وحيث أنّ المثلث ملك لمالكه واقعاً ، فإذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه .

فَعُلِمَ من ذلك أنّ قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتّى يتردد الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين ،

العوض (ثمناً أو مثناً) في ملك مالك المعوّض ؛ تحقيقاً لمعنى المعاوضة والمبادلة) .

(وحيث أنّ البائع) الفضولي (يُملك المثلث) للمشتري (بانياً على تملكه له وتسلبه عليه) ولو (عدواناً) كما في الغاصب (أو اعتقاداً) كما فيما إذا زعم كون المبيع ملكاً له (لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن والتسلط عليه) أيضاً عدواناً أو اعتقاداً (وهذا معنى قصد بيعه لنفسه ، و) لكنّ هذا الذي قصده الفضولي لم يمضه الشرع والعرف ، (حيث أنّ المثلث) في عالم الواقع (ملك لمالكه واقعاً ، فإذا أجاز) المالك (المعاوضة انتقل عوضه إليه) بالطبع ، على خلاف ما زعمه البائع الفضولي ، فيقول في لسان حاله المثل السائر بالفارسيّة : « هرچه کاشتیم پنبه بود » يا شاعر گوید :

دربخ و درد که پرواز کرد مرغ امید بغیر مشت پری در درون لانه نماند

(فعُلِمَ من ذلك) أي من انتقال الثمن إلى المالك بسبب إجازته للبيع (أنّ قصد البائع) الفضولي (البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتّى يتردد الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين) المتقدمين ص ٤١٩ بقوله : « فإن تعلّق الإجازة بهذا الذي قصده البائع ... الخ » .

بل مفهوم الإيجاب هو تملك المثلث بعوض ، من دون تعرّض فيه لمن يرجع إليه العوض ، إلا باقتضاء المعاوضة لذلك .

ولكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير فقال للبائع الأصيل : تملكك منك - أو ملكك - هذا الثوب بهذه الدراهم ؛ فإنّ مفهوم هذا الإنشاء هو تملك الفضولي للثوب ، فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه ، فلا بدّ من التزام كون الإجازة نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأه الفضولي الغاصب .

وبالجملة : فنسبة المتكلّم الفضولي ملك « تملك خد »

(بل مفهوم الإيجاب هو تملك) هذا (المثلث بعوض) وهو الثمن (من دون تعرّض فيه) أي في الإيجاب (لمن يرجع إليه العوض ، إلا باقتضاء المعاوضة لذلك) من دخوله في ملك مالك المبيع والمثلث ، وإن كان هذا الاقتضاء خلاف ما قصده البائع الفضولي .

هذا كلّه فيما إذا فرض كون الفضولي بائعاً لمال الغير لنفسه ، (ولكن يشكل) ما ذكرناه من الجواب (فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً) لمتاع (لنفسه بمال الغير) كما لو غصب دراهم ، (فقال للبائع الأصيل) بعد الإيجاب : « تملكك منك » - أو « ملكك » - بالتخفيف (هذا الثوب بهذه الدراهم ؛ فإنّ مفهوم هذا الإنشاء) وهذا القبول (هو تملك) نفس (الفضولي للثوب) دون مالك الدراهم ، (فلا مورد لإجازة مالك الدراهم) ذلك البيع (على وجه ينتقل الثوب إليه) مع كونه هو المالك لها ، (فلا بدّ) في مثل هذا الإشتراء (من التزام كون الإجازة) هنا (نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأه الفضولي الغاصب) لأنّه يجري في هذا المورد المحذورين المتقدمين ص ٤١٩ .

(وبالجملة : فنسبة المتكلّم الفضولي) أي المشتري هنا (ملك « تملك خد »

المثمن إلى نفسه بقوله: «مَلِكْتُ أَوْ تَمَلَكْتُ، كإيقاع المتكلم الأصلي التمليك على المخاطب الفضولي بقوله: «مَلَكْتُكَ هذا الثوب بهذه الدراهم» مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك.

وبهذا استشكل العلامة رحمته في التذكرة، حيث قال: لو باع الفضولي مع جهل الآخر فإشكالاً، من أن الآخر إنما قصد تملك العاقد.

ولا يُنتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته؛ لأنه حينئذٍ

المثمن (وهو الثوب (إلى نفسه بقوله: «مَلِكْتُ أَوْ تَمَلَكْتُ» نسبة واقعية وليس فيها تسامح فوزانه (ك) وزان (إيقاع) (المتكلم الأصلي) والمالك للثوب (التمليك) للمبيع (على المخاطب الفضولي) أي المشتري الغاصب (بقوله: «مَلَكْتُكَ هذا الثوب بهذه الدراهم» مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك) أي بكونه غاصباً والدراهم لغيره.

وحاصل الكلام: وجود الفرق بين إجازة بيع البائع الفضولي، وبين إجازة إشتراء الفضولي بقوله: «تملكت الثوب» في المثال المتقدم.

(وبهذا) الذي ذكرنا من الإشكال على إجازة إشتراء الفضولي (استشكل العلامة رحمته في التذكرة) ج ١ ص ٤٦٣، (حيث قال: لو باع الفضولي مع جهل الآخر) أي المشتري، بكونه فضولياً وغير مالك للمبيع، (فإشكالاً، من) جهة (أن الآخر) وهو المشتري (إنما قصد تملك) الثمن لنفس (العاقد) لا لغيره، أعني المالك، انتهى كلام العلامة.

(ولا يُنتقض) ما ذكره العلامة بما ذكره المحقق الشوشري في المقابس ص ١٣٢ س ١٦ من النقض (بما لو جهل الآخر) وهو المشتري في المقام (وكالة العاقد أو ولايته) فيما إذا كان البائع وكيلًا عن المالك في البيع أو وليًا له، والوجه في عدم ورود نقض صاحب المقابس (لأنه) أي العاقد البائع (حينئذٍ) أي حين جهله

إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصلياً أو نائباً، ولذا يجوز مخاطبته وإسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائباً، وليس إلا بملاحظة المخاطب باعتباره كونه نائباً، فإذا صحّ اعتباره نائباً صحّ اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائباً أو أصلياً، أما الفضولي فهو أجنبي عن المالك لا يمكن فيه ذلك الإعتبار.

وقد تفتّن بعض المعاصرين لهذا الإشكال في بعض كلماته ،

بكون المشتري وكيلًا أو وليًا (إنما يقصد به) أي بالتملك (المخاطب بعنوانه الأعم من كونه) مشترياً (أصلياً) لنفسه (أو نائباً، ولذا) أي ولأجل إرادة الأعم (يجوز مخاطبته وإسناد الملك إليه) بقوله: «بعثك» بإضافة البيع إليه وجعله - بكاف الخطاب - مشترياً واقعاً (مع علمه) أي المتكلم (بكونه نائباً)، وأنه لا يملك المبيع بنفسه، وإنما يملكه موكله أو الموالي عليه، (وليس) جواز هذه المخاطبة والتمليك (إلا بملاحظة المخاطب باعتباره كونه نائباً) شرعاً، فكأنه - باعتباره نيابته - هو المشتري، (فإذا صحّ اعتباره نائباً صحّ اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائباً أو أصلياً، أما الفضولي فهو أجنبي عن المالك) ولا يرتبط معه (لا يمكن فيه ذلك الإعتبار) والتخاطب، فلا يصح مخاطبته شرعاً وعرفاً بقوله: «بعثك» مع علم البائع بأنه أجنبي عن تملك المبيع بتمام معنى الكلمة، بخلاف النائب من الوكيل والولي.

(وقد تفتّن بعض المعاصرين) وهو صاحب المقابس أيضاً في ص ١٣٢

س ١٢ (لهذا الإشكال) الذي ذكرناه ص ٤٢٥ فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير - فأجاب البائع الأصيل بقوله: «تملكتُ منك... الخ» - فقال (في بعض كلماته): «وحيث كان الحكم - أي صحة بيع الفضولي - على خلاف الأصل ناسب الإقتصار على محلّ اليقين، فلا يكتفى بإجازة بيع الفضولي إذا أوقعه عن نفسه...

فالتزم تارةً ببطلان شراء الغاصب لنفسه ، مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى وأكثر النصوص المتقدمة في المسألة كما اعترف به أخيراً ، وأخرى بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذة فيها .

وفيه : أن حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الإشكال - أعني قول المشتري الغاصب :- تملكْتُ أو ملكْتُ هذا منك بهذه الدراهم - ليس إلا إنشاء تملكه للمبيع ، فإجازة هذا

بل يجدد العقد ثانياً ، انتهى . (فالتزم تارةً ببطلان شراء الغاصب لنفسه ، مع أنه لا يخفى مخالفته) أي البطلان (للفتاوى وأكثر النصوص المتقدمة في المسألة) ص ٣٥٧ من صحيحة محمد بن قيس الواردة في بيع الوليدة ، وص ٣٧٩ من صحيحة الحلبي وموثقة عبدالرحمن بن أبي عبدالله وغيرها ، مضافاً إلى العمومات الدالة على صحة العقود وجلّ البيع ، (كما اعترف به) صاحب المقابس (أخيراً ، وأخرى) التزم بتصحيح شراء الغاصب لنفسه ، ووقوعه للمالك (ب) دعوى (أن الإجازة إنما تتعلق) شرعاً (بنفس مبادلة العوضين) مع قطع النظر عن خصوصية تملك الغاصب المشتري ، للمثمن (وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذة فيها) أي في المبادلة .

فلا يلاحظ هذه الخصوصية في نظر الشارع بل يقع الشراء للمالك بمجرد إجازته . (وفيه : أن حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الإشكال - أعني قول المشتري الغاصب -) بعد إيجاب البائع : (تملكْتُ أو ملكْتُ هذا منك بهذه الدراهم) أمرٌ بسيطٌ واحد ، و (- ليس إلا إنشاء تملكه للمبيع) ، فلا يكون مركباً من أمرين أحدهما نفس إنشاء المبادلة ، والثاني إنشاء ملكية المثمن للغاصب ، حتى تصح المبادلة بإمضاء الأمر الأوّل دون الثاني ويصير المثمن ملكاً للمالك المجيز ، (فإجازة هذا

الإنشاء لا يحصل بها تملكُ المالك الأصلي له ، بل يتوقَّف على نقلٍ مستأنف .
 فالأنسب في التفصِّي أن يقال : إنَّ نسبة الملك إلى الفضولي العاقد
 لنفسه في قوله : « تملكْتُ منك » ، أو قول غيره له : « ملكْتُك » ليس من حيث
 هو ، بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقاداً أو عدواناً ؛ ولذا لو عقَّد لنفسه
 من دون البناء على مالكيته للثمن إلترزنا بلغويته ؛

(الإنشاء) البسيط (لا يحصل بها تملكُ المالك الأصلي له ، بل يتوقَّف على نقلٍ
 مستأنف) غير الإنشاء والعقد الواقع في الخارج . نعم ، لو قال الغاصب - بعد الإيجاب - :
 « قبلْتُ » أو « اشتريت » بدل « تملكْتُ » ثم أجاز المالك هذا الإنشاء ، يمكن القول بصحة
 لحق الإجازة بأصل المبادلة والمعاوضة ، على ما سبق ، ففرقُ بين تعبير المشتري
 الغاصب بقوله : « تملكْتُ » وقوله : « قبلْتُ أو اشتريت » .

(فالأنسب في) التخلُّص و (التفصِّي) عن الإشكال : (أن يقال : إنَّ نسبة
 الملك إلى الفضولي العاقد لنفسه في قوله : « تملكْتُ منك » ، أو قول غيره له)
 وهو البائع : (« ملكْتُك » ليس من حيث هو) شخصٌ كذائي بخصوصيّاته الشخصية ،
 (بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن) وهو الدراهم ، إمّا (اعتقاداً) في صورة زعمه
 أنه مالك لها (أو عدواناً) وإدعاءً ، كما في الغاصب ، فالمالك في الحقيقة يُنسب إلى
 المالك الواقعي للدراهم بما هو مالكٌ ، فالإجازة منه توجب انتقال المبيع إليه ؛ لأنَّه المالك
 الحقيقي لا المشتري الفضولي ، فالحكم الشرعي تابع للحيثية الواقعية ؛ لأنَّها الموضوع
 للحكم الشرعي ، وعلى هذا فينتقل المبيع إلى مَنْ هو مالكٌ واقعي للثمن ، أعني الدراهم
 في المثال لا المشتري الغاصب ، وإن قال في جواب البائع : « تملكْتُ » أو « ملكْتُ » .

(ولذا) أي ولأجل بناء الغاصب في المقام على كونه مالكاً ، قال : « تملكْتُ »
 و (لو عقَّد) الغاصب (لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن) وهو الدراهم ،
 بل قال : « تملكْتُ » مع البناء على أنَّ الثمن ملكٌ لمالكة = قلْدُري (إلترزنا بلغويته)

ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال بإزاء مال غيره ، فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون إلا إذا كان مالاً حقيقياً أو إدعائياً ، فلو لم يكن أحدهما وعقد لنفسه لم يتحقق المعاوضة والمبادلة حقيقة ، فإذا قال الفضولي الغاصب المشتري لنفسه : « تملك منك كذا بكذا » ، فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا من حيث هو ، بل من حيث عد نفسه مالاً اعتقاداً أو عدواناً .

وحيث إنَّ الثابت للشيء من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية ،

أي لغوية العقد وبطلانه ، وعدم قابليته للإجازة : (ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة) والمعاوضة (بتملك شخص المال) وهو المبيع (بإزاء مال غيره) . إذن (فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون) ولا يتحقق (إلا إذا كان) من يقول : « تملك » أو « ملك » (مالاً حقيقياً أو إدعائياً) بأن يدعي أنه مالك - جهلاً أو عدواناً - ، (فلو لم يكن) العاقد (أحدهما) لا حقيقياً ولا إدعائياً ، (و) مع هذا (عقد لنفسه لم يتحقق المعاوضة والمبادلة حقيقة) ، بل هي مبادلة صورية لا تؤثر شرعاً ولا عرفاً أثرها المترتب على كل مبادلة .

(فإذا قال الفضولي الغاصب المشتري) متاعاً (لنفسه : « تملك منك ») أيها البائع (كذا بكذا) كهذا الكتاب بألف تومان ، (فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا من حيث هو) عالم أو جاهل أو سمين أو قمي أو شوستري أو غير ذلك من الشخصات ، (بل) ينسب إليه التملك (من حيث عد نفسه مالاً اعتقاداً) فيما إذا كان جاهلاً بأن الثمن ليس ملكاً له ، (أو عدواناً) فيما إذا كان عالماً بأنه غير مالك وغاصب .

(وحيث إنَّ الثابت للشيء من حيثية تقييدية) كذا شيء لزيد من حيث كونه سيّداً (ثابت لنفس تلك الحيثية) وهي حيثية كونه سيّداً في المثال ، وفي المقام

فالمسند إليه التملك حقيقةً هو المالك للمثمن ، إلا أنَّ الفضولي لما بنى على أنه « هو خد » المالك المسلط على الثمن ، أسند ملك المثمن الذي هو بدل الثمن إلى نفسه ، فالإجازة الحاصلة من المالك متعلقة بإنشاء الفضولي ، وهو التملك المسند إلى مالك الثمن ، وهو حقيقةً نفس المجيز ، فيلزم من ذلك انتقال المثمن إليه .

مع أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة لعقد الفضولي موجبةً لصيرورة العوض ملكاً للفضولي ،

تمليك المثمن لهذا المشتري من حيث تقييده بكونه مالكا للمثمن ، (فالمسند إليه التملك) للمثمن (حقيقةً هو المالك) الواقعي (للمثمن) وهو الدراهم في مثال الشيخ (إلا أنَّ الفضولي لما بنى على أنه « هو خد » المالك المسلط على الثمن ، أسند) في عالم الظاهر والإثبات (ملك المثمن الذي هو بدل الثمن إلى نفسه) ، ولكن هذا الإسناد صوريٌّ ؛ إذ في عالم الواقع والثبوت يُسند ملك المثمن إلى المالك الواقعي وهو المجيز للبيع ، (فالإجازة) اللاحقة للبيع (الحاصلة من المالك متعلقة بإنشاء الفضولي ، وهو التملك المسند إلى مالك الثمن ، وهو حقيقةً نفس المجيز ، فيلزم من ذلك) أي من كون مالك الثمن هو المجيز للبيع (انتقال المثمن إليه) لا إلى الفضولي ، وذلك بمقتضى طبيعة المبادلة والمعاوضة ؛ إذ المثمن ينتقل إلى مَنْ هو مالك الثمن - كما وأنَّ الثمن أيضاً ينتقل إلى مَنْ هو مالك المثمن فيقال بالفارسية : « اين ، به آن ، دَر » يعني : هذا مقابل ذاك ، ويا : « قدح آنجا برود كه كاسه آيد بيرون » .

هذا كله إذا أردنا صحة شراء الفضولي مالاً لنفسه بثن من الغير بحيث يصير المثمن للمالك بسبب الإجازة أو باع مال الغير لنفسه ، (مع أنه ربما) يمكن تصحيح شرائه بحيث يصير المثمن ملكاً لنفس الفضولي ؛ وذلك بأن (يلتزم صحة أن يكون الإجازة) من المالك (لعقد الفضولي موجبةً لصيرورة العوض ملكاً للفضولي)

ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد ، وتبعه غير واحد من أجلاء تلامذته . وذكر بعضهم في ذلك وجهين :

أحدهما : أنَّ قضية بيع مال الغير عن نفسه والشراء بمال الغير لنفسه ، جَعَلَ ذلك المال له ضمناً ، حتَّى أنَّه على فرض صحة ذلك البيع أو الشراء تَمَلَّكَه قبل انتقاله إلى غيره ، ليكون انتقاله إليه عن ملكه ، نظير ما إذا قال : « أعتق عبدك عني » ، أو قال : « بَعِ مالي عنك » ، أو « اشترِ لك بمالي كذا » ،

نفسه (ذكره شيخ مشايخنا) كاشف الغطاء (في شرحه) المخطوط (على القواعد ، وتبعه غير واحد من أجلاء تلامذته) ، منهم : المحقِّق الشوشتری في المقابس ص ١٣٢ س ٧ ، (وذكر بعضهم) كالمحقِّق المذكور (في) توجيه (ذلك) أي ملكية الفضولي للمثمن مع إجازة المالك شراء الفضولي (وجهين :

أحدهما : أنَّ قضية بيع مال الغير عن نفسه) إذا أجازَه ذلك الغير ، (و) كذا (الشراء بمال الغير لنفسه) إذا أجازَ الغير ذلك الشراء ، هو (جَعَلَ ذلك المال له) أي الفضولي (ضمناً) بدلالة الإقتضاء التي ذكروها في كتب الأصول المفصلة^(١) ، فإنَّ إجازة المالك تُصحِّح البيع أو الشراء ، وصحتهما متضمَّنان لانتقال المال إلى الفضول حين البيع أو الشراء ، ثمَّ منه إلى غيره . كما قال الشيخ : (حتَّى أنَّه على فرض صحة ذلك البيع أو الشراء) في صورة إجازة المالك (تَمَلَّكَه) أي الفضولُ المالَ (قبل انتقاله إلى غيره ، ليكون انتقاله إليه) أي إلى الغير (عن ملكه) (الفضول) (نظير ما إذا قال : « أعتق عبدك عني ») فإنَّ معناه : « مَلَكْنِي عَبْدَكَ ثُمَّ أعتقه عني » ، حيث إنَّه : « لا عتق إلَّا في ملكٍ » ، (أو) نظير ما إذا قال : « بَعِ مالي عنك » ، فإنَّ معناه : « تَمَلَّكَ مالي لنفسك ثمَّ بعه » ، (أو) قوله : (« اشترِ لك بمالي كذا ») من الطعام أو الثوب ،

(١) قد تقدَّم بيان ذلك مفصلاً في التنبيه الرابع من تنبيهات المعاطاة في ج ٤ ص ١٧٨ ، فراجع .

فهو تملكٌ ضمنيٌّ حاصلٌ ببيعه أو الشراء .

ونقول في المقام أيضاً: إذا أجاز المالك صحَّ البيع أو الشراء ، وصحَّته تتضمن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء ، فكما أنَّ الإجازة المذكورة تُصحَّح البيع أو الشراء ، كذلك تقضي بحصول الإنتقال الذي يتضمنه البيع الصحيح ، فتلك الإجازة اللَّاحقة قائمةٌ مقام الإذن السابق ، قاضيةٌ بتمليكه المبيع ؛ ليقع البيع في ملكه ، ولا مانع منه .

وأما ذلك ، (فهو) أي هذا الجعل (تملكٌ ضمنيٌّ) بدلالة الإقتضاء التي عرّفوها: بأنها دلالةٌ مقصودةٌ للمتكلّم يتوقّف صحّة الكلام شرعاً أو عقلاً عليها ، ومثلوا للشرعي بهذه الأمثلة وللعقلي بقوله تعالى : ﴿ وَأَسْأَلُ الْقَرْيَةَ ﴾ ^(١) ، فهو تملكٌ ضمنيٌّ (حاصلٌ ببيعه أو الشراء) أي شراء شيءٍ لنفسه .

(ونقول في المقام أيضاً) بالكيّة الغاصب ضمناً (إذا) باع مال المالك لنفسه (وأجاز المالك) ، وحينئذٍ فـ (صحَّ البيع أو الشراء ، وصحَّته تتضمن انتقاله) أي انتقال مال الغير (إليه حين البيع أو الشراء ، فكما أنَّ الإجازة المذكورة) اللَّاحقة (تُصحَّح البيع أو الشراء ، كذلك تقضي) وتوجب (بحصول الإنتقال) من المالك إلى الفضولي ومنه إلى غيره ، وهذا هو (الذي يتضمنه البيع الصحيح) بسبب لحوق الإجازة (فتلك الإجازة اللَّاحقة) بعد العقد (قائمةٌ مقام الإذن السابق) على العقد فيما إذا قال المالك للغاصب: أنا رضيت منك فبيع مالي لنفسك ، فهي في الحقيقة (قاضيةٌ بتمليكه) أي تملك المالك الغاصب لـ (المبيع ؛ ليقع البيع في ملكه ، ولا مانع منه) أي من هذا التملك شرعاً ؛ فإنَّ الناس مسلّطون على أموالهم ^(٢) .

(١) يوسف: ٨٢ .

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ، عوالي اللئالي ج ١ ص ٢٢٢ ح ٩٩ .

الثاني : أنه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقـد في انتقال بدله إليه ، بل يكفي أن يكون مأذوناً في بيعه لنفسه أو الشراء به ، فلو قال : « بيع هذا لنفسك » أو « إشتـر لك بهذا » مَلِكُ الثمن في الصورة الأولى بانتقال المبيع عن ماله إلى المشتري ، وكذا مَلِكُ المثل في الصورة الثانية . ويتفرع عليه : أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعوضة رَجَعَ المَلِكُ إلى ماله ، دون العاقـد .

أقول : في كلا الوجهين نظر : أمّا الأول ، فلأنَّ صكَّ الإذن في بيع المال لنفسه أو الشراء

والوجه (الثاني) لوقوع البيع للغاصب بالإجازة ، الذي ذكره كاشف الغطاء هو (أنه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقـد في انتقال بدله إليه ، بل يكفي) في ذلك (أن يكون) العاقـد (مأذوناً في بيعه لنفسه أو الشراء به ، فلو قال) المالك لغيره : (« بيع هذا » الكتاب (لنفسك » أو « إشتـر لك بهذا ») الدينار لنفسك (مَلِكُ) المخاطب الفضولي (الثمن في الصورة الأولى) وهو البيع (بانتقال المبيع عن ماله) الأصلي (إلى المشتري ، وكذا مَلِكُ) المخاطب (المثل في الصورة الثانية) وهي شراء الشيء بمال الغير القائل : « إشتـر لك بهذا الدينار » ، وعلى ما ذكر فلا يلزم في المعوضة دخول العوض في ملك مالك المعوض ، بل يخرج من ملك ماله إلى غير مالك المعوض .

(ويتفرع عليه) أي على الوجه الثاني (أنه لو اتفق بعد ذلك) البيع أو الشراء (فسخ المعوضة رَجَعَ المَلِكُ إلى ماله) القبلي (دون العاقـد) ؛ إذ المفروض أنَّ المال لم ينتقل أولاً من المالك إلى العاقـد ثم إلى غيره .

(أقول : في كلا الوجهين نظر) وإشكال : (أمّا الأول ، فلأنَّ صكَّ الإذن) على البيع (في بيع المال لنفسه) أي لنفس الغاصب بمال المتكلم (أو الشراء

لنفسه ممنوعةً ، كما تقدّم في بعض فروع المعاطاة ، مع أنّ قياس الإجازة على الإذن قياسٌ مع الفارق ؛ لأنّ الإذن في البيع يُحتَمَل فيه أن يوجب - من باب الإقتضاء - تقدير الملك آنأماً قبل البيع ، بخلاف الإجازة ؛ فإنّها لا تتعلّق إلا بما وقع سابقاً ، والمفروض أنّه لم يقع إلا مبادلة مال الغير بمالٍ آخر .

نعم ، لمّا بنى هو على ملكيّة ذلك المال عدواناً أو اعتقاداً قصد بالمعاوضة رجوعَ البدل إليه .

فالإجازة من المالك إن رجعت إلى نفس المبادلة

لنفسه ممنوعةً ، كما تقدّم) في ج ٤ ص ١٧٨ (في بعض فروع المعاطاة) في التنبيه الرابع ، من أنّ إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك ، كالعتق والبيع والوطي من المالك للمباح له غير جائزة ؛ إذ لم يدخل ذلك تحت أحد العناوين الشرعيّة الثابتة للمالك من الهبة والصلح ونحوهما ، ولا يكون المعاطاة منها ، وكذلك المقام - أعني الإذن في بيع ماله ودخول العوض في كيس العاقد ، أو الشراء بماله ودخول المبيع في ملك العاقد - ، (مع أنّ قياس الإجازة) اللاحقة (على الإذن) السابق (قياسٌ مع الفارق ؛ لأنّ الإذن في البيع يُحتَمَل فيه أن يوجب - من باب) دلالة (الإقتضاء - تقدير الملك) للعاقد الفضول (آنأماً قبل البيع ، بخلاف الإجازة ؛ فإنّها لا تتعلّق إلا بما وقع سابقاً) ، فلا دلالة فيها حتّى بدلالة الإقتضاء على أنّ الفضول ملكٌ مالٍ الغير آنأماً ثمّ انتقل منه إلى غيره ، (والمفروض أنّه لم يقع إلا مبادلة مال الغير) أي المالك لا العاقد الفضول (بمالٍ آخر) ، فكيف يصير بالإجازة مبادلة مال الفضولي بمالٍ آخر .

(نعم ، لمّا بنى هو) - أي الفضولي العاقد ، سواء كان بائعاً مالٍ الغير لنفسه ، أو مشترياً بمال الغير لنفسه - (على ملكيّة ذلك المال عدواناً أو اعتقاداً قصد) جواب الشرط في قوله : « لمّا بنى » (بالمعاوضة رجوعَ البدل إليه) .

(فالإجازة من المالك) حينئذٍ (إن رجعت إلى نفس المبادلة) وأصلها بدون

أفادت دخول البديل في ملك المجيز ، وإن رجعت إلى المبادلة منضمةً إلى بناء العاقد على تملك المال ، فهي وإن أفادت دخول البديل في ملك العاقد ، إلا أن مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملك وإمضائه له ؛ إذ بعد إمضائه يقع البيع في ملك العاقد فيملك البديل ، إلا أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة في تأثير البناء في تحقق متعلقه شرعاً ، بل الدليل على عدمه ؛ لأن هذا ممّا لا يؤثر فيه الإذن ؛ لأن الإذن في التملك لا يؤثر التملك ، فكيف إجازته ؟
وأما الثاني ،

بناءً على مالكيّة العاقد للمال (أفادت دخول البديل في ملك) المالك الواقعي ، أعني (المجيز ، وإن رجعت إلى المبادلة) الخاصّة ، أعني (منضمةً إلى بناء العاقد على تملك المال ، فهي وإن أفادت دخول البديل في ملك العاقد ، إلا أن مرجع هذا البناء إلى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملك) للعوض (وإمضائه له) أي إمضاء المالك لهذا البناء - فهو عطفٌ تفسيري - ؛ (إذ بعد إمضائه يقع البيع) أو الشراء (في ملك العاقد) الفضولي (فيملك البديل ، إلا) أنه يرد على هذا الإمضاء المخصوص (أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير) هذا النوع من (الإجازة في تأثير البناء في تحقق متعلقه شرعاً ، بل الدليل على عدمه) أي عدم تأثير هذه الإجازة ؛ (لأن هذا البناء من العاقد على التملك للبديل (ممّا لا يؤثر فيه الإذن) السابق على البيع من المالك ؛ (لأن الإذن في التملك) لماله (لا يؤثر التملك) للعاقد ما لم يدخل تحت أحد العناوين الشرعيّة المملّكة كالصلح والهبة ؛ وذلك فإنّ الناس مسلّطون على نفس أموالهم لا على أحكام أموالهم ، كما تبيّه على ذلك الشيخ رحمه الله في ج ٤ ص ٨٤ عند استدلال بعضهم بالحديث في إثبات الملك بالمعاطاة . وبالجملّة : فالإذن من المالك بالتملك للغاصب غير مؤثّر ، (فكيف إجازته) بتملكه ؟

(وأما) النظر في الوجه (الثاني) وهو فرض صحّة دخول العوض في ملك غير

فَلَمَّا عرفت من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة ، ولذا صرّح العلامة رحمته في غير موضع من كتبه ، تارةً بأنّه لا يتصوّر ، وأخرى بأنّه لا يعقل أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئاً ، بل ادّعى بعضهم في مسألة قبض المبيع : عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن : « إشتري لنفسك به طعاماً » ، وقد صرّح به الشيخ والمحقّق وغيرهما .

مالك المعوِّض ، (فَلَمَّا عرفت) في أوّل كتاب البيع ج ٤ ص ٧ وفي مواضع في مورد الكلام (من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة) بين المالين وعوضيّة كلّ منهما عن الآخر ، فلا بدّ من كون العوضين ملكاً للمتبايعين لا أن أحدهما من أحدهما والعوض الآخر من أجنبيّ ؛ (ولذا صرّح العلامة رحمته في غير موضع من كتبه ، تارةً بأنّه لا يتصوّر) كما في رهن القواعد ج ١ ص ١٦٦ س ١٠ ، وكذا في رهن التذكرة ج ٢ ص ٣٢ س ١٣ ، (وأخرى بأنّه لا يعقل) ^(١) (أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئاً) بأن خرج الثمن من كيس من لم يدخل الثمن في كيسه ، (بل ادّعى بعضهم) أي بعض الفقهاء وهو صاحب الجواهر في ج ٢٣ ص ١٧٤ (في مسألة قبض المبيع : عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن : « إشتري لنفسك به طعاماً ») إذ لا يكون هذا إشتراءً للمخاطب ، بل يقع الشراء للقاتل ، لا محالة ، (وقد صرّح به) أي بالبطلان (الشيخ) الطوسي في المبسوط ج ٢ ص ١٢١ (والمحقّق) الحلّي في الشرائع ج ٢ ص ٣٧ (وغيرهما) ، كالقاضي ابن البرّاج في المهذّب ج ١ ص ٣٨٧ ، والشهيد الأوّل في الدروس ج ٣ ص ٢١١ ، والشهيد الثاني في المسالك ج ٣ ص ٢٥٢ ، والمحقّق الكركي

(١) لم أظفر بهذا التعبير في كتبه ، وقد راجعت مظانّه . نعم ، عبّر بعدم الصحّة والبطلان في مسألة دفع المال إلى أحد وقوله له : « إشتري به طعاماً لنفسك » ، فراجع القواعد ج ١ ص ١٥١ س ٤ ، والتذكرة ج ١ ص ٤٧٣ س ٧ .

نعم ، سيأتي في مسألة جواز تتبّع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب ، أنَّ ظاهر جماعة -كقطب الدين والشهيد وغيرهما -: أنَّ الغاصب مسلَّط على الثمن وإن لم يملكه ، فإذا اشترى به شيئاً ملكه ، وظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن ويملك المثلث المشتري ، إلّا أن يُحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع الغاصب للثمن مطلقاً كما نسبّه الفخر رحمته الله إلى الأصحاب ، أو أنّ ما قبل

في جامع المقاصد ج ٤ ص ٤٠٠ ، والسيد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧١٥ ، فقالوا بالبطان ، إلّا أن يُحمل هذا الكلام على هبة الثمن للمخاطب قبل الإشتراء ، أو على إشتراء الطعام للمالك ثم هبته لنفسه وكالة عنه .

ثم استدرك الشيخ على ما ذكره من منافاة دخول الثمن في ملك غير مالك المثلث لحقيقة البيع ، فقال : (نعم ، سيأتي) في ج ٦ إن شاء الله (في مسألة جواز تتبّع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب) وأنَّ البائع غاصبٌ (أنَّ ظاهر جماعة -كقطب الدين والشهيد) الأوّل في الحواشي المنسوبة إليه ، (وغيرهما -) ، كالعلامة في القواعد ج ١ ص ١٢٤ إشارة لا صريحاً (أنَّ الغاصب مسلَّط على الثمن) الذي وقع في يده (وإن لم يملكه ، فإذا اشترى به شيئاً ملكه) ، كما إذا غصب فرساً وباعه ممّن يعلم أنّه غصبٌ بعشرة آلاف تومان واشترى به ذهباً فهو يملك الذهب (وظاهر هذا) أي ملكيّة الغاصب البيع (إمكان أن لا يملك) العاقد (الثمن ويملك المثلث المشتري) - بصيغة المجهول - (إلّا أن يُحمل ذلك) أي ملكيّة الغاصب المثلث وإن كان الثمن غصباً ، (منهم على التزام تملك البائع الغاصب للثمن) أمّا (مطلقاً) أي في تمام زمان الغصب ، يعني من أوّل ما غصبه إلى زمان البيع أو الشراء ، والوجه في تملكه هو إجازة المالك ذلك البيع أو الشراء مع علمه بكونه غاصباً ، (كما نسبّه) أي المالك مطلقاً (الفخر رحمته الله إلى الأصحاب) في الإيضاح ج ١ ص ٤١٧ (أو) يملكه (أنّاً ما قبل

أَنْ يَشْتَرِي بِهِ شَيْئاً ؛ تصحيحاً للشراء .

وكيف كان ، فالأولى في التفصّي عن الإشكال المذكور في البيع لنفسه ما ذكرنا .

ثُمَّ إِنَّ مِمَّا ذَكَرْنَا - من نسبة ملك العوض حقيقةً إنّما هو إلى مالك المعوّض ، لكنّه بحسب بناء الطرفين على مالكيّة الغاصب للعوض منسوب إليه - يظهر اندفاع إشكالٍ آخر في صحّة البيع لنفسه ، مختصّ بصورة علم المشتري ، وهو : أَنَّ المشتري الأصيل إذا

أَنْ يَشْتَرِي بِهِ شَيْئاً) أو قبل أن يبيعه بشيء ؛ وذلك (تصحيحاً للشراء) أو البيع .
وبالجملة : فتملّك الغاصب للثمن في البيع أو الثمن في الشراء يستند إلى إجازة المالك المغصوب منه بدلالة الإقتضاء .

(وكيف كان) سواء تمّ ما قاله كاشف الغطاء بملكيّة الغاصب للثمن بسبب الإجازة ، بأحد الوجهين المتقدمين أم لا ، (فالأولى في التفصّي عن الإشكال المذكور في البيع) الفضولي (لنفسه ما ذكرنا) هـ ص ٤٢٩ من أَنَّ الإجازة من المالك ترجع إلى أصل المبادلة والمعاوضة ، وأمّا أَنَّ المبيع أو الثمن يملكه العاقد الغاصب فلا .

(ثُمَّ إِنَّ مِمَّا ذَكَرْنَا - من نسبة ملك العوض حقيقةً) ثمناً أو مثمناً (إنّما هو إلى مالك المعوّض ، لكنّه بحسب بناء الطرفين) - وهما البائع الغاصب والمشتري العالم بالغصبية - (على مالكيّة الغاصب للعوض منسوب إليه) - أي إلى الغاصب - وقوله منسوب إليه خبر « لكنّه » ، وضمير « لكنّه » راجع إلى ملك العوض .

والحاصل : أنّه (يظهر) ممّا ذكرنا (اندفاع إشكالٍ آخر في صحّة البيع لنفسه ، مختصّ بصورة علم المشتري) بكون البائع غاصباً ، ومع ذلك يدفع الثمن إليه - فلا يجري هذا الإشكال في المشتري الجاهل - ، (وهو : أَنَّ المشتري الأصيل إذا

كان عالماً بكون البائع لنفسه غاصباً، فقد حكم الأصحاب - على ما حكى عنهم - بأنَّ المالك لو ردَّ فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن، وهذا كاشفٌ عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية، وإلا لكان ردُّها موجباً لرجوع كلِّ عوضٍ إلى ماله، وحينئذٍ إذاً أجاز المالك لم يملك الثمن؛ لسبق اختصاص الغاصب به، فيكون البيع بلا ثمن.

ولعلَّ هذا هو الوجه في إشكال العلامة في التذكرة، حيث قال - بعد الإشكال في صحَّة بيع الفضولي

كان عالماً بكون البائع لنفسه غاصباً، فقد حكم الأصحاب (، منهم: العلامة في التذكرة ج ١ ص ٤٦٣ س ١٣، والمختلف ج ٥ ص ٥٥، ومنهم: فخر الدين في الإيضاح ج ١ ص ٤١٧، كما مرَّ آنفاً، ومنهم: المحقِّق الكركي في جامع المقاصد ج ٤ ص ٧١ (- على ما حكى عنهم -) في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٩٣) بأنَّ المالك (الواقعي للمبيع (لو ردَّ) البيع ولم يُجزه، (فليس له) هذا (المشتري الرجوع على البائع) الغاصب (بالثمن) لأنَّه كأنَّه صبَّ ماله باختياره في البحر، (وهذا) أي حكمهم بعدم رجوع المشتري على البائع الغاصب بالثمن (كاشفٌ عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية، وإلا لكان ردُّها) أي المعاوضة من المالك الواقعي (موجباً لرجوع كلِّ عوضٍ إلى ماله) فيرجع الثمن إلى المشتري - وإن كان عالماً بأنَّ البائع غاصبٌ - فيأخذه منه، (وحينئذٍ) أي حين عدم تحقق المعاوضة الحقيقية، (إذاً أجاز المالك) الواقعي للمبيع البيع، (لم يملك الثمن) وذلك (لسبق اختصاص الغاصب به) ويقال بالفارسيَّة: «از اين خوانده، واز آن رانده» (فيكون البيع بلا ثمن) لدخول المبيع إلى ملك الغاصب وعدم خروج الثمن عن ملكه.

(ولعلَّ هذا) أي البيع بلا ثمن (هو الوجه في إشكال العلامة في التذكرة) ج ١ ص ٤٦٣ س ١٣، (حيث قال - بعد الإشكال في صحَّة بيع الفضولي) بكونه

مع جهل المشتري :- إنَّ الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل ، انتهى .
 أقول : هذا الإشكال - بناءً على تسليم ما نُقل عن الأصحاب من أنَّه ليس
 للمشتري إسترداد الثمن مع ردِّ المالك وبقائه ، وبعد تسليم أنَّ الوجه في
 حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديري الردِّ والإجازة ، لا التسليط
 المراعى بعدم إجازة البيع - إنما يتوجه على القول بالنقل ؛ حيث إنَّ تسليط
 المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة ،

غاصباً (مع جهل المشتري -) بكونه غاصباً : (إنَّ الحكم في الغاصب) إذا باع لنفسه
 (مع علم المشتري) بكونه غاصباً (أشكل ، انتهى) كلام التذكرة ووجه الأشكالية ،
 أنَّه مع علمه هذا ، وأنَّ المبيع ليس للبائع ، لا يكون قاصداً للمعاوضة الحقيقية ، بل هو
 قاصد لتمليك البائع مجاناً .

(أقول : هذا الإشكال) إنما هو - بناءً على تسليم ما نُقل عن الأصحاب من
 أنَّه ليس للمشتري (العالم (إسترداد الثمن) من البائع الغاصب (مع ردِّ المالك)
 وعدم إجازته للبيع ، ومع عدم تلف الثمن (وبقائه ، وبعد تسليم أنَّ الوجه في
 حكمهم ذلك) أي عدم حقِّ الإسترداد ، (هو مطلق التسليط) أي تسليط المشتري
 الغاصب على ماله (على تقديري الردِّ والإجازة) من قبل المالك (لا التسليط
 المراعى) والنموط (بعدم إجازة البيع -) من المالك ، بمعنى أنَّ عدم حقِّ عدم
 إسترداد المشتري الثمن من الغاصب ، إنما هو في صورة ردِّ المالك البيع وعدم إجازته ،
 وأما في صورة إجازته للبيع ، فالثمن يكون للمالك لا محالة دون الغاصب ، فلا إشكال
 المذكور مع تسليم هذه الأمور (إنما يتوجه على القول بالنقل) في باب إجازة المالك
 دون القول بالكشف ، (حيث إنَّ تسليط المشتري للبائع) الغاصب (على الثمن)
 وتمليكه إيَّاه له إنما هو (قبل انتقاله إلى مالك المبيع ب) سبب (الإجازة)
 المتأخرة ، حيث إنَّ زمان التسليط وقت البيع ، وهو مقدّم على زمان الانتقال إلى المالك

فلا يبقى موردٌ للإجازة .

وأما على القول بالكشف ، فلا يتوجّه إشكال أصلاً ؛ لأنّ الردّ كاشفٌ عن كون تسليط المشتري تسليطاً له على مال نفسه ، والإجازة كاشفةٌ عن كونه تسليطاً له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض ؛ ولذا لو لم يُقبضه الثمن حتّى أجاز المالك أو ردّ ، لم يكن للغاصب إنتزاعه من يد المشتري أو المالك ، وسيأتي في مسألة جواز تتبّع العقود

الذي هو حين الإجازة ، فلا محالة يكون معنى الإجازة تقبّل المالك أن يكون المبيع بلا ثمن ، فلا تكون المعاوضة معاوضةً حقيقية .

(وأما على القول بالكشف ، فلا يتوجّه إشكال أصلاً ؛ لأنّ) المفروض حصول ملكيّة الثمن بنفس العقد لمالك المثلث في صورة الإجازة ، والتسلّط متأخّر عنه ، فلا تكون الإجازة إجازةً لبيع بلا ثمن ، كما وأنّ (الردّ) من المالك للبيع (كاشفٌ عن كون تسليط المشتري) للغاصب على الثمن (تسليطاً له على مال نفسه) مجّاناً .

(و) الحاصل : أنّ (الإجازة كاشفةٌ عن كونه) أي كون التسليط (تسليطاً له) أي للغاصب (على ما يملكه غيره) أي غير الغاصب - أعني المالك للمبيع - (بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض) إن فرض إقباض الثمن من المالك إلى يد الغاصب ؛ (ولذا) - أي ولأجل كشف الإجازة عن كون تسليط المشتري للغاصب ، تسليطاً على ما يملكه غيره ، وهو مالك المبيع (لو لم يُقبضه الثمن) أي لم يُقبض المشتري الثمن بيد الغاصب بعد (حتّى أجاز المالك) البيع (أو ردّ ، لم يكن للغاصب إنتزاعه) « الثمن » (من يد المشتري أو المالك) ؛ لأنّه أجنبيّ عنه وغير مالكٍ له ، بل هو فضوليّ غاصب ، فعلى ما ذكرنا ففي صورة الإجازة ، الثمن ملكٌ لمالك المبيع - عني الكشف - ، ولا يكون البيع بلا ثمن ، (وسيأتي في مسألة جواز تتبّع العقود

للمالك تنتمه لذلك ، فانتظر .

ثم اعلم : أنَّ الكلام في صحة بيع الفضولي لنفسه - غاصباً كان أو غيره - إنما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز ، وهو الذي لم يفرق المشهور بينه وبين الفضولي البائع للمالك ، لا لنفسه .

وأما الكلام في صحة بيع الفضولي ووقوعه لنفسه إذا صار مالكا للمبيع وأجاز - سواء باع لنفسه أو للمالك - فلا دخل له بما نحن فيه ؛ لأنَّ الكلام هنا في وقوع البيع للمالك ، وهناك في وقوعه للعائد إذا ملك .

(للمالك) في الجزء السادس إن شاء الله تعالى (تنتمه لذلك ، فانتظر) .

(ثم اعلم : أنَّ الكلام في صحة بيع الفضولي) مال غيره (لنفسه) كما اخترناها ، ووقوعه للمالك - أو بطلانه كما يظهر من كلام صاحب المقابس - (غاصباً كان أو غيره -) كالزاعم أنَّ المال له ، (إنما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز) كما ذكرنا (وهو الذي لم يفرق المشهور) في القول بالصحة (بينه وبين الفضولي البائع للمالك ، لا لنفسه) .

وأما الكلام في صحة بيع الفضولي ووقوعه لنفسه إذا صار مالكا للمبيع (بعد البيع ، كما إذا باعه ثم يمشي ويشتريه من مالكة ، أو يملكه بهية ، أو صلح ، أو إرث ، أو غيره من الأسباب المملّكة ، ويُعبّر عن هذه المسألة بمسألة : « مَنْ باع شيئاً ثم ملكه » (وأجاز) ذلك البيع (سواء باع لنفسه) بأن قصد وقوع البيع لنفسه من الأول برجاء تملكه ، (أو) قصد وقوعه (للمالك - فلا دخل له بما نحن فيه) وهو بيع الفضولي مال الغير لنفسه غصباً أو جهلاً ؛ (لأنَّ الكلام هنا) أي في الفضولي (في وقوع البيع للمالك) وقال المشهور بالصحة كما تقدّم ، (وهناك) وهو بيع ما ليس يملك نفسه ، ثم يملك (في وقوعه للعائد إذا ملك) ، والمشهور فيه البطلان ، بل قال العلامة في التذكرة في كلامه المتقدم ص ٣٩٣ : « ... لا نعلم فيه خلافاً لنهي النبي ﷺ عنه في

ومن هنا يُعلم: أنَّ ما ذكره في الرياض من أنَّ بيع الفضولي لنفسه باطلٌ، ونُسب إلى التذكرة نفي الخلاف فيه، في غير محله، إلا أن يريد ما ذكرناه، وهو خلاف ظاهر كلامه.

بقي هنا أمران:

الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عيناً أو ديناً في ذمة الغير، ومنه جعل العرض ثمناً أو مثمناً في ذمة الغير.

رواية حكيم بن حزام».

(ومن هنا) أي من ذهاب المشهور إلى صحة بيع الفضولي لنفسه إذا أجاز المالك وقوعه له (يُعلم: أنَّ ما ذكره) السيّد عليّ الطباطبائي (في الرياض) ج ١ ص ٥١٢ (من أنَّ بيع الفضولي لنفسه باطلٌ، ونُسب إلى التذكرة) ج ١ ص ٤٦٣ (نفي الخلاف فيه) أي في البطلان (في غير محله): لأنّ كلام التذكرة - ونفي الخلاف في البطلان - إنّما هو في مسألة: «مَنْ باع شيئاً ثمّ مَلِكُهُ»، وليس في مسألة بيع الفضولي الغاصب لنفسه إذا أجازَه المالك، حيث يقع له، (إلا أن يريد) صاحب الرياض (ما ذكرناه) أي البطلان في مسألة: «مَنْ باع شيئاً ثمّ مَلِكُهُ»، (وهو خلاف ظاهر كلامه)، فإنّ كلامه في مسألة بيع الغاصب مال غيره لنفسه.

هذا تمام الكلام في المسألة الثالثة، وهي بيع الفضولي لنفسه.

(بقي هنا أمران: الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين

كون مال الغير عيناً) شخصيّة خارجيّة التي كانت مورد البحث في المسائل الثلاثة المتقدّمة، (أو ديناً) كليّاً مشخصاً بصفات معيّنة (في ذمة الغير، ومنه) أي من الدين (جعل العوض ثمناً) كان (أو مثمناً في ذمة الغير) بدون إذنه كأن يبيع شاةً كليّة في ذمة زيد بألف تومان معيّن، أو يشتري كتاباً مشخصاً خارجيّاً بألف تومان كليّاً في ذمة عمرو.

ثم إنَّ تشخيص ما في الذمة - الذي يَعقد عليه الفضولي - إمَّا بإضافة الذمة إلى الغير، بأن يقول: «بعت كزاً من طعامٍ في ذمة فلان بكذا» أو «بعت هذا بكذا في ذمة فلان» وحكمه: أنه لو أجاز فلان يقع العقد له، وإن ردَّ بطل رأساً.

وإمَّا بقصده العقد له؛ فإنه إذا قصده في العقد تعيّن كونه صاحب الذمة؛ لما عرفت من استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر، إلا على احتمال ضعيف تقدّم عن بعض.

(ثم إنَّ تشخيص) مَنْ يضاف إليه الكلّي لجعل المثلن أو الثمن بـ(ما في الذمة - الذي يَعقد عليه الفضولي -) على قسمين: (إمَّا بإضافة الذمة إلى الغير) في اللفظ (بأن يقول: «بعت كزاً من طعامٍ» كالحنطة) (في ذمة فلان) ابن فلان (بكذا) كهذا الكتاب، وهذا مثال لجعل المثلن كلياً، (أو) يقول: «بعت هذا) الكتاب (بكذا) كألف تومان أو دولار (في ذمة فلان)»، وهذا مثال لجعل الثمن كلياً، (وحكمه: أنه لو أجاز فلان) ابن فلان بائعاً أو مشترياً (يقع العقد له)، فإنَّ العقد قابل للوصف بالصحة، فيجب على فلان الذي هو المجيز العمل بما يقتضيه العقد، (وإن ردَّ) فلان بن فلان (بطل رأساً)، فلا يكون من جعل بائعاً أو مشترياً مكلفاً بالعمل بمضمون العقد، وكذا العاقد الفضولي.

(و) القسم الثاني (إمَّا بقصده) أي العاقد الفضولي (العقد له) أي لفلان ابن فلان من دون تصريح باسمه (فإنه إذا قصده في العقد تعيّن كونه صاحب الذمة)، فإذا أجاز وجب عليه العمل بمقتضى العقد؛ (لما عرفت) في بيع الفضولي لنفسه في المسألة الثالثة ص ٤١٦، وفي مواضع أخر (من استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير من خرج عنه) العوض (الآخر، إلا على احتمال ضعيف تقدّم) ص ٤٣٤ (عن بعض) تلامذة كاشف الغطاء - في توجيه كلامه - بقوله: «الثاني: أنه لا دليل على

فكما أنَّ تعيين العوض في الخارج يُغني عن قصد مَنْ وقع له العقد ، فكذا قصد من وقع له العقد يُغني عن تعيين الثمن الكلّي بإضافته إلى ذمّة شخصٍ خاصّ . وحينئذٍ فإنّ أجاز مَنْ قصد مالكيّته « ملكيّته خد » وقع العقد له ، وإن ردّ فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعاً ؛ لأنّ مقتضى ردّ العقد بقاء كلّ عوضٍ على ملك صاحبه ، إذ المال مردّدٌ في باب الفضولي بين مالكة الأصلي ومَنْ وقع له العقد ، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة وتردّده بين الفضولي ومَنْ وقع له

اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للآخر... الخ ، (فكما أنَّ تعيين العوض) الشخصي ثمناً أو ثمنناً (في الخارج) باللفظ كقوله : « بعتك هذا الكتاب الذي لزيد بكذا » (يُغني عن قصد مَنْ وقع له العقد) وهو زيد في المثال ، (فكذا قصد من وقع له العقد) في نيّة العاقد (يُغني عن تعيين الثمن الكلّي بإضافته إلى ذمّة شخصٍ خاصّ) ، فلو قال : « بعت كراً من حنطة بكذا » ، وأراد في قلبه جعل الحنطة في ذمّة زيد ، فهذا بيع فضوليّ كلّّي من قِبَل زيد ، فإذا أجاز زيد هذا البيع وقع صحيحاً ، وإن ردّه فهو باطل .

(وحينئذٍ) أي حين إغناء تعيين مَنْ وقع له العقد بجعل العوض في ذمّته ، (فإنّ أجاز مَنْ قصد مالكيّته « ملكيّته خد » وقع العقد له) صحيحاً ، فيجب العمل بمقتضاه على كلّ من المالكين ، (وإن ردّ فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعاً) فلا يؤثر شيئاً حتّى بالنسبة إلى العاقد الفضولي ، فيبقى كلّ عوضٍ على ملك صاحبه ؛ (لأنّ مقتضى ردّ العقد بقاء كلّ عوضٍ على ملك صاحبه ، إذ المال) أي مال المالك الأصلي (مردّدٌ في باب الفضولي بين مالكة الأصلي و) بين (مَنْ وقع له العقد) من المشتري أو البائع ولا ربط للفضولي به ، وعلى هذا (فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة و) يكون معلّقاً بمعنى (ترّدده بين الفضولي و) بين (مَنْ وقع له

العقد؛ إذ لو صح وقوعه للفضولي لم يحتج إلى إجازة من وقع له، إلا أن الطرف الآخر لو لم يُصدّقه على هذا القصد وحلف على نفي العلم حكم له على الفضولي؛ لوقوع «بوقوع خد» العقد له ظاهراً، كما عن المحقق وفخر الإسلام والمحقق الكركي والسيوري والشهيد الثاني.

وقد يظهر من إطلاق بعض الكلمات - كالقواعد والمبسوط - وقوع العقد له

العقد؛ إذ لو فرض أنه (صح وقوعه للفضولي لم يحتج إلى إجازة) أحد حتى (من وقع له)، بل يقع عن الفضولي بلا كلام، (إلا) أنه في مقام التنازع والاختلاف (أن الطرف الآخر) الأصيل (لو) ادعى أن العاقد - الذي يصف نفسه بأنه فضولي - أراد العقد لنفسه وأنه جعل العوض الكلي في ذمة نفسه، فـ (لم يُصدّقه على هذا القصد) أي أن الطرف الآخر لم يصدّق العاقد على أن قصده وقوع العقد عن غيره (وحلف على نفي العلم) بأنه جعل العقد للغير، وإنما يحلف على نفي العلم لا على نفي عدم قصد العاقد جعل العقد لغيره؛ لأنه حلف على فعل الغير ولا يُعرف قصده إلا من قبله، فالطرف الآخر إنما يتمكن على الحلف على نفي العلم فقط، وحينئذٍ (حكم له) أي لنفع الطرف الآخر (على الفضولي؛ لوقوع) كذا في النسخ، وفي المصححة («بوقوع خد» العقد له) أي للفضولي (ظاهراً) حيث لم يُصرّح بجعل العقد للغير.

(كما) حكى المحقق الشوشتری في المقابس ص ١٣٧ س آخر (عن المحقق) الحلّي في الشرائع ج ٢ ص ٢٣٩، (وفخر الإسلام) في الإيضاح ج ٢ ص ٣٤٧، (والمحقق الكركي) في جامع المقاصد ج ٨ ص ٢٥١، (و) الفاضل (السيوري) في التنقيح، (والشهيد الثاني) في المسالك ج ٥ ص ٣٠٠.

(وقد يظهر من إطلاق بعض الكلمات) أي كلمات الفقهاء (ك-) العلامة في (القواعد) ج ١ ص ٢٤٧، (و) الشيخ الطوسي في (المبسوط -) ج ٢ ص ٣٨٦ (وقوع العقد له) أي للعاقد الفضولي ظاهراً

واقعاً، وقد نُسب ذلك إلى جماعةٍ في بعض فروع المضاربة .

وحيث عرفت أنَّ قصد البيع للغير أو إضافته إليه في اللفظ يوجب صرف الكلّي إلى ذمّة ذلك الغير ، كما أنَّ إضافة الكلّي إليه توجب صرف البيع أو الشراء إليه وإن لم يقصده أو لم يُضفه إليه ، ظهر من ذلك التنافي بين إضافة البيع إلى غيره وإضافة الكلّي إلى نفسه أو قصده من غير إضافة .

و (واقعاً، وقد نُسب ذلك) ^(١) (إلى جماعةٍ في بعض فروع المضاربة) ، كما إذا اشترى العامل في المضاربة متاعاً ولم يصرّح البائع بأنّه عامل ، ثمّ ردّ صاحب المال قبول الشراء له وإعطاء الثمن من ماله ، فهذا يجب على العامل قبول الشراء لنفسه وإعطاء الثمن من ماله ، بعد حلف البائع على عدم علمه بأنّ المشتري عاملٌ في المضاربة .

(وحيث عرفت) في ص ٣٦٥ بقوله : « ثمّ إنّ تشخيص ما في الذمّة الذي يعقد عليه الفضولي ... الخ (أنَّ قصد البيع للغير) في النية ، وجعل الكلّي في ذمّة ، (أو إضافته) أي البيع (إليه في اللفظ) بقوله : « بتك هذا بألف تومان في ذمّة زيد » (يوجب صرف الكلّي إلى ذمّة ذلك الغير ، كما أنَّ إضافة الكلّي إليه) أي إلى الغير كقوله : « بتك عشر كيلوات من الحنطة في ذمّة زيد بهذا الكتاب ، أو « إشتريت هذا الكتاب بعشر كيلوات من الحنطة في ذمّة زيد » (توجب صرف البيع أو الشراء إليه) لا محالة حتّى (وإن لم يقصده) في نيّته (أو لم يُضفه إليه) أي لم يُضف الفضولي البيع أو الشراء لذلك الغير (ظهر) - جواب حيث عرفت - (من ذلك التنافي بين إضافة البيع إلى غيره وإضافة الكلّي إلى نفسه) كقوله : « بتك لزيد عشر كيلوات من الحنطة في ذمّتي » ، (أو قصده) في نيّته (من غير إضافة) في اللفظ ، كقوله :

(١) لم أظفر علىّ المناسب، والمراد من الجماعة الشرائع ج ٢ ص ١٦١ والقواعد ج ١ ص ٢٤٧

والرياض ج ١ ص ٦٠٧ والجواهر ج ٢٦ ص ٣٨٦ .

وكذا بين إضافة البيع إلى نفسه وإضافة الكلّي إلى غيره .

فلو جَمَعَ بين المتنافيين ، بأن قال : « إشتريتُ هذا لفلان بدرهم في ذمّتي » أو « إشتريتُ هذا لنفسي بدرهم في ذمّة فلان » .
ففي الأوّل يحتمل البطлан ؛ لأنّه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله ،
ويحتمل إلغاء أحدّ القيدَين وتصحيح المعاملة لنفسه أو لغيره « للغير خد » ،
وفي الثاني يُحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير ،

« بت عشر كيلوات من الحنطة - قاصداً كونها في ذمّة نفسه - بكذا من الثمن لزيد » .

(وكذا) ظهر التنافي (بين إضافة البيع إلى نفسه وإضافة الكلّي إلى غيره) كقوله : « بت هذا الكتاب لنفسي بعشر كيلوات من الحنطة في ذمّة زيد » ، (فلو جَمَعَ بين المتنافيين ، بأن قال : « إشتريتُ هذا لفلان بدرهم في ذمّتي » أو « إشتريتُ هذا لنفسي بدرهم في ذمّة فلان ») .

ففي (المثال الأوّل يحتمل البطлан ؛ لأنّه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله) أي مال المشتري ، وقد تقدّم مكرراً أنّ العوض إنّما يدخل في ملك مالك المعوّض لا غيره ؛ لأنّه خلاف المعاوضة الحقيقية ، (ويحتمل إلغاء أحدّ القيدَين) وهما قيد « لفلان » وقيد « في ذمّتي » ، فهو نظير قوله بالفارسيّة : « ما را از مدرسه بيرون رفت ، (و) يحتمل (تصحيح المعاملة لنفسه) إذا ألغى قيد « لفلان » (أو) تصحيحها (لغيره « للغير خد ») إذا ألغى قيد « في ذمّتي » .

قال الشاعر الفارسي :

يا مسلمان باش ، يا كافر ، دورنگی تابکی

يا مقيم كعبه شو ، يا ساكن بتخانه باش

(وفي) المثال (الثاني) وهو : « إشتريتُ هذا لنفسي بدرهم في ذمّة زيد »
(يُحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه) فضلاً (بعين مال الغير) كما مرّ في شراء

فَيَقَعُ لِلغَيْرِ بَعْدَ إِجَازَتِهِ ، لَكِنْ بَعْدَ تَصْحِيحِ الْمَعَاوِضَةِ بِالْبِنَاءِ عَلَى التَّمَلُّكِ فِي ذِمَّةِ الْغَيْرِ إِعْتِقَاداً ، وَيَحْتَمِلُ الصَّحَّةَ بِإِلْغَاءِ قَيْدِ « ذِمَّةِ الْغَيْرِ » ؛ لِأَنَّ تَقْيِيدَ الشَّرَاءِ أَوَّلًا بِكَوْنِهِ لِنَفْسِهِ يُوْجِبُ إِغْيَاءَ مَا يُنَافِيهِ مِنْ إِضَافَةِ الذِّمَّةِ إِلَى الْغَيْرِ ، وَالْمَسْأَلَةُ تَحْتَاجُ إِلَى تَأَمُّلٍ .

ثُمَّ إِنَّهُ قَالَ فِي التَّذَكُّرَةِ : لَوْ اشْتَرَى فَضُولِيًّا ، فَإِنْ كَانَ بَعِيْنُ مَالِ الْغَيْرِ ، فَالْخِلَافُ فِي الْبَطْلَانِ وَالْوَقْفِ عَلَى الْإِجَازَةِ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ : يَقَعُ لِلْمُشْتَرِي بِكُلِّ حَالٍ ،

الْغَاصِبُ مُتَاعًا بِمَالٍ غَيْرِهِ ، (فَيَقَعُ لِلْغَيْرِ بَعْدَ إِجَازَتِهِ) الشَّرَاءُ ، (لَكِنْ بَعْدَ تَصْحِيحِ الْمَعَاوِضَةِ بِالْبِنَاءِ عَلَى التَّمَلُّكِ فِي ذِمَّةِ الْغَيْرِ إِعْتِقَاداً) لَا عُدْوَانًا ؛ لِعَدَمِ إِمْكَانِ الْغُصْبِ فِي الْكُلِّيِّ حَتَّى يُمْكِنَ الْبِنَاءُ الْعُدْوَانِي أَيْضًا ، (وَيَحْتَمِلُ الصَّحَّةَ) أَيِ صَحَّةِ الشَّرَاءِ لِنَفْسِ الْعَاقِدِ وَلَا يَكُونُ الْمَقَامُ مِنْ بَابِ الْفُضُولِي (بِإِلْغَاءِ قَيْدِ) فِي (« ذِمَّةِ الْغَيْرِ » ؛ لِأَنَّ تَقْيِيدَ الشَّرَاءِ أَوَّلًا بِكَوْنِهِ لِنَفْسِهِ يُوْجِبُ إِغْيَاءَ مَا يُنَافِيهِ) مُتَأَخِّرًا عَنْهُ (مِنْ إِضَافَةِ الذِّمَّةِ إِلَى الْغَيْرِ ، وَالْمَسْأَلَةُ) أَيِ مَسْأَلَةِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْمُتَنَافِيَيْنِ (تَحْتَاجُ إِلَى تَأَمُّلٍ) وَالِدَقَّةَ ، أَقُولُ : بَلِ الرَّجُوعُ إِلَى نَفْسِ الْعَاقِدِ فِيمَا قَصَدَهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ .

(ثُمَّ إِنَّهُ قَالَ) الْعَلَّامَةُ (فِي التَّذَكُّرَةِ) ج ١ ص ٤٦٣ س ٢ - فِي بَيَانِ مُورِدٍ مِنْ مَوَارِدِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْمُتَنَافِيَيْنِ :- (لَوْ اشْتَرَى فَضُولِيًّا) مُتَاعًا لِنَفْسِهِ ، (فَإِنْ كَانَ بَعِيْنُ) شَخْصِيَّةٍ مِنْ (مَالِ الْغَيْرِ) بِأَنْ جَعَلَهَا ثَمَنًا فِي ذَلِكَ الشَّرَاءِ ، (فَدَ) وَقَعَ (الْخِلَافُ) بَيْنَ الْأَصْحَابِ (فِي الْبَطْلَانِ وَ) وَقُوعِ الشَّرَاءِ لِلْغَيْرِ مَعَ (الْوَقْفِ عَلَى الْإِجَازَةِ) مِنْهُ ، (إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ : يَقَعُ) الشَّرَاءُ (لِلْمُشْتَرِي) الْفُضُولِي (بِكُلِّ حَالٍ) أَيِ سِوَا أَجَازِ الْمَالِكِ لِلْعِيْنِ أَمْ لَا ، فَيَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي آدَاءُ مِثْلِهِ أَوْ قِيَمَتِهِ لِلْبَائِعِ ^(١) .

(١) رَاجِعِ الْمَغْنِي لِابْنِ قَدَامَةَ ج ٤ ص ٢٢٧ .

وإن كان في الذمة لغيره وأطلق اللفظ، قال علماؤنا: يقف على الإجازة، فإن أجاز صحّ ولزمه أداء الثمن، وإن ردّ نفذ عن المباشر.

وبه قال الشافعي في القديم، وأحمد، وإنما يصحّ الشراء؛ لأنه تصوّف في ذمّته لا في مال غيره.

وإنما وقف على الإجازة؛ لأنه عقد الشراء له،

(وإن كان) الشراء (في الذمة لغيره) في قصده (وأطلق اللفظ) بأن لم يصرّح في كلامه بأنّ الشراء للغير مع جعل الثمن في ذمة نفسه، ف(قال علماؤنا: يقف على الإجازة) من ذلك الغير الذي قصده المشتري الفضولي، (فإن أجاز صحّ) الشراء له (ولزمه أداء الثمن)، والوجه في صحّته شمول العمومات وسائر أدلّة صحّة العقد الفضولي المتقدّمة، (وإن ردّ) ذلك الغير الشراء (نفذ عن المباشر) الفضولي العاقد، فيجب عليه أداء الثمن من ماله؛ وذلك لأنّ قصد الشراء للغير يُرتفع أثره برّد الشراء من قبّله، فيقع لنفس العاقد؛ إذ لا يعتبر في وقوعه له قصده لنفسه حين الشراء، بل يكفي إجراؤه العقد، (وبه قال الشافعي في القديم، وأحمد) بن حنبل^(١)، (وإنما يصحّ الشراء) لنفس الفضولي عند ردّ من قصد الشراء له، ولا يكون باطلاً رأساً؛ (لأنّه تصوّف في ذمّته) بجعل الثمن الكلّي في ذمة نفسه (لا في مال غيره) - كما في الفرض الأوّل الذي ذكره بقوله: «فإن كان بعين مال الغير».

فإن قلت: فلمّا توقّف على إجازة من قصد الشراء له؟

قلنا: (وإنما وقف على الإجازة) من ذلك الغير؛ (لأنّه عقد الشراء له) أوّلاً

(١) راجع المجموع ج ٩ ص ٢٦٠ وحلّية الأولياء ج ٤ ص ٧٧، وقال سيّدنا الأستاذ في هامش هدى الطالب ج ٤ ص ٦٣٥: «التعبير بالقديم إصطلاح لآراء الشافعي حين إقامته ببغداد، والجديد إسم لآرائه الصادرة منه بعد انتقاله إلى مصر وإقامته فيه».

فإن أجازته لزمه ، وإن ردّه لزم من اشتراه ، ولا فرق بين أن ينقد من مال الغير أو لا ، وقال أبو حنيفة : يقع عن المباشر ، وهو جديد للشافعي ، انتهى .
 وظاهره الإتفاق على وقوع الشراء مع الردّ للمشتري واقعاً ، كما يشعر به تعليقه بقوله : « لأنه تصرّف في ذمته لا في مال الغير » ، لكن أشرنا سابقاً إجمالاً إلى أنّ تطبيق هذا على القواعد مشكّل ؛ لأنه إن جعل المال في ذمته بالأصالة ، فيكون ما في ذمته كعين ماله ، فيكون كما لو باع عين ماله لغيره .

في نيّته وإن جعل الثمن في ذمّة نفسه ، (فإن أجازته) أي العقّد (لزمه ، وإن ردّه لزم من اشتراه) أي لمن تصدّى الشراء وهو العاقد الفضولي ، (ولا فرق) في لزوم المعاملة للمباشر مع الردّ (بين أن ينقد) - باللقاف والdal المهملة - أي أعطى الثمن (من مال الغير أو لا) أو يعطيه من مال نفسه ، (وقال أبو حنيفة : يقع) الشراء (عن المباشر ، وهو جديد للشافعي ، انتهى) كلام العلامة في التذكرة .

(وظاهره الإتفاق) والإجماع (على وقوع الشراء مع الردّ) من قَصَد الفضولي الشراء له (للمشتري) المباشر الفضولي (واقعاً) لا ظاهراً ، (كما يشعر به) أي بوقوعه للمشتري واقعاً (تعليقه) أي العلامة (بقوله : « لأنه تصرّف في ذمته » أي ذمّة نفسه (لا في مال الغير ») .

(لكن) لا يخفى عليك أنّا (أشرنا سابقاً إجمالاً) ص ٤٢٥ بقوله : « ولكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير ... الخ » (إلى أنّ تطبيق هذا) الشراء (على القواعد مشكّل ؛ لأنه) أي المشتري العاقد (إن جعل المال في ذمته بالأصالة) بدون قصد النيباة عن الغير ، بأن قال : « إشتريت هذا الكتاب لزيد بألف تومان في ذمّتي » ، (فيكون ما في ذمته كعين ماله) الشخصي الذي يجعله ثمناً ، (فيكون كما لو باع عين ماله لغيره) بأن يجعل الثمن للغير مع خروج المثل من كيسه ، بأن قال : « بعت كتابي هذا بألف تومان لزيد » .

والأوفق بالقواعد في مثل هذا إما البطلان لو عُمِلَ بالنية بناءً على أنه لا يُعقل في المعاوضة دخول عوض مال الغير في ملك غيره قهراً، وإما صحته ووقوعه لنفسه لو ألغى النية؛ بناءً على انصراف المعاملة إلى مالك العين قهراً وإن نوى خلافه .

وإن جعل المال في ذمته ، لا من حيث الأصالة ، بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً ، ففيه - مع الإشكال في صحة هذا لو لم يرجع إلى الشراء في

(والأوفق بالقواعد في مثل هذا) الشراء الذي جعل الفضولي الثمن في ذمة نفسه مع قصده وقوع الشراء للغير ، (إما البطلان لو عُمِلَ بالنية) أي نية الشراء للغير؛ (بناءً على أنه لا يُعقل في المعاوضة دخول عوض مال الغير في ملك غيره قهراً) أي دخول مال الفضولي في ملك شخص آخر من دون أن يكون بأحد الأسباب المملّكة من البيع والصلح والهبة ، كما تقدّم مكرّراً ، (وإما صحته) - عطف على «إما البطلان» - أي صحة الشراء (ووقوعه لنفسه) أي لنفس المشتري الفضولي (لو ألغى النية) أي نية الشراء للغير؛ وذلك (بناءً على انصراف المعاملة إلى مالك العين) وهو الثمن الذي جعله المشتري الفضولي من ماله (قهراً، وإن نوى خلافه) من جعل الشراء للغير؛ وذلك لأنّه خلاف مقتضى المعاوضة الحقيقية. هذا إن جعل المال في ذمة نفسه بالأصالة .

(وإن جعل المال في ذمته) أي ذمة نفسه في قوله: «إشتريت هذا لزيد في ذمتي» (لا من حيث الأصالة ، بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً ، ففيه - مع الإشكال في صحة هذا) النيابة والوكالة؛ لأنّ الوكالة عبارة عن استنابة الغير في التصرف ، بجعله إياه وكيلاً ، فلا يتحقّق بجعل الغير نفسه وكيلاً من عند نفسه بدون علم الموكل ، (لو لم يرجع) هذه الاستنابة إلى كونه صورياً - أعني (إلى الشراء في

ذمة الغير :- أنَّ اللازم من هذا أنَّ الغير إذا ردَّ هذه المعاملة وهذه النيابة تقع فاسدة من أصلها ، لا أنَّها تقع للمباشر . نعم ، إذا عجز المباشر من إثبات ذلك على البائع لزمه ذلك في ظاهر الشريعة ، كما ذكرنا سابقاً ، ونص عليه جماعة في باب التوكيل .

وكيف كان ، فوقوع المعاملة في الواقع مرددة بين المباشر والمنوي ،

ذمة الغير -) مع إجازته ذلك الشراء بعدُ .

هذا أولاً ، وثانياً : (إنَّ اللازم من هذا) أي فرض جعل نفسه نائباً عن الغير (أنَّ الغير) المنوب عنه (إذا ردَّ هذه المعاملة وهذه النيابة تقع) المعاملة (فاسدة من أصلها ، لا أنَّها تقع للمباشر) ؛ لأنَّه من مصاديق ما قصد لم يقع ، وما وقع لم يقصد يقال بالفارسيَّة : «چه خواستيم وجه شد» .

(نعم) تقع المعاملة للمباشر الفضولي في صورة واحدة ، وهي ما (إذا) فرض التنازع بين المباشر الفضولي وبين البائع ، و(عجزَّ المباشر من إثبات ذلك) بكونه اشترى نيابةً عن الغير لا أصالةً عن نفسه (على البائع) الأصيل ، فهنا (لزمه ذلك) أي وقوع الشراء له (في ظاهر الشريعة) لا واقعاً ، فيجب عليه إعطاء الثمن من كيسه وقبول المبيع لنفسه ، (كما ذكرنا سابقاً) ص ٤٤٧ بقوله : «إلاَّ أنَّ الطرف الآخر لو لم يصدِّقه على هذا القصد وحلف على نفي العلم حكم له على الفضولي لوقوع العقد له ظاهراً» ، (ونص عليه) أي على وقوع الشراء للمباشر الفضولي (جماعة في باب التوكيل) ، منهم : المحقِّق الحلِّي ، وفخر الإسلام ، والمحقِّق الكركي ، والسيوري ، والشهيد الثاني ، فراجع هناك للمصادر .

(وكيف كان) سواء كانت المعاملة باطلةً رأساً ، أو صحيحةً للفضولي المباشر ، وسواء جعل الثمن في ذمة الفضولي أصالةً أو نيابةً ، (فوقوع المعاملة في) عالم (الواقع مرددة بين المباشر والمنوي) ، كما ذكره العلامة في التذكرة

دون التزامه خرط القتاد؟ ويمكن تنزيل العبارة على الوقوع للمباشر ظاهراً، لكنّه بعيدٌ .

الثاني: الظاهر أنّه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين العقدي والمعاطاة، بناءً على إفادتها للملك؛ إذ لا فارق بينها وبين العقد؛ فإنّ التقابض بين الفضوليين أو فضوليٍّ وأصيلٍ إذا وقع بنية التمليك والتملك

(دون التزامه خرط القتاد؟) ومشكلاً جداً، (ويمكن تنزيل العبارة) أي عبارة العلامة في التذكرة بقوله: «وإن ردّ نَقَذ للمباشر» (على الوقوع للمباشر ظاهراً، لكنّه بعيدٌ) ووجه البُعد أنّ تعليل الحكم - في كلامه - بقوله: «لأنّه تصرّف في ذمّته»، أي ذمّة المباشر نفسه يقتضي وقوع العقد له واقعاً لا ظاهراً، فتدبّر في كلامه .

الأمر (الثاني) من الأمرين اللذين قال الشيخ فيما تقدّم ص ٤٤٤: «بقي هنا أمران»: **(الظاهر أنّه لا فرق فيما ذكرنا)** من محلّ النزاع في البيع الفضولي (من أقسام بيع الفضولي) الثلاثة:

١ - من البيع للمالك مع عدم سبق نهي من المالك .

٢ - مع سبق النهي منه .

٣ - البيع لنفسه، **(بين العقدي)** اللفظي **(والمعاطاة ، بناءً على إفادتها للملك)**، كما تقدّم ج ٤ ص ٨١ من الشيخ، فلا وجه لما يظهر من كلام المحقّق الشوشري صاحب المقابس ص ١٣٨ من اختصاص النزاع في الفضولي بما إذا كان العقد لفظياً، وأمّا لو باع أو اشتري بطريق المعاطاة يكون لغواً من أصله، ولا يصحّ بالإجازة؛ لأنّه لا حقّ له بالتصرّف في مال الغير بالإعطاء أو الأخذ، فيجري فيه أصالة الفساد .

وبالجملة: فيجري النزاع في صحّة عقد الفضولي في المعاطاة كما يجري في البيع العقدي؛ (إذ لا فارق بينها وبين العقد؛ فإنّ التقابض) للثمن والمثمن (بين الفضوليين أو فضوليٍّ وأصيلٍ) بدون عقد لفظي (إذا وقع بنية التمليك والتملك

فأجازه المالك ، فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة ، فعموم مثل قوله تعالى : ﴿ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ شاملٌ له .

ويؤيده : رواية عروة البارقي : حيث إنَّ الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة .

وتوهم الإشكال فيه : من حيث إنَّ الإقباض الذي يحصل به التمليك محرمٌ ؛ لكونه تصرفاً في مال الغير ، فلا يترتب عليه أثرٌ ، في غير محله ؛

فأجازه المالك ، فلا مانع من وقوع المجاز من حينه) على القول بالكشف في البيع الفضولي ، (أو من حين الإجازة) على القول بالنقل ، (فعموم مثل قوله تعالى : ﴿ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(١)) ، وقوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(٢) ، وقوله تعالى : ﴿ تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ ﴾ ^(٣) (شاملٌ له) أي للتقابض .

(ويؤيده) أي ويؤيد عدم الفرق بين البيع العقدي والمعاطاة في جريان نزاع الفضولي : (رواية عروة البارقي) المتقدمة ص ٣٥٣ ، (حيث إنَّ الظاهر) بحسب الغلبة الخارجية (وقوع المعاملة بالمعاطاة) ، ومن البعيد إجراء الصيغة بين المتبايعين ، للسيرة الجارية بين الناس ، ولا سيما في المحقرات .

(وتوهم الإشكال فيه) أي في جريان نزاع الفضولي في البيع المعاطاتي : (من حيث إنَّ الإقباض) أو القبض في الشراء (الذي يحصل به التمليك) في المعاطاة (محرمٌ ؛ لكونه تصرفاً في مال الغير) بدون إذنه ، (فلا يترتب عليه أثرٌ) من النقل والإنتقال ، (في غير محله) ؛ لأنه مردود بوجوه أربعة :

(١) البقرة: ٢٧٥ .

(٢) المائدة: ١ .

(٣) النساء: ٢٩ .

إذ قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير ، كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة ، مع أنه قد يقع الإقباض مقرونًا برضا المالك ، بناءً على ظاهر كلامهم من إن العلم بالرضا لا يُخرج المعاملة عن معاملة الفضولي . مع أن النهي لا يدل على الفساد ، مع أنه لو دلّ لدلّ على عدم ترتب الأثر المقصود وهو استقلال الإقباض في السببية ، فلا ينافي كونه جزء السبب .

وربما يُستدلّ على ذلك بأنّ المعاطاة منوطة بالتراضي

الأول : (إذ قد لا يحتاج) المعاطاة (إلى إقباض مال الغير) أو قبضه ، (كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة) وأقبض البائع الأصيل ماله - أعني المبيع - بيد الفضولي .

والوجه الثاني : (مع أنه قد يقع الإقباض مقرونًا برضا المالك) كما إذا علم الفضولي برضا المالك بالإقباض ؛ (بناءً على ظاهر كلامهم من إن العلم بالرضا لا يُخرج المعاملة عن معاملة الفضولي) كما تقدّم بيانه ٣٤٤ ، وإن قوى الشيخ هناك خروجه عنه ، وكذلك ص ٣٥٦ .

والوجه الثالث : (مع أن النهي) التكليفي والحرمة (لا يدلّ على الفساد) الذي هو حكم وضعي ؛ إذ الحكم التكليفي بحرمة الإقباض لا يستلزم البطلان الذي هو حكم وضعي ، فإنّ النهي في المعاملات لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء .

والوجه الرابع : (مع أنه لو دلّ لدلّ على عدم ترتب الأثر المقصود وهو استقلال الإقباض في السببية) للنقل والانتقال ، (فلا ينافي كونه) أي الإقباض (جزء السبب) والجزء الآخر هو الإجازة من المالك .

(وربما يُستدلّ على ذلك) أي بطلان الفضولي في المعاطاة وعدم جريانه فيها - والمستدلّ هو المحقق الشوشري في المقابس ص ١٣٨ - (بأنّ المعاطاة منوطة بالتراضي) من الطرفين ،

وقصد الإباحة أو التملك ، وهما من وظائف المالك ، ولا يتصور صدورهما من غيره - ولذا ذكر الشهيد الثاني : أنَّ المكْرَهَ والفضولي قاصدان لللفظ دون المدلول ، وذكر : أنَّ قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك - ومشروطة أيضاً بالقبض والإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارناً للأمرين ، ولا أثر له إلا إذا صدر من المالك أو بإذنه .

وفيه : أنَّ اعتبار الإقباض والقبض في المعاطاة عند مَنْ اعتبره فيها إنما هو لحصول إنشاء التملك أو الإباحة ، فهو

(وقصد الإباحة أو التملك) بإعطاء الشيء المعين أو المقدّر في الذمة مقارناً للتقايض من الطرفين أو من طرف واحد ، (وهما) أي قصد الإباحة أو التملك (من وظائف المالك ، ولا يتصور صدورهما من غيره) لعدم ملكيته للمال وكونه أجنبياً ، (- ولذا) أي ولعدم تصور صدور الإباحة أو التملك من غير المالك (ذكر الشهيد الثاني) في المسالك ج ٣ ص ١٥٦ ، وكذا الشهيد الأول في الدروس ج ٣ ص ١٩٢ : (أنَّ المكْرَهَ والفضولي قاصدان لللفظ دون المدلول) ، كما تقدّم كلامه ص ٢٥٢ وص ٢٩٤ ، (وذكر) في وجه ذلك (أنَّ قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك -) أو مع إكراه المالك ، (و) كذلك المعاطاة ، فإنّها (مشروطة أيضاً بالقبض والإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارناً للأمرين) ، وهما التراضي وقصد الإباحة ، أو التملك ، (ولا أثر له) أي للقبض والإقباض ، (إلا إذا صدر من المالك أو بإذنه) ، وإلا كان لغواً .

(وفيه) أي في استدلال صاحب المقابس : (أنَّ اعتبار الإقباض والقبض في المعاطاة عند مَنْ اعتبره فيها إنما هو لحصول إنشاء) العملي لـ (التملك أو الإباحة) لأنهما آله وسبب عملي للإنشاء ، كما أنَّ الصيغة في العقد اللفظي آلة للإنشاء . القول للتملك ، وليس القبض والإقباض كاشفين عن التراضي ، (فهو) أي أحدهما من

عندهم من الأسباب الفعلية - كما صرح الشهيد في قواعده - والمعاطاة عندهم عقد فعلي، ولذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها: أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي، وحينئذ فلا مانع من أن يقصد الفضولي بإقباضه: المعنى القائم بنفسه، المقصود من قوله: «ملكك».

واعتبار مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلي دون القولي - مع اتحاد أدلة اعتبار الرضا وطيب النفس في حل مال الغير -

القبض أو الإقباض - والأولى هنا وفي قوله: «اعتبره» تنبيه الضمير - (عندهم من الأسباب الفعلية - كما صرح الشهيد) الأول (في قواعده -) ج ١ ص ٥٠ القاعدة ١٧ وص ١٧٨ القاعدة ٤٧ (والمعاطاة عندهم عقد فعلي) في مقابل الصيغة بالإيجاب والقبول اللفظي الذي هو عقد لفظي.

(ولذا) أي ولأجل أن المعاطاة عند الفقهاء عقد فعلي (ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها) «المعاطاة»: (أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي)، كما تقدم ج ٤ ص ٥٥، (وحينئذ) أي حين عدم دخل القبض والإقباض في مفهوم المعاطاة، بل هما سببان للإنشاء، (فلا مانع من أن يقصد الفضولي بإقباضه: المعنى القائم بنفسه) أي بنفس الفضولي (المقصود من قوله: «ملكك») الذي هو إنشاء قولي، فلا يعتبر وجود رضا المالك حين الإقباض في المعاطاة، بل يكفي حصوله بعده، كما يكفي حصوله بعد قوله: «ملكك» في الإنشاء اللفظي.

فإن قلت بوجود الفرق بين الإنشاء الفعلي والإنشاء القولي، بأنه يعتبر مقارنة الرضا في الأول دون الثاني.

قلنا: (واعتبار مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلي دون القولي - مع اتحاد أدلة اعتبار الرضا وطيب النفس في حل مال الغير -) وهو قوله ﷺ:

لا يخلو عن تحكّم.

وما ذكره الشهيد الثاني لا يُجدي فيما نحن فيه؛ لأنّا لا نعتبر في فعل الفضولي أزيد من القصد الموجود في قوله؛ لعدم الدليل، ولو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة في العقد الفضولي أيضاً.

إلا أن يقال: إنّ مقتضى الدليل ذلك، خرج عنه بالدليل معاملة الفضولي إذا وقعت بالقول،

«لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه»^(١) (لا يخلو) - خبر لقوله: «واعتبار مقارنة الرضا... الخ» - (عن تحكّم)؛ إذ كما أنّ الرضا المتأخّر في الإنشاء القولي كافٍ في صحّة العقد اللفظي، كذلك في الإنشاء الفعلي يكفي تحقّقه بعد المعاطاة.

(وما ذكره الشهيد الثاني)، وكذا الشهيد الأول رحمهما، من أنّ المكره والفضولي قاصدان للفظ دون المدلول، (لا يُجدي فيما نحن فيه) وهو وقوع الفضولي في المعاطاة؛ (لأنّا لا نعتبر في فعل الفضولي) وهو الإقباض (أزيد من القصد الموجود في) الإنشاء اللفظي بـ (قوله): «ملكّتك»، وهو كون قوله أو فعله جزء السبب للتملك والجزء الآخر رضا المالك - ولا نعتبر مقارنة الرضا - (لعدم الدليل) على اعتبار الأزيد - أعني مقارنة الرضا حين العقد -، (ولو ثبت) اعتبار التقارن (لثبت منه) أي من ذلك الدليل (اعتبار المقارنة في العقد الفضولي أيضاً)؛ لعدم الفرق بين العقد القولي واللفظي، والمفروض عدم اعتبارها على ما تقدّم مفصلاً.

(إلا أن يقال: إنّ مقتضى الدليل) وهو عدم حليّة التصرف في مال الغير هو (ذلك) أي اعتبار المقارنة (خرج عنه) أي عن هذا المقتضى (بالدليل)، وهو أدلّة صحّة عقد الفضولي أي (معاملة الفضولي إذا وقعت بالقول)، وأمّا إذا وقعت

(١) الوسائل ج ٣ ص ٤٢٤ مكان المصلي، راجع شرحنا ج ٤ ص ١١٧.

لكنك قد عرفت أن عقد « العقد خد » الفضولي ليس على خلاف القاعدة .

نعم ، لو قلنا : إن المعاطاة لا يعتبر فيها قبض ولو اتفق معها ، بل السبب المستقل هو تراضي المالكين بملكية « بمالكية خد » كل منهما لمال صاحبه مطلقاً أو مع وصولهما أو وصول أحدهما ، لم يعقل وقوعها من الفضولي .

نعم ، الواقع منه إيصال المال ، والمفروض أنه لا مدخل له في المعاملة ، فإذا رضي المالك بمالكية من وصل إليه المال تحققت المعاطاة من حين الرضا ولم يكن إجازة لمعاطاة سابقة .

بالفعل ، فلا بد من وجود المقارنة ووجود الرضا حين الفعل ، أعني المعاطاة .

(لكنك قد عرفت) في أول بحث الفضولي ص ٣٤٥ (أن عقد « العقد خد » الفضولي ليس على خلاف القاعدة) ، بل صحته مقتضى العمومات والأدلة الخاصة ، وهي تشمل ما إذا كان بعقد فعلي - أعني المعاطاة - .

(نعم ، لو قلنا : إن المعاطاة لا يعتبر فيها قبض ولو اتفق معها) صدفة ، أي اتفق القبض مع المعاطاة من باب الاتفاق ، (بل السبب المستقل) للنقل والانتقال (هو تراضي المالكين بملكية « بمالكية خد » كل منهما لمال صاحبه مطلقاً) ، سواء وصل المال إلى الطرف الآخر بالإعطاء ، (أو مع وصولهما أو وصول أحدهما) بيد الآخر ولو بإطارة الريح أو بواسطة حيوان أو وسيلة كهربائية (لم يعقل وقوعها) أي المعاطاة (من الفضولي) ؛ لعدم إمكان حصول تراضي المالكين هنا .

(نعم ، الواقع منه) أي من الفضولي إنما هو (إيصال المال ، والمفروض أنه لا مدخل له) « إيصال » (في المعاملة ، فإذا رضي المالك بمالكية من وصل إليه المال تحققت المعاطاة) في الواقع (من حين الرضا) لا قبله ؛ إذ المفروض أن الرضا هو نفس المعاطاة ، (ولم يكن إجازة لمعاطاة سابقة) .

لكنَّ الإنصاف أنَّ هذا المعنى غير مقصود العلماء في عنوان المعاوضة وإنما قصدهم إلى العقد الفعلي .

هذا كله على القول بالملك ، وأما على القول بالإباحة ، فيمكن القول ببطلان الفضولي ؛ لأنَّ إفادة المعاملة المقصود بها الملك الإباحة خلاف القاعدة ، فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين .

مع أنَّ حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن ، والآثار الأخر - مثل بيع المال على القول

(لكنَّ الإنصاف أنَّ هذا المعنى) من أنَّ المعاوضة هو نفس تراضي المالكين من دون اعتبار قبضٍ فيها (غير مقصود العلماء في عنوان المعاوضة وإنما قصدهم إلى العقد الفعلي) بمعنى كون الفعل وهو الإعطاء والإقباض سبباً لإنشاء النقل والانتقال .

(هذا كله) من جريان الفضولي في المعاوضة ، مبني (على القول بـ) إفادة المعاوضة (الملك) لا الإباحة ، (وأما على القول بـ) إفادة المعاوضة (الإباحة ، فيمكن القول ببطلان الفضولي) فيها ؛ (لأنَّ إفادة المعاملة المقصود بها) للمتعاملين (الملك) - (الإباحة خلاف القاعدة) ؛ لأنَّ العقود تابعة للقصد ، فحصول الإباحة بالمعاوضة مع قصد المتعاطين الملك مصادق بارزٌ لـ « ما قصد لم يقع ، وما وقع لم يُقصد » ، وحينئذٍ (فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين) بأنفسهما دون تعاطي الفضوليين أو فضولي وأصيل .

(مع أنَّ حصول الإباحة) بتعاطي الفضولي (قبل الإجازة) من المالك (غير ممكن) ؛ لأنَّ الإباحة منوطة بطيب نفس المالك ، وهو فعل قائم بذاته ، ولا يتحقق قبل الإجازة ، فلا معنى لكشف الإجازة عن الإباحة الثابتة حين العقد الفعلي - أعني الإعطاء على القول بالكشف - ، (والآثار الأخر - مثل بيع المال) والصلح والهبة (على القول

بجواز مثل هذا التصرف - إذا وقعت في غير زمان الإباحة الفعلية ، لم تؤثر أثراً ، فإذا أجاز حدث الإباحة من حين الإجازة .
 اللّهمّ إلا أن يقال بكفاية وقوعها مع الإباحة الواقعية إذا كشف « انكشف خد » عنها الإجازة ، فافهم .

بجواز مثل هذا التصرف - المتوقّف على الملك للآخذ للمال بالمعاطاة - على ما تقدّم بيانه في ج ٤ ص ٧٧ - (إذا وقعت في غير زمان الإباحة الفعلية) ، وهو زمان صدور الإجازة (لم تؤثر) - خبرٌ لقوله : « والآثار » - (أثراً) ؛ لعدم صدور الإباحة - حين صدورها ، وهو وقت الإقباض - عن المالك ، (فإذا أجاز) المالك بعدُ (حدّث الإباحة من حين الإجازة) .

(اللّهمّ إلا أن يقال بكفاية وقوعها) أي وقوع الآثار ، كالبيع والصلح والهبة (مع الإباحة الواقعية) الشرعية التي يستكشف من إجازة المالك (إذا كشف « انكشف خد » عنها الإجازة) اللاحقة ، (فافهم) لعلّه إشارة إلى الدقّة .

والحمد لله ربّ العالمين
 وصلى الله على محمّد وآله الطاهرين

إلى هنا انتهى « الجزء الخامس » من شرح المكاسب المزجيّ ،
 ويليه إن شاء الله تعالى الجزء السادس
 وأوّلُه : « القول في الإجازة والردّ من المالك »

المصادر والمآخذ والكتب المعتمد عليها في الشرح

١. القرآن الكريم، طبع، عثمان طه.
٢. الإحتجاج، لأبي منصور أحمد بن عليّ بن أبي طالب الطبرسي ط: دار النعمان في النجف الأشرف، ١٣٨٦ ق.
٣. الإختصاص، لمحمد بن محمد بن النعمان البغدادي الملقب بالمفيد المتوفى عام ١٤١٣ ق ط: مؤسسة النشر الإسلامي بقم.
٤. الإرشاد، للعلامة الحلّي جمال الدين الحسن بن يوسف المتوفى ٧٢٦ ق، ط: مؤسسة النشر الإسلامي بقم، ١٤١٠ ق.
٥. الإستبصار، لشيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي المتوفى ٤٦٠ ق، ط: دارالكتب الإسلامية الطبعة ١٣٦٣ ش.
٦. أمالي الصدوق، للشيخ الصدوق محمد بن عليّ بن الحسين بن بابويه القمي المتوفى ٣٨١ ق، ط: مؤسسة الأعلمي بيروت، ١٤٠٠ ق.
٧. أمالي الطوسي، لشيخ الطائفة محمد بن الحسن الطوسي، ط: ١٤١٤ ق.
٨. الإنتصار، للسيد المرتضى علم الهدى عليّ بن الحسين المتوفى ٤٣٦ ق، ط: دارالأضواء بيروت، ١٤٠٥ ق.
٩. أنوار الملوك، في شرح فصّ الياقوت للعلامة الحلّي الحسن بن يوسف المتوفى ٧٢٦ ق. ط: الشريف الرضي بقم ١٣٦٣ ش.

١٠. الإيضاح، للشيخ أبي طالب محمد بن الحسن بن يوسف الملقّب بفخر المحقّقين ابن العلامة الحلّي المتوفّى ٧٧١ ق، ط: قم ١٣٨٧ ش.
١١. إيصال الطالب، للعلامة السيّد محمد الحسيني الشيرازي الكربلائي المتوفّى ١٤٢٣ ق، ط: ١٣٧٣ ق طهران مؤسسة الأعلمي
١٢. بحار الأنوار، للعلامة المولى محمد باقر المجلسي المتوفّى ١١١١ ق، ط: بيروت مؤسسة الوفاء، ١٤٠٣ ق.
١٣. تحرير الأحكام، للعلامة الحلّي المتوفّى ٧٢٦ ق، ط: الطبع الحجري قم مؤسسة آل البيت.
١٤. تحف العقول: عن آل الرسول ﷺ المترجم لأبي محمد الحسن بن علي بن الحسين بن شعبة البحراني المتوفّى حدود ٣٣٨ ق، ط: الإسلامية ١٣٥٤ ش.
١٥. تذكرة الفقهاء، للعلامة الحلّي الحسن بن يوسف، ط: الحجري المكتبة المرتضوية، قم.
١٦. تنبيه الخواطر، المعروف بمجموعة ورام لأبي الحسين ورام بن أبي فراس المالكي، المتوفّى ٦٠٥ ق: ط.
١٧. التنقيح الرائع، مختصر الشرائع للفقهاء مقداد بن عبدالله السيوري المتوفّى ٨٢٦ ق، منشورات مكتبة آية الله المرعشي بقم: ١٤٠٤ ق.
١٨. تهذيب الأحكام في شرح المقنعة لشيخ الطائفة محمد بن الحسن الطوسي المتوفّى ٤٦٠ ق، ط مكتبة الصدوق ١٤١٥ ق، ١٣٧٣ ش.
١٩. جامع الرواة للمولى محمد بن علي الأردبيلي الغروي من تلامذة الشيخ المجلسي صاحب البحار.
٢٠. جامع المقاصد، في شرح القواعد للشيخ «المحقّق الثاني» الكركي علي بن الحسين المتوفّى ٩٤٠ ق، ط، مؤسسة آل البيت، بقم، ١٤٠٨ ق.
٢١. جواهر الكلام، في شرح شرائع الإسلام للشيخ محمد حسن النجفي المتوفّى ١٢٦٦ ق، ط. دار الكتب الإسلامية طهران. ١٣٦٥ ش.

٢٢. حاشية المامقاني، على المكاسب «غاية الآمال» للشيخ محمد حسن بن عبد الله المتوفى ١٣٢٣ق طبع الحجري.
٢٣. حواشي المكاسب المطبوع بمؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين للفاضلين الشيخ محمد حسين أمراللهى و الشيخ محمد رضا الفاكر.
٢٤. حواشي المكاسب إعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم الأنصاري ط، ١٤١٧ق.
٢٥. الحدائق الناضرة، للشيخ يوسف البحراني المتوفى ١١٨٦ق، لمؤسسة النشر الإسلامي.
٢٦. الخلاف لشيخ الطائفة محمد الحسن الطوسي، المطبوع بقم، ١٤٠٧ق، مؤسسة النشر الإسلامي.
٢٧. الدروس الشرعية للشهيد الأول المطبوع لمؤسسة النشر الإسلامي ١٤١٤ق.
٢٨. دعائم الإسلام للقاضي نعمان المصري ط. دارالمعارف بـ القاهرة ١٣٨٣ق.
٢٩. الذريعة إلى تصانيف الشيعة للعلامة الشيخ آغا بزرك الطهراني النجفي، ط، النجف و طهران.
٣٠. زهر الربيع، للسيد المحدث الخبير الجزائري، المتوفى، ١١١٢، ط، بيروت ١٢٩٢ق.
٣١. الروضة البهية «شرح اللمعة» الطبعة الثالثة ١٣٩٥ق. مع حواشي العالم الفاضل السيد محمد كلانتر.
٣٢. شرائع الإسلام، للمحقق الحلبي، جعفر بن الحسن المتوفى ٦٧٢ق. ط: منشورات مؤسسة المعارف الإسلامية ١٤٢٠ق، بقم.
٣٣. شرح الشهيد «هداية الطالب» للميرزا فتاح التبريزي، ط، تبريز ١٣٧٥ق.
٣٤. الغنية للسيد أبوالمكارم «ابن زهرة المتوفى» ٥٨٥ق، المطبوع ١٤٠٤ق.
٣٥. الفقيه = من لا يحضره الفقيه للشيخ محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي، ط: منشورات مكتبة الصدوق.

٣٦. قاموس الرجال للعلامة المحقق الشيخ محمد تقي الشوشتری المتوفى ١٤١٥ق، المطبوع بمؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين.
٣٧. القواعد والفوائد للشهيد الأول ط. مكتبة المفيد بقم طبع الأول.
٣٨. قواعد الأحكام، للعلامة الحلّي ط: الحجري منشورات الرضي بقم.
٣٩. الكافي لثقة الإسلام الكليني المتوفى ٣٢٩ق، ط: دارالكتب الإسلامية، ١٣٧٥ق.
٤٠. مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، للعلامة الحلّي، ط ١٤١٣، بقم.
٤١. مجمع البيان في تفسير القرآن للشيخ الطبرسي، ط بيروت، ١٣٧٩ق.
٤٢. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام للشهيد الثاني، زين الدين بن عليّ العاملي، المستشهد ٩٦٥، ط مؤسسة المعارف الإسلامية عام ١٤١٧ ق.
٤٣. مستدرک الوسائل للمحدث النوري المتوفى ١٣٢٠ق، ط: مؤسسة آل البيت عليه السلام، ط ١٤١١ق.
٤٤. مصباح الفقاهة للميرزا محمد علي التوحيدي التبريزي، تقارير درس سيدنا الأستاذ الخوئي رحمه الله.
٤٥. المقنعة، للشيخ المفيد «محمد بن محمد» ط: مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٠ق.
٤٦. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة للسيد محمد جواد الحسيني العاملي، المتوفى ١٢٢٦ق، ط، الحجري لمؤسسة آل البيت عليه السلام، بقم.
٤٧. المحاسن للشيخ الجليل الأقدم، أحمد بن محمد بن خالد، المتوفى ٢٧٤ق، ط: دارالكتب الإسلامية، بقم.
٤٨. المقنع، للشيخ الصدوق، أبي جعفر محمد بن عليّ بن الحسين بن بابويه القمي، المتوفى ٣٨١ق، ط، نشر المؤسسة الإمام الهادي عليه السلام، بقم.
٤٩. منتهى المطلب، للعلامة الحلّي، أبي منصور الحسن بن يوسف بن عليّ المطهر، المتوفى ٧٢٦، ط: الحجري.
٥٠. نهاية الاحكام، للعلامة الحلّي المتقدم، ط: مؤسسة إسماعيليان، ١٤١٠ق.

٥١. النهاية في مجرد الفقه و الفتوى لشيخ الطائفة الطوسي، إنتشارات قدس، بقم.

٥٢. نهج البلاغة، جمع الشريف السيّد الرضي، المتوفى ٤٠٦ ق، ط بيروت، مطبعة عيسى الحلبي.

٥٣. الوافي، للفيض الكاشاني، المتوفى ١٠٩١ ق، طبع منشورات مكتبة الإمام أمير المؤمنين عليه السلام باصفهان، ١٤٠٦ ق.

٥٤. وسائل الشيعة، للشيخ محمد الحسن الحرّ العاملي المتوفى ١١٠٤ ق، ط الإسلامية بطهران، ١٣٨٠ ق، في عشرين مجلد.

٥٥. هدى الطالب إلى شرح المكاسب، لسيّدنا الأستاذ المروّج عليه السلام المتوفى ذى العقدة ١٤١٩ ق، طبع مؤسسة دارالكتاب ١٤١٩ ق.

وسائر الكتب و الشروح التي جاء التصريح بإسمائها في مواردّها.



« فهرس المواضيع »

٣	الكنى والألقاب والمصدر بـ «ابن» في المكاسب.....
٧	الرابع - من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد - ضمان المثلي بالمثل.....
٨	تعريف «المثلي» عند المشهور.....
١٠	توضيح التعريف.....
١١	الإيراد على التعريف وردّه.....
١٧	تعاريف أخرى للمثلي.....
١٩	ليس للمثلي حقيقة شرعية ولا متشرعية.....
٢٠	اختلاف كلمات الأصحاب في «المثلي».....
٢٣	ما هو الأصل فيما يشك في كونه مثلياً أو قيميّاً؟.....
٢٥	الأقوى تخيير المالك عند الشكّ.....
٢٧	مقتضى القاعدة: الضمان بالمثل ثمّ بالقيمة من النكدين.....
٣٠	الاستدلال على الضمان بالمثل في المثلي وبالقيمة في القيمي بآية الإعتداء.....
٣١	المناقشة في الاستدلال المذكور.....
٣٤	إذا وجد المثل للقيمي، وإذا لم يوجد المثل.....
٣٦	النسبة بين مذهب المشهور، ومقتضى العرف والآية عموم من وجه.....

- ٣٧ ما أجمع على كونه مثلياً، وما أجمع على كونه قيمياً.
- ٤١ «الخامس» إذا لم يوجد المثل إلاً بأكثر من ثمن المثل.
- ٤٢ الأقوى وجوب الشراء إذا كانت الكثرة من جهة السوق.
- ٤٦ جواز المطالبة في بلد التلف وغيره.
- ٤٨ «السادس» لو تعذر المثل في المثلي.
- ٥١ التفصيل بين ما لو طالب المالك، وعدمه.
- ٥٢ المشهور في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع وقبل يوم التعذر.
- ٥٣ الإحتمالات في المسألة مع مبانيها.
- ٦١ إحتمال أعلى القيم من يوم الضمان إلى يوم التعذر.
- ٦٢ إحتمال الأعلى من يوم الضمان إلى يوم دفع القيمة.
- ٦٥ إحتمال الأعلى من يوم الضمان إلى يوم التلف.
- ٦٨ هل يختصّ التعذر بالطارئ أو يشمل الابتدائي أيضاً؟
- ٧١ المراد من «إعواز المثل».
- ٧٢ إحتمال وجوب ردّ المثل بأيّ قيمة كانت.
- ٧٥ المعيار في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه.
- ٧٧ هل الاعتبار بقيمة بلد المطالبة، أو التلف، أو أعلاههما.
- ٨٠ إذا سقط المثل عن المالّة.
- ٨١ فرع: لو تمكّن من المثل بعد دفع القيمة.
- ٨٤ «السابع» ضمان القيمي بالقيمة في المقبوض بالعقد الفاسد، والدليل عليه.
- ٨٥ إستظهار الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة مع تيسر المثل.
- ٨٨ لو تيسر المثل من جميع الجهات.
- ٩٠ ما هو المعيار في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد؟
- ٩٤ الإختلاف في تعيين القيمة.

- الأصل ضمان النالف بقيمة يوم التلف..... ٩٦
- الإستدلال بصحیحة أبي ولّاد، على الضمان بقيمة يوم الضمان..... ٩٨
- صحیحة أبي ولّاد في البغل المغصوب على ما رواه الشيخ في التهذيب..... ٩٩
- محلّ الإستشهاد في صحیحة أبي ولّاد..... ١٠٤
- إطّباب بعض في جعل الظرف متعلّقاً بلزوم القيمة..... ١٠٦
- إحتمال العبرة في الضمان بالعيب الموجود حال حدوثه..... ١٠٩
- ما يوهن الإستدلال بالصحیحة على اعتبار قيمة يوم الضمان..... ١١١
- إحتمال اعتبار قيمة يوم المخالفة..... ١١٢
- ما يؤیّد الإعتبار في القيمة بيوم التلف..... ١١٥
- الإستشهاد بالصحیحة على اعتبار أعلى القيم والمناقشة فيه..... ١١٩
- الإيراد على اعتبار أعلى القيم..... ١٢١
- توجيه الإستدلال على اعتبار أعلى القيم..... ١٢٢
- توضیح الإستدلال على اعتبار أعلى القيم..... ١٢٥
- لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف..... ١٢٧
- إرتفاع القيمة بسبب الأمكنة..... ١٢٨
- إرتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية..... ١٢٩
- تعذر الوصول إلى العين، في حكم التلف..... ١٣١
- الدليل على ثبوت بدل الحيلولة..... ١٣٣
- المراد من التعذر..... ١٣٤
- هل يلزم المالك بأخذ البدل مع التعذر؟..... ١٣٦
- هل البدل ملك لمالك العين أو مباح له؟..... ١٣٧
- لا تنتقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل..... ١٣٩
- التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضها..... ١٤١

- ١٤٥ خروج العين عن التقويم مع بقاء صفة الملكية.
- ١٥٢ خروج العين عن الملكية مع بقاء حق الأولوية.
- ١٥٤ حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع بدلها.
- ١٥٦ حكم ارتفاع القيمة بعد التعذر وقبل الدفع.
- ١٥٧ إذا ارتفع التعذر وجب رد العين.
- ١٥٩ هل يعود ملك البديل إلى الغارم بمجرد التمكن من العين؟
- ١٦٣ ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البديل.
- ١٦٥ لو حبس الغاصب العين فتلقت؟
- ١٦٧ جميع ما ذكر في المنصوب يجري في المقبوض بالعقد الفاسد.

الكلام في شروط المتعاقدين

- ١٧١ مسألة: اشتراط البلوغ في المتعاقدين.
- ١٧١ المشهور بطلان عقد الصبي.
- ١٧٤ الاستدلال على البطلان بحديث رفع القلم.
- ١٧٦ الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبي.
- ١٧٨ المناقشة في دلالة هذه الروايات.
- ١٧٩ المناقشة في دلالة حديث رفع القلم.
- ١٨٢ العمدة في المسألة هي الشهرة والإجماع المحكي.
- ١٨٣ نقل كلمات العلماء في ذلك.
- ١٨٦ المناقشة في تحقق الإجماع.
- ١٨٩ العمل على وفق المشهور وهو البطلان.
- ١٩١ الظاهر من حديث رفع القلم هو ارتفاع المؤاخذه.
- ١٩٣ احتمال عدم مؤاخذه الصبي بإتلاف المال.

- القلم المرفوع هو قلم الموضوع على البالغين..... ١٩٥
- كلام العلامة في عدم صحّة تصرّفات الصبيّ ١٩٧
- لا فرق في معاملة الصبيّ بين الأشياء اليسيرة والخطيرة..... ٢٠١
- رواية السكوني: نهى النبيّ عن كسب الغلام..... ٢٠٣
- ضعف القول بالتفصيل بين الأشياء اليسيرة والخطيرة..... ٢٠٥
- تصحیح المعاملة لو كان الصبيّ بمنزلة الآلة من صاحب الرياض والمناقشة فيه.... ٢٠٥
- المناقشة في الإستدلال باليسيرة..... ٢٠٦
- دعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبيّ الإباحة لو كان مأذوناً..... ٢٠٩
- توضيح ما أفاده كاشف الغطاء بما ذكره صاحب المقابس والمناقشة فيه..... ٢١٠
- الإعتماد في الحقيقة على إذن المالك في التصرف..... ٢١٢
- مناط الإباحة على تحقّق الرضا من المالكين، كالمعاطاة..... ٢١٤
- الفرق بين المقام وإيصال الهدية بيد الطفل..... ٢١٦
- المناقشة فيما ذكره كاشف الغطاء من صيرورة الشخص موجباً وقابلاً..... ٢١٨
- مسألة: من شروط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد..... ٢٢٠
- ربّما يقال بعدم وجود القصد في عقد الفضولي والمكره..... ٢٢٢
- كلام المحقّق الشوشترى في اعتبار تعيين المالكين..... ٢٢٣
- المناقشة فيما أفاده صاحب المقابس..... ٢٣١
- الصحيح عدم اعتبار تعيين المالكين..... ٢٣٣
- عود إلى مناقشة كلام صاحب المقابس..... ٢٣٦
- هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري والقابل للبائع؟..... ٢٤١
- المناقشة في الفرق بين النكاح والبيع..... ٢٤٥
- مختار الشيخ رحمه الله في المقام ودليله..... ٢٤٦
- مسألة: ومن شروط المتعاقدين الاختيار..... ٢٤٩

- المراد من الإختيار في المقام ٢٥٠
- المراد من قولهم: «المكره قاصدٌ إلى اللفظ دون مدلوله» ٢٥٢
- الإستشهاد بكلام الشهيد الثاني (ره) ٢٥٨
- حقيقة الإكراه لغةً وعرفاً ٢٦٠
- المعيار في صدق الإكراه ٢٦٢
- هل يعتبر في الإكراه موضوعاً أو حكماً عدم إمكان التفصي بما لا ضرر فيه؟ ٢٦٤
- عدم اعتبار العجز عن التورية ٢٦٦
- هل يعتبر العجز عن التخلّص بغير التورية؟ ٢٦٧
- ترخيص الشارع ترك التورية لو عجز عن التفصي بوجه آخر ٢٧٠
- الفرق بين إمكان التفصي بالتورية وإمكانه بغيرها ٢٧١
- عدم اعتبار العجز في تحقّق الإكراه الرافع لأثر المعاملات ٢٧٤
- الفرق بين الإكراه في الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية ٢٧٧
- الإكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي أخصّ من الرافع لأثر الحكم الوضعي ٢٧٩
- لو أكره الشخص على أحد أمرين ٢٨٠
- لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد ٢٨٥
- قد يتعلّق الإكراه بالمالك وقد يتعلّق بالعائد ٢٨٦
- المشهور صحّة بيع المكره بعد لحوق الرضا ٢٨٩
- فروع: لو أكرهه على بيع عبدٍ من عبيدين ٢٩١
- لو أكرهه على فعل معيّن فضمّ إليه غيره ٢٩٢
- لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً ٢٩٤
- أقسام الإكراه على الطلاق وأحكامها ٢٩٨
- المشهور: أنّه لو رضي المكره بما فعله صحّ العقد ٣٠٢
- أدلة القائلين بعدم تأثير الإجازة اللاحقة وردّها ٣٠٣

- مختار الشيخ رحمه الله من الصحة والإستدلال عليه ٣٠٥
- توهم الفرق بين عقد الفضولي وعقد المكره ورده ٣٠٦
- ما يتوهم من دلالة بعض الأدلة على عدم فائدة الإجازة اللاحقة ٣٠٧
- المناقشة في تلك الأدلة ٣٠٩
- المناقشة في دلالة حديث الرفع على البطلان ٣١٠
- تمامية الإستدلال على الصحة بالعمومات ٣١٦
- الرضا المتأخر ناقل أو كاشف ٣١٨
- مسألة: ومن شروط المتعاقدين: إذن السيد لو كان العاقد عبداً ٣٢٣
- الدليل على هذا الشرط ٣٢٤
- الأقوى كفاية لحوق إجازة المولى ٣٢٧
- ما يؤيد المختار ٣٢٨
- تعليل الصحة بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده ٣٣١
- الإشكال على صاحب الجواهر في المقام ٣٣٢
- فرع: في أمر العبد بشراء نفسه من مولاه ٣٣٦
- كلام القاضي ابن البراج والقول بالبطلان ورده ٣٢٧
- مسألة: ومن شرائط المتعاقدين أن يكونا مالكيين أو مأذونين ٣٤٠
- إختلاف الفقهاء في صحة عقد الفضولي واتفاقهم على بطلان إيقاعه ٣٤١
- المراد من الفضولي: هو الكامل الغير المالك للتصرف ٣٤٢
- الأقوى خروج مورد العلم برضا المالك عن الفضولي ٣٤٤
- المسألة الأولى: أن يبيع الفضولي مع عدم سبق نهى من المالك ٣٤٩
- المشهور صحة عقد الفضولي ٣٥٠
- الإستدلال للصحة بالعمومات ٣٥١
- الإستدلال للصحة بقضية عروة البارقي ٣٥٣

- ٣٥٤ المناقشة في الإستدلال بحدِيث عروة.
- ٣٥٧ الإستدلال للصحة بصحيفة محمد بن قيس الواردة في الوليدة.
- ٣٥٨ المناقشة في الإستدلال بصحيفة محمد بن قيس.
- ٣٦٠ توجيه الإستدلال بالصحيفة.
- ٣٦٤ الإستدلال لصحة بيع الفضولي بفحوى صحة نكاحه.
- ٣٦٦ المناقشة في الإستدلال المذكور.
- ٣٧١ ما يؤيد صحة بيع الفضولي من الروايات.
- ٣٧٢ موثقة جميل الواردة في المضاربة.
- ٣٧٥ ما ورد في أئجار غير الولي في مال اليتيم.
- ٣٧٧ تأييد الحكم بالصحة برواية ابن أشيم.
- ٣٧٩ تأييد الحكم بصحة الحلبي.
- ٣٨٠ موثقة عبدالله «عبدالرحمن» الواردة في السمسار.
- ٣٨٢ أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه.
- ٣٨٤ ما أُستدل به لبطلان بيع الفضولي.
- ٣٨٥ الإستدلال لبطلان بيع الفضولي بآية التجارة والمناقشة فيه.
- ٣٨٩ الإستدلال للبطلان برواية حكيم بن حزام.
- ٣٩٠ الإستدلال للبطلان بروايات أخر.
- ٣٩٢ المناقشة في الإستدلال للبطلان بالأخبار.
- ٤٠٠ الإستدلال للبطلان بالإجماع والمناقشة فيه.
- ٤٠١ الإستدلال للبطلان بدليل العقل والمناقشة فيه.
- ٤٠٤ الإستدلال بوجوه أخر والجواب عنه.
- ٤٠٧ المسألة الثانية: يبيغ الفضولي للمالك مع سبق المنع.
- ٤٠٩ الأقوى الصحة، والدليل عليها.

- الإشكال على الصحة، من وجوه وجوابه ٤١٠
- المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه ٤١٢
- الأقوى الصحة، والدليل عليه ٤١٣
- الإشكال على صحة هذا البيع بقوله: «لا تبع ما ليس عندك»، والجواب عنه ٤١٤
- الإشكال على الصحة بوجود سبق المنع عنه، والجواب عنه بوجوه ٤١٥
- الإشكال عليه، بعدم قصد المعاوضة الحقيقية، والجواب عنه ٤١٦
- الإشكال الرابع على هذا البيع، وجواب المحقق القمي عنه ٤١٩
- المناقشة في جواب المحقق القمي ٤٢١
- جواب الشيخ عليه السلام عن الإشكال الرابع ٤٢٣
- الإشكال على هذا الجواب، في فرض شراء الفضولي لنفسه ٤٢٥
- جواب صاحب المقابس عن الإشكال ٤٢٧
- المناقشة في جواب صاحب المقابس ٤٢٨
- جواب الشيخ عليه السلام عن الإشكال ٤٢٩
- جواب كاشف الغطاء عليه السلام على الوجه الرابع ٤٣١
- توجيه الجواب المذكور بوجهين ٤٣٢
- المناقشة في الوجه الأول ٤٣٤
- المناقشة في الوجه الثاني ٤٣٧
- الوجه الخامس من الإشكال وجوابه ٤٣٩
- هذا الإشكال إنما يتوجه على القول بالنقل ٤٤١
- الكلام في صحة بيع الفضولي إذا صار مالاً للمبيع ٤٤٣
- عدم الفرق بين كون مال الغير عيناً أو ديناً في الذمة ٤٤٤
- ما يتحقق به تشخيص ما في الذمة ٤٤٥
- ظهور التنافي بين إضافة البيع إلى غيره وإضافة الكلّي إلى نفسه ٤٤٧

٤٥٠	ما أفاده العلامة فيما لو اشترى في ذمة الغير وردّ ذلك الغير الشراء
٤٥٤	المناقشة فيما أفاده العلامة في مورد الجمع بين المتنافيين
٤٥٣	مقتضى القواعد، إمّا البطلان، وإمّا وقوع البيع للفضولي
٤٥٥	جريان الفضولي في المعاطاة بناءً على إفادتها الملك
٤٥٦	دفع الإشكال عن جريانه في المعاطاة
٤٥٧	الاستدلال على عدم جريانه فيها والمناقشة فيه
٤٦٢	الإشكال على جريان الفضولي في المعاطاة على القول بالإباحة
٤٦٥	المصادر والمآخذ والكتب المعتمد عليها في الشرح
٤٧١	فهرس المواضيع