



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



عليه
صلى
عليه
وآله
وسلم

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسين الخليلي
والشيخ محمد باقر

٣٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٠	جواهر الكلام فى شرح شراىع الاسلام المجلد ٣٧
١٠	اشاره
١١	اشاره
١٧	[اتتمه القسم الرابع فى الأحكام]
١٧	اشاره
١٧	[كتاب الغصب]
١٧	اشاره
١٧	[النظر الأول فى السبب]
١٧	[تعريف الغصب]
٥٧	[هنا أسباب أخر يجب معها الضمان]
٥٧	اشاره
٥٧	[السبب الأول مباشره الإتلاف]
٥٧	[السبب الثانى التسبب]
٥٧	اشاره
٧٤	[يتفرع على السبب فروع]
٧٤	[الأول لو ألقى صبيا فى مسبعه أو حيوانا يضعف عن الفرار]
٧٤	[الثانى لو غصب شاه فمات ولدها جوعا ففى الضمان تردد]
٧٨	[الثالث لو فك القيد عن الدابه فشردت أو عن العبد المجنون فأبق ضمن]
٨٣	[و من الأسباب الموجبه للضمان على نحو ضمان الغصب القبض بالعقد الفاسد]
٨٨	[النظر الثانى فى الحكم]
٨٨	اشاره
١٠٢	[تعريف المثلى و تعيين المراد منه]
١٠٧	[تعيين القيمه]

- ١٦٣ [النظر الثالث فى الواحق]
- ١٦٣ اشاره
- ١٦٣ [النوع الأول فى لواحق الأحكام]
- ١٦٣ اشاره
- ١٦٣ [المسأله الأولى إذا زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب]
- ١٧٣ [المسأله الثانيه إذا غصب دهنا كالزيت أو السمن فخلطه بمثله فهما شريكان]
- ١٧٩ [المسأله الثالثه فوائد المغصوب مضمونه بالغصب]
- ١٧٩ اشاره
- ١٨٣ [أفرعان]
- ١٨٣ [الفرع الأول لو زادت قيمه لزياده صفه ثم زالت الصفه ثم عادت الصفه و قيمه لم يضمن قيمه الزيادة التالفه]
- ١٨٨ [الفرع الثانى لا يضمن من الزيادة المتصله ما لم تزد به قيمه كالسمن المفراط]
- ١٨٨ [المسأله الرابعه لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد]
- ١٩٧ [المسأله الخامسه لو غصب مملوكه فوطأها فإن كانا جاهلين بالتحريم لزمه مهر أمثالها]
- ٢١١ [المسأله السادسه إذا غصب حبا فزرعه أو بيضا فاستفرخه الزرع و الفرخ للغاصب]
- ٢١٥ [المسأله السابعه لو غصب أرضا فزرعها أو غرسها فالزرع و نماؤه للزارع]
- ٢٢٠ [المسأله الثامنه إذا حصلت دابه فى دار لا يمكن أن تخرج إلا يهدم فان كان حصولها بسبب من صاحب الدار ألزم بالهدم]
- ٢٢٦ [المسأله التاسعه إذا خشى على حائط جاز أن يسند بجذع]
- ٢٢٧ [المسأله العاشره إذا جنى العبد المغصوب عمدا فقتل ضمن الغاصب قيمته]
- ٢٣٤ [المسأله الحاديه عشر إذا نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب لزمه إعادته]
- ٢٣٦ [النوع الثانى فى مسائل التنازع]
- ٢٣٦ اشاره
- ٢٣٦ [المسأله الأولى إذا تلف المغصوب و اختلفا فى قيمه فالقول قول المالك مع يمينه]
- ٢٣٩ [المسأله الثانيه إذا تلف و ادعى المالك صفه يزيد بها الثمن كمعرفه الصنعه فالقول قول الغاصب مع يمينه]
- ٢٤٢ [المسأله الثالثه إذا باع الغاصب شيئا ثم انتقل اليه بسبب صحيح قيل لا تسمع بينته]
- ٢٤٥ [المسأله الرابعه إذا مات العبد فقال الغاصب: رددته إليك قبل موته و قال المالك بعد موته فالقول قول المالك مع يمينه]
- ٢٤٨ [المسأله الخامسه إذا اختلفا فى تلف المغصوب فالقول قول الغاصب مع يمينه]

- ٢٤٩ [المسألة السادسة إذا اختلفا فيما على العبد من ثوب أو خاتم فالقول قول الغاصب مع يمينه]
- ٢٥٠ [كتاب الشفعة]
- ٢٥٠ اشاره
- ٢٥٤ [المقصد الأول في ما تثبت فيه الشفعة]
- ٢٨٤ [المقصد الثاني في الشفيع]
- ٢٨٤ اشاره
- ٣١٨ [فروع على القول بثبوت الشفعة مع كثره الشفعاء]
- ٣١٨ اشاره
- ٣١٨ [الفرع الأول لو كان الشفعاء أربعة فباع الأول و عفا الثاني فللآخرين حق الشفعة]
- ٣٢٣ [الفرع الثاني لو امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعة]
- ٣٢٣ [الفرع الثالث إذا حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة لم يسقط حق الباقيين]
- ٣٢٥ [الفرع الرابع لو استغلها الأول ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغله]
- ٣٢٥ [الفرع الخامس لو قال الحاضر لا أخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفيعته]
- ٣٢٦ [الفرع السادس لو أخذ الحاضر و دفع الثمن ثم حضر الغائب فشاركه و دفع إليه النصف ثم خرج الشقص مستحقا كان دركه على المشتري دون الشفيع الأول]
- ٣٢٨ [الفرع السابع لو كانت الدار بين ثلاثة فباع أحدهم من شريكه استحق الشفعة الثالث دون المشتري]
- ٣٣١ [الفرع الثامن لو باع اثنان من ثلاثة صفقة فللشفيع أخذ الجميع]
- ٣٣٤ [الفرع التاسع لو باع أحد الحاضرين و لهما شريكان غائبان فالحاضر هو الشفيع في الحال]
- ٣٣٤ [الفرع العاشر لو كانت الدار بين أخوين فمات أحدهما و ورثه ابنان فباع أحد الوارثين كانت الشفعة بين العم و ابن الأخ]
- ٣٣٥ [المقصد الثالث في كيفية الأخذ]
- ٣٣٥ اشاره
- ٣٩٤ [مسائل ست]
- ٣٩٤ [المسألة الأولى لو قال اشترت النصف بماء فترك ثم بان أنه اشترى الربع بخمسين لم تبطل الشفعة]
- ٣٩٥ [المسألة الثانية إذا بلغه البيع فقال أخذت بالشفعة فإن كان عالما بالثمن صح]
- ٣٩٧ [المسألة الثالثة يجب على الشفيع تسليم الثمن أولاً]
- ٣٩٨ [المسألة الرابعة لو بلغه أن المشتري اثنان فترك الشفعة فبان واحدا لم تبطل الشفعة]
- ٣٩٨ [المسألة الخامسة إذا كانت الأرض مشغولة بزرع يجب تبيقيته]

- ٤٠٠ [المسأله السادسه إذا سأل البائع الشفيع الإقاله فأقاله لم يصح]
- ٤٠١ [المقصد الرابع فى لواحق الأخذ بالشفعه]
- ٤٠١ اشاره
- ٤٠١ [مسائل]
- ٤٠١ [المسأله الأولى إذا اشترى المشتري بئمن مؤجل قال الشيخ للشفيع أخذه بالئمن عاجلاً]
- ٤٠٦ [المسأله الثانيه الشفعه تورث]
- ٤٠٨ [المسأله الثالثه الشفعه تورث كالمال]
- ٤١٣ [المسأله الرابعه إذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعه سقطت شفيعته]
- ٤١٣ اشاره
- ٤١٥ [تفريع لو باع الشريك و شرط الخيار للمشتري ثم باع الشفيع نصيبه فالشفعه للمشتري]
- ٤١٦ [المسأله الخامسه لو باع شقفا فى مرض الموت من وارث و حابى فيه فان خرجت من الثلث صح]
- ٤١٨ [المسأله السادسه إذا صالح المشتري الشفيع على ترك الشفعه صح و بطلت الشفعه]
- ٤٢١ [المسأله السابعه إذا تبايعا شقفا فضمن الشفيع الدرر عن البائع لم تسقط بذلك الشفعه]
- ٤٢٣ [المسأله الثامنه إذا أخذ الشفيع بالشفعه فوجد فيه عيبا سابقا على البيع فان كان الشفيع و المشتري عالمين فلا خيار لأحدهما]
- ٤٢٧ [المسأله التاسعه إذا باع الشريك الشقص بعوض معين لا مثل له كالعبد فان قلنا لا شفعه فلا بحث]
- ٤٣٣ [المسأله العاشره لو كانت دار لحاضر و غائب و حصه الغائب فى يد آخر فباع الحصه و ادعى أن ذلك بإذن الغائب قال تثبت الشفعه]
- ٤٣٨ [و من اللواحق البحث فى ما تبطل به الشفعه]
- ٤٥٩ [المقصد الخامس فى التنازع]
- ٤٥٩ اشاره
- ٤٥٩ [المسأله الأولى إذا اختلفا فى الثمن و لا بينه فالقول قول المشتري مع يمينه]
- ٤٧٢ [المسأله الثانيه إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبى فأنكر الأجنبى قضى بالشفعه للشريك]
- ٤٧٥ [المسأله الثالثه إذا ادعى أن شريكه ابتاع بعده فأنكر فالقول قول المنكر مع يمينه]
- ٤٨٠ [المسأله الرابعه إذا ادعى الابتياح و زعم الشريك أنه ورث و أقاما البينه يقرع بينهما]
- ٤٨٤ [المسأله الخامسه إذا تصادق البائع و المشتري أن الثمن غصب و أنكر الشفيع فالقول قوله]
- ٤٨٥ [المسأله السادسه لو ادعى على من فى يده الشقص الشراء]
- ٤٨٨ [المسأله السابعه لو أنكر المشتري ملكيه مدعى الشفعه افتقر ذو الشفعه إلى البينه]

٤٨٨ ----- [المسأله الثامنه لو ادعى على أحد وارثى الشفعه العفو فشهد له الآخر الذى له الشفعه أيضاً]

٤٩١ ----- تعريف مركز

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالكلام [چاپ سنگی] / محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛ نویسنده متن: علامه حلی؛ کاتب: ابوالقاسم خوانساری؛ مصحح: موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.، ج ۱؛ قطع: ۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان: عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز: بسمله... الحمدلله الذي ختم الشرايع باسمهما طريقه و اوضحها حقيقه و اظهرها برهانا ... و بعد فيقول العبد القاصر العاشر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله اليهما ...

انجام:.... الاصحاب الثاني و الله اعلم الحمدلله اولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً على ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المكرم من سنه ۱۲۷۴ق. و انا الفقير الى الله الغني ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت: ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط: نسخ

نوع و تزئینات جلد: جلد مقوایی، روکش تیماج قهوه ای، عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق: تصحیحاتی اندک با نشان «صح» و توضیحاتی اندک با نشان «منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک: یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی " بسم الله الرحمن الرحيم و قد انتقل ذلك الكتاب مع مجلداته الاخر التي كانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المكتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه توماناً المقابل ۱۵۰۰ریالاً- و وقع هذا الانتقال فی يوم الخامس المطباق با يوم الثاني من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن " (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد. نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهارة است، و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن ۶۰۲-۶۷۶ق. - شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲-۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

خوانساری، ابوالقاسم، قرن ۱۳ق. کاتب

طهرانی، موسی، قرن ۱۳ق. مصحح

حسینی، فروشنده

ج ۳۷، ص: ۱

اشاره

[تتمه القسم الرابع فى الأحكام]

إشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

و الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين الغر الميامين.

[كتاب الغصب]

إشاره

كتاب الغصب و النظر فى السبب و الحكم و اللواحق

[النظر الأول فى السبب]

[تعريف الغصب]

فالغصب هو لغه أخذ الشىء ظلما، كما فى القاموس و غيره قال فى الأول: «غصبه يغصبه: أخذه ظلما كاعتصب، و فلانا على الشىء:»

قهره» و فى الصحاح «الغصب: أخذ الشىء ظلما، تقول: غصبه منه و غصبه عليه بمعنى، الاغتصاب مثله، و الشىء غصب و مغصوب» نعم فى الإسعاد لبعض الشافعيه زياده «جهارا» لتخرج السرقة و نحوها، و عن ابن الأثير أنه أخذ مال الغير ظلما و عدوانا.

و إليه يرجع ما فى الكتاب و القواعد و النافع و الإرشاد و الدروس و اللمعه و التنقيح من أنه الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا بل فى المسالك نسبتة إلى الأكثر، إذ ليس فيها إلا تبديل الأخذ بالاستقلال نظرا إلى صدق الغضب بذلك و إن لم يكن أخذا، كما لو كان المال فى يده فغضبه، مع أنه يمكن إرادته ما يشمل ذلك من الأخذ الموافق ل

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «على اليد ما أخذت».

و أبدل الاستقلال فى التحرير و الإيضاح بالاستيلاء على مال الغير بغير حق، كما أنه فى التبصره و الروضه و غيرهما من كتب متأخرى المتأخرين تبديل المال بالحق، فقالوا: «الاستيلاء على حق الغير عدوانا» و فى الكفايه و المفاتيح «الاستيلاء على حق الغير بغير حق» و ستعرف الوجه فى ذلك كله. و عن الوسيله «الاحتواء على مال الغير بغير تراض».

و فى التنقيح «أن الفقهاء يطلقون الغضب على ما فى التعريف الأول و على ما يشبهه من المفهومات إما بالإتلاف مباشره أو تسبيبا، و إما بالقبض بالبيع الفاسد» و نحوه قول بعض الشافعيه: «إن كل مضمون على ممسكه مغضوب» و فى المسالك «أن الأظهر إطلاقه على ما يقتضى الإثم و غيره و الأغلب الأول».

قلت: الذى يحضرنى من استعمال لفظ الغضب فى الكتاب و السنه قوله تعالى (٢) «يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَضْبًا» و

قول الصادق (عليه السلام) فى خبر أبى ولاد (٣) فى شأن البغل الذى استأجره حيث قال: «فلى

١- ١ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغضب- الحديث ٤ و سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥.

٢- ٢ سورة الكهف: ١٨- الآيه ٧٩.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٧- من كتاب الغضب- الحديث ١.

عليه علفه؟ قال: لا، لأنك غاصب»

و قول أمير المؤمنين (عليه السلام) (١): «إذا اغتصب أمه فاقتضت فعليه عشر قيمتها»

و «الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها» (٢)

و قول أبي الحسن (عليه السلام) في ذكر ما يختص بالإمام: «و له صوافى الملوك ما كان في أيديهم على غير وجه الغصب، لأن الغصب كله مردود»

و في الخبر (٣): «من غرس أو زرع في أرض مغصوبه فله الزرع و الغرس، و عليه الأجره لصاحب الأرض».

و في آخر (٤): «عن رجل اغتصب امرأه فرجها».

و في ثالث (٥): «أول فرج غصبناه».

و في النبوي (٦): «من غصب شبرا من أرض طوقه الله من سبع أرضين يوم القيامة».

و في آخرين (٧): «من غصب أرضا»

و «غصب فذك» (٨)

و «غصب على (عليه السلام) الخلافه» (٩)

و «غصب أولاده حقوقهم» (١٠).

و على كل حال فليس للغصب حقيقه شرعيه قطعاً، كما أنه ليس له أحكام مخصوصه زائده على المضمون بقاعده اليد

و «من أتلف»

كى يحتاج

١- ١ الوسائل- الباب- ٨٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماء- الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٥.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٣.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب الغصب و هو نقل بالمعنى.

٥- ٥ الوسائل- الباب- ٨- من أبواب النكاح المحرم- الحديث ١ من كتاب النكاح.

- ٦-٦ الوسائل - الباب - ١٢- من أبواب ما يحرم بالكفر- الحديث ٢ من كتاب النكاح، وفيه « إن ذلك فرج غضبناه».
- ٧-٧ لم أعثر على مصدره من كتب الأخبار مع التتبع التام في مظانه، وإنما ذكره ابن قدامه في المغنى ج ٥ ص ٣٧٨ و
السرخسى في كتاب المبسوط ج ١١- ص ٤٩.
- ٨-٨ كنز العمال ج ٥ ص ٣٢٨ الرقم ٥٧٤١ وهو نبوى واحد، وفيه « من غضب رجلا أرضا».
- ٩-٩ ورد في الزيارة المخصوصه لأمير المؤمنين عليه السلام يوم الغدير: « غضب الصديقه. فدكا».
- ١٠-١٠ جاء في البحار- ج ٨ ص ٣٨٨ من طبعه الكمباني «الذين غضبوا آل محمد ص حقهم».

إلى المتعبه فى تنقيح معناه، و قولهم: «إن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فيضمن قيمه و إن زادت عن ديه الحر، و يكلف إذا أتلّف المثلى بالمثلى و إن تضاعفت قيمته» ستعرف تحقيق الحال فيه.

و على تقديره فالمتجه ملاحظه المعنى اللغوى لا الاصطلاحى بين الفقهاء الذى مبناه ملاحظه الضمان لا خصوص كونه غصبا، و إلا فليس المأخوذ غلطا أو نسيانا مغصوبا قطعاً.

و من هنا يظهر لك الحال فيما أطنبوا فيه فى المقام من المناقشه فى التعريف الأول بعد أن ذكروا أن المراد بالاستقلال فيه الإقلال: أى الاستبداد به، و أنه احترز به عما لو أزعج المالك عن ماله و لم يستول عليه، فإنه لا يضمن لو تلف المال، و كذا لو هد مقود الدابه المركوبه لمالكها مع قوته على دفعه.

و بالمال عن إثبات اليد على ما ليس بمال كالحر، فإنه لا يضمن، نعم يشمل المال العين و المنفعه المجرده عنها، كما لو آجر داره ثم استولى عليها، فإنه يكون غاصبا للمنفعه، و يخرج منه منفعه البضع، فإنها و إن دخلت فى المنفعه لكن لا تدخل فى المال الذى ينقسم اليه العين و المنفعه، فالداخل هنا فى المال منفعه خاصه، و هى منفعه المال لا مطلق المنفعه، كما أن المراد بالعين عين خاصه، و هى عين المال لا مطلق العين.

و بإضافه المال الى الغير عن مال نفسه، كما لو أثبت يده على ماله عدوانا، كالمرهون المشروط كونه فى يد المرتهن مثلا، فإنه ليس بغاصب.

و بالعدوان عن إثبات يد المرتهن و الولى و الوكيل و المستأجر و غيرهم مما لا يكون عدوانا.

فأوردوا عليه- و إن كان لا يخفى عليك ما فى بعضه أو جميعه- بأنه ينتقض فى عكسه بما لو سكن مع المالك قهرا أو بغير إذنه و إن قدر

المالك على دفعه فلم يفعل، فإنه غير مستقل بإثبات اليد، لمشاركه المالك له في اليد، بل ربما كان المستقل بها في الثاني هو المالك.

بل ينتقض بما لو اشترك اثنان في غصب مال بحيث يعجز كل واحد عن الاستقلال به منفردا، فإنه لا استقلال لكل واحد بالمال، وإنما هو مركب منهما، مع أن كل واحد منهما محكوم بكونه غاصبا، و من ثم تخير المالك في تضمين من شاء منهما. و إلى ذلك نظر من بدل الاستقلال بالاستيلاء.

و بما لو أذن غير المالك لغيره في سكنى داره و الساكن جاهل بالحال، فإنه ليس بغاصب، لأنه غير متعد، و الأذن و إن كان متعديا بالأذن إلا أنه غير مستقل بإثبات اليد، مع أنه الغاصب شرعا، و الضمان راجع عليه.

و بما لو استقل بإثبات اليد على حر صغير أو مجنون فتلف بسبب، كلدغ حيه أو وقوع حائط عند الشيخ كما سيأتى.

و بأن منفعه البضع قد تضمن، كما لو تعمدت الرضاع المحرم، أو رجع الشاهدان بالطلاق عنه.

و بما لو استولى المالك على ماله المرهون عدوانا، فإنه يضمه مع التلف بالمثل أو القيمة، و يكون رهنا، و حق المرتهن لا يسمى مالا.

و بما لو استقل باليد على حق الغير في نحو المدرسه و الرباط و المسجد و التحجير، فإنه في جميع ذلك غاصب مع أنه لم يستول على ماله.

و بما لو غصب الوقف العام، فإنه ليس ملكا للغير أو الخاص على القول بانتقال ملكه إلى الله تعالى، و إليه نظر من بدل المال بالحق.

و بما سيأتى من الصور التي يضمن فيها المال بالتسيب من دون أن تستقل يده، كما لو فتح قفص الطائر أو حل قيد الدابة و نحو ذلك.

و بمن ترتبت يده على يد الغاصب جاهلا، فقد سموه غاصبا،

و جوزوا الرجوع عليه، مع أنه غير عاد، و كذا من سكن دار غيره أو لبس ثوبه غلطا.

و من هنا عدلوا عن التعريف المزبور إلى ما سمعت، و إن اختلفت عباراتهم في المعدول إليه أيضا.

و في المسالك «و من تعريفاته أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق، و هو أعم من الأول، و سالم من كثير مما يرد عليه، و متناول لهذه الأسباب الأخيره الموجبه للضمان مع عدم العدوان، فان عدم الحق أعم من العدوان لأن المستولى على مال الغير جهلا أو غلطا غير عاد و إن كان ذلك بغير حق، كما لا يخفى - إلى أن قال -: و عذر الأول أن الثابت في هذه المواضع حكم الغصب، لا حقيقته التي لا تتم إلا - بالتحريم، و يبقى فيه مشاركته للأول في الاستيلاء على حق الغير مما ليس بمال، فكان الأجود على هذا عبارته ثالثة، و هي الاستيلاء يتناول مشاركته المالك في الانتفاع بماله و إن لم يكن مستقلا، و كذا المشارك في الغصب لغيره من غير أن يكون أحدهما مستقلا، و الحق يشمل المال من عين أو منفعه و غيره، كما ذكر في الأمثله و غيرها، و بغير حق يشمل باقى أفراد الضمان الذى لم يتحقق معه العدوان، و الأظهر فى الاستعمال إطلاق الغصب على ما يشمل المقتضى للإثم و غيره و إن كان الأغلب الأول».

قلت: و منه ما فى الدروس و غيرها من «أن تحريم الغصب عقلى و إجماعى و كتابى و سنى، قال الله تعالى «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» (١). «وَيَلِّ لِلْمُطَفِّينَ» (٢).

١- ١ سورة البقره: ٢ الآيه ١٨٨.

٢- ٢ سورة المطففين: ٨٣ الآيه ١.

«الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا» (١).

و قال النبي (صلى الله عليه و آله) (٢): «إن دماءكم و أموالكم عليكم حرام. لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطيب نفسه». إلى آخره و نحوه غيره.

و منه يعلم عدم كون ما ذكر أخيرا من الجاهل و الناسى غاصبا، ضروره عدم الإثم فيه، و إن ثبت له حكم الغصب الذى هو الضمان الناشئ من قاعده «على اليد» الشامله للغصب و غيره.

كما أنه من الجميع يعلم عدم الغصب فى المتلف مباشره أو تسيبا من دون استيلاء و إن ضمنه بقاعده الإلتلاف أو الضرار.

بل مما ذكرنا يعلم الخطب فى كثير، ضروره عدم حقيقه شرعيه للغصب، بل هو باق على المعنى اللغوى الموافق للعرفى

الذى يمكن عدم اندراج السرقة فيه، و إليه نظر من اعتبر الجهار فيه، بل لا بد فيه من قهر و استعلاء و نحوهما.

و كأن الأكثر لم يلحظوا فيما سمعته من تعريفهم إلا كشف المعنى المزبور من حيث كونه سببا للضمان الذى يتعلق بالمال، و إن ذكروا غيره من أسباب الضمان معه فى كتاب الغصب، و لم يختلط عليهم المعنى المزبور و إن اختلفت عباراتهم فى تأديته نحو اختلاف عبارات أهل اللغة فى تأديه المعنى اللغوى التى ربما يكون بعضها أوضح من الأخرى.

و الذى يسهل الخطب عدم أحكام شرعيه معلومه زائده على الضمان عنوانها الغصب كى يحتاج إلى التعب فى تحقيق معناه إلا نادرا، كتكليف الغاصب بالرد و إن استلزم المشقه الشديده بتلف المال و غيره.

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ١٠.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١- من أبواب القصاص فى النفس- الحديث ٣ من كتاب القصاص.

و حينئذ لا ريب في الرجوع فيه إلى المعنى اللغوي الموافق للعرفي دون الاصطلاحى الذى سمعت نسبتته في التنقيح إلى الفقهاء بعد تسليمه كما هو واضح.

و على كل حال ف لا- يكفى في تحقق كون المال مغضوبا رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده كما صرح به الفاضل و غيره، بل عن التذكرة نفي الشك فيه، لما عرفت من كونه الأخذ أو الاستقلال أو الاستيلاء، و الجميع غير صادق و إن أطلق على الشخص نفسه أنه مغضوب بمعنى كونه مقهورا.

و حينئذ فلو منع غيره من إمساك دابته المرسله فتلفت لم يضمن.

و كذا لو منعه من القعود على بساطه أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية أو تلفت عينه كما في النافع و محكى التحرير و التبصره و شرح الإرشاد للفخر و إن لم يذكر في بعضها تمام الأمثلة، بل في المسالك و غيرها نسبتته إلى المشهور، للأصل بعد عدم تحقق الغضب بعدم إثبات اليد.

لكن عن التذكرة بعد أن نفي الشك عن عدم تحقق الغضب في الدابة المزبوره قال: «و هل يضمن؟ قال بعض علمائنا: لا يضمن، و فيه إشكال».

و منه يعلم أنه لا يلزم من عدم كونه غاصبا عدم كونه ضامنا، لإمكان سبب آخر غير الغضب.

و لعله لذا قال في المسالك و تبعه عليه غيره: «إنه ينبغي أن يختص ما ذكره بما لا يكون المانع سببا في تلف العين بذلك بأن اتفق تلفها مع كون السكنى غير معتبره في حفظها و المالك غير معتبر في مراعاة الدابة، كما يتفق لكثير من الدور و الدواب، أما لو كان متوقفا على

سكنى الدار و مراعاة الدابة لضعفها أو كون أرضها مسبعة مثلا فان المتجه الضمان، نظرا إلى كونه سببا قويا مع ضعف المباشر» و هو المحكى عن الشهيد فى بعض فتاواه و الكركى، و استحسنة فى الرياض،

لعموم «لا ضرر و لا ضرار»(١).

قال: «و من هنا يتوجه الحكم بضمان نقص القيمة السوقية للمتاع إذا حصل بمنع المالك عن بيعه و لو مع بقاء العين و صفاتها، و ذكر القائل المتقدم أنه لم يضمن قطعا، لأن الفاتت ليس بمال بل اكتسابه، و هو كما ترى، لاتحاد وجه الحكم بالضمان هنا و فيما مضى، و هو صدق الإضرار المنفى شرعا، و ليس فيه ما يقتضى تخصيص الضرر المنفى بما يكون متعلقه مالا، و لعله لذا اختار الشهيد فى بعض فتاواه الضمان هنا، و إن قوى فى الدروس عدم الضمان مطلقا وفاقا للمشهور، كما فى المسالك و الكفاية».

قلت: لا ينبغى التأمل فى عدم ضمان نقصان القيمة السوقية، لعدم تفويت مال عليه بمباشره أو تسبب، و من هنا لم تضمن منافع الحر إجماعا، مع أن

قاعده «لا ضرر و لا ضرار»

تأتى فيه.

على أن استفادة الضمان من القاعده المزبوره متوقفه على الانجبار بفتوى الأصحاب، إذ لا اقتضاء لها إلا عدم مشروعيه ما فيه الضرر و الضرار فى الإسلام على معنى النهى عن إيجاده، و هو إنما يقتضى حرمة ذلك، لا الجبر بالضمان المتوقف على إرادته انتفاء وجوده فى الدين المنزل على إرادته جبر ما يحصل منه فيه بالغمراه، لأنه أقرب المجازات إلى نفيه، بل يمكن دعوى إرادته ذلك حقيقه من النفى بلا تجوز.

إلا أن ذلك كله كما ترى لا يصلح دليلا لذلك من دون انجبار

بفتوى الأصحاب فضلا عن الفتوى بخلافه، بل فى الدروس و جامع المقاصد و الروضه لم يضمّن فى الفرض قطعاً، مع حكمهم بالضمان فى الأول مع فرض التسبب.

و ما يحكى عن الشهيد فى بعض فتاواه مع أنه لم نتحققه من الفتاوى المهجوره، خصوصاً بعد اتفاقهم ظاهراً فى أسباب الضمان الثلاثه على انحصار اقتضائها الضمان فى تلف المال عينا أو منفعه، كما هو واضح.

نعم ما استحسنته من الضمان فى الأول تبعاً لمن عرفت فى محله، مع فرض تحقق معنى السبب المقتضى للضمان فى الصورة المفروضه، و الأصل فيه ما سمعته من الفاضل فى محكى التذكرة و إليه أشار فى الدروس بقوله: «و للفاضل وجه بالضمان و إن لم يسم غاصباً» و لكن ظاهرهما احتمال الضمان مطلقاً، لا فى خصوص صورته التسبب التى قيد بها كلامهم من عرفت.

على أنه إن كان منشأ قاعده نفي الضرر كما سمعته من الرياض يتجه إطلاق الضمان حتى فى صورته عدم كونه سبباً، ضروره حصول الضرر بمنع إمساكه الذى اتفق تلف الدابه معه بأكل سبع فى أرض غير مسببه على وجه يكون سبباً، و لا أظن أنه يلتزمه سيد الرياض، و منه يظهر ضعف كلامه زياده على ما سمعت.

و على كل حال فعلى القول بالضمان فى صورته التسبب خاصه فالظاهر عدم اندراجها فى إطلاق المشهور عدم الضمان المراد منه- بقرينه التفريع على ما ذكروا فى معنى الغصب- عدمه من حيث الغصب الذى هو سبب فى ضمان المغصوب و إن تلف بأفه سماويه، لكون اليد يد ضمان، فالغرض أنه بمجرد رفع يد المالك لا يدخل فى ضمانه دخول المغصوب الذى لا يتحقق إلا بإثبات اليد مع ذلك.

بل يؤكد ذلك ما تسمعه من المشهور حتى المصنف من الجزم بالضمان أو التردد فيه فيما لو منعه من حراسه ماشيته حتى تلفت، فلا- يتوجه ما وقع من هؤلاء الجماعه من دعوى تقييد المشهور بما ذكروه، فان مقتضاه قول المشهور بعدم الضمان في صوره الإلتلاف التسببي المجموع على الضمان به كما ستعرف. و احتمال استثناء خصوص السبب المزبور منه واضح الفساد.

نعم قد يشك في حصول التسبب في صوره المزبوره و نظائرها من دعوى احتمال كون الثابت من السبب المقتضى للضمان ما لا- يشمل الفرض المزبور، كما ستعرف تحقيق ذلك فيما يأتي إنشاء الله تعالى. هذا كله فيما إذا لم يحصل إلا منع المالك عن ماله.

أما لو قعد على بساط غيره أو ركب دابته ضمن لتحقيق معنى الغصب الذى هو الاستقلال أو الاستيلاء أو الاحتواء بل أو الأخذ بذلك فيهما، بل في القواعد «و يتحقق إثبات اليد في المنقول بالنقل إلا في الدابه، فيكفى الركوب، و في الفراش الجلوس عليه» و هو صريح في استثنائهما من المنقول، و إن كان هو كما ترى.

فلا إشكال في تحقق الغصب مع الجلوس على البساط و ركوب الدابه، سواء قصده أم لا، و سواء كان المالك حاضرا و أزعجه أم لا، لتحقيق الاستيلاء عليه على وجه العدوان حيث نعتبه، أو مطلقا حيث يكتفى به في الضمان.

و ربما قيل باشتراط نقل المنقول في ضمانه، فلا يكفى مجرد ركوب الدابه من غير أن تنتقل به و الجلوس على البساط كذلك، نظرا إلى أن ذلك هو القبض في البيع و غيره لأمثاله من المنقولات.

و جوابه منع عدم تحقق القبض مطلقا بذلك، فان القبض له حكمان:

أحدهما دخوله في ضمانه، وهو حاصل بالركوب و الجلوس من غير نقل، و الثاني تمكينه من التصرف، و هذا يشترط في الركوب، و نحوه إذن المالك فيه، و لا فرق في هذا بين أن ينقله و عدمه، فلا وجه لإخراج التصرف بغير النقل من القبض على هذا التقدير.

و كأنه لا حاصل له، و إن كان الفاضل في محكى التذكرة قد ذكر أيضا «أن للقبض في البيع حكيمين على ما سمعته من التفصيل إلا أن ذلك لا مدخل له في رد بعض الشافعية القائل بأن القبض هنا كالبيع لا يتحقق في المنقول إلا بنقله، حتى أن الكركي في باب تسليم المبيع أشكله بأنه لو أخذه المشتري بيده و لم ينقله بل تسلمه في موضعه الذي كان فيه ثم تلف لا يكون في ضمانه، مع أنه في يده، و خبر عقبه بن خالد(١) يدل على ذلك، إلا أن ما دل على ثبوت الضمان بإثبات اليد ينافيه، و الجواب يحتاج الى فضل تأمل، و تحقيق هذا موقوف على تحقيق معنى إثبات اليد» انتهى.

فكون القبض له حكمان لا مدخل له في ذلك، على أن مرجع الحكمين المزبورين إلى القبض و الإقباض، لا إلى اختلاف معنى القبض في المقام و في البيع.

فالتحقيق في الجواب عدم اعتبار النقل في قبض المنقول في المقامين بل في كل مقام اعتبر الشارع فيه القبض، لتحقيقه عرفا بإثبات اليد بتصرف بل و بدونه و إن لم يحصل فيه نقل، كما حققنا ذلك في كتاب البيع، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و من الغريب ما يظهر من الفاضل في المقام من التفصيل في المنقول بين الدابة و الفراش و بين غيرهما. فيتحقق القبض في الأولين بالركوب

و الجلوس و إن لم يكن نقل، بخلاف غيرهما. و لا- نعرف له وجهها إلا- دعوى العرف المردوده على مدعيها، ضروره اتحاد الجميع فيه.

و أغرب منه دعوى كون القبض هنا كالقبض فى البيع الذى ذكروا فيه أنه فى المكيل و الموزون لا- يحصل إلا بكيه و وزنه، فيقتضى حينئذ توقف الغصب على ذلك، و هو معلوم الفساد.

و على كل حال فلا خلاف و لا إشكال عندنا فى أنه يصح غصب العقار و يضمه الغاصب بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى ما سمعته من النصوص (١) و إلى صحه بيعه و غيره مما يتوقف على تحقق القبض.

فما عن أبى حنيفه و تلميذه أبى يوسف- من عدم تصور غصبه لعدم تصور إثبات اليد فيه- واضح الضعف، بل و الفساد، ضروره كونه يتحقق عرفا غصبه بإثبات اليد عليه مستقلا من دون إذن المالك من غير فرق بين أن يزجج المالك فيخرجه و يدخلها

بقصد السكنى و عدمه بأن يستولى عليها و يتسلم مفاتيحها و إن لم يدخلها أصلا.

لكن فى القواعد «أنه يتحقق الغصب فى العقار بالدخول و إزعاج المالك، فإن أزعج و لم يدخل أو دخل لا بقصد الاستيلاء و لم يزجج لم يضمّن».

و يمكن حمله على إرادته تحقق الغصب بذلك، خصوصا مع ملاحظه كلامه فى التذكرة، لا- توقفه عليه كما فهمه منه فى المسالك، و أورد عليه بالساكن مع المالك، و بغصب العقار مع غيبه المالك.

ثم الظاهر أن تقييده بقصد الاستيلاء للاحتراز عن الداخل لا بقصده بل لينظر إليه ليتخذ مثله مثلا، فإنه ليس بغاصب عرفا قطعا.

لكن لو انهدمت في تلك الحال فعن التذكرة في الضمان إشكال ينشأ من أنه قد حصل التلف في يده، كما لو أخذ منقولاً من بين يدي مالكه لينظر إليه فتلف، فإنه يضمه، و من الفرق بينهما بأن اليد على العقار حكميه لا حقيقه كاليدين المنقول، فلا بد في ثبوت اليد على العقار من أمر آخر، وهو قصد الاستيلاء.

و في جامع المقاصد بعد أن ذكر كلاماً يوهم اعتبار الأمرين في غصب العقار، قال: «و ينبغي أن يقال: المزاحم للمالك في العقار إما أن يدخل عليه مستولياً أو لا، و على كل من التقديرين إما أن يزعه أو لا، و على كل تقدير إما أن يكون الغير قويا و المالك ضعيفاً أو بالعكس أو يكونان قويين، هذه عدة صور»:

من يدخل على المالك مستولياً و يزعه أو لا- يزعه و لكل منهما قوة فيضمن النصف، لأن الإزعاج للمالك غير معتبر في الغصب للعقار كما ذكره في التذكرة.

و لا يعتبر قصد الاستيلاء إذا تحقق الاستيلاء و إن اعتبره هنا و في التحرير، لحصول اليد و الاستيلاء حقيقه، فهذه صورتان.

و لو دخل الضعيف على القوى بقصد الاستيلاء فليس بغاصب، إذ لا أثر لقصد شيء لا يتمكن من تحقيقه، و لو دخل القوى على الضعيف مستولياً (بحيث خ) اضمحلت يده، فالمتجه كونه غاصباً للجميع، و لا فرق في هذين الموضعين بين الإزعاج و عدمه، فهذه أربع صور أخرى.

و لو أزعج القوى لمثله و لم يدخل أو القوى الضعيف كذلك ففي تحقق الغصب إشكال، ينشأ من أن قبض العقار يكفي فيه التمكن من التصرف و التخليه و تسليم المفتاح كما سبق في البيع، و بذلك يدخل تحت

يد المشتري و في ضمانه، فيجب أن يكون هذا القدر كافيا في صدق الغصب، و من أن العرف قاض بأن الغصب إنما يتحقق بالدخول، لأن الاستيلاء به يحصل. و نحو ذلك قال في التذكرة هنا، و في التحرير جزم باشتراط الدخول، و المسألة موضع تردد، و لا يتصور إزعاج الضعيف القوى.

و لا أثر لانتفاء الدخول و الإزعاج إلا إذا كان المالك غائبا فأسكن غيره مع جهل الغير، فان في الدروس أن الأمر غاصب لأن يد المأمور كيده، و الساكن ليس بغاصب و إن ضمن المنفعة، و يشكل بما لو انهدمت الدار و هو فيها مثلا، فان عدم التضمن مع إثبات يده بغير حق و إن كان مغرورا بعيده، فان قال بثبوتة و لم يسمه غاصبا فلا مشاحه في التسميه و هو ملخص ما ذكره في التذكرة كما أن ما فيها تلخيص ما في بعض كتب الشافعية.

و لعل الأولى من ذلك إيكال الأمر في صدق الغصب و صدق أخذ اليد إلى العرف الذي هو المرجع في نحو ذلك، ضروره عدم حصول كشف العرف بما ذكره في صورته دخول الضعيف على القوى و استيلائه على ما تصرف فيه و ثبت يده عليه، فان عدم تحقق الغصب به بناء على أنه الاستيلاء ممنوع، إذ قوه المالك لا تنافي صدق الاستيلاء و إثبات اليد من الضعيف، و أوضح من ذلك استيلاء الضعيف دار المالك القوى الخاليه عنه.

على أنه لو سلم عدم تحقق الغصب بناء على اعتبار القهر فيه أو الاستقلال المفقود في الصورة الأولى فلا ريب في الضمان من حيث قاعده اليد و ان لم يكن غصبا.

و كذا ما ذكره في صورته دخول القوى على الضعيف مستوليا من

اضمحلال يد المالك و كونه غاصبا للجميع، إذ يمكن منعه مع فرض بقاء تصرف المالك و عدم رفع يده، و قدره القوى على رفع يده لا يقتضى استقلاله بإثبات اليد، و حينئذ فلا يتجه ضمانه الجميع على التقدير المزبور، و دعوى اختصاصه باليد ممنوعه كل المنع، اللهم إلا أن يفرض دخوله على وجه لم يبق له يد أصلا و كان الجميع فى يد القوى و استيلائه، و ربما يشهد لذلك ما عن بعض النسخ من فرضه على هذا الوجه.

و كذا ما ذكره فى صورته الإشكال الذى لا ينبغى حصوله مع فرض كون الإزعاج لتحقق الاستيلاء الذى يكفى مثله فى قبض العقار و صيرورته تحت يده، كما فى غضب الملك دار بعض رعيته، فان احتمال توقف صدقه على دخوله واضح المنع فى العرف.

كما أنه لا- ينبغى حصوله بالازعاج الذى لم يقصد به الاستيلاء على الدار، فان هرب المالك و إزعاجه خوفا من الملك على نفسه لا يقتضى غضب الدار مع فرض عدم إرادته الاستيلاء عليها.

و بالجمله إيكال الأمر إلى العرف فى صدق الغصب و القبض و إثبات اليد أولى من الإطئاب فى ذكر الأفراد المختلفه باعتبار خصوصياتها.

و من هنا لم يمكن كشف المعانى العرفيه باعتبار عدم الإحاطه بخصوصياتها التى تدرك بالذوق و حسن الانتقاد فى كل موضع بخصوصه، و لعل إلى هذا المعنى أشار المصنف بقوله: «و يتحقق» إلى آخره، ضروره عدم ذكره زياده على ما سمعته من التعريف، فليس المراد منه إلا- الإيكال إلى العرف الذى لا- ريب فى تحققه بإزعاج المالك من داره و استيلائه عليها بأخذ المفاتيح مثلا و نحوه و إن لم يدخل إليها كما عرفت.

و كذا لو أسكن غيره فيها بعنوان الاذن منه و الرخصه، من غير فرق بين جهل الساكن بالحال و علمه، و إن كان فى الثانى يكون

كل منهما غاصبا، كما أن كلا منهما ضامن في الأول و إن لم يكن الجاهل غاصبا، لعدم علمه بالحال إلا أنه ضامن بإثبات اليد و استيلائه على مال الغير بغير حق في الواقع، فهو كالغاصب في ضمان العين و المنفعة و إن لم يسم غاصبا اصطلاحا، لأن ضمان المأخوذ باليد بعد فرض تحقق صدقه عرفا لا يتوقف مع ذلك على صدق الغصب معه، لعموم قاعده اليد، فنفي الضمان من بعضهم هنا عما لم يتحقق فيه الغصب و إن تحقق فيه إثبات اليد لا وجه له، أو يراد منه نفيه من حيث الغصب.

و على كل حال فلو سكن الدار مع مالكتها قهرا لم يضمن الأصل أى جميع الدار، لعدم استقلاله لإثبات اليد، بل مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين ضعف المالك و قوته، لأن الفرض عدم رفع يده، بل هى باقيه على نحو ما لو كان قويا.

و من هنا قال الشيخ: يضمن النصف مع فرض تساوى يديهما على الدار، و تبعه الأكثر بل المشهور، بل لا نجد فيه خلافا محققا.

و لكن فى المتن و تبعه بعض من تأخر عنه فيه تردد، منشأه عدم الاستقلال من دون المالك فلا- يتحقق الغصب الذى هو الاستقلال بإثبات اليد، و لم نجده لأحد ممن تقدمه فضلا عن الجزم بعدمه، و إن حكاه المصنف فى النافع قولاً، بل عن التنقيح نسبه إلى المبسوط إلا أنا لم نتحققه، و على تقديره فهو واضح الفساد، ضروره صدق الغصب بذلك عرفا المقتضى لاعتبار الاستيلاء فيه دون الاستقلال أو للقول بتحقيقه هنا و لو بالنسبه إلى النصف.

و دعوى اعتباره فيه على معنى رفع يد المالك و لو على جهه المشاركه واضح الفساد، لأن العرف أعدل شاهد بخلافها، بل مقتضى ذلك عدم

الضمان على الشخصين المشتركين في غضب شيء واحد على وجه الاستقلال لكل منهما، وهو معلوم الفساد اللهم إلا أن يفرق بين شركة المالك وغيره، ولكن العرف على خلافه قطعاً.

و دعوى كون الغاصب حينئذ مجموعهما الذي حصل له وصف الاستقلال و تضمينه يقتضى التوزيع بينهما يدفعها إمكان القول بمثله في الفرض و إن سقط الضمان بالنسبة إلى المالك، باعتبار عدم تصور ضمان ماله لنفسه، بل إن لم يكن إجماعاً أمكن القول بضمان الغاصب لجميع عين الدار مع فرض إثبات يده عليها جميعها بالتصرف و الانتفاع و نحوهما، و إن كان المالك أيضاً متصرفاً بها أجمع، فإن اجتماع اليمين على الكل بالمعنى المزبور غير ممتنع، و الحكم بالتنصيف في الملكيه في مثله باعتبار عدم تعقل الحكم بملكيه الجميع الذي هو مقتضى اليد لكل منهما، فليس حينئذ إلا التنصيف بينهما كالبينتين، لا لأن يد كل منهما على النصف كما أوضحنا ذلك في كتاب القضاء. أما في المقام فلا مانع من الحكم بضمان الغاصب لجميع العين باستيلائه على جميعها الذي لا ينافيه استيلاء المالك أيضاً على جميعها، هذا بالنسبة إلى العين.

أما بالنسبة إلى المنفعة فيضمن الغاصب كل منفعة للعين التي صارت في يده و استيلائه، سواء استوفها أو لا، نعم ما استوفها المالك منها تسقط عن ضمانه باعتبار استيفاء المالك لها، فتأمل جيداً فإنه دقيق.

هذا و في الرياض تبعاً للكفايه لا بد من التقييد بكونه متصرفاً في النصف مثلاً بحيث يمنع المالك من أنواع التصرفات فيه، كالبيع و الهبة و أمثالهما، لا مجرد السكنى.

و فيه أنه يكفي في ضمانه النصف إثبات يده بالسكنى على الإشاعه

و إن لم يمنعه عن التصرفات المزبوره، لصدق

«على اليد»^(١).

و عن مجمع البرهان أن ذلك- أى ضمان النصف- إذا شاركه فى كل موضع من البيوت، بحيث ما يزاحمه و لا يزعجه إلا عن النصف، ثم قال: «و يمكن أن يكون الحكم كذلك إذا شاركه فى البيوت من غير تعيين نصف، بل يقول له: أنا و أنت نكون فى هذه الدار مع إثبات يده على الكل و عدم منعه من شىء، مثل الشريكين بالنصف و أحدهما يأذن للآخر».

و استجوده بعض من تأخر عنه، و قال: «لا فرق بعد فرض تصرفه فى قدر النصف أو أقل أو أكثر، لأن المتصرف فى جميع الدار مثلاً- اثنان، فيحال الضمان عليهما كالجنائيات، فلو جنيا عليه و مات من جنائتهما كانت الديه عليهما نصفين و إن كان أحدهما جرحه ألف جرح و الآخر جرحا واحدا».

قلت: لا يخفى عليك ما فى ذلك كله بعد الإحاطه بما ذكرناه، و أنه لا يقاص

المقام الذى بناء الضمان فيه على قاعده اليد على الجنايه التى يصدق أنهما معا قتلاه و إن تعددت جنايه أحدهما دون الآخر، بخلاف المقام الذى فرض فيه صدق الاستيلاء على الجميع و اليد على كل منهما، فيضمن الجميع من كانت يده يد ضمان دون الآخر، إذ ليس يد كل منهما على النصف حتى يختص ضمانه به.

و كذا لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه ما فى المحكى عن أبى العباس فى كتابيه من أن الغاصب لا يضمن من الأجره إلا قدر ما ينتفع به من السكنى، إذ قد عرفت أن المتجه ضمانه لكل منفعه عدا

١- ١ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤. و سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥.

ما استوفاه المالك، من غير فرق بين ما استوفاه و ما لم يستوفها، لأن يده يد ضمان على العين و على المنفعة، بل القائل بالتنصيف يضمه منفعة النصف و إن لم يستوفها.

بل قد يظهر لك بالتأمل فيما ذكرناه ما ذكره غير واحد من التفريع على القول بالتنصيف - منهم الفاضل المقداد فى التنقيح - أنه لو كان المالك أكثر من واحد هل يلزم الغاصب النصف أيضا أو بالنسبة فلو كان اثنين لزمه الثلث، و ثلاثة لزمه الربع؟ الأقرب الأخير كما لو تعدد الغاصب. و التحقيق يقتضى الضمان على نسبة ما استولى عليه و استقل به إن نصفًا فنصف و إن ثلثًا فثلث، و إن ربعا فربع، و هكذا.

و ظاهره كون التحقيق غير ما جعله الأقرب أولا.

و فى الرياض أن ظاهر العبارة و نحوها من عبارات الجماعه يقتضى عدم الفرق فى ضمانه النصف بين وحده المالك و تعدده، و يحتمل تخصيصها بالصورة الأولى و الرجوع فى الثانية إلى الضمان بالنسبه، ثم حكى ما سمعته من التنقيح، و قال: هو جيد.

قلت: قد عرفت أن ضمان العين يتبع اليد و الاستيلاء، فمع فرض صيرورتها أجمع تحت يده على وجه لا ينافى كونها مع ذلك تحت يد المالك يتجه ضمان الجميع، نعم لو فرض تصور كون الداخل تحت يده النصف مشاعا أو الثلث كذلك من دون تصرف فى الجميع اتجه حينئذ ضمان ذلك عليه خاصة.

و أما المنفعة فيضمن منها منفعة ما كان فى يده من غير فرق بين ما استوفاه و غيره عدا ما استوفاه المالك، نعم لو فرض كون ما فى يده النصف و لكن نسبة انتفاعه بها إلى انتفاع المالك ثلثان و ثلث اتجه حينئذ ضمان النصف للعين و الثلثين للانتفاع.

و بالجمله فالمسأله فى غايه الغموض و محتاجه إلى التأمل التام. و الله العالم.

هذا كله فى قهر الغاصب المالك لقوته بالنسبه إليه.

و أما لو كان الساكن ضعيفا عن مقاومه المالك لم يضمن من حيث الغصب قطعاً بناء على اعتبار القهر فى مفهومه الذى لا يتصور فى الفرض، و أما ضمانه من حيث اليد فقد عرفت الحال فيه، و أن المتجه فيه الضمان.

و فى الدروس «لو سكن الضعيف مع المالك القوى فهو ضامن للمنفعه، و فى كونه غاصبا الوجهان» قلت: قد عرفت ضمانه العين أيضا لو تلفت، لقاعده «على اليد» و إن لم نقل بكونه غاصبا.

و لو كان المالك غائبا ضمن بلا خلاف أجده فيه بيننا و إن كان الساكن ضعيفا، معللين له بأنه غاصب، لأن الاستيلاء حاصل فى الحال، و أثر قوه المالك سهوله انتزاعه من يده و ليس بمتحقق.

و لكن لا يخفى عليك أن مثله آت فى الحاضر القوى، ضروره عدم الفرق فى سكناه مع عيال المالك بين حضور المالك و غيبته، و كذا سكناه فى دار المالك القوى الخاليه التى صرح فى التحرير بضمانها، إذ القهريه منتفيه على كل حال، كما أن الاستيلاء حاصل على كل حال.

و لا يراد بالأخذ المستفاد من

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «على اليد ما أخذت»

أزيد من هذا، بل الظاهر عدم اعتبار قصد الغصبيه فيه، و منه يعلم الوجه فى ضمان المأخوذ للنظر و نحوه و ان استشكل فيه من عرفت.

بل فى الدروس «لو رفع كتابا بين يدي المالك فان قصد الغصب

فهو غاصب، و إن قصد النظر إليه ففي كونه غاصبا الوجهان» مع أن منشأ الوجهين المذكورين في كلامه سابقا الشك في أن الغصب الاستقلال أو الاستيلاء، و هما معا في الفرض حاصلان.

نعم يمكن الشك في كون المراد بالأخذ المستفاد من

قوله (صلى الله عليه و آله): «على اليد ما أخذت»

الاستبداد بالشئ كالمالك أو الأعم منه و مما يشمل الأخذ للنظر و نحوه، الظاهر الثانى، بل لعله الموافق لكلمات الأصحاب في غير المقام التى لا تخلوا من تشويش نشأ من إطناب الشافعية فى تنقيح أفراد الغصب عرفا، و لعله لأنه من حيث كون الغصب سببا للضمان عندهم. و أما نحن فقاعده اليد أعم عندنا منه، و مساويه له فى كيفية الضمان بالآفه السماويه و غيرها و إن كان هو أيضا سببا ل

قوله (عليه السلام) فى الخبر السابق(١): «كل مغصوب مردود».

نعم ينبغى تنقيح قاعده اليد، و لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه تحقيق القول فيها، و أنه لا بد فى الضمان من إثباتها، لأنه هو معنى الأخذ، لكن يكفى فيه الأخذ المشترك و لو مع المالك، كما عرفت البحث فيه، و الأولى من ذلك إيكاله إلى العرف، و التمسك فى محال الشك فيه بأصل البراءه و نحوه كما سمعته فى الغصب و القبض، و الله العالم.

و كذا لو مد بمقود دابه فقادها بقصد الاستيلاء عليها أو ساقها كذلك ضمن و إن كان مالكةا حاضرا لكن غير مثبت يده عليها، لأنه حينئذ غاصب بمعنى مستقل بإثبات يده و مستول و محتو و آخذ.

١- ١ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب الأنفال - الحديث ٤ من كتاب الخمس و فيه « الغصب كله مردود ».

نعم فى المتن لا يضمن لو كان صاحبها راكبا لها كما فى محكى المبسوط، و مرادهما على الظاهر كونه مع ذلك قادرا على منع الغاصب، كما فى القواعد و جامع المقاصد و المسالك و غيرها، لعدم صدق الاستيلاء فضلا عن الاستقلال و الأخذ.

و إليه يرجع ما فى الإرشاد إلا- أن يكون المالك راكبا إلا مع الإلجاء، بمعنى كونه ملجأ غير قادر على دفعه، كقوله فى غيره: «و لو يمد بمقود دابه و صاحبها راكبها فلا استقلال إلا مع ضعفه عن المقاومة».

و لعل وجهه حينئذ صيروره يده بمنزله العدم فى جنب القائد المفروض كونه قاهرا مستوليا نحو ما سمعته فى الداخلى القوى على مالك الدار الذى يده معه- لضعفه و ان لم يزعجه- بمنزله العدم، فىضمن الجميع حينئذ، مع أنك قد عرفت الاشكال فيه سابقا مع صدق بقاء يده و تصرفه و إن كان الغاصب قادرا على رفعهما إلا أنه ما لم يتحقق لا يصدق الاستقلال و الاستيلاء للجميع، و مثله يأتى فى المقام، و لعله لذا تأمل فيه المقدس الأردبيلى، خصوصا مع ملاحظه الحكم له باليد فى مقام التنازع.

كما أنه قد يشكل ما ذكره من عدم الضمان لو كان المالك الراكب قادرا بما تقدم لهم من ضمان النصف بدخول الساكن قهرا مع المالك، و لعله لذا لم يفرق بعضهم بين المسألتين، بل لعل حكاية العدم قولاً فى المسألة السابقه كما فى النافع مأخوذ من هذه المسألة.

و ربما فرق بأن القائد لا استيلاء له مع المالك الراكب على نصف و لا ربع، لأنه أقوى يدا و أكثر تصرفا، و لهذا يحكم له بها عند التنازع.

و فيه أنه لا- يتم على القول بالتنصيف عند التداعى، كما عن الخلاف و السرائر و ثانى المحققين و الشهيدين، بل عن ثانى الشهيدين التصريح فى

باب الديات بأن جنايتها بيدها على القائد و الراكب بالتنصيف، فيضمن النصف أيضا هنا باعتبار إثبات يده مع يد المالك. كما لو ركبها معه.

بل قد يقال بضمانه الكل في الفرض باعتبار صدق الاستيلاء و الأخذ الذي لا ينافيه قدره المالك على الدفع إذا لم يدفع، كما إذا لم يكن راكبا لها و كان حاضرا قادرا على الدفع، أقصاه إثبات يده، و لا ينافي ذلك يد الغاصب، بل و لا استقلاله و استيلاءه و أخذه و احتواؤه، بل هو بقوده لها و عدم ممانعه المالك له استولى عليه و عليها، نحو ما سمعته في الساكن المتصرف بجميع الدار مع عدم إزعاج المالك، و لعل إيكال الأمر في ذلك إلى العرف المختلف باختلاف الأحوال و الخصوصيات أولى.

و على كل حال فلا- خلاف و لا- إشكال في ضمانه لها لو اتفق تلفها بقوده لها و إن كان الراكب قويا على الدفع، بل لا يبعد ضمانه لمنفعتها التي فاتت على المالك بقوده، و كذا لو ساق الدابة و كان لها جماح فشردت بسوقه فوقت في بئر ضمن، و الله العالم.

و غصب الأمه الحامل مثلا غصب لحملها (لولدها خ ل) أيضا بلا خلاف و لا إشكال لثبوت يده بل استقلاله و استيلائه عليهما فيضمنهما حينئذ معا، و لو بضمان تفاوت قيمتها حاملا و حائلا لو أسقطت.

و إن تلفت و تلف بعد الوضع ففي المسالك أُلزم بالأكثر من قيمة الولد و قيمتها حاملا إن اعتبرنا الأكثر و إلا فقيمه يوم التلف، و لعل المراد قيمة الولد يوم التلف فيكون المعنى أنه إذا تلف الولد بعد الوضع غرم الأكثر من قيمة الولد إلى يوم التلف، مضافا إلى الأ- كثر من تفاوت قيمتها حاملا و حائلا، و على القول باعتبار وقت التلف كان عليه قيمة الولد حينه و قيمة التفاوت كذلك إن كان.

و كأن ما فى المسالك مأخوذ مما فى التحرير، قال فىه: «لو غضب الأمه الحامل كان غاصبا للحمل، فلو تلف الحمل أزم بقمته، بأن يقوم الأمه حاملا و غير حامل، و يلزم بالتفاوت، و لو تلف بعد الوضع أزم بالأكثر من قيمته وقت الولاده إلى يوم التلف، و كذا البحث فى الدابه الحامله.

و على كل حال فلا إشكال فى ضمان الحمل و الحامل فى الفرض.

بل فى التذكره و التحرير و كذا يضمن حمل الأمه المبتاعه بالبيع الفاسد

لعموم «على اليد»(١)

لكن فى القواعد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها عدم الضمان، لعدم كونه مبيعا حتى يضمن بقاعده ما يضمن بصحيحه، فهو حينئذ أمانه فى يد المشتري.

و فىه أنه مع فرض عدم إذن من المالك إلا-الاذن البيعه التى فرض عدمها يتبين الفساد، فيتجه الضمان حينئذ لعدم الاذن، و الأصل الضمان، و قاعده ما يضمن بناء الضمان فيها على ذلك، و إلا فهى ليست من أسبابه من حيث نفسها، و حينئذ فلا حاجه إلى ما فى الدروس من حمل القول بالضمان على إرادته اشتراط دخول الحمل.

نعم لا وجه للقول بضمان حمل المقبوض بالسوم مع فرض كون السوم على الحامل دون الحمل كما صرح به غير واحد، لكونه أمانه صرفه فى يده، و ضمان الحامل على خلاف مقتضى القواعد، فيقتصر عليه.

لكن عن التذكره التصريح بضمانه أيضا. و يمكن حمله على المفروض دخوله فى السوم مع الحامل أو يقال بأنه مقتضى

عموم «على اليد»

الذى

لا ينافيه كونه بالاذن بعد انصراف الأمانة المنفى عنها الضمان إلى غير الفرض، فتأمل جيدا.

هذا و قال فى الدروس: «ولو أثبت يده على مسجد أو رباط أو مدرسة على وجه التغلب و منع المستحق فالظاهر ضمان العين و المنفعة».

و قد يشكل الضمان فى المسجد و نحوه من المشاعر مما لم تكن المنفعة فيه ملكا للناس و إن ملكوا الانتفاع به، إذ هو غير المنفعة، فلا ماله حينئذ حتى يتجه الضمان و إن تحقق الغصب فى مثله.

و لعله لذا صرح بعض الشافعية بتحقيق الغصب و الإثم بإقامه من قعد فى مسجد أو موات أو استحق سكنى بيت برباط، و يجب الرد فى الأعيان الاختصاصيه، و فى المنافع الاختصاصيه بتعلق الإثم، ثم قال: «و لا ضمان فى شىء من متعلقات الاختصاص». و هو جيد فيما ليس هو بمال كالمسجد.

أما ما كان ملكا للمسلمين أجمع كالطرق و نحوها فلا بأس بالقول بالضمان عينا و منفعه، بل المسجد الموقوف، لا المخلوق مشعرا كذلك أيضا إن قلنا بكونه ملكا للمسلمين عينا و منفعه، و إن كان هو لا يخلو من نظر، لقوه احتمال كونه كالتحرير فى الخروج عن الماله.

و قد تقدم ما فى المسالك من انتقاض التقييد فى التعريف بمال الغير بما لو استولى المالك على ماله المرهون عدوانا، فإنه يضمه مع التلف بالمثل أو القيمه، و يكون رهنا، و حق المرتهن لا يسمى مالا و إن نزل منزلته.

و بما لو استقل باليد على حق الغير فى نحو المدرسه و الرباط و المسجد و التحجير، فإنه فى جميع ذلك غاصب مع أنه لم يستول على ماله.

و بما لو غصب الوقف العام فإنه ليس ملكا للغير، أو الخاص على القول بانتقال ملكه إلى الله إلا أن يراد من الغير ما يشمل الله تعالى،

و هو بعيد.

و فى الدروس «و إضافة المال إلى الغير- أى فى التعريف- ليخرج به مال نفسه، فإنه لو أثبت يده على مال نفسه عدوانا كالمرهون فى يد المرتهن فليس بغاصب، إلا أن ينزل استحقاق المرتهن منزله المال، مع أنه لو تلف بعد التعدى ضمن قيمته أو مثله، و يكون رهنا».

قلت: لا إشكال فى تحقق الغصب بمعنى القهر على غير الحق الذى هو نوع من الظلم فى مثل ذلك، و أما الضمان فلا يكون إلا للمال، و وجوب دفع المثل أو القيمة لتكون رهنا لو أتلفه ليس ضمانا لحق الارتهان. بل هو حكم شرعى لدليله، و الله العالم.

و لو تعاقبت الأيدى الغاصبه على المغصوب تخير المالك فى إلزام أيهم شاء أو إلزام الجميع أو البعض بدلا واحدا على حد سواء أو مختلفا بلا- خلاف و لا- إشكال، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل فى مجمع البرهان دعواه، لأن كلا منهم غاصب مخاطب برد العين أو القيمة، ل

قوله (عليه السلام) (١): «كل مغصوب مردود».

و «على اليد ما أخذت» (٢)

و قوله تعالى (٣) «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» و «جَزَاءُ سَيِّئَةٍ» (٤) و غيرهما مما دل على العقاب بمثل ما عوقب (٥)

١- ١ الوسائل- الباب- ١- من أبواب الأنفال- الحديث ٤ من كتاب الخمس و فيه «الغصب كله مردود».

٢- ٢ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤. و سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآية ١٩٤.

٤- ٤ سورة يونس: ١٠- الآية ٢٧.

٥- ٥ سورة النحل: ١٦- الآية ١٢٦.

و أن الحُرْمَاتُ قِصَاصٌ (١) و نحوه.

و لا فرق فى تعاقب أيديهم بين كونه بصوره الضمان بيع فاسد و نحوه و عدمه، نعم قرار الضمان على من تلف المغصوب فى يده منهم، بمعنى أنه لو رجع المالك على غيره رجع هو عليه مع فرض عدم زياده فى

العين يختص الأول بضمانها بخلاف ما لو رجع عليه نفسه، فإنه لا رجوع له على غيره، لأن ذمته المشغوله للمالك بالبدل و إن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمته به، فيملك حينئذ من أدى بأدائه ما للمالك فى ذمته بالمعاوضه الشرعيه القهريه.

و بذلك اتضح الفرق بين من تلف المال فى يده و بين غيره الذى خطابه بالأداء شرعى لا ذمى، إذ لا دليل على شغل ذمم متعدده بمال واحد، فحينئذ يرجع عليه و لا يرجع هو.

كما أنه اتضح لك أيضا جواز مطالبه الكل ببدل واحد على السواء و مختلفا، لأنه إذا جاز له مطالبه كل منهم بالجميع فالبعض بطريق أولى، و يرجع حينئذ غير من تلف المال فى يده على من تلف المال فى يده بمقدار ما أدى.

بل ظاهر عدم تقييد الأيدى بكونها غاصبه فى النافع و اللمعه يقتضى عدم الفرق فى الضمان بين الجاهل و العالم و إن افترقا فى الإثم و عدمه و الغرور و عدمه. بل هو صريح المحكى عن المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضه و الكفايه، بل لم يرد المصنف من التقييد المزبور إخراج الجاهل، لتصريحه بعد ذلك بالرجوع على الجاهل.

نعم ما تقدم فى الدروس سابقا- من أن الساكن فى البيت بأمر الغاصب جاهلا يضمن المنفعه- ظاهر فى ضمانها خاصه، و من هنا نشأت

الشبهه على المقدس الأردببلى؁ فتردد أو مال إلى عدم الرجوع على الجاهل المغرور الذى لم يعلم اندراجه فى

قوله (صلى الله عليه و آله) فى خبر سمره بن جندب(١): «على اليد»

الذى لم تثبت صحته و لا تواتره بعد معلوميه عدم كونه غاصبا؁ و إلا لكان آثما.

و فيه- بعد إمكان تحصيل الإجماع على خلافه- أن عدم تواتره بل و عدم صحته لا يقدر بعد العمل به الجابر له سنداً و دلالة؁ بل نصوص المغصوب التى منها

قوله (عليه السلام)(٢): «كل مغصوب مردود»

شامله له؁ ضروره صدق المغصوبه على ما فى يده و إن لم يكن هو الغاصب.

و عدم كونه مخاطبا بالخطاب التكليفى لجهله لا يقتضى عدم كونه مخاطبا بالخطاب الوضعى؁ و قاعده الغرور ظاهره فى الرجوع عليه و إن رجع هو على من غره فيما إذا لم تكن يده يد ضمان و لم يكن التلف مباشره منه بغير غرور؁ كما لو أعاره الغاصب إياه عاريه غير مضمونه أو أدعه إياه فتلف بآفه سماويه مثلاً. أما إذا كانت يده يد ضمان أو باشر هو إتلافه بغير غرور فلا رجوع له؁ كما ستسمع تفصيله إنشاء الله تعالى عند تعرض المصنف له.

و المراد من عباره الدروس ما ذكرناه سابقاً من أن الضمان للمنفعه مستقر على الساكن بخلاف العين؁ فإنه يرجع به على الغار؁ كما صرح به فى المقام؁ قال: «و تعاقب الأيدى العاديه على العين يوجب تضمين كل واحد منهم؁ و قرار الضمان على من تلفت فى يده؁ فيرجع غيره عليه لو رجع عليه؁ و لو كان فيهم يد غير عاديه فقرار الضمان على الغار».

١-١ سنن البيهقى - ج ٦ ص ٩٥.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١- من أبواب الأنفال - الحديث ٤ من كتاب الخمس و فيه « الغصب كله مردود».

و إن كان لا- يتم إطلاقه فيما لو كانت اليد الأولى عاديه غاره و الثانيه مغروره و الثالثه عاديه لعلمها بالغصب مثلا، فلو رجع المالك على الثانيه المغروره لم يكن قرار الضمان على الغار الذى هو الأول، فالمتجه تقييد ذلك بما إذا كان التلف فى يد المغرور لا مطلقا. حتى فى مثل الفرض الذى لم يكن التلف فى يده.

أو يقال باختصاص قاعده الغرور بما إذا كان التلف فى يده، و حينئذ يتجه فى المثال الرجوع على من تلف المال فى يده خاصه دون الأول، بخلافه على السابق، فان المتجه فيه التخيير بين الرجوع على الغار و إن رجع هو على من تلف المال فى يده و بين الرجوع على من تلف المال فى يده ابتداء جمعا بين القاعدتين، لعدم تنافيهما، هذا.

و مرادنا بما ذكرنا من رجوع الجاهل على غيره لو رجع عليه إذا كان مغرورا، أما مع عدم الغرور فلا- رجوع له، بل هو حينئذ كالعالم فى ذلك، بل مرادنا أيضا بالجاهل غير العالم بالغصب، من غير فرق بين الغافل و الناسى و غيرهما، و الله العالم.

و الحر لا يضمن بالغصب و لو كان صغيرا لا عينا و لا منفعه بلا خلاف محقق أجده فيه، على معنى كونه كغصب المال الموجب للضمان و إن مات حتف أنفه، بل و لا إشكال، ضروره عدم كونه مالا حتى يتحقق فيه الضمان، و ما فى النافع- من أنه لو كان أى التلف لا بسببه كالموت و لدغ الحيه فقولان- لم تتحققه، و نحوه ما عن المفاتيح من نسبه ما فى المتن إلى القيل و الكفايه إلى المشهور. و لذا قال فى محكى المهذب و المقتصر: «إن الأصحاب على خلافه» أى القول المحكى فى النافع كما عن التنقيح الاعتذار عنه بالمسامحه، بل فيه و فى الروضه الإجماع على عدم ضمان الصغير إذا كان تلفه بالموت الطبيعى، و من هنا طفحت عباراتهم

بعدم ضمان الحر بالغصب، و أنه إنما يضمن عينا بالجناية عليه مباشرة أو تسببا و منفعه بالاستيفاء أو تسببا على الوجه الذى سيأتى إنشاء الله.

بل لو أصابه غرق أو حرق أو غيرهما فضلا من أن يصيبه موت فى يد الغاصب من غير تسببه لم يضمنه للأصل، كما عن مبسوط الشيخ و إيضاح الفخر و غيرهما، بل فى المسالك نسبتته إلى الأشهر بل عن الكفايه إلى المشهور و ان كنا لم نتحققه.

بل قال الشيخ فى كتاب الجراح من المبسوط:

يضمنه الغاصب إذا كان صغيرا أو مجنونا و تلف بسبب، كلدغ الحيه و العقرب و وقوع الحائط.

بل فى الدروس و محكى الخلاف و المختلف هو قوى، و عن المقتصر هو حسن، بل عن التبصره و تعليق الإرشاد و غيرهما اختياره، و هو المحكى عن أبى حنيفه أيضا، و لا ترجيح فى النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و التذكرة فى موضع منها. و غايه المراد و التنقيح و المهذب البارع و الروضه على ما حكى عن بعضها.

نعم لا وجه ظاهر يقتضى الضمان، إذ دعوى كونه بغصبه صار سببا شرعا لتلفه كحفر البئر واضحه المنع. و

الخبر(١) «من استعار حرا صغيرا فعيب ضمن»

لا جابر له و لا عامل به، و مناسبه الضمان للعدوان- بل عدمه يفضى إلى الاحتيال فى قتل الأطفال- مجرد اعتبار، و الضمان فى نقل المملوك الصغير و المجنون إلى المسببه أو المضيعه كما عن التذكرة لا يقتضى الضمان فى الفرض، لظهور التسبب فيه بخلافه.

و من الغريب ما عن الفاضل من الجزم فى موضع من محكى التذكرة

بعدم الضمان فى مثله و تردده فى المقام، فالمتجه عدم الضمان مع فرض عدم تقصير منه فى حفظه بالإهمال و نحوه، و ربما يحمل القول بالضمان على ما لو أهمل، بحيث يكون سببا فى تلفه، لكونه غير قابل لحفظ نفسه، بخلاف ما إذا لم يهمل فاتفق تلفه بأمر لا مدخل لإهماله فيه، و حينئذ يكون النزاع لفظيا.

ثم إن الظاهر عدم الفرق فى الحكم المزبور بين الصغير و المجنون، كما صرح به جماعه.

بل فى مجمع البرهان أن الظاهر عدم الفرق بينهما و بين الكبير إذا حبس بحيث لا يقدر على الخلاص منه ثم حصل فى الحبس شىء أهلكه، لظلمته و عدم قدرته على الفرار من أذيته، إذ هو حينئذ كالطفل، بل كالحوانات التى لا شعور لها، فعلة الضمان فىهما سواء.

و ربما كان فى ذلك نوع إيماء إلى ما ذكرنا إذا كان المراد منه أن لحبسه على الوجه المزبور مدخلا فى تلفه على وجه يكون سببا و إن كان كبيرا قابلا للدفع عن نفسه إلا أنه منعه عن ذلك على وجه صار كالصغير الغير القابل للدفع عن نفسه.

و كذا ما فى جامع المقاصد و الروضه من أنه لو كان بالكبير خبل أو بلغ رتبه الصغير لمرض أو كبر ففى إلحاقه و جهان، ضروره كون الوجه فى الضمان ما عرفت، إذ لا خصوصيه للصغير من حيث كونه كذلك، بل ليس إلا لعدم قابليته للدفع عن نفسه، فغيره مما كان كذلك فى القصور مثله فى الضمان مع الإهمال على الوجه المزبور، و الله العالم.

و لو استخدم الحر فعليه (لزمه خ ل) الأجره بلا خلاف أجده فيه، بل و لا إشكال، لأن منفعته متقومه حينئذ، فهو كمن أخذ مال

غيره و لو لأن منفعته المزبوره تقابل بمال.

أما لو حبس صانعا لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به فضلا عن غير الصانع بلا خلاف أجده فيه، بل في الكفايه هو مقطوع به في كلام الأصحاب، و إن عبر في التذكرة بلفظ الأقوى مشعرا باحتمال الضمان فيه، بل في مجمع البرهان قوه ذلك، لقاعده نفى الضرر مع كونه ظالما و عاديا، فيندرج في قوله تعالى «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (١) و «جَزَاءُ سَيِّئِهِ سَيِّئُهُ» (٢) و غيرهما مما دل على المقاصه و العقاب بمثل ما عوقب (٣) فالضمان حينئذ لذلك لا للغصب الذي لا يقتضيه، باعتبار عدم كون المغصوب مالا تتبعه منافعه و لو شرعا في الدخول تحت اليد و اسم الغصب و غيرهما.

و حكاه في الرياض عن خاله العلامه في حواشيه عليه، حيث قال:

«إن ثبت إجماع على ما ذكره الأصحاب و إلا فالأمر كما ذكره الشارح».

و مال إليه في الرياض حيث يكون الحابس سببا مفوتا لمنافع المحبوس.

ثم قال: «يحتمل قويا اختصاص ما ذكره الأصحاب بصوره عدم استلزام الحبس التفويت كما فرضناه بل الفوات، و ربما يستفاد ذلك من التذكرة حيث إنه مع تصريحه بما ذكره الأصحاب قال في عنوان البحث: منفعه بدن الحر تضمن بالتفويت لا بالفوات، انتهى. و يظهر الفرق بين المقامين فيما لو حبسه مده لها اجره في العاده، فإن كان لو لم يحبس لحصلها كان حبسه سببا لتفويتها. فيضمن هنا كما ذكره، و إن كان لو لم يحبس لم يحصلها أيضا لم يكن حبسه سببا لتفويتها، و هذا هو مراد

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ١٩٤.

٢- ٢ سورة الشورى: ٤٢- الآيه ٤٠.

٣- ٣ سورة النحل: ١٦- الآيه ١٢٦.

الأصحاب في حكمهم بنفى الضمان فيه كما احتملناه من كلامهم، ولا شبهه فيه».

قلت: لا يخفى فساد الاحتمال المزبور على من لاحظ كلمات الأصحاب، بل فرضهم المسألة في حبس الصانع كالصريح في عدم الضمان وإن كان سببا.

و المراد بالتفويت في عبارته التذكرة الاستيفاء، كما يشعر به تفریع ذلك عليها فيها، قال: «منفعه بدن الحر تضمن بالتفويت لا بالفوات فلو قهر حرا و استعمله في شغل ضمن أجرته، لأنه استوفى منافعه، و هي متقومه، فلزمه ضمانها، كما لو استوفى منافع العبد، و لو حبسه مده لمثلها اجره و عطل منافعه فالأقوى أنه لا يضمن الأجره، لأن منافعه تابعه لما لا يصح غصبه، فأشبهت ثيابه و أطرافه، و لأن منافعه في يده، لأن الحر لا يدخل تحت اليد، فمنافعه تفوت تحت يده فلم يجب ضمانها، بخلاف الأموال، و هو أصح وجهى الشافعيه، و الثانى أنه يضمنها، لأن منافعه تتقوم بالعقد الفاسد. فأشبهت منافع الأموال، فقد فوتها بحسبه فضمنها كمنافع العبد، أما لو منعه من العمل من غير حبس فإنه لا يضمن منافعه وجهها واحدا، لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه، فالحر أولى».

و هو كالصريح فيما ذكرناه، على أن التسبب الذى ذكره إنما يقتضى الضمان إذا تعلق بتلف الأموال، و منفعه الحر معدومه، فلا يتصور التسبب لتلفها، كما أن قاعده نفي الضرر و الضرر و غيرها مما ذكره من الآيات لو اقتضت الضمان على وجه تشمل الفرض لا تثبت فقها جديدا، ضروره اقتضاؤها الضمان بالمنع عن العمل أو الانتفاع بماله و غير ذلك مما عرفت عدم القول به من العامه الذين مبني فقهم على القياس

و الاستحسان فضلا عن الإماميه الذين مبنى فقهم على القواعد المقرره الثابته عن أهل بيت العصمه، فلا- وجه للضمان فى الفرض كما قطع به الأصحاب لأن الحر لا يدخل تحت اليد على وجه تدخل منافعه معه كالمال و لو شرعا. بل منافعه فى قبضته كثيابه باقيه على أصاله عدم الضمان و إن ظلم و أثم بحبسه أو منعه عن العمل.

نعم لو استأجره لعمل فى زمان معين فاعتقله و لم يستعمله فيه استقرت الأجره عليه قولاً واحداً كما عن المهذب البارع، و لا نزاع فيه كما فى جامع المقاصد، و لعله- بعد إرادته الإجماع منه- الحجه بعد اقتضاء عقد الإجاره ملك الثمن، و عدم الاستيفاء إنما كان لتقصير من المستأجر، و قد فات الزمان، و الأصل عدم بطلانها، كما أن الأصل عدم قيام غير الزمان الذى هو متعلق العقد مقامه.

و لعل مثله ما قيل من أنهم ذكروا قرارها أيضا فيما لو استأجره لقلع ضرسه فبرأ بعد أن مضت مده يمكنه القلع فيها باذلا الأجير نفسه فيها، و إنما كان التأخير من جانب المستأجر، و ذلك لما عرفت من اقتضاء العقد ملك الأجره على الوجه الذى سمعته، و الفرض لم يبق محل للعمل.

و الأصل عدم الانفساخ و عدم قيام غير متعلق العقد مقامه، فهو حينئذ كالأجير الخاص، و كذا ما كان مثله، إذ ليس لقلع الضرس خصوصيه.

أما لو استأجره على عمل فاعتقله مده يمكن فيها استيفاء العمل و لم يستوفه و بدل الأجير نفسه للعمل كذلك و لم يستوفه منه ففى استقرار الأجره تردد كما فى التذكرة و القواعد و الإرشاد و غايه المراد و لكن الأقرب أن الأجره لا تستقر كما فى التحرير و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضه و الرياض و غيرها على ما حكى عن بعضها لمثل ما قلناه من أن منافع الحر تضمن

بالاستيفاء لا بالفوات، فمنفعته في المده المزبوره غير مضمونه على الحابس و إن بذلت له، فالعمل باق على استحقاقه عليه بالعقد الذى يقتضى ملك الأجره بملك العمل عليه و تسليمها بتسليمه الذى لم يحصل، و لا دليل على الاكتفاء عن تسليمه بالحبس المده المزبوره و لا بالبذل فيها.

و لا كذلك لو استأجر دابه مثلا لنقل متاع مثلا فحبسها بقدر الانتفاع أو بذلك له كذلك فتسلمها و لم يستوف، لأن منفعتها حينئذ مضمونه عليه، فتقوم مقام المنفعه المستحقه له بعقد الإجاره و لو بالتهاتر القهرى باعتبار كونه مستحقا عليه من منفعه الدابه المزبوره، لأنها مضمونه عليه فى يده مقدار ما هو مستحق له، و هو أقرب من أجره المثل التى هى بدل ما يفوت من المنفعه لو لم يكن له مقدار ما فات فى يده مما هو مضمون عليه، فتأمل جيدا فإنه دقيق جدا.

و ربما كان فى عباره الأصحاب شهاده على ذلك، حتى عباره المصنف و مع قطع النظر عن ذلك فالإجماع بقسميه على قيام تسليم العين المملوكه مقام تسلّم المنفعه المستحقه بعقد الإجاره، بخلاف الحر.

فما عن إجاره التذكره و المسالك من الاستقرار فى الحر بذلك أيضا واضح الضعف و إن قواه الأردبيلى هنا، لما سمعته مما ذكره فى الاستئجار على القلع للضرس الذى قد عرفت الفرق بينه و بين المقام بعد تسليم الحكم فيه.

و لأن العقد موجب للعوضين، و قد بدل هذا عوضه، فيلزمه العوض الآخر. كما فى نفقه الزوجه و المهر، فإنها لها إذا مكنت نفسها و إن لم يستمتع بها، و يجب عليها تسليم نفسها إذا تسلمت المهر الذى هو قياس لا يأتى فى نحو المقام الذى هو من عقود المعاوضه المقتضيه ملكا بملك و تسليمها بتسليم. بخلاف التمكين الموجب للنفقه الذى هو من الأحكام،

و كذا تسليم نفسها بالمهر.

على أنه يكفي في الفرق ثبوت الدليل على وجوب التمكين بالنفقة و تسلم المهر، و لا دليل في المقام على الاكتفاء عن حصول العمل الذى هو مقتضى عقد الإجاره بالمده المزبوره، خصوصا إذا لم ينو المحبوس و لا الحابس الوفاء و الاستيفاء عما عليه من العمل.

و فى الإيضاح «و التحقيق إن هذا هل هو تمليك للمنافع، فإذا أهمل استعمالها حتى تلفت لم يضمن، أو هو كالدين فى ذمه الحر، فلا- يسقط إلا- بالاستيفاء أو الإبراء؟ و الأشبه الثانى، لأن الحر يستحق عليه فى ذمته و لا يملك عينه و لا منافعه، و لأنها معدومه، فيتبع الأصل فى الملك أو اليد، و هما منفيان فى الحر، و يرد استحقاق المستأجر الأول أجره المثل على من استعمل الأجير الخاص».

و هما كما ترى ليس من التحقيق فى شىء، خصوصا بعد أن أشكله بما ذكره أخيرا.

و من هنا قال فى جامع المقاصد: «فى هذا البناء نظر، إذ لا يلزم من ملك المنافع استقرار الأجره بالحبس فى المده المذكوره، لأن العقد المملك إذا لم يوجب الاستقرار فلا دليل على ثبوته بمضى المده المذكوره».

و مرجعه إلى ما ذكرناه من عدم الدليل على قيام الحبس أو البذل المده المزبوره مقام تسلم العمل، بخلافه فى المال و فى الأجير الخاص.

لكن قال متصلا بما سمعت: «و وجه شيخنا الشهيد الاستقرار فى بعض حواشيه بأن المنافع ملكها المستأجر و تلفها مستند الى فعله، و يؤيده الحكم باستقرار الأجره على قلع الضرس مع البرء و سبق التمكين من قلعه».

قلت: هو كما ترى راجع إلى ما سمعته من الفخر، و يرد عليه

ما عرفت، والله العالم.

و لا- يضمن الخمر مع تلفها إذا غصبت من مسلم و كان الغاصب مسلما على الأشهر فى محكى المختلف، بل المشهور فى المسالك، بل بلا خلاف- أى بين المسلمين- فى محكى الخلاف، بل إجماعا فى التذكرة، فما عن أبى على- من إطلاق ضمان الخمر المغصوبه بقيمتها خلا- واضح الضعف، و إن نزل على الخمر المتخذة للتخليل إلا أنه مناف لإطلاق معقد الإجماع و نفى الخلاف المزبورين، بل صريح الشهيدين و الكركى عدم ضمان المتخذة للتخليل و إن أثم، بل قيل يغرر، بل فى المسالك أنه المشهور، لأنها على كل حال غير مملوكة للمسلم و إن سبق ملكه قبل الخمرية، فلا وجه لضمانها.

و ما عن المقدس الأردبيلي- من التأمل فى أصل الخروج عن الملكيه بذلك و فى عدم ضمانها بالمثل أو بالخل- من الوسوسة، و كذا ما عن ظاهر المفاتيح أو صريحها من ضمان المتلف لها، ضروره ظهور النصوص و الفتاوى فى عدم ملكيه المسلم للخمر مطلقا و إن كان المتخذ للتخليل منها محترما، بمعنى الإثم فى غصبه و وجوب رد عينها و إن انقلبت خلا عند الغاصب.

و كذا لو غصبها الكافر من المسلم، كما صرح به غير واحد، بل عن الخلاف نفى الخلاف أيضا، لما عرفت مما هو مشترك بين الكافر و المسلم.

نعم تضمن إذا غصبت من الذمى متسترا و لو كان الذى غصبها منه المسلم بإجماع الفرقه و أخبارها فى محكى الخلاف بل قيل: إن الإجماع أيضا ظاهر المبسوط و السرائر و التذكرة. أما المتظاهر فلا ضمان و إن كان الغاصب كافرا قولاً واحداً.

و كذا الكلام فى الخنزير بالنسبه إلى ضمانه و عدمه فى المسلم و المتستر و المتظاهر و غير ذلك مما عرفت.

و ضمانه بالقيمه عند مستحيله بلا خلاف و لا إشكال، و كذا الخمر يضمونها المسلم للذمى المتستر بها بالقيمه عند مستحليها بإجماع الفرقه و أخبارها فى محكى الخلاف و التذكرة، و لا بحث فيه كما فى جامع المقاصد، لاستحاله ثبوت الخمر فى ذمه المسلم و إن كانت مثليه.

بل عن المبسوط و السرائر و التحرير و المختلف و غيرها ذلك أيضا إذا كان الغاصب كافرا، بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه، بل عن الخلاف دعوى إجماع الفرقه و أخبارها عليه أيضا.

خلافًا للمحكى عن القاضى فى أحد قولييه من القول بضمان مثلها، و فى جامع المقاصد و المسالك تقييد ضمان القيمه مما إذا ترافعا إينا، و فى القواعد الإشكال فى ذلك، كقول المصنف و يضمن الخمر بالقيمه عند المستحل لا بالمثل و لو كان المتلف ذميا على ذمى، و فى هذا تردد.

و لعل منشأه أنها مال مملوك و هو مثلى، فيضمن بمثله، و قد أمرنا بإقرارهم على ما عندهم (١) و من أنه يمتنع فى شرع الإسلام الحكم باستحقاق الخمر و إن كنا لا نعترضهم إذا لم يتظاهروا بها، فامتنع الحكم بالمثل للعارض، فيجب الانتقال إلى القيمه، كما إذا تعذر المثل فى المثلى. و لعل هذا أقوى، خصوصا مع ملاحظه اشتراط التستر فى احترامها، فمتى حكم لهم بها ظاهرا زال احترامها.

و ما عساه يقال- من أنه لا يلزم من الحكم باستحقاقها إظهارها- يدفعه أن الحكم باستحقاقها ظاهر فى ذلك، خصوصا إذا الجر إلى الإظهار عند الامتناع من الأداء فحبس حتى يؤدى، و خصوصا مع ملاحظه

ما سمعت من الإجماع المحكى المعتضد بالشهره بقسميها، والله العالم.

[هنا أسباب آخر يجب معها الضمان]

إشاره

وهنا أسباب آخر يجب معها الضمان غير الغصب جرت؟ ادتهم فى البحث عنها فى كتابه.

[السبب الأول مباشره الإتلاف]

الأول: مباشره الإتلاف بلا خلاف فيه بين المسلمين فضلا عن المؤمنين، بل الإجماع بقسميه عليه إن لم يكن ضروريا سواء كان المتلف عينا، كقتل الحيوان المملوك و تخريق الثوب، أو منفعه كسكنى الدار و ركوب الدابه و إن لم يكن هناك غصب أى استقلال يد على أنه عدوان.

[السبب الثانى التسبيب]

إشاره

الثانى: التسبيب، و هو كل فعل يحصل التلف بسببه كحفر البئر فى غير الملك، و كطرح المعثر فى المسالك بلا خلاف أجده فى أصل الضمان به، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه.

مضافا إلى

خبر السكونى(١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): من أخرج ميزابا أو كنيفا أو أوتد

وتدا أو أوثق دابه أو حفر شيئا فى طريق المسلمين فأصاب فعطب فهو له ضامن».

و صحيح الحلبي(٢) عنه (عليه السلام) أيضا «سألته عن الشىء يوضع على الطريق فتمر به الدابه فتتفر بصاحبها فتعقره، فقال: كل شىء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه».

و خبر أبى الصباح الكنانى(٣) عنه (عليه السلام) أيضا «من أضر بشىء من طريق المسلمين فهو له ضامن».

- ٢-٢ الوسائل - الباب - ٩- من أبواب موجبات الضمان - الحديث ١ من كتاب الديات.
- ٣-٣ الوسائل - الباب - ٨- من أبواب موجبات الضمان - الحديث ٢ من كتاب الديات.

و صحيح زراره(١)عنه (عليه السلام) أيضا «قلت له: رجل حفر بئرا في غير ملكه فمر عليها رجل فوقع فيها، فقال: عليه الضمان، لأن كل من حفر بئرا في غير ملكه كان عليه الضمان».

و موثق سماعه(٢)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحفر البئر في داره أو في ملكه، فقال: ما كان حفر في داره أو ملكه فليس عليه ضمان. و ما حفر في

الطريق أو غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيها».

إلى غير ذلك من النصوص التي منها المعتبره المستفيضه الداله على غرامه الشاهد إذا رجع عن شهادته بعد ما قضى بها للأول قدر ما أتلغه من مال الرجل(٣)و على أنه يقتل إذا قتل بشهادته، و قال الشاهد:

تعمدت الشهاده عليه زورا(٤)و على غرامه ديه اليد مثلا لو شهد عليه بالسرقه و رجع و قال: إني اشتبهت(٥)و على غرامه المهر لو شهد بطلاق زوجته ثم تزوجت، أو بموت زوجها ثم جاء زوجها، أو رجع الشاهد عن شهادته بالطلاق(٦)و منها دل على رجوع المغرور(٧)و منها ما دل على

١- ١ الوسائل - الباب - ٨- من أبواب موجبات الضمان - الحديث ١ من كتاب الديات.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٨- من أبواب موجبات الضمان - الحديث ٣ من كتاب الديات.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١١- من كتاب الشهادات.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١٢- من كتاب الشهادات.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ١٤- من كتاب الشهادات.

٦- ٦ الوسائل - الباب - ١٣- من كتاب الشهادات.

٧- ٧ الوسائل - الباب - ٨٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماء - الحديث ٥ و الباب - ٢- من أبواب العيوب و التدليس. و الباب -

٧- منها - من كتاب النكاح.

تسبب الإكراه و غير ذلك المعلوم عدم خصوصيه الطريق فيها، كمعلوميه عدم خصوصيه لما ذكر فيها من الأفراد، خصوصا بعد ملاحظه العموم فى صحيح الحلبى منها و غيره.

نعم عبر الأصحاب عما فيها بالسبب و اختلفوا فى تعريفه، فعرفه المصنف هنا بما سمعت، و فى الديات بما لولاه لما حصل التلف عنده لكن عله التلف غيره، كحفر البئر و نصب السكين و إلقاء الحجر، فان التلف عنده بسبب العثار.

و فى القواعد هنا «السبب إيجاد ما يحصل التلف عنده إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العله، كالحافر و فاتح رأس الظرف. و المكره على الإلتلاف، و المباشره هى إيجاد عله التلف، كالقتل و الإحراق».

و قال فى قصاصها: «أقسام المزهق ثلاثه: شرط و عله و سبب، فالشرط ما يقف عليه تأثير المؤثر و لا مدخل له فى العليه، كحفر البئر بالنسبه إلى الوقوع، إذ الوقوع مستند إلى علتها، و هى التخطى، و لا يجب به قصاص، و أما السبب فهو ما له أثر ما فى التوليد، كما للعله، لكنه يشبه الشرط من وجه، و مراتبه ثلاثه: الأول: الإكراه- و ذكر تفصيل الحال فيه- الثانى: شهاده الزور- ثم ذكر تفصيل الحال فيها- الثالث:

نحو تقديم الطعام المسموم إلى الضيف- و ذكر تفصيل الحال فيه-».

و قال فى دياتها: «السبب هو كل ما يحصل التلف عنده بعله غيره، إلا أنه لولاه لما حصل من العله تأثير كالحفر مع التردى».

و قال فى الإيضاح فى وجه التردد فى ضمان الولد بموته جوعا «لو حبس الشاه أو حبس المالك عن حراسه ماشيته فاتفق تلفها أو غضب دابه فتبعها ولدها: «ينشأ فى الأول من أنه مات بسببه، لصحه إسناده

إليه عرفا، ولأن للسبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعله سواه، وهذا تفسير بعض الفقهاء، وزاد آخرون: ولولاه لما أثرت العلة، وهذا التفسير أولى، فعلى هذا ليس هو السبب، ولأنه يمكن اعتياضه بغيره فهو أعم، فليس بسبب ولا يد له عليه، ولا مباشره ولا ضمان، وهذا منشأ النظر في الباقيين، وأيضا ينشأ في الثاني من أنه تصرف في المالك لا في المال، ومن حيث إنه سبب عرفا، وأما في الثالث فمن حيث إنه سبب لحدوث ميل يشبه القسرى لوجود ميل الولد إلى أمه طبعاً فهو سبب، ومن الشك في كونه سبباً شرعياً في الضمان، والأصل البراءة».

وقال في غايه المراد في بيان الوجه في سببيه دلالة السارق: «إن السبب على ما فسره الفقهاء هو إيجاد ملزوم العلة قاصدا لتوقع تلك العلة، ومنهم من يفسره بأنه فعل ما يحصل عنده التلف لكن لعله غيره، فهو أعم من الأول، لا مكان سبب آخر بدل منه».

وقال في جامع المقاصد: «عرف في الدروس السبب بأنه فعل ملزوم العلة، وقريب منه ما ذكره الشارح الفاضل، والمعنى قريب، وقول المصنف: إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة غير محتاج إليه، بل هو مضر، إذ حفر البئر قد لا يقصد الحافر به توقع العلة الموجهه للتلف ولا يقصدها أكثرى، مع الضمان قطعاً للسببيه، وكأنه أراد الاحتراز عما إذا كان حدوث المقتضى للتلف على تقدير ذلك الفعل نادراً، فإنه لا يعد سبباً، ولعله أراد بقصده كون شأنه ذلك، وكان الأولى أن يقول: هو إيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يتوقع معه علة التلف، بأن يكون وجودها معه أكثرى. واعلم أن شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد فسر السبب بتفسيرين - ثم حكى عبارته السابقه وقال:- في الأول نظر، لأنه إنما يصدق في الغاصب إذا قدم

طعام الغير لآكل مبيحا له، لأنه قاصد حينئذ بالتقديم الأكل، ولا ريب أن حفر البئر سبب و طرح ما يتعثر به سبب بغير خلاف، و الظاهر أن مراد الجماعه كونه يقصد توقع العله باعتبار الشأن، فيكون تقديره هكذا:

السبب إيجاد ملزوم العله الذى شأنه أن يقصد معه توقع تلك العله».

و قال فى مجمع البرهان بعد أن حكى عن بعض زياده قصد توقع تلك العله على تعريفه بأنه إيجاد ملزوم العله المتلفه: «نحن ما نقدر على فهم المذكور من دون زياده فكيف مع الزيادة» و ذلك لأنه ذكر سابقا أن الملزوميه غير ظاهره، و إنما الظاهر كونه موقوفا عليه عليه العله، و أنها لم تتحقق إلا بعد تحققه، لا أنه لازمه لوجوده، فإنه معلوم عدم استلزام الحفر للتردى و الإلقاء. و لعل المراد بالملزوميه ذلك المقدار فقط، إذ لا يحتاج إلى شىء بعد وجوده إلا المباشرة».

و قال فى المسالك: «إن ما له مدخل فى هلاك الشىء إما أن يكون بحيث يضاف إليه الهلاك فى العاده إضافه حقيقه له أو لا يكون كذلك، و ما لا يكون كذلك إما أن يكون من شأنه القصد به ما يضاف إليه الهلاك أو لا يكون كذلك، و ما يضاف إليه الهلاك يسمى عله، و الإتيان به مباشره. و ما لا يضاف إليه الهلاك و لكن يكون من شأنه أن يقصد بتحصيله ما يضاف إليه سمي سببا، و الإتيان به تسببيا».

إلى غير ذلك من كلماتهم التى لم نعرف الداعى لهم إلى صدورها بعد خلو نصوصهم عن اللفظ المزبور عنوانا للحكم، و إنما الموجود فى النصوص ما عرفت، و منه يتعدى إلى أمثاله بعد العلم بعدم الخصوصيه للمذكور فيها، أو يستند إلى ما سمعته من العموم فى بعضها، و الأصل البراءه فيما لا يضاف إليه الإتيان حقيقه، و لا يندرج فى الأمثال المزبوره بل مع الشك فيه كذلك أيضا.

و لعل المحصل منها الضمان على وجه يجعل ضابطا هو إيجاد ما يصلح أن يقصد حصول التلف به فى بعض الأحيان و لو بواسطة غيره معه، سواء كان له مدخلية فى عليه العلة كالحفر أو فى وجودها كالغرور و الإكراه، و مع فرض قصور العبارة عن تأديته لا يلتفت إليها.

و دعوى أن المحصل منها الضمان بمفهوم السبب الذى قد عرفت الخلاف فى تعريفه على وجه بنوا الضمان و عدمه فى بعض الفروع عليه واضح الفساد، ضروره كون الثابت خصوص بعض المصاديق التى لا- ينتقل منها إلى جعل عنوان الحكم مفهوم السبب الذى ذكروه، خصوصا بعد العلم بأن ما سمعته من التعريف له من الأمور الاصطلاحية، لا أنه مفهوم عرفى.

بل لا يبعد كون المراد لهم ضبط ما استفادوا الضمان به من النصوص المزبوره، لا أن المراد كون المدار على صدق اسم السبب، خصوصا بعد أن لم يكن له معنى منقح عرفا.

بل ربما أطلق اسمه على المعلوم عدم الضمان به، و ليس فى شىء من النصوص ما يقتضى جعل مفهومه عنوانا، بل السبب المذكور هنا غير موافق لمعنى السبب بمعنى العلة التامة و لا السبب الاصطلاحى الذى هو ما يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم لذاته، بل ليس هو إلا من الشرائط كما سمعت الاعتراف به من الفاضل.

فالتحقيق حينئذ كون المدار على المستفاد من النصوص المزبوره و غيرها مما صرح فيها بالضمان به، و التعديده منه إلى مشابهه فى ذلك بالإجماع أو بفهم عرفى ينتقل منه إلى كون المذكور مثلا لما كان من سنخه، و لعل ذلك وجه التردد فيما سمعته من الأمثله، و إلا فتعريف السبب المزبور صادق عليه، كصدق التسبيب بالمعنى العرفى.

و الظاهر عدم كون التعدى و التفريط الموجبين للضمان فى الأمين من ذلك حتى يصح التعدى منها إلى ما ماثله فى غير الأمين، فىكون دلالة السارق و فتح الباب و منع المالك حراسه ماشيته موجبا للضمان، باعتبار إيجاب مثله فى الأمين الذى مدار ضمانه على التعدى و التفريط الصادق ثانيهما فى المفروض إذا كان من الأمين دون غيره، فتأمل جيدا فى جميع ما ذكرناه، فإنه دقيق نافع لم أجده محررا فى كلامهم.

و منه يعلم عدم اعتبار قصد توقع العله فيه و لا- أكثره ترتب التلف به و لا منشأيته، ضروره إطلاق النصوص المزبوره للضمان بالأمر المذكوره من غير تقييد لشيء منها بشيىء من ذلك، كضروره كون مراد الأصحاب بما ذكروه من موجبات التضمين بالتسبب هنا أن الضمان يكون به، لا أن المراد متى صدق السبب حصل الضمان، ضروره وقوع حفر البئر الذى لا إشكال فى كونه سببا نصا(١) و فتوى على وجوه عديده لا ضمان فيها.

و لعله لذا و غيره قيد ما حكاه بعضهم من الإجماع على التضمين بالسبب بقوله: «فى الجملة».

و قال فى المسالك: «و اعلم أيضا أن تمثيل المصنف السبب بحفر البئر فى غير الملك تخصيص للسبب الموجب للضمان، فإن حفره- و إن كان فى ملك الحافر- يكون سببا فى الهلاك لكنه غير مضمون، فالسبب المعروف سبب خاص، و هو الموجب للضمان و إن كان التعريف صادقا على ما هو أعم» و إن كان آخر كلامه لا يخلو من نظر فى الجملة.

و على كل حال فقد أطلق المصنف و غيره كون حفر البئر فى غير الملك سببا للضمان، و هو أعم من الحفر فى طريق مسلوكة أو فى ملك الغير

أو في ملك مشترك، بل عن ظاهر الغنية الإجماع على ذلك.

و مقتضى إطلاقهم عدم الفرق في المتردى بين أن يكون المالك أو غيره، و بين الداخل بإذنه أو غيره، و بين كون البئر مكشوفه أو مغطاه، بل مقتضى إطلاق غير واحد عدم الفرق بين كون ذلك لمصلحه المسلمين و غيره، بل عن الفخر التصريح بالأخير.

لكن عن الشيخ و الفاضل و ثانى الشهيدين و الأردبيلي عدم الضمان إذا كان الحفر في الطريق لمصلحه المسلمين، كالحفر للبالوعه و الاستقاء و نحو ذلك، و استحسنة المصنف.

إلا أن ما سمعته من النصوص المشتمل على العموم اللغوى. و ترك الاستفصال يقتضى الضمان مطلقا، بل قيل: إن الاستفادة منها كون التعدى موجبا للضمان، فيشمل الحفر في الملك المشترك، مؤيدا بما حكى من إطلاق الفتاوى ضمان المتعدى بالحفر.

اللهم إلا- أن يقال: إن المنساق من ذلك التعدى في جميع الحفر لا- في مثل الفرض و إن وجب عليه الاجتناب فيه من باب المقدمه، فيبقى على أصله البراءه، و ربما احتتمل ضمان النصف مطلقا أو إن كان الشريك واحدا، و إلا فثلثان إن كانوا ثلاثه و هكذا.

و يأتى تمام الكلام فى المسأله إنشاء الله تعالى فى الديات. كما أنه يأتى إنشاء الله تعالى تمامه فى الضمان بالمعائر المصرح به فى جملة من الكتب، و هى شامله للدكه و القمامات كقشور البطيخ و نحوها.

بل عن المبسوط التصريح بالضمان فى الأخير، نعم قيده المصنف و الفاضل فى المحكى من تحريره و إرشاده بمن لم ير القمامه، و الأصل فيه ما سمعته من الصحيح (١) بل لا يبعد القول بالضمان فيما فعله لضرورته،

إذ لا تنافى بين الجواز و الضمان. و على كل حال فلا خلاف و لا إشكال فى التضمن بالتسبب فى الجملة.

لكن إذا اجتمع السبب و المباشر قدم المباشر فى الضمان على ذى السبب، كمن حفر بئرا فى ملك غيره عدوانا فدفع غيره فيها إنسانا فضمن ما يجنيه الدفع على الدافع لما عرفته من تقديم المباشرة على التسبب الذى لم أجد فيه خلافا بينهم، بل أرسلوه إرسال المسلمات فى المقام و فى القصاص و الديات، بل عن كشف اللثام الإجماع عليه، بل فى مجمع البرهان «إن من المعلوم عقلا و نقلا إسناد الفعل إلى القريب دون البعيد الذى هو سبب السبب و له مدخلية ما فى ذلك الشئ، و هو ظاهر، و كأنه مجمع عليه».

قلت: و هو كذلك، بل لعل التضمن بما ذكره من السبب الذى قد عرفت كونه من الشروط باعتبار قربه إلى عله التلف، فهو أقوى من غيره من الشرائط التى لها مدخلية فى التلف أيضا، إلا أن القريب منها سموه بالسبب و جعلوا التضمن به، و لا ريب فى أن المباشرة أقرب منه، بل السبب فى الحقيقة قد صار من آلات المباشر فى مباشرته، كقتله بالسيف و الدفع فى البئر و إلقائه على السكين المغصوب مثلا، و اغراقه فى الماء الذى وضعه الغير و هكذا.

إلا أنه مع ذلك كله قد ناقش فيه فى الرياض بأن القوه لا تدفع الضمان عن السبب بعد وجود ما يقتضى ضمانه أيضا، و هو ما مر من حديث نفى الضرر^(١) و لا امتناع فى الحكم بضمانيهما معا و تخير المالك فى الرجوع إلى أيهما شاء كالغصب، فلولا الإجماع الظاهر المعتضد بالأصل لكان القول بضمانيهما كترتب الأيدى فى الغصب فى غايه الحسن.

ثم قال: «و على هذا نبه خالى العلامة دام ظلله فى حاشيته على شرح الإرشاد، إلا أن ظاهره سلمه الله المصير اليه أو بقاؤه فى شباك التردد من دون أن يقطع بما ذكره الأصحاب، و لعله لتوقفه فى فهم الإجماع و تردده فى قبول حكايته من ناقله، لعدم قطعه به، و هو حسن، و لكن

الإجماع ظاهر، فالمصير إلى ما ذكره متعين».

قلت: لا- يخفى عليك ما فيه بعد التأمل فيما ذكرناه، ضروره أن القوه إذا كانت على وجه لا يسند الفعل إلا إلى ذىها تدفع الضمان عن السبب الذى ظاهر ما دل على التضمين به انما هو فيما إذا لم يكن معه مباشر قوى.

نعم قد يشك فى صورته ما لو قصدوا الاشتراك فى الإلتلاف، بأن فعل ذو السبب سببه لإرادته مباشرة الإلتلاف من المتلف، كما لو نصب سكيناً فى الأرض ليدفعه الآخر عليها مثلاً، مع أن التحقيق فيها أيضاً كون الضمان على المباشر الذى يسند الفعل إليه و إن كان ذلك معيناً له و صار فعله من المعدات، كما هو واضح بأدنى تأمل فى الفرق بين المعدات القريبه و البعيده، و لعله لذا قالوا فى القصاص: إنه يحبس ذو السبب الى أن يموت، و القصاص على المباشر، هذا كله فى اجتماع المباشرة و التسبب.

أما اجتماع السببين بأن يحفر واحد بئراً و يضع آخر عنده حجراً فيعثر به إنسان فيقع فى البئر ففى المسالك «إن اتفقا فى وقت واحد اشتركا فى الضمان، لعدم الترجيح، و إن تعاقبا فالضمان على المتقدم فى التأثير، لاستقلاله بالضمان أولاً، فكان أولى، و هو سبب السبب، فيجب وجود المسبب عنده».

و كأنه أراد ما فى التذكرة، قال: «و لو تعدد السبب فالضمان على المتقدم منهما إن ترتبا، كما لو حفر شخص بئراً فى محل عدوانا

و وضع آخر حجرا فيه فعثر إنسان بالحجر فوق في البئر فالضمان على واضع الحجر، لأنه السبب المؤدى إلى سبب الإيتلاف، فكان أولى بالضمان، لأن المسبب يجب مع حصول سببه فيه، فوضع الحجر يوجب التردى، أما لو انتفى الترتيب فالضمان عليهما، كما لو حفر و وضع الحجر فان الضمان عليهما».

قلت: لا يخلو كلامهما من خفاء فى الجملة، و الذى ذكره غيرهما أنه يقدم الأول فى الجنايه و إن تأخر حدوثه عن الآخر، و ربما احتتمل ترجيح الأقوى، كما لو نصب سكيناً فى البئر المذكور، و قد يحتتمل قويا تساوى السببين، لاشتراكهما فى التلف الحاصل خارجا، و أنه لولا- الحجر لم يحصل التردى فى البئر، كما أنه لولا- البئر لم يؤثر العثور بالحجر تلفا، بل لو فرض كون كل من السببين متلفا لو استقل إلا أنهما اشتركا فيما تحقق فى الخارج من التلف يتجه أيضا فيه الاشتراك فى الضمان. و تمام الكلام فى ذلك فى الديات إنشاء الله تعالى.

و كيف كان فقد استثنى غير واحد من الأصحاب من قاعده تقديم المباشر ما إذا ضعف المباشر، و فى الدروس و اللعنه الاقتصار على استثناء الغرور و الإكراه، بل فى القواعد الاقتصار على الثانى منهما، كما فى الإرشاد الاقتصار على الأول منهما، إلا أن الظاهر إرادته المثال، ضروره ضعف الريح و الشمس و النار و السبع و غيرها مما لا عقل له و لا اختيار.

و لعله لذا قال فى المسالك: «و له صور كثيره تأتى جملة منها و قد تقدم منها مسأله الغرور بتقديم الطعام اليه جاهلا، فان الضمان يستقر على الأمر».

قلت: بل لو لم يكن منه أمر بل مجرد تقديمه له ضيافه و إن قال فى التذكرة: من قال: كله و لم يقل إنه ملكى و لا طعام فلان غصبته

بل أطلق فوجهان، أقواهما الضمان، لأنه غره أيضا، بل لو كان الطعام ملك المأمور المغرور ضمنه له أيضا، لأنه وإن كان قد سلطه عليه و صيره بين يديه إلا- أنه باعتقاده أنه ملك الغير و أنه مسلط على إتلافه بغير عوض، فليس تسليمه له تسليما تاما يتصرف فيه تصرف الملاك، فلذلك ضعف مباشرته بالغرور، و ما اشتهر من أن قرار الضمان على من تلف في يده المال انما هو في غير الفرض.

و أما المكره فهو الذى أشار إليه المصنف بقوله و لا يضمن المكره المال و إن باشر الإتلاف، و الضمان على من أكرهه، لأن المباشرة ضعفت مع الإكراه، فكان ذو السبب هنا أقوى بلا- خلاف أجده فى شىء من ذلك، نعم قد تقدم فى كتاب الطلاق(١) تفصيل ما يتحقق به الإكراه.

و فى المسالك «ربما قيل هنا باشرط زياده خوف ضرر لا يمكن تحمله، و الأشهر الأول» قلت: و لعله لصدق الإكراه الذى هو عنوان الحكم نصابا(٢) و فتوى و إن كان الضرر يسيرا.

ثم إن ظاهر الأصحاب فى المقام عدم رجوع المالك على المكره بشىء بخلاف الجاهل المغرور، فان له الرجوع عليه و إن رجع هو على الغار، و لعله لعدم صدق «أخذت» الظاهر فى الاختيارية عليه بخلاف المغرور، مضافا إلى ظهور رجوع المغرور فى ضمانه و إن رجع هو، و حينئذ يكون المراد من قولهم: «الضمان على المباشر

إلا مع قوه ذى السبب» أنه يستقل السبب بالضمان مع قوته، و لا يشاركه المباشر إلا فى الغرور، كما أنه يستقل المباشر بالضمان و لا يشاركه السبب.

١-١ راجع ج ٣٢ ص ١١-١٤.

٢-٢ الوسائل- الباب- ٥٦- من أبواب جهاد النفس- من كتاب جهاد.

و لكن مع ذلك- إن لم يكن إجماعا- لا يخلو من نظر، خصوصا مع عود النفع إلى المباشر باعتبار مباشرته الإتلاف و إن رجع هو على المكره.

بل قد يقال: إن القاعده تقتضى اختصاص الضمان بالمباشر الذى هو المكره و المغرور و إن أثم المكره و الغار، لاستقلال المباشر بالإتلاف و لكن ضمنا للدليل لا لقوه السبب على المباشر المخصوصه بما إذا كان الإسناد حقيقه للسبب دون المباشر الذى هو كالريح و الشمس.

بل قد يقال بشمول

قوله (عليه السلام)(١): «كل مغصوب مردود»

له و إن كان مكرها على تناول المغصوب و التصرف فيه.

بل ينبغى الجزم به فيما لو كان مغصوبا فى يده قبل الإكراه فأكره على إتلافه، بل هو كذلك فى كل مضمون فى يده ثم أكره على إتلافه، لأن رجوع المالك حينئذ عليه باعتبار حكم الضمان السابق، بل لا ينافيه كلام الأصحاب المراد منه عدم الرجوع من حيث الإتلاف الإكراهى خاصه، باعتبار ضعف حكم المباشره بالإكراه، و لذا رفع الشارع حكم الإكراه عن المكره(٢)الذى يمكن إرادته ما يشمل الوضع منه أيضا و إن لم يكن كذلك فى الخطأ و النسيان للدليل.

أما إذا كان مضمونا فى يده سابقا فإنه يبقى على حكم ضمانه و إن أكره على إتلافه، حتى لو كان الإكراه بالحكم الظاهرى من حاكم الشرع، نعم هو يرجع على المكره الذى قد صار بمنزله من تلف المال فى يده بالنسبه إلى قرار الضمان بعد أن رفع الشارع حكم التلف فى يد المكره عنه، و كذا الكلام فى المغرور و الغار بالنسبه إلى ذلك.

١- ١ الوسائل- الباب- ١- من أبواب الأنفال- الحديث ٤ من كتاب الخمس و فيه « الغصب كله مردود».

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥٦- من أبواب جهاد النفس- من كتاب الجهاد.

و منه يعلم الوجه حينئذ في تخير المالك في الرجوع عليهما، فان رجع على المكره بالكسر لم يرجع على المكره بالفتح، بخلاف العكس على نحو ما سمعته في قرار

الضمان على من تلف المال في يده في الأيادي المتعاقبه.

كما أنه مما ذكرنا يعلم الفرق بين المضمون في يد المكره و بين غيره كالوديعة، و إن كان فيه البحث السابق، فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع في أطراف المسأله.

هذا و كان المصنف أشار بالاختصار على المال الى الاحتراز عن النفس فإن الإكراه على إتلافها لا يوجب سقوط الضمان عن المكره، نعم في الجرح إشكال من حيث تناول

قوله (عليه السلام) (١): «لا تقيه في الدماء»

له و عدمه، و قد تقدم لنا بعض الكلام في ذلك، و يأتي إنشاء الله تعالى، و الله العالم.

و لو أرسل في ملكه ماء فأغرق مال غيره أو أجاج نارا فيه فأحرق لم يضمن ما لم يتجاوز قدر حاجته اختيارا و لا علم و لا ظن التعدى فضلا عما لو علم أو ظن عدم التعدى بلا خلاف أجده فيه، بل في المسالك

الاتفاق، للأصل بعد عدم التفريط و عموم تسلط الناس على أموالهم (٢).

و زاد في المسالك بأن سببته في الإتلاف ضعيفه بالاذن له من قبل الشارع في فعل ذلك في ملكه، فلا يتعقبه ضمان.

و إن كان لا- يخلو من نظر إن لم يكن إجماعا مع فرض إسناد الإتلاف إلى فعله، لظهور خطأ ظنه أو قطعه و قدرته على المنع، لصدق الإتلاف

١- ١ الوسائل- الباب- ٣١- من أبواب الأمر و النهي- الحديث ١ من كتاب الأمر بالمعروف و فيه « فإذا بلغ الدم فليس تقيه».

٢- ٢ البحار- ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

عليه حقيقه، فيكون من المباشره، و الاذن الشرعيه لا- تنافى حكم الوضع الذى هو الضمان الحاصل بإتلاف النائم و الغافل و المجنون و الصبى، اللهم إلا- أن يمنع إطلاق سببيه الإتلاف للضمان على وجه يشمل الفرض، لعدم ثبوت «من أتلف مال غيره فهو له ضامن» روايه من طرقنا و لا قاعده و ثبوت الضمان فى المذكورين للإجماع.

إلا أن الانصاف عدم خلو ذلك عن النظر، ضروره المفروغيه من قاعده «من أتلف» التى لهجت بها ألسنه الفقهاء فى كل مقام، و ربما كان فى بعض النصوص (١)

إشعار بها، بل قد عرفت أن المقام من المباشره باعتبار كونه من توليد فعله كالقتل بنحو ذلك خطأ، و اعتقاد عدم التعدى بعد ظهور خطأه لا أثر له.

نعم قد يقوى عدم الضمان فى الفرض إذا اتفق عصف الهواء بغته بعد إشعال النار مثلاً فإنه يمكن منع إسناد الإتلاف إليه حينئذ، بل هو من السبب الجائر له نحو حفر البئر فى ملكه فألقت الريح فيها شيئاً، و لعله عليه ينزل إطلاق محكى المقنعه و النهايه و المبسوط و السرائر عدم الضمان إذا أشعلها فى ملكه فحملتها الريح إلى غيره.

و على كل حال فمما ذكرنا يعلم أنه لا- إشكال فى الضمان مع التجاوز عن قدر الحاجه و العلم أو الظن بالتعدى، بل فى المسالك «لا شبهه فى الضمان، لتحقق التفريط المقتضى له مع وجود السببيه الموجهه للضمان» و فى الكفايه أنه مقطوع به فى كلامهم، و لا أعرف فيه خلافاً.

١- ١ راجع الوسائل- الباب- ١٠ و ١١ و ١٤- من كتاب الشهادات و الباب- ٥ و ٧- من كتاب الرهن- الحديث ٢ منهما و الباب- ٢٩- من كتاب الإجاره و الباب- ١٨- من كتاب العتق الحديث ١ و ٥ و ٩ و الباب- ٢٢- من أبواب حد الزنا- الحديث ٤ و الباب- ١- من أبواب نكاح البهائم- الحديث ٤ من كتاب الحدود.

بل منه يعلم أيضا قوه القول بالضمان مع انتفاء أحد الأمرين، كما هو مقتضى اشتراط عدمه بهما في بعض العبارات، بل هو صريح المحكى عن التحرير و اللمعه، بل و الكفايه و إن اعتبر الظن القوى فيها. بل و الدروس و إن اعتبر العلم و لم يكتف بالظن.

و كأنه مال إليه في المسالك فيما لو علم التعدى و تركه اختيارا و إن كان فعله بقدر حاجته، قال: «لأن ترك قطعه مع علم التعدى إلى الغير و قدرته على قطعه تعد محض، نعم مع عدم العلم و لا الظن قد يشكل الضمان على تقدير تجاوز الحاجه، لأن فعله مأذون فيه على التقدير، و لا تفریط». قلت: قد عرفت صدق الإلتلاف عليه و إن كان مأذونا غير مفرط.

و حينئذ فظاهر قول المصنف مع علمه أو غلبه ظنه أن ذلك موجب للتعدى إلى الإضرار كالفاضل في القواعد و الإرشاد لا يخلو من نظر، و لعل المراد بالظن في كلامهم ما يشمل قضاء العاده بسريانه، كما لو كان الهواء شديدا بحيث يحمله الى ملك الغير و إن اتفق عدم شعوره بذلك لبلاده أو غيرها.

و في القواعد في كتاب الديات «و إن كان الهواء عاصفا و لا حائل أو أجج أكثر من قدر الحاجه مع غلبه الظن بالتجاوز ضمن» و نحو ذلك ما عن غصب التذكرة. و ظاهره الاكتفاء بعصف الهواء عن غلبه الظن.

و التحقيق ما عرفت من كون المدار على صدق الإلتلاف حقيقه و لو بالتوليد إن لم يكن إجماع على خلافه، من غير فرق بين التجاوز في الحاجه و عدمه، و بين العلم أو الظن بالتعدى و عدمه، نعم لو كان ذلك من التسبب لم يكن عليه ضمان ما لم يعلم التعدى أو يغلب على ظنه و لو

لكونه من شأنه ذلك.

و بما ذكرنا يفرق بين تأجيح النار فى العاصف و بين تأجيحها بلا ريح ثم يعرض الريح فى الأثناء كما أشرنا إليه سابقا.

هذا و فى المسالك «و لو اتفق جفاف شجر جاره بالنار بسبب المجاوره.

فالحكم كما لو سرت إليها، إلا أن يكون أغصان الشجره فى هواء أرض توقد النار، فلا ضمان إذا كان عطفها غير ممكن، و إلا اتجه الضمان، لأنه ليس له إتلافها مطلقا كما تقرر فى موضعه. و فى التذكرة أطلق عدم ضمانها متى كانت فى هواء موقد النار، و ضمانها إن لم يكن كذلك من غير تقييد بعلم التعدى أو تجاوز الحاجه، محتجا بأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيره، و لا يخفى ما فيه».

قلت: قد تقدم تحقيق الحال فى المسأله سابقا، و الله العالم.

[يتفرع على السبب فروع]

[الأول لو ألقى صبيا فى مسبعه أو حيوانا يضعف عن الفرار]

الأول لو ألقى صبيا فى مسبعه أو حيوانا يضعف عن الفرار ضمن لو قتله السبع و إن لم نقل بأن موت الصبى المغصوب سبب يوجب ضمان لغاصب مطلقا، لأنه أقوى من المباشر الذى لا يحال عليه الضمان.

خلافًا للمحكى عن مبسوط الشيخ من عدم الضمان، لأن الحر لا يدخل تحت اليد، و فيه عدم انحصار الضمان بذلك، ضروره ضمانه بمباشره الإتلاف و تسيبه على الوجه الذى قدمناه و إن لم يكن غصبا، بل لا فرق بين الصغير و غيره كالمجنون و نحوه ممن لا يتمكن من التخلص.

نعم لا يضمن الكبير الذى يمكنه التحرز عادة باتفاق إتلاف السبع له، لأن ذلك لا يعد سببا فى حقه، وإنما وقع بالاتفاق، كما لو وضع الصبى فى غير المسبعه فافترسه السبع اتفاقا، فإنه لا يضمنه على المشهور خلافا للشيخ و من عرفت، و عنه احترز المصنف بقوله: «مسبعه».

لكن فى القواعد «لو نقل صبيا حرا إلى مضيعه فافترسه سبع ففى الضمان إشكال».

بل فى التذكرة «لو نقل صبيا حرا إلى مضيعه فاتفق سبع فافترسه فلا ضمان عليه، إحاله للهلاك على اختيار الحيوان و مباشرته، و لم يقصد الناقل بالنقل ذلك، و فيه إشكال، أما لو نقله إلى مسبعه فافترسه سبع وجب الضمان، و به قال أبو حنيفة، لأنه قصد الإتلاف بالنقل، و للشافعية وجهان، أشهرهما أنه لا ضمان».

و فى جامع المقاصد بعد أن جعل منشأ الاشكال عدم دخول الحر تحت اليد و حصول السبب قال: «و هذا الاشكال ليس بشىء بعد ما سبق فى كلامه من أن الصبى إذا ألقاه فى مسبعه فافترسه السبع ضمنه، و كذا ضمانه لو تلف بسبب لدغ الحيه و وقوع الحائط على الرأى. فإن إلقاءه فى مضيعه أقرب إلى توقع عله الهلاك من هذه الأخيره، و الأصح الضمان فيه و فى المجنون كما سبق».

قلت: لعل الفرق أنه لا تسبب باتفاق افتراس الأسد له فى المضيعه باعتبار عدم اعتياده فيها، بخلاف أرض المسبعه، فىكون الأول كضمانه لو تلف بلدغ حيه أو عقرب الذى توقف هو فيه، و نسب الضمان إلى رأى، بخلاف أرض المسبعه، بل كاد يكون ما ذكرناه صريح ما حكيناه عنه فى التذكرة، و الله العالم.

[الثانى لو غضب شاه فمات ولدها جوعا ففى الضمان تردد]

الثانى لو غضب شاه فمات ولدها جوعا ففى الضمان تردد، وكذا لو حبس مالك الماشيه عن حراستها فاتفق تلفها، وكذا التردد لو غضب دابه فتبعها الولد كما فى القواعد والإرشاد والكفايه، بل والإيضاح باعتبار عدم الترجيح فيه، بل والتذكرة وإن اقتصر على الثانى، بل واللمعه وإن اقتصر على الأخير.

نعم قرب فى الدروس فيه الضمان، وفى الروضه أنه أقوى، وجعل منشأ النظر فى غايه المراد فى الثلاثه عدم الاستقلال، فلا يتحقق غضب و من أنه سبب فى الإلتلاف، إذ لولاه لم يتحقق التلف وإن كان لعله اخرى خارجه.

وفى جامع المقاصد والمسالك الأولى أن يقال: إن منشأ النظر الشك فى كونه سببا فى التلف وعدمه، لانتفاء المباشره للإلتلاف والغضب. ثم قال فى الأول: «والتحقيق أن يقال: إن قصد توقع العله فى التلف بغضب الشاه والدابه وحبس المالك عن حراسه الماشيه حيث يكون التلف متوقعا ثابت، ومع فإلضمان لازم، لضعف المباشره، ومثله ما لو منع المالك من إمساك دابته المرسله حيث يتوقع تلفها مع بقائها مرسله، ويختلف الأمر فى ذلك باختلاف الأحوال، فربما كان بقاء الدابه المرسله أياما وشهرا لا يتوقع معه التلف، فلا ضمان لو حبس المالك فاتفق على سبيل الندره- إلى أن قال:- ولو منعه من بيعه فاتفق تلفه فلا ضمان، لعدم تحقق معنى السببيه فى التلف بالمنع من البيع، إذ ليس مما يقصد بمنع البيع توقع حدوث عله التلف، ولو كان مشرفا على الموت فمنعه من

بيعه ليدكيه المشتري أو منعه من تذكيتة فهنا يحتمل الضمان احتمالاً لا يخلو من وجه، لوجود معنى السببيه» إلى آخره.

و كأنه إليه عرض في المسالك، حيث قال في المسائل الثلاث:

«و الحق أن منشأ التردد انما يكون من الشك في السببيه هنا، إذ لو سلمت لم يبق إشكال في الضمان، و منشأ الشك فيها مبني على تعريف السبب، فعلى ما ذكره المصنف من تعريفه إذا مات الولد جوعاً بحيث لولا- غضب الام لما مات عادة فالسببيه متحققه فيه، لكن اتفاق تلف الماشيه بعد حبس المالك عن حراستها قد يكون بسبب حبسه و قد لا يكون، فان فرض فهو سبب أيضاً، و إن فسر السبب بإيجاد ما يحصل التلف عنده لعله أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العله كما عرفه جماعه فيتوقف ثبوت سببته على قصد الغاصب للشاه و الحابس للمالك إلى إتلاف الولد و الماشيه، و الأصح الضمان مع استناد التلف الى فعل الغاصب، بمعنى أنه لولا الغضب و الحبس لما تلفت عادة، فإن الواقع في العبارة أعم منه لتحقق السببيه حينئذ، و القصد غير معتبر في تحققها و ترتب أثرها كما اقتضاه التعريف الذي اخترناه» انتهى.

و في الإيضاح «منشأ النظر في الأول من أنه مات بسببه، لصحة إسناده إليه عرفاً، و لأن السبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعله سواه، و هذا تفسير بعض الفقهاء» إلى آخر ما حكيناه عنه سابقاً في شرح قول المصنف:

«الثاني التسيب».

و مما ذكرناه في ذلك المقام و غيره يظهر لك النظر في جملة من هذه الكلمات، ضروره أنك قد عرفت كون السبب هو ما دلت عليه النصوص المزبوره أو

أالحق به بإجماع و نحوه، و ما عداه فالأصل براءة الذمه من الضمان به، فالمتجه عدم الضمان حينئذ في المسائل المفروضه بعد فرض

الشك في السببيه الشرعيه بالمعنى الذى ذكرناه، و لا- يجدى كونها أسباب عرفيه أو مشابهه لما فى النصوص مما ذكر فيها الضمان به بعد حرمه القياس عندنا و عدم الإجماع على الإلحاق و عدم دلالة عرفيه على وجه يندرج فيها، فتأمل جيدا فان تحقيق المقام و نظائره مبنى على ما قدمناه سابقا، و الله العالم.

[الثالث لو فك القيد عن الدابه فشردت أو عن العبد المجنون فأبق ضمن]

الثالث لو فك القيد عن الدابه فشردت أو عن العبد المجنون فأبق ضمن، لأنه فعل يقصد به الإلتلاف فيندرج فى السبب المنتزع من النصوص السابقه(١)و كذا لو فتح قفصا عن طائر فطار مبادرا أو بعد مكث بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل عن الكفايه أنه المعروف من مذهب الأصحاب، بل عن ظاهر التذكرة الإجماع فى الأخير أو فى الثلاثه كما عن المبسوط و الغنيه نفى الخلاف فيها، و كذا عن المبسوط أنه لو أهاج الدابه فشردت أو الطائر فطار بلا خلاف أى منا و من العامه، و عن التذكرة لو أهاج الطائر ضمن قولاً واحداً.

بل صرح غير واحد بأنه لو أفسد الطائر مثلاً بخروجه ضمنه، لأن فعل الطائر منسوب اليه، و إن كان لا يخلو من نظر. خصوصاً فى مثل إلتلاف الدابه بعد الفك بعض الأحوال، ضروره إمكان منع السببيه الشرعيه، و لو تلفت هذه الثلاثه بغير الجبهه التى هى فعل السبب كأن مات الطائر مثلاً فلا ضمان، لعدم مدخلية السبب و عدم وضع اليد الموجب للضمان.

و احترز بالمجنون عن العاقل الذى صرح غير واحد بعدم ضمانه،

لقوه المباشر على السبب كفتح الباب، و قد أشار إليهما المصنف بقوله:

و لا كذلك الحكم لو فتح بابا على مال فسرق أو أزال قيذا عن عبد عاقل فأبق بل لم أجد خلافا في الأول منهما و إن أشعر به نسبه إلى المشهور في الكفايه إلا أنا لم نتحققه، بل لعل الثاني أيضا كذلك لأن التلف بالمباشره لا بالسبب.

نعم قيد الأخير في محكى التذكرة و جامع المقاصد و الكفايه بما إذا لم يكن آبقا، لكن في التذكرة في الضمان حينئذ إشكال، من حيث استناد فعله اليه، فكان مباشرا، و مباشرته معتبره، لأنه عاقل، و من حيث أن المالك قد اعتمد ضبطه، فإطلاقه إتلاف عليه، فكان كحل المجنون و الدابه، فلا شك في صدق السببيه، و ليس هناك مباشر يمكن أخذ الحق منه، و كونه قادرا على التحفظ مع عدمه لا ينفع، و هذا أقوى لمكان التسبب، كما يأتي في غضب الحر مع صدق التصرف في مال الغير، و لأنه بهذه العاده قد أشبه الدابه و نحوها، و فيه أنه مناف لقاعده تقديم المباشر على السبب.

هذا و في الدروس «و لو فتح بابا على عبد مجوس فذهب في الحال ضمنه عند الشيخ، و نقل عن كل العامه عدم الضمان، و لا فرق بين كونه عاقلا أو مجنونا، آبقا أو غير آبق، بالغأ أو صبيا».

و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، و قد يستأنس للضمان بما ورد من الضمان بإطلاق الغريم(١).

١- ١ لم أعر على ما ادعاه مما ورد من الضمان بإطلاق الغريم، و قد تعرض هو قده لهذه المسأله في ج ٢٦ ص ١٩٧-١٩٨ و لم يستدل بما ذكره هنا، و انما استند في الحكم بالضمان إلى قاعده «لا ضرر و لا ضرار» و فحوى ما ورد في القاتل الذي رواه في الوسائل- الباب- ١٥- من كتاب الضمان- الحديث ١ و لو كان بذلك المضمون روايه خاصه لتعرض لها هناك بطريق اولي.

و على كل حال فقد أشار المصنف و غيره بقوله: «فطار مبادرا» الى آخره إلى خلاف بعض الشافعيه، حيث حكم بالضمان فى الأول دون الثانى لبعض الوجوه الاعتباريه.

و كذا لا ضمان لو دل السارق لما عرفت، لكن الفاضل فى الإرشاد هنا قال بالضمان، و نسبه غير واحد ممن تأخر عنه إلى مخالفه جميع الأصحاب، و فى غايه المراد «قد تصفحت كتب أصحابنا فلم أجد أحدا قال بالضمان».

قلت: و إن لم ينص على عدمه من تقدمه غير المصنف إلا أن قاعده تقديم المباشر على السبب المعلومه عندهم تقتضى كون الضمان على السارق، و ربما نزل ما فى الإرشاد على ما إذا كان مستأمنا فدل السارق على أمانته، و لا بأس به و إن كان خروجا عما نحن فيه. فاتضح بذلك كله أن الضمان على المباشر الذى هو أقوى من السبب.

بل الظاهر عدم الضمان على ذى السبب مع عدم العلم بكون التلف به مجردا عن مباشر أقوى منه، فلو حصل التلف بمباشره غيره و لم يعلم كونه ممن يقدم على السبب أو لا لم يضمن، للأصل و ظهور النصوص السابقه (١) فى اعتبار التلف به فى التضمن به.

و أولى من ذلك بعدم الضمان ما إذا لم يعلم أصل كون التلف به، كما لو وجد دابه - مثلا - ميته فى البئر المحفوره عدوانا و لم يعلم أنها ماتت فى الخارج ثم رميت به أو بترديها به. أما لو علم مدخليته فى التلف و لكن لم يعلم مباشره غيره معه على وجه يرتفع الضمان معها

فقد يتوهم الحكم بضمان ذى السبب حينئذ، لأصالة عدم الغير.

لكن لا يخفى عليك أنه من الأصول المثبتة بعد ما عرفت من ظهور

النصوص(١) في اعتبار كون العطب به خاصه في الضمان، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و لو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه ضمن إذا لم يكن يحبسه إلا الوكاء بلا خلاف كما عن المبسوط و السرائر، بل و لا إشكال مع فرض كونه مطروحا على الأرض، ضروره كونه مباشرا للإتلاف أو بحكمه.

و كذا لو سقط بفعله أو بما يستند الى فعله، كما لو سال منه ما ألان الأرض تحته فاندفع ما فيه ضمن بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له لأن فعله سبب مستقل بالإتلاف إذ السقوط بالميلان الناشئ من الابتلال الناشئ من الفتح، و هو مما قد يقصد به ذلك، و لعله بمعونه فتوى الأصحاب ملحق بالمستفاد من النصوص السابقه(٢) أو يندرج فيها.

أما لو فتح رأس الظرف فقلبته الريح الحادثه أو زلزه أو وقوع طائر أو ذاب

بالشمس ففي الضمان تردد كما في التحرير و الإرشاد.

و لعل الأشبه أنه لا يضمن لا لأن الريح و الشمس كالمباشر، فيبطل حكم السبب ضروره قوه السبب بالنسبه إليهما بعد عدم قابليتهما للضمان، بل للشك في السببيه المزبوره شرعا على وجه يترتب عليها الضمان، خصوصا بعد عدم تعارف قصد الإتلاف بالفتح بتوقع الهبوب، و الأصل البراءه.

خلافًا للفرع في المحكى من شرح الإرشاد و غايه المراد و الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك من الحكم بالضمان، لأن فعله سبب تلفه، إذ لولا الفتح لما ضاع ما فيه، و لم يتخلل بينهما ما يمكن

١-١ الوسائل- الباب- ٨ و ٩ و ١١- من أبواب موجبات الضمان- من كتاب الديات.

٢-٢ الوسائل- الباب- ٨ و ٩ و ١١- من أبواب موجبات الضمان- من كتاب الديات.

إحاله الحكم عليه، فوجب الضمان، إذ هو كما لو جرح إنسانا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجراحه، فإنه يضمن فكذا هنا، بل عن مجمع البرهان لا إشكال فى الضمان إذا علم كون فعله سببا فقط لا غير و لم يعلم استناده إلى غيره بالكليه.

و لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد الإحاطه بما ذكرناه من كون المدار على السبب الشرعى المستفاد من النصوص المزبوره أو ما يلحق به بإجماع و نحوه، و المقام ليس كذلك، خصوصا فى مثل حدوث الريح الذى جزم بعدم الضمان فيه فى محكى المبسوط فارقا بينه و بين إشراق الشمس، بل عنه و عن الغنيه نفى الخلاف فى عدم الضمان به، و فى الكفايه أن عدم الضمان به أقرب.

و عن التذكرة التوقف فى الضمان به بخلاف الشمس، فاستوجه الضمان بها، قال: «لأنها مما يعلم طلوعها، فيكون الفاتح له معرضا ما فيه للشمس، بخلاف هبوب الريح الذى هو غير منتظر و لا متوقع، فالهلاك حينئذ لم يحصل بفعله، و ليس فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العارض، ففعله غير ملجئ، و الأمر الحادث مباشر، فلم يتعلق الضمان بفعله، فكان كما لو فتح الحرز فسرق غيره أو دل سارقا فسرق».

قلت: لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد الإحاطه بما ذكرناه، ضروره صدق السببيه على مذاقهم فيهما، بل فى جامع المقاصد أن وجود الريح كثير موجب لتوقع القلب و الانقلاب، نعم يتوجه عدم الضمان بناء على ما ذكرناه من كون سبب الضمان شرعيا، و هو ما تضمنته النصوص المزبوره أو ألحق به بإجماع و نحوه و لو على وجه تنجبر به الدلاله، كما هو واضح.

و كذا الكلام فيما إذا أزال أوراق الكرم و جرد عناقيدها للشمس حتى أفسدتها، اللهم إلا أن يقال فيه و فى أمثاله بصدق إسناد التلف إليه حقيقه، فيخرج حينئذ عما نحن فيه.

و لو فرض مجيء إنسان فأسقطه فلا شبهه فى كون الضمان عليه، لأنه مباشر أو كالمباشر فى القوه من الأول، بل الظاهر ضمان الأخير فيما لو فتح رأسه و أخذ ما فيه فى الخروج ثم جاء آخر و نكسه، و إن احتمل اشتراكهما فى ضمان الخارج بعد النكس، إلا أن الأول أصح، ضروره كون الثانى المباشر أو بحكمه.

و لو فرض فى الجامد مجيء آخر بعد الفتح فقرب منه نارا حتى ذاب و ضاع فالضمان على الثانى، لكونه مباشرا أو بحكمه، و ربما احتمل عدم ضمانهما معا، لأن مجرد الفتح لا يقتضى الضمان فيه، و عدم تصرف الثانى فى الظرف و لا فى المظروف، إلا أنه كما ترى.

و أولى من ذلك ما لو كان رأس الزق مفتوحا من المالك فجاء إنسان فقرب منه النار.

هذا و لا يخفى عليك الحال فيما لو حل رباط سفينه فغرقت بالحل أو غرقت بسبب حادث من هبوب ريح أو غيره، و فى المسالك الجزم بالضمان فى الأول، و فى الثانى الوجهان، و الله العالم.

[و من الأسباب الموجبه للضمان على نحو ضمان الغصب القبض بالعقد الفاسد]

و من الأسباب الموجبه للضمان على نحو ضمان الغصب القبض بالعقد الفاسد كعقد البيع و نحوه من العقود الموجبه لانتقال الضمان إلى القابض، بلا خلاف أجده فيه، بل هو المعروف من مذهب الأصحاب، بل فى المسالك هو موضع وفاق،

لعموم «على اليد» (١)

و لأن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، كما تقدم الكلام فى ذلك مستوفى

فى كتاب البيع^(١) وغيره، و لم نجد من تأمل فى ذلك سوى المقدس الأردبىلى، و هو فى غير محله.

نعم قد يتأمل فى وجه القاعده المزبوره فى صوره العكس، و هى كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده و إن كانت مسلمه بينهم أيضا كالأولى، كما أوضحنا ذلك كله فى محله.

و نزيد هنا بأن نقول: لعل الوجه فى الإجماع المزبور فى الصورتين أما الضمان فى الأولى فلعوم «على اليد» و لأن الإقدام منهما قد وقع بعنوان المعامله التى مقتضاها الضمان من دون نظر إلى صحتها و فسادها، بل لاحظا مسماها المشترك بين الصحيح و الفاسد، و الفرض أن مقتضاها الضمان الذى هو مضمون «على اليد» و لا فرق فى ذلك بين العلم بالفساد و الجهل به.

و أما الثانى فقد لاحظا مسماها المشترك بين الصحيح و الفاسد الذى مقتضاه عدم الضمان، فمع فرض كونه العنوان يترتب عدم الضمان على تقديرى الصحه و الفساد مع العلم و الجهل به، إذ عدم الضمان ليس من أحكام الصحيح منه، و لا أن الاذن مقيده بالصحيح منه، ضروره عدم ملاحظه ذلك لهما، و إن زعما أو أحدهما الصحه لكنه لا على وجه تقييد الاذن بها، بل ليس الصادر منهما و لا العنوان لهما إلا المسمى المشترك بين الصحيح و الفاسد الذى مقتضاه عدم الضمان، لعدم كونه من أحكام الصحيح منه فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع، بل يمكن الجزم بأنه وجه الإجماع، و الله العالم.

و منها أيضا القبض بالسوم، فان القابض يضمن

عند الأكثر بل المشهور، كما فى المسالك و غيرها،

لعموم «على اليد ما أخذت»^(١)

المقتصر فى الخروج منها على غير الفرض من الأمانه.

خلافًا للمحكى عن موضع من السرائر و المختلف و الإيضاح و مجمع البرهان بل فى المسالك و الكفايه، و هو متجه للأصل بعد كون القبض المزبور باذن المالك، فىكون أمانه كالوديعة.

وفيه منع اقتضاء ذلك عدم الضمان حتى فى مثل الفرض، خصوصًا بعد الشهره على الضمان فيه، بل ربما أرسلوه إرسال المسلمات، بل المحكى عن كثير- حتى المختلف و الإيضاح و المسالك و مجمع البرهان- التصريح بالضمان فيما إذا دفع البائع لعبد كلى موصوف عبدين للمشتري ليتخير فأبق أحدهما إلحاقًا له بالمقبوض بالسوم إن لم يكن منه،

لعموم «على اليد»^(٢)

و قد تقدم الكلام فى ذلك كله أيضا.

و منه يعلم عدم اختصاص الحكم بالمقبوض للشراء المعبر عنه بالسوم، بل المراد منه الأعم من ذلك، و هو كل مقبوض، ليكون مضمونا عليه حينئذ، فيندرج فيه قبض المرأه المال ليكون مهرا و الرجل ليكون عوض خلع و نحو ذلك، لاتحاد المدرك فى الجميع، و الله العالم.

و كذا استيفاء المنفعه بالإجاره الفاسده سبب لضمان اجره المثل أو الأقل منها و من المسمى بلا خلاف أجده فيه، لقاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و

عموم «على اليد»^(٣)

و «من أتلف»^(٤)

و أصاله احترام مال المسلم.

نعم فى المسالك أن ضمان ذلك من باب المباشره للإتلاف، لا من

١- ١ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤ و سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥.

٢- ٢ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤ و سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥.

٣- ٣ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤ و سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥.

باب الأسباب، و إدخالها فى السبب تجوز قال: «و من حكم إتلاف مال الغير مع عدم تسليط المالك أن يلزمه العوض إما بعين إذا كان أو قيمه المثل أو أجرته عينا كان أو منفعه».

و فيه أن المراد هنا بالسبب كون ذلك من أسباب الضمان، لا أن المراد الضمان بالتلف السببى، و فرق واضح بينهما.

و هل العين مضمونه بالاستيفاء؟ قال فى جامع المقاصد: «الذى يلوح من كلامهم العدم، و الذى ينساق اليه النظر كونها مضمونه، لأن التصرف فى العين غير جائز، فهو بغير حق، فىكون فى حال التصرف استيلاءه عليها بغير حق، و ذلك معنى الغصب، إلا أن كون الإجاره الفاسده لا يضمن بها كما لا يضمن بالصحيحه مناف لذلك، فيقال: إنه دخل معه على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقا، و الأصل براءة الذمه من الضمان، فلا تكون العين بذلك مضمونه، و إنما

تضمن المنفعه خاصه، و لولا ذلك لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن، لأن استيلاءه بغير حق، و هو باطل».

قلت: قد قدمنا الكلام مستوفى على وجه يعلم منه عدم المنافاه بين ضمان العين و بين القاعده المزبوره، و يعلم منه أيضا الفرق بين الرهن و بينهما، فلاحظ و تأمل. فإنه مع ذلك قد يقوى عدم ضمانها أيضا، و الله العالم.

[النظر الثاني في الحكم]

إشارة

النظر الثاني في الحكم لا- خلاف بيننا في أنه يجب رد المغصوب ما دام باقيا بل الإجماع بقسميه عليه إن لم يكن ضروره من المذهب، مضافا إلى

قوله (عليه السلام) (١) في النصوص السابقه: «كل مغصوب مردود».

بل الظاهر كون الحكم كذلك و لو تعسر و اقتضى هدم البناء أو خراب السفينه كالخشبه تستدخل (المستدخلة ل) في البناء و (أو خ ل) اللوح في السفينه ضروره بقائها على ملكه و وجوب ردها اليه فورا، و قد سمعت

قول أمير المؤمنين (عليه السلام) (٢): «إن الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها».

و حينئذ ف لا يلزم المالك أخذ القيمه خلافا لأبي حنيفه و تلميذه الشيباني، فإنهما قالا بملك الغاصب لهما، فلا يجب عليه ردها و لكن يلزمه قيمتها، و لا ريب في مخالفه ذلك قواعد الإسلام بل الواجب عليه مع استخراجها رد أجرتها من حين الغصب الى حين الرد و الأرش إن نقصت.

و كذا الكلام فيما لو مزجه مزجا يشق تمييزه كمزج الحنطه بالشعير أو الدخن بالذره و حينئذ يكلف تمييزه و إعادته

١- ١ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب الأنفال - الحديث ٤ من كتاب الخمس، و فيه « الغصب كله مردود».

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب الغصب - الحديث ٥.

نعم لو بلغت حد الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا يبقى لها قيمه فلا خلاف ولا إشكال في وجوب تمام القيمة عليه.

و لكن هل يجبر على إخراجها؟ ظاهر الدروس العدم، قال فيها:

«يجب رد المغصوب إلى مالكة إجماعاً، ول

قوله (صلى الله عليه وآله) (١): «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»

و إن تعسر، كالساجه في البناء و اللوح في السفينه و إن أدى إلى خراب ملكه، لأن البناء على المغصوب لا حرمه له، و يضمن أرش نقصانها و أجرتهما، و لو علم تعيينهما و أنه لا ينتفع باخراجهما ضمنهما الغاصب بقيمتها» بل عن صريح المبسوط ذلك أيضاً.

بل في المسالك «ظاهرهم عدم وجوب ردها و أنها تنزل منزله المعدومه» و إن قال بعد ذلك: «و لو قيل بوجوب إعطائها المالك إذا طلبها كان حسناً و إن جمع بين القيمة و العين».

قلت: لكنه مناف

لقاعده «لا ضرر و لا ضرار»

و مناف أيضاً لملك القيمة التي هي عوض شرعى يقتضى ملك معوضه للدافع، اللهم إلا أن يقال: إنها عوض ماليه و إن بقى هو مملوكاً، لكنه كما ترى، و ستمتع إنشاء الله تحقيق الحال في المسأله الآتية.

و لعل احتمال وجوب بقائها و أخذ الأجره عنها خاصه أو مع القيمة للعين للحيلولة لتعذر إيصالها كما هي لكن مع ملاحظه سلب المنفعه الخاصه أيضاً أولى و إن لم أجد من احتمله هنا.

و على كل حال فقد ظهر لك أنه لو أدرج لوحاً مغصوباً في سفينه و جب قلعه إن لم يخف من نزع هلاكه نفس محترمه أو مال كذلك، بأن كانت على وجه الأرض مثلاً أو أدرجه في أعلاها على وجه لم يخش من

نزعه الغرق، و خلاف أبي حنيفة آت هنا.

و إن كانت فى اللجه و خيف من النزع غرق حيوان محترم- آدمى أو غيره- أو مال كذلك لغير الغاصب الجاهل بالغصب ففى القواعد و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و ظاهر غيرها عدم وجوب النزع، بل فى مجمع البرهان لا خلاف فيه، جمعا بين الحقيين، و لاحترام روح الحيوان، سواء كان الغاصب أو للغاصب أو غيره.

و فيه إمكان إلزام الغاصب و من بحكمه بذبح الحيوان مقدمه لإيصال مال الغير الواجب عليه فورا، و دعوى حرمه ذبحه لغير الأكل ممنوعه.

و لو كان المال للغاصب أو من بحكمه و هو العالم بأن فيها لوحا مغصوبا فالظاهر وجوب النزع، وفاقا للفاضل فى القواعد و التحرير و ولده و الشهيد و الكركى، بل هو قضيه إطلاق المصنف و غيره، بل فى المسالك نسبته إلى صريح الأكثر، لأن دفع المغصوب واجب فورا، و لا يتم إلا به، و الضرر هو الذى أدخله على نفسه بعدوانه الذى لا يناسبه التخفيف.

و عن المبسوط و التذكرة و ظاهر السرائر عدم وجوب النزع، لأن السفينه لا تدوم فى البحر، فيسهل الصبر إلى انتهائها إلى الشط، فتؤخذ قيمه للحيلولة إلى أن يتيسر الفصل و رد اللوح مع أرش النقص إن نقص جمعا بين الحقيين، بخلاف الساجه فى البناء الذى لا أمد له ينتظر.

و هو كما ترى مجرد اعتبار لا يرجع إلى محصل، و دعوى سقوط المقدمه لقاعده الضرر و نفى الحرج واضحه السقوط بعد أن كان هو السبب فى إدخالهما عليه.

بل لو اختلطت السفينه بسفن كثيره للغاصب و لم يوقف على اللوح إلا بفصل الكل فالظاهر ذلك أيضا للمقدمه، و إن حكى عن الشافعيه احتمال عدم، لكنه فى غير محله، لما عرفت من تطابق النص و الفتوى

على إلزام (١) الغاصب هنا بالأشق على وجه يقدم على نفي الضرر و الحرج، كما أوماً (عليه السلام) إليه ب

قوله (٢): «الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها»

ضروره اقتضائه رده على مالكة و إن استلزم خراب الدار أجمع، كما هو واضح.

بل قد يقال: إن للمالك أخذ ماله من الغاصب الممتنع عن دفعه في كل حال و إن استلزم ذلك تلف نفس الغاصب مع فرض عدم التمكن منه إلا- في الحال المزبور، و خصوصا مع حاجة المالك له في تلك الحال لحفظ نفسه مثلا، فان احترام نفس الغاصب في الفرض غير معلوم، و لعل قوله تعالى (٣) «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ» * يشعر بذلك، ضروره ظهوره في سقوط احترامه بالبغي و العدوان و إن كان في غير المفروض كما قدمنا الكلام فيه سابقا.

بل قد يشعر به في الجملة سقوط احترامه في الدفاع عن المال و لو يسيرا، اللهم إلا أن يفرق بينهما بأن ذلك حيث يمكن رفع الغاصب يده عن الغصب، فمع امتناعه يسقط احترامه، بخلاف الفرض الذي يجب فيه على الغاصب حفظ نفسه المفروض توقفه على بقاء العين المغصوبه في يده، بل له أخذ مال الغير قهرا ابتداء مقدمه للحفظ.

و فيه إمكان منع الرخصه له في بقاء المغصوب في يده حفظا لنفسه باعتبار كونه باغيا و عاديا قبل حال الاضطراب، فلا رخصه له، و فرق بينه و بين الاضطراب

ابتداء لأخذ مال الغير لحفظ نفسه، لعدم البغي

١- ١ في النسخه الأصلية المبيضة «التزام» و الصحيح ما أثبتناه كما هو كذلك في النسخه المخطوطه بقلمه الشريف.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب الغصب - الحديث ٥.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ١٧٣.

و العدو ان قبل حال الضروره، مع أنه يمكن منع الرخصه فيه إذا فرض توقف حياه المالك على بقائه، لأنه لا تقيه في الدماء، فتأمل جيداً، والله العالم.

و لو خاط ثوبه مثلاً بخيوط مغصوبه فإن أمكن نزعها على وجه تصل إلى مالكةا الزم الغاصب ذلك و إن استلزم فساد الثوب و ضمن ما يحدث من نقص.

و لو خشى تلفها بانتزاعها لضعفها ضمن القيمه كما في القواعد و الدروس و غيرهما (١) لكونه كالمعدوم باعتبار تعذر رده، و ظاهرهم عدم وجوب الإخراج حينئذ، كما اعترف به في المسالك، و لكن في جامع المقاصد في شرح عباره القواعد التي هي كعباره المصنف «و لو طلب المالك نزعها و إن أفضى إلى التلف و جب، ثم يضمن الغاصب النقص، و لو لم يبق لها قيمه غرم جميع القيمه، و لا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أن جنايه الغاصب توجب أكثر الأمرين و لو استوعبت القيمه أخذها و لم تدفع العين».

و نحوه في المسالك، قال: «الخيوط المغصوب إن خيط به ثوب و نحوه فالحكم كما في البناء على الخشب، فللمالك طلب نزعها و إن أفضى إلى التلف، و يضمن الغاصب النقص إن اتفق، و إن لم يبق له قيمه ضمن جميع القيمه، و لا يخرج بذلك عن ملك المالك كما سبق، فيجمع بين العين و القيمه».

و هو كما ترى مناف لظاهرهم الذي اعترف به في المسالك سابقاً، و من هنا جزم في مجمع البرهان بعدم وجوب النزع في مثل الفرض؛ بل قال: «يمكن أنه لا يجوز، و تتعين القيمه لأنه بمنزله التلف، فتلزمه

١-١ و في النسختين الأصليتين المسوده و المبيضه «و غيرها».

القيمة فقط، و حيثئذ يمكن جواز الصلاه فى ذلك الثوب المخاط، إذ لا غضب فيه يجب رده، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة من الماء المغصوب الذى حصل العلم بحاله بعد الغسل و قبل المسح».

و هو جيد موافق لما قلناه سابقا من اقتضاء ملك المالك القيمة خروج المغصوب عن ملكه، لكونها عوضا شرعيا عنه، و قد تقدم سابقا فى و طء حيوان الغير الموجب لدفع القيمة عنه ما يؤكد ذلك فى الجملة.

بل قد تقدم أيضا أن من كان فى يده المغصوب لو رجع المالك عليه و غرمه كان له الرجوع على من استقر التلف فى يده، على وجه يملك ما كان فى ذمته للمالك عوض ما أداه.

بل ستسمع ملك الغاصب المغصوب إذا أدى قيمته للحيلولة و إن كان مترلزلا، بل كان ذلك مفروغ منه عند التأمل فى كلماتهم فى مقامات متعددة ظاهره أو صريحه فى أن المؤدى عن المضمون عوض شرعى عنه على وجه يقتضى الملك للطرفين، من غير فرق بين الموجود من العين مما لا قيمة له و بينها إذا كانت كذلك لو انتزعت، كما فى الفرض الذى يتعذر فيه الرد لنفس العين المغصوبه.

بل لعل قول المصنف و غيره و كذا لو خاط بها جرح حيوان له حرمه لم تنتزع إلا مع الأمن عليه تلفا و شيئا، و إلا ضمنها مؤيد لذلك، ضروره اقتضائه جواز التصرف للآدمى مثلا- بما خيط به جرحه، و ليس ذلك إلا للخروج عن ملكه بضمان القيمة له بتعذر الرد لاحترام الحيوان، و إن كان لنا نظر و تأمل فى أصل ما ذكره هنا.

قالوا و اللفظ لثانى الشهيد من فى المسالك: «إن خيط به جرح حيوان فهو إما محترم أو غيره، و المحترم إما آدمى أو غيره، فالآدمى إن خيف من نزعه تلفه أو غيره من المحذور المجوز للعدول إلى التيمم

من المرض و الشين لم ينزع، و على الغاصب قيمته، ثم إن خاط جرح نفسه فالضمان مستقر عليه، و إن خاط جرح غيره باذنه و هو عالم بالغصب قيل كان قرار الضمان عليه، و الأجود قراره على المباشر، و أما غير الآدمى فعلى ضربين: أحدهما غير المأكول، و الحكم فيه كالآدمى، لأنه لا- ينتفع به مع ذبحه، و الثانى المأكول، فإن كان لغير الغاصب لم ينزع، لحرمة روحه، و إن كان للغاصب فوجهان: إنه يذبح و يرد الخيط، لإمكان الجمع بين الحقين، و هو جائز الذبح، و أظهرهما- و هو الذى يقتضيه إطلاق المصنف- المنع كما فى غير المأكول، لأن للحيوان حرمة فى نفسه، و لهذا يؤمر بالإنفاق عليه، و يمنع من إتلافه بغير الذبح للأكل، و قد

روى (١) أنه (صلى الله عليه و آله) نهى عن ذبح الحيوان إلا لأكله».

قلت: قد يناقش (أولاً) بإمكان منع جعل مسوغ التيمم عذراً فى عدم وجوب الرد هنا مطلقاً، لما عرفته من تكليف الغاصب بأشق الأحوال فى الرد و إن استلزم الضرر عليه و المشقه، فمع فرض أنه قد خاط به جرحه و كان فى نزعه مشقه لا يخشى منها التلف و إن جاز التيمم لها أو يخشى الشين من نزعه يتجه تكليفه بذلك إلزاماً له بأشق الأحوال، لأنه هو الذى أدخل الضرر عليه باختياره الغصب الذى مقتضاه ذلك، و احتمال الفرق بين الضرر المالى و غيره لا دليل عليه، نعم قد يتجه ذلك مع الخوف على النفس الذى يسقط معه خطاب الرد، فتأمل جيداً.

(و ثانياً) بإمكان إلزامه بشراء ما يجوز ذبحه من الحيوان إذا كان للغير، مأكولاً أو غيره، مقدمه لذبحه و نزع الخيوط منه، و إن أدى ذلك الى ضرر عليه، فضلاً عن إلزامه بذبح ما يجوز ذبحه من الحيوان الذى له، و دعوى حرمة لغير الأكل واضحة المنع.

١- ١ سنن النسائى ج ٧ ص ٢١١ و فيه قال ص: «حقها أن تذبحها فتأكلها و لا تقطع رأسها فيرمى بها».

(و ثالثاً) بمنع إطلاق قرار الضمان عليه حتى فى صورته علم ذى الجرح بغضب الخيوط و طلبه التخييط بها.

و على كل حال فإذا مات الحيوان الذى خيط به جرحه فان كان غير الآدمى نزع منه الخيط، و فى الآدمى وجهان: أصحهما كما فى المسالك و غيرها العدم، لما فيه من المثله، و الآدمى محترم حيا و ميتا، و لذلك

قال (صلى الله عليه و آله) (١): «كسر عظم الميت ككسر عظم الحى».

قلت: قد يقال باستثناء ذلك، كما ذكره فى النبش للتوصل الى المال، بل يمكن منع كون ذلك من المثله المحرمه، خصوصا فى بعض الأفراد.

و أما غير المحترم من الحيوان و هو ما يصح إتلافه بغير التذكيه كالتخزير و الكلب العقور فلا يبالى بهلاكه و نزع الخيط منه.

و يلحق بهما الكافر الحربى بل و المرتد عن فطره بل و الزانى المحصن و نحوهم ممن هو غير محترم النفس، و كذا لو عرض عدم احترامها برده و نحوها بعد الخياطه.

و احتمال عدم الجواز باعتبار كون الحد وظيفه الامام و عدم جواز قتل المحارب فى بعض الأحوال على بعض الأقوال كما ترى، ضروره عدم كون ذلك من الحد، بل هو أخذ

ماله المستلزم لموت غير محترم النفس، و نحوه يجرى فى المحارب.

و الكلام هنا يجرى نحوه فى لوح السفينه فى صورته ما إذا كان فيها حيوان و إن لم يذكر احتمال الذبح هناك، كما نبهنا عليه، و الله العالم.

و لو حدث فى المغصوب عيب مستقر لا سرايه له مثل تسويس التمر أو تخريق الثوب رده مع الأرش سواء كان بفعل

الغاصب أو غيره، و سواء زال معه الاسم أو غيره، بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل هو مقتضى وجوب رد المغصوب و ضمان ما فات منه المستفادين من العقل و الكتاب و السنه(١) و الإجماع.

خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من أنه إذا غير الغاصب المغصوب تغييراً أزال به الاسم و المنفعه المقصوده منه- كما إذا قطع الثوب أو طحن الحنطه مثلاً- ملكه و ضمن قيمته للمالك، بل عنه لو دخل لص دار رجل مثلاً- فوجد بغلاً- و طعاماً و رحي فضمن(٢) البغل و طحن الطعام ملك الدقيق،

فان انتبه صاحب الدار بعد ذلك كان للص قتاله عن دقيقه، فان أتى الدفع عليه فلا ضمان على اللص.

و هو كما ترى مناف لقاعده بقاء الملك، بل و للمعلوم من الشرع، و الله العالم.

و لو كان العيب غير مستقر بل هو سار لا يزال يزداد الى الهلاك كعفن الحنطه قال الشيخ في المحكي من مبسوطه: الأقوى أنه يضمن قيمه المغصوب لأنه بشرفه على التلف صار كالمستهلك، فيضمن الغاصب حينئذ مثله أو قيمته، بل مقتضى ذلك بناء على ما قدمناه كون المغصوب ملكاً للغاصب، و عن التذكرة أنه أظهر قولى الشافعيه.

لكن قال المصنف و لو قيل برد العين مع أرش العيب الحاصل ثم كلما ازداد دفع أرش الزيادة حتى يهلك كان حسناً و إن فعل ذلك المالك عناداً، لعدم كونه تالفاً حقيقه، بل جزم به كل

١-١ راجع ص ٣٣.

٢-٢ هكذا في النسخه الأصلية المبيضة، و المسوده المخطوطه بقلمه الشريف غير مقروه، و من المحتمل « فحمل ».

من تأخر عنه.

نعم فى قواعد الفاضل ذلك على إشكال ينشأ من حصول البراءة بدفع العين و أرش النقص، فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه إلى أن يتلف، و من استناد النقص إلى السبب الموجود فى يد الغاصب.

و لا- يخفى ما فى الوجه الأول، ضرورة عدم اقتضاء دفع أرش الحاصل كونه كمال الحق الواجب، لعدم حدوث تلف شىء يكون مضمونا بعد، فإذا حدث ضمنه، لأنه مستند إلى جنايته، و معانده المالك بالطريق الشرعى الذى هو تسلط الإنسان على ماله لا تقتضى سقوط أرش الجنايه المضمونه.

و فى جامع المقاصد تقييد الحكم المزبور بما إذا لم يتمكن المالك من العلاج بسهولة، و إلا ففيه تردد، و تبعه فى المسالك، قال: «هذا إذا لم يمكن إصلاحه، و إلا سقط أرش ما زاد على ذلك، لاستناد الفأث إلى تقصير المالك، كما لو جرحه فترك علاج الجرح مع قدرته عليه، فإنه لا يكون مضمونا».

قلت: يمكن منع عدم الضمان فى الجرح، بل نفى الخلاف بعضهم عن الضمان لو جرحه فترك المداواه حتى مات، قال: «لأن السرايه مع ترك المداواه من الجرح المضمون على الجراح» نعم لو فصد الفصاد مداواه لمرضه بأمر الطبيب فترك شده أو ترك كل منهما شده حتى نرف الدم فمات فخيره الكتاب و التحرير و الإرشاد و التلخيص أنه لا ضمان على الفصاد، و استشكل فيه الفاضل فى القصاص من استناد الموت إلى سرايه الجرح، فهو كغيره من الجراحات التى يهمل المجروح مداواتها، و على كل حال فما نحن فيه من الأول.

لكن قد يقال: إن الأرش الذى دفعه الغاصب إنما هو أرش عيب

سار، على معنى تقويم الحنطه صحيحه بكذا و معييه بالعيب المزبور بكذا، فهو كمال حق المالك، فلا وجه لضمان ما تجدد بعده، إذ هو حينئذ كرجوع المشتري على البائع بمثل العيب المزبور لو فرض سبقه أو حدوثه في الثلاثه على وجه يكون ضمانه على البائع، و دعوى التزام ذلك فيه أيضا واضحه المنع، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و لو كان المغصوب باقيا بحاله رده، و لا يضمن تفاوت قيمه السوقيه بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل في المسالك نسبتة إلى أكثر أهل العلم، لأن الفئات رغبات الناس، لا شىء من المغصوب.

خلافًا لشذاذ من العامه. و خصوصا إذا فاتت قيمه ثم عادت إلى ما كانت وقت الغصب، نعم لو كان التفاوت بسبب نقصان في العين ضمن ذلك، كما ستعرف الكلام فيه و في غيره، و الله العالم.

و كيف كان فان تلف المغصوب ضمنه الغاصب بمثله إن كان مثليا بلا خلاف معتد به أجده فيه، كما اعترف به بعضهم، بل هو من قطعيات الفقه، كما يومئ إليه أخذه مسلما في سائر أبوابه، و في جامع المقاصد الإجماع عليه، بل في غايه المراد أطبق الأصحاب على ضمان المثلى بمثله إلا- ما يظهر من ابن الجنييد، فإنه قال: «إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضى صاحبه» و لعله يريد القيمي، و المراد من ضمانه بمثله عدم تسلط المالك على إلزامه بالقيمه لو أرادها، كما أنه لا تسلط للغاصب على إلزام المالك بقبول القيمه لو بذلها.

لكن لم نعثر في شىء مما وصلنا من الأدله عدا معقد الإجماع و الفتاوى على المثلى و القيمي عنوانا كى يرجع فيهما كغيرهما إلى العرف بعد انتفاء الشرع.

نعم قال الله تعالى شأنه (١) «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» و «جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا» (٢) و «إِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ» (٣) إلى غير ذلك مما ورد في المقاصه التي مقتضاها ضمان الشىء بمثله العرفى لا الاصطلاحى.

نعم خرج الحيوان، لما فى صحيح أبى ولاد (٤) من ضمان قيمه البغل و غيره مما ورد فيه القيمه (٥) بناء على إرادته الإلزام بها على وجه لا يجزئ غيرها من الخبر المزبور، فيتجه حينئذ احتمال كون الأصل الضمان بالمثل العرفى إلا ما خرج بالدليل.

و لعله لذا ذهب المصنف فيما تقدم من كتاب القرض (٦) الى ضمان القيمي بمثله، لإطلاق ما دل على فرض الشىء بمثله الصادق بالمثل العرفى، و قد تقدم الكلام فيه فى محله.

و على كل حال فالآيات المزبوره لا دلالة فى شىء منها على المثلى المصطلح الذى ستسمع ما ذكروا له من التعاريف المتعدده.

بل قيل: إن المراد بالآيه إن كان بيان التشبيه الخاص بمعنى عدم التجاوز فى مقدار الاعتداء عما اعتدى به فهو حينئذ أجنبى عن المثلى المصطلح، ضروره كون المراد حينئذ التساوى فى مقدار الاعتداء فى القتل و الجرح و أخذ المال من دون ملاحظه المثل أو القيمه، بل ليس فيها

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ١٩٤.

٢- ٢ سورة الشورى: ٤٢- الآيه ٤٠.

٣- ٣ سورة النحل: ١٦- الآيه ١٢٦.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب الغصب - الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ٨٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماء - من كتاب النكاح.

٦- ٦ راجع ج ٢٥ ص ٢٠.

حينئذ إلا حكم واحد، و هو الرخصه فى الاعتداء بمقدار اعتداء المعتدى، و أن لا يتجاوز عنه، و المراد بالمقدار هو أن يحكم أهل العرف بأنهما سيان فى المنفعه و الفائده، و يرضى العقلاء بتملك كل منهما مقام الآخر من غير فرق بين المثل و القيمه.

و إن كان المراد التشبيه المطلق، يعنى يجوز لكم الاعتداء على نحو مماثل اعتداء المعتدى فى الاعتداء و المعتدى به فهذا إطلاق ينصرف الى العموم فى كلام الحكيم، و حينئذ فهو يشتمل على حكمين: الأول الرخصه فى الاعتداء، و الثانى أن ذلك على سبيل المثليه فى كل شىء، و هو يشمل المثلى و القيمى أيضا، ففى كل منهما يجب اعتبار المماثله فى الاعتداء و المعتدى به فى كل شىء إلا مع التعذر و هو يناسب مذهب ابن الجنيده بلزوم المثل فى القيمى أيضا إلا مع التعذر، فلا تدل الآيه على التفصيل المزبور.

فالمناص بأن بينى تفسير الآيه على الوجه الثانى، و يخص عمومه بدليل خارجى مثل صحيح أبى ولاد(١) أو يقال: إن حكم القيمى ليس داخلا فى الآيه أو يعترف بمذهب ابن الجنيده، فيندرج مسأله الرجوع الى المثل فى المثلى تحت عموم الآيه، لا لأن لفظ المثل فيهما (فيها ل ظ) بمعنى المثلى المصطلح، بل لأن

المماثل المصطلح من أفراد المماثله المعتبره فى الآيه بالمعنى و يخرج القيمى بالصحيحه المزبوره.

إلى آخر ما ذكره القائل المزبور، فإنه و إن كان كلامه لا يخلو من غشاوه و قبح تأديه و خلل فى النقل عن ابن الجنيده الظاهر فى ضمان مطلق المغصوب بقيمته، و توقف الاجتزاء بالمثل على رضا المالك، بناء على رجوع القيد فى كلامه إلى الأخير، و إن كان راجعا إليهما كان مراده كون التخيير حينئذ بيد المالك بين المثل و القيمه مطلقا، كما هو المعروف

فى النقل عنه، لكنه راجع إلى ما ذكرناه من عدم دلالة الآيه على اعتبار المثلى المصطلح، بل إن كان و لا بد فيكفى المثل العرفى.

و لعله لذا قال المقدس الأردبيلى بعد أن أشكل ما ذكره من تعاريف المثلى ما حاصله من أن تحقيقه مشكل جدا، و هو مبنى أحكام كثيرة و الذى تقتضيه القواعد أنه لفظ عليه أحكام بالإجماع و الكتاب و السنه و ليس له تفسير فى الشرع، و ما ذكر مجرد اصطلاح، فيمكن أن يحال الى العرف، و هو كل ما يقال إن لهذا مثلا عرفا يؤخذ به، فان تعذر أو لم يكن أصلا فالقيمه، بل ينبغى ملاحظه مثل المتلف، فلا- يجرئ مطلق الحنطه عن الصنف الخاص المتلف، بل لا فرق بينها و بين الثوب بل و الفرس و غيرهما إذا كان لهما أمثال عرفيه.

قلت: لكن ذلك كله كما ترى مخالف للإجماع بقسميه، بل و لما هو كضرورى الفقه بين العامه و الخاصه، فيمكن أن يقال بملاحظه ذلك و ملاحظه الأمر بالقيمه فى الحيوانات و المنافع(١) و السفره المتلقطه فى الطريق و كان فيها بيض و لحم و غيرهما(٢) و غير ذلك مما ورد فيه الأمر(٣) بالقيمه و له أمثال عرفيه: إنه لا- يراد المثل العرفى، بل هو شىء فوق ذلك، و هو المماثله فى غالب ما له مدخله فى مالىه الشىء لا المماثله من كل وجه المتعذره، و لا مطلق المثل العرفى الذى يطلق مع وجود جهه الشبه فى الجملة، و هذا لا يكون إلا فى الأشياء المتساويه المتقاربه فى الصفات و المنافع و المعلوم ظاهرها و باطنها.

و من هنا كان الحيوان قيميا باعتبار أنه و إن وجد له مثل عرفا

١- ١ الوسائل- الباب- ٨٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماء- من كتاب النكاح.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٣- من كتاب اللقطه- الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٧- من كتاب الغصب- الحديث ١.

و لكن لم يعلم باطنه المختلف أشد اختلاف، و كذا الثوب بل و الأرض التى فيها قطع متجاورات و المنافع المختلفه كل الاختلاف باعتبار الاستيفاء، و فرض وجود المثل المنطبق على المعنى المصطلح فى بعض الأفراد لا يوافق اطراد قواعد الشرع، فلذا كان المدار على النوع بل الصنف.

[تعريف المثلى و تعيين المراد منه]

و بذلك يتضح لك المراد فى تعريف المشهور كما فى المسالك و غيرها للمثلى بأنه هو ما يتساوى قيمه أجزائه و زاد بعضهم التمثيل بالحنطه و الشعير و غيرهما من الجبوب و الأدهان و ما أشبه ذلك.

و لعل المراد تساوى قيمه أجزاء الصنف من النوع منه، بل الأشخاص من الصنف، بل على أن يكون ذلك التساوى من حيث الذات لا الاتفاق، و حينئذ فالمن من شخص الحنطه الخاصه مثلا و الدهن الخاص مثلا قيمه أجزائه متساويه، ضروره كون الرطل بدرهم مع فرض كون المن بدرهمين و هكذا.

و لا يرد النقض بالثوب أو الأرض الذى يمكن دفعه بعدم غلبه ذلك فيهما، و فرض بعض الأفراد كذلك لا يناسب اطراد قواعد الشرع.

بل مما ذكرنا يعلم اندفاع ما أورد فى مجمع البرهان بأنه إن أريد التساوى بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شىء من المعروف، إذ ما من شىء إلا و أجزاءه مختلفه فى قيمه فى الجملة، مثل الحنطه و الشعير و جميع ما قيل إنه مثلى، فإن قفيزا من حنطه يساوى عشره و آخر يساوى عشرين، و إن أريد التساوى فى الجملة فهو فى القيمى أيضا موجود، مثل الأرض و الثوب و نحوهما، و إن أريد مقدارا خاصا فهو حواله على مجهول.

قلت: قد عرفت أن المراد المساواه فى غالب ما له مدخله فى المالىه، و تفاوت أفراد الحنطه و إن كان معلوما إلا أنك قد عرفت المساواه فى أشخاص الأصناف، و لا يكفى الاتحاد فى اسم النوع المنافى لقاعده لا ضرر

و لا ضرار و لغيرها.

و لعله أشار إلى ما ذكرنا الشهيد في الدروس بتعريفه المثلى بأنه المتساوى الأجزاء و المنفعه المتقارب الصفات، بل هو في الحقيقه كشف لتعريف المشهور، لا أنه تعريف آخر و إن توهمه غير واحد.

بل لعله المراد من تعريفه له في غايه المراد أيضا بأنه ما تتساوى أجزاؤه في الحقيقه النوعيه، على معنى إرادته التساوى المزبور، لا أن المراد به الاتحاد في اسم القليل و الكثير منه كالماء و الحنطه كى يرد عليه الانتقاض بالأرض.

و إليه يرجع ما في التذكرة عن بعض من أنه ما لا يختلف أجزاء النوع الواحد منه في قيمه، و ربما يقال في الجرم و القيمه، و يقرب منه قول من قال: إنه الذى يتشاكل في الخلقه و معظم المنافع، أو ما تتساوى أجزاؤه في المنفعه و القيمه، و زاد بعض من حيث الذات لا من حيث الصفه.

بل لعله المراد أيضا من تعريفه بالمقدر بالكيل و الوزن على معنى غلبه التساوى في أجزائها على الوجه المزبور في كثير من أفرادها المتعارفه، فلا يرد النقض بالمعجونات.

و من هنا زيد فيه اشتراط جواز السلم فيه أو اشتراط جواز بيع بعضها ببعض بتشابه الأصلين في قضيه التقابل.

فلا يرد ما في المسالك من أنه اعترض على العبارات الثلاثه بأن القماقم (و المغارف خ) و الملاعق المتخذة من الصفر موزونه، و يجوز السلم فيها، و بيع بعضها ببعض و ليست مثليه، مضافا إلى ما أورد هو عليه بمنع جواز السلم فيها، لاختلافها و عسر ضبطها. و إلى ما ذكرناه سابقا من أن المراد التساوى ذاتا لا اتفاقا بصنع صانع و نحوه.

بل يرد عليه ما قيل من اقتضائه كون الشئ ء مثليا في بلد قيميا في آخر، لمكان اختلافهما في الكيل و الوزن و عدمهما إذ قد عرفت أن المراد بهذا المتعارف في الغالب باعتبار كشفه عن تساوى أجزائه، لا أن المراد مثليته من حيث الكيل و الوزن المختلفين باختلاف البلدان.

و بالجمله فالمراد من التعاريف واحد، و هو التساوى الذاتى فى غالب ما له مدخلية فى الرغبه و القيمه، و أن يكون ذلك غالبا فى أفراد الأصناف لا اتفاقا.

بل لعله المراد أيضا مما فى الإرشاد و شرحه الإسعاد لبعض الشافعيه من تعريفه بأنه ما أمكن ضبطه بكيل أو وزن و جاز السلم فيه.

بل لعله المراد أيضا مما حكاه فى الرياض عن خاله فى دفع ما سمعته من المقدس الأردبيلي من أنه لعل المراد التقارب المتعارف المعتد به عند أهل العرف، أى ما يكون متساوى الأجزاء عرفا يكون مثليا، و غير المتساوى كذلك غير مثلى، و أيضا المثلى ما تعارف تحقق المثل له بحيث يساويه و يماثله فى الطبيعه و المميز النوعى و الصنفى، و هو أقرب إليه من كل جنس و إن كان مثل الدرهم و الدينار.

بل يعلم مما ذكرنا أيضا أنه لا- وقع لما اعتذر به الكركى عن التعريف المزبور بأن الظاهر منه إرادته ضبط المثلى بحيث يتميز فضل تميز، لا التعريف الحقيقى، أو يكون التمثيل بالحنطه و الشعير و غيرهما من الحبوب و الأدهان داخلا فى التعريف، فيكون انكشافه بهذه الأمثله، ضروره أنك قد عرفت كون المراد بالتعريف المزبور ما لا يحتاج معه إلى الاعتذار المذكور.

و من الغريب ما فى المسالك من أنه اعترض عليه بأنه إن أريد بالأجزاء كل ما تركب عنه الشئ ء لزم أن لا تكون الحبوب مثليه، لأنها تركب من القشور و الألباب، و القشر و اللب مختلفان فى القيمه،

و كذلك التمر و الزبيب، لما فيهما من العجم و النوى، و إن أريد الأجزاء التي يقع عليها اسم الجملة لزم أن لا تكون الدراهم و الدنانير مثليه، لما يقع في الصحاح من الاختلاف في الوزن و الاستداره و الاعوجاج و وضوح السكه و خفائها، و ذلك مما يؤثر في قيمه.

بل مما ذكرناه يظهر لك المناقشه فيما في الرياض و غيره من أنه «لا يذهب عليك عدم ظهور حجه لهذه التعاريف عدا العرف و اللغه، و هما بعد تسليم دلالتهما على تعيين معنى المثل المطلق و ترجيحهما أحد الآراء لا دلالة لهما عليه، إذ هي فرع تعليق الحكم بلفظ المثل في دليل، و ليس بموجود عدا قوله تعالى (١) «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» و فيه نظر، لاحتمال كون المراد بالمثل فيه أصل الاعتداء لا مثل المعتدى فيه الذي هو ما نحن فيه، فتأمل».

إذ قد عرفت أن المراد به ذلك و لو بمعونه ما سمعت من النص و الفتوى.

ثم قال: «هذا مع أنه لم يظهر حجه على أصل اعتبار المثل في المثلى و قيمه في القيمي عدا الإجماع و الاعتبار، و ليس فيهما ما يرجح أحد التعريفات، فليرجع في خصوص الأفراد إلى ما أجمع على كونه مثليا أو قيميا،

و لا إشكال فيما ظهر فيه، و يشكل الأمر فيما عداه، و ينبغي الاحتياط في مثله بالرجوع إلى الصلح و التراضى إن أمكن، و إلا فلا يبعد ترجيح مختار الأكثر، لرجحانه بالشهره، و لولاها لكان العمل بالتخير بين الآراء متجها، كما هو الحال في ترجيح الأقوال المختلفه التي لا مرجح لأحدها على الآخر من الأدله، و ربما يرجح مختار الأكثر على أكثر ما عداه أيضا بسلامته عن النقض الذي يورد عليه من شموله

للثوب، لأن قيمه أجزاءه متساويه مع أنه قيمي، و ذلك فإنه يمكن أن يقال: إن الثوب ليس بمتساوي الأجزاء، فإن ذراعا منه قد يسوى عثمانيا و الآخر شاهيات، بل ربما لا يكون له قيمه أصلا» بل من التأمل فيما ذكرنا يظهر لك أنه من غرائب الكلام.

على أنه يمكن أن يقال بل قيل: إن الظاهر من الآية (١) رخصه المالك بأخذ المثل بالمماثله العامه إرفاقا بالمالك، فلا يجوز للغاصب التجاوز عنه مع تقاضيه ذلك، لا أنه لا يجوز للمالك مطالبه الغاصب بالقيمه، فإن الظاهر أن

التالف في حكم المضمن، و العوض في حكم الثمن، و التخيير بيد البائع في التعيين، فيجوز للمالك مطالبته بالقيمه، و لا يرضى إلا بذلك في عوض ماله، و لا يمكن التمسك بأصالة براءة الغاصب عن لزوم القيمه، لاستصحاب شغل الذمه الموقوف براءتها بأداء حق المالك و إرضائه، لكونه مطلوباً.

بل ربما يقال: إن التقدين هما الأصل في الأعواض في الغرامات و غيرها، كما يشعر به بعض النصوص التي تقدمت في كتاب الزكاه (٢) على ما يخطر في البال، و لعله اليه نظر الإسكافي في إطلاقه ضمان القيمه و تعليق المثل على التراضى.

و على كل حال فقد ظهر لك من جميع ما ذكرنا أن المثلى المصطلح هو الذى يمكن لعقلاء العرف الحكم بمثل له مساو فيما له مدخلية في ماليتة في غالب صنفه، و ما ليس كذلك فهو قيمي، و لو لأن المغصوب مثلى معيب و لم يكن في غالب صنفه معيب كذلك، فيكون الحاصل أن

١- ١ سورة البقره: ٢- الآية ١٩٤.

٢- ٢ الظاهر أن نظره قده إلى موثقه إسحاق بن عمار التي ذكرها في ج ١٥ ص ٢٠٤ و رواها في الوسائل - الباب - ١ - من أبواب زكاه الذهب و الفضة - الحديث ٧.

المراد بالمثل في كلامهم هو الذي له مثل بمعنى أنه مساو له في جميع ما له مدخله في ماله من صفاته الذاتيه لا

العرضيه كالمكان و الزمان على وجه يكون غالبا في صنفه، و ما عداه قيمى، فتأمل فإنه جيد.

و أما وجه تعيين الغرامه به مع فرض تحققه فلإجماع و الاعتبار و غيرهما، و الله العالم.

[تعيين القيمه]

فإن تعذر المثل المزبور بعد أن كان موجودا حين تلف المغصوب كما في التذكرة و المسالك و غيرهما ضمن قيمته أى المثل بلا خلاف أجده فيه، بل قيل: إنه إجماعى، لنفى الضرر و قبح التكليف بما لا يطاق، و الإضرار بتأخير الحق، فتعينت القيمه المزبوره جمعا بين الحقين.

لكن قد يناقش إن لم يكن إجماعا بأن ذلك لا يقتضى وجوب القبول على المالك لو دفع الغاصب، فان له التأخير الى حال التمكن من المثل.

اللهم إلا أن يكون ذلك ضررا على من عليه الحق و لو باعتبار بقاء ذمته مشغوله بناء على أن مثله ضرر منفى أيضا، و فيه تأمل.

أو يقال: إنه مقتضى

قوله (عليه السلام) (١): «المغصوب مردود»

بناء على إرادته ما يشمل رد المثل أو القيمه من الرد فيه، فيكون ذلك تكليفا للغاصب، فيجب القبول على من له الحق مع دفع الحق.

هذا و قد يظهر من بعض عبارات التذكرة و الإيضاح عدم وجوب القبول عليه و أن له التأخير إلى وجدان المثل، فيملك المطالبه، و حينئذ يرتفع الاشكال من أصله.

و على كل حال فالمراد قيمته يوم الإقباض أى حينه لا يوم

١- ١ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب الأنفال - الحديث ٤ من كتاب الخمس و فيه «الغصب كله مردود».

الإعواز و لا- أقصى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف، و لا- أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز، و لا أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت الإعواز، و لا- أقصاها من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة، و لا- أقصاها من وقت انقطاعه و إعوازه إلى وقت المطالبه، و لا أقصاها من وقت تلف المغصوب الى وقت المطالبه، و لا قيمته يوم التلف، و لا قيمته يوم المطالبه، و لا أنه إن كان منقطعا في

جميع البلاد فالاعتبار بقيمته يوم الإعواز و إن كان في تلك البقعه فالاعتبار بقيمته يوم الحكم بالقيمة، بلا خلاف أجده في شىء من ذلك بيننا، و إنما بعضها وجوه و بعضها أقوال للعامه.

نعم في الإيضاح أن الأصح ضمانه أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة، و لم نعرفه لغيره، بل هو مبني على وجوب ضمان أعلى القيم في المغصوب، و ستعرف ضعفه.

كما أن بعض الوجوه مبنيه على ضمان المغصوب مع تجدد تعذر المثل بقيمته لا قيمه المثل.

وقيل: إنهم اختلفوا في باب القرض في وقت وجوب قيمه المثل في المثلى إذا تعذر على أقوال، فبعض على أنها تجب قيمه يوم المطالبه، و بعض وقت القرض، و بعض وقت التعذر، و لا فرق ظاهر بين المقامين، بل عن ابن إدريس التصريح بأن الحكم فيهما سواء.

و فيه منع تحقق خلاف معتد به، و على تقديره فلا ريب في ضعفه، ضروره كونه بعد ثبوت المثل في الذمه في القرض و الغصب يستصحب بقاؤه إلى حين أدائه، و تجدد تعذره لا يرفع الحكم الوضعى الذى هو ملكيه المثل عليه، و لذا يجب عليه أدائه مع فرض تجدد التمكّن منه، فهو إلى حين الإقباض ليس له في ذمته إلا المثل الذى تؤدى القيمة بدلا عنه

يطلب من المالك أو اختيار من الغاصب على الوجهين السابقين فتبرأ الذمه حينئذ على وجه لو تمكن من المثل بعد ذلك لم يجب عليه دفعه بلا خلاف أجده فيه بيننا.

و بذلك يفرق بينه وبين المالك و ملكه، فان المقام شبه أداء الدين بغير جنسه مع التراضى أو قلنا بأن ولايه ذلك بيد الغاصب، بخلاف ما يؤدى للحيلولة، فإنه ليس بدلا عن العين بنفسها، بل هو بدل عن حيلولتها.

و على كل حال فالغرض أن أداء قيمه المثل عند تعذر المثل ليس لثبوتها فى الذمه، بل الثابت فى الذمه المثل، و القيمة أداء عنه، فلا- نعتبر إلا- قيمته حين القبض. نعم لو قلنا بالتعذر ثبت فى الذمه القيمة اتجه اعتبارها عنده، لا- وقت الإقباض، لكونه حينئذ كتلف القيمي بناء على ذلك فيه، لكن لا دليل عليه، بل مقتضى استصحاب بقاء المثل فى ذمته خلافه، و الإعواز لا يرفع الحكم الوضعى كما ذكرناه.

و من هنا مضافا إلى ما ستعرف من عدم ضمان أعلى القيم فى المغصوب يظهر لك ضعف الوجوه المزبوره، بل و غيرها من الوجوه المحتملها فى المقام غير العشره المذكوره فى كلام العامه.

هذا و فى التذكرة «و المراد بالفقدان أن لا يوجد فى ذلك البلد و ما حواليه» و زاد فى المسالك «مما ينقل منه إليه عادة، كما بين فى انقطاع المسلم فيه» و نحوه عن الكفايه، و مرجعه إلى ما عن جامع المقاصد من أن المرجع فيه إلى العرف.

و فيه أنه ليس فى شىء من الأدله العنوان بذلك حتى يرجع إليه، بل مقتضى تكليف الغاصب بالأشق لزوم تحصيل المثل و لو من البلاد؟ لنائيه التى لا ينقل منها عادة إن لم يستلزم التكليف بالمحال.

و لعله لذا قال فى التحرير و غيره: «لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل فالوجه وجوب الشراء».

و فيه أنه مناف لما دل على نفي الضرار(١) و الحرج فى الدين(٢) و الخروج عنه فى خصوص رد العين المغصوبه لا يقتضى

الخروج عنه فى مثلها، فالمتجه جعل المدار على ذلك، و الله العالم.

و كيف كان فقد ظهر لك مما ذكرنا أنه لو أعوز فحكم الحاكم بالقيمه و لم يدفعها المحكوم عليه برضا من خصمه أو عدمه ف اتفق أنها زادت أو نقصت بعد الحكم المزبور لم يلزم ما حكم به الحاكم، و حكم بالقيمه وقت تسليمها ضروره عدم اقتضاء الحكم المزبور تعيينها، و إنما هو بيان قدر الاستحقاق فى ذلك الوقت لو دفع، و ذلك ل ما عرفت من أن الثابت فى الذمه ليس إلا المثل و انما تدفع القيمه بدلا عنه، فيكون المدار حينئذ على حين القبض، كما هو واضح بعد الإحاطه بما ذكرناه.

هذا و لا- يخفى عليك اقتضاء التقييد بما سمعت فى أصل المسأله أنه لو لم يكن المثل موجودا وقت التلف تجب قيمه التالف، بل هو الذى استظهره فى جامع المقاصد، لصيرورته بفقد المثل قيميا حين التلف.

و قد يناقش بعدم المنافاه بين ثبوته فى الذمه و بين تعذر أدائه فى ذلك الوقت، و دعوى صيرورته قيميا واضحه المنع، إذ المثلى لا يتعين كونه كذلك بتعذر المثل، و إلا لزم عدم وجوب دفعه لو تمكن منه بعد ذلك قبل الأداء، لثبوت القيمه حينئذ فى الذمه، و لا أظن أن القائل المزبور يلتزمه، لوضوح ضعفه، فالمتجه ثبوت المثل فى ذمته على كل حال،

١- ١ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب إحياء الموات.

٢- ٢ سورة الحج: ٢٢ - الآية ٧٨.

و تعذر أدائه حال التلف لا يقتضى عدم ثبوته فى الذمه، فإن عدم التمكّن من وفاء الذين لا يقتضى عدم ثبوته فى الذمه، و حيثنذ لم يكن للتقييد المزبور فائده.

و لعله لذا تركه المصنف، بل قيل و المبسوط و التحرير و الإرشاد و الدروس، بل فى الأخير ما هو كالصريح فى ذلك، قال: «فان تلف فعليه ضمان المثل، فان تعذر فقيمه يوم الإقباض، سواء تراخى بتسليم المثل عن تلف العين أم لا» و الله العالم.

و لو أتلّف الغاصب مثليا و ظفر به المالك فى غير مكان الإلتلاف فعن ابن إدريس أن له إزامه به فى ذلك المكان و إن كان هو أعلى قيمه من مكان الغصب و كان حملة يحتاج إلى مئونه، قال: «لأنه الذى يقتضيه عدل الإسلام و الأدله و أصول المذهب» و وافقه الفاضل و ولده و الشهيد و الكركى لأن وجوب رد المظلمه فوري، و لا تراعى مصلحه من حقه أن يؤخذ بأشق الأحوال.

لكن عن المبسوط ما حاصله على طوله أنه إذا اختلفت القيمه فللمالك قيمته فى بلد الغصب أو يصبر حتى يصل إليه ليستوفى ذلك للضرر المنفى، قيل: و هو المحكى عن القاضى و الشافعى.

و نوقش بمنافاته لفوريه الحق، و بأن تأخير الأداء و رد المظلمه ضرر على المالك، و الضرر لا يزال بالضرر، بل قيل: إذا تعارض الضرران فالترجيح لنفى ضرر المالك، إذ الضرر المنفى إنما هو من شرع الحكم، و الغاصب هنا أدخله على نفسه، مضافا إلى أنه يؤخذ بأشق الأحوال، و إلى إطلاق ما دل على وجوب رد المظلمه (١) و على تسلط المظلوم على

استيفائها متى تمكن منها(١)و الفرض أن الثابت في ذمته المثل، و دعوى اعتبار المكان في مثليته واضحة المنع لغيره و شرعا و عرفا.

نعم يتجه بناء على ذلك أنه ليس للمالك الامتناع لو بذله الظالم في غير بلد الظلم و إن اقتضى ضررا على المالك لقله قيمه مثلا، و إن تردد فيه في جامع المقاصد و لم يرجح.

بل قد ينقذ من ذلك أن على الغاصب ضمان المثل و إن خرج بالزمان أو المكان عن التقويم، كما لو أتلغ عليه ماء في مفازه ثم اجتمعا على نهر، أو أتلغ عليه جمدا في الصيف ثم اجتمعا في الشتاء، و إن ذكر فيه في القواعد احتمالين، ثانيهما أن عليه قيمه المثل في تلك المفازه أو الصيف من دون ترجيح، بل في الدروس قوه الاحتمال الثاني، بل لعله خيره الفخر، بل هو خيره الفاضل في التذكرة، بل في جامع المقاصد نسبتته إلى اختيار الأصحاب و غيره و أنه لا محيد عنه، و إن كنا لم نعثر على من تعرض له بالخصوص غير من عرفت.

لكن قد عرفت أن الثابت في ذمته المثل، كما هو مقتضى إطلاق الفتاوى و معقد الإجماع، و المكان و الزمان لا مدخلية له في حقيقته المثليه، و قاعده الضرر مشتركه بينه و بين المالك، و أخذه بأشق الأحوال إنما هو في رد العين المغصوبه لا المثل، و لذا صرح في جامع المقاصد بل لعله ظاهر غيره أيضا بعدم ضمانه غير المثل لو بقى له قيمه في الجملة في غير المكان المزبور، و إنما ذاك حيث لا يكون له قيمه.

على أن المتجه بناء على ذلك ضمانه المثل في أقرب الأماكن و الأزمنه إلى النهر و الشتاء، لا قيمته في ذلك المكان و الزمان.

و دعوى أنه لما كان مثله فى الشط لا قيمه له فالعدول إلى قيمه مثله الآخر غير معقول، فتعين الرجوع إلى قيمه عين المغصوب فى مكانه أو زمانه، خاليه عن الدليل، بل ظاهر الدليل خلافها، ضروره اشتغال الذمه بالمثل حال التلف و إن اختلف باختلاف الأمكنه و الأزمنه فى قيمه، و لا دليل على عود اشتغال الذمه بالقيمه، بل مقتضى الأصل خلافه، و الله العالم.

هذا كله فى المثلى.

و إن لم يكن المغصوب المتلف مثليا بل كان قيما كالحيوان و نحوه مما لم يكن لعقلاء العرف طريق للحكم بالمساواه فيما له مدخله فى ماليته من صفاته الذاتيه فى الصنف ضمن قيمته بلا خلاف معتد به فى ذلك هنا، نعم تقدم للمصنف فى كتاب القرض (١) ضمان القيمي بمثله، و قد سمعت الكلام فيه هناك.

كما أنك سمعت الكلام فى المحكى عن ابن الجنييد المحتمل لإيراده ما لا ينافى المشهور منه، و على تقديره فلا ريب فى ضعفه، لظهور صحيح أبى ولاد (٢) و غيره مما

دل على ضمان الحيوان (٣) عبد أو غيره فى كون اللازم قيمه، و منه نصوص عتق الشريك (٤) المقتضى للسرايه المأمور فيها بالتقويم، فليس للمتلف دفع المثل العرفى إلا مع رضا المالك، كما أنه ليس للمالك اقتراحه عليه.

و ما فى

بعض أخبار العامه - عن عائشه (٥) قالت: «صنعت حفصه

١- ١ ج ٢٥ ص ٢٠.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الغصب - الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٢ - من أبواب موجبات الضمان - الحديث ٢ من كتاب الديات.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق.

٥- ٥ سنن أبى داود ج ٢ ص ٢٦٧ - ط مصر عام ١٣٧١ و فيه «صفيه» بدل «حفصه».

طعاما فبعثت به إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله) فأخذني الأفكل فكسرت الإناء، فقلت: يا رسول الله ما كفاره ما صنعت؟ فقال:

إناء مثل الإناء و طعام مثل الطعام»

و عن أنس(١)«أن امرأه كسرت قصعه أخرى فدفع النبي (صلى الله عليه و آله) قصعه الكاسره إلى صاحبه المكسوره، و حبس المكسوره في بيته»

- ليس حجه عندنا مع إمكان حمل الأخير منهما على علم النبي (صلى الله عليه و آله) بحصول الرضا منهما بذلك، بل و إمكان حملة و الأول على تحقق المثليه فيهما، و غير ذلك.

نعم للأصحاب خلاف في تعيين القيمه، فعن المقنعه و المراسم و موضع من المبسوط و النهايه و في النافع و كشف الرموز أنها يوم غضبه و كأنه مال إليه في الإرشاد، بل في التحرير هو اختيار الأكثر لأنه أول وقت دخول العين في ضمان الغاصب، و الضمان انما هو القيمه، فيضمن بالغضب حاله ابتداءه.

و فيه أن الحكم بضمن العين بمعنى أنه لو تلفت وجب القيمه بدلها، لا- وجوب قيمتها حينئذ، فان الواجب ما دامت العين باقيه ردها، و لا ينتقل إلى القيمه إلا مع التلف، فلا يلزم من الحكم بضمناها على هذا الوجه اعتبار ذلك الوقت.

نعم قد يستدل له بما في

صحيح أبي ولاد(٢) المتضمن غضب البغل بمخالفته لما وقع بينه و بين صاحبه «أ رأيت لو عطب البغل أو أنفق أ ليس كان يلزمني؟ فقال الصادق (عليه السلام): نعم قيمه بغل يوم خالفته».

و فيه احتمال تعلق الظرف بالفعل المدلول عليه بقول: «نعم»

١- ١ سنن البيهقي - ج ٦ ص ٩٦.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الغصب - الحديث ١.

فيكون المراد يلزمك يوم المخالفه قيمه البغل لو عطب، بمعنى أنها تتعلق بك ذلك اليوم، و حينئذ فحد القيمه غير مبين فيه، فلا ينافى ما دل على القيمه يوم التلف الذى ستعرف أنه الأصح.

و دعوى أن الأول أظهر ممنوعه، بل قيل: إن ما ذكرناه أظهر بشهاده قوله فيه بعد ذلك: «فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر، قال (عليه السلام): عليك قيمته ما بين وقت الصبح و العيب يوم ترده عليه، قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت و هو، إما أن يحلف على القيمه فيلزمك، و إن رد اليمين عليك فحلفت على القيمه لزمتك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين اكرى كذا و كذا فيلزمك». الظاهر فى اعتبار القيمه يوم الرد لا الغصب.

و إن كان فيه (أولاً) أن الموجود فيما حضرني من نسخه التهذيب الصحيحه المحشاه «ترده عليه» من دون لفظ «يوم» و معناه أنك ترد الأرش عليه مع البغل. (و ثانياً) أنه على التقدير المزبور كما يخالف يوم الغصب يخالف يوم التلف، ضروره كونه غير يوم الرد، فلا يوافق المختار، بل و لا شيئاً من الأقوال.

بل إن جعلت الظرف فيه متعلقاً بقوله: «عليك» كان منافياً أيضاً لما عرفت من أن الضمان المعلق ثابت بالمخالفه، و المحقق حال حصول العيب، فالمتجه أن يراد منه أن عليك رد الأرش حين ترد البغل، لا- أن الأرش يتعلق وجوبه بك يوم رد البغل لا يوم حصول العيب، فيوافق حينئذ المراد من النسخه الساقط فيها لفظ اليوم.

و لقد أطنب بعض الفضلاء فى بيان المعنى المزبور، لعدم وقوفه على النسخه التى ذكرناها، و حينئذ لا يكون منافياً للمختار و لا مؤيداً له.

نعم ربما قيل: إنه ظاهر فيه. باعتبار أن سؤال الراوى عن الضمان

بسبب التلف لا بسبب المخالفه، فمطابقه الجواب للسؤال يقتضى أن يكون المراد منه: نعم يلزمك يوم خالفته هذا الحكم، يعنى يصير حكمك فى هذا اليوم لزوم قيمه البغل إن هلك، و المتبادر منه بعد معلوميه أنه ليس المراد قيمته ميتا هو أقرب زمان حياته إلى الموت، و هو قبيل التلف، و هذا معنى قيمته يوم التلف.

بل لعل تنكير «بغل» يومئى إلى ذلك أيضا، إذ هو إشاره إلى أنه يفرض الميت حيا، و إلا فلا ريب أنه لا يكفى قيمه أى بغل يكون، و هو مناسب لكون الظرف لغوا متعلقا بيلزمك، و إلا- فلا- يناسب التنكير، إذ البغل يوم المخالفه حى بالفرض و الاستصحاب، فالأولى تعريفه.

ثم إن الظاهر بناء قوله (عليه السلام): «حين اكترى» على غلبه عدم التفاوت فى هذه المده القليله و على الاستصحاب، و إلا فلم يقل أحد باعتبار قيمه حين الكرى، كما هو واضح.

و كيف كان فلا دلالة فى الصحيح المزبور على القول المذكور، و لعله لذا ترك أصحاب القول المزبور الاستدلال به و اقتصروا على الوجه الذى قد عرفت ضعفه، و من الغريب نسبه المصنف و الفاضل فى التحرير إياه إلى الأكثر، مع أنه لم نعرفه لغير من عرفت، و الله العالم.

و قال فى المبسوط و محكى النهايه فى موضع منهما و الخلاف و الوسيله و الغنيه و السرائر و الإيضاح و اللمعه و المقتصر و التبصره على إشكال و كذا شرح الإرشاد للفخر على ما حكى عن بعضها: إنه يضمن أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف بل فى المختلف أنه أشهر، بل عن بيعه نسبه إلى علمائنا، و فى المتن و هو حسن و كأنه قال به أو مال إليه فى الكفايه، و كذا المسالك، بل فيها «أن فى خبر أبى ولاد ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين» و قواه فى الروضه أيضا،

لمكان هذا الخبر الصحيح، مع أنه ذكر الاستدلال به للقول السابق.

و لكن لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه عدم إشعار في الصحيح المزبور فضلا عن الدلاله، اللهم إلا أن يقال: إنه بناء على تعلق الظرف بالفعل المستفاد من قول: «نعم» يكون المراد أن ابتداء الضمان من ذلك اليوم إلى يوم التلف، فيضمن الأعلى منه حينئذ، بل إن جعل متعلقا بالقيمه يكون المراد منه ذلك أيضا، لعدم معقوليه ضمان القيمه مع وجود العين، فيكون الحاصل أنه تلزمه القيمه مع العطب من يوم المخالفه.

إلا أن ذلك كله كما ترى تجشم و خلط بين الضمان التقديرى المتحقق بالمخالفه و الضمان التحقيقى الحاصل يوم التلف كما هو واضح.

نعم قد استدلل له بأنه مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حاله أعلى القيم، و لو تلف فيها لزمه ضمانه فكذا بعده، و أنه يناسب التغليظ على الغاصب الذى يؤخذ بأشق الأحوال.

و فيه أن الزيادة للسوق ما دامت العين باقيه غير مضمونه إجماعا، و لا يلزم من ضمانها لو تلفت في تلك الحال ضمانها مع عدم تلفها فيها، لأن ضمانها على تقدير تلفها في حاله العليا ما جاء من قبل الزيادة، بل من حيث الانتقال من ضمان العين إلى القيمه لفوات العين، و هو منتف على تقدير عدم تلفها في تلك حاله العليا، و أخذه بأشق الأحوال إنما هو بالنسبه إلى رد العين نفسها لا مطلقا، لعدم الدليل، بل الأصول تقضى بخلافه.

و أضعف من ذلك ما عن المصنف في أحد قولييه من أنه يضمن الأعلى من حين الغصب إلى حين رد القيمه، إذ هو كما قيل مبنى على أن القيمى يضمن بمثله كالمثلى، و إنما ينتقل إلى القيمه عند دفعها لتعذر

المثل، فيجب أعلى القيم إلى حين دفع القيمة، لأن الزائد في كل آن سابق على الدفع من حين التلف مضمون تحت يده، و لهذا لو دفع العين حال الزيادة كانت للمالك، فإذا تلفت في يده ضمنها.

و لعله إليه أشار المصنف بقوله و لا عبره بزيادة القيمة و لا بنقصانها بعد ذلك على تردد إذ منشأ التردد في ذلك كون الواجب في القيمي المثل أو القيمة، و إلا فلا إشكال في عدم اعتبار زيادة القيمة و نقصانها بعد يوم التلف على جميع الأقوال عدا القول المزبور.

و هو كما ترى مع ضعف المبنى عليه ينبغي تقييده بما إذا تعذر المثل، و حينئذ يتجه ضمان المثل يوم الإقباض كما عرفته في المثلى. على أنه لا يتم بالنسبة إلى ضمان العليا حال وجود العين.

و لعله لذا قيل: إن وجه القول قاعده الضرر، و ذلك لأن عدم تمكنه منها حين ارتفاع القيمة ضرر عليه و تفويت لتلك المنفعة العليا، و من هنا كان هو خيره العلامة الأ-كبر الآغا محمد باقر البهبهاني فيما حكى عنه، إلا أنك قد عرفت فيما تقدم اقتضاء القاعده المزبوره ضمان الأعلى مع فواته و إن رد العين نفسها، و هو مخالف للإجماع بقسميه، بل قد عرفت عدم الضمان فيما لو منعه من بيع ماله بقيمة عالية، كما تقدم الكلام في ذلك كله مفصلاً.

و بذلك كله يظهر لك أن الأقوى وجوب القيمة حين التلف وفاقاً للفاضل في جملة من كتبه و الشهيد و السورى و الكركى و الأردبيلي، بل هو المحكى عن القاضى، بل في الدروس و كذا الروضه نسبتة إلى الأكثر، و ذلك لأنه وقت الانتقال إلى القيمة، و إلا فقبله مكلف برد العين من غير ضمان للنقص السوقى إجماعاً، و احتمال منع الانتقال إلى القيمة حين

التلف و إن كان هو وقت الانتقال إلا أنه ينتقل إلى الأعلى حينه يدفعه عدم الدليل.

و دعوى أنه قاعده الاشتغال باعتبار اقتضاء التلف الانتقال إلى قيمه، و الفرض أنها ذات أفراد، فتتوقف البراءة على دفع أعلاها يدفعها ما تحقق في الأصول من أن مثله يجرى فيه أصل البراءة، ضروره رجوعه إلى الشك في التكليف بين الأقل و الأكثر.

و احتمال الإجمال في التأديه المجمعول غايه لضمان ما في اليد واضح الفساد، ضروره صدق التأديه على الأقل، و إنما الشك في التكليف في متعلق التأديه أنه قيمه يوم التلف أو الأعلى، و الأصل براءة الذمه من الثانى.

و احتمال ترجيحه بمناسبته لأخذ الغاصب بالأشق مع أنه لا- دليل على اعتبار مثل هذا الظن الحاصل من مثله ليس بأولى من ترجيح الأول بانسياق بدليه قيمه يوم التلف عن العين التى لو ردها فى ذلك اليوم لبرأ، إذ هو معنى البدليه لا القيمه السابقه.

و دعوى أن القيمه بدل شرعى و الفرض عدم العلم من الشارع أن البدل قيمه يوم التلف أو العليا يدفعها الانسياق المزبور من كل ما دل على الضمان.

و به يدفع ما عساه يقال من معارضه أصل البراءة الذى قدمناه بأصالة عدم وصول الحق إلى مستحقه، و عدم براءة الظالم من ظلامته.

بل و به يدفع ما يقال أيضا من أن أصل البراءة لا يشخص قيمه يوم التلف، إذ لعله يوافق قيمه يوم الغصب إذا فرض كونها أقل، اللهم إلا أن يمنع الانسياق المزبور على وجه يكون دليلا شرعيا، فيشكل الحال حينئذ.

و لعله لذا كان المعروف بين الأصحاب ضمان الأعلى، بل لم يذكر بعضهم قيمه يوم التلف قولاً بل ولا وجهاً، بل لم نتحققه ممن تقدم على الفاضل وإن حكى عن القاضى، بل سمعت نسبته فى الدروس إلى الأكثر.

و لكن لا ريب فى أن الاحتياط لا ينبغى تركه، بل الظاهر أنه لا بد من ملاحظه أعلى القيم فى التقويم يوم التلف على معنى إلزام الغاصب بقيمه العين المعتوره عليها أوقات فى يده قد اختلفت قيمتها فيها مع فرض مدخليه ذلك فى القيمه.

هذا و لا يخفى عليك أن محل الخلاف كما صرح به غير واحد ما إذا كان نقصان القيمه مستندا إلى السوق، أما إذا استند إلى حدوث نقص فى العين ثم تلفت فإن الأعلى مضمون إجماعاً، كما فى المسالك و الروضه و لو على معنى ضمان أرش النقصان و قيمه العين حال التلف، و الله العالم.

و كيف كان فقد عرفت مما ذكرناه فى تحقيق المثلى أن الذهب و الفضة مضروبين أو غير مضروبين إذا لم يكن فيهما صنعه محلله يضمنان بمثلهما كما صرح به غير واحد، بل فى المسالك نسبته إلى المشهور، ضروره إمكان الحكم بالمساواه فى الصنف على الوجه الذى ذكرناه، و دعوى أن الصحاح من الدراهم و الدينانير مختلفه فى الوزن و الاستداره و الاعوجاج و وضوح السكه و خفائها على وجه يؤثر فى القيمه يدفعها بعد تسليمها ما عرفت من أن المدار على المساواه فى الصنف، و الفرض حصوله، فلا يقدر اختلاف البعض.

و لكن مع ذلك قال الشيخ: هما قيميان ف يضمنان بنقد البلد، كما لو أتلّف ما لا- مثل له و فى المسالك «و لعله نظر إلى الاختلاف، فإنه لا يجرى عليه تعريف المثلى بأنه ما تساوى أجزاءه،

لأنه اختار في المبسوط هذا التعريف من غير أن يعتبر تقاربها في الصفات و لا يدخل فيه بدونه، و لكن لا بد من مراعاة ذلك في التعريف، و إلا لم يدخل فيه شىء من المثليات، لاختلاف صفات أصنافها الموجب لاختلاف قيمتها من الحبوب و الأدهان و غيرهما».

و فيه- مع إطلاق الشيخ قيمه الذهب و الفضة لا خصوص الدراهم و الدنانير منهما- أنه لا ريب في حصول التساوى في أجزاء أصنافهما على الوجه الذى ذكرناه. و على كل حال فلا ريب في ضعف القول المزبور، فيضمن بالمثل حينئذ.

نعم لو تعذر المثل ضمنه حينئذ بالنقد كما عرفته في كل مثلى تعذر مثله فان كان نقد البلد مخالفا للمضمون في الجنس بأن كان أحدهما ذهباً و الآخر فضه ضمنه بالنقد و إن اختلفا في الوزن، لعدم الربا فيه.

و كذا إن كان من جنسه و اتفق المضمون و النقد وزنا صح أيضاً، لما عرفت.

و إن كان أحدهما أكثر قوم بغير جنسه و يؤخذ قيمته ليسلم من الربا فيأخذ كمال حقه، و رده ابن إدريس بمنع ثبوت الربا هنا، لأنه مختص بالبيع، فلا يضر اختلافهما في الوزن، و كذا لو غاب فرده مع أرش النقص من جنسه.

و إلى رده أشار المصنف بقوله. و لا يظن أن الربا يختص بالبيع، بل هو ثابت في كل معاوضه على ربويين متفقى الجنس وزنا و قد عرفت في كتاب البيع تحقيق الحال في ذلك.

نعم يمكن أن يمنع كون المقام من المعاوضات، بل هو من الغرامات

التي لا تندرج في أدله الربا المراد منها الإرباء الحاصل بفعل المتعاملين، بل لو سلم تناول أدلته لمثل ذلك كان بينه وبين ما دل على أداء القيمة العموم من وجه و يمكن الترجيح لما هنا بإطلاق الفتاوى.

اللهم إلا أن يقال: إن المقام من المعاوضه بعد فرض كونه مثليا، لما عرفت من كون الثابت في الذمه المثل، و القيمة عوض عنه مع التعذر، خصوصا إذا قلنا بتوقف ذلك على رضا المالك، و إنما يتجه ذلك على قول الشيخ بكونه قيميا. مع إمكان منع كونه معاوضه مصطلحه على التقدير المزبور، حتى مع اعتبار رضا المالك الذي لا ينافى كونه غرامه برضاه، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و لو كان في المغصوب صنعه محلله لها قيمه غالبا كان على الغاصب مثل الأصل و قيمه الصنعه و إن زاد بذلك عن الأصل ربويا كان أو غير ربوي، لأن للصنعه قيمه تظهر لو أزيلت عدوانا و لو من غير غضب فلا يكون من الربا الذي هو الزيادة في أحد العوضين، كما صرح بذلك كله في محكى المبسوط و السرائر و التحرير و الإرشاد و موضع من التذكرة.

لكن أشكله في الدروس بعموم الربا، و زاد في المسالك «أنه لم يخرج بالصنعه عن أصله، و إنما اشتمل على وصف زائد، و قد صرحوا في باب الربا بأنه لا فرق بين المصنوع و غيره في المنع من المعاوضه عليه بزياده، و هذا أقوى، فزمانها بالقيمه أظهر، مع أنا نمنع من بقاءه مثليا بعد الصنعه، لأن أجزاءه ليست متفقه القيمة، إذ لو انفصلت نقصت قيمتها عنها».

قلت: قد عرفت البحث في باب الربا عن الصفات الحاصله للربوي بالعمل و نحوه، كما أنك عرفت هنا قوه احتمال منع الربا في الغرامات.

بل مما ذكرنا يعلم الحال فى المغصوب ذى الصنعه إذا كان من التقدين و كان نقد البلد الذى هو قيمه له موافقا له فى الحس و مختلفا معه فى الوزن، فان كونه قيميا لا يدفع احتمال الربا عنه، بل لا بد من تقويمه بغير الجنس حينئذ، إلا بناء على ما ذكرناه من عدم جريان الربا فى الغرامات.

و على كل حال فقد ظهر لك أن المعروف بين من تعرض للمسألة كون المفروض مثلى الأصل قيمى الصنعه، و عن موضع من التذكرة أنه قيمى، و فى المسالك أنه أظهر، للمنع من بقائه مثليا بعد الصنعه، لأن أجزاءه ليست متفقه قيمه، إذ لو انفصلت نقصت قيمتها متصله كما لا يخفى.

و فيه أن ذلك ليس ضابطا للمثلى كما عرفته، بل هو تساوى الأجزاء على حالها بالمعنى الذى ذكرناه سابقا.

و منه يتقدح قوه احتمال كون المصنوع مثليا مع صنعه، كما احتمله فى الدروس و إن استبعده فى المسالك، بل لعل جزمهم به فى الدراهم و الدنانير يؤيد ذلك، ضروره اشتراك الجميع فى أن لعقلاء العرف طريقا للحكم بالمساواه فى الصنف، هذا كله لو تلف المغصوب المصنوع.

أما لو تلفت الصنعه فقط فإنه يضمنها، و لا حجر فى كون ضمانها من جنس جوهر الإناء، لانتفاء الربا، إذ لا معاوضه بين جنسين لا حقيقيه و لا حكميه كما هو واضح.

و ظاهرهم الاتفاق على كونها حينئذ قيميه، فليس للمالك الإلزام بعودها، كما أنه ليس عليه قبول ذلك لو بذله الجانى، و فرق واضح بين المقام و بين الإلزام بتسويه الحفر فى الأرض الذى هو من قبيل رد المغصوب إلى محله، و الله العالم.

و إن كانت الصنعه محرمة كما فى آنيه الذهب و الفضه و الصنم

و الصليب و غيرها لم يضمنها سواء أتلّفها خاصه أو مع ذبيها، بلا خلاف أجده فيه، بل في الكفايه نسبتته إلى قطع الأصحاب، لأن الغصب لا يصير ما لا قيمه له شرعا ذا قيمه، و لا يجعل ما هو محرم- يجب إتلافه على جميع المكلفين من غير فرق بين الغاصب و غيره- قيميا محترما.

و هذا و لكن في القواعد «لو أتلّف آنيه الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعه إشكال ينشأ من مساواه الغاصب غيره و عدمها» مع أنه قال فيها قبل ذلك: «و إذا كسرت آلات الملاهي فلا ضمان، فإن أحرقت ضمن قيمه الرضا، و كذا الصليب» بل صرح به غيره، بل في الكفايه نسبه ذلك كله إلى قطع الأصحاب.

نعم للعامه خلاف في الحد المشروع لإبطالها على وجهين: أحدهما أنها تكسر حتى تنتهي إلى حد لا يمكن اتخاذ آله محرمه منها لا الأولى و لا غيرها، و عن الكركي أنه ليس ببعيد، لأنه أزر لمن هي له.

و فيه أنه تعد عن الاذن في التصرف في مال الغير، و من هنا كان الأظهر عند العامه أنها لا تكسر الكسر الفاحش لكنها تفصل، و لكن في حد التفصيل عندهم وجهان: أحدهما أنها تفصل مقدارا لا تصلح لاستعمال الحرام، فإذا رفع وجه الربط و ترك على شكل قصعه كفى، و الثاني تفصل إلى حد لو فرض اتخاذ آله محرمه من مفصلها لوصل إلى الصانع التعب، و لا ريب في أن الأظهر منهما الأول، اقتصارا في حرمه التصرف في مال الغير على مقدار الاذن، بل لا يبعد الضمان على من تجاوز الحد المزبور، فيضمن حينئذ التفاوت بين قيمتها مكسوره إلى الحد المشروع و بين قيمتها منتهيه إلى الحد الذي أتى به.

كما أنه لا خلاف أجده هنا في ضمان قيمه الرضا، و هو الذي

يبقى بعد الكسر، بل الكفايه نسبتته الى قطع الأصحاب، لأنه مال مملوك محترم، لكن عن ظاهر جماعه فى باب المكاسب أن آلايت اللهو لا تعد مالا، و أنها غير مملوكه، للخبر (١) والقاعده، و قولهم بعدم ضمان المتلف لها قيمتها، بل قيل: إن الأمر فى الصلبان و الأصنام واضح، و لا قائل بالفرق، و أنه ربما جمع بين كلامهم فى المقامين بإرادته ملك الماده دون الصوره، و عدم ضمان الماده لو توقف إتلاف الصوره عليها، أو لا تملك مطلقا و لكنها غير الرضاض بعد الكسر.

قلت: قد تقدم ما عندنا فى باب المكاسب (٢) و منه يعلم الحال فى المقام فلاحظ و تأمل، و على كل حال فإشكال الفاضل فى غير محله، و الله العالم.

و لو كان المغصوب دابه فجنى عليها الغاصب أو غيره بما لا مقدر فيه فى الإنسان أو عابت من قبل الله سبحانه ردها مع أرش النقصان بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا الى عموم الأدله و خصوص صحيح أبى ولاد (٣) السابق.

و تتساوى بهيمه القاضى و غيره فى الأرش عندنا، لإطلاق الأدله، و لأن المدار على تفاوت المال لا مالكه.

خلافًا للمحكى عن مالك و احمد فى إحدى الروايتين من أن فى قطع ذنب بهيمه القاضى تمام القيمه، لأنها لا تصلح له بعد ذلك.

و فيه ما عرفت من أن النظر فى الضمان الى نفس المال لا إلى

١- ١ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به - الحديث ١ و الباب - ١٠٣ - منها الحديث ٤.

٢- ٢ راجع ج ٢٣ ص ٢٥ - ٢٧.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الغصب الحديث ١.

غرض المالك، و لذا كان فى وطء الولد جاريه الأب بالشبهه مهر المثل كما فى وطء الأجنبي، و إن حرمت بالأول على الأب، كما هو واضح.

لكن فى التذكرة «لو غصب شيئاً متفاوت قيمته بالنسبه إلى أربابه كما لو غصب حجه إنسان بدين أو ملك فالأقرب ضمان التفاوت بالنسبه إلى ربه إن غصبه منه، و إن غصبه من غيره لم يضمن بالزيادة، بل بما يساوى قيمته بالنسبه الى ذلك الغير» و جعل الشأن فى الخاتم و النعل بالنسبه إلى كبر الإصبع و غيره كذلك، و لم أجده لغيره كما أنه لا وجه له واضح، ضروره عدم ثبوت ماله للشئ فى نفسه عرفاً بذلك.

بل ظاهر كلام الأصحاب خلافه، بل فى الدروس «أن مركوب القاضى كغيره و إن صيره أبتى» و كذا لو أتلف وثيقه خيال (جمال خ ل) أو خفا لا يصلح إلا لواحد، و الله العالم.

و كذا لو كان ذلك فيما له مقدر فى الإنسان منها إذ لا تقدير فى قيمه شئ من أعضاء الدابه عند المشهور، بل لا أجد فيه خلافاً إلا ممن ستعرفه بل نسبه بعض إلى التدره، ف يرجع فيه إلى الأرش السوقى كغيره من الأموال من غير فرق بين الفرس و البقره و غيرها و بين ما ينتفع بظهرها و لحمها أو أحدهما أو بغيرهما و غيرها، خلافاً لأحمد بن حنبل فى الأولين و لأبى حنيفه فى الثلاثه الأخيره.

نعم روى عاصم بن حميد(١) عن الباقر (عليه السلام) و مسمع(٢) عن الصادق (عليه السلام) «أن علياً (عليه السلام)

١- ١ لم نجد لعاصم بن حميد روايه بهذا اللفظ و انما روى فى المقام عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام ما سيزكره قده فى الجواهر.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤٧- من أبواب ديات الأعضاء - الحديث ٤ من كتاب الديات.

قضى فى عين الدابه ب ربع ثمنها» أى قيمتها كما

روى أبو العباس(١) عن الصادق (عليه السلام) أنه قال: «من فقأ عين دابه فعليه ربع ثمنها».

و فى

صحيح عمر بن أذينة(٢) المروى فى التهذيب «كتبت الى أبى عبد الله (عليه السلام) أسأله عن روايه الحسن البصرى يرويها عن على (عليه السلام) فى عين ذات الأربع قوائم إذا فقئت ربع ثمنها؛ فقال: صدق الحسن، قال على (عليه السلام) ذلك».

كما أنه

روى فيه صحيحا عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس(٣) عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «قضى على (عليه السلام) فى عين فرس فقئت ربع ثمنها».

قيل رواه فى الكافى(٤) حسنا بإبراهيم بل قيل هو صحيح فى زيادات حدود الفقيه(٥): و منه يعلم ما فى المسالك و غيرها من

الطعن فى السند، نعم لم نجد بها عاملا سوى ما عن النهايه و الوسيله من أنه فى فق ء عين البهيمه ربع قيمتها بعد الحكم فيهما أيضا أن الجنايه على أعضائها بحسب قيمتها، و لولا- ندره القائل بذلك لكان العمل بها فى خصوص العين متجها، بل يمكن القول بعدم العلم بالاعراض عنها بعد احتمال عدم العثور عليها فان الشهيد فى غايه المراد مع سعه باعه قال: «لم أعر على غير الأخبار الثلاثه».

نعم إن علم الاعراض عنها فلا محيص عن طرحها أو حملها على ما

-
- ١- ١ الوسائل- الباب- ٤٧- من أبواب ديات الأعضاء- الحديث ١ من كتاب الديات.
 - ٢- ٢ الوسائل- الباب- ٤٧- من أبواب ديات الأعضاء- الحديث ٢ من كتاب الديات.
 - ٣- ٣ الوسائل- الباب- ٤٧- من أبواب ديات الأعضاء- الحديث ٣ من كتاب الديات.
 - ٤- ٤ أشار إليه فى الوسائل فى الباب- ٤٧- من أبواب ديات الأعضاء- الحديث ٣ و ذكره فى الكافى ج ٧ ص ٣٦٧.
 - ٥- ٥ الفقيه ج ٤ ص ١٢٧ باب نواذر الديات.

كان الأرش فيه ذلك، خصوصا وقد حكى الشيخ (رحمه الله) في المبسوط و الخلاف عن الأصحاب في عين الدابه نصف قيمتها، و في العينين كمال قيمتها، و كذا كل ما في البدن منه اثنان.

قال في الأول منهما بعد أن حكم بضممان الأرش في الأعضاء: «و روى أصحابنا في عين الدابه نصف قيمتها، و في العينين كمال قيمتها، و كذلك قالوا في سائر الأطراف مما في البدن منه اثنان ففيه كمال القيمه».

و قال في الثانى: «إذا قلع عين دابه كان عليه نصف قيمتها، و في العينين جميع قيمتها، و كذا كل ما كان في البدن منه اثنان ففي الاثنين جميع القيمه، و فى الواحد نصف قيمتها، دليلنا إجماع الفرقه و أخبارها» مع أن المحكى عنه فيه فى آخر المسأله التاسعه من الغصب الحكم بالأرش، و الحكم أيضا به فى ذنب حمار القاضى لا القيمه باعتبار كونه واحدا.

اللهم إلا أن يريد بالأرش هو ما ذكره فيه من النصف و الكل.

كما أنه لم نجد ما ذكره من الروايه، كما اعترف به فى السرائر و غيرها، بل قد عرفت أنه نفسه روى فى التهذيب ما سمعت.

و فى المختلف «يمكن حمل الروايه و الإجماع الذى ادعاه الشيخ على غير الغاصب فى إحدى العينين بشرط نقص المقدر عن الأرش».

و هو كما ترى انما يتم ذلك فى العبد كما ستعرف من أن جنايه غير الغاصب عليه مضمونه بالمقدر من قيمته، و إذا تجاوزت ديه الحر ردت إليها، و كلام الشيخ و ما ادعاه من الأخبار و الإجماع فى الدابه.

و من الغريب ما فى الرياض حيث حكى عن الشيخ أولا القول المزبور فى الغاصب، مع أن الشيخ لم يفرق بين الغاصب و غيره فى المسأله.

و ثانيا قال فى مسأله العبد: «و لذا حمل الفاضل فى المختلف كلام الشيخ عليه» مع أن كلا من كلام الحامل و المحمول خال عن ذكر العبد،

على أن قوله: «فى إحدى العينين» لا- وجه له اللهم إلا- أن يكون عدم تصور نقص المقدر فيه عن الأرش بعد أن كان الواجب تمام القيمة، و بالجمله لا وجه للحمل المزبور.

و أغرب منه ما فى المسالك، حيث إنه بعد أن روى الأخبار الثلاثة الأولى و ذكر حمل المختلف قال: «و هذا الحمل حسن لو صحت الرواية، و مع ذلك فمدلولها خلاف ما ادعاه» ضروره عدم الحسن فيه، بل قد عرفت صحه الروايه و لكن هجرها مع فرضه و معارضتها بما سمعت منع من العمل بها، كما أنه منع من العمل بما حكاه الشيخ من الإجماع و الأخبار أنه لم نعرف ذلك لأحد ممن تقدمه لا فتوى و لا روايه، بل فتواه نفسه و روايته بخلافه.

و بذلك كله ظهر لك أن ما عليه المشهور من الرجوع إلى الأرش السوقى مطلقا أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأنه مال كغيره من الأموال، و لا يقاس على الإنسان فى ذلك، كما لا يقاس على العبد فى الرجوع إلى ديه الحر مع التجاوز، فتؤخذ القيمة حينئذ مع تلفه و إن تجاوزت ديه الحر، و الله العالم.

و لو غضب عبدا أو أمه فقتله أو قتله قاتل ضمن قيمته ما لم تتجاوز ديه الحر، و لو تجاوزت لم يضمن الزيادة.

قال فى الخلاف فى باب الغصب: «إذا قتل عبدا كان عليه قيمته ما لم تتجاوز قيمته ديه الحر عشره آلاف درهم، و كذا إن كانت أمه ما لم تتجاوز قيمتها خمسه آلاف درهم ديه الحره- إلى أن قال:- دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم» و ظاهر ذكره ذلك فى الباب المزبور أن الغاصب حكمه ذلك.

قيل: و أظهر منها فى ذلك عباره المبسوط قال: «و إن كان عبدا

نظرت. فان قتله ففيه قيمته، و إن زادت على ديه الحر لم يلزمه أكثر من ذلك».

بل قيل: إنه قد طفحت بذلك عباراتهم في باب القصاص و الديات فيما يكاد يزيد على عشرين موضعا من دون تعرض من أحد منهم لاستثناء الغاصب إلا الشهيد الثاني و كاشف اللثام، إلا أنه يمكن أن يقال: إن ذلك منهم من حيث الجنايه لا الغصب، بل يمكن إرادته الشيخ ذلك فيما سمعته من خلافه.

بل في المختلف «الظاهر أن مراد الشيخ بقوله في المبسوط:

- إنه لا- يلزم القاتل الزيادة عن ديه الحر- الجاني دون الغاصب، لأنه أشار في المبسوط الى ما اخترناه من لزوم الزائد، لأنه قال: إذا غصب عبدا فقطع آخر يده فان رجع السيد على الغاصب رجح بأكثر الأمرين مما نقص و أرش الجنايه، و إن رجح على القاطع رجح بالأرش، و هو نصف قيمه، و الزائد في مال الغاصب، لاختصاص ذلك بالجاني، فلا يتعدى إلى الغاصب، لما فيه من مخالفه الأصل، فإن العبد مال» و إن كان قد يقال بإمكان فرق الشيخ بين الطرف و النفس، بل هو مقتضى الجمع بين كلاميه.

و على كل حال ففي المتن و لو قيل: يضمن الغاصب الزائد بسبب الغصب كان حسنا بل عن ابن إدريس و الفاضل و ولده و الشهيدين و الكركي و غيرهم الجزم بذلك، و لذا نسبه في المسالك و غيرها إلى أكثر المتأخرين. بل فيها أنه «يرتفع الخلاف» بناء على ما سمعته من المختلف، بمعنى اتفاق الجميع على ضمان الغاصب تمام قيمه و إن تجاوزت ديه الحر، و ذلك لأنه مال فيضمن بقيمته، و إنما اقتصرنا في غير الغاصب على الديه عملا بالاتفاق، فيبقى ما عداه على الأصل.

على أن الرجوع إلى ديه الحر مع التجاوز إنما هو من حيث الجنايه التي لا تنافى وجود سبب آخر للضمان، و هو الغصب الذى لا رجوع فيه، كما لو مات فى يده، فإنه يضمن قيمته و إن تجاوزت بلا خلاف محقق أجده فيه كما ستعرف، بل لعل غيره من أسباب الضمان كالتقبض بالسوم و العاريه المضمونه كذلك، كل ذلك مضافا الى تكليف الغاصب بأشق الأحوال.

هذا و لكن قد يناقش بإطلاق ما دل على الرجوع مع التجاوز، من غير فرق بين الغاصب و غيره، ففى

الصحيح (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «ديه العبد قيمته، و إن كان نفيسا فأفضل قيمته عشره آلاف درهم، و لا يتجاوز ديه الحر».

و فى

صحيح ابن رثاب (٢) عنه (عليه السلام) أيضا «إذا قتل الحر العبد غرم قيمته و أدب، قيل: و إن كانت قيمته عشرين ألف درهم؟ قال: لا يتجاوز قيمه العبد ديه الأحرار».

و نحوه خبر أبى الورد (٣).

و فى

المرسل فى الإيضاح (٤) «إن العبد لا يتجاوز بقيمته ديه مولاه».

و ظاهره عدم الفرق بين الغاصب و غيره، بل ظاهر المرسل منها عدم الفرق بين الموت و القتل، بل قد يؤيده الصحيح الأول، إلا أن الإجماع على خلافه، بل لعل

قوله (عليه السلام) فى الصحيح الأول:

١- ١ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب ديات النفس - الحديث ٢ من كتاب الديات.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب ديات النفس - الحديث ٣ من كتاب الديات عن ابن رثاب عن الحلبي.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب ديات النفس - الحديث ١ من كتاب الديات.

٤- ٤ ج ٤ ص ٥٨٣.

ظاهر في الجنايه، فليس إلا المرسل الذي لا جابر له، بل قد عرفت أن الموهن له محقق، أما الجنايه المقتضيه لكون القيمه بحكم
الديه فيبقى الحكم فيها على الإطلاق الذي ينبغي الخروج به عما

يقتضى ضمان القيمه و إن تجاوزت، و ليس التعارض بينها من وجه، بل هو فرد آخر للخاص، فتأمل جيدا.

و ربما يؤيد ذلك ما تسمعه من الشيخ و المصنف في النافع و الفاضل في الإرشاد في المسأله الآتیه، و هي الجنايه على ما فيه
مقدر من الأعضاء، حيث وافقوا الشيخ فيها على عدم الفرق بين الغاصب و غيره في دفع المقدر ما لم يتجاوز ديه الحر في العضو،
و الله العالم.

و بذلك كله ظهر لك أنه لا خلاف و لا إشكال في أنه لا يضمن القاتل غير الغاصب سوى قيمته ما لم تتجاوز، و لو تجاوزت
ديه الحر ردت اليه بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى ما سمعته من النصوص (١).

نعم لو قتله غير الغاصب في يد الغاصب مثلا- فان لم تزد قيمته عن ديه الحر فلا إشكال، و إن زاد الأرش أى القيمه عن مقدر
الجنايه الذى هو ديه الحر طوبل الغاصب بالزياده دون الجانى على قول الأكثر، و فيه البحث السابق، و من الغريب جزم المصنف
بذلك هنا و عدمه في الأول الذى هذا من فروعه، كما هو واضح، و الله العالم.

هذا كله في الجنايه.

أما لو مات في يده ضمن قيمته و لو تجاوزت ديه الحر كما صرح به غير واحد، بل في الكفايه لا أعرف خلافا بينهم في ذلك،

لكن فى الدروس «لو مات لزمته قيمته و إن تجاوزت ديه الحر عند المتأخرين، خلافا للشيخ مدعىا عليه الإجماع» و إن كنا لم نتحققه، بل المحكى عن الشيخ فى الخلاف التصريح بذلك كالسراير، بل اقتصر غير واحد على نقل الخلاف عن الشيخ فى مسأله القتل كما عرفت.

و على تقديره فلا ريب فى ضعفه، لقاعده ضمان القيمه فى المغصوب بالغه ما بلغت المقتصر فى الخروج عنها على الجنایه لو قلنا بالرجوع إلى ديه الحر فيها، و لا استبعاد فى الأحكام الشرعيه المبنيه على حكم خفيه، و الله العالم.

و لو جنى الغاصب أو غيره عليه بما دون النفس فان كان تمثيلا و تنكيلا قال الشيخ: عتق و عليه قيمته ل

قول الصادق (عليه السلام) فى مرسل ابن محبوب(١): «كل عبد مثل به فهو حر»

الذى لا ينافيه ذكر المولى فى غيره(٢) حتى يحمل عليه، مؤيدا بأن الحكمه فى الاعتاق بتنكيل المولى جبر و هن المنكل، لما فاته من التكسب.

و لكن فيه تردد ينشأ مما عرفت و من الاقتصار بالعتق فى التمثيل المخالف للأصل على مباشره المولى لأنه المتيقن، بل لا جابر للمرسل المزبور بالنسبه الى ذلك، مضافا إلى

قوله (صلى الله عليه و آله)(٣): «لا عتق إلا فى ملك»

بناء على اعتاقه

١-١ الوسائل - الباب - ٢٢- من كتاب العتق - الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢٢- من كتاب العتق - الحديث ٢ و فيه « فيمن نكل بمملوكه أنه حر. ».

٣-٣ الوسائل - الباب - ٥- من كتاب العتق - الحديث ٢ و فيه « لا عتق إلا بعد ملك. ».

على المنكل لا المولى، و احتمال الحكمة معارض باحتمال كونها المؤاخذة على سوء فعل المولى، بل هو الظاهر.

و ما أبعد ما بين القول المزبور و القول بعدم الانعتاق بتنكيل المولى فضلا عن غيره كما عن ابن إدريس، بل المصنف تردد فيه أيضا في كتاب العتق و إن كنا

بيننا هناك ضعف ذلك بل بطلانه، إلا أن المتجه الاقتصار على تنكيل المولى الذى هو المنساق نصا^(١) و فتوى كما هو واضح.

و من الغريب ما عن الفاضل فى بعض فوائده من بناء الخلاف فى الحكم على الخلاف فى الحكمة أنها الجبر أو العقوبة، فعلى الأول ينعق دون الثانى، إذ هو مع أنه إحالة على مجهول لا وجه له بعد معلوميه عدم اطراد الحكمة على وجه تثبت بها أحكام شرعية.

و كذا ما عن غيره من بنائه على خروج العبد بالتنكيل عن الملكيه، أو المولى عن أهليه التملك بالنسبه للعبد، أو عقوبه محضه، فعلى الأخيرين لا عتق، بخلاف الأول كما هو واضح.

نعم لو أقعد أو عمى أو جذم فى يد الغاصب انعتق و ضمن الغاصب قيمته، و الله العالم.

و كيف كان فعن الخلاف و موضع من المبسوط أن كل جنايه على المغصوب ديتها مقدره فى الحر فهى مقدره فى المملوك بحساب قيمته المنزله فيه منزله الديه و ما ليست مقدره فى الحر ففيها الحكومه سواء كانت الجنايه من الغاصب أو من أجنبى، بل هو كذلك لو كان التلف بآفه سماويه، لأنه فى يده مضمون بلا خلاف أجده فى الأخير، أى ما لا مقدر له.

و ما عن المبسوط من الاقتصار على خصوص جنايه الغاصب ليس

خلافًا في المسألة، ضروره اشتراك الجميع في مدرك الحكم، و هو كونه مضمونا عليه، و لا مثل له و لا قيمه مقدره، فلا بد من الأرش.

و أما الأول فهو خيره النافع و الإرشاد و مجمع البرهان، بل عن المقتصر أن المشهور رده مع رد ديه السيد مثلا و هي نصف قيمه، بل عن الخلاف أن عليه إجماع الفرقه و أخبارهم، و لعله يريد بالأخبار

قول أمير المؤمنين (عليه السلام) (١): «جراحات العبيد على نحو جراحات الأحرار في الثمن»

و نحوه

المرسل (٢) و في قوله (عليه السلام):

«الثلث»

إشعار بإرادته الأعضاء.

و في الإيضاح الاستدلال عليه بعموم النص مفسرا له في حاشيته بأن ما فيه من الحر

ديته فيه من العبد قيمته، و عن الخلاف أيضا إجماع الفرقه و أخبارهم على هذه العبارة، و عن السرائر أنه ورد في الرقيق المماليك من بني آدم نصف قيمه، و كمالها في المتحد في البدن و المتعدد.

و لعل وفاق الفاضلين هنا مؤيد لما ذكرناه في المسألة السابقه من ظهور الروايات (٣) في الأعم من الغاصب و غيره، إذ لا فرق بين المقام و بين السابق، بل لعل تلك الروايات أظهر دلالة في كون قيمه العبد حيث تضمن بأي سبب من أسباب الضمان لا تتجاوز ديه الحر، و خروج الموت في يد الغاصب مثلا- لا- ينافي ذلك، ضروره بقاء الجنايه الموجهه لكون قيمه بحكم الديه على مقتضى إطلاق النصوص المزبوره كما ذكرناه سابقا.

و لكن مع ذلك قال المصنف لو قيل يلزم الغاصب أكثر الأمرين من المقدر و الأرش كان حسنا كما هو صريح محكى

١- ١ الوسائل- الباب- ٨- من أبواب ديات الشجاج و الجراح- الحديث ٢ من كتاب الديات.

٢- ٢ الفقيه ج ٤ ص ٩٥ الرقم ٣١٣.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢٢- من كتاب العتق.

المبسوط فى موضع منه والحلى و الفاضل و ولده و الكركى و الشهيدين و غيرهم، و عن كشف الرموز أنه قريب، و الدروس و الكفايه أنه قوى، بل فى جامع المقاصد

أنه مذهب الأكثر، بل فى الرياض أن عليه عامه من تأخر، بل عن المهذب البارع أن المشهور رده مع الأرش بالغاً ما بلغ. و كان الوجه فى ذلك أن الأ-كثر إن كان هو المقدر فهو جان، و الحر أصل للعبد فى ذلك إجماعاً بقسميه و نصوصاً(١)و إن كان الأكثر الأرش فهو مال مضمون عليه

بعموم «على اليد»(٢)

كغيره من الأموال، و لا منافاه بين العمل بجهتى الضمان.

و بذلك يفرق بين الغاصب و غيره، فيضمن الأول الأرش و إن زاد عن المقدر فى ديه الحر، بخلاف الثانى فإنه يضمن من حيث الجنايه معه خاصه، و الاتفاق نضا و فتوى على التقدير لها بما عرفت ما لم تتجاوز ديه الحر، و إلا ردت إليها.

و حيثئذ فلو جنى عليه جان و هو فى يد الغاصب تخير المالك بين الرجوع على الغاصب بأكثر الأمرين و يرجع هو على الجانى بالمقدر، و بين الرجوع على الجانى بالمقدر و بالزيادة إن كانت على الغاصب الذى يضمن كل نقص يكون على العين و لو بآفه سماويه.

و لكن فى ذلك المناقشه السابقه التى منشأها مساواه الغاصب لغيره فى الجنايه الموجهه للديه المقدره فى المملوك بالقيمه، و الله العالم.

هذا كله مع عدم استغراق الجنايه القيمه.

أما لو استغرقت قيمته بأن جنى الغاصب على ما فيه قيمته كالأنف و الذكر مثلاً قال الشيخ (رحمه الله) فى محكى الخلاف:

١- ١ الوسائل- الباب- ٦- من أبواب ديات النفس- من كتاب الديات.

٢- ٢ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤ و سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥.

كان المالك مخيراً بين تسليمه و أخذ قيمه و بين إمساكه و لا شىء له، تسويه بين الغاصب فى الجنايه و غيره و عليه إجماع الفرقه و أخبارهم.

و لعل مراده بالأخبار إطلاق

قول أبى جعفر (عليه السلام) فى خبر أبى مريم(١): «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى أنف العبد أو ذكره أو شىء يحيط بقيمته أنه يؤدى إلى مولاه قيمه العبد و يأخذ العبد»

نحوه خبر غياث(٢) المراد منهما مع مشيئه المولى ذلك، للقطع بعدم خروجه من ملكه بذلك.

و بالإجماع ما أرسلوه إرسال المسلمات فى كتاب القصاص و الديات، بل قيل: إنه حكى عليه الإجماع صريحا و ظاهرا فى خمس مباحث من غير إشاره منهم إلى الفرق بين الغاصب و غيره عدا نادر من بعض الناس.

مؤيدا ذلك كله بأن فى رده مع قيمه جمعا بين العوض و المعوض عنه، بل و ربما قيل من أن المضمون مع تلف الكل هو جميع القيمه فقط، فلا يعقل وجوبها فى البعض مع بقاء الجمله على ملكه، و إلا لاستوى الكل و البعض بل يزيد حكم البعض على الجمله، و إن كان فيه ما فيه.

و لكن مع ذلك فيه التردد (تردد خ ل) السابق الذى منشأ اختصاص هذه النصوص كغيرها من النصوص السابقه بغير الغاصب الذى فيه ضمان اليد، بل جزم الحلوى و الفاضل و ولده و الشهيدان و الكركى بوجوب دفع الغاصب إياه مع القيمه و إن كانت الجنايه مع غيره، و ذلك لأن العبد مضمون، و كل عضو عضو منه كذلك، فكل عضوفات منه يلزمه قيمته مع أصاله بقاء العبد على ملكه.

١- ١ الوسائل - الباب - ٣٤ - من أبواب ديات الأعضاء - الحديث ١ من كتاب الديات.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣٤ - من أبواب ديات الأعضاء - الحديث ١ من كتاب الديات.

و من هنا ربما اجتمع للمالك عدده قيم، كما لو قطع واحد رجله و آخر يده و ثالث عينه و رابع أذنه، فان للسيد إمساكه و مطالبه كل منهم بقيمه ما جنى، كما نصوا عليه فى باب الديات، و لا جمع بين العوض و المعوض، لأن العوض قيمه العضو، و المعوض ذلك العضو الفائت لا العبد، و لذا لو قطع إحدى يديه و دفع إليه نصف قيمه لم يجب عليه تسليم نصف العبد.

كل ذلك مضافا الى الضرر على تقديرى الدفع و عدمه، خصوصا إذا كان العبد كسوبا لا يمنعه قطع أنفه مثلا، و حمل الغاصب على الأجنبى قياس.

و لكن لا يخفى عليك ما فى الجميع، و العمده تناول النصوص المزبوره للغاصب و غيره و عدمه، ضروره عدم معارضه شىء من ذلك للنصوص المفروض تناولها، كما أنه على تقدير عدم التناول لا وجه لوجوب الدفع على المالك، فان المقام ليس من الجمع بين العوضين الممنوع، كما هو واضح، و لولا الشهره المزبوره لكان الأول لا يخلو من قوه.

و كيف كان فعلى الفرق بين الغاصب و غيره يتجه و جوب أكثر الأمرين عليه من قيمه التى لا- تتجاوز ديه الحر و الأرش و إن تجاوز، و قد يحتمل و جوب قيمه عليه و إن تجاوزت، باعتبار تنزيل الشارع الأنف منزله الكل، و لا ريب فى وجوبها على الغاصب و إن تجاوزت بناء على الفرق بينه و بين الجانى غير الغاصب، فكذا الأنف لو قطعه، فيكون المراد فى الأنف قيمه فى الغاصب و غيره، إلا- أنها قيادت فى الثانى بعدم التجاوز بخلاف الأول، إلا أنه كما ترى، بل مقتضاه ذلك فى الجنايه على ما يوجب نصف قيمه الذى قد عرفت أنه يجب منه فى الغاصب أكثر الأمرين مع تقييد نصف قيمه بعدم التجاوز، لأنها تجب

من حيث التقدير الشرعى باعتبار الجنايه و إن كان النقص المالى أقل منها.

و على كل حال بناء على الفرق بين الغاصب و غيره لو جنى جان على المغصوب بما يحيط بقيمته كان للمالك الرجوع على كل منهما، و لكن لو دفعه إلى الجانى و أخذ قيمه منه كان له الرجوع على الغاصب بالقيمه ناقصا لا تاما، مع احتمالاه، لأن العين مضمونه فى يده، و دفعها للجانى لأخذ قيمته بقدر الجنايه لا يسقط ضمانها.

و لعل هذا مراد الفاضل فى القواعد، قال: «و لو جنى عليه بما فيه القيمه فالأقوى وجوب دفعه مع القيمه، سواء باشر الغاصب أو الأجنبى، أى و هو فى يد الغاصب، بخلاف الجانى على غير المغصوب، فان رجع على الأجنبى دفع اليه العبد و رجع بقيمته على الغاصب، و إن رجع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجانى مجانا» انتهى.

و كان الوجه فى الأخير أنه دفع جنايه الجانى الذى استقر عليه التلف عنه، فيرجع بها، و اشتراط رد العبد انما هو مع التمكن منه لا مطلقا، حتى لو مات أو أبق مثلا، و يحتمل الرجوع عليه بقيمه العبد مقطوع الأنف مثلا، لأنها تقوم مقامه مع التعذر، و يأخذ منه قيمه الصحيح، و يحتمل أن لا يرجع بشىء لتعذر شرط الرجوع، فيسقط المشروط، و لعله لا يخلو من قوه.

و لو جنى العبد المغصوب بما يوجب القصاص نفسا أو طرفا و اقتص منه و لو بعد رده للمولى ضمنه الغاصب، و كذا لو سرق أو ارتد عن فطره فقطع أو قتل، نعم لو غصبه بعد ارتداده أو سرقة أو استحراق القصاص عليه مثلا ضمن قيمه عبد مستحق للقتل.

و لو جنى بما يوجب تعلق المال برقبته فداه الغاصب بأقل الأمرين من أرش جنائته و قيمته، و يحتمل بأرش الجنايه بالغ ما بلغ، كما ستسمع

إنشاء الله تمام الكلام فيه عند ذكر المصنف له.

و بالجمله كل نقص يكون فيه مضمون عليه و لو كان منه أو من آفه سماويه، بل فى التحرير «لو جنى على سيده فجنائته مضمونه على الغاصب أيضا، لأنه من جمله جنائياته الموجه للنقص» و حينئذ فإن اقتص المولى فعلى الغاصب أرش العضو التالف بالقصاص كما فى التذكرة، بل قال: «و إن عفا على مال ثبت المال على العبد، و فداه الغاصب بأقل الأمرين من أرش الجنايه و قيمه العبد كالأجنبي» و إن كان لا يخلو من تأمل، باعتبار أن السيد لا يثبت له على ماله مال، و من هنا لو كانت الجنايه خطأ لم يستحق السيد على الغاصب شيئا من حيث الجنايه، لأنها لا توجب شيئا.

نعم لو تراضى الغاصب مع السيد على مال للعفو عن القصاص الذى يوجب على الغاصب النقص صح، بل قد يقال بوجوب الدفع على الغاصب مقدمه لرد العين كما هى الواجب عليه، بل قد ينقدح من ذلك وجوب دفع الأزيد من قدر الجنايه.

و منه ينقدح قوه القول بوجوب فدائه فى الجنايه المالىه على الأجنبي بالأزيد من مقدر الجنايه مقدمه لوجوب الرد، فتأمل جيدا فإنه قد يفرق بين السيد و الأجنبي بعد فرض إرادته السيد القصاص منه لاختياره حينئذ عدم رد العين كما هى، فيسقط الخطاب بذلك.

و كيف كان فإنما يضمن الغاصب نقص القيمة حيث يحصل و لو بسبب من العبد، و لا يضمن أرش نفس العضو الذى فرض قطعه بسرقة أو جنايه، لأنه ذهب بسبب غير مضمون، فأشبهه سقوطه بغير جنايه.

و لو زادت جنايه العبد عن قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته يدفعها إلى سيده، فإذا أخذها تعلق بها أرش الجنايه، فإذا أخذ ولى

الجنايه القيمه من المالك رجع على الغاصب بقيمه أخرى، لأن المأخوذه أولاً استحققت بسبب وجد في يده، فكانت من ضمانه.

أما لو كان العبد وديعه فجنى بما تستغرق قيمته ثم قتله المستودع وجب عليه قيمته و تعلق بها أرش الجنايه، فإذا أخذها ولى الدم لم يرجع المالك على المستودع بشىء، لأنه جنى و هو غير مضمون.

و لو جنى العبد فى يد المالك بما يستغرق قيمته ثم غصبه غاصب فجنى فى يده بالمستغرق أيضا ففى التحرير بيع فى الجنائيتين، و قسم ثمنه بينهما، و رجع المالك على الغاصب بما أخذه الثانى، لأن الجنايه فى يده و إن كان للمجنى عليه أولاً أخذه دون الثانى، لأن الذى أخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانيا، فلا يتعلق به حقه، و يتعلق به حق الأول، لأنه بدل عن قيمه الجانى.

و لو مات العبد فى يد الغاصب فعليه قيمته بينهما، و يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمه، لأنه ضامن للجنايه الثانيه، و يكون للمجنى عليه أولاً أن يأخذ كما قلناه، فتأمل جيدا، فان بعضه لا يخلو من بحث، و الله العالم.

و لو زادت قيمه المملوك بالجنايه التى لا مقدر لها شرعا رده و لا شىء عليه للأصل، كالسمن المفرط فى نحو العبد و الجارىه مما لا يقصد فيه اللحم، بلا خلاف أجده فيه، لكن عن المبسوط فيما لو حلق لحيه الأمه فلم تنبت من دون غصب فزادت قيمتها، قال: نعتبرها بعبد إن زالت لحيته نقصت قيمته. و عن أبى العباس و ثانى الشهيدين فيها الحكومه، و فيه أنه لا دليل عليه، كما تعرفه فى الديات إنشاء الله.

أما لو كان لها مقدر كالخصاء أو قطع الإصبع الزائد المقدرين بتمام القيمه و ثلث ديه الإصبع الأصليه رده مع ديه الجنايه

كما عن الشيخ وغيره، بل في الكفايه أنه المشهور لأنها مقدره فيتناوله دليلها وإن لم تنقص القيمه.

نعم قد يشكل ذلك من الشيخ إذا فرض استيعاب القيمه بأنه لا يوافق ما سمعته منه من تخيير المالك بين الرد و أخذ القيمه و بين الإمساك و لا- شىء له، فيتجه في المقام ذلك لا- الرد مع المقدر، بل عن موضع من مبسوطه التصريح بذلك، و فيه ما عرفت سابقا.

كما أن ما في القواعد- من أنه لا شىء في قطع الإصبع الزائده كالسمن المفرط- لا يخفى عليك ما فيه، لما عرفت من أن لها مقدرًا بخلافه.

نعم في محكى التحرير لو سقط ذو المقدر بأفه سماويه و كان تزيد به القيمه لا شىء، بل في القواعد ذلك أيضا، إلا أنه قال: على إشكال، لكن عن التذكرة و الإيضاح أن الأقرب و جوب القيمه، بل في جامع المقاصد أنه أصح، لأنه يضمن بالتلف تحت اليد العاديه كما يضمن بالجنايه، و كأنه مصادره، و التقدير للجنايه لا يقتضى التقدير لغيرها، كما أشرنا إليه سابقا، و الله العالم.

و على كل حال فلا يخفى أن البحث في المدبر و المكاتب المشروط و المطلق الذى لم يؤد شيئا و أم الولد كالبحث في القن ضروره اشتراك الجميع في المملوكيه، نعم لو تحرر البعض جرى على كل من جزء الحر و الملك حكمه، كما هو واضح، و الله العالم.

و إذا تعذر عادة تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل مثلا أو قيمه و يملكه المغصوب منه و لا يملك الغاصب العين المغصوبه، و لو عادت كان لكل منهما الرجوع كما صرح بذلك كله غير واحد من أساطين الأصحاب. كالشيخ و ابن إدريس و الفاضل و الشهيد و الكركى

و غيرهم، بل فى المسالك نسبته إليهم مشعرا بالاتفاق عليه، بل فى محكى الخلاف و الغنيه نفى الخلاف عن ملك المغصوب منه البدل المزبور، بل ظاهرهما على ما قيل بين المسلمين.

نعم فى قواعد الفاضل ما صار سببا للوسوسه فى الحكم المزبور، فإنه قال فى موضع منها: «و لو أبق العبد ضمن فى الحال قيمه للحيلولة، فإن عاد ترادا، و للغاصب حبس العين إلى أن يرد قيمه عليه على إشكال».

فإن تلف العبد محبوسا فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع الأولى» و قال فى آخر: «و يجب رد العين ما دامت باقيه، فان تعذر دفع الغاصب البدل، و يملكه المغصوب منه، و لا يملك الغاصب العين المغصوبه. فإن عاد فلكل منهما الرجوع، و هل يجبر على إعادته البدل لو طلبه الغاصب؟

إشكال».

لكن فى جامع المقاصد بعد أن شرح العبارة الأولى قال: «و اعلم أن هنا إشكالا، فإنه كيف تجب قيمه و يملكها بالأخذ و يبقى العبد على ملكه؟! و جعلها فى مقابل الحيلولة لا- يكاد يتضح معناه». و قال فى شرح الأخرى: «و مقتضى كلامهم أن تملكه للحيلولة يقتضى أن لا يكون فى مقابل العين المغصوبه، و تحقيقه لا يخلو من إشكال».

و تبعه ثانى الشهيدين، حيث إنه بعد أن ذكر بقاء العين المغصوبه على ملك المالك و أن ملك قيمه للحيلولة قال: «هكذا أطلقوه، و لا- يخلو من إشكال، من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من غير دليل واضح، و لو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلا- أو توقف ملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و إن جاز له التصرف فيه كان وجهها فى المسأله». و استحسنته فى الكفايه.

قلت: لكنه مخالف لما عرفته من الاتفاق المؤيد بمعلوميه عدم

اعتبار توقف ملكيه المالك القيمه على الغاصب على خروج المغصوب عن قابليه التملك بموت و نحوه، كما يومئ إليه ما دل(١) على الضمان بالضياع و السرقة و نحوهما في الأمين المفطر، فان المال لم يخرج بذلك عن قابليه التملك، بل من المقطوع به الضمان في نحو الوقوع في بحر و نحوه مما يحصل معه اليأس من الرجوع، و ليس هو حينئذ إلا من ضمان الحيلولة.

بل أدله الضمان التي منها

«على اليد»(٢)

شامله لذلك قطعا، فهي حينئذ مقتضيه لملك المالك القيمه، ضروره كونه معنى ضمانها الذي هو شغل الذمه بالمثل أو القيمه على نحو اشتغالها به لو تلف،

كما يقضى به إطلاق الضمان عليهما نصابا(٣) و فتوى، فحينئذ يكون مملوكا عليه ذلك، كما أنه مملوك للمالك. فهو بالنسبه إلى ذلك كالدين الذي لا ريب في ملكه لصاحبه إذا دفعه إليه، فالقيمه المدفوعه حينئذ مملوكه و العين باقيه على الملك للأصل، و لأنها مغصوبه، و كل مغصوب مردود، و أخذ القيمه غرامه للدليل الشرعى لا ينافى ذلك.

على أن دفع البديل للحيلولة إن لم يكن على وجه الملكيه للمالك لم يجد في دفع ضرر المالك، بل ربما يكون ضررا عليه بوجوب حفظه و نحوه عليه، كما أن جواز التصرف فيه إن لم يكن على وجه يشمل ما يعتبر فيه الملك كذلك أيضا، فليس حينئذ إلا الملكيه التي لا تستلزم خروج المبدل عنه عن ملك الأول، بل لعل

قوله (صلى الله عليه و آله)(٤):

١- ١ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب الوديعه - الحديث ١.

٢- ٢ المستدرک - الباب - ١ - من كتاب الغصب - الحديث ٤ و سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١ و ٣ - من كتاب العاريه.

٤- ٤ المستدرک - الباب - ١ - من كتاب الغصب - الحديث ٤ و سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥.

«حتى تؤدي»

ظاهر في خلافه.

مضافا إلى أصله بقائه على ملكه و إلى ما عرفته من الاتفاق عليه، و لذا لم يذكروا خلافا بل و لا- إشكال في ملك نمائه المنفصل له، و دعوى أنه من الجمع بين العوض و المعوض عنه الممنوع منه شرعا و اضحه الفساد، بل هي مجرد مصادره.

و بذلك كله ظهر لك أن للمغضوب أحوالا ثلاثة: (أحدها) حال وجود العين على وجه يتمكن من ردها إلى مالكها فليس عليه إلا وجوب الرد، و إطلاق الضمان عليه على معنى دخوله في ضمانه لو حصل سببه، و هو التلف أو الضياع أو نحوهما مما يشمل الحيلولة.

و (الثاني) ذلك أيضا إلا أنه يتعذر أو يتعسر ردها، فعليه ضمان قيمتها تحقيا لا تقديرا، و هو المسمى بضمان الحيلولة، و معه يملك المغضوب منه القيمة المضمونه عليه باعتبار كونها كالدين على الغاصب، فيملكها من هو له و إن بقيت العين مملوكة له أيضا للأصل و غيره مما عرفت.

(الثالث) حال تلف العين و خروجها عن قابلية الملك بموت و نحوه، فيتعلق مثلها أو قيمتها في ذمه الغاصب تعلق الديون.

و ليس في كلام الفاضل في القواعد الذي ذكرناه منافاه لشيء من ذلك، بل هو صريح كلامه كغيره من الأصحاب على وجه لم يعرف فيه خلاف بينهم، و انما إشكاله في حبس الغاصب العين إلى أن يقبض ما دفعه من بدل الحيلولة، باعتبار كونه كالمعاوضه التي لكل من المتعاضين حبس العوض على الآخر حتى يحصل التقابض.

و الأقوى خلافه، ضروره عدم المعاوضه التي مقتضاها ذلك في المقام و إن كانت هي معاوضه معنويه، فليست هي إلا نحو من كانت عنده عين لمن له عنده كذلك، فإنه ليس له الحبس كما هو واضح. خصوصا

بعد

قوله (عليه السلام)(١): «المغصوب مردود»

و الفرض بقاؤه. و إشكاله أيضا في جبر إعادته المالك البدل لو طلبه الغاصب منه باعتبار ملكه له، و الأصل اللزوم، و لتوقف تمام البدليه على تماميه الملك التي منها عدم تسلط الغاصب عليه بنحو ذلك.

بل في الإيضاح «لو كان بحيث يجبر على الرد لكان نقصا في البدليه، إذ قد لا يرغب المعاملون فيه» و إن كان فيه أنه مع خروجه عن ملك المغصوب منه لا يجب

عليه إعادته قطعا، بل عنه في الحاشيه دعوى الإجماع عليه. فلا مانع حينئذ من رغبة المعاملين فيه.

نعم قد يقال: إن مقتضى

قوله (صلى الله عليه و آله)(٢): «حتى تؤدى»

مضافا إلى الاتفاق ظاهرا أن ملك المغصوب منه متزلزل، بمعنى كونه مراعى بعود المال، فينسخ الملك حينئذ قهرا بالأداء الذى هو غايه الضمان.

و من هنا جزم فى التذكرة بأن القيمة المدفوعه يملكها المغصوب منه ملكا مراعى بالحيلولة، فيزول بزوالها، و فى جامع المقاصد هو واضح، بل هو الذى جزم به فى القواعد أولا فقال: «يترادا».

و من هنا تعجب الكركى منه، فقال: «و العجب أن المصنف جزم فيما سبق بالتراد و تردد فى أن للغاصب حبس العين الى أن يأخذ البدل، و من هنا تردد فى إجبار المالك على الدفع لو طلبه الغاصب، و ينبغى عدم التردد فى وجوب الرد حينئذ، لأن هذا الملك ثبت على طريق القهر،

١-١ الوسائل- الباب- ١- من أبواب الأنفال- الحديث ٤ من كتاب الخمس، و فيه « الغصب كله مردود».

٢-٢ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤. و سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥.

لأجل عدم وصول ملك المالك إليه، فإن كان على جهة البدليه فإذا استحق المالك ملكه وجب عود مال الغاصب إليه، لامتناع زوال البدليه و عدم رجوع كل من البدلين الى مالكة، و إن كان على جهة الحيلولة فقد زالت، فلا وجه لعدم الرد أصلا، لأن الحال دائر بين الأمرين» إلى آخره.

و إن كان يرفع عجبه ما ذكرناه من احتمال تماميه ملك المالك لما أخذه على وجه لا تسلط للغاصب على فسخه، فإن له الرضا بما قبضه عوضا عن ماله كما عرفت.

و على كل حال فلا- إشكال- بناء على ما ذكرنا- فى أن للغاصب التسلط على جبره على رده حيثئذ، لكن رد عينه خاصة أو بدلها، لانمائها المنفصل الذى صار فى ملكه، أما المتصل فيرده مع العين على حسب غيره مما يملك مترلزلا.

و على هذا يكون معنى

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»

بيان أن أخذها موجب لضمان ما أخذته بتلف أو حيلولة مثلا أو قيمه حتى تؤدى العين، إلا أنه لا وجود للغايه مع التلف، فيستقر الملك على المضمون بخلاف الحيلولة، فإن الغايه محتمله الحصول،

فإذا حصلت ارتفع ضمانها السابق و اللاحق، على معنى رجوع ما دفعه من المثل و القيمه بسبب الضمان إليه، مؤيدا ذلك بمعلومية أن ما دفعه بسبب ضمانه قد كان بدلا عن العين، لمكان الحيلولة، فيعود إلى صاحبه بعود المبدل إلى صاحبه.

و احتمال عدم استحقاقه- العود باعتبار أنه دفعه غرامه شرعيه، و خصوصا مع تلف عينه، و يكون ذلك هو وجه الإشكال فى عباره

١- ١ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤ و سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥.

الفاضل - واضح الفساد. ضروره منافاته للاتفاق ظاهرا، بل هو قد صرح فى المقامين بالتراد. و للبدليه التى ذكرناها، و للغايه التى فسرناها و للاعتبار، بل لا يبعد كونه من الجمع بين العوض و المعوض الممنوع، فليس إشكاله حينئذ إلا فى تسلط الغاصب على جبره على ذلك، أو أن له الرضا به عوضا عما غضب منه.

و الأقوى بناء على ما ذكرناه أن له جبره، بل فى احتمال أن له الحبس حتى يدفع إليه، لأنه و إن لم يكن معاوضه حقيقه فهو كالمعاوضه و إن كان الأصح خلافه كما ذكرناه. فلو حبسه و تلف كان ضامنا لقيمته الآن و يرجع بما دفعه أولا.

بل يقوى ذلك و إن قلنا بجواز حبسه، كما هو ظاهر عباره القواعد السابقه، و ذلك لأن حكم الغصب قد زال على تقدير جواز الحبس، فهى يد غير الأولى، لكونها مستحقه، إلا أنها يد ضمان أيضا، كالقبض بالسوم، لأنه الأصل فى كل يد قد استولت على مال الغير إلا ما خرج من الوديعه و اللقطه و نحوها، كما حررناه غير مره.

و من هنا جعل الضمان فى المقام بقيمته يوم التلف، مع أن مذهبه ضمان المغصوب بأعلى القيم، إذ ليس هو إلا لخروج اليد عن حكم الغصب باستحقاق الحبس و وجوب رد المالك القيمه الأولى.

و بذلك يظهر لك ما فى المحكى عن السيد العميد فى شرحه للعباره، قال: «هذا إنما يتمشى على وجوب قيمه يوم التلف، أما لو أوجبنا الأكثر كان له الأكثر من القيمتين الأولى و الثانيه».

و إن وجهه فى جامع المقاصد بأنه إن كان الأقل هو القيمه الأولى فقد دفعها عوضا عن العين باستحقاق، فلا يجب ما سواها، و إن كان الأقل هو الثانيه فهى المستحقه بالتلف، لأن الأولى للحيلولة،

و قد زالت بجواز الحبس.

و لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه و بعد الإغضاء عن لفظ «الأقل» فى كلامه الذى قيل إنه من سهو القلم و إلا فالمراد «الأكثر» بل فى جامع المقاصد بعد التوجيه المزبور قال: «و فيه نظر، لأن المدفوع للحيلولة لم يكن عوضا عن العين قطعا، و لهذا لا تخرج بذلك عن ملك المالك، و لا يستقر ملكه على المدفوع حيث كانت العين باقيه على ملك المالك مضمونه على الغاصب، و خرج بجواز الحبس إلى أن يقبض القيمة عن كونه غاصبا، فوجبت قيمته يوم التلف».

و إن كان قد يناقش بإمكان بقاء حكم الغصب، و هو ضمان الأعلى للأصل، و إن خرج عن مسماه و عن الإثم ببقائه تحت يده، و الأمر سهل بعد أن كان المختار وجوب القيمة يوم التلف.

إلا أن المتجه فى المقام بناء على ذلك أنه يستقر ملك المالك على ما أخذه للحيلولة من القيمة إذا فرض اتحادها فى الزمانين، كما أنه يتجه مطالبه المالك بالزائد إذا فرض كونها أعلى يوم التلف، ضروره بقاؤها على ضمان الغاصب، أما إذا فرض العكس ففى تسلط الغاصب على استرجاع الزائد نظر، أقواه العدم، للأصل و لأن دفعه مستحقا عليه و غير ذلك. جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام؛ ج ٣٧؛ ص ١٣٦

من هنا يتجه ما ذكره المعظم من ضمان أعلى القيم فى هذا القسم، بل يتجه أيضا ضمان ما يتلف من العين المغصوبه من النماء المتصل و المنفصل، كما جزم به فى جامع المقاصد، و إن استشكل فيه الفاضل فى القواعد من حيث إنه لم يدخل تحت يده التى هى سبب الضمان، لأن الفرض تجدده بعد دفع القيمة و براءته من العين، فأولى بأن يبرأ من النماء.

و فيه (أولاً) أنه سبب تلفه على المالك. (و ثانياً) منع براءته من الضمان للعين فضلاً عن نمائها للأصل، و لذا قلنا بوجوب قيمه عليه يوم التلف مع فرض كونها أعلى من يوم الحيلولة، إذ الدفع لها لا يقتضى البراءة من الضمان، نعم لو فرض تلفها و لم يكن لها نماء و لا زادت قيمتها كانت قيمته يوم الحيلولة مجزئه،

إذ لا- يجب للعين الواحد قيمتان، اللهم إلا- أن يقال: إن ذلك كله داخل في القيمة المدفوعة بدلا عنها، كالمنافع في أحد القولين على ما ستسمع إنشاء الله.

بقي شىء: و هو أنه لو أخذ المالك قيمة الحيلولة في الأيدي المتعاقبه مثلا من الأول مثلا فاستحق هو الرجوع بما أداه للمالك على من حصلت الحيلولة في يده من الأيدي المتأخره أمكن القول بملكه له مترزلا- على حسب ملك المالك له لو رجع به ابتداء، و على حسب ملك ما دفعه هو إليه، لأنه يأخذه بدلا عما دفعه للمالك باعتبار حصول المغصوب في يده، فيملكه على حسب ملك المالك لما أخذه منه، فإذا عادت العين و رجعت الى المالك عاد هو بما دفعه للمالك، و عاد من كانت الحيلولة في يده بما أخذه الغاصب الأول منه، إلا أن نماء الأول للمالك و نماء الثانى للغاصب.

و احتمال القول هنا بعدم جواز رجوع ذى اليد الأولى على من حصلت الحيلولة في يده بل يختص الحكم فى خصوص التلف واضح الفساد، ضروره اتحاد المدرك فى الجميع كما لا نخفى على من أحاط خبرا بما ذكرناه فى مسأله الأيدي المتعاقبه.

ثم إن الحيلولة التى تبقى العين فيها على ملك المالك و إن ملك القيمة إنما هى مع معلوميه بقاء العين على ملك مالکها إلا أنه منع مانع من تسليمها، أما إذا كانت الحيلولة تقتضى زوال ملك المالك عنها فى ظاهر

الشرع كالإقرار بالغصب بعد البيع و كالشهادة على أنها مال الغير و نحو ذلك مما يحكم به فى ظاهر الشرع أن العين لغير من أقر له المقر فإذا دفع القيمة للمالك فهل العين أيضا تبقى على ملك مالكها كالقسم الأول من الحيلولة أو تنزل هذه الحيلولة منزله التلف. فيملك الحائل إذا أدى للمالك العين التى حال بينها و بين مالكها بالإقرار؟ لم أجده محررا هنا، بل ظاهرهم فيما يأتى الأول، و لكن الثانى محتمل، و ربما يشهد له بعض الكلام السابق فى باب الإقرار، و الله العالم.

و كل حال فلا-خلاف و لا إشكال فى أن على الغاصب الأجره إن كان مما له أجره فى العاده من حين الغصب إلى حين دفع البدل بل الإجماع بقسميه عليه. لما عرفته فيما تقدم من ضمان كل ما فات فى يد الغاصب و لو بآفه سماويه، إذ المنافع أموال فتضمن كالأعيان.

نعم ظاهر قول المصنف و غيره: «فيما له أجره فى العاده» إخراج نحو غصب الغنم و المعز و الشجر، حيث لا-منفعه له تستأجر عاده، كما عن المبسوط التصريح به، مع أنه قيل إن كلام الحلّى و الفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين فى كتاب الإجاره فى مسأله ما لو استأجر تفاحه للشم أو دراهم أو دنانير للزينة ينافى ذلك، إلا أن التحقيق خلافه و إن قلنا بصحة الإجاره فى مثلها، لكنها لا تعد عرفا إتلاف مال على الغاصب مع فرض عدم استعدادها لذلك.

نعم لو تعددت المنافع كالعبد الخياط و الحائك فى القواعد و عن غيرها لزم أعلاها و ستسمع تحقيق ذلك عند تعرض المصنف له إنشاء الله تعالى.

بل قيل كما فى التذكرة و محكى المبسوط و ظاهر غيرهما: إنه يضمن الأجره المزبوره إلى حين إعاده المغصوب فالمنافع المتجدده

بين دفع القيمة للحيلولة و بين رد العين أو تلفها مضمونه و إن كان الأول أشبه عند المصنف بأصول المذهب و قواعده التي منها أصل البراءة، و أن القيمة المأخوذة منزله منزله المغصوب، فكأنه عاد اليه، بل هي الواجبه عليه، و قد دفعها فبراً، و أنه استحق المالك الانتفاع بالقيمة التي هي عوض و بدل في المعنى، فلم يبق له على الغاصب حق في ذلك المال، و إلا لم تكن فائده للغاصب في الدفع.

و لكن لا- يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه من بقاء العين المغصوبه على ملك المالك، و على وجوب ردها على الغاصب مع التمكن، و على ضمانها و ضمان نائها، و أن القيمة للحيلولة غرامه شرعيه ثبتت بالأدله، و هي لا تقتضى براءه و لا تغييراً للحال الأول.

و من هنا قال في جامع المقاصد: «إن الذي يقتضيه النظر الوجوب، لبقاء الغصب كما كان، نعم على القول بأن للغاصب حبس المغصوب إلى أن يقبض البديل يتأتى عدم وجوب الأجره بعد دفعه» و إن كان فيه إمكان القول بالوجوب حتى على التقدير المزبور، ضروره عدم المنافاه بين البقاء على حكم الغصب بالنسبه إلى ذلك كضمان النماء و بين جواز الحبس له، كما أشرنا إليه سابقاً.

فالتحقيق الوجوب، و خصوصاً إذا كان تعذر الرد ناشئاً عن اختيار الغاصب، بل قد يقال بوجوب الأجره حتى مع استمرار الاشتباه و عدم معرفه كون المغصوب باقياً، أو تلف على وجه لا- تكون له اجره إن لم يكن إجماعاً على خلافه للأصل، فتأمل. و الله العالم.

و لو غصب شيئين ينقص قيمه كل واحد منهما إذا انفرد عن صاحبه كالخفين اللذين قيمتهما مجتمعين مثلاً عشره و قيمه كل واحد منفرداً ثلاثه فتلف أحدهما ضمن التالف بقيمته مجتمعاً

و هو خمسه و رد الباقي و ما نقص من قيمته بالانفراد و هو اثنان بلا خلاف أجده في شىء من ذلك، إلا من الشهيد إن كان خلافا كما ستعرف، بل و لا إشكال، لضمان الغاصب كل نقص يكون في يده على المغصوب و لو من حيث الاجتماع و الانفراد الذين فرض مدخليتهما في القيمة.

و لكن في اللعنه في الفرض يضمن قيمه التالف مجتمعا، و هو يقضى بأنه لا يلزمه إلا خمسه، و لعله لأنه لم يتلف غيره، و لأن نقص الباقي نقص سوق، فلا يضمن.

و فيه أنه تلف مع صفه الاجتماع المشتركه بينهما، و الفرض ضمانها.

و نقص السوق الذى لم يضمن هو الذى لا يكون بسبب شىء في المغصوب و لو وصفا، لا المفروض الذى هو كفكك تركيب باب كما هو واضح.

و كذا الكلام لو شق ثوبا موضوعا على الشق نصفين فنقصت قيمه كل واحد منهما منفردا ب واسطه الشق المزبور و إن لم ينقص مجموعهما، و لو لأن منفعه أحدهما متوقفه على الآخر لصغر النصف عن الاستقلال و عدم وجود مماثل له ثم تلف أحدهما فإنه يغرم قيمه النصف الذاهب مجتمعا و يرد الباقي مع أرش نقصانه الحاصل بالانفراد، إذ هو حينئذ كمسأله الخفين و إن أوهم التعبير خلافه، إلا أن التشبيه بهما شاهد على ما ذكرناه.

نعم لو فرض مع ذلك حصول نقص عليهما بالشق ضمنه أيضا حتى لو ردهما، و هو واضح كوضوح عدم شىء عليه غير التغيرير لو ردهما، و الفرض عدم نقص قيمتهما بالشق.

أما لو أخذ فردا من خفين يساويان عشره مثلا ف أتلفه أو تلف في يده و بقى الآخر في يد المالك ناقصا عن قيمته (١١) مجتمعا بسبب الانفراد (١٢) الحاصل له بعد غصب الآخر رد قيمه التالف

لو كان منضمًا إلى صاحبه بلا خلاف. إذ هو كما لو أتلّف رجل أحدهما و الآخر الآخر.

نعم في ضمان ما نقص من قيمه الآخر تردد كما في محكى التحرير، من أنه لم يدخل تحت يده كى يكون مضمونا عليه كالأول، و من عدم انحصار الضمان في الغصب، بل من التسبب الصادق في المقام، كحبس المالك عن ماشيته، و قواه في محكى الإيضاح و جامع المقاصد، و في المسالك هو الأصح، كفك أجزاء الباب و السرير و نحوهما مما لم يعتبر فيهما إلا الجزء الصورى الذى هو كالاجتماع فى زوجى الباب و الخف.

إلا أنه قد عرفت تحقيق الحال عندنا فى مثل الضمان بذلك و نحوه مما لم يتضح لنا اندراجه فى الاستفادة من نصوص الضمان به، و الأصل البراءة.

و على الأول يكون المضمون حينئذ سبعة، و على الثانى خمسة، و يحتمل كونه ثلاثة و إن لم أجد به قائلًا، باعتبار أنه قيمه المتلف، لأن تلفه فى يده لم يكن إلا حاله التفريق، فمع فرض اعتبار قيمه يوم التلف يتجه ضمان الثلاثة التى هى قيمته.

و فيه أن ضمان الخمسة باعتبار تلفه عنده مضمونا عليه منضمًا، لأن الفرض غصبه كذلك، و أما الاثنان فضمامهما على تقدير القول به من التسبب الذى لا ينافى ضمان القيمة يوم التلف.

و من هنا لم يقطع لو أخذه على وجه السرقة، و كان قيمته مع نقصان الثانى نصابًا. بل عن التذكرة الإجماع عليه، قال فيها: «لو أخذ أحدهما على صورته السرقة و قيمته مع نقصان الثانى نصاب لم يقطع إجماعًا، لأن الزائد إنما ضمنه فى ذمته بتفريقه بين الخفين، فكان كما لو ذبح شاه

تساوى ربع دينار فى الحرز ثم أخرجها وقيمتها أقل، فإنه لا يقطع، فكذا هنا.

قلت: لا- إشكال فى عدم القطع بالنقصان فى الثانى المفروض تتمه النصاب به، لعدم كونه من السرقة، إنما الكلام فى نقصان المسروق نفسه، و الظاهر عدمه أيضا، لأن نقصانه و إن كان مضمونا عليه لكنه غير داخل فى المسروق نفسه، فتأمل جيدا، والله العالم.

و كيف كان فلا خلاف عندنا و لا إشكال فى أنه لا يملك الغاصب العين المغصوبه بتغييرها بعمل من الأعمال و إخراجها عن الاسم و المنفعه سواء كان ذلك بفعل الغاصب أو فعل غيره، كالحنطه تطحن، و الكتان يغزل و ينسج للأصل و الإجماع بقسميه، خلافا لأبى حنيفه، كما قدمنا الكلام فيه سابقا، و لا شىء للغاصب عن عمله الذى هو غير محترم بسبب عدم الاذن فيه و إن زادت به قيمه، بل إن كان مما يمكن رده إلى الحاله الأولى و أراد المالك رده و جب على الغاصب ذلك، و يضمن أرش النقص إن كان.

نعم لو يرضى المالك ببقائه على الحاله لم يكن له رده، لحرمة التصرف فى مال الغير، بل هو كذلك مع الجهل بحاله أيضا، كما أنه للمالك إذا لم يمكن رده كطحن الحنطه، و أرش نقصه إن فرض على الغاصب، و ذلك كله واضح.

و لو غصب مأكولا- مثلا فأطعمه المالك بأن قال له: هذا ملكى و طعامى أو قدمه إليه ضيافه أو نحو ذلك مما يتحقق به الغرور منه أو شاه فاستدعاه و ذبحها مع جهل المالك ضمن الغاصب بلا خلاف و لا إشكال و إن كان المالك المباشر للإتلاف و لتسلم المال، إلا أنه ليس تسليما تاما يتصرف به المالك تصرف الملاك فى أملاكهم

على أنه مال له.

و كذا لو أودعه المالك أو آجره إياه أو أعاره إياه عارياً غير مضمونه أو أرهنه. فإن التسليم في ذلك كله غير تام و باق على ضمان الغاصب و لو للشك في صدق الأداء معه. بل قد يشك في صدقه مع تعميم الانتفاع مع عدم التمليك اللازم، لعدم كون يده حينئذ يد مالك، كما كانت على المغصوب.

نعم لو وهبه المالك هبه لازمه أو أقرضه له كان تسليمها تاماً، و من هنا لو دفع إليه عوض حقه الثابت عليه على سبيل الهبة اللازمه فأخذه المالك على هذا الوجه و نوى الدافع عن حقه كان وفاء على الأقوى كما عن التذكرة.

بل صرح غير واحد بالاكْتفاء في ذلك بالإهداء، و مقتضاه جريان مثله في المقام، ضروره عدم الفرق بين الغاصب و المديون بالنسبه إلى ذلك بعد أن كان الاعتبار بنيته في التشخيص دون الديان، و لذا يجب عليه القبول لو بذله، و لا يشترط في كل منهما الاعلام بكونه الدين أو المغصوب بعد الاستيلاء التام على وجه الملكيه التامه، و لذا اكتفى الأصحاب بالدس في المال على وجه يكون في يده على أنه من أمواله، و بالجمله فالمدار على صدق الأداء في المقام.

بل في القواعد أنه «لو أمر الغاصب المالك بالأكل مع جهله بالحال فباعه أو بالعكس فالأقرب زوال الضمان» لأنه قد تصرف باختياره لا بقول الغاصب، فصادف التصرف ملكه، و لأن العين لو كانت مملوكه للغاصب لكان على المتصرف بمخالفه الأمر الضمان، و كل ما يقتضى الضمان على تقدير الملك لا يتصور فيه الغرور، إذ تغريه إنما هو بكونه ملكاً له. و على تقدير الملك فالضمان ثابت، و به جزم الكركي.

لكن قد يناقش بأنه- وإن كان غير مغرور- لا يصدق عليه أنه أدى المال، والأصل بقاء الضمان، وكذا لو غصبه من الغاصب و أتلفه بنيه العدوان منه.

اللهم إلا أن يقال: إنه وإن كان لا يصدق على تسليمه أنه أداء إلا أنه صار في عهده المالك لو كان مملوكا لغيره، ومثله يسقط الضمان على من عليه الضمان ولو لظهور أدله الضمان في غير الفرض، أو غير ذلك.

و على كل حال فلا إشكال في الضمان في مفروض المتن، لأن المباشرة ضعيفه بالغرور المانع عن استتباع الضمان المقتضى لعدم غرم الغاصب، و حينئذ فالسبب أقوى في الإلتلاف الموجب للضمان، بل هو المستقر عليه لعدم تعقل ضمان المالك لماله و إن قلنا بضمان المغرور في غير المقام، كما صرح به من تعرض له من الأصحاب من غير نقل خلاف؛ بل عن التذكرة أنه الذى يقتضيه مذهبنا.

لكن في القواعد «لو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء و برأ الغاصب، و فى الأرش إشكال».

و فيه منع براءته من الضمان مع عدم العلم بالحال، فلو تلفت قبل ظهور الحال و هى بيد المالك على أنها زوجه و هى مملوكة للغاصب لم يبرأ، لكون التسليم غير تام، كما أن فيه أيضا منع الإشكال فى الأرش سواء قلنا: إنه أرش ما ينقص منها بالولادة أو أنه تفاوت ما بين قيمتها طلقا و قيمتها أم ولد محتمل البقاء و الموت، و لذا لا يعاد على الغاصب لو مات الولد، لأن العيب الذى ثبت لم يزل، و إنما انقطع بعد مده و المأخوذ أرشا إنما أخذ على تقدير رجاء انقطاعه و عروض زواله. أو أن الأرش هنا مهر أمثالها أو العشر أو نصفه، ضروره كون المفروض من

مسأله الغرور التي قد عرفت عدم الخلاف في ضمان الغاصب، بل هو أيضا ممن جزم بذلك، فالفرق بينهما غير جيد ولا واضح. نعم إن أطعمه أى الطعام غير المالك قيل والقائل غير واحد: إن المالك يغرّم أيهما شاء للمباشرة والغصب لكن إن أغرم الغاصب لم يرجع على الآكل الذي هو مغرور له و إن أغرم الآكل رجع الآكل على الغاصب لغروره الذي صار به مباشرته ضعيفه بالنسبه للسبب، فيكون قرار الضمان عليه.

وقيل و إن كنا لم نتحقق قائله منا بل يضمن الغاصب من رأس، و لا ضمان على الآكل أصلا لأن فعل المباشر ضعيف عن التضمنين بمظاناه الاغترار، فكان السبب أقوى نعم هو قول الشافعي في القديم و بعض كتب الجديد، و المشهور عند الشافعيه الأول، و هو الأصح، لأن ضعف المباشرة لا يبلغ حدا ينتفى به الرجوع عليه مع كونه متصرفا في مال الغير و متلفا له على وجه يندرج في قاعده «من أتلف مال غيره فهو له ضامن» و لكن يجبر غروره برجوعه على الغار، بل لعل

قوله (عليه السلام) (١): «المغرور يرجع على من غره»

ظاهر في ذلك كما تقدم الكلام فيه سابقا، و الله العالم.

و لو غصب فحلا- فأنزاه على الأنثى كان الولد لصاحب الأنثى و إن كانت للغاصب كما صرح به الشيخ و الحلبي و الفاضل و الشهيدان

١- ١ لم نعثر على هذا النص من أحد المعصومين عليهم السلام. و إن حكى عن المحقق الثاني قده في حاشيه الإرشاد أنه نسب ذلك إلى النبي الأكرم صلى الله عليه و آله. و الظاهر أنه قاعده فقهيه مستفاده من عده روايات ورد بعضها في التدليس. راجع الوسائل - الباب - ٧- من أبواب العيوب و التدليس - الحديث ٥ من كتاب النكاح و الباب - ٢- منها - الحديث ٢ و المستدرک - الباب - ١- منها - الحديث ٥.

و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل فى جامع المقاصد الإجماع عليه على الظاهر، و فى المسالك و غيرها نفى الخلاف فيه، بل يمكن تحصيل القطع به من السير المستمره فى سائر الأعصار و الأمصار على تبعيه الولد فى غير الإنسان للأثنى من غير فرق بين الغاصب و غيره.

فتأمل بعض الناس فيه- بأن الولد من الفحل، فلا يكاد يوجد الفرق بينه و بين الحب إذا نبت فى أرض الغير- فى غير محله، إذ هو كالاتجاه فى مقابله النص، على أنه قيل: يمكن الفرق بأن النطفه لا قيمه لها، و ليست مملوكه بعد انفصالها، و لا واجبه الرد إلى مالك الفحل، و النشوء و النماء من الأثنى، و لا كذلك الحب، فإنه مملوك له قيمه، و يجب رده، و إن كان فيه ما فيه، و الله العالم.

و كذا لا خلاف و لا إشكال فى أنه لو نقص الفحل بالضراب ضمن الغاصب النقص كما فى غيره من الأعيان المغصوبه و عليه أجره الضراب عند أهل البيت (عليهم السلام) كما فى محكى السرائر، بل فيه «ما قاله شيخنا فى مبسوطه من أن أجره الفحل لا تجب على الغاصب، لأن

النبي (صلى الله عليه و آله) نهى عن كسب الفحل(١)

فهو حكايه مذهب المخالفين، فلا يتوهم متوهم أنه اعتقاده» و لكن مع ذلك فى المتن و غيره قال الشيخ فى المبسوط:

لا يضمن الأجره.

و على كل حال فلا ريب فى أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، بل لا أجد فيه خلافاً إلا من الشيخ إن كان لأنها عندنا ليست محرمة و عن مكاسب التذكرة و نهايه الأحكام نسبتته إلى

١- ١ الوسائل - الباب - ١٢- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ٣ و فيه «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن عسيب الفحل و هو أجر الضراب» و فى المبسوط ج ٣ ص ٩٦.

علمائنا، فتكون حينئذ منفعتة محلله مضمونه عليه.

بل قد يقال بضمائها بفواتها تحت يده وإن لم يستوفها، بل ينبغي الجزم به إذا كان مما يعتاد استئجاره لذلك، أما مع عدمه فلا يخلو من إشكال، إذ صحه الإجاره أعم من الضمان بالغصب، وإلا لوجب على من غصب تفاحه أجرتها للشتم أو دراهم أو دنانير أجرتها للزينة بناء على صحه الاستئجار لذلك و التزامه في غايه البعد، لعدم صدق فوات المال، و لعله لذا قيد المصنف و غيره ضمان الأجره بما إذا كان المغصوب مما له أجره في العاده.

و على كل حال فعلى الغاصب أجره الضراب، لما عرفت، و

النبوى المروى فى غير طرقنا(١) من أنه نهى (صلى الله عليه و آله) عن عسب الفحل،

أى ماؤه و ضرابه محمول على الكراهه أو على بيع مائه، فلا إشكال فى الحكم حينئذ، و الله العالم.

و لو غصب ما له أجره و بقى فى يده حتى نقص كالثوب يخلق و الدابه تهزل لزمه الأجره و الأرش و لم يتداخلا، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أو لم يكن بلا خلاف و لا إشكال فى الأخير، و إن قالوا لو انتقص العبد بسقوط عضو منه مثلا بآفه يضمن الأرش و الأجره لما قبله سليما و لما بعده ناقصا، إذ لا يعقل أجره شىء معدوم بعد عدمه.

أما الأول و هو الذى يكون نقصه باستعماله فهو الذى صرح به الشيخ و الفاضل و الشهيدان و الكركى و غيرهم، بل لا أجد فيه خلافا، لأصالة عدم تداخل الأسباب، إذ فوات الأجزاء فى يد الغاصب سبب لضمائها، و الانتفاع سبب آخر لضمائها الأجره، فلا يتداخلان كالأول، لكن فى القواعد و الدروس احتمال وجوب الأكثر من الأرش و الأجره،

و هو الضعيف من وجهى الشافعى.

و أضعف منه تعليقه بأن النقصان نشأ من الاستعمال، و قد قوبل بالأجره، فلا يجب له ضمان آخر، و إلا لوجب ضمانان لشيء واحد.

و لأن نقص الأجزاء ملحوظ فى الأجره، و لذا لم يضمناها المستأجر بل و المستعير، و لأن ما ينقص بالاستعمال تعتبر أجرته زائده على ما لا ينقص به، فلولا كونها ملحوظه لم تتحقق الزيادة، إذ كل ذلك لا يقتضى الأكثر المزبور، و إنما يقتضى دخول الأرش فى الأجره.

مع ما فى الأول من أن الأجره لم تجب للاستعمال، و إنما تجب لفوات المنفعه على المالك، فتجب و إن لم تستعمل، كما أنها تجب و إن لم يفت شيء من الأجزاء، فلم يجب ضمانان لشيء واحد.

و فى الثانى إننا نمنع لحظ الأجزاء الناقصه فى الأجره، و لم لا- يكون سقوط ضمانها للإذن فى الاستعمال الشامل لإتلافها كالمستعير، و ثبوت الزيادة المذكوره غير معلوم، و بتقديرها لا يدل على التداخل، كما أنه مع فرض الملاحظه لا تداخل أيضا، و الله العالم.

و لو أعلى الزيت مثلا- فنقص وزنه ضمن النقصان و إن لم تنقص قيمه بلا- خلاف أجده بين الخاصه و العامه، بل و إن زادت قيمته على ما قبل الغليان، لأنه مثلى يضمن بمثله، و عمله الذى قد زاد به الواقع تبرعا لا يقوم مقام ذلك. فما فى المسالك من احتمال الرد و لا غرامه- لأن ما فيه من الزيادة و النقصان يستندان الى سبب واحد، فينجر النقصان بالزيادة- واضح الضعف، لما عرفت.

و إن نقصت قيمته دون عينه رده مع أرش النقصان الذى هو مضمون عليه بالغصب.

و إن نقصا معا رد مثل الناقص مع الباقي، إلا إذا كان ما نقص

من القيمه أكثر مما نقص من العين، فيلزمه مع مثل الذاهب أرش نقصان الباقي، لأن الفرض عدم عود القيمه بعود الكميّه الأولى.

و لو لم ينقصا معا رده، و لا شىء عليه كما هو واضح.

و لو أعلى عصيرا فنقص وزنه قال الشيخ فى محكى المبسوط بل و الخلاف و إن كنا لم نتحققه لا يلزمه ضمان النقيصه، لأنها نقيصه الرطوبه التى لا قيمه لها إذ النار تعقد أجزاء العصير، و لهذا تزيد حلاوته بخلاف الأولى.

و فى الفرق تردد بل منع، و لذا كان أكثر المتأخرين أو جميعهم على خلافه، و ذلك لأن الواقع نقص محسوس فى العين فيجب بدله، مع منع معلوميه كون الذاهب أجزاء مائه خاصه بخلاف الزيت و إن تفاوتتا بالقله و الكثره.

و كذا يضمن النقص لو خلل العصير و نقصت عينه دون قيمته، بل و كذا إذا صار الرطب تمرا و العنب زيبيا و اللبن جينا أو سمنا أو زيدا، و لعله لأن الجميع مثلى و قد نقص نقيصه حسيه فيضمن و إن زادت قيمته فى الحال الآخر الذى هو الأقل، نعم قد يشكل الضمان بالمثل باعتبار عدم المثل للأجزاء التالفه، فيتعين القيمه، و الله العالم.

[النظر الثالث فى اللواحق]

اشاره

النظر الثالث فى اللواحق و هى نوعان: (النوع خ)

[النوع الأول فى لواحق الأحكام]

اشاره

الأول فى لواحق الأحكام، و هى مسائل:

[المسأله الأولى إذا زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب]

الأولى إذا زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب أو غيره فيه صنعه اقتضت تلك الزيادة فإن كانت تلك الصنعه أثرا محضا لا عينا كتعليم الصنعه و خياطه الثوب بخيوط المالك و نسج الغزل و طحن الطعام و صياغه النقره رده و لا شىء له بلا خلاف و لا إشكال، لعدم احترام العمل بغير إذن من المالك، بل كانت تلك الصفات من توابع مال المالك، فلو أتلفها أو تلفت فى يده كان ضامنا لها، كما تسمع تحقيقه إنشاء الله تعالى عند تعرض المصنف له.

و لو (و إن خ ل) نقصت قيمته أى المغصوب بشىء من ذلك ضمن الأرش لما عرفته مكررا من كون يد الغاصب يد ضمان، كما عرفت فيما تقدم أنه إن لم يمكن رده الى حاله الأولى رده الى مالكه بحاله مع أرش النقصان إن كان. و إن أمكن رده الى حاله

الأولى، فإن رضى به المالك لم يكن للغاصب رده إلى ما كان، وإن ألزمه الرد إلى الحالة الأولى لزمه ذلك مع أرش النقص عما كان قبل تلك الزيادة، ولا يجبر على رفاء الثوب الذى شقه و إصلاح الإناء الذى كسره مع الأرش بعد ذلك، للأصل و لأنه لا يعود إلى ما كان بذلك، بل يضمن الأرش خاصة، كما أنه لا يضمن تلك الزيادة بتلك الصنعة بعد الأمر له بالرد المقتضى لإتلافها، وإنما يضمن ما نقص من قيمه أصل النقره بالكسر.

كما صرح بذلك كله الفاضل فى القواعد، قال فيها: «و لو صاغ النقره حليا ردها كذلك، فلو كسر ضمن الصنعة، و للمالك إجباره على ردها نقره، و لا- يضمن أرش الصنعة، و يضمن ما نقص من قيمه أصل النقره» و نحوه المحكى عن التحرير و الدروس و غيرهما.

لكن قد يشكل (أولا) أصل الإجبار بعد عدم الضرر على المالك و الضرر على الغاصب بقاعده نفي الضرر و الضرر مع منع عدم صدق التأديبه بنحو ذلك.

و يدفع بقاعده تسلط الناس على أموالهم، و هو الذى أدخل الضرر على نفسه بتعديه، و بأنه لا ريب فى عدم تأديته كما غضب، و هو واضح.

و (ثانيا) بأنه لا- فرق بين أصل النقره و بين الصنعة بعد صيرورتها ملكا للمالك، فان كان الأمر بالرد إذنا بإذهابها فلا تضمن فكذلك هو إذن فى النقصان بعد فرض لزومه لردها نقره.

و احتمال الفرق- بأن الصياغه جناية من الغاصب على مال المالك و النقص بالكسر مسبب عنها فيضمنه، و أمر المالك بإعاده العين كما كانت لا يقتضى سقوط الضمان، لبقاء الغصب المقتضى للضمان إلى حصول التسليم التام حتى لو تلفت العين فى حال ردها إلى البلد و قد أمره

بذلك، بخلاف الصنعه التي لم تكن العين عليها في وقت الغصب و لم تستقر للمالك في ذمه الغاصب- يقتضى عدم ضمانه الصنعه حتى لو تعمد إتلافها، لعدم دخولها ابتداء تحت يد ضمانه، بل يقتضى عدم الضمان لو أعلف الدابه المغصوبه حتى سمت و قد كانت في مكان بعيد ثم أمره المالك برده فوراً على وجه يستلزم فوات سمنها، بل قد يقال: إنه يقتضى عدم الضمان لو غصبه من المالك سميماً و نقله إلى مكان بعيد محافظاً على بقاء سمنه ثم أمره المالك برده فوراً على وجه يقتضى زوال السمن المزبور، لعدم الجنايه منه في وجود السمن.

و لعله لذلك كله التزم بعض الناس بضمن الصنعه، و قال في جامع المقاصد: «و في الفرق نظر ينبغي تأمله- ثم قال:- و يختلج بالخاطر فرق ينبغي تأمله بعد ذلك، و هو إن طلب المالك رد الحلى نقره يقتضى عدم قبول الصنعه، بخلاف رد السمين إذا استلزم رده الهزال، و بخلاف نقصان العين بالكسر، فإنه لا يقتضى ذلك، و لا منافاه بين ملكيه السمن و الرضا بها، و طلب الرد على الفور و إن علم هزاله به للاعتماد على كون ما ينقص من العين مضموناً عليه».

و فيه أنه يمكن تقرير مثله في الصنعه، بأن يقال: إن أمره في الرد للاعتماد على ضمان كل نقص يكون بذلك و إن علم استلزامه لخراب الصنعه- ثم قال:- «و يمكن أن يفرق بوجه آخر، و هو أن الأمر برد الحلى نقره يدل على عدم قبول الصنعه و الترخيص في إتلافها بخلاف ما ينقص بالكسر، لأن الأمر بالكسر لا يقتضى قبول الناقص من الفضه و إن كان لازماً عنه لا محاله، فهو محسوب من جمله المثونه الواجبه على الغاصب، فإنه لو أمره المالك برد الدابه إلى بلد الغصب و كان ذلك مستلزماً للهزال لا يكون دالاً على عدم إرادته السمن و الترخيص في إتلافه فيكون من باب المقدمه، كالعلف و السقى».

قلت: لا- يخفى عليك ما فيه من التشويش و صعوبه الفرق بين ما ذكره من الوجهين و إن حاول الفرق بينهما بفهم العرف الاذن فى الصنعه و عدمها فى السمن، و العلم باستلزام الرد الهزال لا يقتضى الإذن.

نعم لو صرح أو علم من حاله عدم إرادته السمن المنافى للتضمنين لأن من عادته ركوب الدابه المضمرة اتجه حينئذ عدم الضمان كما هو واضح.

أو بإمكان الجمع بين إرادته وصولها إليه مع إرادته بقائها سمينه و إن كان لا- يتحقق فى الخارج، بخلاف إرادته ردها نقره مع الصنعه. إذ هى النقره المصنوعه المأمور بردها نقره، أى بلا صنعه كما هو واضح بأدنى تأمل، فإن مرجعه إلى عدم ضمان كل ما أمر به المالك من إتلاف ماليه لماله كأصل المال، بخلاف ما لم يكن مأمورا به مما هو مضمون على الغاصب و إن كان هو لازم تحقق المأمور به فى الخارج المفروض استحقاق الغاصب إياه، فإنه ليس لازما لأمره، فبقى على قاعده الضمان، و الله العالم.

و إن كانت زياده قيمه فى المغصوب لأن الغاصب قد زاد فيه عينا محضه كالغرس و نحوه كان له أخذها و إعادته المغصوب و أرشه لو نقص كما تسمع تفصيل الكلام فيه إنشاء الله عند ذكر المصنف له.

و إن كانت غير محضه كما لو صبغ الثوب المغصوب بصيغ منه فان كان الحاصل مجرد تمويه لا يحصل منه عين لو نزع فليس للغاصب النزع إن رضى المالك، و له إجباره عليه فى أقوى الوجهين، لأن الواجب عليه إعادته العين كما كانت، و لأنه قد يريد تغريمه أرش النقصان الحاصل و إزالته، و يحتمل ضعيفا العدم، لأنه كقصاره الثوب.

و إن كان الحاصل بالصيغ عينا لا- أنه تمويه محض فان كان يمكن فصله كان له إزاله الصيغ بشرط ضمان الأرش إن نقص الثوب و إن لم يأذن المالك، بل و إن منع، وفاقا للشيخ و ابنى زهره و إدريس

و الفاضل فى أكثر كتبه، و الشهيدين و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل فى المسالك أنه الأشهر، بل فى المختلف و التنقيح هو المشهور، بل فى الرياض أنه المشهور، خصوصا بين المتأخرين.

و من الغريب بعد ذلك كله ما فى الإيضاح من أنه لا خلاف فى منع الغاصب من الإزالة لو نقص الثوب بها، و لا فى إجابته مع عدم هلاك الصبغ و عدم نقص الثوب أصلا. اللهم إلا أن يريد بذلك مع العلم بالنقص بعد حمل عبارات الأصحاب على النقص المحتمل، إلا أنه كما ترى مناف لإطلاقهم، كما نراه ما تسمعه من والده و غيره لما ذكره أخيرا من نفي الخلاف عن الإجابة.

و على كل حال فلا ريب فى أن المشهور ما عرفت خلافا للمحكى عن الإسكافى و الفاضل فى المختلف من أنه ليس للغاصب قلع الصبغ بدون إذن المالك، فان لم يرض دفع قيمه الصبغ و وجب على الغاصب قبوله، و استجوده فى التنقيح، بل قال: «و عليه الفتوى» و فى الرياض بعد أن حكاها عن خاله العلامة البهبهانى فى حاشيته على مجمع البرهان قال: «و هو غير بعيد نظرا إلى قواعدهم المقرره فى الغصب».

بل فى المختلف بعد أن حكى عن المشهور الأول، و اختار مذهب الإسكافى محتجا باستهلاك عين الغاصب، و عدم انتفاعه بصبغه، و استلزام قلعه التصرف فى مال الغير بغير إذنه، قال: «و من العجيب إيجاب التمكين على المالك من أخذ الصبغ و إن تعيب ثوبه و عدم قبول عوض الصبغ منه، و إجبار الغارس المستعير للأرض على أخذ قيمه الغرس من المالك إذا دفعها، مع أن المالك أذن فى الغرس و لا ضرر عليه و لا على أرضه بأخذ الغرس، و المالك هنا لم يأذن فى الصبغ، و عليه ضرر فى أخذه من ثوبه».

و فيه أن ذلك انما يرد على الشيخ المحكى عنه ذلك، أما على الأصح من عدم التسلط على الإجبار المخصوص كما بيناه في محله فلا- عجب، كما أن دليله لا- يرجع إلى حاصل، ضروره أعميه مفروض البحث من استهلاكك عين مال الغاصب و عدم انتفاعه به، أو أنه مخصص بما أمكن فصله على وجه يكون مالا، و على تقديره فقاعده تسلط الناس على أموالهم و لو إتلافا عامه للأمرين، و استلزام القلع التصرف في مال الغير لا يقتضى سقوط احترام مال الغاصب.

(و دعوى) أنه كما أن وقوعه عدوانا لا يقتضى إسقاط ماله الغاصب فله التصرف فيه بالقلع فكذلك عدوانه لا يقتضى نفي سلطنه المالك عن ملكه، فله أن يمنع الغاصب عن التصرف فيه بالقلع، و حيث تعارض الحقان ينبغى أن يترجح جانب المالك، لعدم تقصيره و تداركه مال الغاصب بالقيمه، بل هو أولى كما مضى (لا يخفى عليك) ما فيها من عدم اقتضاء ذلك ترجيح المالك على وجه ينتقل اليه مال الغاصب بالقيمه قهرا على مالكه، بل أقصاه عدم تسلط أحدهما على الآخر في ذلك، فتبقى قاعده تسلط الناس على أموالهم، و قاعده إيصال كل مال إلى صاحبه و غيرهما على حالها، و لكن يولى الحاكم من يخلص كل مال عن الآخر و يوصله إلى صاحبه، أو نقول بولايه ذلك إلى المالك، باعتبار دخول الغاصب عليه، فهو كمن ألقى في دار غيره شيئا، فإن للمالك إزالته.

و بالجمله ما ذكره من الترجيح المزبور لا يقتضى الوجه المذكور و إن تمموه باعتبارات لا تصلح مدركا شرعيا، فالتحقيق ما ذكرناه.

بل هو أولى من الشركه فى المتساويين التى أوجبنا فيها الإجبار بطلب أحد الشريكين مع الإشاعه فيها دون المقام، و لذا قيدوا بعدم

الضرر هناك دونه هنا، فهو كمالين متلاصقين لشخصين لم يرض كل منهما بتخليصه من الآخر، فإنه لا ريب في تولى الحاكم ذلك، فكذا المقام المحتمل تولى المالك، لما عرفت من العدوان من الغاصب، أما إذا لم يكن عدوانا من أحدهما، بأن أطار الريح ثوبا في إيجانه صبغ لآخر و تعاسر أو كان يمكن الزوال كان المتولى الحاكم على الظاهر.

و على كل حال فمع فرض تضرر الغاصب بنقص ماله أو بهلاكه بالإزالة لا جبر له، لأنه ذو الاختيار السيء الذى أدخل الضرر على نفسه بخلاف المالك المظلوم، و لذا وجب الأرش عليه لو نقص الثوب بذلك دونه.

و إلى ما ذكرنا يرجع استدلال المشهور بأنه إن لم يجب الإزالة كان عدوانا آخر، و الظالم لا يستباح ظلمه و التعطيل ضرر عليهما، كما أن بيع كل واحد ماله منفردا عن الآخر لا يرغب فيه، فليس إلا الإجابة.

و غير ذلك مما ذكره و إن كان ما ذكرناه أولى، بل لعله لا ينافى كلام الأصحاب، و إن كان يوهم في الظاهر أن للغاصب مباشرة الإزالة إلا- أن المراد بيان حق المطالبة بالإزالة و إن كان مع التعاسر يتولى الأمر من عرفت ليوصل حق كل واحد إلى صاحبه.

و من ذلك يعلم أنه كما أن للغاصب حق المطالبة بالإزالة فكذا لصاحب الثوب إزالته أيضا مباشرة أو استحقاقا، لما عرفت بل هو أولى لأنه فعله في ملكه بغير حق و لذا صرح الفاضل في القواعد و الإرشاد بل و التحرير و محكى المبسوط و الإيضاح بإجبار الغاصب على الفصل مع طلب المالك و قبول الصبغ لذلك و إن تضرر الغاصب بنقص ماله أو هلاكه، و يدفع الأرش لنقص ثوب المالك، لأنه الذى أدخل الضرر على نفسه، فتبقى قاعده إيصال الحق إلى مستحقه بحالها.

فما فى محكى التذكرة- من أنه هل يملك إجبار الغاصب على فصله؟

الأقرب أنه إن كان له غرض كان له ذلك، و كذا إن كان للصبغ قيمه، و إلا فلا- لا يخلو من نظر و إن وجه بأنه إن خلى عن الغرض و كان المنفصل منه يضيع بالكليه أو يحدث فى الثوب نقصان بحيث لا يفى بأرشه قيمه المفصول كان تخسيرا للغاصب عنادا أو عبثا، إلا- أنه كما ترى مجرد اعتبار لا يرجع إلى دليل. و من هنا قال فى القواعد: «يجبر و إن استضر بعدم الصبغ أو نقصت قيمته» و هو واضح.

و مما ذكرنا يعلم أيضا أنه لو أراد أحدهما ما لصاحبه بقيمته لم يجب على أحدهما إجابه الآخر، و كذا لو وهب أحدهما صاحبه لم يجب على الموهوب له القبول لما فيه من المنه، بلا خلاف أجده فيه إذا كان الطالب الغاصب و إن احتمله فى الكفايه، إلا أنه لم نجده لغيره حتى من العامه مع وضوح ضعفه.

و أما إذا كان المالك فهو المشهور نقلا و تحصيلا، بل هو مقتضى كل من قال بإجابته لو طلب الإزاله، نعم قد سمعت كلام أبى على و من وافقه أو مال إليه، بل عن التذكرة ذلك أيضا إذا كان لا يمكن فصل الصبغ و لا يحصل منه، لأنه لا ذريعه إلى تصرفه فى ثوبه إلا بدفع قيمه الصبغ. و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا.

كما أن منه يعلم النظر فيما فى القواعد و التذكرة و الروضه و غيرها من أن لصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس ضروره عدم الفرق بينهما فى جواز الامتناع بناء على ما ذكرنا.

و ما يقال- من أنه لو لم يجبر الغاصب أضر بالمالك، لأن بيع الثوب وحده مظنه قله الراغب فيه، لمكان عيب الشركه، فيفضى إلى عسر البيع و قله القيمه- مجرد اعتبار.

و من هنا اعترف في جامع المقاصد بأن ذلك لا يتجه على القول بعدم تملك ماله بالقيمة إذا لم يرض، لاستلزامه نقل الملك مع عدم الرضا، إذ الجمع بين الحقين و دفع الضرر عن المالك مشترك بين المقامين، كما أن ضرر المالك مشترك أيضا في المقامين، و حيث ضاق به الخناق قال:

«و بالجمله فقول المختلف لا يخلو من وجه».

و فيه أنه لا داعي إلى القول بالحكم المزبور كي يلتجئ إلى ذلك، بل لعل التأمل في المتن و محكى المبسوط و غيره يقتضى ما قلناه من عدم الإيجاب مطلقا، و هو الأصح، و إن قيل هو أضعف وجوه الشافعية التي منها أيضا تسلط كل منهما على جبر الآخر، و الله العالم.

ثم لا يخفى عليك أنه مع عدم إمكان الفصل أو إمكانه و التراضى بالشركة يشتركان فان لم ينقص قيمه مالهما بأن كان الثوب يساوى عشره و الصبغ كذلك و مصبوغا عشرين فالحاصل لهما.

و إن زاد لزيادتهما معا لا- لزياده أحدهما فصار يساوى ثلاثين فكذلك في صيروره الحاصل بينهما، و نحوه لو زادت بسبب العمل خاصه، لأن كل واحد منهما قد زاد بالصنعه، و الزيادة الحاصله بفعل الغاصب إذا استندت إلى الأثر المحض تسلم للمغصوب منه، و المفروض هنا زياده نصف الأثر و النصف الآخر للصبغ.

و لو زادت قيمه أحدهما خاصه كانت الزيادة لصاحبها، و إن نقصت قيمه الثوب بالصبغ لزم الغاصب الأرش لأن يده يد ضمان لمثل ذلك و لا يلزم المالك ما ينقص من قيمه الصبغ لعدم عدوانه.

و لو بيع مصبوغا بنقصان من قيمه الصبغ لم يستحق الغاصب شيئا إلا بعد توفيه المغصوب منه تمام قيمه ثوبه على الكمال

لأن نقص الثوب من غير تغير السوق مضمون عليه و لذا لو بيع مصبوغا بنقصان من قيمه الثوب لا بتغير السوق لزم الغاصب إتمام قيمته.

و لو كانت قيمه كل منهما خمسه و ساوى المصبوغ عشره إلا أنه لارتفاع قيمه الثوب فى السوق إلى سبعة و انحطاط قيمه الصبغ فيه إلى ثلاثه كان للمالك سبعة: هى نصف العشره و خمسها، و للغاصب ثلاثه:

خمس العشره و عشرها، لأن الحكم يتعلق بما صارت القيمه إليه، و لا أثر للخمسه بعد تغير السوق، و لو انعكس الأمر انعكس الحكم أيضا، لأن نقص السوق غير مضمون إذا لم يكن لنقص فى العين أو صفاتها.

هذا كله إذا كان الصبغ من الغاصب، أما إذا كان مغصوبا من آخر فان لم يحدث بفعلة نقصان عليهما أو على أحدهما لم يغرم شيئا، و كانا شريكين فى الثوب المصبوغ كما سبق. نعم يجب عليه الفصل مع إمكانه لو طلباه أو أحدهما، و إن حدث النقص فيهما أو فى أحدهما عما كان قبل الصبغ غرمه الغاصب لمن حصل فى حقه.

ثم إن مقتضى الشركه التى ذكرناها اشتراكهما فى الثمن، و مع فرض نقصه يرجع كل منها على الغاصب بنقصه، لكن عن التذكرة فيما إذا حدث نقص مثل أن كانت قيمه الثوب عشره و قيمه الصبغ عشره و بلغت قيمه الثوب مصبوغا عشره يكون الثمن لصاحب الثوب، و يغرم الغاصب الصبغ للآخر، و تأمل فى مقتضى الشركه المزبوره، و لا نعرف له وجها.

و فى المسالك بعد أن حكم بالشركه مع عدم النقصان على حسب ما سبق فى الغاصب و المالك قال: «و إن حدث نقصان فان بقيت قيمه الثوب فهى لصاحب الثوب، و يغرم الغاصب الصبغ للآخر، و إن زادت

بما لا- يبلغ قيمه الصبغ فالزائد لمالك الصبغ، و يغرم الغاصب له الباقي و إن زادت عنهما فهو بينهما بالنسبه، هذا كله إذا لم تنقص القيمة السوقية لأحدهما، و إلا اعتبرت النسبه كما مر.

و ظاهره المنافاه لما ذكرناه من الشركه المزبوره، اللهم إلا أن يتجشم له، و الأمر سهل بعد وضوح الحال، كوضوح عدم الضمان مع استناد النقصان إلى تغير السوق لا إلى فعل الغاصب.

و لو كان الصبغ مغصوبا من مالك الثوب فان لم يحدث بفعله نقصان فيهما فهو للمالك، و لا غرم على الغاصب، و لا شىء له و إن زادت القيمة، لأن الموجود منه أثر محض، و إن حدث بفعله نقصان غرم، و إذا أمكن الفصل فللمالك إجباره عليه و تضمينه النقص إن حصل، و ليس للغاصب الفصل إذا رضى المالك، و ذلك كله واضح، و الحمد لله.

[المسأله الثانيه إذا غصب دهنا كالزيت أو السمن فخلطه بمثله فهما شريكان]

المسأله الثانيه إذا غصب دهنا كالزيت أو السمن أو نحو ذلك مما لا يمكن تمييزه فخلطه بمثله ذاتا و وصفا فهما شريكان حقيقه على وجه يملك كل منهما فى مال الآخر، أو حكما كما صرح به غير واحد، بل فى المسالك نسبته إلى الأكثر، و قد حققنا ذلك فى كتاب الشركه (١) بل لا خلاف بينهم فيه هناك، بل حكينا الإجماع بقسميه عليه.

لكن فى محكى السرائر هنا أن مال المالك كالمستهلك إن شاء الغاصب أعطاه من زيتة المخلوط. و إن شاء أعطاه من غيره مثل زيتة، مدعيا أنه

الذى تقتضيه أصول المذهب، لأن عين الزيت المغصوب قد استهلك، لأنه لو طالبه برده بعينه لما قدر على ذلك.

وفيه أنه لا شىء فى أصول المذهب يقتضى الخروج بذلك عن الملك و إلا لخرج بالاختلاط أيضا بغير اختيار أو برضا منهما، كما أنه ليس فى شىء منها (ما ظ) يقتضى الانتقال عن الملك بمحض التعدى لو غصب رطلا من هذا و رطلا من هذا و خلطهما، فإنهما يكونان بذلك هالكين، و انما تقتضى أصول المذهب بقاء كل منهما على ملك مالكة، و يجرى عليهما حكم المشترك بالإتلاف و البيع و نحوهما، أو يثبت أن مثله سبب شرعى للشركة على وجه يكون الحبه الواحده مشتركه بينهما و إن كانت فى الواقع هى لأحدهما، كما تقدم ذلك كله و غيره فى كتاب الشركة (١).

و حينئذ فلا- فرق بين المزج الاختيارى و الاتفاقى و الغصبى فى حصولها به، و ليس هو من الهلاك الموجب للضمان، ضروره إمكان التأديه و لو فى ضمن الجميع، أقصاه أنه يكون أداه مع غيره، بل ليس هو من الحيلولة التى بمعنى تعذر إيصال المال إلى مالكة لمانع عن إيصاله، بخلاف المقام الذى قد تعذر فيه إيصاله منفردا، لا أصل الإيصال، فهو حينئذ كالثوب المصبوغ أو كالصبيغ الذى صبغ به الثوب، فإنه لا شىء منهما ينتقل إلى الذمه على وجه الضمان لكونه تالفا أو للحيلولة، بل هو كباقي تعذر صفات المغصوب من الصحة و العيب و نحوهما.

و بذلك كله يظهر لك الحال فيما لو (إن خ ل) خلطه بأدون أو أجود و قد قالوا فى كتاب الشركة بحصولها به فى القسمين الأولين على معنى الشركة بالثمن على نسبة قيمه. أما الثالث ففى المتن قيل: يضمّن المثل، لتعذر تسليم العين، و قيل: يكون شريكا فى

فضل الجوده، و يضمن المثل فى فضل الرداءه إلا أن يرضى المالك بأخذ العين و ظاهره عدم الترجيح كالمسالك و غيرها.

لكن فى القواعد و التذكره و الإرشاد و المختلف و الدروس و جامع المقاصد اختيار الشركه فى الثانى، بل صرح غير واحد منهم بأنه يقسم معه بالسويه مع فرض التساوى، لأن الزياده الحاصله زياده صفه حصلت بفعل الغاصب أو عنده عدوانا. فلا يسقط حق المالك من العين بسببها كما لو صاغ النقره و علف الدابه فسمنت و علم العبد صنعه، و دخول الضرر بذلك على الغاصب إنما كان بسوء اختياره.

لكن فى محكى المبسوط «أن الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه أو مثله من غيره، فان باعه قسم الثمن بينهما على قدر الزيتين، و الصحيح أن هذا كالمستهلك، فيسقط حقه من العين، و يصير فى ذمه الغاصب، لأنه قد تعذر أن يصل إلى عين ملكه بعينها، فإذا انتقل إلى الذمه يكون الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه فيلزمه قبوله، لأنه قد تطوع خيرا من زيتة، لا لأنه أعطاه عين ماله، و بين أن يعطيه مثله من غيره» و نحوه عن السرائر، و اختاره فى التحرير.

و فيه منع الاستهلاك الملحق بالتلف الموجب للانتقال فى الذمه، و إلا- كان المساوى كذلك، مع أن الشيخ لا يقول به، بل دعوى كونه مال المالك مستهلكا ليس بأولى من القول بأن مال الغاصب مستهلك فلا شىء له، و هو واضح الفساد، فالتحقيق بقاء مال المالك على ملكه.

و لكن الظاهر أن له من الثمن بنسبه ماله، كالمال المخلوط بغير اختيار، إذ دعوى كون ذلك كالأثار التى تحصل من فعل الغاصب واضحة الفساد، ضروره كون علو قيمته بأجزاء عينيه من مال الغاصب الذى بغصبه لم يخرج عن الاحترام، و لا يدخل فى ملك المالك قهرا.

و بذلك يظهر لك ما فى كلام الأولين، و يمكن حمل ما فى القواعد و الإرشاد و التذكرة و غيرها من إطلاق الشركة على الوجه الذى ذكرناه، لقاعده لا ضرر و لا ضرار و غيرها من الاستصحاب و نحوه، لا أن المراد الشركة حقيقه، لعدم الدليل، و الضرر على مالك الجيد مع فرض إرادته المساواه على تقدير التساوى فى الكم، و لا دليل على الشركة فى العين بحسب قيمه على وجه يكون لمالك الجيد فى العين أزيد قدرا مما كان له، بل لعل ظاهر الأدله خلافه، بل هو من الربا بناء على عمومته لمثل ذلك.

هذا و فى الرياض «و اعلم أن ما ذكره الأكثر فى المقامين أظهر إن أرادوا نفي الخيار للغاصب و إثباته للمالك، و إن أرادوا لزوم القبول عليه فمشكل، حيث يعتذر لعدم قبوله بعذر موجه، ككون ماله حلالا و مال الغاصب الممزوج به مشبوها أو نحوه، فإن إيجاب القبول عليه ضرر و أى ضرر، فالتحقيق فى المقامين ثبوت الخيار للمالك».

و فيه ما لا يخفى، بل هو من غرائب الكلام، ضروره اقتضاء المزج المزبور الشركة مع من له المال حتى لو علم كونه للغير، فان ذلك لا يجعله بمنزله التالف حتى ينتقل إلى المثل.

و كأن الذى أوقعه فى هذا الكلام المقصد فى التنقيح، فإنه فى المساوى حكى عن الشيخ فى المبسوط قولين: أحدهما ضمان الغاصب، فيتخير بين الدفع من الممزوج و بين غيره، و ثانيهما الشركة، لأنه قادر على بعض عين ماله و بدل الباقي، و لا معنى للتخيير مع وجود بعض العين، كما لو غصب صاعين فتلف أحدهما، فإن المالك يأخذ الموجود و بدل التالف، و لا يلزمه أخذ بدل الكل، فكذلك فى صورته النزاع، و هو اختيار المصنف و العلامه فى المختلف.

و فيه نظر، لأن العين و إن وجدت لكن يتعذر تسليمها منفرده،

فليست كالصاعين، و جاز أن يكون فى زيت الغاصب شبهه و إن ساواه فى الماهيه، و هو مع أنه كما ترى لا ترجيح فيه.

و قال فى المزج بالأجود: «لا خلاف فى أن للغاصب الدفع من العين، و يجب على المالك القبول، لاشتماله على الزيادة عن حقه مع تبرع الغاصب بها، و هل للغاصب الدفع من غيرها مما يساوى مال المالك و حينئذ يجب على المالك القبول، إذ لا تفاوت عليه أم لا؟ يظهر من كلام الشيخ الأول، و تبعه ابن إدريس، و الأ-جود أن الخيار للمالك، فله المطالبه بالعين منه، لوجود حقه فيها، و الزيادة تبرع من الغاصب، كما لو علم العبد صنعه، فإن له أخذ عبده و إن زادت قيمته، و له المطالبه بالمثل من غيرها، لما قلناه أولا و لجواز اشتماله على منه لا يجب تحملها».

و هو- مع ما فيه من منافاه ما استجوده لما نفى الخلاف فيه، مع فرض كون المراد على الإطلاق، كما سمعته من الرياض، بل هو ظاهر التعليل أيضا، و مع منافاه الخيار إذا كان ذلك من قبل تعلم الصنعه، ضروره و جوب القبول عليه- لا حاصل له، و كأنه لم يسمع فى المقام و فى كتاب الشركه حصولها فى ذلك و فى المساوى، و لم يلحظ كلام الأصحاب و تعبيرهم بالشركه فى المقامين و إن كانت على التفصيل الذى ذكرناه.

و من الغريب نفيه الخلاف، و قد عرفت المخالف، و هو القائل بالشركه على معنى كونه فى الثمن على النسبه، فإنه لا يجب عليه القبول حينئذ.

و أما الأول الذى هو الخلط بالأ-دون فى القواعد و التذكرة و جامع المقاصد و الروضه يتخير المالك بين المثل و العين مع الأرش، لأنه فى حكم المستهلك بالاختلاط المزبور، إلا أن حق المالك لا يسقط من العين بفعل

الغاصب مع إمكان التوصل إلى البعض، و النقص في الخليط يجب جبره بالأرث إذا كانا غير ربويين، أو كانا و قلنا بعدم جريان الربا فيه، باعتبار أنه غرامه عما جناه الغاصب على ماله لا- بيع، بل و لا معاوضه بناء عن عموم الربا لسائر المعاوضات. فما في الرياض من إشكال الأرث في الربويين بذلك لا يخلو من نظر.

هذا و في المبسوط و السرائر و الإرشاد و اللمعه و الدروس و غيرها أنه يضمن بالمثل، لأنه مستهلك، و في التنقيح لا خلاف في أنه يضمن بالمثل، و لا يخفى عليك ما في القولين بعد الإحاطه بما ذكرناه، كما لا يخفى عليك ما في نفى الخلاف.

و التحقيق بقاء المال على ملك مالكة، و يشتركان في قيمته بالنسبه، كما لو اختلط المالان بغير اختيار، و ما أدري ما الذي دعاهم إلى الفرق بين المزج الغصبي و بين المزج الاتفاقي؟! فتأمل.

بل ذلك صريح الاستدلال في الرياض و غيره على الحكم في المساوى فضلا عن غيره بأن عين مال المالك موجوده في الجملة، و غايته أنها بغيرها ممتزجه، و ذلك لا- يخرجها عن ملكه، و لأن في ذلك إيصال المالك إلى بعض حقه بعينه و إلى بدل بعضه من غير زياده فوت، فكان أولى من إيصاله إلى بدل الكل.

إذ هو كما ترى أجنبي عن اقتضاء المزج المزبور الشركه، و لو على الوجه الذي ذكرناه، كما هو واضح، و الله العالم.

هذا كله في الخلط بالجنس أما لو خلط بغير جنسه كما إذا خلط الزيت بالشيرج و خلط دقيق الحنطه بدقيق الشعير لكان مستهلكا و ضمن المثل كما صرح به الفاضل و الشهيدان و الشيخ فيما حكى عنه و غيرهم، بل في الكفايه أنه أشهر، بل لا أجد فيه خلافا، لأنه

تالف، لبطلان فائدته و خاصيته، بخلاف الجيد مع الردى المتفقين فى الجنس.

نعم احتمال فى التذكرة قويا ثبوت الشركه، كما لو مزجها بالرضا أو امتزجا بأنفسهما. و فى المسالك «له وجه، لأن إسقاط حقه من العين مع وجودها بعيد، إلا أنه يشكل بأنه على تقدير القسمه الإجباريه يكون قد حتمنا على المالك أخذ غير المثل إن كان الطالب هو الغاصب، أو كلفنا الغاصب بغير المثل فى المثلى إن كان الطالب المالك، و كلاهما خارج عن قواعد الغصب، لكنه وارد على تقدير امتزاجهما بغير الغصب كما مر. و فيه جمع بين الحقين».

قلت: ظاهرهما المفروغيه من الشركه فى مثله إذا كان بغير الغصب و قد تقدم فى كتاب الشركه أن ظاهرهم تحققها بمزج المتفقين فى الجنس أما غيره فلا، إلا أنا احتملناه هناك، لكن على معنى الشركه فى الثمن على حسب نسبه قيمه المال، لا على معنى ملك كل منهما بعض ما للآخر المنافى للأصل بلا دليل. و لا بأس بالقول بمثله فى المقام، و لا منافاه فيه لقواعد الغصب، إذ ليس هو من التلف الموجب للمثل، بل هو من مزج المالين الذى لا يمكن تخليص أحدهما من الآخر، و الله العالم.

[المسأله الثالثه فوائد المغصوب مضمونه بالغصب]

اشاره

المسأله الثالثه لا- خلاف فى أن فوائد المغصوب مضمونه بالغصب، و هى مملوكه للمغصوب منه لأنها نماء ملكه و إن كان قد تجددت فى يد

الغاصب أعيانا كانت كاللبن و الشعر و الولد و الثمر أو منافع كسكنى الدار و ركوب الدابه بل الإجماع بقسميه عليه، بل و على عدم الفرق أيضا فى المنافع بين الفوات و التفويت.

و كذا الكلام فى منفعه كل ما له اجره بالعهاده لأن المنافع محسوبه أموالا شرعا، و قبضها بقبض العين، أما إذا لم يكن لها اجره فى العاده كالغنم و الشجر و نحوهما مما لا تستأجر عاده لذلك و إن قلنا بصحة إجارتها لبعض الانتفاعات إلا أنها ليست أموالا عرفا، و الأصل البراءة، بل قد يقال بذلك حتى لو استوفاهما، بأن نشر ثيابه على الشجر مثلا أو ربط دابته بأصله، نعم لو كان قد آجره لذلك كانت الأجره للمغصوب منه بعد الإجاره، كما هو واضح.

انما الكلام فيما لو تعددت منفعه كالعبد الخياط الحائك ففى القواعد فى موضع منها «و المنافع المباحه مضمونه بالفوات تحت اليد و التفويت، و لو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزمه أجره أعلاها، و لا تجب اجره الكل» و فى موضع آخر منها «إن الغاصب يضمن الأجره، أى للعين المغصوبه و إن لم ينتفع بأجره المثل عن عمل مطلق مدته الغصب، و لو انتفع بالأزيد ضمن الأزيد، و إن انتفع بالأنقص ضمن اجره المطلق».

و فى الدروس «لو استعمله بما له اجره زائده عن اجره المثل المطلقه لزمه الزائد».

لكن فى الروضه «لو تعددت المنافع فإن أمكن فعلها جملة أو فعل أكثر من واحده و جب اجره ما أمكن، و إلا- كالخياطه و الحياكه و الكتابه فأعلاها اجره، و لو كانت الواحده أعلى منفردة عن منافع متعدده يمكن جمعها ضمن الأعلى».

و فى المسالك «إن استعملها فى الأعلى ضمنها، و إن استعملها فى

الوسطى أو الدنيا أو لم يستعملها ففي ضمان أجره متوسطه أو الأعلى وجهان - ثم قال:- و في القواعد اعتبر في أجره الصانع الأعلى، ثم حكم في مطلق المغصوب بضمان أجره المثل عن عمل مطلق، و لعل المطلق شامل للأعلى، لأن المراد بأجره المطلق أجرته لعمل يليق به عادة من غير تقييد بعمل مخصوص، كالكتابه مثلا، أو الخياطه أو ركوب الدابه أو تحميل التراب عليها أو البر، فيتناول الأعلى حيث يكون قابلا، و ربما فسر المطلق بالمتوسط، فيختلف الحكم».

و كأنه أشار بما ذكره أخيرا إلى ما في جامع المقاصد من أن المراد بالعمل المطلق المتوسط الذى لا يكون مقيدا بقيد القله و الكثره، و في فهم المتوسط من المطلق خفاء، إلا- أن ما سيذكره في العبارة يرشد إلى ذلك، و وجه ضمانه أن المتوسط هو الغالب، فإن إداب الأجير لنفسه فوق المعتاد نادر، كما أن الرضا بالتراخي أيضا نادر.

فان قلت: كيف وجب في المنافع أجره الأعلى و وجب في العمل أجره الأوسط؟

قلت: لا أولويه بالنسبه إلى المنافع للقادر عليها، فان كلا منهما ممكن على حد سواء، بخلاف العمل، فان في مراتبه تفاوتنا.

ثم قال في وجه الآخر بعد تفسيره المطلق بالمتوسط أيضا: «أما الأول فلأنه قد استوفاه، فيجب بدل ما استوفاه، و أما الثانى فلأن الزائد على الأنقص قد فات، و هو محسوب على الغاصب» و اختصر في شرح العبارة الأولى على التعليل بعدم استيفاء الكل دفعه و المنفعه العليا من جمله ما فات تحت اليد، فتجب أجرتها، و المراد أجره المثل و كأنه فهم من عبارة «أجره المثل» ذات العمل المتحد، فلاحظ الوسط فيه، إلا أن الإطلاق يقتضى الأعم، فيمكن أن يقال: إن المراد

بمطلق مثل العمل مدته الغضب هو ملاحظه أجره المثل لتلك العين المغصوبه القابله للانتفاع بها تلك المنافع المتعدده إن كانت من غير ملاحظه منفعه مخصوصه إن لم تكن قد استوفى الأعلى منها وإلا كان له، فان استعملت فى الأدنى ضمن أجره المطلق المزبور، كما إذا لم يستعملها، و دعوى لزوم ذلك للأعلى ممنوعه، نعم مقتضاه عدم الفرق بين العبد ذى المنافع المتعدده و غيره.

و لعله لذا أطلق فى الدروس، بل لا- يبعد أن يكون ذلك من الفاضل رجوعا عما ذكره أولا من ضمان الأعلى، ضروره عدم فوات الأعلى بخصوصها، إذ هو أحد المنافع الفائته على البدل، بل لا يبعد التقويم بما ذكرنا حتى فى ذى المنافع المتعدده القابل للإتيان بها أجمع دفعه، فان ذلك أيضا أحد الأبدال، فتأمل جيدا، فإنه دقيق، و هو الأصح.

نعم يلحظ الوسط من كل منفعه الموافق للمعتاد لا النادر، كما أنه يلحظ فى الدابه و غيرها أجرتها فى الوقت المعتاد فعله، كالنهار دون الليل إلا أن يكون له منفعه معتاده فى الليل أيضا، و بالجمله فالميزان ما عرفت، و الله العالم.

و على كل حال فقد ظهر لك مما ذكرنا غير مره أنه لو سمت الدابه فى يد الغاصب أو تعلم المملوك صنعه أو علما فزادت قيمته ضمن الغاصب تلك الزيادة على معنى دخولها فى ضمانه، كما لو كانت سمينه كذلك عند المالك.

و حينئذ فلو هزلت الدابه أو نسى المملوك الصنعه أو ما علمه فنقصت قيمه لذلك ضمن الأرش و هو التفاوت و إن رد العين على المالك، لما عرفته من ضمانه ذلك و لو للمتجدد من

فعله مما يكون أثرا تابعا لعين المالك.

و لو تلفت العين قبل أن يردّها يضمن قيمه الأصل و الزيادة التي هي الأرش كما في غير ذلك من الصفات التي كانت عند المالك أو تجددت عند الغاصب، و الله العالم.

[فرعان]

[الفرع الأول لو زادت القيمة لزيادته صفة ثم زالت الصفة ثم عادت الصفة و القيمة لم يضمن قيمه الزيادة التالفه]

الأول:

لو زادت القيمة لزيادته صفة كانت في يد المالك أو تجددت عند الغاصب ثم زالت تلك الصفة ثم عادت الصفة بعينها كما لو كانت كاتباً ففسى ثم تذكر، أو ذا صنعه كذلك و عادت القيمة بعودها لم يضمن قيمه الزيادة التالفه، لأنها انجبرت بالثانية فكأنها لم تزل، على أن ملاحظتها مع الموجوده حال التلف غير معقوله، ضروره كونه بمنزله ملاحظتها مرتين، إذ ليست هي إلا صفة واحده، و المتجدده ليس غيرها على وجه تضم معها. اللهم إلا أن يراد ضم مقدار النقص السابق مع القيمة حال التلف، كما أنه يدفعه مع العين لو ردها.

و على كل حال فلا ضمان، للأصل و صدق الأداء لما أخذ حتى على المعنى الذي ذكرناه سابقاً، و قاعده نفى الضرر و أن الظالم لا يظلم و غير ذلك.

نعم لو نقصت الثانية عن قيمه الأولى ضمن التفاوت لعدم الجابر حينئذ للنقص الفائت، بل لعل الأمر كذلك فيما إذا لم يكن العائد

عين الأول، كالسمن الذى تعقبه هزال ثم السمن على وجه عادت القيمة بالسمن الأول، بحيث لو لوحظ الأول و الحادث لم يبلغ (لم يتجاوز خ ل) القيمة المزبوره و إن كان السمن المتجدد من الله تعالى شأنه و ليس هو السمن الأول، إلا أنه لما كان فرض ملا حظته مع الأول لا- يزيد فى قيمه العين- بل إما القيمة واحده أو ينقصها- لم يكن وجه لضمان الفائت الذى هو على هذا التقدير ليس بفائت.

لكن فى المسالك «فيه قولان: أحدهما أنه ينجبر أيضا و يسقط الغرم كما لو أبق العبد فعاد أو جنى على عينه فايضت ثم زال ذلك البياض، و الثانى العدم، لأن السمن الثانى غير الأول، و الأول وقع مضمونا، و الثانى تجدد هبه من الله تعالى شأنه كالأول لو كان متجددا، فلا يحصل للغاصب بسببه شىء، و هذا أظهر».

و فيه ما عرفت، نعم هو متجه لو فرش زياده القيمة بملا-حظه التالف مع الموجود، و لا- يبعد أن يكون على ذلك المدار فى الانجبار و عدمه فى سائر الصفات، فكل صفة ذاهبه يمكن تقديرها مع المتجدده و تزداد القيمة بذلك هى لا تنجبر بالمتجدده، و كل صفة لا يمكن تقديرها مع المتجدده أو أمكن و لكن لا تزيد بها القيمة عن المتجدده بل هى هى أو تنقص لا تضمن و تنجبر بالثانيه.

و حيثئذ فكل من المحكى عن صريح المبسوط و الإرشاد من إطلاق الانجبار فى مثل السمن، كظاهر المصنف، لأصالة عدم الضمان، و صريح محكى التذكرة و جامع المقاصد و ظاهر الدروس من إطلاق عدم الانجبار، لأن الثانى مال متجدد للمالك و الأول مال ذاهب، و لثبوت الضمان بالهزال الأول، و لا دليل على البراءة منه، فالأصل يقتضى بقاءه، لا يخلو من نظر، لما عرفت من التفصيل المزبور الذى لا يخفى عليك ما فى الأصلين

المزبورين معه خصوصا الأخير الممنوع قرار الضمان فيه، بل هو متزلزل مراعى، كضمان الحيلولة و كضمان الصفة الذاهبه المحتمل عودها بعينها، كالتذكر بعد النسيان الذى لا إشكال فى الانجبار فيه.

بل لا يبعد أن يقال بكون التفاوت لو دفعه إليه متزلزلا مراعى بعدم العود كالحيلولة، فلو رد العبد الذى نسى الصنعه و دفع معه الأرش ثم تذكرها و هو فى يد المالك رد إلى الغاصب ما أخذ منه، فان المدار فى ذلك على قاعده نفى الضرر و الضرر التى مقتضاها ما عرفت.

(و احتمال) أن يقال: إن التالف مال قد ذهب فى يد الغاصب و هو مضمون عليه، و ما تجدد نماء مال المالك هبه من الله تعالى شأنه، فلا وجه لجبره الأول، بل يأخذ الأرش منه و إن رد العبد إليه بالقيمه السابقه (يدفعه) أنه ضرر على الغاصب منفى بالقاعده المزبوره التى لا ينافيها غصبه، فان الظالم لا يظلم، بل ليس الفرض إلا كغصب دابه هزلت و كانت قيمتها هزله و سمينه واحده، فإنه لا شىء على الغاصب بلا خلاف أجده، كما تسمعه من المصنف، و قد قدمنا الكلام فيه سابقا، ضروره كون الذاهب حينئذ لا قيمه له، فتأمل جيدا، فانى لم أجد ما ذكرناه من الضابط محررا فى كلام الأصحاب.

بل لا يخلو كلام بعضهم من تشويش، كالفاضل فى التذكرة الذى قد سمعت صريح المحكى عنه من عدم الانجبار فى مسأله السمن، قال فى العبد: «إذا مرض عند الغاصب ثم برىء رده من غير شىء» و هو مناف لذلك، و الله العالم.

و كيف كان فهذا كله فيما لو تجددت صفة مثل الأولى، كالسمن المفروض.

أما لو تجددت صفة غيرها مثل أن سمت فزادت قيمتها ثم

هزلت فنقصت قيمتها ثم تعلمت صنعه مثلاً- فزادت قيمتها ردها و ما نقص بفوات الأولى بلا- خلافاً أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه بل هو مقتضى الضابط الذى ذكرناه، ضروره زياده القيمه بتقدير السمن الفائت مع الصفه المتجدده، فيضمنه الغاصب الذى قد فات تحت يده.

بل لو تكرر النقصان و كان فى كل مره مغايراً بالنوع للنقص فى المره الأخرى ضمن الكل، حتى لو غصب جاريه قيمتها ماءه فسمنت و بلغت القيمه ألفاً و تعلمت صنعه فبلغت ألفين ثم هزلت و نسيت الصنعه فعادت قيمتها إلى ماءه ردها و غرم ألفاً و تسعماًه، و كذا لو علم المغصوب سوره من القرآن أو حرفه فنسيها ثم علمه حرفه أو سوره أخرى فنسيها أيضاً ضمنهما.

نعم إن لم تكن مغايره بأن كانت سوره واحده أو حرفه واحده مرارا و هو ينساها فى كل مره لم يضمن إلا أكثر المراتب نقصانا. و إن قال فى المسالك: فيه الوجهان، كما قال فى العبد: «إذا مرض ثم برى ء فزال أثر المرض ففى جبر الصحه للفائت منها وجهان: نعم، لأن الصحه الثابته هى الأولى، و به قطع فى التذكرة، و الثانى العدم، لمنع كونها الأولى، بل يكفى الشك فيستصحب حكم الضمان، و كذا الحكم فيما لو رده مريضاً ثم برى ء و زال الأثر».

و قال أيضاً: «لو غصب شجره فتحات ورقها ثم أورقت، أو شاه فجز صوفها ثم نبت يغرم الأول، و لا يجبر بالثانى، لأنه غيره، بخلاف ما لو سقط سن الجاريه المغصوبه ثم نبت شعرها أو امتعط (تمعط خ ل) شعرها ثم نبت، فإنه يحصل الانجبار، و الفرق أن الورق و الصوف متقومان فيغرمهما، و سن الجاريه و شعرها غير متقومين، و انما يغرم أورش

النقص الحاصل بفقدانهما وقد زال هكذا، قيل: وهذا يتم في الشعر، أما في السن فلا، لأن لها مقدرًا في الحر، فيكون حكمها في الرق بنسبته من قيمته».

قلت: لا- يخفى عليك الحال في ذلك كله بعد الإحاطة بما ذكرناه من الضابط المزبور، كما أنه لا يخفى عليك خروج ضمان نحو الصوف و الورق عما نحن فيه، ضروره كونها أعيانا مملوكه لا مدخلية للمتجدد منها في ماله الذاهب، بل ولا إطلاقه الفرق بين الشعر و السن كما تعرفه في محله إنشاء الله تعالى، فتأمل جيدا.

و لو زادت قيمه الجاربه بتعلم صنعه محرمه كالغناء ثم نسيته ففي المسالك «قيل: لم يضمن النقصان، لأنه محرم و المضمون الزيادة المحترمه، و ربما احتمل هنا الغرم، لأن الواجب على الغاصب قيمتها كذلك، و لهذا لو غصب عبدا مغنيا يغرم تمام قيمته».

قلت: ينبغي الجزم بالاحتمال المزبور، و لا- ينافي ذلك ما سمعته من عباره القواعد من تقييد المنافع المضمونه بالمباحه، لأن الظاهر إرادته إخراج المنافع المحرمه كالغناء و اللعب بآلات اللهو و نحو ذلك مما هو غير زياده قيمه بتعلم العلوم التي استعمالها محرم كالسحر و الموسيقى و غيرهما مما يزيد في قيمه معرفته و إن لم يستعمله، و لو لأنه قد يحتاج اليه على وجه لا حرمه فيه، كما هو واضح.

[الفرع الثانى لا يضمن من الزيادة المتصله ما لم تزد به القيمه كالسمن المفرط]

الفرع الثانى:

لا يضمن من الزيادة المتصله ما لم تزد به القيمه كالسمن المفرط فى الحيوان الذى لا يراد فيه ذلك إذا زال و القيمه على حالها أو زائده بلا- خلاف و لا- إشكال، إذ المعتبر من هذه الصفات ماله أثر فى القيمه دون غيره، من غير فرق بين الموجود حال الغصب و المتجدد، بل قد عرفت أن المدار على قاعده «لا ضرر و لا ضرار» مضافا إلى قاعده «على اليد».

و كأنه احترز بقوله: «و القيمه بحالها» عما لو كان بعض السمن لا أثر له فى القيمه و بعضه له أثر فزال الجميع، فإنه يضمن قيمه ما له أثر فيها دون ما زاد عليه، و الله العالم.

[المسأله الرابعه لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد]

المسأله الرابعه لا خلاف و لا إشكال فى أنه لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد الذى معناه عدم ترتب الأثر عليه، فيبقى حينئذ على ملك المالك، و تسميته شراء مع فساده لأعميه البيع من الصحيح و الفاسد، أو مجازا بناء على أنه حقيقه فى الصحيح و إن كان هو واضح الفساد، بل مقتضاه الإجمال المقتضى لبطلان الاستدلال على نفي ما شك فيه من الشرائط و الموانع بناء على احتمالها.

و كذا لا خلاف و لا إشكال فى أنه أى المشتري يضمنه

و ما يتجدد من منافعه أعيانا و غيرها، لأصالة الضمان المستفاد من

عموم «على اليد»^(١)

و غيرها، و هو مبنى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، مضافا إلى إقدامه على كونه مضمونا عليه لو صح البيع بمعنى أن تلفه من ماله، فيكون في فاسده كذلك. بل لا غرور فيه بالنسبه إلى ذلك في صورته علم البائع بالفساد فضلا عن غيرها.

و من هنا لم يفرقوا في الضمان المزبور بين العالمين و الجاهلين و المختلفين، و وسوسه بعض الناس في صورته العالمين أو علم البائع في غير محلها.

و كذا يضمن ما يزداد من قيمته لزياده صفه فيه و لو متجدده في يده ثم ذهبت فنقصت قيمته. ف يردده حينئذ مع الأرش، إذ هو حينئذ كالعين المغصوبه في هذه الأحكام.

بل في المتن و غيره إن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين قبضه إلى حين تلفه إن لم يكن مثليا لأنه من المغصوب الذي عرفت حكمه كذلك عند المصنف و غيره، باعتبار أن المالك لم يأذن في قبضه إلا على تقدير صحه البيع، فبدونه يكون موضوعا بيده بغير حق.

لكن في المسالك «هذا يتم على تفسير الغصب بأنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق، أما لو اعتبرنا العدوان لم يتم كونه غاصبا إلا بتقدير علمه بالفساد و جهل البائع، أما مع جهلهما أو جهل المشتري فليست يده يد عدوان، و الوجه حينئذ أنه يضمن قيمه يوم التلف إن لم نقل في الغاصب مطلقا كذلك، و إلا كان الحكم فيه كذلك مطلقا بطريق أولى».

و فيه أنه على تقدير العلم ليس بغاصب أيضا، لما عرفت من أنه

١- ١ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤ و سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥.

القاهر غيره، كما عرفت أن الوجه في ضمان الأعلى إن كان صحيح أبي ولاد^(١) اختص بالغاصب، وإلا فما ذكرناه من الوجه له لا- يخصه خصوصا إذا قلنا: إن وجهه الدخول في الضمان بمجرد القبض على معنى كونه مخاطبا برده أو قيمته لو تلف في كل آن، فإذا فرض حصول العليا في ذمته في آن من الآتات لا دليل على سقوطها إلا إذا رد العين نفسها، والأمر سهل بعد ما عرفت من تحقيق الحال في المغصوب فضلا عن مفروض المقام.

و كيف كان فلا يخفى عليك أن المقام- حيث يكون الفساد من جهة كون المبيع مستحقا للغير- من مسأله تعاقب الأيدي على المغصوب التي قد عرفت تحقيق الحال فيها، كما أنه تقدم في كتاب البيع^(٢) جملة من أحكام المسأله.

إلا- أن المصنف وغيره ذكروا ذلك منها هنا باعتبار بعض الأحكام الخاصه بها من حيث الشراء من الغاصب، فقال و لو اشترى من غاصب و لم يجر بناء على جريان الفضولى فيه ضمن العين و المنافع على حسب ما عرفت و لا يرجع على الغاصب بشىء إذا غرم منهما إن كان عالما بضروره كونه كالغاصب حكما، إذا لا غرور منه.

و لكن للمالك الرجوع على أيهما شاء فى المطالبه بالعين أو بدلها و منافعها و صفاتها حتى المتجدد فى يد المشتري منها، لأن كلا منهما مصداق

«على اليد ما أخذت»^(٣)

و «المغصوب

١- ١ الوسائل- الباب- ٧- من كتاب الغصب- الحديث ١.

٢- ٢ راجع ج ٢٢ ص ٤١٣- ٤١٦.

٣- ٣ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤. و سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥.

و غير ذلك من الأدله كتابا(٢) و سنه(٣) و إجماعا بقسميه.

فان رجوع على الغاصب بالبدل رجوع الغاصب على المشتري الذى استقر الضمان عليه بالتلف

فى يده، لعدم الغرور.

و لذلك إن رجع المالك على ه أى المشتري لم يرجع على الغاصب بشى ء لاستقرار التلف فى يده الموجب للرجوع عليه، كما أوضحناه فى مسأله تعاقب الأيدى.

نعم لو كان قبل بيعه قد استوفى شيئاً من المنافع أو مضى زمان يمكن استيفاء شى ء منها فيه أو نقصت فى يده نقصانا مضمونا اختص بضمانه من غير أن يرجع به على المشتري ابتداء أو عودا، بل لا- رجوع للمشتري على الغاصب مع علمه حتى بالثمن مع تلفه إجماعا عقبه له.

بل فى المسالك أن الأشهر عدم الرجوع به مع وجود عينه، بل ادعى عليه فى التذكرة الإجماع و إن كان لا يخلو من نظر قد تقدم فى كتاب البيع(٤). بل عن المصنف فى بعض رسائله قول بجواز الرجوع به حينئذ، بل فى الروضه حكايته عنه مطلقا، بل قواه هو فيها مصرحا بأن الواقع خلاف الإجماع المزبور، بل الشهيد فى اللمعه أيضا صرح بالرجوع مع بقاء العين مع العلم و الجهل، و لا ريب فى قوته من حيث القواعد. هذا كله مع علمه.

١- ١ الوسائل- الباب- ١- من أبواب الأنفال- الحديث ٤ من كتاب الخمس، و فيه « الغصب كله مردود».

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ١٩٤ و سورة الشورى: ٤٢- الآيه ٤٠ و سورة النحل: ١٦- الآيه ١٢٦.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١- من كتاب الغصب.

٤- ٤ راجع ج ٢٢ ص ٣٠٥.

و إن كان المشتري جاهلا بالغصب رجع على البائع بما دفع من الثمن إن باقيا و بدله إن كان تالفا، لظهور فساد العقد الموجب لتراد العوضين.

ثم إن كانت قيمه العين بقدر الثمن فذاك، و إن كانت أزيد ففي رجوعه على الغاصب بالزيادة عن الثمن وجهان، من أن الشراء عقد ضمان، و قد شرع فيه على أن يكون العين من ضمانه و إن كان الشراء صحيحا، و من دخوله على أن يكون المجموع في مقابله الثمن، و هو يقتضى كون الزائد عليه في معنى التبرع به و إعطائه إياه بغير عوض، فأخذ (فإذا أخذ خ ل) منه عوضه فيرجع (رجع خ ل) به.

و في المسالك «و هذا قوى، و لا يمنع من ذلك كون البيع عقد ضمان، لأنه إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله و استقر عليه الثمن فهذا مسلم، و لكن لم يكن شارعا فيه على أن يضمن قيمه، و معلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوبا لم يلزمه شيء بالتلف، غايته أن يكون ما قابل الثمن من المبيع مأخوذا بعوضه و الباقي سالم له بغير عوض، فكان الغاصب غارا موقعا إياه في خطر الضمان، فليرجع عليه، و إن كان المراد غيره فلم قلت: إن الشراء عقد ضمان مطلقا، و حينئذ فإن رجع المالك على المشتري جاهلا- بعوض المبيع لم يرجع به على الغاصب البائع إن لم تزد قيمته عن الثمن، و إن رجع به على الغاصب رجع به على المشتري، و إن رجع بالزيادة على المشتري رجع بها على الغاصب، و إن رجع بها على الغاصب لم يرجع بها على المشتري، و يظهر من إطلاق المصنف عدم رجوع المشتري بالدرك مثلا أو قيمه، و من تعليقه بكون قبضه مضمونا عدم رجوعه بالزائد، و قد عرفت جواب التعليل».

قلت: الظاهر صحة إطلاق المصنف و للمالك مطالبته بالدرك

إما مثلاً- أو قيمه، و لا- يرجع بذلك على الغاصب، لأنه قبض ذلك مضموناً، و لو طالب الغاصب بذلك رجع الغاصب على المشتري الذى هو غير مغرور بالنسبه إلى ذلك، و يده يد ضمان للشئ ء مثلاً أو قيمه لو فسد البيع بفساد صيغه و نحوها، كما لا إشكال فى عدم رجوعه به، و هذا معنى إقدامه على كون العين مضمونه عليه، لا ما ذكره.

و ما فى الروضه- من أن ضمانه للمثل و القيمه أمر زائد على فوات العين الذى قد قدم على ضمانه و هو مغرور من البائع بكون المجموع له بالثمن، فالزائد بمنزله ما رجع عليه به، و قد حصل فى مقابلته نفع بل أولى- لا محصل له، خصوصاً قوله: «فالزائد» إلى آخره. بناء على عدم رجوعه بمثله.

ثم قال: «هذا إذا كانت الزيادة على الثمن موجوده حال البيع، أما لو تجددت بعده فحكمها حكم الثمره، فيرجع بها أيضا كغيرها مما حصل له نفع فى مقابله على الأقوى، لغروره و دخوله على أن يكون ذلك له بغير عوض».

و هو مثل سابقه أيضا، ضروره كون الاقدام المزبور إنما هو على تقدير صحه البيع لا مطلقاً، إذ هو معنى كون البيع عقد ضمان كما عرفت، و دعوى أن الفعل نفسه غرور ممنوعه بعد ما عرفت من كون مبناه كذلك نحو الفساد بغير ذلك من الخلل فى الشرائط الذى لا كلام عندهم فى ضمان المشتري المبيع بزياده قيمته حتى مع علم البائع بالفساد دون المشتري و إن وسوس فيه بعض الناس لكنه فى غير محله.

و احتمال الفرق بأن ذلك إنما نشأ من الجهل بالحكم الشرعى الذى لا مدخلية فيه للبائع بخلاف المقام الذى منشأ الجهل بالموضوع، و الفرض علم البائع به دونه.

يدفعه (أولاً) أن المسأله عندهم عامه لما إذا كان البائع عالماً أو لا و إن فرضت فى المقام مخصوصه. (و ثانياً) مبنى الضمان عندهم أن فعل البائع من التسبب الذى ترتب عليه فعل المشتري، سواء كان البائع عالماً أولاً، كتسبب حفر البئر للتردى فيها و إن لم يقصد الحافر ذلك و لا علمه.

و فيه إمكان منع التسبب المقتضى للضمان فضلاً عن كون القرار عليه، خصوصاً بعد ملاحظه ما ذكرنا من أن مقتضى الاقدام على المعاوظه ذلك، فتأمل جيداً، و الله العالم.

هذا كله بالنسبه إلى الثمن. و أما ما يغترمه (ما يغرمه خ ل) المشتري مما لم يحصل له فى مقابلته نفع كالنفقه و العماره إذا نقضها المالك فله الرجوع به على البائع الذى هو الغاصب، لأنه دخل على أن يكون ذلك له بغير غرم، و إنما جاء الضرر من تغير الغاصب، و كذا القول فى أرش نقصانه، و ظاهرهم عدم الخلاف فيه، معللين له بالغرور الذى هو من السبب المقتضى للضمان مقدماً على غيره مما هو أضعف منه.

و هو إن تم إجماعاً فذاك، و إلا كان للنظر فيه مجال لا يخفى عليك وجهه بعد الإحاطه بما ذكرناه من منع مثله سبباً يقتضى الضمان على وجه يقدم على مباشره المشتري، مضافاً إلى اقتضاء معنى كون البيع عقد ضمان على الوجه الذى ذكرناه ذلك أيضاً، فتأمل جيداً، و الله العالم.

و من ذلك ما لو كان المبيع جاريه ف أولدها المشتري كان الولد حراً قطعاً، لأنه ولد شبهه من الحر، فيلحق بأبيه و إن غرم قيمه الولد للمالك باعتبار أنه نماء ملكه و قد أتلفه عليه.

و لكن يرجع بها على البائع الغاصب كما صرح به في الموثق(١) ولأنه أقدم على أن يسلم له الولد حرا من غير غرامه.

و الكلام في تخيير المالك كغيره من مسائل الغرور. فقيل: لا يرجع المالك إلا على الغاصب باعتبار كونه الغار. و قيل في هذه: له مطالبه أيهما شاء، لكن لو طالب المشتري المغرور رجع بها على البائع الغاصب الغار و لو طالب البائع لم يرجع بها على المشتري لأن قرار الضمان عليه، لأنه أقوى.

و فيه احتمال آخر و هو - كما في المسالك - إلحاق عوض الولد بما حصل له نفع في مقابله كالمهر، لأن نفع حريه الولد يعود إليه.

و يمكن أن يريد به احتمال عدم التخيير، بل يتعين رجوع المالك ابتداء على البائع بناء على كونه الغار، نحو ما سمعته فيمن قدم إلى غيره طعام الغير و أكله، و الأمر سهل خصوصا بعد ما عرفت من أن الأصح في تلك التخيير.

أما ما حصل للمشتري في مقابله نفع كسكنى الدار و ثمره الشجر و الصوف و اللبن فقد قيل: يضمه الغاصب لا غير، لأنه سبب الإلتلاف، و مباشره المشتري مع الغرور ضعيفه، فيكون السبب أقوى، كما لو غضب طعاما و أطعمه المالك الذى قد عرفت الكلام فيه سابقا.

و قيل: له إلزام أيهما شاء، أما الغاصب فلمكان الحيلولة، و أما المشتري فلمباشره الإلتلاف، فإن رجع على الغاصب رجع على المشتري لاستقرار التلف في يده، و إن رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب لما عرفت من كون قرار الضمان عليه، و هو المحكى عن الشيخ و ابن إدريس.

و الأول أشبه (١١) عند المصنف هنا و في كتاب التجاره و محكى

التنقيح، لقوه السبب على المباشر، بل لو قلنا بجواز رجوع المالك على المشتري باعتبار حصول التلف في يده كان له الرجوع على الغاصب للغرور. فإنه أقدم على أن تكون هذه المنافع له مجاناً من غير دفع عوض فهو كما لو قدم إليه طعام الغير و أكله فرجع المالك عليه.

لكن لعل خلافهم هنا يوميء الى عدم تحقق قاعده الغرور في المقام، و إلا- فلا مدخلية لحصول النفع في مقابلته، إذ ليس هو بأعظم من أكل المغرور الطعام الذي قدم اليه، و مع ذلك جزموا بكون الضمان أو قراره على الغار.

و لعله لذا قال في الرياض: «و القول بعدم الرجوع أوفق بالأصل مع عدم معلوميه صلوح المعارض للمعارضه، بناء على عدم وضوح دليل على ترتب الضمان على الغار بمجرد الغرور و إن لم يلحقه ضرر، كما فيما نحن فيه بمقتضى الفرض، لاستيفائه المنفعه في مقابله ما غرمه، و الإجماع على هذه الكليه غير ثابت بحيث يشمل مفروض المسأله، نعم ربما يتوجه الرجوع حيث يتصور له الضرر بالغرور، كما إذا أخذت منه قيمه المنافع أزيد مما يبذله هو في مقابلتها من غير ملكه و نحو ذلك» و إن كان ما ذكره لا يخلو من نظر، ضروره عدم مدخلية التضمين بقاعده الغرور في حصول الضرر و عدمه، بل هو من باب قوه السبب على غيره و لو المباشره.

نعم إنما المتجه ما ذكرناه من منع تحقق الغرور الذي يترتب عليه الضمان، إذا المسلم منه ما يترتب فعل الغير على فعله من حيث المجانيه ابتداء، كالإباحه و الهبه و العاريه و نحوها، بخلاف ترتب فعل المشتري هنا على زعم كونه مالكا الحاصل من وقوع عقد البيع مع البائع، خصوصا مع جهل البائع بالحال كالمشتري، فتأمل.

و لو كان المغصوب جاريه بكرًا فافتضها المشتري فرجع عليه بالعوض ففي المسالك في رجوعه به الوجهان، لحصول نفع في مقابلته، و أولى بعدم الرجوع هنا لو قيل به ثم، لأنه بدل جزء فيها أتلفه، فأشبهه ما لو قطع عضوا من أعضائها، و أما المنافع التي لم يستوفها و فاتت تحت يده فيرجع عليه بها ففي حكم ما لم يحصل له في مقابلته نفع و أولى بالرجوع، لأنه لم يتلف و لا شرع في العقد على أن يضمنها.

قلت: لا- يخفى عليك وجه الكلام في الأخير بعد الإحاطة بما ذكرناه إن لم يكن إجماعاً و الظن بعدمه، فإن ملاحظه اختلافهم في مسأله الزيادة و مسأله ما كان له نفع في مقابله و مسأله حريه الولد و عدم خلافهم في الرجوع فيما يغرمه من النفقه و العماره و فيما لا- نفع له في مقابله ما فات تحت يده و غير ذلك تقتضى عدم تنقيح المسأله عندهم على وجه تكون إجماعيه، و إن أمكن وجه الفرق بين مسأله الزيادة و الغرامه بأن الزيادة من مقتضى ضمان المعاوضه الذى أقدم عليه، فلا رجوع له بها، بخلاف الغرامه، فإنه خارج عن المعاوضه، و إنما تترتب على إيقاع البائع البيع، كتقديم الطعام للأكل، و إن كان فيه ما فيه أيضا كما لا يخفى عليك بعد التأمل فيما ذكرناه، و الله العالم.

[المسأله الخامسه لو غصب مملوكه فوطأها فإن كانا جاهلين بالتحريم لزمه مهر أمثالها]

المسأله الخامسه التي تقدم في كتاب البيع (١) و النكاح (٢) تفصيل الكلام فيها، و لكن لا بأس بإعادته على الاجمال هنا، فنقول لو غصب

١- ١ راجع ج ٢٤ ص ٢٢٥-٢٢٨.

٢- ٢ راجع ج ٣٠ ص ٢٢٢.

غاصب مملوكه فوطأها فإن كانا معا جاهلين بالتحريم للجهل بتحريم الزنا مطلقا، أو لتوهم حلها خاصه، لدخولها بالغصب فى ضمانه، و إن كان لا تقبل دعواهما ذلك إلا مع احتمالها، للقرب من عهد الإسلام، أو للتولد فى موضع بعيد منه، أو لقصور فى معرفه ذلك أو لظن أنها جاريتها و أنه سيدها، أو لغير ذلك لزمه مهر أمثالها كما عن المبسوط و السرائر و التحرير و جامع المقاصد و

غيرها للشبهه المقتضيه ضمان قيمه منفعه البضع المقدره بذلك بعد عدم التقدير شرعا.

وقيل كما عن بعض أصحابنا على ما فى محكى السرائر:

عشر قيمتها إن كانت بكرا، و نصف العشر إن كانت ثيبا بل هو خيره الإرشاد و الدروس هنا، بل قد تقدم فى كتاب النكاح (١) ما يستفاد منه قوته، للنصوص المستفيضه حد الاستفاضه أو متواتره التى فيها الصحيح و غيره المشتمله على التعليل المستفاد منه عدم الاختصاص فى المورد و على التفصيل الذى يحكم به على المطلق منها.

قال ابن سنان فى الصحيح (٢): «سألت أبا عبد الله (عليه السلام)

عن رجل اشترى جاريه لم يعلم بحبلها فوطأها، قال: يردها على الذى ابتاعها، و يرد عليه نصف عشر قيمتها، لنكاحه إياها».

و فى الكافى و فى روايه اخرى (٣) «إن كانت بكرا فعشر قيمتها و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها».

و فى حسن عبد الملك بن عمر (٤) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

١-١ راجع ج ٣٠ ص ٢٢٢.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٥- من أبواب أحكام العيوب الحديث ١ من كتاب التجاره.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٥- من أبواب أحكام العيوب الحديث ٤ من كتاب التجاره.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٥- من أبواب أحكام العيوب الحديث ٣ من كتاب التجاره.

«يرد الحبلى و يرد معها نصف عشر قيمتها»

و نحوه خبر فضيل (١) و سعيد بن يسار (٢).

و ما

فى التهذيب (٣)- من روايه حسنه أخرى لعبد الملك عنه (عليه السلام) أيضا «فى الرجل يشتري الجارية و هى حبلى فيطؤها، قال: يردّها و يرد عشر ثمنها إذا كانت حبلى»

- محمول على الغلط من الراوى أو الناسخ بإسقاط لفظ «نصف» ليطابق غيره.

و فى

خبر طلحه بن زيد (٤) «إذا اغتصب الرجل أمه فاقتضها فعليه عشر ثمنها، فان كانت حره فعليه الصداق».

و فى الصحيح (٥) سأل الصادق (عليه السلام) «أ رأيت إن أحل جاريه لأخيه ما دون

فرجها فغلبته الشهوه فاقتضها؟ قال: يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها».

و فى

صحيح ابن صبيح (٦) «فى رجل تزوج امرأه فوجدها أمه دلست نفسها- إلى أن قال (عليه السلام)-: و لمواليها عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها»

إلى غير ذلك من النصوص المذكوره فى كتاب النكاح (٧) و طء أحد الشريكين فى البيع (٨).

-
- ١- ١ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب أحكام العيوب- الحديث ٨ من كتاب التجاره.
 - ٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب أحكام العيوب- الحديث ٩ من كتاب التجاره.
 - ٣- ٣ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب أحكام العيوب- الحديث ٧ من كتاب التجاره.
 - ٤- ٤ الوسائل- الباب- ٤٥- من أبواب المهور- الحديث ٢ من كتاب النكاح.
 - ٥- ٥ الوسائل- الباب- ٣٥- من أبواب نكاح العبيد و الإماء- الحديث ١ من كتاب النكاح.
 - ٦- ٦ الوسائل- الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماء- الحديث ١ من كتاب النكاح.
 - ٧- ٧ راجع ج ٣٠ ص ٢١٨- ٢٢٨ و ٣٦٦- ٣٧٢.
 - ٨- ٨ راجع ج ٢٤ ص ٢٤٣- ٢٤٥.

بل حكيت الشهره على هذا القول مستفيضا فيما إذا ظهر استحقاق الأمه الموطوءه، بل عن صريح خلاف الشيخ و ظاهر إيضاح النافع الإجماع عليه.

فمن الغريب بعد ذلك دعوى أن القول المزبور في غايه الضعف، و أن دليله في غير مورد البحث، بل من النصوص المزبوره يستفاد ضعف القول بمهر المثل إن لم يكن المراد به المذكور في النصوص المزبوره.

كما أن منها يستفاد ضعف القول الآخر الذى أشار إليه المصنف بقوله:

و ربما قصر بعض الأصحاب هذا الحكم أى مهر المثل أو العشر و نصفه على الوطاء بعقد الشبهه دون الوطاء بغيره، لأن منفعه البضع لا تضمن بدونه، كما يظهر في الزانيه، و كأنه من الاجتهاد في مقابل النص و الفتوى بل الإجماع.

كما أن الظاهر من النصوص المزبوره عدم عشر آخر عوض البكاره التى أزيلت بالوطاء المشتمل على استيفاء منفعه البضع و جنايه زوال البكاره.

و لعله لذا قال بعضهم بوجوب عشر آخر مضافا إلى وجوب العشر لو اقتضها بالإصبع، فلو اكتفى به في الوطاء أيضا كان الانتفاع بالوطاء بغير عوض. إلا أن ذلك كما ترى كالاكتفاء في مقابله النص أو الظاهر كالنص المعتضد بالأصل و غيره.

و من هنا استظهر في الدروس بالتداخل على تقدير وجوب العشر دون مهر المثل، قال: «و لو كانت بكرا فعليه مع المهر أرش البكاره إن قلنا بمهر المثل، و إن قلنا بالعشر فالظاهر التداخل».

و لعله لظهور نصوص العشر فيه، بخلاف مهر المثل الذى مستنده على القول به القاعده التى لا يدخل فيها أرش الجنايه.

لكن قد يناقش (أولاً) بظهور نصوص آخر(١) فيه كالعشر قد تقدمت في المباحث السابقه. و (ثانياً) بأن مهر المثل ملحوظ فيه أرش البكاره كما في الحره التي لا أجد أحدا- ممن يعتد به- ذكر فيها أرش الجنايه مضافا إلى المهر، و حينئذ ف يدخل فيه ديه البكاره.

نعم لو اقتضها بإصبعه لزمه ديه البكاره و هي العشر أو التفاوت أو أكثر الأمرين، و هو الأصح كما سمعته سابقا في جنايه الغاصب.

و لو وطأها مع ذلك لزمه الأمران لأنهما حينئذ سببان مستقلان، و الأصل عدم تداخلهما، كما جزم بذلك كله في التحرير و غيره قال: «و لو اقتضها بإصبعه لزمه أرش البكاره، فإن وطأها بعد ذلك لزمه الأمران، و لو ذهبت البكاره بالوطء لم يجب أكثر من المهر أو العشر».

و من ذلك يعرف النظر فيما في المسالك، حيث إنه بعد أن ذكر وجه وجوب الأمرين في الاقتضاض بالإصبع ثم الوطاء قال: «و ذهب جماعه منهم العلامه في التحرير و الشهيد في الدروس إلى التداخل، لأن البكاره ملحوظه على تقدير وجوب المهر أو العشر، و يزيد باعتبارها الواجب، و لو وجب أرش البكاره منفردا لزم وجوب مهر ثيب لا بكر كما لو اقتضها بإصبعه ثم وطأها، فلا وجه للجمع بينهما، و أوجب بأن ملاحظه البكاره في مهر المثل أو العشر لا يقتضى التداخل، لأن ملاحظتها من حيث إن وطاء البكر خلاف وطاء الثيب، فملاحظتها باعتبار الوطاء لا باعتبار الجنايه، فلا بد للبكاره من شىء زائد، و هو عشر آخر على قول أو أرش نقصان قيمتها عن حاله البكاره إلى الثيبه نظرا إلى نقصان (نقص خ ل) المالىه».

و فيه (أولاً) أنك قد سمعت ما فى التحرير و الدروس من التداخل فى الوطاء دون الفرض الذى لم يحضرنى أحد قال بالتداخل فيه، بل و لا وجه معتد به له، و يمكن أن يكون نص المصنف و غيره عليه للتنبيه على خلاف بعض العامه.

و (ثانياً) أن ما ذكره من عدم التداخل فى صورته الوطاء و إن كان هو المحكى عن المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد و بيع الروضه و محتمل السرائر لما ذكره من التعليل إلا أنك عرفت ظهور النصوص على كثرتها فى عدم و جوب شىء غير العشر أو مهر المثل، خصوصاً مع ملاحظه أنها فى مقام البيان، بل يمكن أن يكون من قبيل الاجتهاد فى مقابله النص.

نعم بقى شىء فى مفروض المسأله، و هو احتمال استحقاق مهر البكر و إن كان وطؤها بعد الاقتضاض بالإصبع، بناء على أن المراد من البكر هى التى لم توطأ و إن ذهبت بكارتها بإصبع و نحوه، إلا- أن المنساق إلى الذهن خلافه، فتستحق حينئذ فى الفرض أرش البكاره و مهر الثيب:

نصف العشر أو غيره.

و على كل حال فقد ظهر لك مما ذكرناه أن القول بالتداخل فى زوال البكاره بالوطء لذلك لا يقتضى القول به فى مفروض المسأله، و هو واضح.

كما أن منه يعلم عدم و جوب أكثر الأمرين به من العشر و التفاوت و إن قلنا به فى غير ذلك من جناية الغاصب فيما له مقدر، للنصوص التى منها المشتمل على الغصب و ما فى معناه المقتصر على و جوب العشر(١) فما فى القواعد- من احتمال ذلك بل عنه فى المختلف الفتوى به- لا يخلو من نظر، نعم هو كذلك فيما لو اقتضاها بإصبعه، كما أشرنا إليه سابقاً.

١- ١ الوسائل- الباب- ٤٥- من أبواب المهور- الحديث ٢ و الباب- ٣٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام- الحديث ١ و الباب- ٦٧- منها- الحديث ١ من كتاب النكاح.

بل الظاهر وجوب العشر أيضا لو وطأها بالعقد بزعم الصحة، لما سمعته من كون المستفاد من النصوص (١) على كثرتها أن ذلك هو المقدر لها في كل وطء محترم لم يثبت له مسمى، وخصوص خبر المدلسه (٢).

فما في القواعد من احتمال وجوب الأكثر في العقد في غير محله، قال فيها: «فلو وطأ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها، أو عشر قيمتها مع البكاره و نصفه مع الثيبوه، و يحتمل مع البكاره الأكثر من الأرش و العشر، و مع العقد الأكثر من الأرش و العشر و مهر المثل» و إن كان في قراءه «مهر المثل» بالرفع أو الجر إشكال؛ إلا أن الظاهر الأول، فيكون احتمالا مستقلا، لا أنه داخل في الأكثر.

و على كل حال فالتحقيق ما ذكرناه من وجوب العشر مطلقا، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال في أن عليه اجره مثلها من حين غضبها إلى حين عودها نعم في جامع المقاصد و المسالك تقييد ذلك بغير زمن الوطاء الذي قد ضمن فيه منفعة البضع.

و فيه- مع قصور الزمن المزبور بحيث لا يقدر في تقويم اجره مثلها- أنه يمكن أن

يكون لها منفعة تجامع الوطاء، فيضمنها أيضا.

ثم الكلام فيما لو تعددت منافعها على وجه يمكن جمعها أو لا يمكن كالكلام السابق، و ربما كان في إطلاق المصنف و غيره هنا اجره المثل إيماء إلى اعتبار الأعلى إذا لم يكن قد استوفاه، و دعوى انطباق اجره

١- ١ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب أحكام العيوب- من كتاب التجاره.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماء- الحديث ١ من كتاب النكاح.

المثل عليه ممنوعه. كما تقدم الكلام فى ذلك مفصلا، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و لو أحبلها لحق به الولد للشبهه بلا خلاف معتد به، بل عن الخلاف و المبسوط الإجماع على ذلك فى مسأله ظهور استحقاق الأمه الموطوءه فى باب البيع.

فما عن المقنعه و النهايه- من الحكم برقيه الولد إلا أن يرضيه الأب عنه بشىء - شاذ أو يريدان ما ذكره المصنف و غيره من أن عليه قيمته يوم سقط حيا بل لا أجد فيه خلافا، لا لأنه وقت الحيلولة بين مولى الأمه و بين ما هو من نمائها و تابع لها، فيقوم حينئذ دقيقا و تدفع قيمته للمولى، كما علله به غير واحد، إذ هو كما ترى، بل للنصوص المستفاد منها ذلك، و لولاها لأشكل الحال فى أصل ضمانه، لأنه حر و لم يكن مالا للمالك، و قد حال الغاصب بينه و بين صاحبه.

و دعوى أن المراد بالحيلولة هو أنه لولا أنه مشتبه يلحق به الولد لكان ملكا للمولى و اضحه الفساد. نعم قد يقال بضمان الغاصب بتفاوت قيمه الجاربه بذلك لا قيمه الولد، فتأمل جيدا، فإن المسأله غير محرره، و تظهر ثمره ذلك فيما تسمعه من عدم الضمان لو سقط ميتا و غيره، و الله العالم.

و كذا يضمن الغاصب أرش ما ينقص من الأمه بالولاده بلا خلاف و لا إشكال، لما عرفت من ضمان ذلك كله على الغاصب، و هو واضح.

و لو سقط ميتا قال الشيخ رحمه الله فى محكى المبسوط:

لم يضمنه الغاصب لعدم العلم بحياته و تبعه فى التحرير و الدروس.

و فيه إشكال ينشأ من تضمين الأجنبي لو أسقطه مع أن الأصل أيضا عدم حياته.

و لكن فرق الشيخ بين وقوعه بالجنايه و بين وقوعه بغير جنايه قال ما لفظه: «لو أحبلها الغاصب جاهلا بالتحريم ثم ولدته ميتا لم يضمن الغاصب قيمه الولد، لأنه لا يعلم كونه حيا قبل هذا، ولأنه ما حال بينه و بين سيده فى وقت التصرف، و لو ضربها أجنبي فألقت الجنين ميتا فعلى الضارب الضمان، لأن الإلقاء عقيب ضرب بطنها مسقط للولد غالبا، بخلاف ما إذا سقط لنفسه، لأن الأصل الموت حتى يعلم غيره».

و ظاهره التردد فى الفرق، بل هو صريح كلامه الآتى، و مثله الفاضل فى القواعد، بل عن غير واحد الجزم بضعفه، باعتبار أن عدم العلم بحياته ثابت على التقديرين، مع أنه لا يتم إطلاقه مع العلم بحياته و لو بولادته بعد الأربعة أشهر أو الخمسه، بناء على ما فى النصوص (١) من ولوج الروح فيه حينئذ، أو لغير ذلك من ولادته كامل البدن على وجه يظهر منه أنه كان حيا، خصوصا مع الحركة و نحوها.

كما أنه لا يتم أيضا بالنسبه للجانى، ضروره أعميه الجنايه من الحياه، فإنها قد تكون فى حال العلم بعدم ولوج الروح فيه، و لذا كان المحكى عنه فى الديات الضمان بها مطلقا على وجه يظهر منه المفروغيه من ذلك أو الإجماع عليه، كنسبه الحلى له إلى الروايات.

و من ذلك يعلم كون التعليل المزبور منه تقريبا لا تحقيقا، فلا وجه للإيراد عليه، بل يحتمل كون مراده تنزيل الجنايه

منزله الحياه بالنسبه إلى الضمان، و إلا فلا فرق بين السقوط من دون جنايه، و معها بالنسبه

للحياه و الموت، نعم يتجه الفرق بينهما بثبوت الدليل على الجنايه من إجماع أو نصوص أو غيرهما من غير فرق بين العلم بولوج الروح فيه و عدمه، بل حتى لو علم عدم ولوجها فيه، بخلاف السقوط.

و احتمال أن ضمانه هنا لأن يد الغاصب يد ضمان يدفعه أنه حر لا يدخل تحت اليد، و لا يرد ضمان الغاصب إياه بجنايه الأجنبي لدليله إن كان، و إلا أشكل الرجوع على الغاصب، لعدم كونه جانبا و عدم يد ضمان له عليه، نحو ما قاله بعضهم من عدم رجوع المالك بالمهر على من غصب جاريه و باعها فوطأها المشتري، لعدم الاستيفاء منه و عدم دخول البضع تحت اليد، بل هذا اولي.

بل إن لم يكن دليل على ذلك أشكال أصل رجوع المالك، لأنه انعقد حرا، فليست ديته إلا للغاصب، و دعوى أن القاعده ضمان يد الغاصب كل ما يضمن بجنايه جان يدفعها أنه بعد انعقاده حرا ليس من المغصوب في شى ء.

كما أن ضمان القيمه يوم الولاده للنص (١) و الفتوى لا يقتضى الضمان مع السقوط ميتا، و الفرض انعقاده حرا. فما فى الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك من ضمان الغاصب ديه جنين أمه لا يخلو من نظر حينئذ، على أن المتجه حينئذ ضمانه مقدر الحياه، كما لو ولد مريضا، و خصوصا إذا كان سقوطه ميتا فى زمن الولاده.

و من هنا قيل: إن الذى صرحت به عباراتهم و أفصحت به رواياتهم فى باب الديات أن جنين الأمه إذا لم تلجه الروح أو لم تعلم حياته له مقدر شرعا، و هو عشر قيمه أمه وقت الجنايه، و إن ولجته الروح فقيمه يوم سقط حيا.

و حيثئذ ففى الفرض لو ضربها أجنبى فسقط جنينها ضمن الضارب للغاصب ديه جنين حر لأن الولد محكوم بحريته للشبهه و ضمن الغاصب للمالك ديه جنين أمه قيل: لأنه ضامن للمالك قيمته على تقدير كونه مملوكا، كما لو ولد حيا.

و فى المسالك «و لا يتوقف مطالبته بحقه على أخذ الغاصب حقه من الجانى، بل كل

واحد من الحقين متعلق بذمه غريمه من غير تقييد بالآخر».

و قد يظهر من هذه العبارة بل و عبارته المتن و غيره أنه لا تخيير للمالك فى الرجوع هنا على الجانى و الغاصب، و إنما يتعين حقه على الغاصب خاصة، و لعله لما عرفت من أن مقتضى القواعد اختصاص حق الجنايه بالغاصب، لأنه انعقد حرا، فلا حق للمالك عليه إلا- أن يكون هناك دليل مخصوص فيتبع، و لعله خاص بالرجوع على الغاصب كما هو ظاهر من عرفت، لا أقل من أن يكون ذلك هو المتيقن منه إن كان إجماعا أو استظهارا مما ورد(١) فى ضمانه لو ولد حيا أو غير ذلك.

بل المتجه بناء على ما سمعته منهم التفصيل بين ولوج الروح و عدمه فيضمن الغاصب فى الأول قيمته يوم سقوطه مفروض الحياه، و فى الثانى ديه جنين، فتأمل جيدا، فان كلامهم فى المقام لا يخلو من تشويش.

و لو كان الجانى هو الغاصب ففى المسالك «ضمن للمالك ديه جنين أمه، و باقى ديه جنين الحره للإمام؛ لأن القاتل لا يرث، و الأمه رقيقه لا ترث» و الله العالم. هذا كله فى الجاهلين.

و لو كان أى الغاصب و الأمه عالمين بالتحريم فللمولى المهر و الولد و الأرش إن أكرهها الغاصب على الوطاء بلا خلاف

و لا إشكال، بل فى المسالك الاتفاق عليه و عليه أى الغاصب الحد لكونه زانيا.

و إن طوعت حد الواطئ بل هما معا و لا مهر فى المشهور، للأصل و

النبوى (١) «لا مهر لبغى»

الذى لا وجه للبحث فى سنده بعد أخذ الأصحاب له مسلما، و لا فى دلالة على المطلوب بعد العموم اللغوى المحتاج فى تقييده بالحره إلى دليل، و إطلاق لفظ المهر لا يقتضى ذلك و إن اختصت اسم المهيره بالحره، لكن من الشائع أيضا فى النص (٢) و الفتوى إطلاقه على عوض بضع الأمه، فيقال: مهر الأمه، و أن لها مهر، أو مهرها عتقها، و غير ذلك.

و كون اللام للتمليك أو الاختصاص أو الاستحقاق و الثلاثه منتفيه عن الأمه لا ينافى انسياق إرادته ما ثبت بسبب وطئها،

سواء كان لها أو لغيرها أى مولاهها، نحو ما يقال: الأجره للدار أو للدايه.

و دعوى أن زناها لا- ينافى ثبوت حق المالك من حيث المالىه يدفعها أن مالىه البضع لا تخلو من شائبه التعبد، و لذا لا يثبت عوضه على حسب غيره من المنافع، بل لا بد له من ضابط خاص، فلا يثبت حينئذ إلا حيث يشبهه الشارع.

و قيل و إن كنا لم نعرف القائل قبل المصنف يلزمه عوض الوطء، لأنه للمالك نعم هو خيره الفاضل فى التذكرة و المختلف و ثانى الشهيدين فى بيع الروضه و رهنها، بل مال إليه أولهما فى الدروس،

١-١ لم نعتز على هذا اللفظ بعد التتبع فى مظانه، و إنما الموجود فى سنن البيهقى ج ٦ ص ٦ «نهى النبى ص عن مهر البغى» و «لا يحل. و لا مهر البغى» و أنه «سحت» أو «خبث».

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٥- من أبواب نكاح العبيد و الإماء من كتاب النكاح.

بل هو ظاهر إطلاق بيع اللمعه.

و لا ريب فى أن الأول أشبه بأصول المذهب التى منها أصل البراءة المعتضد بما سمعت السالم عن معارضه ما عرفت، إلا أنه قد يستفاد من الصحيحتين السابقتين (١) ثبوته للمولى و لو من ترك الاستفصال و نحوه.

إلا أن تكون بكرا، فيلزمه أرش البكاره بلا خلاف أجده فيه، بل عن فخر الإسلام

الإجماع عليه، لأنها جنايه، و كل جنايه مضمونه على الغاصب، بل لو زالت بكارتها فى يده بغير ذلك ضمنها أيضا، و نفى المهر لها لا ينافى ثبوت ذلك لها، و إن كان لم يظهر له فائده بناء على أن أرش البكاره عشر قيمتها، و هو المقدر لها مهر، فمع فرض زناها و قلنا لا مهر لمولاها لأنها بغى كان له أخذ العشر من حيث الجنايه بزوال البكاره.

و لكن قد يشكل ذلك بما سمعته سابقا من ظهور النصوص (٢) فى دخول أرش البكاره فى المهر بناء على أنه العشر، فمع فرض إسقاطه من الشارع لكونها زانية يتبعه هو أيضا فى السقوط، فتأمل جيدا.

و لو حملت لم يلحق به الولد و كان رقا لمولاها بلا خلاف بل و لا إشكال، لأن الفرض كونه زانيا، فليس له إلا الحجر و كذلك هى، إلا أنه يبقى كونه نماء للمالك فيملكه حينئذ من هذه الجهة كولد البهيمه من حيث النسبه.

كما أنه لا خلاف و لا إشكال فى أنه يضمن الغاصب ما ينقص بالولاده كما فى كل عين مغصوبه.

١-١ فى ص ١٨٦.

٢-٢ المتقدمه فى ص ١٨٥ و ١٨٦.

و لو مات ولدها فى يد الغاصب ضمنه ضروره كونه مغصوبا كأمه.

و لو وضعتة ميتا ففى ما حضرنا من نسخ المتن قيل:

لا- يضمن، لأننا لا- نعلم حياته قبل ذلك، و فيه تردد لكن فى المسالك «أن المصنف جزم هنا بضمانه» و لعله عثر على نسخه اخرى، بل لعلها هى الأصح، ضروره كون الجنين فى الفرض مملوك كحمل البهيمة، فيكون مضمونا على الغاصب، و الحمل الذى لم تلجه الروح أو لم نعلم حياته له قيمه شرعا، و هو العشر فيضمنه.

هذا و لكن فى القواعد «و لو وضعتة ميتا فالإشكال كما تقدم» و مقتضاه اتحاد المسألتين، و فى جامع المقاصد «و ربما رجح الضمان هنا بأن التقويم فى الأول إنما هو بعد وضعه حيا بخلافه هنا، و لا أثر له، لأن المراد التقويم المخصوص، لا وجوب ديه الجنين الذى يراد وجوبه فى الموضوعين».

قلت: و لا يخفى عليك وضوح الفرق بين المسألتين، و من الغريب ما فى التحرير و الدروس و محكى المبسوط من الجزم بأنه لا شىء عليه، إذ هو كما ترى.

و على كل حال ف- لو كان سقوطه بجنايه جان لزمه ديه جنين الأمه على ما يذكر فى الجنائيات.

و لو كان الغاصب عالما و هى جاهله لم يلحق به الولد لكونه زانيا و وجب عليه الحد و المهر بلا خلاف و لا إشكال.

و لو كان بالعكس أى هو جاهل و هى عالمة لحق به الولد و سقط عنه الحد. و أما المهر ففيه البحث السابق و عليها الحد (١١) لأنها زانية، و الله العالم.

[المسألة السادسة إذا غصب حبا فزرعه أو بيضا فاستفرخه الزرع و الفرخ للغاصب]

المسألة السادسة:

إذا غصب حبا فزرعه أو بيضا فاستفرخه قيل و القائل الشيخ في المحكى من غصب خلافه و مبسوطه و ابن حمزه في الوسيله الزرع و الفرخ للغاصب محتجا عليه بأن عين المغصوب قد تلفت، فلا يلزم الغاصب سوى قيمتها أو مثلها، بل عنه في الخلاف من يقول: إن الفرخ عين البيض و أن الزرع هو عين الحب مكابر، بل المعلوم خلافه.

و قيل و القائل الأكثر، بل في الدروس أنه فتوى من سبق الشيخ: إنه للمغصوب منه بل عن الناصريه نفى الخلاف فيه، بل عنها و عن السرائر الإجماع عليه، بل عن الخلاف في باب الدعاوى و المبسوط في باب العاريه التصريح بما عليه الأصحاب، و من هنا أساء الأدب ابن إدريس بقوله: «فقد دخل رحمه الله في جملة من يكابر».

و على كل حال ف- هو أشبه بأصول المذهب و قواعده التي منها استصحاب الملك لهما و إن تغيرت الصورة التي هي ليست عنوان الملكيه، و لذا لا إشكال في بقاءهما على الملك لو فرض استحالتهما إلى ذلك من دون غصب، ضروره كون الاستحاله بالنسبه إلى ذلك كتغيير صفات الشىء من السمن و نحوه.

بل من القطعيات عندهم عدم خروج الثوب مثلا- عن الملك بقطع الغاصب له قطعا متعدده، حتى قيل: إن الشيخ نفسه من المصرحين بذلك، مع أنه أولى بصدق اسم التلف عليه.

و كون البيضه تصير علقه و نحوها إذا صارت فرخا فتخرج بذلك عن الملك، فيملكها الغاصب حينئذ بوضع اليد نحو ما سمعته في الخمر

إذا تخللت - مع أنه لا - يتم في الزرع، و مبنى على خروجها عن الملك بذلك - لم يحك عن الشيخ مثله في العصير إذا انقلب خمرا في يد الغاصب ثم صار خلا في يده، بل ظاهره كغيره أن للمالك فيه حقا يقتضى تملكه له و إن لم يكن في يده و إن كان هو مطالبا بدليله في الخمر كما ستعرف.

و بالجمله لا يخرج المال عن الملك بمثل الاستحاله المزبوره، و لا يرد النقض بملكه صاحب الأثنى ما يتكون من عسب الفحل فيها الذى أقصاه أن يكون استحاله بعد أن عرفت الدليل على ذلك.

على أنه ربما فرق بعدم ملكيه النطفه، بخلاف الحب و البيض، و بعدم معلوميه كيفيه التكون أنه من نطفه الفحل على وجه تكون نطفه الأثنى من المعدات لها أو بالعكس أو أنه منهما، و إن كان هو على كل تقدير خارج بدليله، بخلاف مفروض البحث الباقي على أصاله الملكيه التى لا - دليل على الخروج عنها بلباس الصور المتعدده التى من المعلوم عدم صيروره الشىء بها تالفا، إذ التلف العدم، لا - تغيير الصورة التى لا - وجه لملك الغاصب بها، مع أنها ليست من فعله، إذ لم يصدر منه إلا الإحضان و وضع البذر فى الأرض و نحو ذلك من فعل المعدات لصيروره الحب زرا مما هى غير صالحه لنقل الملك عن مالكه، ضروره كون ذلك من النماء التابع للملك و إن اختلف مع نماء النخله مثلا بالحصول مع بقاء الأصل، بخلافه فإن الأجزاء الأصلية باقيه معه.

و كيف كان فالمسأله مفروغ منها، و إن أظن فيها بعض الناس برد ما ذكره الفاضل فى المختلف عليه، إلا أنه فى غير محله، بل لعل إكثار الكلام فيها من اللغو المنهى عنه، و الله العالم.

و لو غصب عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا فى يد الغاصب قبل أن يدفع بدله بل و بعده إذا كان على وجه كدفع الحيلولة كان

للمالك على ما صرح به غير واحد، بل عن رهن غايه المرام و المسالك نفى الخلاف فيه، لأنه عين ماله.

و حينئذ ف- لو نقصت قيمه الخل عن قيمه العصير ضمن الأرش لوجب رده تاما، كما صرح به غير واحد، بل فى مفتاح الكرامه به صرح الأصحاب كالشيخ و ابن إدريس و من تأخر عنه.

قلت: إن تم الإجماع فى ذلك كله و إلا فلا يخلو من إشكال، ضروره أنه بصيرورته خمرا خرج عن ملك المالك و صار فى ذمه الغاصب المثل، لأنه تلف أو بمنزلته، فإذا صار خلا لا دليل على عوده إلى ملك المالك، بل يمكن أن يكون من المباح، يملكه من يسبق إليه، أو يكون من هو فى يده أولى به.

و على كل حال فلا دليل على عوده إلى ملك المالك. و لعله لذا حكى عن الفاضل و ولده و الشهيد و الكركى الإشكال فى رده إلى المالك فى باب الهبه، بل ستمسح الاشكال فيه أيضا فى القواعد.

بل قال فيها هنا أيضا: «و لو غصب خمرا فتخلل فى يده حكم بها للغاصب، و يحتمل المالك» بل عن ولده فى شرح الإرشاد أنه قواه بل فى الإيضاح صححه، بل عنه فى الكتابين أن وجه الاحتمال الثانى ثبوت الأولويه للمالك باليد للتخليل، و مقتضاه كون موضوع المسأله الخمر المتخذة للتخليل، بل قد يؤيده أنها التى يتصور فيها الغصب دون غير المحترمه.

و لعل وجهه أن فائده احترامها جواز إبقائها فى يده، و عدم وجوب إراققتها، لا أنها تكون ملكا له إذا صارت خمرا فى يد غيره و إن أثم بأخذها منه، اللهم إلا- أن يكون إجماعا على ذلك، كما يحكى عن الخلاف نفى الخلاف عن وجوب ردها للمالك، و عن التذكرة أنه مذهبنا، فان

ثم إجماعاً فذاك و إلا كان محلاً للمنع.

(و دعوى) أن ما نحن فيه غير غضب الخمر التي تخللت في يده لأن العصير مملوك لمن هو في يده، و إنما طراً عليه مانع الملك، فيزول بزواله، بخلاف الخمر، فإنها لم تكن مملوكة له بوجه، فتخللها في يده إحداث ملك لمن هي في يده (واضح الفساد) ضروره أن سبق الملكيه بعد زوالها بصيرورتها خمراً غير مجد.

كما أن شهره الفرق بين الخمر المحترمه و غيرها بحيث يقتضى ملك المالك لها لو صارت خلا و لو تحت يد غيره لا حاصل لها إن لم يكن إجماعاً أو غيره مما يصلح لأن يكون دليلاً شرعياً.

و من ذلك كله يظهر لك النظر فى كثير مما فى المسالك و غيرها، و منه قوله فيها: «و على تقدير تخمير العصير فى يد الغاصب لو اختار المالك تغريمه قبل انقلابه خلا فله ذلك، فإذا أخذ العوض فانقلب خلا فى يد الغاصب وجب رده و أخذ البدل، كما لو دفعه حيث لم يمكنه رد المغصوب لمانع آخر، مع احتمال استقرار ملك الغاصب عليه حينئذ، لخروجها عن أهليه الملك حين الخمرية، و براءته منها بدفع البدل و تحليلها أو جب حدوث ملكيته لمن هي في يده، و لو طلب المالك أخذها خمراً مع أخذ البدل ففي إجابته إليه وجهان: من خروجها عن ملكه و من ثم وجب البدل تاماً، و من بقاء الأولويه، لإمكان إرادته التخليص، و من ثم عاد ملكه إليها قبل دفع البدل، و هذا أقوى، إلا أن يعلم من حاله أنه يتخذها للشرب لزوال حقه حينئذ، و كون إعادتها إليه تعاوناً على الإثم و العدوان، ثم على تقدير إعادتها إليه مع البدل فصارت خلا فى يد المالك ففي وجوب رد المثل إلى الغاصب وجهان: من أنه أخذه للحيلولة و قد زالت، و من أنه ملك متجدد، لأن العصير لما صار خمراً صار تالفاً، فوجب بدله، و الأقوى الأول، لأن الأصل ماله، و إنما حدث له مانع الخمرية، فإذا زال

المانع عاد الملك، و لم يبطل حقه منه رأسا، و إنما زال الملك بالفعل و بقي بالقوه القريبه منه».

قلت: لا يخفى عليك ما فيه و إن كان قد أخذ كثيرا منه مما فى القواعد، قال: «و لو غصب عصيرا فصار خمرا ضمن المثل، و فى وجوب الدفع إشكال، فإن أوجبناه فصار خلا فى يد المالك ففى وجوب رد المثل إشكال، فإن صار خلا فى يد الغاصب رده مع أرش النقصان إن قصرت قيمه الخل» ضروره ظهور ما ذكره أولا و أخيرا، بل صريحه أن البدل المأخوذ هو بدل حيلوله.

و فيه أنه لا- وجه لها بعد خروج المال عن ملكيه المالك، و ما ذكره من المانع و القوه القريبه من الفعل لا حاصل له، بحيث يرجع إلى دليل معتبر، بل لا- يخفى عليك النظر فى كلامه من غير ذلك، بل و ما سمعته من القواعد، لاشتراك الجميع فى الاحتياج إلى الدليل على الوجه الذى ذكرناه، و الله العالم.

[المسأله السابعه لو غصب أرضا فزرعها أو غرسها فالزرع و نماؤه للزارع]

المسأله السابعه:

لو غصب أرضا فزرعها أو غرسها فالزرع و نماؤه للزارع بلا خلاف أجده فيه، بل فى التنقيح عليه انعقد الإجماع اليوم، قلت:

و اليوم بل و قبل اليومين، إذ لم نجد مخالفا فى ذلك منا كل ذلك مضافا إلى

خبر عقبه بن خالد(١)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه حتى إذا

بلغ الزرع جاء صاحب الأرض، فقال: زرعت بغير إذنى فزرعك لى و على ما أنفقت، إله ذلك أم لا؟ فقال: للزارع زرعه و لصاحب الأرض كراء أرضه»

و نحوه موثق سماعه(١) بل و موثق آخر(٢).

بل هو على وفق أصول المذهب و قواعده، ضروره كون الزرع و الغرس ملك الغاصب، و الأرض إنما هى من المعدات كالماء و الهواء و نحوهما.

نعم عن أبى على أن لصاحب الأرض أن يرد ما خسره الزارع و يملك الزرع، و هو ليس خلافا فى أصل الملكيه، و إنما هو قريب من قول أحمد بن حنبل: «إن جاء صاحب الأرض و الزرع قائم فيها لم يملك إجبار الغاصب على قلعه، و خير المالك بين أن يبقيه إلى الحصاد بأجرته و أرش النقص، و بين أن يدفع إليه نفقته، و يكون الزرع له، لأن

رافع بن خديج قال(٣): قال رسول الله (صلى الله عليه و آله):

من زرع أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شىء، و له نفقته،

و مثله خبره الآخر عنه (صلى الله عليه و آله)(٤) أيضا.

١- ١ الوافى- ج ١٠ ص ١٤٤ «الفيقيه فى حديث سماعه.» و هو بمضمون خبر عقبه، و الظاهر ان ذلك من عباره الصدوق قده لا من الحديث، حيث إنه روى فى الفيقيه ج ٣ ص ١٤٩ و ١٥٠ عن سماعه روايه طويله و فى آخرها أورد ما أسنده فى الوافى إلى روايه سماعه، و مما يؤكد ذلك أن الشيخ قده روى فى التهذيب ج ٧ ص ١٤٢ و الاستبصار ج ٣ ص ١١٢ و ١١٣ عن سماعه ما رواه فى الفيقيه الى هذه القطعه، و كذلك الكلينى قده فى الكافى ج ٥ ص ٢٧٥ و فى الوسائل- الباب- ١١- من أبواب بيع الثمار الحديث ٧ و ٨ من كتاب التجاره، و لم يذكر احد من هؤلاء القطعه التى بمضمون خبر عقبه و أسندها فى الوافى إلى حديث سماعه.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب الغصب- الحديث ٢.

٣- ٣ سنن البيهقى- ج ٦ ص ١٣٦.

٤- ٤ سنن البيهقى- ج ٦ ص ١٣٦.

إلا- أنهما من غير طرقتنا، بل لعل النصوص المزبوره للتعريض بفساد القول و الافتراء فى اخباره، على أنهما ظاهران فى الملك القهرى الذى هو خلاف ظاهر المحكى عن ابن الجنيد.

نعم فى

الموثق(١)«فى رجل اكرى دارا و فيها بستان فزرع فى البستان و غرس نخلا و أشجارا و فواكه و غير ذلك و لم يستأمر صاحب الدار فى ذلك، فقال: عليه الكراء، و يقوم صاحب الدار الغرس و الزرع قيمه عدل، و يعطيها الغارس، و إن كان استأمره فعليه الكراء و له الغرس و الزرع، يقلعه و يذهب به حيث شاء».

لكنه خبر متحد، قد أعرض عنه الأصحاب، فلا يصلح الخروج به عن العمومات فضلا عن الأدله السابقه كما هو واضح.

و رواه فى التهذيب(٢)و محكى

الفقيه(٣): «و يقوم صاحب الدار الغرس و الزرع قيمه عدل إن كان استأمره، و إن لم يكن استأمره فعليه الكراء»

إلى آخره. و حينئذ يكون دالا على المطلوب لا مخالفا له.

و لعله لذا لم أعثر على موافق لابن الجنيد و إن مال إلى ما سمعته منه فى الصبغ جماعه، و تعجب الفاضل فى المختلف من مخالفه الشيخ لابن الجنيد فى الصبغ- مع قوله فى المستعير للغرس بوجوب الإجابته عليه لو بذل صاحب الأرض قيمه الغرس- لا دلالة فيه على اختيار ذلك،

١- ١ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب الغصب- الحديث ٢ مع اختلاف يسير و ثقله من دون اختلاف فى الكافى ج ٥ ص ٢٩٧.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب الغصب الحديث ٢ و التهذيب ج ٧ ص ٢٠٦ الرقم ٩٠٧.

٣- ٣ أشار إليه فى الوسائل- الباب- ٣٣- من كتاب الإجاره الحديث ١ و ذكره فى الفقيه ج ٣ ص ١٥٦- الرقم ٦٨٤.

على أنه قد صرح هنا بعدم وجوب القبول، نعم صرح بموافقته في مسأله الصبغ، بل مال إليه غيره أيضا.

و يمكن أن يكون الوجه مضافا إلى ما سمعته من النصوص إمكان الفرق بينهما باعتبار تعسر زوال الصبغ أو عدم نفع معتد به فيما زال منه بخلاف الزرع والغرس، أو شدة التبعية فيه على وجه يكون أثره من الصفات بخلافهما، أو غير ذلك، والله العالم.

و على كل حال فلا خلاف ولا إشكال في أن عليه أجره الأرض وإزاله زرعه وغرسه وإن تضرر بذلك، فإنه الذى أدخله على نفسه،

قال عبد العزيز بن محمد (١): «سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: من أخذ أرضا بغير حقها أو بنى فيها، قال:

يرفع بناؤه و يسلم التربه إلى صاحبها، ليس لعرق ظالم حق، ثم قال:

قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): من أخذ أرضا بغير حقها كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر».

و عليه أيضا طم الحفر و أرش الأرض إن نقصت بالزرع أو بالقلع بلا خلاف و لا إشكال.

و كذا عرفت أنه لا-خلاف معتد به و لا إشكال في أنه لو بذل صاحب الأرض قيمه الغرس لم يجب على الغاصب إجابته و ما سمعته من الإسكافي قد عرفت ضعفه، و إن قال في جامع المقاصد:

«إنه لو وجد به قائل - أى غيره- لكان قويا» إذ هو كما ترى. بل لو رضى بالإبقاء بالأجره لم يجب عليه، للأصل و لتسلط الناس على أموالهم.

و كذا لا خلاف و لا إشكال في أنه لو بذل الغاصب

أجره الأرض أو قيمتها لم يجب على صاحب الأرض قبوله للأصل و غيره بل لو وهبه (و لو هبه خ ل) منه لم يجب عليه، لذلك و لما فيه من المنه.

و لو حفر الغاصب فى الأرض بئرا مثلا- كان عليه طمها مع طلب المالك، لوجوب إعادته العين كما كانت مع الإمكان و هل له طمها مع كراهيه المالك؟ قيل و القائل الشيخ و ابن زهره فيما حكى عنهما نعم نهاه المالك أم لم ينهه. رضى أم لم يرض تحفظا من درك التردى.

و فيه أن ذلك لا يقتضى جواز التصرف له فى مال الغير، و إنما أقصاه الضرر عليه، و هو الذى أدخله على نفسه، على أنه يمكن زوال الضمان عنه بالرضا بالبقاء على وجه يرتفع عدوانه، بناء على اعتبار ذلك فى الضمان.

بل هو المحكى عنه فى ديات المبسوط، قال: «لو حفر بئرا عدوانا ثم إن المالك رضى ببقائها بعد الحفر العدوانى سقط الضمان» بل عنه هنا التصريح بأن الصحيح براءته بالإبراء.

و عليه يكون النزاع حينئذ معه فى أن الرضا بالبقاء أو النهى عن الطم يقتضى الإبراء كما سمعته منه فى الديات و وافقه عليه المصنف و الفاضل على ما قيل فيها أم لا يقتضى ذلك، لأنه أعم فيبقى الضمان مستصحبا؟

و لعل الأقوى فيه ما ذكره، بل القول بعدم البراءة لو صرح بالإبراء لا يخلو من وجه، كما ستعرف.

و من ذلك يعرف ما فى قول المصنف و لو قيل للمالك منعه كان حسنا، و الضمان يسقط عنه برضا المالك باستبقائها بناء عن الوجه الذى ذكرناه، و إن تبعه عليه من تأخر عنه.

نعم الأحسن منه القول بأن له منعه و إن بقى الضمان عليه، لما عرفت خصوصا بعد ما سمعت سابقا من النظر فى اعتبار العدوان فى الضمان بذلك، لإطلاق الأدله الذى لا ينافيه الضمان، خصوصا مع ابتداء الحفر على العدوانيه، كما فى المقام الذى لا يدفع السببيه الشرعيه الرضا المتأخر مع التصريح فضلا عن مجرد الكراهه للطم التى لا تنافى إراداه البقاء على الضمان مع ذلك.

و من هنا تردد فى محكى التحرير فى الإبراء إذا أبرأه، من أن المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن، و من أن حصول الضمان لتعديده بالحفر و الإبراء لا- يزيله، لأن الماضى لا يمكن تغييره عن الصفه التى وقع عليها، و لأن الضمان ليس هنا للمالك، فلا يصح الإبراء منه، و لأنه إبراء مما لا يجب، فلم يصح.

و لا يخفى عليك الحال بعد التأمل فيما ذكرناه على أى وجه يفرض البحث، و الله العالم. فلاحظ و تأمل.

[المسأله الثامنه إذا حصلت دابه فى دار لا يمكن أن تخرج إلا بهدم فان كان حصولها بسبب من صاحب الدار ألزم بالهدم]

المسأله الثامنه:

إذا حصلت دابه مثلا فى دار لا يمكن أن تخرج إلا بهدم فان كان حصولها فيها بسبب من صاحب الدار ألزم بالهدم و الإخراج، و لا ضمان على صاحب الدابه لعدم العدوان منه، و خصوصا إذا كان ذلك غضبا من صاحب الدار للدابه مثلا، لما عرفت من وجوب رد المغصوب إلى مالكة، و إن ترتب عليه ضرر أضعاف المغصوب.

و إن كان من صاحب الدابه ضمن الهدم و خصوصا إذا

كان بسبب غضبه للدار بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له منا، بل في المسالك وغيرها عدم الإشكال في الحكمين.

لكن قد يقال حينئذ بوجوب ذبح الحيوان إن كالم مما يؤكل و لم يرض المالك بالهدم، و خصوصا إذا كان قيمته أقل من أرش الهدم.

اللهم إلا أن يكون ذلك نحو الغرس في أرض الغير غضبا، فإنه يملك حفرها لقلع غرسه، و يضمن الأرش للمالك إن كان.

و قد يفرق بينهما بتوقف الاستيلاء على تمام ماله بالحفر فيملكه، بخلاف المقام المفروض تمكنه من ذبح الحيوان من غير تصرف في دار المالك الواجب عليه إرجاعها له تامه. نعم لو لم يكن الحيوان مما يذبح أمكن القول حينئذ بذلك، لقاعده لا ضرر و لا ضرار. و كيف كان فالأمر في ذلك سهل.

إنما الكلام فيما ذكره المصنف بقوله و كذا إن لم يكن من أحدهما تفريط ضمن صاحب الدابة الهدم، لأنه لمصلحته بل في المسالك نسبتته إلى المشهور، بل قيل: لا خلاف فيه بيننا.

لكن قال في المسالك: «و يشكل بأن التخليص و المصلحه قد تكون مشتركه بينهما، بل هو الأغلب، و قد تكون مختصه بصاحب الدار، بأن لا يكون لصاحب الدابة حاجه إلى إخراجها، لصغرها أو عدم صلاحيتها للانتفاع، و صاحب الدار يحتاج إليها في موضع الدابة عاجلا- و الفرض انتفاء التفريط، نعم لو خيف هلاك الدابة بدون الإخراج اتجه وجوبه، لحرمة الروح، و مع ذلك ففي اقتضاء ضمان صاحب الدابة نظر».

قلت: الذي ينبغي في هذه و نحوها بعد ملاحظه لا ضرر و لا ضرار و قاعده الجمع بين الحقين ترجيح الأعظم ضررا منهما على الآخر إذا لم

يكن عن تفريط كما هو المفروض، و مع فرض التساوى من كل وجه يرجع إلى القرعه أو إلى اختيار الحاكم، و هكذا فى كل حقين تراحما و لا مرجح لأحدهما و لو من جهة التفريط و عدمه.

و كان وجه ما ذكره الأصحاب فى الفرض أن صاحب الدابة مكلف بأخذها من دار الغير و تخليص ملكه منها، فكل ضرر حصل على صاحب الدار بالنسبة إلى ذلك و جب جبره على صاحب الدابة، لقاعده لا ضرر و لا ضرار.

و لعل مثل ذلك لو جاء السيل بنخلة زيد مثلا فأثبتها فى أرض الغير، فان عليه تخليص ملك الغير منها، و جبر كل ضرر يكون من ذلك عليه.

و لعله لذا ذكره فى التذكرة مفروغا منه، بل قال فيها: «هو ظاهر مذهب الشافعية أيضا، لأنه إنما تقضى بتخليص ملكه» نعم حكى عن بعض الشافعية أنه لا يضمن صاحب الفصيل شيئا، لأنه لا تفريط من أحد، و الإخراج لا بد منه، لحرمة الروح، ثم قال: «و إنما يتم هذا فيما إذا خيف هلاكه لو لم يخرج».

قلت: بل قد يقال بضمنه حينئذ أيضا، لأن خوف الهلاك لا يدفع الضمان عنه.

ثم قال: «و هكذا إذا باع دارا فيها حباب لا تخرج إلا بنقض الباب، فإذا نقلها كان إصلاح ذلك عليه، لأنها لتخليص ملكه» و هو كالصريح فى المفروغية من ذلك، نعم لو اختار صاحب المال إتلاف ماله لأجل أن لا يغرم كان له ذلك، كما هو واضح. و الله العالم.

و لو أدخلت دابة رأسها فى قدر مثلا و افتقر إخراجها منه إلى كسر القدر فان كانت يد مالك الدابة عليها أو فرط فى

حفظها ضمن قيمه إن لم يكن لمكسوره قيمه أو الأرش إن كان و إن لم يكن يده عليها و كان صاحب القدر مفرطاً- مثل أن يجعل قدره في الطريق- كسرت القدر عنها و لا ضمان في الكسر بلا خلاف أجده في شىء من ذلك بين من تعرض له من الشيخ و الفاضل و الشهيدين و الكركى.

نعم في التذكرة في صورته تفريط صاحب الدابة «فإن كانت غير مأكوله اللحم لم يجز ذبحها، و وجب كسر القدر مع ضمانه، و إن كانت مأكوله اللحم فهل تذبح أو يكسر القدر؟ الأقرب ذبحها، لأنه ينتفع بلحمها، فيقل الضرر على صاحبها، و النقص إن كان فمن صاحبها وقع حيث وقع التفريط منه».

قلت: قد يلوح منه الترجيح بقله الضرر، إلا أن ما ذكره أخيراً يأتي في الأول مع فرض كون التفريط منه.

و في الدروس بعد أن ذكر الحكم كما ذكره المصنف و غيره قال:

«و لو كان كسرها أكثر ضرراً من قيمه الدابة أو أرشها احتمل أن تذبح الدابة».

و فيه- مضافاً إلى عدم تفصيله بين المأكول و غيره- إمكان منعه مع فرض كون التفريط منه، لأنه حينئذ السبب في إدخال الضرر على نفسه.

ثم قال: «أما لو أدخل ديناراً في محبرته و كانت قيمتها أكثر منه و لم يمكن كسرها لم تكسر المحبره، و ضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط مالكة، و لو دخلت زهره اليقطين في إناء الغير فعظمت اعتبر التفريط، و مع انتفائه يتلف أقلهما قيمه و يضمن صاحب الآخر، و إن تساوى فالأقرب أن الحاكم يجبرهما، فان تمانعا فالقرعة».

و فيه إشعار فى الجملة بما ذكرناه من الميزان فى تزاحم الحقوق، لكن لا يخفى عليك ما فى قوله: «فالأقرب» إلى آخره، سواء أراد الإجبار أو التخيير، اللهم إلا- أن يريد من التخيير أن الحاكم يخير كلا- منهما فى كل من الأمرين، لاشتراكهما معا فى مفاد الأصول و غيره، إلا أنه لما كان ذلك لا يقطع الأمر لاحتمال التمانع فى الخارج أمر بالقرعه، و إلا فمع فرض سبق أحدهما إلى شىء من الفردين لم يكن عليه إثم، إلا أن ذلك أيضا كما ترى.

و التحقيق ما ذكرناه من كون التخيير فى القطع للحاكم، و أولى منه الرجوع إلى القرعه، و الله العالم.

و لو فرط معا فعن التذكرة كسرت القدر أيضا، و ضمن صاحب الدابه، لأنه لمصلحته، و فيه إشكال، بل عن الأردبيلي الجزم بعدم الضمان.

و كيف كان ف ان لم يكن من أحدهما تفريط و لم يكن المالك معها و كانت القدر فى ملك صاحبها كسرت، و ضمن صاحب الدابه، لأن ذلك لمصلحته كما فى القواعد و محكى المبسوط و غيره، بل فى المسالك أنه المشهور. جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام؛ ج ٣٧؛ ص ٢١١

ن أشكله بنحو ما سمعته سابقا من «أن المصلحة قد تكون مشتركة و قد تكون مختصه بصاحب القدر أو غالبه، خصوصا إذا كان ما يبقى من القدر بعد الكسر له قيمه، فإن حفظه مصلحه لمالكها، و قد تكون قيمه القدر أو أرشه تزيد عن قيمه الدابه على تقدير إتلافها، فالزام صاحب الدابه زياده عن قيمه دابته بعيد، و أيضا فقد تكون مأكوله اللحم فلا يفوت عليه بذبحها ما يقابل القدر أو ما يفوت منها، و كون المقصود خلاص الحيوان لأنه ذو روح لا يتم مطلقا، لأنه على تقدير

صلاحيته للذبح لا يتعين تخليصه ببقائه ليكون حكمه حكم القدر مع

اشتراكهما فى عدم التفريط. و احتمال فى الدروس ذبح الدابه مع كون كسر القدر أكثر ضررا من قيمه الدابه أو أرشها ترجيحاً لأخف الضررين، و بالجمله فحكم المسأله مع انتفاء التفريط مشكل و إن كان المشهور ما ذكره المصنف».

قلت: لا- يخفى عليك- بعد الإغضاء عما فى بعض كلامه- عدم الإشكال فى ذلك و فى غيره من الأمثله المذكوره فى المقام من بلغ الشاه جوهره الغير و غير ذلك، مع الإحاطه بما ذكرناه من الميزان فى تراحم الحقوق.

و لعل إطلاق الأصحاب أن المصلحه لصاحب الدابه مبنى على اقتضاء بقاء القدر هلاكها، فالضرر عليه حينئذ بالبقاء، دون صاحب القدر الذى يأخذ قدره بعد الموت تاماً، و من هذه الجهه خصوا صاحب الدابه بالضمان، أما لو فرض عدم ذلك مع كون القدر فى رأسها و إن تضررت فالمصلحه مشتركه بينهما، كما هو واضح، خصوصاً مع فرض احتمال تلفه لو بقى على رأسها، و الفرض أن لمكسوره قيمه، فتأمل.

نعم بقى شىء: و هو أن التفريط جهه مرجحه لغير المفرد على كل حال و إن عظم ضرره فى ظاهر كلامهم، إلا أنه لا يخلو من إشكال فى بعض الأفراد.

هذا و فى المسالك أيضاً «و اعلم أن عطف المصنف قوله: «و لم يكن المالك معها» على ما إذا لم يكن من أحدهما تفريط غير جيد، لأن عدم كون المالك معها قد يكون من موجبات عدم التفريط، و قد يجمع التفريط، و كذا قوله: «و كانت القدر فى ملك صاحبها» فإنه من أمثله عدم التفريط، فعطفه عليه المقتضى للمغايره و كونه شرطاً آخر مع عدم التفريط ليس بجيد، و كان حقهما أن يكونا مثالين لعدم التفريط،

و لو جعل الواو للحال قرب من المقصود، و إن كان لا يخلو من قصور فى الجملة».

قلت: قد يقال: إن وجود المالك مع الدابه مقتضى لضمان ما تحته و إن لم يكن مفرطا، و من هنا جعله فى الأول مقابلا للتفريط، و أما القدر فالواو فيه للحال كما ذكر، فلا إشكال فى العبارة حينئذ، و الله العالم.

[المسأله التاسعه إذا خشى على حائط جاز أن يسند بجذع]

المسأله التاسعه قال الشيخ (رحمه الله) فى المبسوط: إذا خشى على حائط جاز أن يسند بجذع مثلا بغير إذن مالك الجذع مدعيا للإجماع أى قال: بلا خلاف و فى دعوى الإجماع المزبور نظر ضروره عدم حكاية موافق له ممن تقدمه أو عاصره.

نعم فى الدروس بعد أن حكى ذلك عنه قال: «و حينئذ الأقرب ضمان عينه و أجرته و إن انتفى الإثم» و هو - مع أنه غير صريح فى وفاقه - لا مدخلية له فى ثبوت الدعوى المزبوره.

و لعله لذا نزله فى جامع المقاصد على خصوص خوف تلف النفس المحترمه، قال: «و الحق أنه إن خيف بترك ذلك ضرر على نفس محترمه و نحو ذلك جاز إسناده، لجواز إتلاف مال الغير لحفظ النفس. و يضمن العوض، و يلوح من تعليل الشيخ إرادته هذا المعنى، حيث قال: إن مراعاة المصالح الكليه أولى من الجزئيه مع التعارض، و هذا حيث لا يمكن نقضه أو يخاف المعاجله قبله».

قلت: لا- دلالة في كلامه على خصوص تلف النفس، ويمكن حمل كلامه على ما ذكرناه أيضا من الميزان مع التعارض في الحقوق، فيقدم الكلى منها على الجزئى، كما لو كان حائط في طريق المسلمين مثلا أو كانت قنطره كذلك، فإن إسناده بجذع الغير مع فرض انحصار الأمر فيه و الجبر بالأرث و الأجره و نحو ذلك أولى، فإنه جهه مرجحه أيضا، و لعل ذلك باب عظيم يفتح منه أمور كثيرة، فتأمل، و الله العالم.

[المسألة العاشرة إذا جنى العبد المغصوب عمدا فقتل ضمن الغاصب قيمته]

المسألة العاشرة إذا جنى العبد المغصوب عمدا فقتل ضمن الغاصب قيمته يوم تلفه غير مستحق عليه القصاص أو أعلى القيم من يوم غصبه إلى يوم تلفه أو غير ذلك مما عرفت البحث فيه سابقا.

إنما المراد هنا بيان كونه مضمونا على الغاصب و إن كانت الجنايه من العبد بلا تفريط من الغاصب، و لا أجد خلافا في ذلك بل و لا إشكالا لما عرفته مكررا من كون يد الغاصب يد ضمان و إن تلف بأفه سماويه.

و لا فرق في الضمان المزبور بين القصاص فيه بعد رده إلى سيده أو قبله، ضروره عدم براءته بالرد المزبور، لثبوت الاستحقاق عليه في يده و الفرض ضمانه، و كذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل بعد رده إلى السيد أو قبله.

نعم لو غصبه مرتدا أو سارقا فقتل أو قطع عنده فالأقوى ضمانه إياه مستحق القتل أو القطع، ضروره عدم خروجه بالارتداد و لو فطريا عن الملك، فله قيمته، بل صرح بعضهم بجواز بيعه كذلك، خصوصا

بعد القول باختصاص جواز قتله للسلطان بناء على أنه من الحدود، وقد لا يظفر به.

و من هنا يظهر لك أنه لا فرق في الرده بين الفطره و المله إذا كانت مقتضيه للقتل.

فما في القواعد- من الإشكال في ذلك مما عرفت و من وجود السبب في يد المالك فهو كوجود المسبب، و أنه لا يضمن بالجنايه فلا يضمن باليد، و أن إزاله ملك المالك لا تضمن بالقتل فأولى أن لا يضمن إزاله يده- واضح الضعف، إذ كل ذلك كما ترى.

و أضعف من ذلك قوله متصلا بالإشكال السابق: «فان منعناه ضمن النقص الزائد على المقدر لو حصل زائد عليه» سواء كان مراده خصوص القطع أو الأعم منه و من الارتداد، على معنى أنه لو كان قيمته مائه فقطع و نقصت قيمته إلى عشرين فإنه يضمن الزائد على جنايته التي هي نصف قيمه، و هو ثلاثون، أو كانت قيمته ألفى دينار فقتل فإنه يضمن الغاصب حينئذ ألف دينار. إذ هو كما ترى لا- وجه له بعد أن كانت الجملة غير مضمونه على الغاصب كما هو المفروض، فالمتجه عدم ضمانه شيئاً، و هو واضح.

و أضعف منهما قوله متصلا بذلك: «و كذا الاشكال لو انعكس» أي ارتد أو سرق في يد الغاصب فقتل أو قطع في يد المالك، ضروره منافاته لما سبق منه و من غيره في خصوص ذلك. بل و لقواعد الغصب التي منها ضمان العين المغصوبه على الغاصب على كل حال من غير فرق بين الآفه السماويه و غيرها.

نعم لو ارتد في يده ثم مات في يد المالك من غير قتل ضمن الأرش خاصه، لأنه رده ناقصا و الفرض عدم قتله، فلا يضمن كمال قيمه،

كما أنه لا يبرأ بالموت عن الأرش، ضروره تحقق النقصان فيه و إن تلف بالموت لا بالعيب الحادث في يد الغاصب.

و من ذلك يعلم أن الوجه فيما لو اشترى مرتدا أو سارقا فقتل أو قطع في يد المشتري عدم رجوعه بشىء على البائع مع فرض علمه و إقدامه المسقطين لخيار العيب، أما مع الجهل فله الأرش خاصة، فما في القواعد من الإشكال في أنه من ضمان البائع في غير محله، و الله العالم.

و كيف كان ف ان طلب ولى الدم الذيه في مفروض المسأله على الوجه الشرعى المقرر في العبد لزم الغاصب أقل الأمرين من قيمته و ديه الجنايه كما صرح به الفاضل و الشهيدان و الكركى و غيرهم، بل لا أجد فيه خلافا بيننا، و إن قال فى المسالك: «إنه الأشهر» مشعرا بوجوده، إلا أنا لم نتحققه.

و على كل حال فوجهه أنه الذى يستحقه الولى مع فرض كون طلبه على الوجه الذى ذكرناه، ضروره أن الذىه إن كانت أقل فظاهر، و إن كانت القيمة أقل فإن الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه.

نعم لو اقترح غير ذلك بأن طلب أضعاف قيمته على العفو عن القصاص عنه و جب على الغاصب بذله لما عرفته من تكليفه بالأشق بالنسبه إلى رد العين، فكل ما يتوقف على ذلك يجب عليه دفعه، و قد احتمله فى جامع المقاصد هنا، بل مال اليه غيره. و لعله لا ينافيه ما فى المتن و غيره بعد تنزيله على ما ذكرناه، اللهم إلا أن يقال: لا يجب على الغاصب بذل الزائد المقترح، لكن فيه منع واضح.

و لو مات العبد المزبور دفع الغاصب القيمة التى ثبتت عليه بالغصب للمالك، فان رجع المجنى عليه على المالك بالقيمة التى هى بدل العين التى تعلق بها حق الجنايه دفعها اليه مع فرض المساواه بين القيمة المدفوعه

للغضب و بين قيمه الجنايه، و رجع على الغاصب بقيمه أخرى بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك و لا إشكال، عدا استحقاق رجوع المجنى عليه على المالك بقيمه، لاحتمال اختصاص رجوعه على الغاصب، فيختص المالك حينئذ بما أخذ، كما أنه يختص الجانى بأرث جنايته لو أخذه، و لا يرجع عليه المالك، فهما حينئذ كرجلين لكل واحد منهما دين على ثالث، بل عن التذكرة نفى البأس عن ذلك و أن المشهور عند الشافعيه الأول.

قلت: لعل وجه رجوعه على المالك أنه قبض قيمه العين التى تعلق بها حق المجنى عليه على وجه ينتقل منها إلى قيمتها.

بل قد يتوهم عدم رجوع المجنى عليه على الغاصب باعتبار عدم ضمانه للعين التى تعلقت بها الجنايه بالنسبه إلى الجانى، و لذا لا يجوز له ردها للسيد بعد الجنايه.

لكن يدفعه أنا نمنع ذلك بعد تعلق الحق فيها، كما يمنع بالنسبه إلى قيمتها أيضا، لقيامها مقامها، فالذى جوز رجوعه على الغاصب هو دفعه لما تعلق له حق المجنى عليه من غير إذن، نحو رجوع الديان على من دفع عينا من تركه الميت إلى وارثه مثلا بغير إذن منه، نعم لو كان الدفع بإذن المجنى عليه اتجه عدم الرجوع حينئذ.

و على كل حال فليس هو كدينين على ثالث، بل هو دين واحد تعلق به حقان و إن رجع السيد على الغاصب إذا أخذه منه ذو الحق المقدم عليه باعتبار ضمانه عليه، فتأمل جيدا فإن المسألة غير محرره فى كلامهم.

و من ذلك أيضا ما يظهر من غير واحد من التفاوت بين القيمه المضمونه للجنايه و بينها للغاصب، بناء على ضمان أعلى القيم له، فيختص المالك حينئذ بالزائد، و لا رجوع للمجنى عليه فى ذلك، مع أنه قد يشكل

ذلك خصوصا لو فرض الأعلى بعد حصول الجنايه، بأن حق الجنايه إنما تعلق بالرقبه، ولذا لو مات و لم يكن مضمونا سقط، و لكن لما كان مضمونا بالغصب قامت قيمته مقام عينه فى التعلق، فأى قيمه كانت للغصب يتعلق بها حق الجنايه، لأنه تابع له فى ذلك، فلا فرق بين القول بالأعلى و غيره.

و لو كان العبد وديعه فجنى بالمستغرق ثم قتله المودع بالفتح فعليه قيمه يتعلق بها أرش الجنايه، فإذا أخذها الولي لم تجب قيمه أخرى على المودع، لأنه جنى و هو غير مضمون عليه، كما هو واضح، هذا كله فى الجنايه الموجهه قصاصا فى النفس.

و إن أوجبت قصاصا فيما دون النفس فاقتص منه ضمن الغاصب الأرش على حسب ما تقدم الكلام فيه سابقا لو جنى هو عليه نفسه.

و إن عفى على مال ضمن الغاصب أقل الأمرين على حسب ما سمعت الكلام فيه فى النفس، ضروره اتحاد المدرك فى الجميع فلا حاجه إلى عود الكلام.

و لو جنى فى يد سيده بالمستوعب ثم غصب فجنى اخرى بالمستوعب و لم يحكم به للأول ففى القواعد و محكى التذكرة و جامع المقاصد بيع فيهما، و يرجع المالك على الغاصب بما أخذه الثانى منهما، لأن الجنايه وقعت فى يده و كان للمجنى عليه أولا أن يأخذه دون الثانى، لأن الذى يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانيا، فلا يتعلق به حقه، و نحو ذلك ما ذكرناه سابقا عن التحرير.

و الظاهر كون المراد مع اختيارهما البيع، لا أنه يباع عليهما قهرا، إذ لا إشكال فى جواز استرقاقه لهما، كما لا إشكال فى استرقاق الأول له من دون حاجه إلى حكم به، و أنه لو استرقه الأول ثم جنى الجنايه

الثانية اختص بالثاني.

نعم يشتركان فيه مع فرض عدم استرقاق الأول له مثلاً على ما قدمناه سابقاً من عدم اختصاص ذى الجنايه الأولى به ولا الثانى و إن أوهم الأخير بعض النصوص (١) لكنه معارض بغيره (٢) كما تقدم البحث فيه سابقاً، و يأتى إنشاء الله، و الأمر فى ذلك كله سهل.

إنما الكلام فى استحقاق رجوع الأول بما يأخذه المالك من الغاصب عوض جنايه الثانى التى هى مضمونه عليه دون الثانى، و قد وجهه فى جامع المقاصد بأن حق المجنى عليه أولاً متعلق بقيمه العبد كلها، لأن الفرض أن الجنايه مستوعبه، و قد وجد باقى قيمه، فيتعلق به حقه، و أما الثانى فلأن الذى يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانياً، و هو نصف قيمه المستحق له، فلا

يتعلق به حقه مره أخرى، لاستحاله تعلق حقه به مرتين، و النصف الآخر من قيمه قد فات بتعلق حق المجنى عليه أولاً به، فكان قيمه من أول الأمر مقدار النصف.

و أما المجنى عليه الأول فإن حقه متعلق بتمام قيمه و الجنايه الثانيه لكونها مضمونه على الغاصب فى حكم المنتفيه، فيبقى تعلق حقه بالقيمه جميعها ثابتاً، و لما لم تكن الجنايه الأولى مضمونه على الغاصب لم يكن للمالك الرجوع بما أخذه المجنى عليه أولاً.

قلت: لكن قد يقال: إن ما أخذه المالك بسبب الغصب لا مدخله له فى الجنايه، فلا يتجه رجوع الأول عليه بها، إذ هما حيثتان، مختلفتان، و أقصى الأدله اشتراك الجنايتين برقبه العبد دون غيره، و إلا

١- ١ الوسائل - الباب - ٤٥ - من أبواب القصاص فى النفس من كتاب القصاص.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤٥ - من أبواب القصاص فى النفس الحديث ٢ من كتاب القصاص.

لاقتضى شركة الثاني، فإن الفرض كون الثانيه كالأولى فى التأثير، ولا مدخلية للسبق، فمع فرض وجود باقى القيمة يتعلقان به معا و إن كان هو عوض الثانيه منهما.

و فيه أن المجنى عليه الأول أولى بذلك، لأن المالك بحكم منقطع السلطان عليه بالجنايه الأولى المفروض كونها مستوعبه، أقصى ما هناك قد زاحمتها الجنايه الثانيه فى عينه دون القيمة الحاصله بسبب الضمان الذى هو تدارك ما أخذه الثاني.

اللهم إلا أن يقال: إن الضمان المزبور لم يكن للمجنى عليه الأول، لأن الفرض عدم منع الغاصب له عن استيفاء جنايته، وإنما هو للمالك باعتبار بقاء العين على ملكه قبل الاستيفاء.

و على كل حال ينبغى أن يكون الذى يضمه الغاصب قيمه نصف عبد مستحق عليه الجنايه الأولى، لأن الفرض أنه غصبه كذلك، لا- نصف قيمته بدون الوصف المزبور كما عساه يظهر من كلام المتعرضين له. و كيف كان فالمسأله محتاجه إلى التأمل.

و لو مات فى يد الغاصب فعليه قيمته، تقسم بينهما، و يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة، و يكون للمجنى عليه أولا أن يأخذه منه بناء على ما عرفت، و فيه البحث السابق، و لو وهب المجنى عليه ثانيا ما أوجبه الجنايه للمالك فالرجوع بالنصف بحاله، نعم لو وهب للغاصب لم يبعد سقوط الرجوع به، فتأمل.

و لو جنى على سيده عمدا فاقترض منه و ليه ضمن الغاصب كالأ-جنبي، لإطلاق الأدله، و لو جنى على طرف فاقترض منه سيده ضمن الغاصب أكثر الأمرين على الوجه السابق.

و ما فى القواعد- من الإشكال فى أصل الضمان باعتبار أنه إذا

سلمه للمولى فقد مكنه منه غايه التمكّن - واضح الضعف.

نعم لو كانت الجنايه خطأ أو شبه عمد فلا ضمان على الغاصب لعدم ثبوت مال للسيد على عبده، و ما عن الإيضاح من الضمان أيضا كالأجنبي واضح الضعف.

نعم لو فرض حصول نقص فى قيمته بالجنايه المزبوره ضمنه كما يضمّنه لو حصل فى العمد من حيث الجرأه، و هو غير أرش الجنايه.

و لو عفا السيد على مال ففى التذكره ثبت المال على العبد، و فداه الغاصب بأقل الأمرين من أرش الجنايه و قيمه العبد كالأجنبي، و حكاه فى جامع المقاصد عنها، ثم قال: «و وجه أن المال ليس بثابت هنا أصاله من أول الأمر، فيمتنع ثبوته، لاستلزامه وجوب مال للسيد على عبده و انما هو عوض عن جنايه ثابتة مستحقه على العبد مضمونه على الغاصب فلا يمتنع ثبوت عوضها، لأن الخيار فى ذلك إلى المجنى عليه».

قلت: لا- يخفى عليك ما فيه، و حملة على إرادته العفو عنه على المال بالمعنى الاقتراحي لعدم القصاص منه كما تقدم سابقا لا يقتضى الفداء بأقل الأمرين، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الحاديه عشر إذا نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب لزمه إعادته]

المسأله الحاديه عشر:

إذا نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب لزمه إعادته إن كان مالكة فيه بغير إشكال، لتوقف الأداء و الرد على ذلك.

أما لو كان مالكة فى غيره و جاء به الغاصب إليه ففى المسالك «تخير المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه إليه و بين أن يأمره بالرد إلى المكان الذى غصبه فيه، لأنه عاد بنقله، فكان الرد عليه حيث يطلبه

المالك و له أن يأمره برده إلى بعض المسافه، بل هو أولى».

قلت: قد يناقش فيه إن لم يكن إجماعا بعدم الدليل عليه، بل مقتضى الأصل أو الأصول خلافه، بل ظاهر «تؤدى» (١) بل و «مردود» (٢) ذلك أيضا إذا كان المراد الرد إلى المالك. اللهم إلا أن يقال: إن الظاهر من الرد إرجاع الشىء إلى المحل الذى أخذه منه خصوصا بعد الاعتضاد بفتوى من وقفنا عليه من الأصحاب.

ثم قال: «و حيث يرضى المالك ببقائه دون المكان الأول ليس للغاصب الزيادة عليه، لأنه تصرف فى المغصوب بغير إذن المالك، فلو تجاوز به المأذون فللمالك إلزامه بإعادته، لتعديه فى النقل كأصله».

قلت: قد يناقش بوجوب الإعادة مع فرض المجىء به إلى بلد الغصب و إن أتم بذلك.

و كيف كان فحق المالك على الغاصب الرد لا- مئوته و حينئذ ف- لو طلب المالك الأجره عن إعادته لم يلزم الغاصب ل ما عرفت من أن الحق هو النقل لا أجرته و لو رضى المالك به هناك لم يكن للغاصب قهره على الإعادة قطعا.

إنما الكلام فى قهر المالك الغاصب على الرد فى غير بلد الغصب، و فى المحكى عن التذكرة أنه لو نقل حرا صغيرا أو كبيرا من موضع إلى موضع آخر بالقهر فان لم يكن له غرض فى الرجوع إلى الموضع الأول

فلا شىء عليه، و إن كان فاحتاج إلى مئونه فهى على الناقل على إشكال.

بل فى المسالك الجزم به، ضروره عدم دليل على ذلك بعد ما ذكرناه من عدم الضمان بقاعده لا ضرر و لا ضرار و نحوهما، فتأمل جيدا، و الله العالم.

١- ١ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤ و سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١- من أبواب الأنفال- الحديث ٤ من كتاب الخمس.

[النوع الثانى فى مسائل التنازع]

اشاره

النوع الثانى فى مسائل التنازع وهى ست:

[المسأله الأولى إذا تلف المغصوب و اختلفا فى قيمه فالقول قول المالك مع يمينه]

المسأله الأولى:

إذا تلف المغصوب و اختلفا فى قيمه ف عن المقنعه و النهايه أن القول قول المالك مع يمينه بل و عن التحرير هو قول الأكثر و إن كنا لم نجد له لغيرهما.

و قيل و القائل الشيخ و الحلى و الفاضل و ولده و المقداد و الشهيدان و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم القول قول الغاصب بيمينه، بل فى المسالك نسبته إلى أكثر المتأخرين، بل فى الرياض إلى عامتهم.

و لا ريب فى أنه هو أشبه بأصول المذهب و قواعده التى منها أصاله براءه ذمته باعتبار أنه غارم و منكر.

لكن فى

صحيح أبى ولاد(١)«فمن يعرف ذلك- أى قيمه-؟»

قال: أنت و هو، إما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكرتى كذا و كذا فيلزمك»

مؤيدا بأعرفيه المالك بقيمه ماله من الغاصب الذى يناسبه الأخذ بأشق الأحوال.

و لعله لذا قال فى الكفايه: «لا- يبعد ترجيحه» و فى الرياض «لولا إطباق متأخرى الأصحاب على العمل بالأصل العام و اطراح الروايه لكان المصير إليها فى غايه القوه».

قلت: لكن قد يقال: يمكن حمله على إرادته بيان أن ذلك طريق لمعرفة القيمة مع التراضى بينهما فى ذلك، لا أن المراد

بيان تقديم قوله مع عدم التراضى و إلا لم يكن معنى ل

قوله (عليه السلام): «أو يأتي».

بشهود»

ضروره عدم الحاجه إليهم فى إثبات قوله، بناء على أن القول قوله.

بل قد يشعر قوله: «إما» بما ذكرناه، لأن معادله المقدر «و إما أن يحلف هو فيلزم ما يحلف عليه، أو يرد اليمين عليك فيلزمه ما تحلف عليه أو يأتي بشهود».

و لعل التأمل الجيد يقتضى أن المراد بالصحيح المزبور بيان انحصار معرفه القيمة كما هى بهما، لكن بالحلف على الوجه المزبور أو بالشهود، و هو كذلك فان كلا منهما مدع بالنسبه إلى تعيين كون القيمة كذا فى الواقع، و قولنا بتقديم قول الغاصب يراد منه تقديمه بالنسبه إلى نفي شغل ذمته بالزائد، لا على تعيين كون القيمة كذا، فلا دلالة فى الصحيح المزبور على فرض المسأله بما عند الأصحاب من كون المراد شغل ذمه الغاصب بالزائد و عدمه.

بل إن لم يحمل على ما ذكرناه من التراضى بينهما على اليمين

لم يكن معنى ل

قوله (عليه السلام): «تعرفها أنت و هو»

ضروره كون المعرفه للمالك حينئذ، بناء على أن القول قوله، و ليس المراد من

قوله (عليه السلام): «فان رد اليمين عليك»

اليمين المردوده المصطلحه، إذ تلك إنما هي على نفى ما يدعيه المنكر لا على إثبات ما يدعيه الغاصب فلا محيص حينئذ عن حمل الصحيح المزبور على ما ذكرناه، و إلا نأفى قواعد القضاء، فتأمل جيدا. و الله العالم.

و أما التأييد المزبور فليس دليلا- شرعيا، فالأقوى حينئذ تقديم قول الغاصب فى نفى الزيادة على ما أقر به، لكن مع ذكره قيمه للعين المغصوبه ممكنه.

أما لو ادعى ما يعلم كذبه فيه مثل أن يقول: ثمن الجاربه حبه أو درهم لم يقبل قطعا، للعلم بكذبه، و هل يقدم حينئذ قول المالك بيمينه لانتفاء الوثوق بالغاصب، لظهور كذبه و حصر دعواه فيما علم انتفاؤه فيلغى قوله بالكليه أو يطالب بما يكون محتملا فيقبل منه و هلم جرا؟ وجهان.

و فى جامع المقاصد لم أجد تصريحاً بأحدهما، لكن فى التحرير صرح بالثانى منهما، و هو الذى قواه فى الروضه و المالك اطرادا للقاعده، و لا يلزم من إلغاء قوله المخصوص لعارض كذبه إلغاء قوله مطلقا حيث يوافق الأصل، و هو كذلك.

و لو اختلفا بعد زياده قيمه المغصوب فى السوق فى وقتها فادعى المالك أنها قبل التلف و الغاصب بعده فالقول قول الغاصب أيضا بيمينه، لأنه منكر، و الله العالم.

[المسألة الثانية إذا تلف و ادعى المالك صفه يزيد بها الثمن كمعرفه الصنعه فالقول قول الغاصب مع يمينه]

المسألة الثانية:

إذا تلف و ادعى المالك فيه صفه يزيد بها الثمن كمعرفه الصنعه ف- لا خلاف أجده هنا في أن القول قول الغاصب مع يمينه لأن الأصل يشهد له إذ معرفه الصنعه حادث، و الأصل عدمه، نعم في الكفايه في عموم صحيح أبي ولاد(١) ما يخالفه، و قد عرفت الحال فيه.

و كذا لو كان الاختلاف في تقدمها لتكثر الأجره، لأصالة عدمه أيضا، و كذا لو ادعى المالك تخلل الخمر في يد الغاصب فأنكره

الغاصب، فان القول قول الغاصب بيمينه، للأصل أيضا، و الله العالم.

هذا كله في دعوى المالك الصنعه الحادثه التي تزيد بها قيمه.

أما لو ادعى الغاصب عيبا متجددا لكن عند المالك كالعور و شبهه مما هو عارض للعبد بعد الصحه و أنكر المالك فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل الصحه، سواء كان المغصوب موجودا أو معدوما.

لكن في المبسوط «إذا غصب عبدا فرده و هو أعور فقال سيده:

عور عندك، و قال الغاصب: بل عندك فالقول قول الغاصب، لأنه غارم، فان اختلفا في هذا و العبد قد مات و دفن فالقول قول سيده إنه ما أعور، و الفصل بينهما إذا مات و دفن فالأصل السلامه حتى يعرف عيبا، فكان القول قول السيد، و ليس كذلك إذا كان حيا، لأن العور مشاهد موجود».

و أول من تعرض لرده الحلبي في السرائر، قال: «فان غصب عبدا فرده و هو أعور و اختلفا فقال سيده: عور عندك و قال الغاصب:

بل عندك قدم قول الغاصب، لأنه غارم، و قال بعض أصحابنا: فإن اختلفا و العبد قد مات و دفن فالقول قول سيده إنه ما كان أعور، و الذي يقوى عندي أن القول قول الغاصب، لأنه غارم في المسألتين، و الأصل براءة الذمه، و هذا الذي ذكره بعض أصحابنا تخريج من تخريجات المخالفين و الذي تقتضيه أصول المذهب ما ذكرناه».

و أما الفاضل فقد وقع له في القواعد عبارات ثلاثة: الأولى «لو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة ففي تقديم أحد الأصلين نظر». و الثانية «لو ادعى الغاصب عيبا تنقص به القيمة كالعور قدم قول المالك» و في جامع المقاصد أنه رجوع عن التردد إلى الجزم. و الثالثة «لو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب و الغاصب سبقه فالقول قول المالك على إشكال».

قلت: لا يخفى عليك أن التحقيق ما ذكره الشيخ من الفرق بين المسألتين مع إنكار المالك وجود أصل العور، كما هو ظاهر قول الشيخ:

«ما أعور» أو صريحه، لأنه الذي يقتضيه الأصل بجميع معانيه.

و لعله لذا جزم الفاضل بتقديم قول المالك فيه، بخلاف ما إذا كان العور محققا و لكن النزاع بينهما في سبقه و لحوقه، و لا أصل يقتضى شيئا منهما حتى مع العلم بالتأريخ، بناء على ما حققناه في محله، و لا الاقتران الذي مقتضى الأصل أيضا عدمه، مع أنه يمكن فرض المسألة مع القطع بعدمه، و لعله لذا تردد الفاضل.

و لكن فيه أن أصل براءة ذمه الغاصب بحاله حينئذ سالم عن المعارض و لهذا جزم الشيخ فيه بأن القول قول الغاصب لأنه غارم. و إن كان

لم يثبت ما ادعاه من السبق، من حيث تعارض أصلى تأخر الغضب عن العيب و العكس.

و منه يعلم ما فى جامع المقاصد، حيث إنه جعل وجه النظر فى عبارته الفاضل ناشئا من تعارض الأصلين، قال: «فإن الأصل براءة الذمه من أرش ذلك، و الأصل السلامه فى العبد إلى حين إثبات اليد، فتعارضهما أوجب التردد- ثم قال:- لا- يخفى إن التعارض غير واضح، لأن أصل السلامه من العيب يقتضى شغل ذمه الغاصب لضمان جميع العبد و مع ذلك لا يبقى أصل البراءه، لوجود الناقل عنه، و لأن الأصل عدم تقدم العيب». و تبعه على ذلك فى المسالك.

إذ لا يخفى عليك ما فيه، لأن أصله عدم تقدم العيب معارضة بأصله عدم تقدم الغضب مع فرض جهل التأريخ، أو بناء على أن العلم به كالجهل به، و هو منشأ نظر الفاضل، و أصل السلامه من العيب بعد وجوده الذى هو بمعنى استصحابها إلى حين الغضب ليس هو إلا أصل عدم تقدم العيب على الغضب المعارض بمثله، كما هو واضح.

و منه يعلم ما فى عبارته المصنف أيضا إن كان مراده ما يشمل دعوى تقدم العور و تأخره، كما يشعر به قوله: «سواء» إلى آخره معرضا به لما سمعته من الشيخ المقتضى عدم معنى لأصل السلامه مع فرض وجود المغصوب معينا كما عرفت.

و لقد أجاد الفاضل فى المختلف حيث إنه بعد أن حكى كلام الشيخ و ابن إدريس قال: «و الوجه أن نقول: إن كان السيد ادعى بعد موته و دفنه أنه أعور عند الغاصب و ادعى الغاصب أنه أعور عند المالك فلا فرق بين المسألتين، و إذا كان قد أنكر عوره مطلقا قدم قوله، و هو الظاهر من كلام الشيخ، فإنه قال: القول قول السيد إنه ما أعور

و الأصل السلامه، و لأنه لو لا ذلك لما بقى فرق بين الموت و عدمه» و هو جيد جدا، موافق لما حققناه.

نعم لو فرض كون دعوى الغاصب أنه أكمله لا عور حادث أمكن حينئذ تقديم قول المالك، لأصالة السلامه التى هى بمعنى غلبه السلامه الوارده على أصل البراءه، إلا أن الكلام فى حجيه الغلبه المزبوره على وجه تصلح قاطعا للأصل المزبور فى المقام، و مع فرضه لا إشكال فى الضمان حينئذ لما ذكره، فتأمل جيدا.

بل مما ذكرناه يعلم ما فى كثير من الكتب، حتى الدروس و إن وافق ما قلناه فى الجمله، قال: «و لو اختلفا فى تقدم العيب حلف الغاصب عليه، لأنه غارم، قاله الشيخ و ابن إدريس، و لو قيل: يحلف المالك لأن الأصل السلامه و عدم التقدم كالمبيع كان وجهها، و لو اختلفا فى العيب بعد موته أو انقطاع خبره حلف المالك عند الشيخ و الغاصب عند ابن إدريس، و الأول أصح».

إذ لا يخفى عليك ما فى الوجه الذى ذكره، ضروره التعارض فيما ذكره من أصل السلامه و عدم التقدم كما عرفت، و حلف المالك على ذلك فى البيع لأصالة لزوم العقد و البراءه من الأرش، بخلاف المقام المقتضى لشغل ذمه الغاصب الذى مقتضى الأصل براءتها، فتأمل جيدا. و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا باع الغاصب شيئا ثم انتقل اليه بسبب صحيح قيل لا تسمع بينته]

المسأله الثالثه:

إذا باع الغاصب شيئا أو وهب مثلا ثم انتقل اليه بسبب صحيح كميراث و نحوه و لم نقل بأن ملك الفضولى لما باعه

إجازه فقال للمشتري: بعتك ما لا أملك و الآن قد انتقل إلى بسبب صحيح و أقام بينه هل تسمع بيته؟ قيل: لا، لأنه مكذب لها بمباشره البيع الظاهر في أنه ملكه.

و قيل و القائل الشيخ و الفاضل و الشهيدان و غيرهم إن اقتصر على لفظ البيع و لم يضم إليه من الألفاظ ما يتضمن ادعاء الملكية كأن يقول: بعتك ملكي أو هذا ملكي أو قبضت ثمن ملكي أو أقبضته ملكي قبلت و إلا ردت.

بل لا أجد فيه خلافا بين من تعرض له منا، بل لم أجد القائل بعدم السماع مطلقا، بل عن المبسوط أنه لم يذكره لأحد من العامه، و إنما ذكره احتمالا، مع أنه واضح الضعف، ضروره عدم اقتضاء إيقاع البيع مثلا البيعه على وجه يكون تكذيبا للبينه، بحيث لا تكون حجه له إذ البيع حقيقه يقع على الملك و غيره، و تنزيل إطلاق البيع على ما يملكه فيما لو باع النصف مشاعا للقرينه الداله على ذلك لا يقتضى تنزيل إيجاد صيغه البيع على الملكيه بحيث تنافى دعواه اللاحقه و بينته، خصوصا مع ملاحظه عموم

قوله (صلى الله عليه و آله) [\(١\)](#) «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر».

و لو أقر بالغصبيه بعد أن باعه و قبلى الانتقال اليه بسبب صحيح و كذبه المشتري أغرم الثمن للمالك إن أجاز البيع و إلا فقيمه، لكن فى القواعد «و لو أقر بائع العبد بالغصبيه من آخر و كذبه المشتري أغرم البائع الأكثر من الثمن و القيمه للمالك» و لم يظهر لنا وجه له معتد به، و المتجه ما قلناه، و حينئذ فلو فرض زياده ما قبض من الثمن عنها

وجب عليه دسها في مال المشتري.

هذا و لكن ليس للمشتري مطالبته بما دفع اليه من الثمن بعد عدم تصديقه في إقراره، كما أنه ليس للبائع مطالبه المشتري مع عدم الإجازة إلا بأقل الأمرين من القيمة و الثمن، لأن الاولى إن كانت أقل فليس له غيرها بمقتضى إقراره، و إن كان الثمن أقل فليس له سواه في ظاهر الشرع، سواء أجاز المقر له أم لا بعد عدم تصديق المشتري.

و لو عاد العبد اليه بفسخ أو غيره وجب رده على مالكة و استرجع ما دفعه كما في القواعد و غيرها، بل صرح بعضهم بأن ما دفعه كان للحيلولة، و مقتضاه بقاء العين على ملك المالك و إن دفع له القيمة كما سمعته في الحيلولة، و قد تقدم بعض الكلام في ذلك في كتاب الإقرار.

و لو كان إقراره في مده خياره ففي القواعد و محكى غيرها انفسخ البيع، لأنه يملك فسخه، فقبل إقراره بما يفسخه، إذ الإقرار يجب أن ينفذ حيث يمكن نفوذه، و هو ممكن على هذا التقدير، فكان كما لو أعتق ذو الخيار أو باع، و لكن قد تقدم في بحث الحيلولة و في كتاب الإقرار ما يظهر منه نوع تأمل في ذلك و بحث في القاعده المزبوره على وجه يحصل منها الانفساخ ظاهرا و إن لم ينشأ الفسخ، فلاحظ و تأمل.

و لو أقر المشتري خاصه لزمه رد العبد إلى المقر له، و يدفع الثمن إلى بائعه، و لو أعتق المشتري العبد لم ينفذ إقرارهما معا عليه، و كذا لو باعه على ثالث لم يصدقهما، و لو صدقهما العبد بعد عتقه فالأقرب القبول، و فاقا للفاضل في بعض كتبه،

لعموم «إقرار العقلاء»^(١)

و من أنه في الإعتاق مانع لوقوعه صحيحا، و منشىء العقد و الإيقاع أعلم به.

لكن فى القواعد «و يحتمل عدمه، لأن العتق حق لله تعالى، كما لو اتفق العبد و السيد على الرق و شهد عدلان حسبه بالعتق» بل هو المحكى عن المبسوط و التذكرة و الإيضاح.

و الأقوى الأول، و الفرق بين الأمرين واضح، و على الثانى فللمالك تضمين أيهما شاء، فيضمنه يوم العتق بناء على المختار، فان ضمن البائع رجوع على المشتري، لأنه أتلفه، و إن رجع على المشتري رجوع بالثمن خاصة.

و لو مات العبد و خلف مالا ففى التحرير هو للمدعى إن لم يخلف وارثا و لا ولاء لأحد عليه، و فيه أن المتجه كونه للإمام، و الله العالم.

[المسألة الرابعة إذا مات العبد فقال الغاصب: رددته إليك قبل موته و قال المالك بعد موته فالقول قول المالك مع يمينه]

المسألة الرابعة إذا مات العبد المغصوب مثلا- فقال الغاصب: رددته (إليك خ) قبل موته و قال المالك: بعد موته فالقول قول المالك مع يمينه لتعارض الأصلين و تساقطهما، أو أن مفادهما الاقتران الذى لا يفيد البراءة، مضافا إلى اتفاقهما على عدمه، مع أنه حادث و الأصل عدمه، و على كل حال فيبقى أصل بقاء الضمان بحاله على قطعه لأصل البراءة.

و من هنا كان المشهور على ذلك، بل لا أجد فيه خلافا و إن قال المصنف و الفاضل فى التحرير قال فى الخلاف: و لو عملنا فى هذه بالقرعة كان جائزا إلا أنا لم نتحققه، فان عبارته المحكية عنه فى المختلف فى تعارض البيتين قال: «إذا غصب عبدا و مات و اختلفا فقال الغاصب: رددته حيا و مات فى يد المالك، و قال المالك: رددته

ميتا، و أقام كل منهما بينه بما ادعاه سقطتا، وعدنا إلى الأصل، و هو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم رده، و لأن كل منهما مدع موت العبد عند صاحبه و تكافئا سقطتا(١) و بقى الأصل و هو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم رده، و إن عملنا فى هذه المسألة على القرعة كان جائزا».

و لعله لذا حكاه فى الدروس عنه فى ذلك، قال: «و لو اختلفا فى رده أو فى موته قبل الرد أو بعده أو فى رد بدله مثلا أو قيمه حلف المالك، و لو أقاما بينتين تساقطتا، و يحلف المالك، و فى الخلاف يجوز العمل بالقرعة لتكافؤ الدعويين، و هو حسن بل واجب، و قال ابن إدريس: البينه للغاصب، لأنها تشهد بما يخفى».

قلت: و لعله كذلك إن لم ترجح بينه الداخل أو الخارج، و إلا كان العمل عليها دونها، كما حققناه فى كتاب القضاء.

و لعل ما عن المبسوط هنا مبنى على ترجيح بينه الداخل، قال:

«إذا أقام كل منهما بينه عمل على ما نذكره فى تقابل البينتين، و إن قلنا:

إن البينتين إذا تقابلتا سقطتا و وعدنا إلى الأصل - و هو بقاء العبد عنده حتى يعلم رده - كان قويا».

لكن فى محكى السرائر أن الذى قواه مذهب الشافعى فى تقابل البينتين لا مذهب أصحابنا، و إنما مذهب أصحابنا بلا خلاف بينهم الرجوع إلى القرعة، لأنه أمر مشكل، و هذا ليس من ذلك القبيل، و لا هو منه بسبيل، و لا فى هذا إشكال - إلى أن قال:- إنما تسمع بينه الغاصب، لأنها تشهد بأمر قد يخفى على بينه المالك، فلا إشكال هنا حتى تستعمل فيه القرعة، بل مثاله رجل غصب مالا ثم قال الغاصب: رددته و قال

١ - ١ هكذا فى النسختين الأصليتين المبيضة و المسودة بقلمه الشريف، و فى المختلف «و تكافئا و لا - ترجيح سقطتا» و فى الخلاف «و تكافئا و لا ترجيح فسقطتا» و هو الصحيح.

المغصوب منه: ما رددته، فالقول قول المغصوب منه، فإن أقام كل منهما بينه سمعت بينه الغاصب، لأن لبنته مزيه على بينه المغصوب منه، لأنها تشهد بأمر قد يخفى على بينه المالك، وكذا لو ادعى قضاء الدين و أنكر المالك و أقام كل منهما البينه- إلى أن قال:- و لا- يقول أحد من علمائنا: إنه يستعمل هنا القرعه، و لا- يعاد إلى الأصل» و حاصله تقديم بينه الخارج على الداخل، و قد ذكرنا في كتاب القضاء تفصيل الحال و الأقوال فلاحظ و تأمل.

نعم حاول في المختلف جعل الفرض من المتضادين الذى هو محل القرعه أو التساقت و الرجوع إلى الأصل، و ذلك لأن الموت أمر وجودى طارئ على الحياه، فهو حينئذ ضدها، و لا يمكن الجمع بينهما، فحصل الاشتباه الموجب للقرعه أو التساقت و الرجوع إلى الأصل. و لعله لذا جزم به في الدروس.

لكن فيه أن ذلك لا يخرج المسأله عن مسأله بينه الداخل و الخارج فلا بد حينئذ من بناء ترجيح إحدى البيتين على ذلك، نعم يرجع إلى القرعه في البيتين المتضادتين و لم تكن أحدهما بينه داخل و خارج، كما في دعوى رجل زوجته امرأه و دعوى آخر كذلك، فتأمل جيدا. هذا كله في الرد حيا أو ميتا.

أما رد أصل المغصوب أو قيمته أو مثله فلا إشكال و لا خلاف في أن القول قول المالك، لأن الأصل عدم ذلك، فهو منكر، و لا يشكل ذلك باقتضائه التخليد في السجن حينئذ، لإمكان الالتزام بذلك، كما لو أقام المالك بينه عليه بوجود عين المغصوب، فيحبس إلى أن يتحقق الحاكم عدم العين عنده، فيلزمه بالمثل أو قيمه، و قد يحتمل الانتقال إلى ذلك من أول الأمر، لسقوط التكليف بنفس العين بدعوى الرد التى هي

كدعوى التلف التي ذكرها المصنف و غيره فقال:

[المسأله الخامسه إذا اختلفا فى تلف المغصوب فالقول قول الغاصب مع يمينه]

المسأله الخامسه إذا اختلفا فى تلف المغصوب فالقول قول الغاصب مع يمينه بل لا أجد فيه خلافا بينهم، بل عن ظاهر غايه المراد بل و التذكره الإجماع عليه، و ليس - مع أنه مخالف للأصل - إلا - لأنه لو لم يقبل لزم تخليده الحبس لو فرض صدقه، إذ قد يصدق و لا بينه له.

و فى المسالك «و لا يرد مثله فيما لو أقام المالك البينه بقاء العين، فإنه حينئذ يكلف بردها و يحبس مع إمكان صدقه، إذ البينه ببقائها لا - تقتضى المطابقه فى نفس الأمر، لأنه يمكن الفرق هنا بأن بقاءها ثابت شرعا، و ظاهر الحال يقتضى صدق البينه فيه، فيجوز البناء على هذا الظاهر و إهانتته بالضرب و الحبس إلى أن يظهر للحاكم كون تركه ليس عنادا، فإذا تعذر الوصول إلى العين انتقل إلى بدلها كما هنا، بخلاف البناء على الأصل، فإنه حجه ضعيفه مختلف فيها بين الفقهاء و الأصوليين، فلا يناسبها التضييق بالعقوبه و نحوها».

قلت: لكن ذلك كله كما ترى لا - يوافق قواعد الإماميه، ضروره كونه مجرد اعتبار، فان ثبت إجماع فذاك، و إلا كان المتجه الحبس إلى أن يظهر للحاكم على نحو البينه.

و كيف كان فإذا حلف من أول الأمر أو بعد اليأس من دفع العين طالبه المالك بالقيمه لتعذر العين و لو للحيلولة التي قد عرفت اقتضاؤها ذلك، فما عن بعض العامه - من أنه ليس للمالك المطالبه بالقيمه لأنه يزعم بقاء العين فلا يستحق بدلها - واضح الضعف، و الله العالم.

[المسأله السادسة إذا اختلفا فيما على العبد من ثوب أو خاتم فالقول قول الغاصب مع يمينه]

المسأله السادسة:

إذا اختلفا فيما على العبد من ثوب أو خاتم أو نحوهما فقال المالك: هو لى، وقال الغاصب: هو لى فالقول قول الغاصب مع يمينه بلا- خلافاً أجده فيه لأن يده حاله الغصب على الجميع فيقدم قوله، ولا يعارضه سبق يد المالك بعد زوالها بطرو يد الغصب التى حكم بسببها بضمانه للعين و المنفعه، و الله العالم.

بسم الله الرحمن الرحيم و الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين الغر الميامين، أعلام الحق و أدلاء الخلق، الساده الولاه و الذاده الحمأه.

[كتاب الشفعه]

اشاره

كتاب الشفعه الذى ذكره المصنف و غيره متصلا بكتاب الغصب تنبها على أن ذلك كالمستثنى من حرمه أخذ مال الغير قهرا، للسنه المتواتره التى سيمر عليك جمله منها فى تضاعيف الكتاب و الإجماع بقسميه عليه، بل هو من المسلمين، و ما يحكى عن جابر بن زيد و الأصم من إنكار الشفعه على فرض صحه الحكاياه من الشواذ المعلوم بطلانه، خصوصا بعد الطعن فى عقيدته جابر منهما بالخروج.

و على كل حال ففي بعض كتب الشافعيه أنها اختلفت في مأخذها لغيره هل هي مشتقة من الشفع بمعنى الضم أو الزيادة أو التقويه، أو من الشفاعه؟

أقوال متقاربه.

و في التنقيح «هي مأخوذه من الزيادة، لأن سهم الشريك يزيد بما يضم إليه؛ فكأنه وتر فصار شفعا».

و في المسالك تبعاً للتذكرة و جامع المقاصد «مأخوذه من قولك:

شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعا به، كأن الشفع يجعل نصيبه شفعا بنصيب صاحبه، و يقال: أصل الكلمه التقويه و الإعانه، و منه الشفاعه و الشفع، لأن كل واحد من الوترين يتقوى بالآخر، و منه شاه شافع للتي معها ولدها، لتقويتها به».

و فيه ما لا يخفى، إلا- أن الأمر سهل، كسهوله الأمر فيما ذكر في تعريفها المحكى عن أبي الصلاح و ابني زهره و إدريس و غيرهم بأنها استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أو قيمته.

و في القواعد هي استحقاق الشريك انتزاع حصه شريكه المنتقله عنه بالبيع، كقول المصنف هنا هي استحقاق أحد الشريكين حصه شريكه بسبب انتقالها بالبيع.

و في النافع «استحقاق حصه الشريك لانتقالها بالبيع».

و في الإسعاد لبعض الشافعيه «هي حق تملك قهرى يثبت للشريك على الحادث بالعرض الذى ملك به».

و يقرب منه ما فى الدروس «حق ملك قهرى يثبت بالبيع لشريك قديم على شريك حادث فيما لا ينقل عادة مع إقراره» إلى غير ذلك، ضروره معلوميه كون المراد منها التمييز فى الجملة لترتب الأحكام عليه، و إلا فتمامه يعلم بالاحاطه بالأدله التى ستعرفها

إنشاء الله، و ليس المراد

منها التحديد الحقيقي، و لا أن ذلك للاختلاف بينهم فى معنى شرعى لها كما ذكرنا ذلك غير مره.

و حينئذ فلا ثمره فيما فى المسالك من أنه ينتقض تعريف الكتاب فى طرده بما لو باع أحد الشريكين حصته للآخر، فإنه يصدق عليه أن المشتري قد استحق حصه شريكه الآخر بسبب انتقالها بالبيع، و لا عذر فى أن الشريك بعد بيع حصته ليس بشريك، لمنع زوال اسم الشريك عنه، بناء على أنه لا يشترط فى صدق المشتق حقيقه بقاء المعنى المشتق منه، و لا مخلص من ذلك إلا بالتزام كونه حينئذ مجازا كما يقوله بعض الأصوليين، لكن الأصحاب لا يقولون به، و على هذا فتصدق الشركه بعد المقاسمه، و يلزم ثبوت الشفعه لأحد الشريكين المتقاسمين حصه الآخر إذا باعها لغيره، و هم لا يقولون به، و يصدق مع تكثر الشركاء إذا كانوا ثلاثه فباع أحدهم لأحد الآخرين، فإنه حينئذ يصدق بقاء شريكين قد انتقلت الحصه المستحقه بالبيع إلى أحدهما من شريكه، إلا- أن يقال هنا: إن الشريك لم يستحق حصه شريكه، بل بعض حصته، و هى المنتقله بالبيع دون باقى حصته، و هى حصه الشريك الآخر، حيث إن شريكه يشمل الشريكين، بناء على أن المفرد المضاف يفيد العموم، فلم يتحقق استحقاقه حصه شريكه، و يؤيد هذا أن الحصه و إن كانت صادقه ببعض ما يستحقه الشريك كما يقال باع حصه من نصيبه و إن قلت إلا أنه بإضافتها إلى الشريك تناولت جميع حصته، بناء على القاعده المذكوره و قد أشرنا إليها فيما سبق، و لا مخلص من هذه المضايقات إلا بدعوى كون الشريك بعد انتقال حصته لم يبق شريكا عرفا، و الاستحقاق بسبب بيع أحد الشريكين الآخر لا يتحقق إلا بعد تمام البيع، و معه تزول الشركه عرفا و إن صدقت لعه.

و كأنه أشار بهذا التطويل إلى بيان ما فى جامع المقاصد من الإيراد على تعريف الفاضل بأنه صادق على استحقاقه انتزاع حصته ببيعه إياها، ثم إن الحصة لا يعلم أى حصه يراد بها، وكذا الشريك لا يتعين أى شريك يراد به.

لكنه على كل حال هو كما ترى مع طوله وقله محصوله لا يخلو بعضه من خلل، ضروره كون المراد استحقاق حصه الشريك الحادث بسبب انتقالها إليه بالبيع، و لو سلم إرادته الأول كما هو ظاهر تعريف القواعد فالمراد استحقاق الشريك حصته التى باعها لغيره، فلا يرد شىء مما ذكر، و قول المصنف: «أحد الشريكين» كالصريح فى عدم تحققها مع الكثره فلا يرد ما ذكر من بيع أحد الثلاثة.

و أغرب من ذلك ما ذكره فى مسأله المشتق، و دعواه الإجماع ظاهراً على عدم اعتبار بقاء المبدأ فى الصدق ثم تفرعه على ذلك لزوم تحقق الشفعه بعد المقاسمه، مع أنه ممنوع فى مثل الحائض و الشريك، و على تقديره فلا يلزم منه ما ذكره بعد النص و الفتوى على اعتبار عدم القسمه فى ثبوتها، إلى غير ذلك مما لا يخفى عليك حاله.

و كذا ما فى الرياض تبعاً للتفتيح من «أن تعريف المصنف فى النافع و إن انتقض فى طرده بأمور- منها ما لو باع أحد الشريكين حصته للآخر، فإنه يصدق عليه أن المشتري قد استحق حصه شريكه الآخر بسبب انتقالها بالبيع- إلا أنه أجود مما عرفها فى القواعد» إلى آخره.

لانتقاضه طرداً زياده على ما ينتقض به الأول بأنه قد يستحق الشريك حصه شريكه المنتقله عنه بالبيع لا بسبب الشفعه بل بسبب آخر، كالإيرث و غيره، و إنما لا- ينتقض ما هنا به لتعليل الاستحقاق بالانتقال بالبيع، ليخرج ما كان الانتقال لا به، بل بغيره من النواقل، كالهبة و الاصداق

و الصلح و نحو ذلك. و الأمر فى ذلك كله سهل.

إنما الكلام فى النظر فى ذلك أى كتاب الشفعه و هو يعتمد (يستدعى خ ل) خمسہ مقاصد:

[المقصد الأول فى ما ثبت فيه الشفعه]

الأول فى ما ثبت فيه الشفعه و لا- خلاف بيننا بل و بين غيرنا عدا النادر الذى عرفته فى أنها تثبت فى الأرضين كالمساكن و العراض و البساتين بل تثبت فى ذلك إجماعا بقسميه، بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر كالنصوص من الطرفين(١).

و هل تثبت فيما ينقل كالثياب و الآلات و السفن و الحيوان؟ قيل و القائل الإسكافى و الشيخان فى المقنعه و النهايه و الاستبصار و الصدوقان و المرتضى و أبو صلاح و ابن البراج و ابنا زهره و إدريس بل و حمزه فى الظاهر على ما حكى عن بعضهم نعم تثبت دفعا لكلفه القسمه، و استنادا إلى روايه يونس عن بعض رجاله(٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) التى ستمعها، و نفى عنه البعد فى الدروس و اختاره فى الرياض، و فى المسالك و غيرها نسبته إلى أكثر المتقدمين و جماعه من المتأخرين، بل فى الانتصار

الإجماع عليه، و أنه من متفردات الإماميه، بل عن

١- ١ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب الشفعه و سنن البيهقى ج ٦ ص ١٠٩.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٧- من كتاب الشفعه- الحديث ٢.

ابن إدريس الإجماع أيضا و إن كنا لم نتحققه، لأن عبارته المحكيه عنه فى المختلف كما تحتمل ذلك تحتمل إرادته عموم معقد الإجماع أو إطلاقه فلاحظ.

وقيل و القائل الشيخ و الطبرسى و الراوندى و سلار و الفاضل و والده و ولده و الآبى و الشهيدان فى اللمعه و الروضه على ما حكى عن بعضهم:

لا تثبت، بل عن الخلاف نسبه إلى أكثر أصحابنا، بل عن التذكرة إلى المشهور، بل فى الدروس نسبه إلى المتأخرين اقتصارا فى التسلط على مال المسلم بموضع الإجماع، و استضعافا للروايه المشار إليها، و هو أشبه عند المصنف وفاقا لمن عرفت.

إلا أن الروايه المزبوره رواها

المشايخ الثلاثة(١) عن الصادق (عليه السلام) «عن الشفعه لمن هى؟ و فى أى شىء هى؟ و لمن تصلح؟ و هل يكون فى الحيوان شفعه؟ و كيف هى؟ فقال: الشفعه جائزه- و فى الفقيه واجبه- فى كل شىء من حيوان

أو أرض أو متاع إذا كان الشىء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه، فشريكه أحق به من غيره و إن زاد على اثنين فلا شفعه لأحد منهم».

و معتضده بما فى

الفقيه بإسناده عن أحمد بن محمد بن أبى نصر عن عبد الله بن سنان(٢) أنه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه، قال: يبيعه، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه، فلما أقدم على البيع قال له الشريك: أعطني، قال: هو أحق به، ثم قال (عليه السلام): لا شفعه فى الحيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحدا».

و بصحيح ابن سنان(٣) «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام):

المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه فقال أحدهم: أنا أحق،

١- ١ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الشفعه - الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الشفعه - الحديث ٧.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الشفعه - الحديث ٤.

إله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحداً».

و بصحيح الحلبي (١) في التهذيب و حسنه كالصحيح في الكافي عن أبي عبد الله (عليه

السلام) أيضاً أنه قال «فى المملوك بين شركاء يبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه: أنا أحق به، إله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحداً، قيل له: فى الحيوان شفعه؟ قال: لا»

المحمول على إرادته نفيها فى الحيوان إذا لم يكن الشريك واحداً بشهادته خبر الفقيه الذى به أيضاً يقيد إطلاق نفيها فى الحيوان فى غير الخبر المزبور. و بذلك جمع الشيخ بينها، و لعله أولى من الجمع بينها بتخصيص المملوك من الحيوان، كما تسمعه من الفاضل فى المختلف، و على كل حال فهى مؤيده لمرسله يونس.

مضافاً إلى إطلاق

قول أبى عبد الله (عليه السلام) فى حسن الغنوى (٢) «سألته عن الشفعه فى الدور أ شىء واجب للشريك؟ و يعرض على الجار و هو أحق بها من غيره؟ فقال: الشفعه فى البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن»

و غيره من الإطلاقات.

و إلى ما يفهم من

خبر عقبه بن خالد (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله)

بالشفعه بين الشركاء فى الأرض و المساكن، و قال: لا ضرر و لا ضرار، و قال: إذا أرفت الأرف و حددت الحدود فلا شفعه».

كل ذلك مضافاً إلى الإجماع المحكى المعتضد بالشهره المزبوره الجابرين لما فى النصوص المزبوره من الضعف فى السند أو الدلاله. مضافاً إلى مخالفه العامه الذين جعل الله الرشد فى خلافهم.

١-١ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب الشفعه - الحديث ٣.

١-٢ الوسائل - الباب - ٢- من كتاب الشفعه - الحديث ١.

١-٣ الوسائل - الباب - ٥- من كتاب الشفعه - الحديث ١.

و ربما نوقش فى الشهره المزبوره بأن الصدوقين و ابن أبى عقيل لم يذهبوا إلى الإطلاق المزبور.

قال فى المقنع: «لا شفعه فى سفينه و لا طريق و لا حمام و لا رحى و لا نهر و لا ثوب و لا فى شىء مقسوم، و هى واجبه فى كل شىء عدا ذلك من حيوان أو أرض أو رقيق أو عقار».

و قال أبوه: «الشفعه واجبه فى كل شىء من حيوان أو عقار أو رقيق إذا كان الشىء بين شريكين، و ليس فى الطريق شفعه و لا فى نهر و لا فى رحى و لا فى حمام و لا فى ثوب، و لا فى شىء مقسوم».

و لعله لذا حكى عنهما فى الدروس إثباتها فى الرقيق و الحيوان.

و قال ابن أبى عقيل: «لا شفعه فى سفينه و لا رقيق».

و فى النهايه بعد أن صرح بثبوت الشفعه فى الضياع و العقار و الحيوان و المتاع قال: «و لا شفعه فيما لا يصح قسمته مثل الحمام و الأرحيه و ما أشبههما».

و من ذلك يعلم أن فى المسأله أقوالا لا قولين خاصه، كما عساه يظهر من المصنف و غيره ثبوتها فى المنقول مطلقا و عدمها فيه كذلك، و التفصيل بما سمعته من الصدوقين و الشيخ فى النهايه، بل و من ابن أبى عقيل إذا كان يثبتها فيما عدا ما ذكر، و تفرد الفاضل فى المختلف بثبوتها فى الأراضى و فى خصوص المملوك و إن حكاه المصنف فيما يأتى، إلا أنا لم نتحققه.

و لا يخفى عليك وجه الجميع بعد الإحاطه بما ذكرناه، مضافا إلى

خبر السكونى^(١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): لا شفعه فى سفينه و لا فى نهر و لا فى طريق

و لا فى رحى و لا فى حمام».

و خبر سليمان بن خالد(١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «ليس فى الحيوان شفعه».

و المرسل فى الكافي(٢) «إن الشفعه لا تكون إلا فى الأرضين و الدور فقط»

المنجبر بما عرفت من الشهره بين المتأخرين بل إطباقهم، بل قد سمعت حكايتها على الإطلاق.

و

قول الصادق (عليه السلام) فى خبر عبد الله بن سنان(٣): «لا تكون الشفعه إلا لشريكين ما لم يتقاسما».

و قوله (عليه السلام) فى خبر السكوني(٤): «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم».

و قول أحدهما (عليهما السلام) فى المرسل(٥): «الشفعه لكل شريك لم يقاسم».

و قول على (عليه السلام)(٦): «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم».

و المرسل فى الفقيه(٧) عن الصادق عن أبيه (عليهما السلام) «إن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قضى بالشفعه ما لم تؤرف».

يعنى تقسم»

بناء على ظهورها فى كون مورد الشفعه القابل للقسمة، بخلاف الحيوان و نحوه، بل ذكر الأرف التى هى علامه الحدود فى قسمة الأراضى مشعر بأن موردها خصوص الأراضى.

بل فى بعض كتب الشافعيه أن الأصل فى عدم ثبوتها فى المنقول

حديث

-
- ١- ١ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب الشفعه - الحديث ٦.
 - ٢- ٢ الوسائل - الباب - ٨- من كتاب الشفعه - الحديث ٣.
 - ٣- ٣ الوسائل - الباب - ٣- من كتاب الشفعه - الحديث ١.
 - ٤- ٤ الوسائل - الباب - ٣- من كتاب الشفعه - الحديث ٢.
 - ٥- ٥ الوسائل - الباب - ٣- من كتاب الشفعه - الحديث ٣.
 - ٦- ٦ الوسائل - الباب - ٣- من كتاب الشفعه - الحديث ٧.

جابر(١)«أن النبي (صلى الله عليه و آله) قضى بالشفعه فيما لم يقسم، ماذا وقعت الحدود و طرقت الطرق فلا شفعه»

و رواه البخارى(٢)«إنما الشفعه»

إلى آخره باعتبار أنه خصها بما تدخله القسمة و الحدود و الطرق، و هذا لا يكون فى المنقولات.

بل عن الشيخ الاستدلال بهذه النصوص على الاختصاص، مضافا إلى

خبر جابر منها «لا شفعه إلا فى ربع أو حائط»

و رواه فى الإسعاد «الشفعه فى كل مشترك فى أرض أو ربع أو حائط لا يصلح له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فىأخذ أو يدع»(٣).

و الانصاف أن ذلك كله مما يورث الشك للفقيه، خصوصا بعد عدم الشهره المحققه المعتد بها للقدماء فى ذلك، بل ما حكاه المرتضى عن العامه من اتفاقهم عدا مالك على عدم ثبوتها فى المنقول معارض بما عن الخلاف من حمل مرسل يونس(٤)على التقيه من أبى حنيفه و مالك، كما أن ما ادعاه من الإجماع لم نتحققه، إذ لم نعرف من وافقه على ذلك ممن تقدمه إلا المفيد، مع أنه حكى عنه فى المختلف أنه لم يصرح بشىء، و إن كان هو خلاف الموجود عندنا فى مقنعته من التصريح بذلك فى آخر كلامه، و إلا- ابن الجنيد، و لم نقف على عبارته، و ليس النقل كالعيان، أما الصدوقان و ابن أبى عقيل فقد عرفت الحال فى كلامهم.

و أما النصوص السابقه المرسل بعضها و المضطرب الآخر منها فى الحيوان الذى يستبعد الجمع بينها بما ذكرناه، لأن السؤال فى بعضها قد

١- ١ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٠٢.

٢- ٢ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٠٢.

٣- ٣ كتر العمال - ج ٤ ص ٢ - الرقم ١.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الشفعه - الحديث ٢.

وقع عنه بعد المملوك المقيد بوحده الشريك، على أن حمل النصوص المطلقة على ذلك مع عدم خصوصيه للحيوان في غايه البعد، كطرح نصوص السفينه، و الإطلاقات المزبوره يشك في إرادته الفرض منها، خصوصا مع ملاحظه الشهره و عدم سوقها لبيان نحو ذلك.

فالتحقيق حينئذ الاقتصار على المتيقن فيما خالف الأصول العقليه و النقليه، و هو الأخذ في غير المنقول، و حمل النصوص في المملوك و الحيوان(١) على ضرب من الندب، بل لا يبعد حمل مرسل يونس(٢) عليه، و الله العالم. هذا كله في المنقول فعلا.

أما الشجر و النخل و الأبنيه فتثبت فيها الشفعه تبعا ل بيع الأرض بلا خلاف أجده فيه، بل عن المبسوط نفيه في موضعين، بل قيل إن ظاهره نفيه بين المسلمين، و لعله كذلك، بل قد يظهر من ذكر القولين فيما لو أفردا في المتن و غيره الإجماع على ثبوتها في صوره الضم.

كل ذلك مضافا إلى دخول الأبنيه في المساكن التي قد سمعت التصريح بها و

بالدور في نصوصنا(٣) نعم ليس في شىء منها ذكر الحائط بمعنى البستان الشامل للأرض و الغرس، و انما هو موجود في نصوص العامه(٤) إلا أنه لا فرق عند الأصحاب بينه و بين البناء، كما أنه ليس في شىء من نصوصنا لفظ البناء، بل فيها الأراضي و المساكن و الدور، و من هنا قد يتوقف فيما لا يدخل تحت اسم المسكن و الدار من البناء، كجدار و نحوه و إن حكى عن ظاهر جماعه و صريح آخرين

١-١ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب الشفعه.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب الشفعه الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٢ و ٤ و ٥- من كتاب الشفعه.

٤-٤ سنن البيهقي ج ٦ ص ١٠٤ و ١٠٩.

ثبوت الشفعه فيه تبعا للأرض، لكنه لا يخلو من نظر، اللهم إلا أن يكون ذلك مثالا لكل ما يثبت في الأرض، سواء كان مسكنا أو غيره نعم لا- إشكال في تناول اسم الدار لجميع ما يثبت فيها من الأبواب والأخشاب والأعتاب ونحوها من المنقولات التي أثبتت تبعا للدار، بل في بعض كتب الشافعيه دخول المفاتيح أيضا، وإن كان فيه منع واضح وإن قلنا بتبعيتها لبيع الدار عرفا، كتبنيه ثياب العبد ومقود الدابه ورحلها، إلا أن ذلك لا يقتضى التبعيه فى الشفعه التى مدارها اسم البستان و الدار و المسكن لا ما يتبعها عند بيعها، فتأمل جيدا فإنه دقيق.

على أن الأصل المزبور يقتضى الاقتصار على المتيقن، و لعله لذا جزم فى القواعد و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد بعدم الشفعه فيما لو كانت أرض الغرفه سقف صاحب السفلى المختص، لعدم التبعيه لأرضه حينئذ، و لكن فى الدروس لا شفعه فيها عند الفاضل مشعرا بنوع تردد فيه.

أما لو كان السقف لهما فى القواعد إشكال، من حيث إنه فى الهواء، فليس بثابت، و لا ترجيح فى التحرير و الدروس، بل فى التذكرة الأقرب أن لا شفعه، بل فى جامع المقاصد أنه الأصح، لأن ثبوت الشفعه فيها تبعا للأرض و لا أرض هنا، و عدم النقل عادة لا يخرجها عن كونها منقوله فى الأصل و صائره إلى النقل.

إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه، لصدق اسم المسكن و الدار، و كون الشىء منقولاً أو ثابتاً ليس عنواناً فى شىء من النصوص، و لعله لذا حكى عن الفخر أن الأولى ثبوت الشفعه، بل لولا ذلك لأشكل حينئذ الشفعه فى مسكن الأسفل، باعتبار أن أعلاه ملك لغيره، إلا أنه كما ترى يمكن القطع بعدمه، و الله العالم.

و على كل حال فلا إشكال فى البناء و الغرس التابع للأرض

نعم لو أفردا بالبيع نزل على القولين السابقين بلا خلاف أجده فيه، وكذا لو بيعا مع أرض أخرى.

أما لو بيعا مع مغرسهما وأسهما خاصة من أرض البستان والدار فالأصح عند الشافعية عدم الشفعة، لأن المبيع من الأرض هنا تابع، وهو الأس والمغرس، والمتبوع هو البناء والشجر^(١) ولا يخلو من وجه للشك في التبعية هنا، لعدم صدق البستان والدار على الفرض، إذ هما اسم للمجموع المركب من ذلك وهو المدار.

ومنه حينئذ يعلم عدم الشفعة في الدار التي أرضها غير مملوكة للشريكين ولو لأنها مفتوحة عنوه وقلنا بعدم ملكها تبعا للآثار، أو كانت وقفا على غيرهما أو كانت مستأجره أو عاريه أو نحو ذلك، فإنها وإن صدق عليها اسم الدار والبستان لكنه لا يبيع فيها لأرضها مع الآثار حتى تتحقق الشفعة حينئذ.

ولو كان في أرض البستان أو الدار زرع بجز مره بعد أخرى فالذي صرح به بعض الشافعية الشفعة في أصوله وإن كان الجزء الظاهره لا شفعه فيها. أما إذا لم يكن كذلك بل يجر دفعه واحده و يؤخذ فلا

شفعه فيه قلت: لعل الأصح خلافه فيهما، ضروره عدم دخولهما في اسم الحائط والدار حتى تتحقق الشفعة فيه، وليس هو من التوابع الثابته، ومن هنا كان المحكى عن الخلاف وفقه الراوندى والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها عدم الثبوت فيه من دون تفصيل.

ولو كان في الدار نخله أو شجره أو نحوهما مما لا تسمى بستانا فلا شفعه فيها ببيع الدار، إذ ليس هي منها في شيء، والتبعية الجعليه في البيع لا تجدى، بل قد عرفت أن التبعية العرفيه كذلك ما لم تدخل في المسمى على وجه تكون من أجزاء الدار عرفا، مثل الرفوف المثبته فيه.

١-١ في النسختين الأصليتين «و المتبوع وهو البناء والشجر» والأولى ما أثبتناه.

بل لو فرض بناء بيوتها أجمع بالخشب و نحوه ثبت فيها الشفعة تبعا للأرض، لصدق اسم المسكن و الدار، بل لا يبعد إلحاق بناء القصب و نحوه مما يكون مبنيا على الثبات و الدوام على وجه الجزئية منها، فتأمل جيدا، فان المدار ما عرفت، و إلا فالفروع المتصوره فى المقام كثيره لا يصعب عليك بحمد الله شىء من أحكامها بعد الإحاطه بما ذكرناه، حتى أصاله عدم الشفعه مع الشك.

نعم تتجه الشفعه فى ذلك و إن لم تدخل تحت اسم المسكن و البستان و الدار بناء على أن البناء و الغرس مثال لكل ما يثبت فى الأرض على هذا النحو، و لذا تثبت الشفعه فى الحمام و الدكان و الرحى و البئر و نحوها مع السعه، و لا يدخل شىء منها فى اسم البستان و الدار، كما أوأنا إليه فى الجدار المبنى فى أرض.

و من ذلك ينقذح الشفعه حينئذ فى النخله فى الدار و فى المناره مثلا فى البستان، بل و فى البيوت التى تبنى فيها لأجل إحراز الثمره أو لأجل حيواناتها أو لنحو ذلك، بل و ما يثبت فيها من حشيش و نحوه و إن كان مما ينقل، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و كيف كان فى التحرير و النافع من الأصحاب من أوجب الشفعه فى العبد من المنقول خاصه دون غيره من الحيوان فضلا عن غيره، إلا- أنا لا- نعرفه كما اعترف به الشهيد و غيره، نعم قد سمعت من الفاضل فى المختلف اختياره، لصحیحى المملوك(١) السابقين، و نفى الشفعه فى الحيوان فى أحدهما و فى غيرهما من النصوص.

لكن- مع أنه قول- لم نعرف من وافقه عليه لا ممن تقدمه و لا ممن

تأخر عنه، بل قد عرفت ما فى خبر الفقيه(١)المشتمل على نفيها فى الحيوان مع التعدد، و به يجمع بين النصوص.

فالمتمجه حينئذ عدم الفرق بين المملوك و غيره من أصناف الحيوان إلا- أنك قد عرفت ما يدل على عدم جريانها فى مطلق المنقول حيوان و غيره، على وجه لا تقاومه النصوص المزبوره بحيث يقيد بها، و كذا مرسل يونس السابق و غيره مما سمعت، و لا- أقل من حصول الشك بعد تصادم المرجحات جميعها، و الأدله كذلك حتى المطلقات، فيتجه الرجوع إلى الأصل الذى مقتضاه عدم ثبوت الشفعه فى غير محل اليقين كما سمعت الكلام فيه سابقا.

بل من ملاحظه الأصل المزبور يرجح حينئذ اعتبار قابليه القسمه فى محل الشفعه و إن قال المصنف فى ثبوتها فى النهر و الطريق و الحمام و نحوها م ما يضر قسمته تردد.

لكن أشبهه بأصول المذهب و قواعده التى قد سمعتها أنها لا تثبت وفاقا للشيخ و سلار و ابنى حمزه و البراج و الفاضل و ولده و الشهيد و أبى العباس و المقداد و الكركى و ثانى الشهيدين على ما حكى

عن بعضهم، بل لعله ظاهر ما سمعته من الصدوقين بل و ابن أبى عقيل، بل عن بعض نسبه الى أكثر المتأخرين، بل عن التذكرة نسبه إلى أكثر علمائنا، بل فى المسالك هو المشهور خصوصا بين المتأخرين، بل فى الدروس عليه المتأخرون.

فمن الغريب ما عن المحدث البحرانى من الإنكار على الفاضل نسبه إلى أكثر علمائنا قائلا: إن الشهره إنما وقعت بعد العلامة. إذ لا يخفى عليك ما فيه.

على أنه لم يحك الخلاف في ذلك إلا عن المفيد و المرتضى و ابني زهره و إدريس و أبى على و القاضى، و لا سابع لهم، على أن مقنعه الأول حاله عن التعرض لخصوص ذلك، نعم فيها تعميم لكل مبيع مشاع. و المحكى عن مهذب الأخير منهم الوفاق للمشهور.

و على كل حال فيدل على الأول- مضافا إلى الأصل المزبور- ما سمعته من النصوص(١)المشتملة على نفيها فى النهر و الطريق و الرعى و الحمام بعد الإجماع على تقييده بغير القابل للقسمة إن لم يكن ذلك هو المنساق منه، بل لعل المنساق

منه و لو بضميمه ما عرفت كون ذلك مثلا لكل ما هو غير قابل لها من الأراضى.

و احتمال حمله على التقيه يدفعه أن المحكى عن أبى حنيفة و أصحابه و ابن شريح و الثورى و مالك فى إحدى الروايتين ثبوت الشفعة فى ذلك، نحو ما سمعته من المرتضى، و هم أولى بالتقيه من غيرهم.

بل عن الخلاف الاستدلال على ذلك ب

خبر جابر العامى(٢)عن النبى (صلى الله عليه و آله): «إنما جعلت الشفعة فيما لم يقسم»

باعتبار أن «لم» لا تدخل إلا على ما يمكن قسمته و يصح اتصافه بها و لو وقتا.

و لهذا يصح أن يقال: «السيف لا يقسم» و لا يقال: «لم يقسم» فالنفي بها حينئذ بمعنى عدم الملكة لا بمعنى السلب.

قلت: لعل الاستدلال به باعتبار كون المنفى بها وصفا أو صله للمقسوم، و إلا- فالنفي بها على غير الوجه المزبور موجود فى المروى من طرفنا، ك

قول أحدهما (عليهما السلام) فى مرسل جميل(٣): «الشفعة

١-١ الوسائل- الباب- ٨- من كتاب الشفعة.

٢-٢ سنن البيهقى- ج ٦ ص ١٠٢.

٣-٣ الوسائل- الباب- ٣- من كتاب الشفعة- الحديث ٣.

لكل شريك لم تقاسمه»

و قولهم (عليهم السلام) في عده أخبار(١): «الشفعة لا تكون إلا لشريك لم تقاسمه».

بل قد يقال بظهوره أيضا في ذلك، لكن لا من حيث خصوص النفي بلم، بل من حيث قوله: «يقاسمه» و «لا يقاسمه» في ذلك أيضا، خصوصا مع

قوله (صلى الله عليه و آله) في أحدهما(٢) أيضا: «إذا أرفت الأرف و حددت الحدود فلا شفعة»

في ذلك أيضا.

بل و إلى إشعار

قوله (صلى الله عليه و آله) في الخبر المزبور: «لا ضرر و لا ضرار»

بناء على أن المراد بذلك من حيث احتمال طلب الشريك الحادث القسمه المحتاجه إلى مؤنه، كما عساه يشهد لذلك

قوله (صلى الله عليه و آله):

«إذا أرفت»

إلى آخره. و إن كان قد يناقش باحتمال كونه تجدد الشركه و سوء الشريك، بل لعله أظهر، و ذلك لأن الشفعة إنما تثبت بانتقال الملك عن الشريك إلى المشتري، فلا بد أن يكون الضرر الذى تناط به الشفعة فى ظاهر النص و كلام الأصحاب ناشئا من جهته، و ضرر طلب المشتري القسمه ليس ضررا ناشئا منه، لسبقه على الانتقال و ثبوته للشريك على كل حال، فضرر طلب القسمه لازم على كل تقدير، بل هو من لوازم الشركه فيما يقبل القسمه، فلا يمكن أن يكون مثله الضرر الذى تناط به الشفعة.

بل المراد أن نفوذ سلطنه الشريك على بيع نصيبه على أى حال ضرر على شريكه، كما أن منعه منه ضرر أيضا، فاللازم من ذلك أحقيه الشريك من غيره إذا بذل ما بذل غيره، و هذا لا يختلف فيه القابل للقسمه و غيره، نعم أقصى ذلك أنه حكمه لا يجب اطرادها، و أقصاها الإطلاق أو العموم المقيد أو

١- ١ الوسائل - الباب - ٣- من كتاب الشفعة.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥- من كتاب الشفعة - الحديث ١.

المخصص بما سمعت.

و أما مرسل يونس(١)و إجماع المرتضى فقد عرفت الحال فيهما سابقا بل مما سمعته هنا يزداد ذلك فيهما، و بعد التنزل و القول بتصادم

المرجحات و الأدله حتى مطلقها فالأصل المزبور باق بحاله، و مقتضاه عدم الشفعه في ذلك.

بل ربما قيل: إنه يشك في أصل دخول الحمام و الطاحونه و غيرهما في مرسل الكافي(٢)النافى للشفعه في غير الأرضين و المساكن، باعتبار اقتضاء المقابله فيه إرادته الأرض الخاليه عن البناء، و إن كان هو كما ترى خصوصا في مثل الحمام و الطريق و الدكان المعلوم ثبوت الشفعه فيها مع فرض قبول القسمه كما ستعرف، و الله العالم.

و كيف كان ففي المتن نعى بالضرر المانع عن الإجماع على القسمه أن لا ينتفع به بعد قسمته بل في المسالك «لضيقة أو لقله النصيب أو لأن أجزاءه غير منتفع بها كالأمثله المذكوره إذا كانت بالغه في الصغر هذا الحد، فلو بقى للسهم بعد القسمه نفع ما ثبتت الشفعه» إلى آخره. و حينئذ فالمتضرر لا يجبر على القسمه بخلاف الآخر.

قلت: قد حققنا ذلك في بحث القسمه على وجه يعلم منه فساد تخصيص الضرر بذلك، بل هو أعم منه و من نقص القيمه الفاحش، فلاحظ و تأمل.

بل قد يتوقف في منع الضرر إذا كان من حيث قله النصيب لا من حيث نفس القسمه، و إن كان لا يخلو من وجه، و الله العالم.

و لو كان الحمام أو الطريق أو النهر مما لا يبطل أصل

١- ١ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب الشفعه - الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٨- من كتاب الشفعه - الحديث ٢.

منفعته بعد القسمه و إن لم تكن المنفعة السابقة بناء على ما سمعته من المصنف في تحديد الضرر المانع من الإيجاب أجز الممتنع و تثبت الشفعة.

أما إذا قلنا: إنه عدم إمكان الانتفاع به على الوجه السابق أو عدم النقص الفاحش بالقيمة فلا بد من فرض عدمه على كل منهما في ثبوت الشفعة حينئذ، ضروره توقف قابليته للقسمه على وجه يتحقق فيه الإيجاب على ذلك، و الفرض أنه عنوان الشفعة.

و حينئذ فلو كان أحد المذكورات ضيقا بحيث لا يمكن الانتفاع به بعد القسمه لا في الوجه السابق و لا في غيره أو تنقص قيمته نقصانا فاحشا لم تثبت فيه الشفعة على التقادير الثلاثة، بناء على اعتبار قابليه القسمه فيها.

أما مع السعه بحيث يمكن الانتفاع به على الوجه السابق بعد قسمته و لا تنقص قيمته تثبت الشفعة، كما لو كان الحمام واسعا، بحيث يسلم لكل من الشريكين حمام، و كذا الطريق و النهر، بل و البئر إذا فرض سعتها على وجه يمكن أن تبني فتجعل بئرين لكل واحد منهما بياض يقف فيه و يرتفق به، فلا إشكال حينئذ في ثبوت الشفعة لتحقق قابليه القسمه حينئذ.

بل في القواعد و الدروس و محكى المبسوط و التحرير و كذا لو كان مع البئر بياض أرض مزرع مثلا و أمكن التعديل بحيث يسلم البئر لأحدهما و البياض لآخر و إن لم ينتفع به على الوجه السابق و لكن له منفعه أخرى، بناء على ما ذكره المصنف في الضرر كما عن التذكرة التصريح بذلك، ضروره تحقق قابليته القسمه على ذلك، نعم لو قلنا باعتبار بقاء المنفعه السابقه لم تثبت الشفعة، إلا أن يفرض بقاء قابليه الأرض للزراعه بمطر أو بماء آخر غيره.

و كذا الكلام فى غيره من بيت الرحى و نحوه، بل ينبغى القطع به لو فرض كون الرحى المشتركه أربعه أحجار دائره يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين، كما فى القواعد و محكى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد التصريح به لو فرض سعه بيت الرحى بحيث يمكن جعله موازنا لما فيه المرافق مع سلامتها، أو لما فيه الرحى، أو كان موضع الحجر فى الرحى واحدا لكن لها بيت يصلح لغرض آخر و أمكنت القسمة، بأن يجعل موضع الحجر لواحد و ذلك البيت لآخر، ليتحقق الانتفاع لكل منهما على الوجه الذى اعتبره المصنف تحققت الشفعه (١) لنحو ما سمعته فى البئر.

لكن فى الدروس «لو اشتملت الأرض على بئر لا يمكن قسمتها و أمكن أن تسلم البئر لأحدهما مع قسمة الأرض تثبت الشفعه فى الجميع قيل: و كذا لو أمكن جعل أكثر بيت الرحى موازنا لما فيه الرحى، و يلزم منه أنه لو اشتملت الأرض على حمام أو بيت ضيقين و أمكن سلامه الحمام أو البيت لأحدهما أمكن أن تثبت، و عندى فيه نظر، للشك فى وجوب قسمة ما هذا شأنه».

قلت: و فيه أنه لا فرق بينه و بين ما ذكره من البئر و الأرض الذى جزم به، و لعله يريد النظر فى الجميع، و أما تحقيق حال وجوب قسمة مثل ذلك فقد ذكرناه فى كتاب القسمة فى القضاء، فلاحظ و تأمل.

ثم المراد بالشفعه فى الرحى إذا بيعت مع الأرض المثبتة فيها و كذا البئر على نحو ما سمعته فى البناء و الغرس، و الله العالم.

و كيف كان ف فى دخول الدولاب و الناعوره فى الشفعه إذا بيعا مع الأرض تردد و نظر كما فى القواعد إذ ليس

من عادته أن ينقل فيتبع الأرض، و من أنهما منقولان في أنفسهما.

و لكن الأصح ثبوتها كما في التحرير و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و غيرها على ما حكى عن بعضها، لتناول اسم الدار و الحمام و البستان له إذا كان من جملة المرافق، كتناولها للأبواب المثبتة عادة مع قبولها للنقل عادة، بل لو قلنا بعدم دخولها في الاسم أمكن القول بتبعيتها، لنحو ما سمعته في الجدار و الحمام و الرحي و نحوها، و حينئذ فما عن التذكرة من أن الأقرب عدم الدخول لا يخلو من نظر، نعم لو بيعا منفردين لم يكن شفعه بلا خلاف و لا إشكال بين القائلين بعدم ثبوتها في المنقول.

كما لا خلاف و لا إشكال بينهم في أنه لا تدخل الحبال التي تتركب عليها الدلاء في الشفعه لأنها من المنقول كالدلاء بنفسها إلا على القول بعموم الشفعه في المبيعات.

بل لا خلاف بينهم أيضا إلا ما تسمعه من الشيخ في المبسوط منهم و لا إشكال في أنه لا تثبت الشفعه في الثمره مؤبره كانت أو لا- و إن بيعت على رؤوس النخل أو الشجر منضمه إلى الأصل و إلى الأرض لأنها قد صارت من المنقول، إذ لا يراد دوامها، و إنما لها أمد معين ينتظر، فليست هي من التوابع الثابتة و لا داخله في مفهوم البستان، و لذا لا تدخل في بيع الأصل بعد ظهورها.

خلافًا لما عن المبسوط من الثبوت فيها و في الزرع، و هو المحكى عن أبي حنيفة و مالك، و ضعفه واضح.

و لا شفعه في الأرض المقسومه عندنا إلا ما يحكى عن العماني منا، و يمكن دعوى أنه مسبق بالإجماع و ملحوق به، مضافا إلى الأصل و النصوص المستفيضة أو المتواتره المرويه من طريقى العامه(١).

و الخاصة (١) التي منها ما مر

«لا شفعه إلا لشريك لم تقاسمه».

نعم ثبت الشفعه في الأرض المقسومه بالاشتراك في الطريق أو الشرب كبئر و نهر إذا بيع معها بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به بعضهم، بل في محكى الخلاف الإجماع عليه و إن كان قد اقتصر على الطريق كالمقنع و المهذب و الوسيله تبعاً لما تسمعه من النص (٢) وإلا- فأكثر الفتاوى على عدم الفرق بينه و بين النهر و الساقية، و في بعضها التعبير بالشرب، بل في آخر التصريح بالبئر، لكن ستسمع الاشكال فيه من الفاضل.

نعم ظاهرهم الاتفاق على عدم الفرق بين الدار و البستان، و الأصل في ذلك- مضافاً إلى الاستصحاب في بعض الأفراد و عدم تماميه القسمه، للاشتراك في الطريق مثلاً-

حسن منصور بن حازم بإبراهيم (٣) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن دار فيها دور و طريقهم واحد في عرصه فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعه؟

فقال: إن كان باع الدار و حول بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعه لهم. و إن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعه».

و قريب منه ما يحكى عن الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا (عليه السلام) (٤).

و ربما أيد أيضاً ب

حسنه الآخر بالكاهلي (٥) بل و سمه غير واحد بالصححه، و لعله كذلك «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): دار بين قوم اقتسموها فأخذ كل واحد منهم قطعه فبناها و تركوا بينهم ساحه فيها ممرهم، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم إله ذلك؟ قال: نعم،

١- ١ الوسائل- الباب- ٣- من كتاب الشفعه.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٤- من كتاب الشفعه.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٤- من كتاب الشفعه- الحديث ١.

٤- ٤ المستدرک- الباب- ٣- من كتاب الشفعه- الحديث ٤.

٥- ٥ الوسائل- الباب- ٤- من كتاب الشفعه- الحديث ٢.

و لكن يسد بابه و يفتح بابا إلى الطريق، أو ينزل من فوق السطح و يسد بابه، فإن أراد صاحب الطريق بيعه فإنهم أحق به، و إلا فهو طريقه يجىء حتى يجلس على ذلك الباب».

و نحوه الموثق(١).

و لكن لا- تعرض فيهما لبيع الدار مع الممر كما هو محل البحث، بل ظاهرهما ثبوت الشفعة في الطريق خاصة، فالدليل حينئذ منحصر في الأول الذى ظاهر ترك الاستفصال فيه عدم الفرق بين كون الدار مقسومه بعد أن كانت مشتركه أو منفردة من أصلها، كما صرح به فى التذكرة و المسالك و الروضه و الكفايه و الرياض.

بل قيل: إنه ظاهر المقنع و النهايه و المبسوط و الخلاف و المهذب و فقه الراوندى و الغنيه و السرائر و التبصره و المفاتيح.

بل لعله مراد الجميع و إن فرض الحكم فى الأرض المقسومه مع الاشتراك فى الطريق فى المتن و الوسيله و النافع و القواعد و التحرير فى موضع منه و الإرشاد و المختلف و الدروس و اللمعه كما حكى عن بعضها.

لكن فى جامع المقاصد «أنه الذى يقتضيه صحيح النظر، لأن ضم غير المشفوع إلى المشفوع لا يوجب ثبوت الشفعة فى غير المشفوع اتفاقاً، و المبيع الذى لا شركه فيه فى الحال و لا فى الأصل ليس من متعلقات الشفعه، إذ لو بيع وحده لا تثبت (لم تثبت خ ل) فيه شفعه بحال، و إثباتها لا يكون إلا لمحض الجواز، فإذا ضم إلى المشترك وجب أن يكون بحكمه كذلك، و لعموم

قوله (عليه السلام)(٢): «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم»

و لا شركه هنا لا فى الحال و لا فى الأصل، و ل

خبر

١- ١ الوسائل- الباب- ٤- من كتاب الشفعه- الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٣- من كتاب الشفعه- الحديث ٧.

أبى العباس(١)«الشفعة لا تكون إلا لشريك»

و فى معناها نصوص البصرى(٢) و هارون(٣) و عبد الله بن سنان(٤) و السكونى(٥) و كلها حجه على عدم ثبوت الشفعه فى الدار الغير المشترك إذا كان الطريق مشتركاً.

و هو كما ترى، ضروره كونه كالاتجاه فى مقابل إطلاق الدليل المزبور الحاكم على إطلاق النصوص المزبوره الظاهر فى اعتبار الشركه فعلاً- المعلوم عدم اعتباره فى الفرض، للنص المزبور المعمول به بين الأصحاب و إن خالف إطلاق تلك الأخبار المزبوره.

على أنه لا فرق بين المقسوم و غيره فى عدم ثبوت الشفعه فيه لولا النص المزبور، و كان مقصوده الاقتصار فيما خالف الأصل و إطلاق الأدله على المتيقن و هو المقسوم، و فيه أنه لا فرق بينه و بين الظاهر فى الحجيه.

و لعله لذا و نحوه تعجب منه فى المسالك، قال: «و أما معارضه روايتى منصور(٦) الصحيحه و الحسنه بتلك الأخبار

الداله على اعتبار الشركه و ترجيح تلك بالكثره و موافقتها للأصل فعجيب، لأن مدلولها على تقدير قطع النظر عن سندها اعتبار الشركه بالفعل كما ذكرناه، و روايتى منصور دلت على الاكتفاء بالشركه فى الطريق، فهى خاصه و تلك عامه، فيجمع بينهما بتخصيص العام بما عدا ذلك»، و هو فى محله.

و احتمال كونه مع الشركه فى الأصل أنه لا يحتاج إلى التخصيص باعتبار صدق الشركه مع عدم القسمه و لو فى الطريق أو الشرب بخلاف ما إذا لم يكن شركه فى الأصل يدفعه ظهور الأدله فى إداره الشركه

-
- ١-١ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب الشفعه الحديث ١.
 - ٢-٢ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب الشفعه الحديث ٢.
 - ٣-٣ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.
 - ٤-٤ الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.
 - ٥-٥ الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب الشفعه - الحديث ٢.
 - ٦-٦ الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب الشفعه - الحديث ١ و ٢.

فى نفس المشفوع لا فى بعضه، و إلا لكفى حينئذ عن الطريق برأس الجدار و نحوه مما هو معلوم عدمه، فلا محيص حينئذ عن القول بأن سبب ثبوت الشفعه فى الفرض لدليل خاص غير سبب الشفعه المعهود الذى هو الاشتراك مع عدم القسمه.

بل ظاهر الصحيح المزبور عدم اعتبار كون الطريق قابلا للقسمه لو بيع مع الدار فى ثبوت الشفعه فيهما و إن اعتبرنا ذلك لو بيع بانفراده كما عرفته سابقا.

و لعل ذلك لما قيل من الاكتفاء بقبول القسمه فى المجموع لا لأبعاضه، أو لأن هذه القابليه كعدمها، ضروره كون الشىء مقسوما، فلا مدخل لقابليته و عدمها، إلا أنه كما ترى لا يخلو من غبار، و لكن العمده فى ثبوت الحكم المزبور الصحيح المذكور الذى بإطلاقه يقتضى عدم اعتبار ذلك، و بعد كونه صحيحا و أطلقت الفتوى بمضمونه يتجه الخروج به عن كل ما يقتضى عدمها فى ذلك.

فما عساه يظهر من الدروس من اعتبار ذلك قال: «و لا مع القسمه إلا مع الاشتراك فى الطريق و النهر اللذين يقبلان القسمه على الخلاف» فى غير محله و إن كان وجهه الاقتصار على المتيقن فى تبعيه الدار للطريق الثابته فيه الشفعه.

و فيه ما عرفت من أن الظاهر كالمتيقن فى الحجيه، بل قد عرفت أيضا أن مقتضى إطلاق الحسن المزبور ثبوت الشفعه للاشتراك فى الطريق لا للشفعه فيه، و كأنه قسم آخر مما أثبت الشارع فيه الشفعه.

هذا و فى التذكرة «الأقرب عندى أن الطريق إن كان مما يمكن قسمته و الشريك واحد و بيع مع الدار المختصه بالبائع صفقه فللشريك الآخر أخذ الطريق خاصه إن شاء، و إن شاء أخذ الجميع، و إن لم يمكن

قسمته لم يكن له أخذه خاصه، بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك».

و هو و إن كان صريحا فيما ذكرناه من عدم اعتبار قابليته القسمه فى الطريق فى ثبوت الشفعه فى الدار مثلا، لكن قد يناقش بأن المجموع إما أن يكون متعلق الشفعه أو لا، فان كان الأول و جب أن يأخذ الجميع أو يترك، و ليس له تبعض الصفقه، و إن كان الثانى لم يثبت له شفعه فى غير الطريق و لا فيه إلا إذا كان واسعا قابلا للقسمه.

و ربما أجيب بأن هذا منه، بناء على المشهور المعروف بينهم من أنه ليس للشفيع أخذ البعض و ترك البعض، بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك.

و فيه أن ذلك لا يقتضى التفصيل المزبور، مضافا إلى ما قيل من أن هذا الشرط ترك ذكره فيما يقرب من عشرين كتابا، و لا دليل عليه يصح الاستناد اليه، و إن كان قد يقال: إنه يكفى فى الدليل أن ذلك هو المتيقن من دليل الشفعه المخالفه للأصل التى مبنى ثبوتها على رفع الضرر، فلا وجه لمشروعيتها معه، فان التبعض ضرر، خصوصا فى بعض الأفراد، و لا يزال الضرر بالضرر، بل ينبغى الجزم بعدمها فى مثل الفرض إذا فرض عدم طريق للمشتري إلا الطريق المخصوص الذى يريد أن يشفع فيه الشفيع، و قابليته للقسمه غير مجد بعد فرض أخذ الشفيع له أجمع و بقاء الدار بلا طريق.

و لعله لذا جزم الشافعيه بعدم الشفعه هنا فى الطريق و إن كان قابلا للقسمه، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك، فإنهم جزموا بالشفعه فى الطريق حينئذ دون الدار، لعدم الشركه فيها، و إن عرفت أنه مخالف لما عندنا من ثبوت الشفعه فيهما.

و من ذلك كله يظهر لك أنه لا فرق فى ثبوت الشفعه بين قابليه

الطريق للقسمه و عدمها، لإطلاق الدليل، و أن الشفيع على كل حال إما أن يأخذ الجميع أو يترك كما سمعته من المشهور، و دعوى ثبوت شفيعتين مع سعه الطريق أصليه و تبعيه بخلاف ما إذا لم يكن واسعا فإنه شفيعه واحده فى المجموع خاليه عن الدليل، بل ظاهر الأدله خلافها، فتأمل جيدا.

هذا و ربما ظهر مما سمعته من التذكرة من وحده الشريك اعتبار ذلك فى صحه الشفيعه فى الفرض بناء على عدم ثبوتها فى الكثره، و لعله كذلك و إن تردد فيه بعض المعاصرين، لكنه فى غير محله، لما تسمعه من الأدله فى اعتبار ذلك فى الشفيعه من غير فرق بين الفرض و غيره.

و دعوى ظهور سؤال الصحيح المزبور فى التعدد مضافا إلى معروفه ذلك فى الطرق المرفوعه واضحه الفساد، إذ يمكن أن يكون ترك التعرض للسؤال المزبور للتقيه، كما فى غيره من النصوص الظاهره فى ذلك، أو على المجاز جمعا بينه و بين ما دل على عدمها مع الكثره، و تعارف التعدد فى الطرق المرفوعه لا يقتضى ثبوت الشفيعه فيها كما هو واضح.

و احتمال خروج الفرض بخصوصه عن حكم الكثره فى غايه البعد، خصوصا بعد إطلاق الأصحاب من دون إشاره إلى استثنائه كما ستعرف، و الله العالم. هذا كله فى بيع الأرض مع الطريق أو الشرب.

و أما لو أفردت الأرض المقسومه بالبيع لم تثبت الشفيعه فى الأرض بلا- خلاف و لا- إشكال، مضافا إلى الصحيح (١) و الموثق (٢) المزبورين.

نعم تثبت فى الطريق أو الشرب إن يباع و كان كل منهما واسعا يمكن قسمته بناء على ما عرفته من اعتبار ذلك

١- ١ الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب الشفيعه - الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب الشفيعه - الحديث ٣.

فى الشفعه، و إلا ثبتت و إن لم يقبلا كما عرفت البحث فيه سابقا.

بقى شىء: و هو أن ظاهر المعظم إلحاق الشرب بالطريق فى الحكم المزبور و إن كنا لم نجده فى نصوصنا، بل و لا فى نصوص العامه، فإن كان إجماعا و إلا كان محلا للإشكال، خصوصا بعد ما عرفت من أصاله عدم الشفعه فى غير الفرض فضلا عنه، و على الأول ينبغى الاقتصار على النهر و الساقية، لأنه المتيقن منه، كما عساه يومئ إليه تعبير المصنف به هنا، ثم نفاها بعد ذلك عن المقسوم إلا مع الشركه فى الطريق و النهر.

كما أنه فى التذكرة جعل العنوان النهر و الساقية ثم قال: «و لو كانت المزرعه مختصه و بئرها التى الزرع منها مشتركه حتى بيعت المزرعه و البئر ففى ثبوت الشفعه فى المزرعه بمجرد الشركه فى البئر إشكال ينشأ من الاقتصار على مورد النص فيما يخالف الأصل، و لا- شك فى مخالفه الشفعه للأصل، و من أنها مشتركه فى المستقى، و الشافعى ألحق الشركه فى البئر بالشركه فى الممر».

قلت: لا- يخفى عليك ما فى الوجه الثانى بعد فرض عدم الدليل عليه، بل مطلق الشرب إن لم يكن إجماعا، و لم تتحققه، خصوصا بعد ما سمعته من الاقتصار على الطريق فى الكتب السابقه.

و من ذلك يعلم عدم ثبوتها فى الدار بالشركه فى أس الجدار و نحوه للأصل المعتضد بظاهر النص و الفتوى و إن ثبتت فيه نفسه.

بل لا- يخفى عليك أن المتجه بملا-حظه ما ذكرنا من أصاله عدم الشفعه و خصوصا فى صوره الاشتراك فى الطريق الحكم بعدمها فى محال الشك حتى لو فرض حصوله ببيع بعض الدار مثلا- و بعض الطريق و نحوه من الصور لم يحكم بها، باعتبار كون المنساق من النص بيع الدار مع تمام

ممرها. اللهم إلا أن يفرض القطع بعدم مدخله ذلك أو الظن على وجه معتد به.

و من ذلك أيضا الشركه فى الطريق أو النهر مع كون الدار وقفا و الأخرى طلقا على البحث الذى تسمعه فيما يأتى إنشاء الله، و الله العالم.

و لو باع عرصه مقسومه مثلا و شقصا من أخرى غير مقسومه صفقه فالشفعه فى الشقص خاصه بحصته من الثمن و هكذا الحكم فى كل بيع مشفوع و غيره صفقه بلا خلاف و لا إشكال، بل حكى الإجماع عليه صريحا و ظاهرا، لوجود المقتضى فيه على وجه يندرج فى إطلاق الأدله دون غيره، و اتحاد الصفقه لا يخرج كلا منهما عن حكمه.

بل لا خيار للمشتري كما صرح به المصنف و غيره فيما يأتى، لإقدامه على البعض لو صار، و لأنه حدث سبب التبعض فى ملكه.

بل مقتضى التعليل الثانى الذى ذكره المصنف و غيره فيما يأتى عدم الفرق فى ذلك بين الجاهل و العالم.

فما فى بعض الكتب من ثبوت الخيار مع الجهل اشتباه، منشأ تخيل كون المقام من أفراد خيار تبعض الصفقه المشروط بالجهل، لكن ستمع فيما يأتى عن الأردبيلى احتمال ثبوته مع الجهل قائلا: إنه أشار إليه المحشى.

و لا فرق بين كون غير المشفوع من مصالح المشفوع كبقر الضيعه و عدمه، خلافا لمالك.

و المراد بنسبه قيمته من الثمن أن يقوم المجموع ثم يقوم المشفوع فينسب قيمته إلى مجموع القيمتين، فيأخذ من الثمن بتلك النسبه، فإذا قيل قيمه المجموع مثلا مائه و قيمه المشفوع خمسون أخذه الشفيع بنصف الثمن، و هكذا. و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف معتد به في أنه يشترط في ثبوت الشفعه انتقال الشقص بالبيع، فلو جعله صداقا أو صدقه أو هبه أو صلحا فلا- شفعه بل حكى الإجماع عليه جماعه، و لعله كذلك، لأن خلاف ابن الجنيد في ذلك حيث أثبتها في الهبه بعوض و غيره غير قادح في محصل الإجماع فضلا عن محكيه، و في محكى المبسوط إجماع الفرقه و أخبارها على عدم الشفعه في الصداق.

و يدل عليه- مضافا الى ذلك و إلى الأصل المزبور- مفهوم

قول الصادق (عليه السلام) في حسن الغنوى(١) السابق: «الشفعه في البيوع».

بل و

قوله (عليه السلام) في مرسل يونس(٢): «الشفعه جائزه في كل شىء. إذا كان الشىء بين شريكين فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره».

بل و غير ذلك من النصوص الظاهر في القيدية التي هي أقوى من غيرها دلالة.

و احتمال ورود هذه المفاهيم مورد الغالب في بعض و السؤال في آخر فلم تبلغ درجه الحجيه يدفعه أنه واضح المنع، خصوصا بعد ملاحظه الانجبار بما عرفت.

و إلى خصوص

صحيح أبى بصير(٣) عنه (عليه السلام) أيضا في خصوص الصداق «سألته عن رجل تزوج امرأه على بيت في دار و له في تلك الدار شركاء، قال: جائز له و لها، و لا شفعه لأحد من الشركاء عليها»

بناء على ظهور نفيها من حيث كونه صداقا لا من حيث تعدد الشركاء و لو بملاحظه الانجبار.

١-١ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب الشفعه- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل- الباب- ٧- من كتاب الشفعه- الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل- الباب- ١١- من كتاب الشفعه- الحديث ٢.

و من الغريب بعد ذلك ما فى المسالك و بعض أتباعها من أنه «لا دليل صريح للمشهور، و إنما تضمنت الروايات ذكر البيع، و هو لا ينافى ثبوتها بغيره، و من ثم خالف ابن الجنيد، فأثبتها بمطلق النقل حتى بالهبة بعوض و غيره، لما أشرنا إليه من عدم دليل يقتضى التخصيص، و لاشتراك الجميع فى الحكمه الباعثه على إثبات الشفعه، و هو دفع الضرر عن الشريك، و لو خصها بعقود المعاوضات كما يقوله العامه كان أقعد، لأن أخذ الشفيع للموهوب بغير عوض بعيد، و به خارج عن مقتضى الأخذ» إلى آخره.

إذ هو كما ترى- بعد الإغضاء عما فيه من عدم صحه النقل المزبور عن ابن الجنيد- يمكن منع الاشتراك فى وجه الحكمه، و على تقديره لا يعارض ما سمعته من الأدله، كإطلاق ما دل على ثبوتها بعد تسليمه على وجه يشمل الفرض، لاحتمال كونه مساقا لغير ذلك، و الله العالم.

و لو كانت الدار بعضها وقفا و بعضها طلقا فبيع الطلق لم يكن للموقوف عليه شفعه و لو كان واحدا كما فى النافع و الدروس و الرياض و محكى المبسوط، بل فى الأ-خير نفى الخلاف فيه، و فى سابقه عن الحلّى نسبته إلى الأكثر، و لعله الأقوى لأنه ليس مالكا للرقبه على الخصوص و إن كان واحدا حال بيع الشريك، ضروره قصد الواقف تمليك الموقوف عليهم فى سائر الطبقات، و لذا يتلقون منه لا- من الموقوف عليه الأول، و خصوصا إذا كان الواحد المزبور من أفراد غير المنحصر ابتداء إلا- أنه اتفق الانحصار فيه، كما لو كان الوقف على بنى زيد فاتفق انحصار ذلك فى واحد، فان التمليك للجنس حينئذ.

و على كل حال فلا- ريب فى الشك فى الاندراج فى إطلاق أدله الشفعه التى قد عرفت أنها على خلاف الأصل إن لم يكن الأظهر عدم الاندراج، خصوصا مع ملاحظه القيديه فى مرسل يونس التى منها ظهور

كون الشركه بينهما على وجه يكون لكل منهما بيع نصيبه.

وقال المرتضى فى الانتصار ما حاصله أنها تثبت الشفعه للموقوف عليه مطلقا، قال ما نصه: «مما انفردت الإماميه به القول بأن لإمام المسلمين و خلفائه المطالبه بشفعه الوقوف التى ينظرون فيها على المساكين أو على المساجد أو على مصالح المسلمين، و كذلك كل ناظر بحق فى وقف من وصى و ولى» و ادعى على ذلك كله الإجماع، و قال أيضا: «إنه من متفرداتنا، و إن باقى الفقهاء يخالفون».

ثم قال: «و يمكن أن يقال للمخالف على سبيل المعارضه له:

الشفعه إنما وجبت لدفع الضرر، فأولى الأشياء بأن يدفع عنها الضرر حقوق الفقراء و وجوه القربات، فان قالوا: الوقوف لا مالك لها فيدفع الضرر عنه بالمطالبه بشفعته قلنا: إذا سلم أنه لا مالك لها فها هنا منتفع بها و مستضر يعود إلى المشاركه فيها، و هم أهل الوقوف، و مصالح المسلمين إنما يجب دفع الضرر عنها مثل ما يجب من دفع الضرر على الآدميين».

و فيه لا يخفى بناء على انتقال الموقوف فى مثل ذلك إلى الله تعالى شأنه، ضروره عدم اندراج حينئذ فى أدله الشفعه، بل و على القول بكونه ملكا للمسلمين، بناء على عدم ثبوت الشفعه مع الكثره الذى قد اعترف هو به فى الكتاب المزبور، بل قد عرفت الشك فى الاندراج فى إطلاق الشفعه مع الاتحاد ابتداء فضلا عن غيره، و لعله لذا لم يثبتها العامه و إن قالوا بها مع الكثره. و من هنا جزم غيره بخلاف ما ذكره.

و منه يعلم ما فى دعوى إجماعه المزبور الذى لم نجد من وافقه عليه لا قبله و لا من تأخر عنه، عدا ما يحكى عن التقى تلميذه، و لم نتحققه.

لما قيل من أنه لم نجده فى الكافى، بل عن السرائر أن الأكثرين على

خلافه، بل قد سمعت ما عن الشيخ من نفي الخلاف عن ذلك، بل قيل إن ظاهره نفيه بين المسلمين.

نعم في الدروس و غيرها أن المتأخرين على ثبوتها مع كون الموقوف عليه واحدا، لأنه مالك حينئذ على المشهور، بل لم يعرف فيه خلاف، فيندرج في إطلاق الأدلة، و لا- مانع إلا كونه محجورا عليه في التصرف، و ذلك لا ينافي كونه مالكا مقاسما، و لذلك ثبت لغيره ممن هو محجور عليه في التصرف، كما لا- ينافيه الانتشار بعد ذلك، كانتشار المملوك بالبيع و الموت و نحوهما، مضافا إلى الاشتراك في الحكمه أو العله.

إلا- أن ذلك كله كما ترى لا- ينافي انسياق غيره من الأدلة، بل قد يشك في ثبوتها لذى الطلق لو فرض بيع الوقف على وجه يصح و إن قال في المسالك: «لا إشكال في ثبوتها حينئذ، لوجود المقتضى و انتفاء المانع» ضروره إمكان منع وجود المقتضى عليه بعد انسياق غير ذلك من الأدلة، و خصوصا في الوقف العام أو الخاص مع تعدد الشركاء.

و كأنه تبع في ذلك ما في جامع المقاصد و محكى التحرير من التصريح بالجواز، بل في الدروس القطع بذلك، و لم يذكر أحد منهم التقييد بالواحد، بل ظاهر المسالك و جامع المقاصد ثبوتها على كل حال، و فيه منع واضح، و الله العالم.

[المقصد الثاني في الشيع]

أشاره

المقصد الثاني في الشيع و هو مع قيوده المتفق عليها إلا من نادر كل شريك و لو في الطريق أو النهر بحصه مشاعه على جهه الطلق قادر على الثمن فعلا أو قوه دافع له غير مماطل و لا هازل.

و مع ذلك يشترط فيه الإسلام إذا كان المشتري مسلما و أما قابليه القسمه و الاتحاد فلا اتفاق عليهما، أما الأول فلما عرفت، و أما الثاني فستعرف الكلام فيه.

و حينئذ فلا يثبت الشفعه بالجوار عندنا، و في المسالك أنه مذهب الأصحاب إلا العماني، بل في المفاتيح لا خلاف فيه منا، فلم يعده مخالفا، و لعله لشذوذ كما في الدروس، بل عن الخلاف و الغنيه و السرائر الإجماع عليه. و هو كذلك، بل يمكن دعوى القطع به أيضا من النصوص (١) المتفقه على اعتبار الشركه في الشفعه و لو في الطريق.

و يمكن حمل كلامه على خصوص ذلك، فإن المحكى عنه أنه

قال:

«لا شفعه لجار مع الخليط»

و هو بمفهومه يقتضى ثبوتها للجار في الجملة فيمكن إرادته ما ذكرنا، لا مطلق الجوار المحكى عن أبي حنيفه و جماعه

من العامه،

للنبوى المروى فى طرقهم(١)«أن الجار أحق بالشفعه»

أو «بشفعته» الذى أجيب عنه باحتمال كون الإضمار فيه أنه أحق بالعرض عليه لا الأخذ بالشفعه.

و إن كان هو كما ترى يمكن إرادته الشريك من الجار فيه، خصوصا بعد ملاحظه معارضته لغيره، و خصوصا بعد ما رووه عن

عمر بن الثريد عن أبيه(٢)قال: «بعت حقا من أرض لى فيها شريك، فقال شريكى:

أنا أحق بها، فرفع ذلك إلى النبى (صلى الله عليه و آله) فقال: الجار أحق بشفعته» أو «بالشفعه»

و خصوصا بعد التوسعه فى إطلاق الجار على الزوجه باعتبار الاشتراك فى العقد و إن بعدت عنه فى المكان.

بل لا شفعه فيما قسم و ميز إلا مع الشركه فى طريقه أو نهره على الوجه الذى عرفته سابقا، بلا خلاف أجده إلا منه أيضا؛ كما

اعترف به غير واحد، بل لعل ما سمعته من الإجماع على نفيها بالجوار يدل عليه، بل

لا ريبنى لحوقه بالإجماع إن لم يكن قد سبقه أيضا.

بل لعله كذلك خصوصا بعد ملاحظه المقطوع به من النصوص إن لم يكن المتواتر فى اعتبار الشركه و عدم القسمة فى الشفعه

من

قولهم (عليهم السلام): «لا تكون الشفعه إلا لشريكين ما لم يتقاسما»(٣)

و «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم»(٤).

و «الشفعه لا تكون إلا لشريك»(٥).

و «الشفعه لكل شريك لم يقاسمه»(٦).

و «إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعه»(٧).

و «إذا أرفت الأرف وحدت الحدود فلا شفعه»(٨)

و غير ذلك، و الله العالم.

- ١-١ سنن البيهقي ج ٦ ص ١٠٦. و كنز العمال- ج ٤ ص ٢- الرقم ١٤ و ١٧.
- ٢-٢ ذكر ذيله في سنن البيهقي ج ٦ ص ١٠٥ عن عمرو بن الشريد عن أبيه. وفيه « الجار أحق بسقبه».
- ٣-٣ الوسائل- الباب-٣- من كتاب الشفعه- الحديث ١.
- ٤-٤ الوسائل- الباب-٣- من كتاب الشفعه- الحديث ٢.
- ٥-٥ الوسائل- الباب-١- من كتاب الشفعه- الحديث ١.
- ٦-٦ الوسائل- الباب-٣- من كتاب الشفعه- الحديث ٣.
- ٧-٧ الوسائل- الباب-٣- من كتاب الشفعه- الحديث ٤.
- ٨-٨ الوسائل- الباب-٣- من كتاب الشفعه- الحديث ٥.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال بين العامه و الخاصه نسا و فتوى فى أنها تثبت بين شريكين.

و لكن الكلام فى أنها هل تثبت لما زاد عن شفيح واحد؟ ففى المتن فيه أقوال: أحدها: نعم تثبت مطلقا على عدد الرؤوس. و الثانى: تثبت فى الأرض مع الكثره، و لا تثبت فى العبد إلا للواحد. و الثالث: لا تثبت فى شىء مع الزيادة على الواحد.

و هو أظهر و أشهر، بل المشهور شهره عظيمه كادت تكون إجماعا بل هى كذلك كما ستعرف.

بل لم نعرف القول الأول لأحد منا، إذ المحكى عن ابن الجنيدي فى الانتصار أنه يوجب الشفعه فى العقار فيما زاد على اثنين، و إنما يعتبر الاثنين فى الحيوان خاصه، نعم فى المختلف بعد أن حكى عن الصدوق التفصيل المزبور قال: «و كذا اختار ابن الجنيدي ثبوت الشفعه مع الكثره، و يمكن أن يريد التفصيل أيضا، فلا يكون حينئذ قائل منا بالقول المزبور و على تقديره فهو أبو على خاصه».

و أما الثانى فلا أجد قائلًا به أيضا، إذ الصدوق قد استثنى الحيوان فإنه بعد أن ذكر

خبر طلحه بن زيد (١) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي (عليهم السلام) «الشفعه على عدد الرجال»

قال: «و سئل الصادق (عليه السلام) عن الشفعه لمن هى؟ و فى أى شىء؟ و هل تكون فى الحيوان شفعه؟ و كيف هى؟ قال: الشفعه واجبه فى كل شىء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشىء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه، فشريكه أحق به من غيره، فان زاد على اثنين

فلا شفعه لأحد منهم(١)

- ثم قال:- قال مصنف هذا الكتاب: يعنى بذلك الشفعه فى الحيوان وحده، فأما فى غير الحيوان فالشفعه واجبه للشركاء و إن كانوا أكثر من اثنين، و تصديق ذلك ما رواه

أحمد بن محمد ابن أبى نصر عن عبد الله بن سنان(٢) قال: سألته عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه، قال: يبيعه، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه، فلما أقدم على البيع قال له شريكه: أعطنى، قال هو أحق به- ثم قال:- قال (عليه السلام): لا شفعه فى حيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحدا»

و هو كالصريح فيما حكيناه عنه، فلم يكن حينئذ قائل منا بالقول المزبور أيضا.

فمن الغريب ما عن صاحب الكفايه من اختيار القول المزبور، و أغرب منه ما سمعته من الصدوق الذى حمل مرسل يونس(٣) المزبور المشتمل صريحا على الحيوان و غيره على ما عدا الحيوان.

و أغرب من ذلك استشهاده على ما تخيله أنه جمع بين النصوص بالصحيح المزبور، و لعله لذا وافق فى المقنع المشهور، كالمحكى عن أبيه فى رسالته و فى الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا (عليه السلام) بناء على أنه له.

و حينئذ فيكون القول الثالث خيره الصدوقين و الشيخين و علم الهدى و سلار و أبى الصلاح و بنى حمزه و البراج و زهره و إدريس و الراوندى و الطبرسى و الكيدرى و الفاضلين و الشهيدين و الكركى و الأردبيلى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم.

بل فى الانتصار و محكى الغنيه و السرائر و التنقيح الإجماع عليه، بل فى الأول منها و محكى الخلاف و المبسوط أنه من متفرداتنا، و أنه لم يوافقنا

١- ١ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب الشفعه - الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب الشفعه - الحديث ٧.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب الشفعه - الحديث ٢.

عليه أحد، بل في الانتصار أيضا أن الإجماع سبق ابن الجنيد، فلا اعتبار بخلافه.

و يدل عليه - مضافا إلى ذلك و إلى الأصل و مرسل يونس (١) و نصوص (٢) المملوك و الحيوان و لو على القول بثبوت الشفعه فيهما و ما عن الفقه المنسوب إلى الرضا (عليه السلام) -

صحيح عبد الله بن سنان (٣) «لا تكون الشفعه إلا لشريكين ما لم يتقاسما، فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعه».

و لا معارض لذلك إلا خبرا السكوني (٤) و

طلحه بن زيد (٥) «الشفعه على عدد الرجال» و «على الرجال»

و هما - مع الطعن في سنديهما و موافقتهما لإطباق العامه - محتملان لما في الانتصار من إرادته و جوبها بالشركه، سواء زادت السهام أو نقصت، بعد حمل لفظ

«الرجال» و «الشركاء» - إن لم نقل بكون الجمع حقيقه في الاثنين فصاعدا، أو بإرادته المجاز منه، نحو قوله تعالى (٦) «فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ» - على إرادته الشركه في الأملاك الكثيره، لا في الملك الواحد.

ثم قال: «و أما الخبر الذي وجد في روايات أصحابنا أنه إذا سمح بعض بحقوقهم من الشفعه فإن من لم يسمح بحقه على قدر حقه فيمكن أن يكون تأويله أن الوارث لحق الشفعه إذا كانوا جماعه - فان الشفعه عندنا تورث - متى سمح بعضهم بحقه كانت المطالبه لمن لم يسمح، و هذا لا يدل

١- ١ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الشفعه الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الشفعه.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الشفعه الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الشفعه الحديث ٥.

٥- ٥ أشار إليه في الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الشفعه - الحديث ٥ و ذكره في الفقيه ج ٣ ص ٤٥ - الرقم ١٥٦.

٦- ٦ سورة النساء: ٤ - الآية ١١.

على أن الشفعه فى الأصل لأكثر من شريكين».

و إلا ما يوهمه خبرا منصور بن حازم (١) المتقدمان المحمولان أيضا على التقيه أو غيرها مما عرفت ك

خبر عقبه بن خالد (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بالشفعه بين الشركاء».

و من الغريب بعد ذلك كله ما فى المسالك و بعض أتباعها من الوسوسه فى الحكم المزبور، فإنه بعد أن ذكر فى الأولى النصوص للطرفين و أنه يمكن أن يقال: إنه مع تعارض الروايات الصحيحه تتساقط و يرجع إلى حكم الأصل قال: «و فيه نظر، لمنع التعارض، لأن هذه الروايات أكثر و أوضح دلالة، لأن روايه ابن سنان (٣) التى هى عمده الباب لا صراحه فيها، حيث إنه أثبت الشفعه للشريكين باللام المفيده للاستحقاق أو ما فى معناه، و المطلوب لا يتم إلا إذا أريد ثبوتها بين الشريكين لا لهما، و لا- ينافية قوله: و لا- تثبت لثلاثه، إذ لا- قائل بالفرق بين الا-ثنين و الثلاثه، و لجواز إرادته عدم استحقاق كل واحد من الثلاثه بخصوصه دون الآخر، و هذا و إن كان خلاف الظاهر إلا أن فيه طريقا للجمع مع أن روايه منصور (٤) أصح طريقا، و مقيده لروايه (و مؤيده بروايه خ ل) ابن سنان الآتية (٥)».

و هو من غرائب الكلام، و كأن الذى أوقعه فى ذلك ما فى مختلف الفاضل، فإنه بعد أن ذكر المسأله بتمامها قال: «و قول هؤلاء لا يخلو من قوه لصحه حديث منصور بن حازم (٦) و ادعاء ابن إدريس

١- ١ الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب الشفعه - الحديث ١ و ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

٦- ٦ الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

الإجماع على سقوطها مع الكثرة خطأ».

و لا يخفى عليك ما فيه، خصوصا حكمه بخطأ الإجماع المزبور الذي هو مع شهادته التتبع له قد سبقه إليه من تقدمه و وافقه عليه من تأخر عنه، و صحيحه منصور لم يذكر فيها حكم الكثرة و إنما فيها ثبوت الشفعه مع اللفظ الموهم لها، فكيف تصلح معارضه لما ذكر فيه الحكم صريحا، و لعله لذا جزم فى الروضه بموافقه المشهور، و هو فيها أفقه منه فى المسالك كما لا يخفى على من لاحظهما.

ثم إن المنساق من الأدله و الفتاوى عدم الشفعه مع الكثرة السابقه على عقد البيع، كما لو كان الشىء مشتركاً بين ثلاثه فبيع أحدهم نصيبه.

أما إذا كانت لاحقه كما لو كان الشىء مشتركاً بين اثنين فباع أحدهما نصيبه على اثنين دفعه أو ترتيباً ثم على الشريك بذلك فالظاهر ثبوتها كما عن الشهيد فى حواشيه.

و فى الدروس «لو باع أحد الشريكين بعض نصيبه من رجل ثم باع الباقي من آخر فعلى المشهور للشريك الأخذ منهما أو يترك، و على الكثرة له أخذ نصيب الأول و الثانى، و فى مشاركه الأول له أوجه: المشاركه لأنه كان شريكاً عند العقد، و عدمها لأن ملكه مستحق للشفعه، و التفصيل إن عفى عنه شارك، لقرار ملكه، و يشكل بأن القرار إنما حصل بعد استحقاق الشريك الشفعه، فلا يكون مقاوماً للقرار أولاً، و يضعف بأن حقيقه الملك سابقه» و كلامه الأول صريح فى ثبوتها على القول بالاتحاد.

بل ظاهر الفاضل فى القواعد المفروغيه من ذلك، قال فيها فى التفريع على القول بالكثرة: «و لو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر ثم علم الشفيع فله أخذ الأول و الثانى و أحدهما، فإن أخذ الأول لم يشاركه الثانى، و إن أخذ الثانى احتل مشاركه الأول، و على ما

اخترناه من سقوط الشفعه مع الكثره للشفيع لأخذ الجميع و تركه».

و كأنه لما ذكرناه من اندراج الفرض فى إطلاق الأدله، ضروره صدق اتحاد الشريك، بل لو كان مثله مسقطا للشفعه لما أغفلوه، إذ ليس هو من النادر.

بل لعل الاتحاد المزبور هو وجه تختياره بين أخذ الجميع و تركه، ضروره كونه كالشفعه الواحده التى لا تتبعض، و بيع الشريك من شخصين و لو على التعاقب لا يرفع ظهور الأدله فى عدم التبعض المزبور.

و المراد توجيه كلامه بما ذكرناه، و إلا فللمانع أن يمنع التبعض فى الفرض باعتبار تعدد البيع المقتضى لتعدد الاستحقاق، كما يظهر لك فيما لو فرض علم الشريك ببيع بعض نصيبه من المشتري الأول فشفع فيه، ثم بعد ذلك باع شريكه ما بقى من نصيبه لآخر مثلا، فان لشريكه عدم الشفعه، و لا يكون ذلك تبعضا.

و احتمال الفرق بين ذلك و بين محل البحث لصدق التبعض فيه دون الفرض المزبور لا منشأ له على وجه يرجع إلى محصل بعد فرض ثبوت الاستحقاق للشريك بالبيع الأول، سواء حصل الثانى أو لم يحصل، فهما حينئذ سببان لا مدخلية لأحدهما فى الآخر.

و احتمال عدم ثبوت الشفعه إلا- مع بيع تمام النصيب و لو من اثنين فلا يتحقق شفعه ببيع بعض النصيب خاصه لا أظن أحدا يلتزمه، فتأمل جيدا، فإن الأمر لا يخلو من خفاء، و إن كان القول بأن له أخذ الجميع و البعض و ليس هو من التبعض - خلاف ما سمعته من الفاضل - لا يخلو من قوه.

و لكن على كل حال من التأمل فيما ذكرنا يظهر النظر فيما فى جامع المقاصد، حيث إنه وجه كلام الفاضل بأنه «إذا أخذ الجميع لم تتكثر

الشفعاء، فلم يتحقق المنافى، بخلاف ما إذا أخذ البعض».

إذا لا يخفى عليك ما فيه كما اعترف هو به من أنه إنما يجيء هذا المحذور لو أخذ من الثانى، أما إذا أخذ من الأول خاصة فلا يتكثر الشفعاء حينئذ لعدم شفعه للثانى.

بل قد يقال: إنه لو أخذ الجميع فلأول الشفعه فى نصيب الثانى على الاحتمال الذى ذكر، لأنه كان شريكا و مستحقا فى وقت البيع للثانى فلا يزول استحقاقه بأخذ ملكه، فلا يتم ما ذكره.

و أيضا فإنه فى وقت البيع الثانى كان المشتري الأول مالكا قطعاً، فان استحق الشفعه بملكه ثبت مع تعدد الشركاء و الشفعاء، و إن لم يستحق مع كونه شريكا تخلف الأثر.

نعم على القول بأن كون ملكه مشفوعا ينافى استحقاقه لا إشكال، كما أنه لا إشكال فى الأول أيضا بناء على اعتبار بقاء الملك للشفيع فى الشفعه، فمع فرض أخذ الشريك الأول الجميع لم تكن شفعه للمشتري الأول لانتقال ملكه عنه.

بل لعل صحيح النظر يقتضى عدم الشفعه له أصلاً، لوجود المانع بالنسبه إليه، و هو الكثره، بخلاف الأول الصادق عليه الاتحاد بملاحظه شركته مع البائع التى بها اندرج فى إطلاق الأدله، بخلاف المشتري الأول الذى تحقق معه كثره الشركاء بشركه البائع و شريكه الأول.

و أما المناقشه فى أصل ثبوت الشفعه للشريك الأول- بأن

قوله (عليه السلام) فى صحيح عبد الله بن سنان(١) السابق: «فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعه»

يقتضى منع الكثره اللاحقه كالسابقه- فيدفعها ظهور إرادته معنى الكون من الصيروره فى المقام و لو بملاحظه

غيره من النصوص إن لم يكن ذلك هو المنساق، فتأمل جيدا. وربما يأتي إنشاء الله تعالى لذلك تتمه.

و كيف كان فالمتجه على القول بثبوت الشفعه مع الكثره أن تكون على الرؤوس لا

السهام، كما عن الصدوق، لما سمعته من خبرى طلحه (١) و السكونى (٢) و لأن سبب الاستحقاق الشركه فى الجملة و لو بأقل جزء و لذا لو انفرد ذو الحصه القليله أخذ الكل كذى الحصه الكثيره، و ليس ذلك إلا من جهه كون السبب الشركه، و الأصل عدم التفاضل.

و لا ينافى ذلك التوزيع فى تعلق الديون على قدرها دون الرؤوس بعد اختصاصه بالدليل الكاشف عن كون التعلق من جهتها، لا أصل الدينيه المشتركه بين القليل و الكثير، بخلاف المقام.

خلافًا للمحكى عن أبى على فجعلها على قدر السهام، و لكن قال:

«و يجوز قسمتها على عدد الرؤوس» و مقتضاه التخيير.

و احتجوا له بأن المقتضى للشفعه الشركه، و المعلول يتزايد بتزايد علته و ينقص بنقصها إذا كانت قابله للقوه و الضعف.

و فيه (أولا) أنه لا يقتضى التخيير، و (ثانيا) منع التزايد إذا لم يظهر من الأدله، إذ لعل أصل الشركه هى العله، من غير فرق بين قله النصيب و كثرته، و من هنا كان القول الأول أصح كما اعترف به غير واحد، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف كما عن غير واحد الاعتراف به فى أنه تبطل الشفعه بعجز الشفيع عن دفع الثمن مع عدم رضا المشتري بالصبر، و أنه لا يكفى بذل الضامن و الرهن و العوض، بل ربما كان ظاهر المسالك فى أول تعريف الشفيع أو صريحها الاتفاق

١- ١ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب الشفعه - الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب الشفعه - الحديث ٥.

على اعتبار القدره عليه فيه الذى لا ريب فى منافاه العجز لها، و فى مجمع البرهان «دليل اشتراط القدره فى الشفعه على الثمن و لو بالقرض و بيع شىء و سقوطها مع العجز يمكن أن يكون إجماعاً».

قلت: و قد يدل عليه فى الجملة- مضافاً إلى ذلك و إلى الأصل- فحوى

حسن على بن مهزيار(١)«سألت أبا جعفر الثانى (عليه السلام) عن رجل طلب شفعه أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها، أبيعها أو ينتظر مجىء شريكه صاحب الشفعه؟ قال: إن كان معه فى المصر فلينتظر به إلى ثلاثه أيام، فإن أتاه بالمال، و إلا فليبع و بطلت شفعتة فى الأرض، و إن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر

الرجل إلى تلك البلده و ينصرف و زياده ثلاثه أيام، فإن وفاه و إلا فلا شفعه له».

و إن قيل: هو ظاهر فى الشفعه قبل البيع، لأن المراد بصاحب الأرض الشريك الأصى الذى هو البائع إلا أن الأصحاب قاسوا حال المشتري عليه، لكن قد يمنع ظهوره فى ذلك كما عساه يشهد له قوله:

«طلب شفعه أرض» فإن الشفعه حقيقه لغه و عرفاً: الاستحقاق بعد البيع، بل قيل: المراد حينئذ بالطلب الأخذ بها، بل لعل البطلان أيضاً ظاهر فى ذلك، و حينئذ يكون المراد بصاحب الأرض المشتري.

بل لو قلنا بإرادته المعنى الحقيقى من الطلب فيه لا الأخذ كان المراد أنه أرادها و مضى ليحضر الثمن ليحصل استحقاق الأخذ بها أو التملك على حسب ما سمعته فى اعتبار سبق دفع الثمن كان أيضاً دالاً على المطلوب، فتأمل جيداً.

بل فى الرياض «هذا مع احتمال أن يكون الإلحاق على تقدير

صححه ما ذكره من باب تنقيح المناط القطعى لا- القياس الخفى» و إن كان فيه منع العمل بالأصل حتى يتجه التنقيح المزبور، ضروره عدم قائل بسقوط الشفعه بانتظار البائع الثلاثه بل إطلاق الأدله مناف لذلك.

و على كل حال ففى جامع المقاصد و المسالك «يتحقق العجز باعترافه، و فى تحققه بإعساره و جهان» و فى الأخير منهما «أجودهما العدم، لإمكان تحصيله بقرض و نحوه» و فيهما معا «ينتظر به ثلاثه أيام كمدعى غيبته».

و لعل ذلك منهما بناء على عدم اختصاص التحديد المزبور فى الحسن المذكور بغيبه الثمن مع وجوده، بل هو للأعم من ذلك و من تحصيله، فان المراد من قوله: «لم ينض» لم يحصل و لم يتيسر و يتجز.

بل فى المسالك فى شرح قول المصنف و كذا تبطل بالمماطله «و المراد بالمماطل القادر على الأداء و لا يؤدي، و لا يشترط فيه مضى الثلاثه، لأنها محدوده للعاجز، و لا عجز هنا، و يحتمل إلحاقه به، لظاهر

روايه ابن مهزيار(١) عن الجواد (عليه السلام) بانتظاره ثلاثه أيام حيث لم ينض الثمن».

و كأنه أخذه مما فى جامع المقاصد، فإنه بعد تفسير المماطل بما عرفت قال: «و هل يتحقق كونه مماتلا قبل الثلاثه؟ ظاهر إطلاقهم يقتضى ذلك، و لإشعار

روايه ابن مهزيار(٢) عن الجواد (عليه السلام) بانتظاره ثلاثه أيام حيث لم ينض الثمن».

و لكن ليس فيه أن الثلاثه تحديد للعاجز كما سمعته من المسالك، بل لم أعرفه لغيره، بل ظاهرهم الاتفاق على عدمه، و أنه لا شفعه له مع فرض عجزه المتحقق باعترافه أو بالقرائن أو بغير ذلك حال البيع

١-١ الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

و إن تحدد له قدره بعد ذلك بيسير، بل ظاهرهم سقوطها بتحقق المماطلة كذلك.

بل و كذا لو هرب الذى ذكر فيه فى جامع المقاصد و المسالك و غيرهما «أنه إن كان قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعه له، و إن كان بعده فللمشترى الفسخ» و لا يتوقف على الحاكم كما حكاه فى الثانى منهما عن التحرير،

لعموم «لا ضرر و لا ضرار»^(١)

و لأن الأخذ لما كان مبنيًا على القهر لم يلزم المشتري حكمه، بخلاف ما إذا هرب المشتري عن أداء ثمن المبيع.

نعم فى مجمع البرهان بعد أن ذكر دليل البطلان بالعجز قال: «و كذا دليل البطلان بالمماطلة مع الوجدان، فإنه كالعجز بل أقيح، و كذا الهرب بعد البيع لثلا يعطى الثمن معها، و لكن ينبغى أن يكون المراد بالمماطلة و العجز إلى وقت يضر بحال المشتري أو البائع عرفا الصبر إليه و لو كان قليلا، و يؤيده جواز الصبر ثلاثة أيام مع دعوى غيبه الثمن و صبر الثلاثة أيام بعد مده الرواح إلى بلد الثمن و مجيئه».

و لكن فيه أيضا أنه مناف لظاهر الأصحاب، فإنهم اعتبروا فى الشفيع قدره على الثمن، و فرعوا على ذلك أنه لا شفعه للعاجز و لا- للمماطل و لا- للهارب و إن كان هو على ضرب من التجوز فى الأ-خيرين، ضروره صدق القدره عليهما، ثم ذكروا مسأله التأجيل لمدعى غيبه الثمن، و ظاهرهم أنه متى تحقق العجز حال البيع لا شفعه، و كذا متى تحقق المطل و الهرب المنافى للفوريه مع فرض حصوله قبل الأخذ بها بعد تحقق سببها.

نعم لولا- الأصل السابق قد يناقش فى الشرط المزبور على الوجه المذكور إن لم يكن إجماعا بأنه لا دليل عليه بحيث يعارض إطلاق ما دل

على ثبوتها ببيع الشريك نصيبه، نعم فحوى الحسن المزبور يقتضى التأجيل ثلاثة أيام مطلقا، فان لم يكن ثم إجماع اتجه جعلها غايه للجميع.

بل ظاهرهم عدم التقييد بالضرر فى ثلاثة المصر و إنما قيده به لو ادعى غيبته فى بلد آخر الذى هو مضمون الحسن السابق.

قال المصنف و لو ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثة أيام، فان لم يحضره بطلت شفيعته، فان ذكر أن المال فى بلد آخر أجل بمقدار وصوله إليه و زياده ثلاثة أيام ما لم يتضرر المشتري و نحوه غيره، بل لا أجد خلافا بينهم فى ذلك، بل عن الغنيه بعد أن ذكر التأجيل المزبور على الوجه المذكور قال: «هذا إذا لم يؤد الصبر عليه إلى ضرر، فإن أدى إلى ذلك بطلت شفيعته بدليل إجماع الطائفة».

نعم فى مجمع البرهان بعد أن ذكر أن وجه ذلك نفيه عقلا و نقلا قال: «لكنه غير ظاهر، لأننا نجد وقوعه فى الشرع كثيرا، فليس له ضابط واضح، خصوصا مع وجود النص»(١).

قلت: لا ريب فى رجحان العمل بدليله مع فرض تحققه بالإحاله على بلد بعيد مثلا بعد الاعتضاد بما عرفت و أصاله عدم

الشفيعه التى كان الضرر منشأ مشروعيتها و إن كان التعارض بينهما من وجه، و الأمر فى ذلك سهل.

ثم إن ظاهر الخبر المزبور أن ابتداء الثلاثة من حين شفيعته لا من حين البيع، و الظاهر صدقها مع التلفيق لو وقعت خلال اليوم، كما صرح به فى جامع المقاصد و المسالك.

و فى الأول منهما «و هل تعتبر الليالى بحيث تلفق ثلاثة أيام و ثلاث ليال؟ لا تصريح بذلك، و لو قلنا: ان مسمى اليوم شامل لليل اعتبرت، نعم لو وقع البيع أول الليل فالليالى داخله تبعاً». و هو جيد إن لم يرد

دخول الرابعه أيضا تبعا.

لكن فى الثانى منهما «و تعتبر الثلاثه و لو ملفقه لو وقع الإمهال فى خلال اليوم، و الليالى تابعه للأيام، فإن وقع نهارا اعتبر إكمال الثلاث من اليوم الرابع، و دخلت الليالى تبعا، و لو وقع ليلا أجل ثلاثه أيام تامه و تمام الليله من الرابعه كذلك».

و فيه أنه لا حاجه إلى إكمالها مع فرض الصدق بدونها بل و بدون الأولى، و لكن دخلت تبعا للأيام كدخول المتأخره إذا احتيج إلى التلفيق من يومها كما هو واضح.

و يعتبر فى الذهاب إلى بلد المال حصول ما يحتاج إليه عاده من رفيق و غيره، و لا يجب تحصيله بأجره حملا للإطلاق على المعتاد الذى هو مراعى أيضا فى بقاءه أيضا فى نفس البلد لتحصيل المال.

ثم إن المحكى عن التذكرة و صرح به فى جامع المقاصد و المسالك كون المراد بطلانها على تقدير عدم إحضاره فى المده المضروبه سقوطها إن لم يكن أخذ، و تسلط المشتري على الفسخ إن كان قد أخذ.

قيل: و لعله كذلك، لأن الحكم بالبطلان إنما هو مراعاة للمشتري، فإذا رضى بأخذ الشفيع بالتأخير فقد أسقط حقه، و ليس فى إطلاق الروايه ما ينافى ذلك، لأن غايتها إسقاط حق الشفيع من التسلط على المطالبه، و هو لا يستلزم إسقاط حق المشتري من المطالبه بالثمن بعد إجراء الصيغه الناقله.

و بالجمله لا دلالة فيها على بطلان حق الشفيع، و على تقديره لا ضير فيه أيضا، و إن هى حينئذ إلا كما ورد(١) فى خيار التأخير من بطلان البيع مع إطباق الأصحاب على بقاء الصحه و ثبوت الخيار لا فساده من أصله.

فما فى الكفايه- من أن هذا التفصيل غير مذكور فى الروايه- محل مناقشه إن أراد الرد بها عليه، و إن أراد عدم استفاده ما ذكره منها فحسن إلا أنه لم يستند إليها فى ذلك، و لعله أخذها مما قدمناه من الحججه.

و فيه ما لا يخفى من أنه لا حجه تقتضى العدول عن ظاهر

قوله (عليه السلام)(١): «بطلت شفعتة»

و قوله (عليه السلام)(٢): «و لا شفعه له»

إلى إرادته نفى اللزوم لا الصحه بعد تعبير الأصحاب أيضا بالبطلان الظاهر فى الانفساخ لو وقعت و عدم استحقاق لها إن لم تقع. لكن مع بقاء طلب المشتري إرادته الثمن من الشفيع، لأن ذلك هو ظاهر النص(٣).

أما لو رضى بالتأخير فى ابتداء الأمر أو فى أثناء الثلاثه فلا يندرج فى النص(٤)المزبور، فيبقى على ما تقتضيه القواعد من الصحه، بخلاف ما لو مضت الثلاثه و هو مستمر على طلب الثمن فلم يأت به

الشفيع، فان ظاهر النص حينئذ عدم الاستحقاق و الانفساخ، فلو رضى بعد ذلك لم يجد فى ثبوت حق الشفيعه أو فى بقاء الثمن فى ذمه الشفيع، كما لو كان فى الابتداء مثلا، خصوصا بعد إمكان الفرق بينها و بين العقد الذى له جهه صحه و لزوم، بل قاعده الضرر و نحوها إنما تزلزل لزومه الذى هو مناط الضرر.

و من هنا ينصرف ما دل على نفى الصحه فيه إلى اللزوم بخلاف الشفيعه التى هى أشبه شىء بالإيقاع و باختيار الفسخ و اللزوم و نحو ذلك مما لم يجر فيه التعارف المزبور، فبقاء اللفظ على حقيقته حينئذ أولى، لعدم الصارف عنه.

١-١ الوسائل - الباب - ١٠- من كتاب الشفيعه - الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٠- من كتاب الشفيعه - الحديث ١.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١٠- من كتاب الشفيعه - الحديث ١.

٤-٤ الوسائل - الباب - ١٠- من كتاب الشفيعه - الحديث ١.

هذا كله على القول بعدم مدخله دفع الثمن فى ملك الشقص، وإلا فلا ريب فى عدم الصحة، كما تسمع تحقيقه إنشاء الله، والله العالم.

ولا خلاف ولا إشكال فى أنها تثبت للغائب بل عن الخلاف والتذكرة الإجماع عليه، وفى محكى الغنيه يستحق الشفعه من علم بالبيع بعد السنين المتطاولة بلا خلاف وإن كان حاضرا فى البلد، وكذلك حكم المسافر إذا قدم من غيبته.

و يدل عليه - مضافا إلى ذلك و إلى إطلاق الأدله -

خبر السكونى (١) المنجبر بعمل الطائفه عن أمير المؤمنين (عليه السلام) «وصى اليتيم بمنزله أبيه، يأخذ له الشفعه إذا كان له فيه رغبه، و قال: للغائب الشفعه».

ولا فرق نسا و فتوى بين طول الغيبه و قصرها. نعم ينبغى تقييده بما إذا لم يتمكن من الأخذ بنفسه أو وكيله كما صرح به الفاضل و الشهيدان و الكركى و غيرهم، وإلا فإن آخر مع إمكان المطالبه كذلك بطلت شفعته كما صرح به فى محكى التذكرة.

بل فى التحرير «لو أشهد على المطالبه ثم آخر القدوم مع إمكانه فالوجه بطلان شفعته، و كذا لو لم يقدر على المسير و قدر على التوكيل فترك».

و كذا لا تسقط شفعته بترك الاشهاد و إن تمكن منه فضلا عما لو عجز عنه أو قدر على إشهاد من لا يقبل قوله أو على من لم يقدم معه أو من يحتاج إلى التركيه.

أما لو ترك الطلب بمعنى إنشاء الأخذ قولا بعد علمه بالحال و عدم تمكنه من المسير و التوكيل فى دفع الثمن فلم أجد لهم تصريحاً فيه، و لكن

ينساق من فحواه عدم بطلان الشفعه، لعدم ثبوت الفوريه على الوجه المزبور، و الأصل بقاؤها.

و لو كان للغائب وكيل عام ففى التحرير فله الأخذ بالشفعه مع المصلحه للغائب، و كذا لو كان وكيلاً فى الأخذ و إن لم يكن مصلحه.

و فيه أنه لا فرق بينهما فى مراعاتها مع الإطلاق و عدمها مع التصريح.

و فيه أيضاً أنه «لو ترك هذا الوكيل الأخذ كان للغائب المطالبه بها مع قدومه، سواء ترك الوكيل لمصلحه أو لا» و هو كذلك إن لم يكن ذلك منه إسقاطاً لها مع فرض عموم وكالته و وجود المصلحه فيه.

و من لم يعلم بالحال كالغائب و إن كان حاضراً، و كذا المريض الذى لا- يتمكن من المطالبه بنفسه و لا- بوكيله، و نحوهما المحبوس ظلماً أو بحق يعجز عنه، أما إذا كان محبوساً بحق يقدر عليه فهو كالمطلق، إلى غير ذلك من الفروع التى ذكرها فى المقام. مضافاً إلى غيرها مما هو حاضر فى الذهن.

لكن لا يخفى على من تأمل كثيراً منها أنه قد يتوهم الفرق بين الحاضر و الغائب، حيث ذكروا التأجيل للأول بالنسبه إلى إحضار المال بالثلاثه أيام، و أنه متى انقضت و لم يحضره بطلت شفعتة، سواء كان ذلك لعذر أو لغير عذر، بخلاف الغائب، فإنه على شفعتة مع فرض عدم تمكنه من القدوم و التوكيل و لو سنين، سواء قار (بأدر خ ل) فى إنشاء الشفعه أو لم يقر (لم يبادر خ ل).

و لعله لظهور الحسن(١)المزبور المشتمل على التأجيل بالثلاثه فى

غيره، أما هو فباق على إطلاق الأدلة المقتضى لبقاء الشفعه، و الأصل عدم سقوطها.

و لكن التحقيق عدم الفرق بين الحاضر و الغائب الذى هو أحد أفراد المطلق، و إنما ذكره الأصحاب بخصوصه تبعاً للنص عليه، و إلا فالحاضر أيضا إذا فرض كون المانع له عن إحضار الثمن عذر شرعى مثل مرض أو حبس بحق يعجز عنه أو غير ذلك كان حكمه حكمهم، و لا ينافيه الحسن المزبور الظاهر فى البطلان من حيث عدم

نضوض الثمن بمعنى عدم تيسره، لا من جهه أخرى.

بل قد يقال بجريانه فى الغائب، على معنى أنه ينتظر به زياده على زمن قدومه على المتعارف ثلاثه أيام أيضا من حيث تيسر الثمن و نضوضه الذى هو حكم الشفيع فى نفسه، كما عساه يومئ إليه تضمنه ذكر الثلاثه لمن ادعى غيبه الثمن فى بلد آخر، فلاحظ و تأمل جيدا، فإن المسأله غير منقحه فى كلامهم.

و المغمى عليه كالعائب كما فى القواعد و التحرير و جامع المقاصد و الدروس، أى ينتظر إفاقة و إن تطاول الإغماء، إذ لا ولايه لأحد عليه، فلا- يتصور الأخذ عنه، كما فى الدروس و جامع المقاصد، فإن أخذ أحد لغا، و إن أفاق و أجاز ملك من حين الإجازة لا قبلها، فالنماء للمشتري قبلها، قيل: و لعله لأنه لا مجيز له فى الحال، فيكون كالصبي الذى لا ولى له فى أحد القولين.

و فيه أنه خلاف ما اختاره فى البيع من عدم اشتراط هذا الشرط، كما أن مختاره هناك كون الإجازة كاشفه، و لذا قيل: إن ذلك منه بناء على عدم جريان الفضولى فى الشفعه.

و فيه أن ما ذكرناه من دليله شامل لها، على أن مقتضاه عدم النقل أيضا، والله العالم.

و كذا لا- خلاف و لا- إشكال في ثبوتها للسفيه أيضا، لإطلاق الأدله، بل عن الخلاف الإجماع على ذلك، بل هو مندرج في المحكى من معقد إجماع الغنيه على أن لولى غير كامل العقل أن يأخذ له بالشفعه، إلا أن الذى يأخذ له الولى و لو بإجازته له ذلك أو إذنه له فيه على حسب غيره من التصرفات الماليه.

و لا- ينافى ذلك اقتصار غير واحد- بل الأكثر على ما قيل - على الصبى و المجنون، و خصوصا مثل عباره المتن المذكور فيها ثبوت الشفعه للسفيه، و مع ذلك اقتصر فى أخذ الولى على الصبى و المجنون، فان ذلك قد يوهم اختصاص أخذ الولى بهما دونه.

و من هنا قال فى المسالك: «كان على المصنف جمع الضمير المضاف إلى الولى، ليتناول السفيه، لثلا يتوهم أنه يتولى الأخذ دون الولى، بقرينه تخصيص الطفل و المجنون بأخذ الولى».

قلت: يمكن أن يكون ذلك للفرق بينهما بسلب عبارتهما دونه، فلا يأخذ لهما إلا الولى بخلافه، فإنه له الأخذ بنفسه مع إجازة الولى، بل قد يحتمل جواز ذلك له مع رضا المشتري بالبقاء فى ذمته أو إبرائها له، و إن كان هو خلاف ظاهر الأصحاب.

و كذا لا أجد خلافا بينهم فى ثبوتها للمفلس، لإطلاق الأدله، و إمكان رضا المشتري بالبقاء فى ذمته أو إبرائها، أو استدانته من غير ماله الذى تعلق به حق الغرماء، أو رضوا هم بدفع ذلك من ماله، و إن كان لا يجب عليهم، بل لهم منعه من ذلك بلا خلاف أجده فيه و لا إشكال.

و على كل حال يتعلق حينئذ حقهم بالشقص إذا شفع به كما فى غير ذلك من المال المتجدد له.

نعم فى القواعد و التحرير و جامع المقاصد ليس للغرماء الأخذ بها و لا إجباره عليها و إن بذلوا له الثمن، و لا منعه منه و إن لم يكن له فيه حظ، لأنه لا ملك له قبل الأخذ ليتعلق به حقهم، و كونها حقا ماليا لا يقتضى التعلق المزبور للأصل، و لا يجب عليه الاكتساب لهم، و لأن ذلك حق له، و ليس من لوازمه التصرف فيما تعلق حقهم به من ماله، فلا دخل له بذلك و إن لم يكن فيه حظ له.

و لو أخذ و لم يتيسر له الثمن و لم يرض المشتري بالصبر كان له الانتزاع منه، و لا ينافيه تعلق حق الغرماء، لأنه انتقل اليه على الوجه المزبور، كما هو واضح.

و كذا لا- خلاف و لا إشكال فى ثبوتها أيضا للمجنون و الصبى بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى إطلاق الأدلة و خصوص خبر السكونى(١) المتقدم فى الثانى منهما.

و لكن يتولى الأخذ عنهما وليهما كما فى غير ذلك من أمورهما، نعم قيده المصنف و من تأخر عنه بكون ذلك مع الغبته إلا أنه لم نجده فى كلام من تقدم عليه حتى معقد إجماع الخلاف و غيره، و لعله لحظ الرغبة المراد بها المصلحة فى الخبر المزبور(٢).

و فيه أنه يمكن إرادته ذلك فى خصوص الوصى لا مثل الأب و الجد الذى قد ذكرنا فى غير المقام أن المعتبر فى تصرفهما له عدم المفسده كما هو ظاهر النصوص(٣) بل عن فخر الإسلام إطلاق ذلك فى مطلق الولى

١- ١ الوسائل - الباب - ٦- من كتاب الشفيعه - الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦- من كتاب الشفيعه - الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٦ و ١١ - من أبواب عقد النكاح و الباب - ٢٨ - من أبواب المهور - من كتاب النكاح و الباب - ١١ - من أبواب ميراث الأزواج من كتاب الإرث.

إلا أن الأصح الفرق بينهما وبين الوصى مثلا، والله العالم.

ولو ترك الولي المطالبه بالشفعه مع الغبطه فبلغ الصبي أو أفاق المجنون فله (فلهما خ ل) الأخذ بلا- خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه.

ولا- ينافي ذلك التراخي المزبور لأن التأخير لعذر (للعذر خ ل) وهو الصبا و الجنون، و تقصير الولي لا يسقط حقهما الثابت لهما حال قصورهما بالنص (١) و الفتوى، و إنما المتجدد لهما عند الكمال أهليه الأخذ لا أصل الحق، بل لو عفا الولي في الحال المزبور لم يمض عفوّه حتى من الأب و الجد مع فرض مفسده في ذلك للمولى عليه.

كما لا ينافيه أيضا الضرر على المشتري بطول الانتظار، إذ هو كالاتجاه في مقابله إطلاق النص و الفتوى، خصوصا بعد أن كان هو السبب في إدخال الضرر على نفسه بذلك، و خصوصا بعد ثبوت مثله في الغائب.

بل لعل الأقوى جواز تجديد الولي الأخذ و إن ترك سابقا أو عفا، كما صرح به بعضهم، لبطان تركه و عفوّه، فلا يترتب على أحدهما أثر، و ليس هما من التراخي المسقط للشفعه قطعاً، لأن تقصيره السابق

بمنزله عدمه بعد فرض بقاء حق الشفعه للمولى عليه.

اللهم إلا- أن يكون بذلك فاسقا على وجه ترتفع به ولايته، و فيه منع واضح؛ و على تقديره يمكن عودها بالتوبه حينئذ، فاستشكال بعضهم في ذلك بالنسبه إلى الولي خاصه دون الطفل مثلا عند بلوغه فان له الأخذ في غير محله؛ كما هو واضح، و الله العالم.

و على كل حال لا غرامه عليه كما عن بعضهم التصريح به للأصل و غيره.

نعم إذا لم يكن فى الأخذ غبطه حيث تعتبر أو كان فيه فساد حيث يكون عدمه هو المعتبر فأخذ الولى مع ذلك لم يصح بلا خلاف و لا إشكال، لأن الفرض عدم تصرفه على الوجه المشروع، و كان ضامنا لما دفعه من الثمن، و الشقص باق على ملك المشتري.

هذا و فى جملة من كتب الفاضل و جامع المقاصد و الروضه أنه لا شفعه لهما بعد الكمال إذا كان الترك من الولى أصلح من الأخذ؛ أو كان فى الأخذ فساد على المولى عليه.

و لعله كذلك إذا كان ذلك لإعسار الصبى و نحوه مما يقتضى عدم ثبوت الشفعه له للعجز، بناء على سقوط الشفعه به كما عرفت. أما إذا لم يكن كذلك فيشكل السقوط، لإطلاق الأدله. و لا ينافيه عدم جواز أخذ الولى المعتبر فيه المصلحه أو عدم المفسده.

و لعله لذا قال فى محكى الخلاف: «إذا كان للصبى شفعه و الحظ له فى تركه فترك الولى و بلغ الصبى رشيدا فله المطالبه بالأخذ و له تركه، لأنها حقه، و ليس على إسقاطها دليل، و أيضا جميع العمومات التى وردت فى وجوب الشفعه تتناول هذا الموضوع، و لا دلالة على إسقاطها بترك الولى».

و هو جيد جدا، بل هو مقتضى كل من أطلق أن لهما الشفعه مع الكمال لو ترك الولى من غير تقييد بما إذا كان ذلك مع الغبطه.

فما فى الرياض - من أنه لا يظهر خلاف فى أنه لو كان الترك لعدم المصلحه لم يكن لهم بعد ارتفاع المانع الأخذ بالشفعه - فى غير محله.

و دعوى أنه إذا كان حينئذ الحظ فى الترك و جب أن يصح كما يصح الأخذ واضحه الفساد، إذ ليس من آثار صحه الترك سقوط حق الشفعه

للمولى عليه، بل أقصاه موافقه الشارع فيما قرره له فى الفعل و الترك.

نعم لو عفا و أسقط و فرض مصلحه تقتضى صحه ذلك كان من آثارها السقوط، فلا شفعه لهما بعد الكمال لذلك.

و لو جهل الحال أن ذلك كان لمصلحه أو لا- فهو كباقي تصرفات الولي، لكن فى القواعد «فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبه إلا أن يكون الترك أصلح» و فى جامع المقاصد «أن مقتضاه أن لهما المطالبه مع الجهل لظهور كون الاستثناء متصلا- ثم قال:- و فيه لأن المطالبه (١) فرع الثبوت حينئذ، و الثبوت إنما يتحقق مع المصلحه، و الفرض جهاله الحال، فلا- مقتضى للثبوت، و هذا وجيه».

قلت: مضافا إلى حمل فعل المسلم أو تركه على الوجه الصحيح، و خصوصا الولي الذى لا اعتراض للمولى عليه إلا مع العلم بفساد فعله و تركه، و لولا- ذلك لكان المتجه الثبوت للاستصحاب، و لا دليل على اشتراط ذلك بترك الولي له مع المصلحه فيه.

و من ذلك يعلم ما فى الروضه تبعا لما سمعته من جامع المقاصد «فان ترك فى موضع الثبوت أى مع المصلحه فلهم عند الكمال الأخذ لا من ترك لعدم المصلحه، و لو جهل الحال ففى استحقاقهم الأخذ نظرا إلى وجود السبب فيستصحب، أم لا التفاتا إلى أنه مقيد بالمصلحه و لم يعلم؟ وجهان، أجودهما الثانى» و الله العالم.

و تثبت الشفعه للكافر على مثله و إن كان البائع مسلما بلا- خلاف، بل عن جماعه الإجماع عليه، لإطلاق الأدله و عمومها السالمين عن المعارض عدا إطلاق

الخبر (٢) «ليس لليهودى و النصرانى شفعه»

١- ١ و فى جامع المقاصد «و فى استحقاقهما المطالبه و الحال هذه نظر، لأن المطالبه فرع».

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦- من كتاب الشفعه - الحديث ١.

المقيد إجماعا بإرادته نفيها لهما على المسلم الذي أشار إليه المصنف بقوله:

و لا تثبت له على المسلم و لو اشتراه من ذمى أو غيره بلا خلاف فيه أيضا، بل الإجماع بقسميه عليه. بل المحكى منهما مستفيض إن لم يكن متواترا، مضافا إلى الخبر المزبور و قوله تعالى (١) «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» و إلى

أن «الإسلام يعلو و لا يعلو عليه» (٢).

فلا يقهر الكافر المسلم على أخذ ماله من يده.

و تثبت للمسلم على المسلم و الكافر إجماعا أو ضروره من المذهب إن لم يكن الدين، و الله العالم.

و إذا باع الأب أو الجد و إن علا عن اليتيم أو المجنون شقصه المشترك معه لمصلحه إنفاق أو غيره جاز أن يشفعه كما صرح به الشيخ و الفاضل فى بعض كتبه و ولده و الشهيدان و الكركى على ما حكى عن بعضهم، لإطلاق الأدله، بل لا أجد فيه خلافا.

نعم فى قواعد الفاضل «و للأب و إن علا الشفعه على الصغير و المجنون و إن كان هو المشتري أو البائع عنهما على إشكال» بل فى مختلفه الجزم بالعدم فى الوكيل على بيع ما يستحق الشفعه به، محتجا بأن قبول الوكاله رضا منه بالتمليك للمشتري، و حينئذ تسقط الشفعه، بل فى جامع المقاصد توجيه الاشكال المزبور بذلك.

و لكنه كما ترى، ضروره عدم الدلاله على ذلك، بل لعل إيقاع العقد المذكور تمهيد للأخذ بها و تحقيق لسببه، فلا يكون الرضا به مسقطا لها بل الرضا بالسبب رضا بالمسبب، لا أن إيجاد العله - و هى البيع - ينافى طلب المعلول و هو الشفعه.

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ١٤١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب موانع الإرث - الحديث ١١ من كتاب الإرث.

و دعوى أن عدم الشفعة للثمن يدفعها- مع ان ذلك مناف لائتمانه الشرعى- إمكان فرض بيعه على وجه ترتفع التهمة بإحضار العدول و الحضور عند الحاكم و نحو ذلك لأنه أى الأخذ بها لا يزيد عن بيع ماله من نفسه المعلوم جوازه، فالإشكال فى ذلك فضلا عن الجزم بالعدم فى غير محله.

و كذا تثبت الشفعة للولد على والده، لإطلاق الأدله، و إن قال فى جامع المقاصد: «فيه احتمالان و فى الاستحقاق قوه».

بل مما ذكرنا يعلم ثبوتها أيضا للوكيل فى البيع و الشراء، بل فى جامع المقاصد «أن ذلك له قولاً واحداً» و إن كان فيه أن المخالف الشيخ فيما حكى من مبسوطه و الفاضل فى المختلف، و استشكل فيه فى محكى التذكرة، لنحو ما سمعته سابقاً، و قد عرفت ضعفه.

لكن لم يظهر لنا الفرق بين الولى و الوكيل حيث حكى عن المبسوط أن للأول الشفعة بخلاف الثانى، كما أن المحكى عنه فى التذكرة الجزم بها للأول و التوقف فيها فى الثانى، و نحوه الكلام فى العبد المأذون.

و كيف كان ف هل ذلك للوصى؟ قال الشيخ فى مبسوطه لا يجوز له ذلك لمكان (لإمكان خ ل) التهمة و لفظه: «إذا باع ولى اليتيم حصته من المشترك بينه و بينه لم يكن له الأخذ بالشفعة إلا أن يكون أبا أو جداً، لأن الوصى متهم، فيؤثر تقليل الثمن، و لأنه ليس له أن يشتري لنفسه بخلاف الأب و الجد».

و لكن لا- يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، و لذلك قال المصنف و لو قيل بالجواز كان أشبه بأصول المذهب و قواعده كالوكيل الذى قد عرفت الحال فيه، بل جزم به الفاضل فى بعض كتبه و الشهداء و الكركى لما عرفته، بل عن ظاهر المختلف الإجماع

على أنه يجوز للوصى أن يشتري لنفسه كالأب و الجد، و فى جامع المقاصد و المسالك لا بحث فى الصحه إذا رفع أمره إلى الحاكم فباع فأخذ بالشفعه لارتفاع التهمه حينئذ.

و هو جيد لو انحصر مستند الشيخ فى ذلك، و قد سمعت التعليل به و غيره، و إن كان هو فاسدا كما عرفت، و الله العالم.

و للمكاتب المشروط و المطلق الأخذ بالشفعه بلا خلاف و لا إشكال، لانقطاع سلطنه المولى عنه بالنسبه إلى ذلك و حينئذ ف- لا اعتراض لمولاه عليه حتى لو كان هو البائع أو المشتري.

و لو باع المكاتب شقصا على المولى ببعض مال الكتابه ثبتت الشفعه لشريكه، فان كان مشروطا و فسخت الكتابه فالأولى بقاء الشفعه اعتبارا بحال البيع، و ربما احتمل سقوطها لخروجه بذلك عن كونه مبيعا، و الأول أصح.

و لو ابتاع العامل فى القراض شقصا و صاحب المال شفيعه لأنه مشترك بينه و بين غيره فقد ملكه بالشراء مع فرض عدم الربح لا بالشفعه بلا خلاف أجده فيه بيننا و لا إشكال، لأن العامل كالوكيل عن المالك، فكل ما يشتريه للقراض هو ملك لرب المال، فلا- يتصور شفعه له حينئذ فى ماله، إذ الملك لا- يملك من جهتين، و استحقاقه القصاص على عبده لو جنى عليه ليس ملكا لملكه.

فما عن الكركى فى بعض حواشيه المكتوبه بخطه على جامع المقاصد- من أنه لا يمتنع أن يستحق الملك بالشراء ثم بالشفعه، إذ لا يمتنع اجتماع العلتين على معلول واحد، لأن علل الشرع معارف- واضح الفساد و ان كان ستسمع اختيار مثله من المصنف و الفاضل و غيرهما فى الفروع على القول بالكثرة، ضروره عدم وجود العله بعد أن

كان الشراء له بالوكالة عن العامل، و الفرض ظهور أدله الشفعه بل صراحتها في بيع الشريك حصته من غير من له الشفعه، كما هو واضح.

و حينئذ فلو أراد المالك الاختصاص به بأن يفسخ المضاربه فيه لا- اعتراض للعامل إذا لم يكن ظهر ربح، و لكن له المطالبه بأجره عمله المحترم كما في غير ذلك من أعيان المضاربه.

و إن لم يختر المالك الفسخ بقيت المضاربه بحالها، و ليس للعامل أجره بل له شرطه من الربح، و لا يلزم من ملك صاحب المال له الفسخ، فان جميع مال القراض مملوك له، و ذلك كله واضح من قواعد الشفعه و المضاربه.

فمن الغريب ما عن المبسوط من عدم الترجيح في المسأله، و الاقتصار على نقل أقوال ثلاثة فيها: أحدها ما عرفته، و الثاني أنه يأخذه بالشفعه، و الثالث عدم أخذه بها و لا غيرها، و كأنها للعامه، و لا وجه للأخيرين منها فيما فرضناه من موضوعها.

نعم لو ظهر الربح للعامل في المبيع و قلنا بملكه بذلك على وجه يكون شريكا للمالك بمقدار ما يخصه من الربح فالمتجه الموافق لقواعد المضاربه أنه حينئذ يكون شريكا في الشقص مع صاحب المال، سواء فسخ المضاربه أم لا، و ليس لصاحب المال أن يأخذ نصيب العامل من الربح بالشفعه أيضا، لأن العامل لم يملكه بالشراء الذي هو شرط ثبوت الشفعه، و إنما ملكه بظهوره، سواء قارن الشراء أم تأخر.

نعم لو فرض أن ما اشتراه به من الثمن قد ظهر فيه الربح و قلنا بملكه به على وجه صار شريكا اتجه حينئذ كون المبيع مشتركا بينه و بين المالك بالمبيع، بل اتجه أخذ المالك فيه بالشفعه، أما في الفرض فلا ملك للعامل بالمبيع و إن كان الربح مقارنا، لأن ملكه طار على ملك

رب المال، فالبيع لم يفد إلا ملك رب المال بأجمعه للمبيع، لأن الثمن له.

ثم إن العامل يملك ولو على جهة الترتب الذاتى، وحينئذ فليس ذلك من أسباب استحقاق الشفعة، لاختصاص موردها بالبيع نصاً وفتوى، وليس لصاحب المال قطع تسلط العامل على الحصه بالفسخ و رده إلى الأجره، كما تسمعه من بعض الشافعيه، بل يستقر ملكه عليها إن لم يتجدد ما يطله كخساره المال لا غير، لأصالة بقاء ملكه عليه إلا بوجه ناقل شرعاً، و هو منتف هنا.

و هذا هو حاصل ما فى الدروس «و ليس للمالك أخذ ما اشتراه العامل بالشفعه، بل له فسخ المضاربه فيه، فان كان فيه ربح ملك العامل نصيبه، و إلا فله الأجره».

لكن فى قواعد الفاضل «و يملك صاحب مال القراض بالشراء، لا بالشفعه إن لم يكن ربح أو كان، لأن العامل لا يملكه بالبيع، و له الأجره».

و ربما استظهر منه أن للمالك الاختصاص بالعين على كل حال و أنه ليس للعامل إلا الأجره و إن كان قد ظهر الربح.

و لذا حكى فى جامع المقاصد النظر فيه عن حواشى الشهيد بأن فتوى المصنف ملك الربح بالظهور، و حينئذ يملك العامل حصه من الشقص و يكون شريكاً قال: «ثم أجاب بما لا يدفع السؤال، ثم اعترف بورود السؤال».

قلت: قد يدفع بأن المراد استحقاق الأجره مع الفسخ و عدم ظهور الربح، كما عساه يشعر به قوله: «لأن العامل» إلى آخره المراد منه أنه و إن كان ربح و يملكه العامل إلا أن ملكه له بسبب اقتضاء عقد المضاربه ذلك، لا البيع الذى لم يحصل منه إلا ملك رب المال للجميع

باعتبار كون الثمن ملكا له و ملك العامل طار عليه، فلا شفعه له بملك العامل، لأنه لم يملكه بالبيع الذى هو عنوان الشفعه، و إنما ملكه بظهور الربح، و الذى ملكه بأجمعه أولا بالبيع إنما هو رب المال، فلا يتصور له شفعه على كل حال.

بل يشهد لذلك أيضا ما فى تحريره قال فيه: «و لو اشترى المضارب بمال القراض شقضا فى شركه رب المال فليس لرب المال فيه شفعه على الأقوى لأن الملك له، و لو كان فيه ربح فكذلك، سواء قلنا إن العامل يملك بالظهور أو بالإنضاض، لأنه شراء مأذون فيه، و إن لم يكن ظهر ربح لم يكن للعامل اعتراض، و لو كان له الأجره عن عمله» أى لا اعتراض له عليه لو أراد فسخ المضاربه و الاستبداد بالشقص و إن كان له حينئذ أجره عمله، كما فى غيره من أعيان المضاربه مع فرض عدم الربح، أما معه فله نصيبه.

و حينئذ فينزل ما فى القواعد على إرادته هذا المعنى، و كأنهم أهملوه اتكالا على قواعد المضاربه، و لعل هذا أولى من دفعه بما فى التذكرة عن بعض الشافعيه من الوجه الثالث فى المسأله، و هو أن للمالك أن يأخذ بحكم فسخ المضاربه، لأنه لما امتنع استحقاقه الشفعه فلا أقل من أن يستحق قطع سلطنه العامل عن الشقص، لأنه ممكن، فلا يلزم من امتناع الشفعه لامتناعها انتفاء هذا، كما نقول فيما إذا جنى المرتهن على عبد المولى، فإنه يكون للمولى فكه من الرهن بسبب الجنايه، و حينئذ فيكون على صاحب المال أجره المثل عن عمله لكونه محترما، سواء ظهر فيه ربح أو لا، إذ يرد عليه أن فسخ المالك إذا طرأ على المضاربه لا يسقط استحقاق العامل من الربح الذى ثبت استحقاقه، لأن الفسخ إنما يؤثر بالنسبه إلى مستقبل الزمان لا فيما مضى، فيجب أن يقال: إن ظهر ربح فللعامل

حقه منه إن قلنا يملكه بالظهور، وإلا فله الأجره، و هو المطابق لما سمعته من الدروس.

و المناقشه فيه- بأن هذا الحكم آت فى جميع أقسام المضاربه فلا خصوصيه لكون الشقص مشفوعا فى ثبوت الفسخ- يدفعها أنه لا- مانع من كون الحكم كذلك، إذ لم يظهر من أحد أن لما هاهنا خصوصيه، بل يمكن إيكال ما فى بعض العبارات من الإجمال إلى وضوح الأمر بملاحظه قواعد المضاربه.

و كأن الذى دعاهم إلى ذكر الفرع أن الشيخ فى المبسوط ذكره، و ذكر فيه أقوالا و لم يرجح أحدها، فأرادوا تنقيح ذلك على قواعد الإماميه تعريضا بما سمعته من بعض الشافعيه.

هذا و لكن فى جامع المقاصد «يمكن الجواب عن السؤال الأول بأن العامل و إن استحق الحصه من الربح بالظهور إلا- أن استحقاق الاختصاص بسبب الشركه سلط المالك على قطع استحقاقه من العين، فإن الشركه هنا إن لم تكن موجبه لاستحقاقه التملك لكونه مالكا حقيقه فلتكن رافعه لتملك العامل بعض العين، و متى فات حقه من الربح استحق اجره المثل و لو لم يظهر ربح ففى استحقاق الأجره إلى حين الفسخ كلام يأتى إنشاء الله تعالى، و هذا لا بأس به، إذا عرفت ذلك فقول المصنف:

لأن العامل لا يملكه بالبيع تعليل لقوله: يملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعه على تقدير الربح، و معناه أن استحقاق العامل متأخر عن العقد، فلا يمكن أخذه بالشفعه، و فيه تنبيه على استحقاق العين و الاختصاص بها من دون العامل و إن ظهر ربح، لأن حق المالك و هو الاختصاص بسبب الشركه أسبق، فلا يزيله حق العامل الطارى، بل

للمالك فسخ استحقاقه، و ينتقل إلى أجره المثل، و هذا هو تحقيق هذا المحل».

قلت: لا- يخفى عليك ما فيه من أنه (أولاً-) هو بعينه ما سمعته من بعض الشافعية الذى قد اعترف هو بفساده و أورد عليه ما ذكرناه.

و (ثانياً) أن ما ذكره من اقتضاء الشركة قطع سلطنه العامل لا نعرف له وجهها يطابق أصول الإماميه.

فمن الغريب قوله: «إن هذا تحقيق هذا المحل» و ما كنا لتؤثر أن يقع منه مثل ذلك، و ربما كان التزام سوء تعبير الفاضل و غيره أولى من مخالفه الضوابط الشرعيه.

و إذا بيع شقص فى شركة مال المضاربه فللعامل الأخذ بها مع الغبطه فإن عفا فللمالك الأخذ، و هو معنى ما فى الدروس من أنها تثبت للعامل فان ترك فللمالك الأخذ.

بل و ما فى التذكرة من «أن للعامل فى المضاربه الأخذ بالشفعه إذا بيع شقص فى شركة المضاربه، فإذا أخذ فإن كان هناك ربح فلا- حصه له فى ذلك، بل الجميع للمالك، لأن العامل لا يملكه بالشفعه، فالجميع لصاحب المال، و كذا إن لم يكن ربح، و للعامل الأجره، و لو ترك كان لرب المال الأخذ، لأن المشتري بمال المضاربه له. هذا إذا لم يظهر فى الحصه التى اشتراها المضارب ربح، و لو كان قد ظهر فيه ربح لم يكن هناك شفعه، لا- للعامل و لا لرب المال، لزياده الشركة على اثنين» قلت: ضروره كون العامل حينئذ شريكا و رب المال و الشريك البائع فى الأرض المزبوره مثلاً.

لكن قد يناقش فيما ذكره- من عدم شىء للعامل و إن كان ربح،

و إنما له الأجره- بأن أخذه بالشفعه إن كان من عمل المضاربه فله ربحه، و إلا فلا اجره له.

و قوله: «لأن العامل لا يملك بالشفعه» يدفعه أنه لا يملك بها و لا بغيرها من النواقل، و إنما يملك بظهور الربح، و لم يجز له الأخذ بها إلا لأنها من عمل المضاربه و إن كان الملك لرب المال كالشراء.

و لو كان للعامل الشفعه بمعنى أنه اشترى للمضاربه شقصا له فيه الشفعه- لأنه الشريك- كان له مع عدم الربح الأخذ، لأن ملك الشقص لغيره، و كذا مع الربح إذا لم نقل بملكه بالظهور، أما معه فلا شفعه له به، لصيروره بعضه ملكا له بالظهور، و لا وجه للشفعه بملكه كما سمعته في رب المال، و الشفعه بما يخص رب المال منه تبويض للشفعه.

لكن في التحرير هنا احتمالان قال: «و لو كان المضارب شفيعه و لا ربح في المال فله الأخذ، لأن الملك لغيره، و إن كان فيه ربح و قلنا لا يملك بالظهور فكذلك، و إن قلنا يملك بالظهور احتمل الشفعه و عدمها كرب المال» و لعله لنحو ما سمعته من الكركي سابقا و تسمعه فيما يأتي من الفروع العشره.

ثم قال: «و إن باع المضارب شقصا في شركته لم يكن له الأخذ بالشفعه، لأنه متهم على إشكال» و فيه ما عرفت سابقا من عدم صلاحيه التهمه مانعا، و الله العالم.

[فروع على القول بثبوت الشفعه مع كثره الشفعاء]

اشاره

فروع على القول بثبوت الشفعه مع كثره الشفعاء قد جرت العاده بذكرها و إن لم نقل بها تشحيذا للأذهان، و لأنه قد ينتفع بها على المختار أيضا في حال إرث المتعددين الشفعه و هي كثيره، و قد اختار المصنف منها عشره:

[الفرع الأول لو كان الشفعاء أربعة فباع الأول و عفا الثاني فلآخرين حق الشفعه]

الفرع الأول:

لو كان الشفعاء أربعة مثلا فباع أحدهم نصيبه و قلنا بسقوط حقه من الشفعه بذلك، للشك في ثبوتها معه، و الأصل عدمه إن لم يكن المنساق من الأدله خلافه، خصوصا بعد ملاحظه أن حكمه شرعها قاعده الضرر، فلا يجرى استصحاب بقائها مع احتمالها أيضا، لكن الأقوى الأول و حينئذ فإذا عفا آخر منهم بأن أسقط حقه من الشفعه ف الذي ذكره غير واحد كالشيخ و الفاضل و الشهيدين و الكركي على ما حكى عن بعضهم بل في المسالك أنه المشهور و إن كنا لم يتحققه قبل المصنف أن للآخرين أخذ المبيع و لا- تسقط الشفعه بفعل الأولين. نعم لو اقتصرنا في الأخذ على حقهما لم يكن لهما، لأن الشفعه لإزاله الضرر، و بأخذ البعض يتأكد و فيه (أولا) أن الضرر هو الذي أدخله على نفسه بإقدامه على شراء ذى الشفعاء المتعددين إذا قلنا بتوزيع الشفعه عليهم.

و (ثانيا) أن الشفعه حق مالى قابل للتقسيط و الانقسام، بل هو المنساق من

قوله (عليه السلام)(١): «الشفعه على عدد الرجال»

ضروره أن معنى كونها عليهم دون السهام توزيعها عليهم، و لا معنى للتوزيع إلا بإرادته تبعيه شفعه كل واحد نصيبه.

و (ثالثا) أن العفو يقتضى استقرار المعفو عنه على ملك المشتري كما لو عفوا جميعا.

و (رابعا) قد سمعت سابقا ما حكاه المرتضى (رحمه الله) من أنه فى روايات أصحابنا إذا سمع بعض بحقوقهم من الشفعه فمن لم يسمح بحقه على قدر حقه؛ فالمتجه حينئذ سقوط حق الأولين و بقاء حق الآخرين، بل ليس لهما أخذ حق الأولين بالشفعه، لعدم ثبوته لهما، و هو المحكى عن أبى على و الفاضل فى موضع من التذكرة.

و دعوى أن الشفعه كالخيار لو ورث- فإنه واحد لا يتبع الحصص فيمضى فسخ الواحد على الجميع و إن لم يرضوا بذلك- يدفعا بعد تسليم ذلك و ضوح الفرق بينها و بينه بكونه راجعا إلى فسخ العقد، و هو غير قابل للتبعض بخلاف الشفعه، فإن مرجعها إلى نقل ملك المشتري إلى الشفيع من دون فسخ عقد، و مع فرض تعدد المستحقين و كون الاستحقاق على عددهم لا مناص عن القول بالتوزيع على حسب ما ذكرناه.

و على كل حال فمما ذكرنا يعلم حينئذ جريان حكم هذا الفرع على القول بالاتحاد فى صورته الإرث التى ذكر فى المسالك فيها احتمالا- آخر و هو بطلان حق الجميع بعفو البعض، بناء على أنهم يأخذون الشفعه للمورث ثم يتلقون منه، فيكون عفو بعضهم بمثابة عفو المورث عن

بعض حقه، بل هو المحكى عن ابن شريح فى أصل المسأله أيضا و إن كان هو واضح الفساد.

و أوضح فسادا منه احتمال عدم سقوط حق واحد من الأولين فى أصل المسأله، لأن الشفعه لا تتبعض فيغلب جانب الثبوت، إذ هو مع أنه كما ترى مناف لقاعده تسلط الناس على حقوقهم كأموالهم، مضافا إلى ما سمعته من الخبر المزبور، و الله العالم.

و مما ذكرنا يعلم الحال فيما لو كان الشفعاء غيبا كلهم أو بعضهم ف ان الشفعه لهم على الوجه الذى ذكرناه.

إلا أن المصنف بناء على مختاره السابق من عدم تبعيض الشفعه قال فإذا حضر واحد فطالب فاما أن يأخذ الجميع أو يترك، لأنه ربما لا- يأخذ الغائبان، فتتفرق الصفقه على المشتري، فهو حينئذ بمنزله أن لا شفيع الآن غيره. و لو حضر آخر أخذ من الآخر النصف أو ترك لأنهما حينئذ بمنزله أن لا شفيع غيرهما فان حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك، و إن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك.

إلا أن ذلك كله مع منافاته لما ذكرناه سابقا من الأدله قد يناقش فيه (أولا) بأن الغيبه لا تسقط حق الشفعه، فلا وجه لأخذ الأول الجميع على وجه يكون ملكا له، و الفرض أن له الربع و عدم عفو أحد منهم، و احتمال حصوله بعد ذلك لا يجعل الحق تماما له الآن، إذ احتمال الكشف لا- دليل عليه، بل ظاهر الأدله خلافه، و خوف التبعيض لا يقتضى ثبوت الحكم المزبور، كما أن الأخذ منه بعد ذلك كذلك أيضا، و بعد الإغضاء فاقضاء احتمال التبعيض إيقاف الحق أولى من أن يقتضى التسلط

على حق غيره على وجه يكون ملكا له، بل هو مناف لا شراك الحق بينهم.

و (ثانيا) بأن المعلوم من الأدله أخذ الشفيع من المشتري لا من الشفيع الذى استحق الملك بالشفعه لا بالشراء، و تعلق حق الشفيع الغائب فيما شفيع فيه إن كان مانعا من الانتقال فلا وجه لأخذ الأول الجميع بها و إن لم يكن مانعا فلا دليل على فسخ ما ملكه الشفيع الأول الذى مقتضى الأصل لزومه، بل قد يقال: إن أخذ الثانى من الأول تبعض لما أخذ بالشفعه أيضا، و لا دليل عليه، بل هو مقتضى ما ذكره أنه لا بد للحاضرين من الاجتماع و شفعتهم فى الشقص أجمع إذا أرادوا الاشتراك بها من المشتري، و إلا فمتى ترتبوا لم يحصل ذلك، لأن كل واحد منهم لا ينتقل إليه مقدار نصيبه للتبعض، و الأخذ منه خلاف المفروض الذى هو كون الأخذ من المشتري.

و (ثالثا) ما ذكره من التعليل بالتبعض لا يتم إلا بالنسبه إلى الأول، أما من بعده فاقتصاره على نصيبه لا يضر بالمشتري، لأن الشقص قد أخذ منه تاما على التقديرين بخلاف اقتصار الأول على حصته، فإنها تفرق الصفقه على المشتري.

و من هنا احتمال على هذا فى القواعد و الدروس و جامع المقاصد تخيير الثانى بين أن يأخذ النصف أو الثلث، فإذا قدم الثالث و جدهما قد تساويا فى الأخذ أخذ الثلث منهما على السويه، و إن وجد الثانى قد اقتصر على الثلث تخير بين أن يأخذ من الأول نصف ما فى يده، و هو تمام حقه و لا يتعرض للثانى، و بين أن يأخذ من الثانى ثلث ما فى يده، لأنه يقول: ما من جزء إلا ولى منه ثلثه، فان ترك الثانى حقه حيث لم يشاطر الأول فلا يلزمنى أن أترك حقى، ثم له أن يقول للأول ضم ما

معك إلى ما أخذته لنقسمه نصفين، لأننا متساويان في الحق. و حينئذ فتصح قسمه الشقص من ثمانية عشر، لأننا نحتاج إلى عدد له ثلث و ثلثه ثلث، و أقله تسعه يحصل منها ثلاثة في يد الثاني و ستة في يد الأول، ثم ينزع الثالث من يد الثاني واحدا و يضمه إلى الستة التي في يد الأول يكون سبعة و يقتسما بها بينهما، و هي لا تنقسم على اثنين، فتضرب اثنين في تسعه تبلغ ثمانية عشر، للثاني منها أربعة، و هي مضروب الاثنين اللذين بقيا له في اثنين تبقى منها أربعة عشر، لكل واحد من الأول و الثالث سبعة، و إذا كان ربع الدار ثمانية عشر كان جملتها اثنين و سبعين.

و فيه (أولاً) أن عدم حصول التبعض بأخذه لا يقتضى التخيير المزبور، بل يقتضى الاقتصار على حقه أو المشاطرة مع الأول، لاحتمال عدم أخذ الغائب، كما جزم به في جامع المقاصد و هو ظاهر المصنف.

و (ثانياً) أنه مع أخذه مقدار حقه مشاعاً لا تسلط للشريك عليه، إذ لا زياده له عنده.

كل ذلك بعد البناء على أن الشركاء ثلاثة كما فرضها في القواعد حتى يكون حقه الثلث أو يراد الثلث بعد حق الأول، فينطبق حينئذ على مثال المتن.

و على كل حال هو واضح الضعف لا ينطبق على قواعد الإمامية، و إنما هو مناسب لمذاق العامه.

و احتمال أيضاً أن لا يأخذ الثالث من الثاني شيئاً بل يأخذ نصف ما في يد الأول فيقسم المشفوع أثلاثاً، بناء على أن فعل الثاني لا يعد عفواً عن السدس، بل اقتصاراً على حقه، و إلا لاتجه بطلان حقه، لأن العفو عن البعض عفو عن الكل على قول، و إنما أخذ كمال حقه مع أنه

قد قال بعضهم بسقوط حقه، لكونه قد عفا عن بعضه، و لكنه في غاية الضعف.

و لعل الاحتمال المزبور هو الموافق لما قلناه، بناء على أن الشركاء ثلاثه أو يأخذ نصفاً مما في يده بعد إخراج ربه حتى ينطبق المختار على مثال المتن، والله العالم.

[الفرع الثاني لو امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعه]

الفرع الثاني:

لو امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعه للأصل و غيره مما عرفت و لكن على ما ذكرنا كان للغائب قدر استحقاقه و على ما ذكره المصنف و غيره له أخذ الجميع أو الترك.

و كذا لو امتنع ثلاثه أو عفوا كانت الشفعه بأجمعها للرابع إن شاء على مختار المصنف و الجماعه، و أما على ما قلناه فله الربع خاصه، و الله العالم.

[الفرع الثالث إذا حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعه لم يسقط حق الباقيين]

الفرع الثالث:

إذا حضر أحد الشركاء فأخذ الجميع بالشفعه بناء على ما سمعته من المصنف و غيره ف قاسم و كلاء الغائبين فإن له ذلك، لأن الحق الآن مختص به ثم حضر الآخر الغائب ف (١١) ان عفا استمرت القسمه، و إن طالب (١٢) و أخذ ففي القواعد و غيرها فسخ القسمه (١٣) إن شاء و شارك الأول

لأن حقه شائع في المأخوذ و في باقى السهام.

و لكن قد يناقش بأصالة بقاء القسمة الواقعة بينه و بين الوكلاء، إذ المستحق هو حينئذ، و الغائب حقه متجدد فيما أخذه الأول، فلا-وجه للتسلط على فسخ القسمة، و لذا بناء على ما ذكرناه إذا أخذ حصته و قاسم مع وكلاء الغائبين لم يكن لأحد منهم الفسخ.

و كذا لو رده الشفيع الأول أى ما شفع فيه، و هو الجميع على مختار المصنف بعيب ثم حضر الآخر كان له الأخذ للجميع، كما صرح به الفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين لأن الرد المزبور أبطل الأخذ من أصله فكان كالعفو الذى قد عرفت أن حكمه ذلك.

و عن محمد بن الحسن الشيبانى أنه يختص الثانى بأخذ حصته خاصة لأن الأول أسقط حق الثانى مما زاد على حصته، و رده بالعيب أحدث ملكا جديدا للمشتري بعد أن خرج عنه، فلا يكون كالعفو، بل كعوده إلى المشتري ببيع أو هبه. و احتمله الفاضل فى القواعد.

و لكن لا ريب فى ضعفه، ضروره أن الرد أوجب فسخ الأخذ و لم ينشئ سببا جديدا للملك، فلا يساوى عوده بالعقد، و أما على المختار فليس للآخر إلا نصيبه، كما أنه ليس للأول إلا ذلك، فإذا فرض رد نصيبه كان كالعفو بالنسبة إليه، و لا حق للآخر فيه، كما هو واضح، و الله العالم.

[الفرع الرابع لو استغلها الأول ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغله]

الفرع الرابع:

لو استغلها الأول أى ظهرت الثمره ظهورا تخرج به عن تبعيه الأصل بعد أخذه وقبل أخذ الثاني ثم حضر الثاني مثلا شاركه في الشقص دون الغله التى ملكها الأول بكونها نماء ملكه المنحصر فيه قبل أخذ الثاني، كما أن الأول لا يملك ما حصل من غله الشقص بعد الشراء وقبل الأخذ بالشفعه، بل هو للمشتري.

نعم لو كان الأول وكيلا- عن الثاني وأخذ لهما بالوكاله كان شريكا له، بل لو قبل ذلك فضولا وأجاز- بناء على جريان الفضولى فى الشفعه- كان كذلك أيضا، كما هو واضح.

فما عن بعض الشافعيه- من احتمال مشاركه الثاني للأول على كل حال- فى غايه السقوط، و لا يخفى عليك حكم ذلك بناء على المختار، والله العالم.

[الفرع الخامس لو قال الحاضر لا آخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفعتة]

الفرع الخامس:

لو قال الحاضر ابتداء مثلا لا آخذ الجميع بالشفعه حتى يحضر الغائب لم تبطل شفعتة قطعا بناء على التراخى.

و أما على الفور فالأقوى كما فى المسالك و محكى المبسوط و التذكرة أنه كذلك أيضا، و فى الدروس أن فيه قوه لأن التأخير لغرض لا يتضمن الترك بحيث ينافى الفوريه، إذ قد لا يسلم له الشقص المشفوع، مع فرض اقتضاء الأخذ دفع جميع الثمن الذى قد يكون كثيرا

و يصعب عليه تدبيره فى تلك الحال، بل الأغراض كثره فى عدم التعجيل مضافا إلى عدم دليل على الفوريه من النصوص على وجه ينافيه ذلك، فيبقى استصحاب بقائها بحاله.

و لكن فيه تردد و إشكال كما فى القواعد، لما تسمعه من الإجماع المحكى على الفوريه التى ينافيها ذلك، لتمكنه من الأخذ و لا أقل من الشك فى كون ذلك عذرا، فان ضرره لا يدفع بضرر المشتري.

على أنك قد عرفت مخالفه الشفعه للأصل، فينبغى الاقتصار فيها على اليقين، و لعله لذا ربما مال إليه بعض المحققين و إن كان الأقوى الأول، و لا يخفى عليك عدم جريان الفرع المزبور على المختار، و الله العالم.

[الفرع السادس لو أخذ الحاضر و دفع الثمن ثم حضر الغائب فشاركه و دفع إليه النصف ثم خرج الشقص مستحقا كان دركه على المشتري دون الشفيع الأول]

الفرع السادس لو أخذ الحاضر و دفع الثمن ثم حضر الغائب فشاركه و دفع إليه النصف مما دفع إلى المشتري (البائع خ ل) و هكذا ثم خرج الشقص مستحقا بعد أن ترتبوا فى الأخذ فالمشهور كما فى المسالك كان دركه على المشتري دون الشفيع الأول، لأنه كالتائب عنه أى المشتري فى الأخذ من الثانى، إذ الشفيع إنما يأخذ من المشتري لهم و إن أخذ بعضهم من بعض ظاهرا، أو كالتائب عن غيره من الشفعاء فى الأخذ من المشتري.

و على كل حال فلا درك عليه، لاستحقاقهم جميعا الشفعه على المشتري و إن ترتبوا فى الأخذ، فإن الترتب الذى قد عرفت كونه كالتيا به لا يغير هذا الحكم.

و لكن قد يناقش بأن ذلك لا ينطبق على قواعد الإماميه، إذ هو اعتبار محض، ضروره أن أخذ الثاني ليس مبنيًا عندهم على أخذ الأول بل يفتقر إلى أخذ جديد و صيغه خاصه كالأول، و ملك الأول للجميع لا يرتفع من أصله بأخذ من بعده، بل من حين الأخذ، و من ثم كان مجموع النماء المنفصل له، فكونه كالنائب في محل المنع، و خصوصًا في عهده الثمن، فإن المشتري لم يتسلم من غير الأول شيئًا، و إنما الأول أخذ من الثاني نصفه، فلا وجه لرجوعه به على المشتري.

و من هنا حكى عن بعض الشافعيه أن هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أجره و نقص قيمه الشقص، و أما الثمن فكل يسترد ما سلمه ممن سلمه إليه بلا خلاف، بل عن التذكرة أنه المعقد، كما عن الكركي أنه استجوده، و في المسالك استحسنة.

و لكن الإنصاف أن التفصيل المزبور لا يخلو من نظر أيضا، ضروره كون المفروض مع ملاحظه ملك كل منهم من الآخر حقيقه يكون كترتب المشترين بعضهم من بعض من غير فرق بين الثمن و غيره، و إلا كان كالنائب فيهما.

و لا يخفى عليك أن الأول أوفق بالقواعد، كما لا يخفى عليك سقوط الفرع المزبور على المختار، و الله العالم.

[الفرع السابع لو كانت الدار بين ثلاثة فباع أحدهم من شريكه استحق الشفعة الثالث دون المشتري]

الفرع السابع:

لو كانت الدار بين ثلاثة مثلاً فباع أحدهم من شريكه ففي محكي الخلاف في موضع منه و الدروس استحق الشفعة الثالث دون المشتري، لأنه لا يعقل أن يستحق الإنسان شيئاً على نفسه و لظهور أدله الشفعة في غيره أو صراحتها، فإن

قوله (عليه السلام)(١): «فشريكه أحق من غيره بالثمن»

صريح في غير المشتري، إذ لا يصدق عليه نفسه أنه غيره.

مضافاً إلى ظهورها أجمع في تعدد المشتري و الشفيع و البائع على وجه يقتضى أن ذلك هو موضوع الشفعة الثابت من الشرع، لاشتمالها على ذكر ذلك في مقام الضابط و البيان على نحو القيود التي تذكر في التعريف، و حينئذ فاما أن يأخذ الجميع بها أو يترك لثلاثا تتبعض الشفعة.

وقيل و القائل الشيخ في المحكى من مبسوطه و موضع من خلافه:

يكون بينهما و حينئذ فهو أى الشريك مخير بين أخذ نصف المبيع أو تركه لا جميعه كما في المسالك و غيرها.

ثم قال فيها: «فان قال المشتري: خذ الكل أو اترك الكل و قد تركت أنا حقى لم يلزمه الإجابة، و لم يصح إسقاط المشتري الشفعة، لأن ملكه مستقر على النصف بالشراء، فأشبه ما إذا كان للشقص شفيعان حاضر و غائب فأخذ الحاضر الجميع ثم عاد الغائب، فإن له أن يأخذ نصفه، و ليس للحاضر أن يقول اترك الكل أو خذ الكل و أنا تركت

حقى، و لا نظر إلى تبعض الصفقه عليه، فإنه لزم من دخوله فى هذا العقد».

قلت: قد يناقش بأن الشفعه من الأسباب الاختياريه فى نقل الملك لا القهريه، و حينئذ فمع فرض عدم اختيارها لا مانع من سقوطها، و استقرار ملكه على المشفوع من حيث الشراء لا ينافى سقوط استحقاقه إياه من جهه الشفعه، و حينئذ يكون بمنزله عفو أحد الشفيعين، فيلزم الثالث بأخذ الجميع أو تركه حذرا من تبعض الشفعه، إذ لا شفيع حينئذ غيره.

و على كل حال فقد مال إلى القول المزبور المصنف بقوله و لعله أقرب و نحوه الفاضل فى المختلف، بل فى جامع المقاصد أنه أصح، بل قيل إنه الظاهر من التذكرة أيضا.

و كأنه لا اشتراكهما فى العله الموجه للاستحقاق، و لا يمتنع أن يستحق تملك الشقص بسببين: البيع و الشفعه، لأن علة الشرع و أسبابه معرفات فلا يمتنع أن يجتمع اثنان منها على معلول واحد، و لأن للشفعه أثرا آخر غير استحقاق الملك، و هو منع الشريك الآخر من تملك مقدار مشفوعه بالشفعه، و هذا الأثر لا مانع منه.

إلا- أن الجميع كما ترى بعد أن عرفت قصور أدله الشفعه عن ثبوتها فى الفرض، بل قيل: إن سبب الاستحقاق بالشفعه مترتب على سببه بالشراء و متفرع عليه، فليسا معلولى عله واحده حتى يقال: إنه لا يمتنع تملك الشقص بسببين، و إن علة الشرع لا يمتنع اجتماعها، بل إنما ملكه أولا بسبب الشراء، و بعد الشراء استحققه بالشفعه، فيعود المحذور من كونه يستحق تملك ملكه.

بل قيل: إنه على تقدير اجتماع العلتين بعد الشراء فأثرهما مختلف

لأن الشراء عله فى نقل الملك إليه من غيره، و الاستحقاق بالشفعة أثره قرار ملكه عليه، فأحدهما غير الآخر وجودا و أثرا.

و إن كان ذلك كله لا يخلو من نظر، ضروره عدم المنع من ترتب الملك على الشراء و ترتب الشفعة عليه، نحو الاعتناق للقريب المترتب على ملكه الحاصل بالشراء، لأن استحقاق الشفعة أمر غير الملك الحاصل من الشراء.

ثم إن الثمرات المترتبة على ذلك كثيره، فإن للشفعة أحكاما حتى مع الإقاله عن عقد البيع. فالعمده فى الجواب ما ذكرناه، و لولاه لا-تجه ما ذكره الشيخ و الجماعه، و كأنهم غفلوا عن أن مفاد النصوص ما ذكرنا فلا موضوع للشفعة شرعا، لأن الفرض مشمول لنصوصها، و لكن المانع عدم تعقل استحقاق ذلك على ملكه حتى يتجه الجواب عنه بأنها معرفات لا علل تامه.

و من الغريب تسالمهم على ما ذكرناه فيما تقدم من أنه لو اشترى العامل ما فيه شفعة للمالك، معللين له بأن المالك يملكه بالشراء لا بالشفعة و قولهم هنا: إن الأقرب و الأصح و الأقوى صحه الشفعة للمشتري نفسه.

و مما ذكرنا يعلم أنه لا وقع لما أجيب عما ذكره المستدل بأن للشفعة أثرا آخر إلى آخره بأن استحقاق الملك و منع الشريك معلولا عله واحده، و هو استحقاق الشفعة، فيمتنع تخلف أحدهما عن الآخر، و قد امتنع أحدهما من جهه استلزامه المحال، فينبغى أن يمتنع الآخر إلا مع الدليل المقتضى لذلك.

و كيف كان فقد ظهر لك أن القول المزبور فى غايه السقوط و إن كان لما ذكرناه لا لما ذكروه مما هو واضح الاندفاع، و الله العالم.

[الفرع الثامن لو باع اثنان من ثلاثة صفقه فللشفيع أخذ الجميع]

الفرع الثامن:

لو باع اثنان من الشركاء مثلا ثلاثة مثلا صفقه فللشفيع أخذ الجميع و أن يأخذ من اثنين و من واحد، لأن هذه الصفقه و إن كانت واحده فى الصوره إلا أنها بسبب تعدد البائع و المشتري بمنزله عقود متعدده فلا تبعض للشفعه لو اقتصر على الأخذ من واحد فضلا عن الاثنين، إذ هى شفعات متعدده، كما لو باع كل واحد من كل واحد بصيغه مستقلة.

و كذا لو كان البائع واحدا من اثنين كان له أى الشفيع أن يأخذ منهما أو من أحدهما لما عرفت.

و مثله ما لو كان البائع اثنين من واحد أو من اثنين كما قال المصنف:

و لو باع اثنان مثلا- من اثنين كان ذلك بمنزله عقود أربعة ضروره أن كل واحد منهما باعتبار بيعه لاثنين كان عقده بمنزله عقدين.

و حينئذ فللشفيع أن يأخذ الكل و أن يعفو و أن يأخذ الربع أو النصف أو ثلاثة الأرباع و لا يشاركه الأول فى شفعه الثانى و لا هما فى شفعه الثالث فيما لو أخذ الجميع دفعه أو ترتيبا على وجه لا- ينافى الفوريه أو قلنا بعدم اعتبارها، بناء على اعتبار بقاء الملك فى استحقاقها كما قدمناه سابقا، و إلا شاركه الأول فيهما و هما فى الرابع، و هو واضح.

كوضوح كون المسأله من أربعة و عشرين لو أخذ من الثانى خاصه و قلنا بقسمه الشفعه على السهام، و من اثنى عشر على القول بقسمتها على الرؤوس.

و من ثلاثين إن أخذ من الثالث و قلنا بالقسمه على السهام، و من ثمانيه عشر على القسمه على الرؤوس.

و تصح من مائه و عشرين - بناء على احتمال مشاركته الأول للشفيع و إن زال ملكه - فى صورته ما لو كان للشفيع نصف العقار المشفوع و لشريكه الآخر الذى باع من الثلاثه نصفه، فباع من كل واحد منهم سدسا، و قلنا بكون الشفعه على حسب السهام.

أما على القول بأنها على عدد الرؤوس تصح من ستة و ثلاثين كما أظن فى بيان ذلك فى المسالك لما أجمله الفاضل و الكركى فى ضابط ذلك.

إلا أنه لا فائده مهمه فيه، و إنما المراد هنا بيان أنه لا تبويض فى الشفعه مع تعددها بتعدد البائع و المشتري، بل قد يقال بتعددتها أيضا بتعدد الثمن (١) و إن كان البائع و المشتري و المبيع واحدا فى الظاهر.

و أولى من ذلك بالتعدد بيع الشقصين من دارين و إن كان البائع و المشتري واحدا.

و على كل حال فلا تبويض فى ملك كل واحد من المشترين الذى ملكه بعقد واحد حقيقه، بل هى فى الجميع شفعات متعدده و إن كان لا يخلو بعض الأفراد من نظر، خصوصا مع ملاحظه مخالفه الشفعه للأصل.

اللهم إلا أن يقال: إن الأدله مطلقه و المتيقن من تبويض الشفعه الممتنع هو ما اقتضت الشفعه تفريق ملك الشخص الواحد الذى ملكه بجهه واحده دون غيره، و كأنه المراد من تبويض الصفقه هنا و لو بمعونه اتفاقهم ظاهرا على تعددها بالتعدد المزبور، فلا ينافى ذلك جريان حكم الصفقه الواحده فى غير الشفعه فى بعض الأفراد إن كان، و الله العالم.

و كيف كان ف- ليس للمشتريين و لا لبعضهم

مع الشفيع شفعه، ل أن انتقال الملك إليهم دفعه، فيتساوى الآخذ و المأخوذ منه و من المعلوم نصا و فتوى أنه يشترط في ثبوت الشفيع لأحد الشريكين على الآخر تقدم ملك المستحق على المستحق عليه و هو منتف هنا في المشتريين بعقد واحد.

نعم لو كانوا مترتبين ثبت لبعضهم في الجملة كما لو باع الشريك حصته من ثلاثة في عقود متعاقبه، فله أى الشفيع أن يأخذ الكل و أن يعفو و أن يأخذ من البعض دون الآخر، لما عرفته من تعدد الشفيع بتعدد المشتريين. ف لا تبعض.

لكن إن أخذ من الأول لم يشاركه الثانى و الثالث لعدم شركه لهما في وقت شراء الأول، فلا شفيع لهما.

و كذا لو أخذ من الأول و الثانى لم يشاركه الثالث و ذلك لعدم شركه له وقت شرائهما. نعم لو عفا عن الأول و أخذ من الثانى شاركه الأول لسبق شركته و استقرار ملكه بالعفو.

و كذا لو أخذ من الثالث و عفا عن الأولين شاركه الأول و الثانى، لاستقرار ملكهما بالعفو.

(١١) و احتمال عدم مشاركه السابق في شفيعه اللاحق - لأن ملكه حال شراء الثانى و إن كان حاصلًا قبل شراء اللاحق و مستقرا عند الأخذ بالعفو المفروض إلا أن ملكه حال شراء اللاحق كان مستحقًا لأن يؤخذ بالشفيعه، فلا يكون سببا في استحقاقه إياها - يدفعه أن ذلك لا يخرج عن كونه مالكا و شريكا على وجه يندرج في إطلاق الأدله، بل لعل مقتضاه ثبوتها له أو لهما و إن لم يعف، لعدم الدليل على اعتبار استقرار الملك حال أخذ الشفيعه، بل إطلاق الأدله ينافيه، فتثبت لمن كان ملكه مشتملا على خيار لغيره قبل أن يفسخ ذو الخيار.

اللهم إلا أن يقال: إن الشفعة على خلاف الأصل، و المتيقن ثبوتها لمن لم يكن حال حقه متعلق الشفعة، و من هنا اعتبر المصنف العفو.

هذا و قد تقدم لنا فى بحث ثبوت الشفعة مع الكثرة(١) ما له نفع فى المقام عند تعرضنا لمناحيه الكثره اللاحقه، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

[الفرع التاسع لو باع أحد الحاضرين و لهما شريكان غائبان فالحاضر هو الشفيع فى الحال]

الفرع التاسع:

لو باع أحد الحاضرين و لهما شريكان غائبان ف قد عرفت فى المسأله الأولى ما اختاره المصنف و الجماعه من أن الحاضر هو الشفيع فى الحال، إذ ليس غيره حاضرا فإذا أخذ و قدم أحد الغائبين شاركه فيما أخذ الحاضر بالسويه لأنهما لا شفيع غيرهما، أو يأخذ مقدار حصته على حسب ما عرفته سابقا.

و لو قدم الآخر شاركهما فيما أخذا فيكون له ثلث ما حصل لكل واحد منهما كما تقدم الكلام فى ذلك كله مفصلا. و الله العالم.

[الفرع العاشر لو كانت الدار بين أخوين فمات أحدهما و ورثه ابنان فباع أحد الوارثين كانت الشفعة بين العم و ابن الأخ]

الفرع العاشر:

لو كانت الدار بين أخوين مثلا فمات أحدهما و ورثه ابنان (له خ) فباع أحد الوارثين نصيبه كانت الشفعة بين العم و ابن الأخ، لتساويهما فى الاستحقاق على وجه كانا شريكين بالسويه و إن اختلف سبب الملك الذى لا مدخل له فى استحقاق الشفعة.

خلافاً لبعض العامه فجعلها مختصه بابن الأخ، لأن ملكه أقرب باعتبار اتحادهما فى سبب الملك الذى هو الإرث، و لهذا لو ظهر دين على أبيهما بيع ملكهما فيه دون العم.

و هو كما ترى، ضروره عدم مدخلية ذلك فى استحقاق الشفعه التى عنوان ثبوتها تحقق الشركه الثابته هنا بين العم و ابن الأخ و إن اختلف السبب. و كذا الحكم لو كان وارث الميت جماعه إذ لا فرق على التقديرين بين الواحد و الجماعه، كما هو واضح، و الله العالم.

[المقصد الثالث فى كيفية الأخذ]

إشاره

المقصد الثالث فى كيفية الأخذ و إشكال كما لا خلاف فى أنه يستحق الشفيع الأخذ من المشتري بالعقد و انقضاء الخيار لهما أو لأحدهما أو لأجنبى لأنه وقت اللزوم المتيقن من ثبوت الشفعه المخالفه للأصل، بل عن الخلاف و المبسوط و المهذب و الغنيه لا- شفعه فى البيع الذى فيه الخيار للبائع أو لهما، لأن الملك لم يزل عن البائع، أما ما لا خيار فيه أو فيه الخيار للمشتري وحده ففيه الشفعه، لأن الملك قد انتقل عن البائع و صار للمشتري، و هو المحكى عن أبى على، بل فى التحرير فيه قوه، لأن فى

الأخذ إسقاط حق البائع و إن قال بعد ذلك: «إنا فى ذلك من المتوقفين» نعم فى الإرشاد يستحق الشفيع الأخذ بالعقد، و إن اشتمل على خيار البائع فبعد انقضائه.

و قيل و القائل الحلى و الفاضل و ولده و الشهيدان و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم: يستحق الأخذ بنفس العقد و إن لم ينقض الخيار، بناء على أن الانتقال يحصل بالعقد، و هو أشبه بإطلاق أدله الباب، بل لا خلاف فيه فى الحقيقة إلا من الفاضل فى الإرشاد بعد أن كان مبنى الأول عدم الانتقال الذى قد عرفت فساده فى محله.

بل قد يقال: إن مقتضى إطلاق أدله الشفعه ثبوتها ببيع الشريك و إن لم نقل بالانتقال إلى المشتري، إذ لعل تهيو ذلك له كاف فى ثبوتها.

و أما احتمال كون المانع أنه ليس له أخذ العين قبل الخيار - كما تسمع حكايته فى الروضه عن بعض - فمع أنا لم نتحققه واضح المنع، فان حق الخيار لا يمنع من الأخذ كما فى غير المقام.

و كذا احتمال أن المانع اقتضاء الأخذ سقوط خيار البائع الثابت بأصل العقد، كما سمعته من تعليل التحرير، ضروره اندفاعه بأن ذلك ليس بأولى من القول بمنع سقوطه، بل يبقى الأخذ حينئذ مراعى بالفسخ فيبطل، و عدمه فيثبت، كما هو خيرته فى غيره و ولده و الكركى و ثانى الشهيدين و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، و إن قال فى الدروس بعد أن حكاه عن الفاضل: «لا أعلم به قائلًا» إلا أن ذلك غير قادح بعد اقتضاء الدليل له، و هو استصحاب بقائه.

نعم قد يناقش بأن ذلك إنما يقتضى فسخ ملك العقد ذى الخيار (١).

١- ١ هكذا فى النسخه الأصلية، و العبارة غير واضحة، و المراد: «انما يقتضى فسخ الملك الحاصل من عقد ذى الخيار».

لا- الملك الحاصل بسبب آخر الذى مقتضى الاستصحاب و إطلاق الأدله لزومه، لأنه متعلق بالعقد دون العين، فالجمع بينهما بقاء خياره، و استحقاقه قيمه على المشتري، كما لو تلفت العين أو تصرف المشتري.

فيها تصرفا لازما، كما حققناه فى محله.

و لعل القائل بسقوطه كما عن ابن إدريس يريد هذا المعنى، و إلا فلا معنى لسقوطه بفعل غيره، و الخروج عن الملك لا ينافى بقاءه إلا أنى لم أجد هنا من احتمله.

و لعل وجه ما ذكره من المراعاة أن الشفيع بشفعته صار بمنزله المشتري، ففى الحقيقه ملكه بالعقد الأول الذى فيه الخيار، بل فى بعض

النصوص (١) «ليس للشفيع إلا الشراء و البيع الأول»

هذا كله فى خيار البائع خاصه أو مع المشتري و الأجنبى.

أما لو كان الخيار للمشتري خاصه فإنه يستحق الأخذ بالشفعه بنفس العقد بلا خلاف كما فى المسالك، بل عن الكفايه الإجماع

عليه، و التذكرة أنه مذهبا، و لعلتهتحقق الانتقال بذلك عند الشيخ و من عرفت، كما حكى عنه التصريح بذلك فى المقام.

لكن عن خيار خلافه أنه قال: «ينتقل عن البائع بنفس العقد، و لكن لا ينتقل إلى المشتري أيضا حتى ينقضى الخيار، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأول» و حينئذ يتجه قوله بعدم الشفعه هنا، لعدم انتقال الملك إلى المشتري ليؤخذ منه بالشفعه، إلا أنه لما حكم بثبوت الشفعه هنا لو كان الخيار للمشتري و رجع عن ذلك القول و لم يقل غيره بذلك القول لم يتحقق الخلاف فى المسألة زياده على التفصيل المذكور.

و أما خيار المشتري ففى المسالك «أن ظاهرهم سقوط خياره» و إن

كنا لم نتحققه، بل ظاهر كلامه فى الروضه خلافه، لانتفاء الفائده فى فسخه، بخلاف فسخ البائع، لأن غرضه على تقدير الفسخ حصول الثمن، و قد حصل من الشفيع.

و لكن فى الدروس «و يلزم على قول الفاضل - أى المزبور- أن تكون المطالبه مراعاة» و فى المسالك «و اللزوم غير واضح، للفرق بين الأمرين بما ذكرناه من حصول الفائده للبائع لا للمشتري، إلا أن يقال بأن المشتري يتعلق غرضه فى الخيار بغير الثمن، كما إذا أراد أن يدفع دركه عنه، و يمكن على هذا أن يراعى سقوط خياره باشتراط سقوط الدرک عنه، مع أنهم حكموا بأنه ليس للمشتري الرد بالعيب لو رضى الشفيع بالعيب، مع أن فيه الدرک، فليكن هنا كذلك».

قلت: هو حاصل ما فى الدروس، فإنه بعد أن ذكر لزوم المراعاة على قول الفاضل قال: «و يمكن القول بأن الأخذ يبطل خيار المشتري، كما لو أراد الرد بالعيب فأخذ الشفيع، و لأن الغرض الثمن و قد حصل من الشفيع، إلا أن يجاب بأن المشتري يريد دفع الدرک».

و لكن لا- يخفى عليك ما فى الجميع، ضروره عدم مدخلية حصول الفائده و عدمها فى ثبوت الحق مع فرض اقتضاء إطلاق الأدله و الاستصحاب بقاءه، و عدم الرد بالعيب مع فرض أخذ الشفيع و رضاه به أنه انتقل الملك عنه، و لا تسلط له على فسخه، فيتعين له الأرش، و لكن الأصل براءة الذمه منه هنا بعد أخذ الشفيع بالثمن الذى اشتراه، فلم يلحقه منه ضرر.

فالتحقيق بقاء ماله من الخيار الذى لا يبطل بأخذ الشفعه، كخيار الشرط و نحوه مثلا، فيفسخ حينئذ إن شاء، و يدفع قيمه أو المثل كما فى غير الفرض، إلا أنى لم أجد أحدا احتمل هذا هنا، و كذا ما ذكرناه سابقا و إن كان هو مقتضى قواعد الخيار، فلاحظ و تأمل.

نعم فى اللعنه و الروضه و يستحق الأخذ بالشفعه بنفس العقد و إن كان فىه خيار بناء على انتقال المبيع إلى ملك المشتري به، فلو أوقفناه على انقضاء الخيار كالشيخ توقف على انقضائه.

و على المشهور لا يمنع الأخذ من التخايير، لأصالة بقاء الخيار، فان اختار المشتري أو البائع الفسخ بطلت الشفعه و إلا استقر الأخذ، و جعل بعض الأصحاب الأخذ بعد انقضاء الخيار مع حكمه بملكه بالعقد، نظرا إلى عدم الفائدة به، إذ ليس له انتزاع العين قبل مضى مده الخيار، لعدم استقرار ملكه.

و الظاهر أن ذلك جائز لا لازم، بل يجوز قبله و إن منع من العين، و الفائدة تظهر فى النماء و غيره.

و احتمال المصنف فى الدروس بطلان خيار المشتري بالأخذ، لانتفاء فائدته، إذ الغرض الثمن، و قد حصل من الشفيع، كما لو أراد الرد بالعيب فأخذ الشفيع.

و يضعف بأن الفائدة ليست منحصره فى الثمن، فجاز أن يريد دفع الدرک عنه.

و لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه هنا و فى بحث الخيار ما فىه من محال النظر.

و كيف كان فمما ذكرنا يظهر لك ثبوت الشفعه للمشتري الأول الذى فرض وجود الخيار لبائعه لو لم يأخذ شفيعه بالشفعه بل باع شقصه من آخر، للاندراج فى إطلاق الأدله، فإن فسخ بائعه بعد الأخذ فمشفوعه له، و إن فسخ قبله فلا شفيعه للبائع قطعا، لتجدد ملكه حين الفسخ.

و أما المشتري فقد ذكرنا قوه سقوطها منه أيضا اقتصارا فى ثبوت الشفعه المخالفه للأصل على المتيقن الذى هو وجود الملك وقت الأخذ،

كوقت البيع، مع أنه احتمله غير واحد للأصل، و لكن الأقوى الأول كما عن الكركى التصريح به.

هذا و لا- يتوهم من ذكر العقد فى المتن و غيره اعتبار كون البيع بصيغته فى ثبوت الشفعه، إذ الظاهر ثبوتها بالمعاطاه بناء على إفادتها البيع و إن كان متزلزلا لإطلاق الأدله، و يأتى البحث فى الفسخ من البائع أو المشتري بعد الأخذ نحو ما سمعته فى الخيار، و الله العالم.

و ليس للشفيع تبعيض حقه إذا كان انتقاله إلى المشتري على الوجه الذى قدمناه فى الفرع الثانى، كما صرح به الشيخ و الفاضل و الشهيدان و الكركى و غيرهم، بل لا أجد فيه خلافا و إن ترك التعرض له جماعه، بل قد سمعت ما فى التذكرة فى الشفعه فى الدار بالشركه فى الطريق الواسع، لكنه ليس خلافا فى المسأله، للضرر بالتفريق الذى ينافى حكمه مشروعيه الشفعه، و لأنه المنساق من

قوله (عليه السلام) (١): «فشريكه أحق به من غيره بالثمن».

بل لا- يبعد كونها من قبيل حق القصاص الذى لا يقبل التجزئه، فلا يصح و إن رضى المشتري، خصوصا مع ملاحظه مخالفه الشفعه للأصل التى ينبغى الاقتصار فيها على المتيقن بعد الشك فى الإطلاقات و العمومات و لو للمفروغيه منه عند الأصحاب.

و حيثئذ ف- يأخذ الجميع و يدع بل لو قال: «أخذت نصف الشقص خاصه» بطلت شفيعته فى الجميع، لأن العفو عن البعض يبطلها حيثئذ، بل صرح الفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين ببطلانها لو قال:

«أخذت نصف الشقص» و إن لم يقل: «خاصه» للتبعيض و فوات الفوريه، كما عن محمد بن الحسن الشيبانى.

خلافًا للمحكى عن أبي يوسف من الصحة في الجميع، لاستلزام أخذ البعض أخذ الجميع، لعدم صحه أخذه وحده، وفيه منع واضح.

نعم قد يقال بالصحة مع فرض عدم فوات الفوريه و لو بقول وكيله مقارنا لقوله: «و أخذت النصف الآخر له» و قد أشار إلى ما ذكرنا في الدروس، قال: «لو قال: أخذت نصف الشقص خاصه بطلت، لأن العفو عن البعض يبطلها، و يحتمل أن يكون ذلك أخذًا للجميع، و لو اقتصر على قوله: أخذت نصفه فوجهان و أولى بالبقاء، لأن أخذ البعض لا ينافى أخذ الكل إلا أن يؤدي إلى التراخي» و إن كان لا يخفى عليك ما في احتمالاه في الصورة الأولى المفروض فيها التصريح بالبعض خاصه، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف بين الخاصه و العامه نصا(١) و فتوى في أن الشفيع يأخذ ب مثل الثمن الذي وقع عليه العقد لا أزيد من ذلك و إن كان قيمه الشقص أكثر أو أقل.

و لا- يلزمه ما يغرّم المشتري من دلاله أو وكاله أو غير ذلك من المؤن التي هي ليست من الثمن و إن كانت من توابعه، نعم هو ظاهر فيما لو كان مثليا، أما القيمي فستسمع الكلام فيه مفصلا إنشاء الله تعالى.

و حينئذ ف- لو زاد المشتري في الثمن بعد العقد و انقضاء الخيار لم تلحق الشفيع الزيادة لعدم كونها من الثمن بل كانت هبه من المشتري للبائع فلا يجب على الشفيع دفعها للأصل و ظهور النص(٢) و الفتوى في أنه ليس عليه إلا الثمن.

نعم لو كانت الزيادة في زمن الخيار قال الشيخ: تلحق بالعقد

١- ١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب الشفعة - الحديث ١ و سنن البيهقي ج ٦ ص ١٠٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب الشفعة - الحديث ١ و سنن البيهقي ج ٦ ص ١٠٤.

لأنها بمنزلة ما يفعل في العقد و الشفيع يأخذ بالثمن الذى يستقر عليه العقد.

و كذا الكلام فى النقيصه، قيل: و هو مبنى على مذهبه السابق من عدم الانتقال إلا بانقضاء الخيار.

و نوقش بأنه لو كان كذلك لخص الحكم بما إذا كان الخيار للبائع لاعترافه هنا

بالانتقال إذا كان للمشتري خاصه و إن صرح بالتعميم فى البيع، و تعليقه الحكم هنا بالاستقرار لا يدل على البناء على مذهبه، بل لعله ظاهر فى خلافه، و احتمال بناء ذلك على مذهبه فى البيع يزيد فى الاضطراب، لتصريحه هنا بالانتقال، مع أنه لا داعى له.

بل لعل قول المصنف و هو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد ظاهر فى عدم البناء على ذلك، و إلا لكان مردودا لا مشكلا إذ أشكاله لا يكون إلا على معنى أنه لا يتم إطلاقه الإلحاق على تفصيله فإنه مع الانتقال للمشتري لا ينبغي أن تلحق الزيادة و لا النقيصه، كما أنه لا يتم على القول بالانتقال فى الحالتين.

و لعل الأولى أن يقال: إن الثمن عرفا ما وقع مدخولا للباء فى العقد، سواء قلنا بالانتقال و عدمه. خلافا للشيخ، فجعله أعم من ذلك و من المبذول فى زمن الخيار مطلقا، بدعوى كون الثمن لما يدفع قبل استقرار العقد و إن كانت ممنوعه عليه، و الأمر سهل بعد وضوح الحال.

و كذا لو حط البائع من الثمن بعد العقد لم يلحق ب الثمن فى العقد مطلقا أيضا كالزياده، لما عرفته من أن مدخول الباء، و الله العالم.

و لا يلزم المشتري دفع الشقص ما لم يبذل الشفيع الثمن الذى وقع عليه العقد أولا، كما صرح به فى القواعد و اللمعه و الروضه

و محكى المبسوط، بل هو صريح المصنف فيما يأتى.

إلا- أنه أشكل بمنافاته لمقتضى المعاوضه، و هو التقابض، و دفع بأنها معاوضه قهريه، فجبوهن قهر المشتري بتسليم الثمن، بخلاف البيع فان مبناه على الاختيار فلم يكن أحد المتبايعين، أولى بالبده من الآخر، إلا أنها كما ترى مجرد اعتبار لا يناسب مذاق الإماميه.

و من هنا قال فى المسالك: «لوقيل بالتقابض كان وجهها» تبعاً لما فى جامع المقاصد من أنها معاوضه يجب فيها التسليم و التسلم دفعه واحده، و الأصل عدم وجوب التقدم فى التسليم على أحد بخصوصه، نعم إن تم اشتراط تسليم الثمن فى حصول الملك بالأخذ ثبت وجوب هذا.

قلت: يمكن أن يكون مدركه

قوله (عليه السلام)(١): «فهو أحق بها من غيره بالثمن»

بناء على أن المراد من كونه أحق من غيره مع دفع الثمن.

بل قد يقال: إن منه يستفاد مدخلية دفع الثمن فى حصول الملك أو فى استحقاق الأخذ بالشفعه، فلا وجه لوجوب التقابض هنا بعد توقف ملك الشفيع أو استحقاقه الأخذ بالشفعه على دفع الثمن، كما سمعت الاعتراف به من الكركى.

و من الغريب ما سمعته من المسالك مع ميله إلى عدم تماميه ملك الشفيع بدون الدفع المزبور، قال متصلاً بما سمعته منه: «و اعلم أن الملك للشفيع يحصل بالأخذ قبل دفع الثمن، كما أن الملك يحصل فى البيع بالعقد، و وجوب التسليم حكم آخر بعد، و هل الحكم هنا كذلك بمعنى عدم توقف الملك على التقابض أم لا يتم ملك الشفيع هنا بدون تسليم الثمن؟ ليس فى عبارته المصنف ما يدل على زياده على الأول، و ذهب

١- ١ الوسائل - الباب - ٢- من كتاب الشفعه - الحديث ١ و الباب - ٧- منه - الحديث ٢.

بعضهم إلى الثاني، و ليس بذلك البعيد، ثم على تقديره هل يكون دفع الثمن جزء من السبب المملك أم كاشفا عن حصول الملك بالأخذ القولى؟

وجهان أجودهما الثاني، و تظهر الفائده فى النماء المتخلل» بعد الإغضاء عما فى أول كلامه و أثنائه من التنافى ظاهرا.

و فى مجمع البرهان «لا بد- أى فى الملك- من الأخذ، و هو إما بالفعل أو القول، كما تقدم عند علمائنا، ذكره فى التذكرة» و الذى ذكره سابقا أنه «يأخذ إما بالفعل بأن يأخذ الحصة بدفع الثمن إلى المشتري أو يرضى بالصبر فيملكه، و إما باللفظ، كقوله: أخذت و تملك و نحو ذلك» إلى آخره.

و فى محكى الغنيه و السرائر ما لفظه «و اشترطنا عدم عجزه عن الثمن لأنه إنما يملك الآخذ إذا دفع إلى المشتري ما بذله للبائع، فإذا تعذر عليه ذلك سقط حقه من الشفعه» بل قيل: إن ظاهر الأول أو صريحه أنه لا خلاف فيه.

و الأصل فى المسأله ما فى قواعد الفاضل، فإنه بعد أن ذكر ملك الشفيع الآخذ بالعقد قال: «و هو قد يكون فعلا بأن يأخذه الشفيع و يدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ، و لفظا كقوله:

أخذته أو تملكته و ما أشبه ذلك من الألفاظ الداله على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضا بالصبر، و ظاهره انحصار المملك فى ذلك، فلا يكفى حينئذ الأخذ القولى من دون دفع الثمن.

و لكن قال فى التحرير: «يملك الشفيع الشقص بأخذه و بكل لفظ يدل على أخذه» و لم يتعرض لدفع الثمن فيهما.

و قال فى الدروس: «لا يملك الشفيع بالمطالبه و لا بدفع الثمن مجردا عن قول حتى يقول: أخذت الشقص أو تملك بالثمن و شبهه

إلى أن قال: و لو رضى المشتري بتأخير الثمن ملك بالأخذ، و له التصرف أيضا».

و فى جامع المقاصد «أن اشتراط دفع الثمن فى حصول الملك لا دليل عليه، و الأصل عدمه، و الشفعه فى معنى المعاوضه، إذ هى من توابع العين، و دفع أحد العوضين غير شرط فى تملك الآخر، و لأنه لو كان الدفع شرطا لوجب أن يكون فوريا كالأخذ، فتبطل الشفعه بدونه مع التمكن، و إمهال الشفيع ثلاثه أيام قد يدل على خلاف ذلك، و ليس فى النصوص ما يدل على الاشتراط المذكور، و الذى فى

روايه ابن مهزيار(١)«إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثه أيام إن أتاه بالمال و إلا فليبع و بطلت شفيعته فى الأرض»

و ليس كلام الأصحاب صريحا فى اشتراط ذلك» ثم حكى عن التذكرة ما هو ظاهر أو صريح فى عدم اعتبار دفع الثمن فى الملك بالأخذ القولى.

قلت: بل عن المبسوط فى آخر الباب التصريح أيضا بأنه لا- يشترط مع الأخذ باللفظ دفع الثمن فى حصول الملك، لكن الإنصاف أن كلامهم غير منقح فى المقام.

و الذى يقع فى الذهن راجيا من الله تعالى أن يكون هو الصواب هو أن الشفعه من الحقوق كالخيار و نحوه، لا- المعاوضات المحتاجه للتقابض، كما عساه يشهد له ما تسمعه من الأصحاب فيما يأتى من أنه لا يكلف المشتري قبض الشقص من البائع إن لم يكن قد قبضه و تسليمه للشفيع، بل و يشعر به أيضا

قوله (عليه السلام)(٢): «فهو أحق به من غيره».

و حينئذ فالمتجه حصوله و إسقاطه بالفعل و القول على نحو الخيار،

١- ١ الوسائل - الباب - ١٠- من كتاب الشفعه - الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب الشفعه - الحديث ٢.

فلا إشكال في تحقق الأخذ بالشفعة مع التخليه من المشتري و القبض من الشفيع

مع دفع الثمن منه أو الرضا بالصبر عليه.

فما عساه يتوهم من عباره الدروس السابقه من اعتبار القول في غير محله، ضروره صدق الأخذ بالشفعه التي هي عباره عن استحقاق انتزاع حصه الشريك.

كما أنه لا إشكال في تحققة أيضا باللفظ مع الدفع المزبور أو الرضا بالصبر، نعم يشترط لأصل الأخذ بهذا الاستحقاق إحضار الثمن، فان ادعى غيبته أجل الأجل المزبور، و بدونه لا أثر للأخذ بالاستحقاق المزبور لا قولاً و لا فعلاً، و هو معنى ما سمعته من الغنيه و السرائر.

بل يمكن حمل عباره المتن و ما شابهها على ذلك، بل و روايه على ابن مهزيار(١) أيضا، و حاصله أن الشفعه التي هي عباره عن الاستحقاق المزبور يعتبر في الأخذ به ذلك؛ فلا أثر للأخذ به بدونه إلا مع الرضا بالصبر، أو ادعى غيبه الثمن، فيؤجل ثلاثه أيام كما عرفته سابقا، و لا ينافى ذلك حصول الملك بعده، بل و لا الفوريه التي يعد مثل ذلك عذرا فيها.

بل قد يدعى أن ذلك من تمام ثبوت الاستحقاق، على معنى أن الأحقيه المزبوره لا تتحقق إلا مع دفع الثمن على الوجه المزبور، نحو اشتراط الخيار برد الثمن.

بل يمكن إرادته هذا المعنى من

قوله (عليه السلام)(٢): «فهو أحق به من غيره بالثمن»

على معنى أنه مع دفعه للثمن هو أحق من غيره، و حينئذ فيقيد الإطلاق إن كان بما ذكرنا، مثل

قوله (عليه السلام)(٣):

- ١-١ الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.
- ٢-٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.
- ٣-٣ الوسائل - الباب - ٦ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

«وصى اليتيم بمنزله أبيه يأخذ له بالشفعه»

الذى هو غير منساق لبيان ذلك.

و كذا إطلاق ما دل على ثبوت الشفعه ببيع الشريك و إن أيد بدعوى أن الأصل تسلط الناس على حقوقهم كأموالهم، فله الأخذ بحقه، و الأصل عدم الاشتراط.

إذ قد عرفت أن المجتمع من النص و الفتوى ثبوت الشفعه مع الحال المزبور دون غيره، كما عرفت سابقا أن الأصل عدمها بعد الشك فى تناول الإطلاق، فضلا عن الظن بتوقف الأحقيه على دفع الثمن أو عدم ترتب الأثر على الأخذ به بدونه و لو

من فتاوى الأصحاب و استبعاد تملك الشفيع الشقص بقول: «شفعت» و هو غائب لا يتمكن من دفع الثمن و لو بالتوكيل، بل يمكن القطع بعدمه، كما أنه يمكن القطع بعدم وجوب القول المزبور على الغائب غير المتمكن و المحبوس كذلك، و لو كان ذلك أخذا للشفعه لوجب المبادره إليه، إلى غير ذلك مما يظهر بالتأمل، و الله العالم.

و لو اشترى شقصا و عرضا فى صفقه أخذ الشقص خاصه بالشفعه بحصته من الثمن بلا خلاف و لا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، كما تقدم الكلام فى ذلك مفصلا.

و ذكرنا هناك أيضا أنه لا يثبت بذلك للمشتري خيار لإقدامه، و لأن استحقاق الشفعه تجدد فى ملك المشتري فلم يحصل شرط خيار تبويض الصفقه الذى هو كون التبويض فى العقد نفسه.

و من هنا لا فرق فى ذلك بين الجاهل و العالم، كما هو مقتضى إطلاق المصنف و غيره، لكن فى مجمع البرهان «يمكن ذلك إذا ادعى كونه جاهلا و قبل منه، فيثبت له الخيار و إليه أشار المحشى» و لا يخفى عليك ما فيه، و الله العالم.

و كيف كان فلا- خلاف و لا- إشكال فى أنه يدفع الشفيع مثل الثمن إن كان مثليا كالذهب و الفضة و غيرهما، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر، مضافا إلى أنه المتيقن من المروى فى نصوص الفريقين (١) من أنه يأخذ بالثمن بعد القطع بعدم إرادته نفس الثمن الذى ملكه البائع و لا تسلط للشفيع عليه.

إنما الكلام إن لم يكن له أى الثمن المدفوع للبائع مثل كالحیوان و الثوب و الجواهر و غيرها من القيميات ف- قيل و القائل الشيخ فى الخلاف و ابن حمزه و الفاضل فى المختلف و الكركى و الخراسانى فى الكفاية على ما حكى عن بعض تسقط الشفيعه لتعذر المثليه المعتمره فى الشفيعه و لروايه على بن رثاب (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) الآتیه.

بل قيل: إنه ظاهر الإيضاح؛ و مال إليه فى التحرير و مجمع البرهان و هو المحكى عن الطبرسى، و أنه يشعر به كلام النهايه و المهذب، بل فى الدروس أنه و القول الآتى مشهوران، بل فى الخلاف عليه إجماع الفرقه و أخبارهم.

و قيل و القائل الشيخان فى المقنعه و المبسوط و أبو الصلاح و ابنا زهره و

إدریس و الآبى و الفاضل فى التذکره و الإرشاد و التبصره و الشهيدان و المقداد و أبو العباس: لا تسقط الشفيعه، بل يأخذها بقيمه العرض (١١) بل فى المسالك و غيرها أنه مذهب الأكثر، و فى الرياض تاره نسبه إلى الشهره العظيمه و اخرى أنه أشهر، بل لعل عليه عامه من تأخر إلا من ندر ممن تأخر عن تأخر و إن كان فيه ما فيه.

١- ١ الوسائل - الباب - ٢- من كتاب الشفيعه - الحديث ١ و سنن البيهقى ج ٦ ص ١٠٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١١- من كتاب الشفيعه - الحديث ١.

نعم هي وقت العقد أو وقت الأخذ أو أعلى القيم من وقت العقد إلى وقت الأخذ؟ المعروف فيما بينهم الأول، بل لم نعرف القائل بالثاني و إن حكى.

أما الثالث فهو المحكى عن الفخر، و الموجود فى الإيضاح إلى وقت الدفع، محتجا عليه بأنه أخذ قهرى كالغصب. و فيه ما لا يخفى فى المقيس و المقيس عليه. و من هنا قال فى غايه المراد: «إنه لا وجه له» بل جعل الثانى كذلك أيضا، و هو فى محله و إن رماهما غيره بالضعف.

و قيل كما عن أبى على: لا شفعه إلا أن يأتى الشفيع بعين الثمن و فى الدروس أن فى روايه هارون الغنوى(١) إماما به، لكن فى الإيضاح أن الإجماع على خلافه.

و على كل حال ف- هو أى القول الثانى أشبه عند المصنف بإطلاق نصوص الباب وفاقا لمن عرفت.

و لكن الإنصاف أن الأول أقوى، و لو للشك من تعارض الأدله، و قد عرفت أن الأصل عدم الشفعه، إذ حجه الأول- مضافا إلى الإجماع المزبور و الأخبار التى أرسلها الذى لا يقدر فى حجته فتواه فى المبسوط المتأخر عنه بخلافه المحتمل كونه عن غفله أو غيرها- خبر على بن رثاب(٢) الذى قيل إنه رواه فى الفقيه و فى قرب الاسناد فى الصحيح و فى التهذيب فى

الموثق عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى رجل اشترى دارا برقيق و متاع و بر و جوهر، قال: ليس لأحد فيها شفعه»

و خبر هارون و غيره مما هو مروى عند الطرفين(٣) من أن «الشريك أحق من غيره بالثمن»

١- ١ الوسائل- الباب- ٩- من كتاب الشفعه- الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١١- من كتاب الشفعه- الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب الشفعه- الحديث ١ و سنن البيهقى- ج ٦ ص ١٠٤.

الذى لا يصدق عرفا على قيمه.

بل فى

مرسل ابن محبوب^(١) «كتبت إلى الفقيه (عليه السلام) فى رجل اشترى من رجل نصف دار مشاعا غير مقسوم، و كان شريكه الذى له النصف الآخر غائبا، فلما قبضها و تحول عنها انهدمت الدار و جاء سيل خارق فهدمها و ذهب بها، فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعه من هذا، فأعطاه الشفعه على أن يعطيه ماله كملا الذى نقد فى ثمنها، فقال: ضع عنى قيمه البناء، فان البناء قد تهدم و ذهب به السيل، ما الذى يجب فى ذلك؟ فوقع (عليه السلام): ليس له إلا الشراء و البيع الأول إنشاء الله تعالى».

و من المعلوم عدم صدق ذلك على القيمى، بل قد سمعت أن أبا على اعتبر فى الشفعه عين الثمن التى دفعها جمودا على حقيقه اللفظ، و إن كان يمكن دعوى القطع بخلافه و أن المراد المثل.

و ما فى المسالك - من أنه «بعد تعذر العلم بعدم إرادته الحقيقه فالواجب أقرب المجازات إليها بحسبها، فان كان مثليا فالأقرب إليه مثله، و إن كان قيميا فالأقرب إليه قيمته، و هذا واضح، أما اختصاصه بالمثل فلا، إذ لو كان الثمن قيميا فلا بد من اعتبار مجازه حيث لا تراد الحقيقه، و إلا لزم اختصاص الحكم بالحقيقه، فيرد مثله فى المثلى، لأن

المثل ليس بحقيقه» - يدفعه تعارف التجوز برد الثمن لو رد المثل فى المثلى، و أنه البيع و الشراء الأول كما سمعته فى المكاتبه^(٢) بخلاف القيمى، فتختص الروايه حينئذ الوارده فى بيان محل الشفعه على وجه يراد منها القيدية فى جميع ما ذكر فيها، كالتعارف فى التعاريف بالمثلى دون القيمى

١- ١ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

الذى لم يدخل فيها حتى يحتاج إلى اعتبار مجازه.

و منه يعلم ما فى حملها على الغالب من كون قيمه الدار و نحوها المثلى و كذا ما فيها أيضا من المناقشه فى الأولى بضعف السند، لأن فى طريقه الحسن بن سماعه و هو واقفى.

قال: «و العجب من دعوى العلامه فى التحرير صحته مع ذلك، و دلالتة على موضع النزاع ممنوعه، فان نفى الشفعه أعم من كونه بسبب كون الثمن قيميا أو غيره، إذ لم يذكر أن فى الدار شريكا فجاز نفى الشفعه لذلك عن الجار و غيره، أو لكونها غير قابله للقسمه، أو لغير ذلك. و بالجملة فإن المانع من الشفعه غير مذکور، و أسباب المنع كثيره فلا وجه

لحمله على المتنازع أصلا. و العجب مع ذلك دعوى أنه نص فى الباب مع أنها ليست من الظاهر فضلا عن النص.

إذ لا- يخفى عليك (أولا-) أنها مرويه فى الفقيه و غيره فى الصحيح و (ثانيا) أنها على ما ذكر من قسم الموثق الذى فرغنا من حجيته فى الأصول. و (ثالثا) أنها معتضده و منجزه بما سمعت من الإجماع المحكى و الروايات المرسله و الشهره المحكيه فى الدروس.

كما أنه لا يخفى عليك انسياق كون الشفعه فى الدار المزبور لمكان الثمن المذكور، و إلا فلا فائده فى تعداده فى السؤال، و عدم ذكر الشريك لمعلوماته كون الشفعه عند الإماميه له لا لغيره، و احتمال نفيها لاحتمال عدم القسمه و غيره خلاف ما يشعر به تعداد الثمن فى السؤال، بل كان ينبغى التعبير بغير هذه العبارة، على أن ترك الاستفصال فيها كاف.

بل قد يدعى الظهور أو الصراحه فى ذلك بملاحظه إرادته الرد بها على ما هو المعروف من فتوى أبى حنيفه و الشافعى و مالك بثبوت الشفعه فى نحو ذلك.

(و دعوى) معارضه ذلك بأنها ذكر فيها أن المبيع الدار، و المتبادر منها المجموع، و هو مما لا يتأتى فيه بعد الشراء شركة توجب الشفعه، و لا تثبت إلا من حيث الجوار، فنفى الشفعه فى الروايه يحتمل أن يكون مستندا إلى هذا، و لو أريد من الدار بعضها تعين ما استظهر من السياق إلا أن إطلاقها على البعض مجاز لا يصار إليه إلا بالقرينه، و هى فى الروايه مفقوده. (يدفعها) ظهورها على كل حال فى أن المسقط للشفعه كون الثمن المذكور منها.

و حينئذ تكون داله على المطلوب الذى هو نفي الشفعه فيها لو حصل سببها بالشركه فى الطريق أو البئر أو البعض أو الجوار أو غير ذلك، لأن المراد و لو بقرينه الجواب أن السائل لما سأل عن الشفعه فى الدار المشتره بالثمن المزبور أجاب الإمام (عليه السلام) لا شفعه لأحد فيها على كل حال، من حيث إن ثمنها ما ذكره السائل.

و من هنا قال فى جامع المقاصد: إنها نص فى الباب، و لعل التأمل الجيد يشهد له.

و من الغريب ما فى بعض الكتب من المناقشه فى الخبر المزبور بأن الآبى فى كشف الرموز رواه «رجل اشترى دراهم برقيق و متاع» إذ هو و إن كان كذلك كما هو عندنا فى نسخه قديمه لكنه من الغلط الذى لا يصلح معارضا لما فى الجوامع العظام و كتب الفروع.

و من الغريب ما فى الكتاب المزبور أيضا فى شرح ما فى النافع «و قيل تسقط الشفعه استنادا إلى روايه فيها احتمال» قال ما نصه: «لأنها مقصوره على من اشترى دراهم برقيق و متاع و بز و جوهر، فالتعدى إلى غير ذلك من المحتمل، و يحتمل أن تكون الشركه فى الدراهم» إذ هو كما ترى لا ينبغى أن يصدر من أصاغر الطلبة.

و على كل حال فلا أقل من انقذاح الشك مما ذكرنا فى دعوى تناول إطلاق الأدله للفرض، مؤيدا بقيام القيمه مقام العين غالبا، و بحصول العله أو الحكمه التى هى الضرر، و بكونه فتوى من لا يعمل إلا بالقطعيات و فتوى المقنعه التى هى متون أخبار، و بأن ذلك يؤدى إلى سهوله الأمر فى إسقاط الشفعه مع وهن إجماع الخلاف بمصيره إلى خلافه فى المبسوط، على أنها جميعها كما ترى، و الله العالم.

و إذا علم الشفيع ب تحقق الشفعه لتحقق الشراء المقتضى لها فله المطالبه و الأخذ بها فى الحال بلا خلاف و لا إشكال. إنما الكلام فى وجوب ذلك عليه على وجه إن لم يفعل لم تكن له شفعه كما سيأتى الكلام فيه.

و على كل حال ف لا خلاف و لا إشكال فى أنه إن أخر لعذر عن مباشره الطلب و عن التوكيل فيه لم تبطل شفيعته و إن قلنا بالفوريه، فإنه على القول بها لا يضر عدمها للعذر العرفى، كما يشعر به نصوص الغائب (١) و غيرها.

و كذا لو ترك لتوهمه كثره الثمن لأماره أو جفته كإخبار مخبر ثم ظهر كذبه فبان قليلا، أو لتوهمه كون الثمن ذهباً يصعب عليه قيمته فبان فضه أو حيواناً فبان قماشاً (١١) سهل القيمه بناء على ثبوت الشفعه مع كون الثمن قيمياً، أو توهم كون المبيع سهاماً قليله فبان كثيره أو بالعكس، أو أنه اشتراه لنفسه فبان لغيره أو بالعكس أو أنه اشتراه لشخص فبان أنه لآخر، أو أنه اشترى الكل بثمان فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو بالعكس، أو أنه اشترى الشقص وحده فبان

١- ١ الوسائل - الباب - ٦- من كتاب الشفعه - الحديث ٢ و الباب - ٩- منه - الحديث ١ و الباب - ١٠- منه - الحديث ١.

أنه اشتراه مع غيره أو بالعكس، إلى غير ذلك مما هو عذر عرفا عن الفور بها، لاختلاف الفرض باختلافه.

و في محكى المبسوط أنه عقد لها ضابطا فقال: «و جملته أن الشفيع متى بلغته الشفيعه و لم يأخذ لغرض صحيح ثم بان خلاف ذلك لم تسقط شفيعته».

و نحوه ضابط الكركى، قال: «كل أمر ظهر له وقوع البيع عليه و الغرض الصحيح قد يتعلق بغيره فتبين خلافه فالشفيعه بحالها، لا تبطل للعذر».

و نحوهما ما فى المسالك من أن التأخر لغرض صحيح أو عذر معتبر لا يخل بالفوريه.

و الأصل فى ذلك أن المسلم من دليل الفوريه- لو قلنا بها بملاحظه ما ذكره من الأعذار المزبوره و ما ورد من النص على الغائب (١) و دعوى غيبه الثمن- البطالان مع الإهمال و عدم الأخذ رغبه عنها من حيث هى، لا لأمر غير ذلك و قد تبين خلافه، نحو ما سمعته من الأعذار، لإطلاق ما دل على كونه أحق من غيره المقتصر فى تقييده على ما هو المتيقن من الإهمال المزبور، دون الأعذار المذكوره التى يتعلق بها غرض العقلاء، نعم لو أخبره بقله الثمن مثلا أو تأجيله فلم يشفع ثم بان كثرتة و حلوله فإنه من الإهمال المسقط على القول بالفوريه، لعدم ظهور كون الترك لعذر تبين خلافه. اللهم إلا أن

يفرض تعلق غرض بكون الثمن كثيرا أو حالا. و الله العالم.

و كذا يعذر لو كان محبوبا بحق و هو عاجز عنه بخلاف ما لو كان قادرا، لأن التأخير من قبله حينئذ، إذ يجب عليه

دفع الحق ليخلص من الحبس المانع من تعجيل المطالبه، أو يوكل من يأخذ له بها كما فى المسالك و غيرها.

و هو جيد مع علمه بها، أما إذا كان الحبس المزبور مانعا له من العلم بها فالظاهر كونه عذرا و إن أثم هو بتأخير الحق المحبوس عليه.

كما أنه معذور لو كان محبوسا بباطل و إن قدر على أدائه قليلا كان أو كثيرا و قد علم بها، إذ لا يجب عليه دفع ما ليس مستحقا عليه. نعم يشترط فى بقائها أن يكون قد عجز مع ذلك عن الوكاله و إلا بطلت شفيعته.

و المراد بالحق ما كان فى ظاهر الشرع كذلك و إن لم يعترف هو به بل ادعى المظلوميه، و إن احتمل لكنه واضح الضعف.

و كيف كان فبناء على أنها تجب المبادره إلى المطالبه عند العلم أى الأخذ بالشفعه عند العلم بتحقيق سببها الاشتغال^(١) بالأخذ و مقدماته لكن على ما جرت العاده به غير متجاوز عادته فى مشيه و إن قدر على الأزيد منه و انتظار الصبح لو علم ليلا.

و لو كان متشاغلا بعباده واجبه أو مندوبه صلاه أو غيرها لم يجب عليه قطعها و جاز الصبر حتى يتمها و إن كان القطع سائغا له.

و كذا لو دخل عليه وقت الصلاه صبر حتى يتطهر و يصلى متثدا أى متوانيا و متثبتا، و كذا بالنسبه إلى مقدماتها و متعلقاتها الواجبه و المندوبه التى يعتادها، و انتظار الجماعه، و تحرى الرفقه حيث يكون الطريق مخوفا ليصبحهم هو أو وكيله، و زوال الحر و البرد المفرطين،

١- ١ هكذا فى النسخه الأصلية: المبيضة و المسوده بقلمه الشريف، و لكن فى العبارة تشويش و الصحيح «يكفى الاشتغال» أو «يجب الاشتغال».

و لبس الخف و نحوه، و غلق الباب، و الخروج من الحمام بعد قضاء وطره لو سمع

بعد دخوله، و السلام على المشتري بعد وصوله و تحيته بالمعتاد، و نحو ذلك مما ذكره الشيخ و الفاضل و الشهيدان و غيرهم.

بل فى جامع المقاصد أن من ذلك تشييع المؤمن و الجنازه و قضاء حاجته و عياده المريض و ما جرى هذا المجرى مما لم تجر العاده بالإعراض عنه، و خصوصا إذا كان موجبا للطعن فيه.

و بالجملة فذلك و نحوه لا يسقط الشفعه حتى لو تمكن من التوكيل معه و تركه، لأنه زمان قصير، فان العذر الذى لا تسقط معه الشفعه قسما: أحدهما ما ينتظر زواله عن قريب، كالأشتغال بالصلاه و الطعام و قضاء الحاجه و نحوها، و هذا لا يجب عليه التوكيل معه و إن تمكن منه، لأن انتظار زواله غير مناف للفوريه المعتبره فيها عند القائل بها. و الثانى ما لا ينتظر زواله عن قريب، كالسفر و المرض و الحبس على الوجه السابق، و هذا تجب عليه المبادره أو التوكيل مع القدره.

و حينئذ ف- لو علم بالشفعه مسافرا مثلا فان كان قدر على السعى أو التوكيل فأهمل بطلت شفعه، و لو عجز عنهما لم تسقط و إن لم يشهد بالمطالبه و إن تمكن منه كما تقدم الكلام فى ذلك و غيره مفصلا فى أول المقصد الثانى (١).

لكن فى المسالك هنا «هذا كله إذا كان غائبا، أما مع حضور المشتري فلا يعد شىء من هذه عذرا، لأن قوله: «أخذت بالشفعه» لا ينافى شيئا من ذلك».

قلت: إن كلامهم فى المقام و فى ثبوت الشفعه للغائب صريح أو كالصريح فى عدم وجوب المبادره إلى القول المزبور، و إن كان متمكنا

بل ليس شىء مما ذكره عذرا عن الفوريه من الحبس و غيره صالحا لأن يكون عذرا عن القول المزبور الذى لا ينافيه حبس و لا غيره.

و منه يعلم أن الأخذ بالشفعه ليس عبارته عن القول المزبور، بل هو مع دفع الثمن، أو أنه لا يثبت حق الشفعه إلا بعد دفعه كما ذكرناه سابقا. و حينئذ فلا يترتب على القول المزبور بدونه أثر من تملك العين أو غيره، و ذلك كله شاهد على خلاف ما سمعته سابقا من الكركى و بعض أتباعه.

بل ذكرهم كيفيه فور الشفيع بالنسبه إلى حضوره عند المشتري كالصريح أيضا فى ذلك، ضروره أنه إذا كان أخذ الشفعه الذى هو فورى هو قول: «أخذت» لا يحتاج معه إلى ذكر كيفيه الفور فى مشيه إلى المشتري، بل لا يحتاج إلى أصل حضوره معه، كما هو واضح بأدنى تأمل.

و كيف كان فظاهر الأصحاب أيضا- بل عن الفاضل فى التذكرة و الكركى فى جامعه التصريح به- قبول دعواه فى وجود الأعذار المزبوره، من غير فرق بين ما لا يعرف إلا من قبله و غيره. و لعله لما أشرنا إليه سابقا من اقتضاء إطلاق الأدله ثبوت حقه مطلقا، و لكن خرج منه صورته الإهمال مع عدم عذر أصلا فما لم تتحقق فهو على حقه، و منه يعلم حكم حال الشك.

و ليس القائل بالفوريه يقول إن الشفعه الثابته هى التى على وجه الفور على وجه تكون الفوريه قيدها و أن الأعذار المزبوره كالمستثنى منها، ضروره عدم دليل له لا على المستثنى و لا على المستثنى منه، بل ذكره للأعذار المزبوره غير مشير إلى دليل مخصوص فى شىء منها كالصريح فيما قلناه.

بل ذكر غير واحد من الأصحاب عدم وجوب الاشهاد على العذر بل فى المسالك «لا يجب ذلك عندنا» مشعرا بالإجماع عليه يشهد لذلك أيضا، ضروره كون مبناه أنه مصدق فى حصول العذر، فلا يحتاج إلى الاشهاد.

وفى القواعد «فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب، فان منعه مرض أو حبس فى باطل فليوكل إن لم يكن فيه مئونه و منه ثقيله، فان لم يجد فليشهد، فان ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان».

و علة فى جامع المقاصد بأن الحق قد ثبت، و الأصل بقاؤه، و لأن فائده الإشهاد ثبوت العذر، و هو يثبت بإقرار المشتري أو يمين الشفيع على نفى التقصير، لأن الأصل معه، فلا أثر لتركه، و لعموم دلائل الشفيع المتناوله لمحل النزاع.

لكنه قد حكى فيه قولاً آخر بالسقوط معللاً له بأن الإشهاد قائم مقام الطلب، فتركه بمنزله تركه، ثم قال: «و فى المقدمتين منع».

و كأنه أشار بذلك إلى ما ذكره الفخر فى محكى الإيضاح من أن الأصح البطلان إذا لم يشهد، لأن الإشهاد قائم مقام الطلب، فتركه كتركه و أن الترك أعم من أن يكون لعذر أو لا، و لا يعلم الأول إلا بالإشهاد، و الشفيع على خلاف الأصل.

إلا أن ذلك كله لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا.

بل من التأمل فيه يعلم أنه لا تجتمع كلماتهم إلا على مدخلية إحضار الثمن فى استحقاق الأخذ بالشفيعه أو فى التملك بالقول أو الفعل اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن.

و دعوى الاكتفاء بإطلاق ما دل على ثبوت الشفيعه يدفعها ما عرفته

سابقا من أنه لا إطلاق يوثق به بعد

قوله (عليه السلام) فى بعضها:

«بالثمن»(١)

المحتمل لما سمعت، و بعد ظهور أكثر الكلمات المذكوره فى بيان الأعذار و فى كيفية المبادره فى خلاف ذلك، و فى عدم الاكتفاء بالأخذ القولى.

بل فى جامع المقاصد أن القوم مطبقون على وجوب السعى إلى المشتري، و القائلون بالفور جعلوه على الفور.

لكنه حكى عن التذكرة أنه قال فيها: «لو لم يتمكن من المضى إلى أحدهما أى المشتري أو القاضى و لا من الأشهاد فهل يؤمر أن يقول:

تملكت الشقص أو أخذته؟ الأقرب ذلك، لأن الواجب الطلب عند القاضى أو المشتري، فإذا فات القيد لم يسقط الآخر، و للشافعية وجهان».

قلت: لا يخفى عليك ما فيه من عدم الدليل على وجوب القول المزبور، بل الظاهر أنه لا أثر له كما عرفت.

و فى المحكى من بعض عباراتها أيضا لا يشترط فى تملك الشفيع الشفيعه بالشقص حكم الحاكم و لا حضور الثمن أيضا و لا حضور المشتري و لا رضاه عند علمائنا، ثم أخذ فى الاحتجاج على ذلك، و قال: «إن الأخذ بالشفيعه كالرد بالعيب لا يحتاج إلى حضور المشتري و رضاه» و قال أيضا:

«لو لم يمض إلى المشتري و مضى إلى الحاكم لم يكن مقصرا فى الطلب» و قال فيها أيضا: «إن ذلك - أى حضور الشريك أو الحاكم أو العدلين - غير شرط عند أصحابنا» إلى غير ذلك مما ذكر فيها مما هو غير منقح، و فيه احتمالات متعددة.

و كذا ما عن المبسوط، فإنه قال فى مقام: «إذا ثبت أن له المطالبه فهى على ما جرت العاده به، فمتى بلغه وجوب الشفيعه صار إلى المطالبه

على حسب العرف و العاده، فان لم يكن مشغولا بشىء قام من وقته، و إن كان مشغولا بشىء كالصلاه و الطهاره و الأكل فحتى يفرغ، و إن كان وقت الصلاه قد دخل فحتى يؤذن و يقيم و يصلى، و يتطهر إن كان على غير طهر، و إن كان البلاغ ليلا فحتى يصبح، و لا يلزمه أن يجد بسيره بل يمشى على سجيته مشيه، و لا يستعجل فيه و إن كان قادرا على العجله، و إن كان راكبا فلا يركض و لا يعدو بل يسير على سجيته مشيه، لأنه هو العرف و العاده».

و قال فى مقام آخر: «إذا وجبت له الشفعه فسار إلى المطالبه على العاده قال قوم: إن أتى المشتري فطالبه فهو على شفعتة، و إن تركه و مضى إلى الحاكم فطالبه بها عنده فهو على شفعتة عند قوم، و قال قوم:

تبطل شفعتة، فان ترك الحاكم و المشتري معا و مضى فأشهد على نفسه أنه على المطالبه بطلت شفعتة. و قال أبو حنيفه: لا تبطل، و يكون على المطالبه بها أبدا، و قال من خالفه: إنه غلط، لأنه ترك المطالبه بها مع القدره عليها، و قول أبى حنيفه أقوى، لأنه لا دليل على بطلانها».

و الغرض من نقل هذه العبارات بيان أن المبسوط و التذكرة لا وثوق بما يصدر من بعض العبارات فيهما، لأنهما مساقان للبحث مع العامه، وربما وقع فيهما ما يظن أنه على مذهبنا، و هو بحث منهما مع العامه على أصولهم. و إلا فتحقيق الحال أنه لا أثر فى نصوصنا و لا فى أصولنا لاعتبار حكم الحاكم أو حضوره فى الأخذ بالشفعه، و لا للإشهاد لا بالنسبه إلى الصحه و لا بالنسبه إلى إثبات ذلك أو إثبات العذر المانع له.

نعم قد سمعت الكلام فى

قوله (عليه السلام) (١): «فهو أحق

بها من غيره بالثمن»

و أما خبر ابن مهزيار(١)فليس فيه إلا إنظار ثلاثه أيام لمن كان فى المصر بالنسبه إلى إحضار الثمن، و أنه إذا ادعى غيبته فى بلد آخر ينتظر مع ذلك مقدار ذهابه و إيايه.

نعم بناء على ما ذكرناه من اعتبار إحضار الثمن فى أصل استحقاق الأخذ بالشفعه أو فى التملك لو فرض غيبه المشتري أو حصول مانع له من مواجهه

معه و لا وكيل له فهل يقوم الحاكم مقامه فان تعذر فالإشهاد أو لا يعتبر شىء من ذلك كما هو مقتضى الأصول و القواعد و إطلاق نصوص الباب فتبقى حينئذ الشفعه لصاحبها بحاله مع عدم الإهمال منه؟

قد يحتمل الأول هنا، بل و كذا فيمن له الخيار و أراد الفسخ و إن كان الأقوى ما عرفته.

و لعل إهمال الأصحاب ذكر الأعذار الحاصله للشفيع بسبب المشتري اتكالا على ظهور الأمر و أنها أولى من الأعذار المتعلقة بالشفيع فتأمل جيدا، فإن المسأله لا يخلو من تشويش. و منه وقع الكركى فيما سمعت، و الله العالم و الهادى.

و لقد ظهر لك مما ذكرناه من الأصل المزبور أنه لو جهل استحقاق الشفعه فهو على شفيعته، كما صرح به غير واحد للإطلاق، نعم قيده بعضهم بما إذا كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ فى بربه لا يعرفون الأحكام، مع أن الأصح خلافه، ضروره عدم كون ذلك من الضروريات التى لا يعذر فيها إلا من كان كذلك. و كذا الحال فيما لو علم ثبوتها و جهل فوريتها.

و لكن فى جامع المقاصد «أن الظاهر السقوط» و فيه أنه لا فرق

بينه وبين الأول الذى اعترف فيه بعدم السقوط، كما هو الموافق لما ذكرناه من الأصل.

بل وكذا الحال فى النسيان وإن تردد فيه فى محكى التحرير، بل قال بعض الناس: إن السقوط به، لأنه معذور.

لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه الذى مرجعه الاقتصار فى سقوطها على إهمالها بعد التمكن منها من سائر الوجوه، وإن أطلق بعضهم على ذلك اعتبار الفوريه فيها، لكن المراد منه بقرينه ما سمعت من الأعذار ذلك، بل ستعرف تعبير المصنف عن ذلك بالمسقطات، والله العالم.

ولا تسقط (حق خ) الشفعه بتقايل المتبايعين كما صرح به الشيخ و بنوا البراج و حمزه و إدريس و الفاضل و ولده و الشهيدان و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل لا أجد فيه خلافا بينهم لأن الاستحقاق لها قد حصل بالعقد الذى صدق معه أن الشريك قد باع نصيبه، و هو عنوان ثبوتها فى النص (١) و الفتوى فليس حينئذ للمتبايعين إسقاطه بالإقاله.

نعم لما كانت أدله الإقاله مطلقه أيضا شامله للفرض حكم بصحتها مع وقوعها و ترتب آثارها من النماء و غيره، إلا أن للشفيع فسخها حينئذ باعتبار سبق حقه، فيكون حينئذ بقاء صحتها مراعى بعفو الشفيع، فان حصل استمر و إلا انفسخ من حينه.

لكن عن الشهيد فى حواشيه أنه قال: «يفهم من فسخ الإقاله و الرد أمران: الأول الفسخ مطلقا بالنسبه إلى الجميع، فتكون الإقاله و الرد نسيا منسيا، الثانى أنه بالنسبه إلى الشفيع خاصه، لأنهما مالكان حال

التصرف، فيرتب أثر تصرفهما عليه - قال -: و تظهر الفائدة في النماء، فعلى الأول نماء الثمن بعد الإقالة و الرد للبائع، و نماء المبيع للمشتري، و على الثاني بالعكس».

و فى جامع المقاصد بعد أن حكى ذلك عنه قال: «أقول: إن الإقالة و الرد يقتضيان الفسخ، و الفسخ لا يتجزأ، فإما الصحة مطلقاً أو البطلان مطلقاً، و حيث كان حق الشفيع أسبق كان الوجه البطلان مطلقاً».

قلت: لكن من حينه كما هى القاعدة فى الفسوخ، و حينئذ يكون مختاره الشق الأول، لكن على الوجه الذى ذكره، لا ما عساه يظهر من الشهيد من ارتفاع الإقالة و الفسخ من أصلهما كما عساه يومئ إليه الثمره المزبوره.

اللهم إلا أن يريد أن نماء الثمن بعد فسخ الإقالة يكون للبائع و نماء المبيع للمشتري، لا النماء المتخلل بين الإقالة و فسخ الشفيع، ضروره أن مرجع ذلك حينئذ إلى عدم تأثير ما وقع من الإقالة و الرد.

و هو - مع أنه ليس قولاً لأحد منا، بل و لا من العامه عدا ما تسمعه من ابن شريح، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه - مناف لإطلاق دليلهما الذى لا ينافيه تعلق حق الشفيع بعد أن تسلط به على الخيار، إذ لا دليل على منافاه تعلق حقه لأصل صحتها على وجه لا يؤثر سببها، و إن كان قد يتوهم من نحو عبارته المتن، إلا أن صحيح النظر فيها و فيما تعقبها يقتضى خلافه، خصوصاً بعد تصريح الفاضل و غيره بأن للشفيع فسخ الإقالة و الرد.

قال فى القواعد: «فان تقايل المتبايعان أو رد بعيب فللشفيع فسخ الإقالة و الرد، و الدرر ك باق على المشتري» و نحوه غيره، بل أصرح منه.

بل قيل إن الإجماع البسيط و المركب على عدم كون ذلك كالفصولى موقوف على الإجازة من الشفيع و إلا كان باطلا من أصله، و هو كذلك خصوصا فى مثل تصرف المشتري مثلا بالوقف و نحوه، فإن المحكى عن ابن شريح خاصة عدم صحه التصرف، و قد أطبق العامه و الخاصه على خلافه.

و حينئذ فالمراد من قول المصنف و غيره و الدررك باق على المشتري أنه بعد فسخ الشفيع الإقاله و الرد بشفيعته فى الشقص يكون الدررك باقيا على المشتري، لانفساخ الإقاله و الرد السابقين، لا- أن المراد مع فرض بقاء أثرهما من كون الشقص ملكا للبائع للشفيع أن يشفع به، و يأخذه من ملك البائع بالثمن السابق على الإقاله، و لكن الدررك يكون على المشتري، لاستصحاب بقائه و إن احتمله بعض الناس بل ادعى أنه الموافق لقواعد الباب و غيرها و محكى الإجماع على أن الدررك على المشتري.

و حينئذ فيجمع بين ما دل على بقاء الشفعه و على صحه الإقاله و الرد و كون الدررك على المشتري، و لا ينافى ذلك كون الأخذ حينئذ من البائع إذ ليس فى نصوص الشفعه ما يقتضى اشتراط صحتها بكون الأخذ من المشتري، بل صرح الفاضل بأخذ الشفيع من البائع فيما إذا اختلف المتبايعان و تحالفا، بل فى محكى الخلاف أن الشفيع يأخذ من البائع فيما إذا ادعى المالك البيع و أنكر المشتري و حلف.

إلا أنه مخالف لظاهر جماعه و صريح آخرين، كالفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين و غيرهم، بل يمكن دعوى القطع بخلافه، خصوصا بملاحظه عدم الدليل على ضمان درك ما هو ملك الغير من دون سبب من أسباب الضمان، و خصوصا بملاحظه الإجماع بقسميه فضلا عن ظاهر الأدله على أخذ الشفيع من المشتري بمعنى الانتقال من ملكه إليه.

نعم لعل الأولى من ذلك احتمال سقوط الشفعه من أصلها بناء على ظهور

قوله (عليه السلام) (١): «فهو أحق بها من غيره بالثمن».

فى عدم رد المبيع إلى المالك الذى هو الشريك الأول، كما تسمعه عن المروزي فى تصرف المشتري بوقف أو بيع أو نحوهما أو القول بعدم تأثير الإقالة، باعتبار تعلق حق الشفيع فى العين نفسها على وجه يكون الدرك على المشتري، و لا يكون ذلك إلا بعدم تأثير الإقالة و الرد كما سمعته من ابن شريح.

إلا أنهما معا يمكن دعوى الإجماع من المسلمين على خلافهما فضلا عن غيره من الأدله.

و على كل حال فلاحتمال مع فرضه إنما هو بهذا المعنى، لا أنهما مؤثران و الشفيع باق على شفيعته، فيأخذ من البائع و يكون مع ذلك الدرك على المشتري الذى قد زال شراؤه بالإقالة، بل مرجع ذلك إلى تبعض حكمها الذى أشار إليه الشهيد فى أحد الوجهين السابقين.

و لقد أظن هنا بعض الناس بما لا- يرجع إلى محصل، بل لعل التأمل فيه يقضى بتناقض أطرافه و وسطه، فضلا عن مخالفته لإجماع المسلمين، فضلا عن الخاصه، فالمتجه حينئذ ما ذكرناه.

نعم لو رضى الشفيع بالبيع على وجه تسقط به شفيعته ثم تقايلا لم يكن له شفعه لأنها أى الإقالة فسخ كالرد بالعيب و ليست ييعا عندنا. خلافا لأبى حنيفه، و هو واضح البطلان كما تقدم ذلك فى محله.

لكن بقى شىء: و هو أن مقتضى ما سمعته من عبارته الفاضله السابقه مساواه حكم الرد بالعيب للإقالة، بل هو المحكى أيضا عن جميع من

عرفت ممن صرح بحكمها، لكن قد يشكل بإمكان الفرق بينهما بسبق حق الشفيع على ما وقع بينهما من الإقالة التي هي كالتصرف من المشتري الذي ستعرف عدم سقوط الشفعة به، بخلاف الرد بالعيب الثابت بنفس العقد الذي هو إن لم يكن أسبق من حق الشفعة باعتبار تأخره و لو ذاتا عن تمام العقد و إلا فهو مقارن، فلا ترجيح لحق الشفيع على حقه.

اللهم إلا أن يقال: إن حق الرد بالعيب إنما يثبت حين العلم به، بخلاف حق الشفيع الثابت بتمام العقد.

و لكن قد يناقش بمنع اعتبار العلم في استحقاق الرد به، بل هو ثابت بنفس العقد، و لكن لا يحصل له الأخذ بحقه إن شاء، إلا بعد العلم به. و من هنا صرح غير واحد باقتران الحقين و تساويهما في الثبوت إلا أنه ادعى تقديم حق الشفيع على حق المشتري، باعتبار أن الثمن حاصل له من الشفيع، فلا ضرر عليه.

و لكنه كما ترى إن لم يكن إجماعاً لإمكان منع الاقتران أولاً، ضروره تأخر حق الشفعة عن تمام العقد، و لذا كان حق البائع مقدماً على حق الشفيع إذا كان له الخيار بالاشتراط في العقد مثلاً، فيفسخ و يرجع المال إليه و إن شفع الشفيع به. و إمكان منع الترجيح ثانياً، بعدم انحصار الأمر في الثمن، إذ الدرر عليه، و هو ضرر آخر عليه.

مضافاً إلى ما عرفته سابقاً من عدم صلاحية مثل ذلك لإسقاط حق اقتضاه الدليل، فليس حينئذ إلا الإجماع إن تم.

كما أنه ليس لما ذكره سابقاً من سقوط خيار المشتري بالشفعة بخلاف خيار البائع إلا الإجماع إن تم و إلا فالمتجه بقاؤهما معاً و سقوط الشفعة لسبق تعلق حقهما عليه، فتأمل جيداً.

و كيف كان فلا خلاف أجده بيننا في أن تصرف المشتري في الشقص

قبل الأخذ الصحيح يترتب عليه الأثر، لإطلاق الأدله السالم عن معارضه تعلق حق الشفيع بعد أن لم يكن دليل يقتضى أن مثله مانع من التصرف- كحق الرهانه- إلا القياس الممنوع عندنا، فيكون حينئذ كحق تعلق الدين بالتركة الذى لا يمنع الوارث من التصرف لو أرادته و إن تسلط بعد ذلك على فسخه إن لم يدفع له الدين.

بل لا خلاف أجده فى ذلك أيضا بين العامه إلا ما يحكى عن ابن شريح منهم، فقاس تعلق الحق المزبور على حق الرهانه، و هو كما ترى.

نعم لا يبطل ذلك حق الشفيع بلا خلاف أجده أيضا بيننا، لسبق تعلقه و إطلاق ما دل على ثبوته، بل و لا بين العامه أيضا إلا ما يحكى عن المروزي منهم من سقوطها حينئذ، و هو واضح الضعف عندنا و عندهم.

لكن تصرف المشتري يقع على نوعين: أحدهما ما تثبت فيه الشفعه أيضا كالبيع و ثانيهما ما ليس كذلك فان كان الأول كما لو باع المشتري كان للشفيع فسخ البيع و الأخذ من المشتري الأول، و له أن يأخذ من الثانى بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل و لا إشكال لأن كلا منهما سبب تام فى ثبوت الشفعه، فالتعيين إلى اختياره.

و كذا لو زادت العقود عن الاثنين، فان أخذ بالشراء الأول دفع الثمن و بطل المتأخر مطلقا، و إن أخذ بالأخير أخذ بثمانه و صح السابق مطلقا، لأن الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه، و إن أخذ بالمتوسط أخذ بثمانه و صح ما تقدمه و بطل ما تأخر عنه.

فلو باعه المشتري بعشره فباعه الآخر بعشرين فباعه الآخر أيضا بثلاثين فإن أخذ من الأول دفع عشره و رجع الثالث على الثانى بثلاثين و الثانى على الأول بعشرين، لأن الشقص يؤخذ من الثالث، و قد انفسخ

عقده و كذا الثانى، و لو أخذ من الثانى صح الأول و دفع عشرين و بطل الثالث، فيرجع بثلاثين، و لو أخذ من الثالث صحت العقود و دفع ثلاثين كما هو واضح.

نعم ينبغى أن يعلم أن فسخه يكون بشفعته، لأنه هو الثابت له من الأدله، و يكون انتقاله حينئذ إلى المشتري و الشفعه به من الترتب الذاتى، بل لا يبعد القول بعدم أثر لقوله: «فسخت» متقدما على الشفعه، لعدم الدليل عليه، بل لا يبعد بطلان الشفعه حينئذ بناء على منافاه مثل ذلك لفوريتها، كما تسمعه من بعضهم فى مثل ذلك.

و إن كان الثانى كما لو وقفه المشتري أو جعله مسجدا فللشفيع إزاله ذلك كله و أخذه بالشفعه بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل و لا إشكال، لسبق حقه، بل عن المبسوط الإجماع على أن له نقض المسجد إن كان قد بناه مسجدا و أخذه بالشفعه.

فما عن بعض العامه من عدم جواز نقض الوقف واضح الضعف، نحو ما سمعته سابقا من بعضهم من عدم جواز مطلق التصرف للمشتري، و آخر من سقوط الشفعه مطلقا.

و مما ذكرنا يظهر لك الحال فيما لو كان قد وهبه المشتري بعوض أو غير عوض هبه جائزه أو لازمه، ضروره كغيره من التصرفات التى للشفيع فسخها و الأخذ من المشتري بالثمن الذى أخذ به، فيملكه هو حينئذ دون الموهوب الذى قد انفسخت هبته و صار الدررك على الواهب الذى هو المشتري، لامتناع صحه الهبه مع ذلك، كما صرح به غير واحد، بل لا أجد فيه خلافا بينهم.

لكن فى قواعد الفاضل «و الثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمه

و إلا فإشكال، فإن قلنا به رجوع المتهب بما دفعه عوضا، و إلا تخير بينه و بين الثمن».

و هو- كما ترى- مناف لما عرفت و إن وجه كلامه الأول بأن اللواهب أن يرجع فى أصل الهبه، فله أن يرجع فى ثمن الموهوب، و مقتضاه أنه إن لم يرجع يكون الثمن للمتهب.

و فيه- مع أن مقتضاه أيضا أن لا- يكون إشكال فى كون الثمن للمتهب إذا كانت لازمه- أن ذلك لا يتم إلا على تقدير كون الأخذ بالشفعه غير مبطل للهبه، و قد عرفت سابقا أن الأخذ إنما يكون بالبيع السابق الذى يمتنع معه الحكم بصحة التصرف اللاحق، كما اعترف به هو سابقا فى البيوع المترته، مضافا إلى معلوميه منافاه كون الأخذ من المشتري و الدررك عليه، لبقاء الهبه و ثبوت ملك المتهب.

و نحوه يجرى أيضا فيما ذكره من الإشكال الذى قيل إنه ينشأ من بطلان الهبه بالأخذ بالشفعه لسبق حق الشفيع، و من إمكان الجمع بين الحقين، و حق الشفيع إنما هو فى العين، و لا فائده له فى إبطال الهبه من رأس، فأخذها و تبقى الهبه بحالها، و يكون المراد من الابطال إبطال اختصاص المتهب بالعين، لا إبطال أصل الهبه.

إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه من أن الشفيع إنما يأخذ بالبيع الأول من المشتري الذى يكون الدررك عليه و الثمن حق له، فليس حينئذ إلا إبطال الهبه و رجوع الأمر كما كان قبلها.

و دعوى انفساخها فى حق الشفيع خاصه دون الآخر يدفعها أن مقتضاها زوال الدررك عن المشتري حينئذ على أن الفسخ لا يقبل التجزى.

كما أن دعوى احتمال كون الدررك عقوبه للمشتري و إن لم يعد الملك له، و التجزى بالنسبه إلى الأحكام لا ينبغى أن يصغى إليها، إذ هى

مجرد تهجس في مقابله الأدله الشرعيه.

و من الغريب بعد ذلك ما في الإيضاح من اختيار كون الثمن للمتهب في اللازمه و ما عن حواشى الشهيد من أن المنقول: أن الهبه إن كانت لازمه يكون الثمن للموهوب له مطلقا، و كذا إن تصرف، لأنها قد صارت لازمه، إذ لم نعرفه قولا لأحد من أصحابنا، بل صريح كلامهم خلافه كما لا يخفى.

و من ذلك يظهر لك ضعف ما فرعه الفاضل بقوله: «فإن» إلى آخره الذى معناه أنه إن قلنا بكون الثمن للواهب فإن كان المتهب قد دفع عوضا للهبه فقد فات المعوض فيرجع به، و إن قلنا بأنه للمتهب تخير بين العوض بأن يفسخ الهبه لفوات العين فيرجع به و بين بقائها فيأخذ الثمن، لأنه حقه، إذ الفرض لزومها من طرف الواهب، إلا أن ذلك كله كما ترى لا ينبغى أن يسطر، و لعله من خرافات العامه، و الله العالم.

و كيف كان فلا- إشكال كما لا- خلاف في أن الشفيع يأخذ من المشتري لأنه المتيقن من أدله الشفعه إن لم يكن المنساق، خصوصا نحو

قوله (عليه السلام) (١): «فهو أحق بها من غيره بالثمن»

و حينئذ يكون دركه عليه بلا خلاف أجده فيه أيضا، بل عن الغنيه و السرائر الإجماع على ذلك.

و على الأخذ من المشتري ف- لا- يأخذ من البائع بمعنى الانتقال إليه من البائع الذى انقطع سلطانه عن العين بالبيع منه و صار للمشتري.

و لكن لو فرض أن الشفيع طالب بشفعته و

كان الشقص فى يد البائع قيل له: خذه من البائع أو دعه كما صرح به غير واحد.

و لا- يكلف المشتري القبض من البائع مع امتناعه و لو التمس ذلك الشفيع بلا- خلاف أجده فيه و إن قال فى الكفايه: إنه المشهور مشعرا بوجود مخالف، لكن لم أتحققه.

نعم يحكى عن الشافعيه قول بأن له أن يكلفه ذلك، لأن الشفيع بمنزله المشتري من المشتري.

و فيه منع واضح، ضروره عدم دليل على وجوب ذلك، خصوصا بعد كون الأخذ منه قهرا بلا معاوضه و تراض بينهما، و إنما الواجب عليه رفع يده عنه و كل مانع من جهته، لأن الشقص بالشفعه صار ملكا للشفيع، يأخذه أينما وجده من يد كل من هو فى يده، و لا- حق له على المشتري بحيث يكلفه بقبضه حتى يقبضه منه، خصوصا بعد أن لم يكن لذلك ثمره و ذلك لأنه يقوم قبض الشفيع مقام قبضه و حيثئذ يكون الدرک مع ذلك على المشتري و إن قبضه الشفيع من البائع، لما عرفت من أن الأخذ و انتقال الملك إليه منه، بل لعل المتجه عدم التزام المشتري بتحصيله من البائع لو فرض عصيانه به.

و ليس للشفيع منع الثمن الذى رضى المشتري ببقائه فى ذمته عند أخذه بالشفعه عليه حتى يسلمه الشقص، لعدم المعاوضه بينهما الموجبه للتقابض، كما عرفته سابقا.

و على كل حال ف- ليس للشفيع فسخ البيع الواقع بين الشريك و المشتري و لو بالإقاله عن تراض بينه و بين البائع بلا خلاف أجده فيه، بل و لا إشكال، لأصالة لزومه و انحصار حقه فى الأخذ من المشتري، بل قيل لو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفيعته،

لمنافاه مثله للفوريه و إن كان فيه ما فيه.

و حينئذ ف- لو نوى الفسخ و الأخذ من البائع لم يصح و لم يترتب عليه أثر و إن كان الشقص فى يد البائع و قبضه الشفيع من يده، لما عرفت من عدم حق له فى الفسخ و لو بالإيقاله، فلا- يتصور أخذه من البائع بمعنى انتقاله منه إليه، ضروره كونه ملكا للمشتري، بل قيل تبطل شفيعته حينئذ لمنافاته الفوريه، و إن عرفت أنه لا يخلو من نظر.

بل قد يقال بحصول ملك الشقص له بقصده تملكه و إن غلط بقصد كونه من البائع، إذ لا دليل على اعتبار قصد الانتقال من المشتري أو عدم قصد كونه من البائع و إنما الثابت من الأدله انتقاله من المشتري إليه، لا أن المعتبر فى الشفعه قصد ذلك، فيكفى قصد تملك الشقص بالثمن، لصدق الأخذ بالشفعه حينئذ.

و لعل ذلك غير مناف لما فى المتن و غيره من عدم صحه ذلك لو نواه، ضروره إرادته عدم ترتب أثر لذلك عليه، لا أن أخذه بالشفعه حينئذ باطل.

و من ذلك يعلم أن المعتبر فى؟؟؟ قصد تملك الشقص بالثمن من دون ملاحظه كونه من المشتري أو البائع و إن كان هو شرعا ينتقل إليه من المشتري، فتأمل جيدا، فإنه ربما دق، و الله العالم.

و لو انهدم المبيع أو عاب فان كان بغير فعل المشتري بل بآفه سماويه قبل المطالبه أو بعدها أو بفعله قبل مطالبه الشفيع بالشفعه فهو بالخيار بين الأخذ بكل الثمن أو الترك وفاقا للمشهور، بل عن الغنيه الإجماع عليه، و هو الحجه.

مضافا إلى مرسل ابن محبوب (١) السابق و

قوله (عليه السلام) في حسن الغنوى (٢): «فهو أحق بها من غيره بالثمن»

و أصله عدم الضمان حتى لو كان بفعله، ضروره أنه تصرف في ملكه تصرفا سائغا، فلا يكون مضمونا عليه، و الفاء لا يقابل بشىء من الثمن، فلا يستحق الشفيع في مقابلته شيئا، كما لو تعيب في يد البائع فإن المشتري يتخير بين الفسخ و الإمضاء.

لكن في جامع المقاصد بعد أن جعل الصور أربعة: و الأولى منها ما كان ذلك بفعل المشتري قبل المطالبه، و اقتصر في الاستدلال لها بالأخير قال: «و فيه نظر، لأن المشتري و إن تصرف في ملكه إلا أن حق الشفيع قد تعلق به، فيكون ما فات منه محسوبا، كما يحسب عليه عين المبيع، و لا- استبعاد في تضمين المالك ما يجنى على ملكه إذا تعلق به حق الغير، كالرهن إذا جنى عليه الراهن، و قد سبق في كتاب البيع وجوب الأرش على البائع إذا تعيب المبيع في يده، فينبغي أن يكون هنا كذلك و قد نبه كلام المصنف في التذكرة على ذلك».

ثم قال: «الثانيه و الثالثه أن يكون ذلك بغير فعل المشتري مطلقا أى سواء طالب الشفيع بالشفعه أم لا، فإنه لا شىء على المشتري بل يتخير الشفيع بين الأخذ بمجموع الثمن و الترك، و تقريره مع ما سبق أن ذلك ليس بفعل المشتري، و ملكه غير مضمون عليه، و جوابه مع النقض بما إذا تلف بعض المبيع، و الذى يقتضيه النظر ثبوت الأرش في صورتين أيضا، و كلام المصنف في التذكرة مطابق لذلك، فإنه فرض المسأله فيما إذا تعيب الشقص من غير تلف شىء من العين من غير تقييد بكون

١-١ الوسائل - الباب - ٩- من كتاب الشفعه - الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢- من كتاب الشفعه - الحديث ١.

ذلك بفعل المشتري، و كونه بعد المطالبة و عدمه».

ثم حكى قول بعض الأصحاب بوجوب الأرش بمثل هذا التعيب فى المبيع لو كان فى يد البائع، ثم قال: «فينبغى أن يكون هنا كذلك، و هو متجه».

قلت: لا- يخفى عليك ما فى ذلك من منافاته لما سمعت من المرسل (١) المنجبر بما عرفت و الإجماع المحكى المؤيد بالحسن (٢) المزبور، و أصاله عدم الضمان التى منها

يعلم الفرق بين المقام و بين المبيع فى يد البائع المعلوم ضمانه عليه بدليله.

بل يمكن دعوى إجماع الأصحاب على خلافه فى الجملة، فإننى لم أجد من وافقه على تمام ما ذكره حتى الفاضل فى التذكرة، قال فيها: «إذا اشترى شقصا من دار فانهدمت إما بفعل المشتري أو بغير فعله فلها أحوال:

الأول أن تعيب من غير تلف شىء و لا انفصال بعضها عن بعض، بأن يتشقق جدارها أو تميل اسطوانتها أو ينكسر جذعها أو يضطرب سقفها، فالشفيح بالخيار بين الأخذ بكل الثمن و بين الترك، و يكون تعيبه فى يد المشتري كتعب المبيع فى يد البائع، فإنه يخير بين الفسخ و بين الأخذ بجميع الثمن عند بعض علمائنا، و به قال الشافعى، و عند بعضهم لا يسقط الأرش، فينبغى أن يكون هنا كذلك».

و هى كما ترى لا صراحة فيها، بل و لا ظهور، بل ظاهرها موافقه المشهور، و قوله: «فينبغى» من تتمه القول الذى حكاه.

نعم فى الخلاف كما فى المختلف «إن كان ذلك بأمر سماوى فالشفيح بالخيار بين أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك، و إن كان بفعل آدمى كان له

١- ١ الوسائل - الباب - ٩- من كتاب الشفعة - الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢- من كتاب الشفعة - الحديث ١.

أن يأخذ العرصه بحصتها من الثمن» بناء على شمول الآدمى للمشتري فيه، فيكون بإطلاقه موافقا له فى بعض الصور.

و هو مع أنه لم يفرق فيه بين المطالبه و غيرها يمكن أن يكون مراده عدم دخول الأنقراض بالشفعه، لصيرورتها منقوله حينئذ بالانهدام، فيأخذ العرصه حينئذ خاصه بما يخصها من الثمن كما هو المحكى عن أحد قولى الشافعى، و هذه مسأله أخرى غير ما نحن فيه.

كل ذلك مع أن قوله: «حق الشفيع متعلق به» إن أراد حق المطالبه فمسلم و لكن بمجردة لا يوجب الضمان على المشتري، فلا بد من دليل يقطع الأصل، و القياس على الرهن ليس من مذهبننا، و ضمان المبيع فى يد البائع - مع أنه خارج عما نحن فيه، لأنه ملك المشتري دون البائع - مستند لدليله من

قوله (صلى الله عليه و آله) [\(١\)](#): «كل مبيع»

و غيره كما تقدم فى محله.

و إن أراد به الملكيه فممنوع، إذ لا ملك قبل الأخذ، بل لو قلنا به فلا ضمان أيضا إذا كان بأفه سماويه للأصل، خصوصا إذا

لم يقبضه المشتري، إذ لا - موجب لضمائه و لو قلنا بكونه ملكا للشفيع، خصوصا بعد ما ذكرناه من أن الأخذ بالشفعه ليس من المعاوضات.

و استبعاد جواز ذلك للمشتري لتمكنه حينئذ من عدم رغبه الشفيع فيه باهدامه و تعييه لا يرجع إلى محصل على وجه يكون دليلا شرعيا موافقا لأصول الإماميه و قواعدهم، و الله العالم.

و على كل حال ف الأنقراض للشفيع باقيه كانت فى المبيع أو منقوله عنه بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل فى المسالك ما يشعر بالإجماع عليه، نعم قد سمعت ما احتملناه فى عبارته الخلاف و يحكى عن

١- ١ المستدرک - الباب - ٩ - من أبواب الخيار - الحديث ١ من كتاب التجاره.

الشافعي في أحد قوليّه أخذ العرصه خاصه بتمام الثمن في وجه أو بما يخصها في آخر.

و لا ريب في أن الأصح ما ذكره المشهور، لتعلق الحق بها غير منقوله، و لأن لها نصيبا من الثمن الذي يأخذ به الشفيع، فلا يلزم بدفع الثمن لما عداها، لما فيه من الضرر و دفع ما يخص العرصه خاصه مناف ل

قوله (عليه السلام) (١): «فهو أحق بها بالثمن»

فتأمل جيدا.

و إن كان العيب بفعل المشتري بعد المطالبه بالشفعه ضمنها المشتري على المشهور المحكى في كلام جماعه، بل عن الغنيه الإجماع عليه مع العلم بالمطالبه، بل لا- ينبغي الإشكال فيه بناء على إرادته الأخذ من المطالبه، ضروره صيرورته حينئذ ملكا للشفيع، فيضمنه المشتري كغيره بتعييه.

أما لو أريد من المطالبه إرادته الأخذ بالشفعه كما هو مقتضى قوله و قيل: لا يضمنها، لأنه لا يملك بنفس المطالبه بل بالأخذ فهو مشكل إن لم يكن إجماعا و إن قال المصنف و غيره و الأول أشبه ضروره عدم موجب للضمان.

و ما في الإيضاح و جامع المقاصد- من توجيهه بأن الشفيع استحق بالمطالبه أخذ المبيع كاملا أو تعلق حقه به، فإذا نقص بفعل المشتري ضمنه له- كما ترى، بل مقتضاه الضمان في غير هذه الصوره حينئذ التي اعترفوا فيها بعدمه، لأن استحقاق الشفيع لم يثبت بالمطالبه بل بالمبيع، و إذا كان مضمونا عليه للشفيع فلا فرق بين أن يكون ذلك بفعل المشتري أو غيره.

و كيف كان فقد حكى الخلاف فى ذلك عن الشيخ و أنه إليه أشار المصنف بالقييل، و قد سمعت عبارته فى الخلاف الخاليه عن ذكر المطالبه و عدمها.

و أما المبسوط فقال ما نصه: «إذا اشترى شقصا فوجب للشفيح فيه الشفعه فأصابه نقص أو هدم قبل أن يأخذ الشفيح بالشفعه فهو بالخيار بين أن يأخذه ناقصا بكل الثمن أو يدع، سواء فى ذلك كان هدمها المشتري أو غيره أو انهدم من غير فعل أحد، و كذلك إن احترق بعضهما، أو كانت أرضا فغرق بعضها، فللشفيح أن يأخذ ما يبقى بجميع الثمن أو يدع، لأنه إن هلك بأمر سماوى فما فرط فيه، و إن هدمه هو فإنما هدم ملك نفسه، و إذا أخذه بالشفعه أخذ ما اتصل به و ما انفصل عنه من آلاته، لأنه جميع المبيع، و قيل: إنه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بما يخصه من الثمن أو يدع، و الذى يقوى فى نفسى أنها إذا انهدمت و كانت آلاتها باقيه فإنه يأخذها و آلاتها بجميع الثمن أو يتركها، و إن كان قد استعمل آلاتها المشتري أخذ العرصه بالقيمه، و إن احترقت أخذ العرصه بجميع الثمن أو يترك». و نحوه عن جامع الشرائع.

و لعل نسبه الخلاف إليه باعتبار عدم ذكره المطالبه، بل جعل العنوان عدم أخذ الشفيح بالشفعه طالب أو لم يطالب، فبناء على إرادته غير الأخذ من المطالبه فى كلامهم يكون مخالفا و إلا فلا، حتى لو قيل بالملك بها دونه، ضروره كونه خلافا فيما يحصل به الملك، و إلا فالمفروض فى كلامه قبل حصول الملك للشفيح.

نعم ظاهره التفصيل فى خصوص تلف البعض بين أن يكون بفعله و بين أن يكون بالآفه، فالأول يأخذه بما يخصه من الثمن، لأن ذلك هو المراد من القيمه و لو بقريته ما بعده، و الثانى يأخذه بالثمن، و مرجعه إلى ما سمعته من ظاهر الخلاف.

و أما عبارته فى النهايه فهى «و الغائب إذا قدم و طالب بالشفعه كان له ذلك، و وجب عليه أن يرد مثل ما وزن من الثمن من غير زياده و لا نقصان، فان كان المبيع قد هلك بآفه من جهه الله أو من جهه غير جهه المشتري أو هلك بعضه بشىء من ذلك لم يكن له أن ينقص من الثمن بمقدار ما هلك من المبيع، و لزمه توفيه الثمن على الكمال، فان امتنع من ذلك بطلت شفيعته». و هى كما ترى أجنيه عن ذلك.

و على كل حال فظاهره فى الكتب الثلاثه عدم الفرق بين فوات الجزء و الوصف إذا كان بالآفه، و هو لا يخلو من قوه، بل لعل المرسل (١) المزبور دال على ذلك، خصوصا مع ملاحظه كون المفروض فيه أن السيل خارق، و هو مستلزم لذهاب بعض الأنقاض، خصوصا إذا كانت من اللبن و نحوه مما يذهب بالسيل.

بل قد يقال: إن

قوله (عليه السلام) فيه: «ليس له»

إلى آخره مطلق لا يختص بخصوص مورد السؤال، فيشمل حينئذ صورته إتلاف المشتري أيضا بإحراق و نحوه.

بل لعل

قوله (عليه السلام) (٢): «فهو أحق بها من غير، بالثمن»

يقتضى ذلك أيضا، ضروره كون المراد منه بيان أحقيه الشفيع من غيره بجميع الثمن، تلف بعضه أو لا، و ليس المراد منه بيان أحقيته فى الكل بالكل و فى البعض بالبعض، و إلا لجاز للشفيع التبعض اختيارا و هو معلوم العدم.

و كذا لا دليل على كون التلف فى يد المشتري بفعله أو بآفه من ضمانه كما

ورد مثله فى المبيع، على أنه لا ضرر و لا ظلم على الشفيع بعد

١-١ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب الشفيعه - الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب الشفيعه - الحديث ١.

عدم إلزامه بذلك، بل إن شاء أخذ و إن شاء ترك، و لا أقل من أن يكون ذلك هو المتيقن من مشروعيه الشفعية التي عرفت مخالفتها للأصل على أنه لو كان ذلك من ضمانه لاتجه كون الهدم و نحوه أيضا من ضمانه.

و دعوى عدم مقابله ذلك بالثمن واصله الفساد، خصوصا بعد ملاحظه المقابله لو تعيب المبيع فى يد البائع، بل و فى يد المشتري فى زمن خياره المضمون أيضا على البائع، و فيما لو اشتراه فوجده معيبا و إن ذهب بعض الأصحاب فى الأول إلى التخيير بين الأخذ بتمام الثمن و الترك، و لكنه قول مرغوب عنه.

و بذلك يظهر لك النظر فيما وقع من الفاضل و الشهيدين و الكركى و غيرهم من ضمان المشتري لو كان التالف بعض أجزاء المبيع التى تقابل بالثمن، سواء كان بآفه سماويه أو بفعله قبل المطالبه أو بعدها، بل ظاهر بعضهم المفروغيه من ذلك.

و لذا فرض محل الكلام فى الصور الثلاثة السابقه فيما إذا انهدم أو تعيب مع عدم تلف شىء من أجزاء المبيع التى تقابل بالثمن، و جعل الخلاف فى خصوص ما إذا كان بفعل المشتري بعد المطالبه مع أن جمله من عبارات الأصحاب كعباره المصنف هنا و فى النافع مطلقه لا أثر فيها لاستثناء خصوص ما لو تلف بعض الأجزاء الذى هو غالب للانهدام المفروض فى عباراتهم.

و لقد أجاد فى الرياض حيث إنه بعد ذكر الكلام فى الصور الثلاثة قال: «ثم إن الحكم بعدم الضمان على المشتري حيث توجه إنما هو إذا لم يتلف من الشقص شىء يقابل بشىء من الثمن و إلا قيل ضمن بحصته من الثمن على الأشهر، قيل: لأن إيجاب دفع الثمن فى مقابله بعض المبيع ظلم، و فيه نظر، و لذا أطلق الحكم فى العبارة هنا و فى المبسوط و غيرهما، و مع

ذلك يدفعه إطلاق ما مر من الخبر، فتأمل».

و كأنه أشار إلى ما ذكرناه من إطلاق المرسل (١) المزبور الذي لا إشكال في

شموله لتلف بعض الأجزاء بالسييل إن لم يكن ظاهرا فيه، و يكفي ذلك في الدلالة على المطلوب بعد الإتمام بعدم القول بالفصل، فيتجه عدم ضمان المشتري مطلقا من غير فرق بين تلف بعض المبيع و غيره و بين كون ذلك بآفه أو بفعل المشتري، قبل المطالبة بمعنى إرادته الأخذ بالشفعة على وجه لا ينافي الفوريه و لو لوجود عذر و بعدها.

اللهم إلا أن يكون إجماعا كما عساه يتخيل في خصوص إتلاف المشتري بعض أجزاء المبيع دون غيره، لعدم قائل بعدم الضمان فيه.

و لكن قد عرفت إطلاق المصنف و غيره ممن لم يتعرض فيه لذكر تلف بعض الأجزاء.

و أما إجماع الغنيه أيضا في التعيب بفعله بعد المطالبة فلم نتحققه، لأننا لم نتحقق المراد بها هنا في كلامهم هل هي الأخذ بالشفعه أو إرادته ذلك على وجه لا- ينافي الفوريه، فإن كان الأول فلا ينبغى الخلاف في الضمان إذا كان بفعل المشتري، من غير فرق بين التعيب و الإتلاف، فالإجماع حينئذ في محله، و إن كان الثاني فلا- يخفى عليك ما فيه من الاشكال بل المتجه فيه عدم الضمان، ضروره عدم أثر لها إلا تأكد الاستحقاق الثابت بالعقد قبلها، فان كان هو الموجب للضمان ثبت بدونها، و إلا فلا ضمان معها أيضا كما هو واضح. فهو حينئذ مظنه الإجماع لا الضمان.

و من التأمل فيما ذكرنا يظهر لك التشويش في المقام في جملة من عبارات الأساطين كالفاضل و الشهيدين و غيرهم، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و لو غرس المشتري أو بنى على وجه لا يكون ظالما في ذلك

بأن قسمه مع الشفيع غير مخبر له بالشراء بل بإظهار الوكاله عن البائع فيها أو بغير ذلك فطالب الشفيع بحقه بمعنى أنه أخذ بالشفعه فإن رضى المشتري بقلع غراسه أو بنائه فله ذلك بلا خلاف أجده فيه من غير حاجه إلى استئذان الشفيع وإن صارت الأرض ملكا له، إذ هو ملكه، و له إزالته عن المكان المزبور، بل هو كتفريغ المبيع للمشتري.

و من هنا لا- يجب عليه إصلاح الأرض بطم الحفر مثلا، كما صرح به الفاضل فى القواعد و غيرها و محكى المبسوط، لأنه لا يضمن العيب الذى فعله قبل الطلب بالتصرف فى ملكه، و بعده لتخليص الشقص للشفيع الذى قدم بأخذه بالشفعه على ذلك.

خلافًا للمحكى عن أبى على من إيجاب الطم، و احتمله الفاضل و غيره بل عن الأردبيلى الميل إليه، بل إلى وجوب الأرش لو حصل فى الأرض نقص من القلع، حتى لو كان الطالب للقلع الشفيع، نعم لا يبعد عدم ذلك مع جهله بالشفعه.

و فى المختلف «المختار أن نقول: إن اختار المشتري القلع كان له ذلك، و عليه أرش ما نقص من الأرض بذلك، و طم الحفر، لأنه يطلب تخليص ملكه من ملك غيره، قوله: إنه تصرف فى ملكه قلنا:

إنه ممنوع، بل تصرف بالقلع فى ملك الشفيع، فكان عليه أرشه، نعم تصرفه بالغرس صادف ملكه، فلم يكن عليه غرم من اجره و غيرها، و لو اختار الشفيع القلع فالأقرب عدم وجوب الأرش، لأن التفريط حصل من المشتري حيث غرس فى أرض متزلزله الملك، و لأنه غرس فى حق غيره بغيره إذنه، فأشبهه ما لو بانت الأرض مستحقه، و

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «لا ضرر و لا ضرار»

مشترك بين الشفيع

و المشتري، فلا يختص به أحدهما».

و قواه فى جامع المقاصد و المسالك بعد أن حكيا عنه التفصيل فى وجوب الطم عليه بين كون القلع منه ابتداء فىجب، لأن النقص قد حدث فى ملك غيره بفعله لمصلحه من غير إذن من الغير، فىجب إصلاحه، و بين كونه لطلب الشفيع فلا فىجب، لأن طلبه القلع يتضمن الاذن فى الحفر، و ليس هو كالعاصب، لأنه غير عاد بفعله.

بل حكاها أولهما أيضا عن صريح التذكرة و إن كنا لم نتحققه، كما أنه لا صراحة فى كلامه بالتفصيل الذى حكياه، بل و لا ظهور، بل ربما استظهر منه إزماءه بذلك. اللهم إلا أن يكون قد لاحظا المفهوم فى كلامه.

و على كل حال فالأقوى الأول وفاقا لمن عرفت، بل فى المسالك نسبته إلى صريح الشيخ و الأكثر، للأصل السالم عن معارضة دليل معتد به يقتضى ذلك، و قاعده الضرر يدفعها إدخاله نفسه فيه بشفعته بالأرض التى هى كذلك، فهو حينئذ كمن أدخل مال غيره فى داره مثلا فاحتاج المالك فى إخراجها(١) إلى خراب فى الدار، فإنه لا يضمه له، لكون الإلتاف المزبور مستحقا له عليه، نحو ما لو غضب شجر الغير فغرسه فى ملكه فقلعه المالك و نقصت الأرض، فلا ضمان حينئذ بالإلتاف المزبور الذى كان السبب فيه أقوى من المباشر، و

لا أقل من الشك فى حصول سبب الضمان معه، و الأصل البراءة.

و أما نقص الأرض الحاصل بالغرس و البناء فغير مضمون عليه، لما عرفته سابقا فى مسأله التعيب و الانهدام.

١- ١ هكذا فى النسخة الأصلية: المبيضة و المسودة بقلمه الشريف، و الصحيح «فى إخراجها».

لكن فى المسالك هنا أن فى قولين: أشهرهما ذلك، لأن هذا الناقص ليس له قسط من الثمن، فلا يضمه المشتري كالنقص بالاستهدام ولأنه تصرف فى ملك نفسه؛ فلا يتعبه ضمان، وقيل: يجب الأرش، خصوصا إذا كان بعد المطالبه.

ولم نتحقق القول المزبور حتى من الكركى الذى قد سمعت كلامه فى المسألة السابقه، فإنه وافق هنا، لكن قال: «نعم لو كان ذلك بعد المطالبه اتجه القول بضمانه على ما سبق فى مسألة الاستهدام والتعيب» وإن كان لا يخفى عليك ما فىه بعد الإحاطه بما سمعته منه هناك.

كما أنه لا يخفى عليك ما فى إطلاق الفاضل هنا والتفصيل هناك، بل وإطلاق المصنف هنا أيضا أن للشفيع أن يأخذ بكل الثمن أو يدع مع تفصيله السابق.

بل فى المسالك أن ظاهر إطلاق العبارة يقتضى عدم ضمان النقص الحاصل بالقلع أيضا، لحكمه بأنه يأخذ بكل الثمن الشامل لحاله النقص بالغرس والقلع وعدمه.

وفى أن الأرش الحاصل بالقلع لا مدخلية له فى الأخذ بكل الثمن بل هو غرامه حاصله له بعد الشفعه بفعله فى ملك غيره الذى قد أخذ منه بكل الثمن، فتأمل جيدا، والله العالم.

وكيف كان ف ان امتنع المشتري من الإزالة كان الشفيع مخيرا بين إزالته ودفع الأرش، و بين بذل قيمه الغراس والبناء و يكون له مع رضا المشتري، و بين النزول عن الشفعه كما صرح به غير واحد.

نعم فى قواعد الفاضل تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش على

إشكال، و بين بذل قيمه البناء و الغرس إن رضى المشتري، و مع عدمه نظر، و بين النزول عن الشفعة.

بل فى إيضاح ولده «أن الاشكال الأول فى موضعين: الأول فى القلع، و ينشأ من أن حق الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب، و من أن المشتري تام الملك قبل أخذ الشقص، و لهذا ملك النماء، و من بنى فى ملكه لم يتعد كالذى لا شفعه عليه، و جواز انتزاعه من يده ليس موجبا لتعديده و نقض بنائه، و إلا- لثبت فى الموهوب إذا غرس أو بنى، و رجع الواهب على القول بالجواز، و لأن الشفعة موضوعة لازاله الضرر فلا يزال بالضرر، الثانى فى وجوب الأرش مع القلع، و ينشأ من أنه نقص دخل على ملك المشتري لمصلحه الشفيع، و إلى هذا ذهب الشيخ فى المبسوط، و من أن التفريط حصل من المشتري حيث زرع فى أرض متزلزله الملك، و اختاره المصنف فى المختلف».

و فيه أن الاشكال الأول واضح الفساد، ضروره عدم تصور وجوب إبقاء ملك الشفيع مشغولا بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقه من الأرض إلا أن يتخيل وجوب قبول الأجره على الشفيع أو بذل قيمه و إن لم يرض، و لكنهما معا كما ترى.

و لذا جزم الكركى بأنه وهم و أن بطلانه أظهر من أن يحتاج إلى بيان، و هو كذلك، إذ وجوب الإبقاء بالأجره مما لا يحتمله أحد فى المقام، و لعله لما ستعرفه من كون صاحب الأرض كالمغصوب بعد امتناع المشتري من الإزالة، فلا يجبر مع كونه مظلوما و مغصوبا، لأنه لم يرض بالإبقاء الذى هو غير الابتداء على القبول بالأجره، كما هو واضح.

نعم ما ذكره من الإشكال الثانى فى محله و إن كان وجوب الأرش هو الذى صرح به الشيخ و ابنا زهره و إدريس و الفاضل فى جملة من كتبه

و الشهيدان و الكركى على ما حكى عن بعضهم.

لكن الإنصاف قوه ما فى المختلف من عدم وجوب الأرش، بل مال إليه فى محكى التذكرة، لوجوب الإزالة عليه بعد طلبها من الشفيح، و الضرر هو الذى أدخله على نفسه بفعله فى الأرض المستحقه الانتزاع منه، بل الظاهر كونه ظالما بإبقائه البناء و الغرس فى أرض الغير و امتناعه من القلع، و كون الابتداء بحق لا يقتضى كون الاستداه كذا، إذ لم يحصل من المالك ما يقتضى الإذن فيها، كما فى العاريه التى تقدم الكلام فيها فى محله. و حينئذ فيندرج فى

قوله (عليه السلام) (١): «لا حق لعرق ظالم»

و لذا كان له جبره على القلع، ضروره كونه المتصرف فى مال الغير دون صاحب الأرض، فتأمل جيدا فإنه ربما دق.

على أنه لو كان المالك مستحقا لأرشه لانتجه وجوبه له حتى لو قلعه هو مع طلب الشفيح، إذ مع فرض استحقاقه له لا تفاوت فيه بين الامتناع و عدمه، بل لعله فى الثانى أولى.

ثم إن الأرش الذى يجب دفعه على الشفيح، إن كان هو تفاوت ما بين كونه مقلوعا و باقيا ففيه ما عرفت من أنه غير مستحق للبقاء عليه، فلا وجه لدفع عوض عما لا يستحقه.

و إن كان المراد به النقص الذى قد يحصل عليه بنفس القلع لا من حيث بقاءه ففيه أنه بعد أن كان مستحقا عليه على وجه لو باشره لم يتبع به الشفيح لا- معنى لاتباعه به بعد الامتناع، خصوصا إذا كان ذلك بمباشره الحاكم، فتأمل جيدا. على أن الأرش المزبور قد لا يحصل، كما إذا فرض عدم تفاوتها حال قلعها و حال قيامها، لأنها قلعت على وجه لم يحصل فيها عيب، و ظاهرهم لزوم الأرش للقلع.

و إن أريد به تفاوت ما بين كونها مقلوعه فعلا و مستحقه القلع واقفه ففيه أن ذلك متصور فى قلع غير المستحق لاحتمال عفو المستحق مثلا، فتزيد قيمتها بذلك حينئذ، أما مع قلع المستحق الذى تفوت معه جميع احتمالات البقاء الحاصله من احتمال رضاه فلا-وجه لفرض التفاوت فيه، نعم لو فرض أن للمالك الإبقاء بأجره قهرا على الشفيح اتجه حينئذ الأرش المزبور، و المفروض عدم ذكر أحد له وجهها فضلا عن القول به، فتأمل جيدا.

و أما النظر الذى ذكره الفاضل فى الثانى مع عدم رضا المشتري بالقيمه فلا ريب فى أن الأقوى توقف ذلك على الرضا، و ليس له أخذ البناء و الغرس بالقيمه قهرا على المالك.

و لكن فى الإيضاح أن جمهور أصحابنا على ذلك، و فى جامع المقاصد نسبته إلى الأكثر و إن كنا لم نتحقق ذلك، نعم فى المبسوط «قلنا للشفيح أنت بالخيار بين ثلاثه أشياء: بين أن تدع الشفعه، أو تأخذ و تعطيه قيمه الغرس و البناء، أو تجبره على القلع، و عليك قيمه ما نقص» و عن أبى على «كان الشفيح مخيرا بين أن يعطى قيمه ما أخذ من المشتري و بين أن يترك الشفعه» و لم نجد غيرهما.

و على كل حال فلا ريب فى ضعفه، بل هو مناف لأصول المذهب و قواعده، بل يمكن إرادته الشيخ أن ذلك مع الرضا.

و على كل حال فحيث تبدل قيمه باتفاقهما أو قهرا على المالك فعلى المختار يقوم غير مستحق للبقاء بأجره، بل مستحق القلع بلا أرش، و تدفع إلى المالك.

و على غيره ففى القواعد لم يقوم مستحقا للبقاء فى الأرض و لا مقلوعا، لأنه إنما يملك قلعه مع الأرش، بل إما أن يقوم الأرض و فيها الغرس

ثم تقوم خاليه، فالتفاوت قيمه الغرس، فيدفعه الشفيح أو ما نقص منه، أو يقوم الغرس مستحقا للترك بالأجره أو لأخذه بالقيمه إذا امتنعا من قلعه.

و نحوه فى الدروس، و لكن قال: «و هذا لا يتم إلا على قول الشيخ بأن الشفيح لا يملك قلعه، و أنه يجاب إلى القيمه لو طلب تملكه، و هو مشكل».

قلت: مضافا إلى أنه لا يقهر على الثانى منهما أيضا، فكل منهما غير مستحق إلا مع الرضا به، فلا وجه لملاحظته فى التقويم، بل قد ينقدح من ذلك الإشكال فى جعل الثانى من أحد وجوه التخيير، ضروره عدم انحصار وجوه التراضى فيه.

بل قد يشكل الوجه الأول من وجهى التقويم أيضا بأنه قد يكون لضميمه كل من الغرس و الأرض إلى الآخر باعتبار الهيئه الاجتماعيه دخل فى زياده القيمه، و ذلك بتمامه لا يستحقه المشتري، فكيف يكون ما عدا قيمه الأرض خاليه من مجموع القيمتين حقا للمشتري.

بل قد يشكل الثانى أيضا بأنه لا يتم على القول بوجوب دفع الأرش مع القلع، لأنه لا يملك طلب الأجره على الإبقاء، إذ القلع لا يسوغ إلا مع ضمان الأرش، فما دام لا يبذله فالإبقاء واجب عليه، و لا أجره له عليه.

و فى المسالك «أنه لا يقوم مستحقا للبقاء فى الأرض مجانا و لا مقلوعا مطلقا، لأنه إنما ملك قلعه مع الأرش فيقوم كذلك، بأن يقوم قائما غير مستحق للقلع إلا بعد بذل الأرش أو باقيا فى الأرض بأجره إن رضى المالك، فيدفع قيمته كذلك إلى المشتري، و إن اختار القلع فالأرش هو ما نقص من قيمته كذلك بعد قلعه» و لعله لا يخلو من شىء مع

التأمل فيما ذكرناه من أنه لا استحقاق له في البقاء.

و لو دفع الأجره فلا- أرش له من حيث البقاء، نعم قد يحصل فيه نقص بالقلع و قد لا- يحصل، كما لو فرض قلعه على وجه لا نقصان فيه عن حال قيامه، و حينئذ فلا أرش محقق بالقلع على القول به، و أما على المختار فلا يحتاج إلى شىء من ذلك. و قد تقدم تحقيق القول في الأرش في الغرس في الأرض المستعاره(١) و فيما لو جاء السيل بنخله شخص فغرسها في ملك الغير(٢) فلاحظ ما تقدم لنا في الكتب السابقة، و الله العالم.

و على كل حال فلو اختلف الوقت فاختر الشفيع قلعه في وقت أسبق تقصر قيمته عن قلعه في وقت آخر ليخف الأرش عليه فله ذلك إذ لا يجب عليه الإبقاء إلى أن يجىء الزمان الذى تكثر فيه قيمته، كما هو واضح.

و لو غرس المشتري أو بنى مع الشفيع أو وكيله فى المشاع على وجه يكون الغرس و البناء بالاذن المعتبر بأن كان الشفيع لا يعتقد الشفعه له، أو يتوهم كثره الثمن ثم تبين له الخلاف فأخذ الشفيع بالشفعه فالحكم كما إذا غرس أو بنى بعد القسمه.

و أما الثالث و هو النزول عن الشفعه الذى حكى عن المبسوط أنه قال: «لا كلام فيه» و فى جامع المقاصد «لا بحث فيه» و فى المسالك «هو واضح» فقد يشكل بأنه لا دليل على تسلط الشفيع على فسخ شفيعته بعد أن أخذ بها. كما هو المفروض فى موضوع المسأله.

نعم لو كان هذا التخيير قبل الأخذ لكان جواز النزول بمعنى ترك

١-١ راجع ج ٢٧ ص ١٧٥-١٧٨.

٢-٢ راجع ص ٢٠٩.

الأخذ بالشفعة واضحا لا بعد الأخذ، خصوصا لو رضى المشتري ببذل الغرس و البناء له مجانا و إن كان لا يجب عليه القبول، لما فيه من المنه.

و لكن أقصى ذلك أنه يجبره الحاكم على قلعه و على دفع الأجره مده الامتناع بل و على اجره القلع إن احتاج، و الله العالم.

و إذا زاد ما يدخل فى الشفعه تبعا كالودى المبتاع مع الأرض فيصير نخله أو الغرس من الشجر يعظم و كزياده أغصان الشجر و نحو ذلك مما هو نماء متصل بالعين التى تعلقت الشفعه بها فالزياده للشفيع بلا خلاف أجده فيه كما عن المبسوط، بل قيل: مراده نفيه بين المسلمين بل و لا إشكال، ضروره تبعيه ذلك للعين التى تعلق بها حق الشفعه.

نعم فى المسالك «الودى بكسر الدال المهمله بعد الواو المفتوحه و الياء المشدده أخيرا بوزن «غنى» فسيل النخل، و زاد بعضهم قبل أن يغرس، و لكن المراد هنا المغروس ليكون تابعا للأرض، أما غير المغروس فلا شبهه فى عدم تبعيته للأرض فى الشفعه».

قلت: هو كذلك إذا كان مطروحا على وجه الأرض، أما إذا كان نابتا فى أسفل النخله مثلا و لكن لا يكون نخله حتى يقلع منها ثم يغرس فدعوى عدم تبعيته للأرض فى الشفعه محل منع، خصوصا مع فرض كون عنوان الشفعه البستان و الحائط، كما فى بعض نصوص الجمهور^(١) الذى انجبر بعمل الأصحاب. ضروره دخول ذلك و نحوه فيه، نعم لو تجدد فسيل بعد البيع لم يكن للشريك الشفعه فيه، لعدم دخوله فى المبيع.

و أما ما يبس من أغصان الشجر أو سعف النخل بعد الابتاع و تعلق حق الشفعه به فلا يبعد بقاؤها فيه حتى لو قطع منها، للأصل،

و لأنه كالأحجار المنقضة من الدار، و كذا كل ما كان كذلك من الكرب و نحوه.

و توهم كونه من النماء المنفصل فيختص به المشتري يدفعه فرض تعلق حق الشفعة به حال الابتاع و لا دليل على زواله، نعم لو كان كذلك حال الابتاع أمكن منع الشفعة فيه لكونه منقولاً أو بحكمه حال الابتاع، فلا يتعلق به حق الشفعة، بل يكون حينئذ من ضم المشفوع إلى غير المشفوع، و الله العالم.

هذا كله فى النماء المتصل على الوجه المزبور.

أما النماء المنفصل المتخلل بين العقد و الشفعة كسكنى الدار و ثمره غير النخل بل و النخل بعد التأبير فهو للمشتري بلا خلاف بل و لا- إشكال، ضروره أنه نماء ملكه و إن كان متزلزلاً، على أنه ليس من متعلق البيع الذى ثبت فيه حق الشفعة، فهي حينئذ للمشتري و إن بقيت على الشجره، لأنها بحكم المنفصل.

نعم لو حمل النخل بأن حصل فيه الطلع بعد الابتاع فأخذ الشفيع قبل التأبير قال الشيخ (رحمه الله) فى محكى المبسوط:

فيه قولان: أولاهما أن الطلع للشفيع لأنه بحكم السعف كما يومئ إليه اندراجه فى بيع البستان، و لعله لذا يحكى عن الفاضل فى التذكرة أنه قوى الدخول فى الشفعة فيما إذا كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء ثم أخذه الشفيع قبل التأبير.

و لكن الأشبه بأصول المذهب و قواعده اختصاص هذا الحكم بالبيع (١١) لدليله الذى قد عرفت الحال فيه فى محله، فلا يلحق به الشفعة.

و أبعد من ذلك ما يحكى عنه أيضا فيه و فى الخلاف من أنه إذا باع النخل منضمًا إلى الأرض و هو مثمر و شرط الثمره فى البيع كان للشفيع أخذ ذلك أجمع، لعموم الأخبار، و نحوه ما سمعته من التذكرة فى غير المؤبر.

و فيه أن الفرض تخصيص عمومها بغير المنقول الذى منه الثمره و إن بقيت عليه إلى أوان بلوغها، و حينئذ فهو من بيع المشفوع و غير المشفوع الذى قد عرفت أخذ الشفيع له بما يخصه من القيمة، و كذا الحال فى كل ما كان نحو الثمره فى الاستعداد للنقل.

و على كل حال فالمشترى يستحق بقاء الثمره إلى وقت أخذها مجانا بلا خلاف أجده، و هو إن تم إجماعا كان الحجج، لا ما ذكره من أن له أمدًا ينتظر، و ستعرف الكلام فى الزرع الذى هو نحو ذلك، و الله العالم و الهادى.

و لو باع شقصين من دارين مثلا فان كان الشفيع واحدا فأخذ منهما أو ترك جاز، و كذا إن أخذ من إحداهما و عفا عن شفيعته من الدار الأخرى.

و ليس كذلك لو عفا عن بعض شفيعته من الدار الواحد ضروره وضوح الفرق بينهما و إن كان الداران ملكا لواحد و المشترى واحدا، بأن الشركه فى أحد الشقصين سبب غير الشركه فى الآخر فلا تكون الشفعه فيهما واحده بخلاف الدار، فان سبب الشركه فيها واحد كما أشرنا إلى ذلك عند البحث فى عدم جواز تبعض الشفعه، فلاحظ، و الله العالم.

و لو بان الثمن الذى دفعه المشترى مستحقا للغير فان كان الشراء بالعين و لم يجز المالك فلا شفيعه، لتحقق

البطلان بالبيع الذى هو سبب استحقاق الشفعه. و إن كان الثمن فى الذمه ثبتت الشفعه، لثبوت الابتاع و إن فسد الوفاء بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك و لا إشكال، و الله العالم.

و لو دفع الشفيع الثمن للمشتري فبان مستحقا بعد أن كان الشفيع جاهلا به لم تبطل شفيعته على التقديرين أى كون ثمن المشتري معينا أو مطلقا، ضروره كون البيع صحيحا و هو سبب الشفعه، إذ المستحق هو ما دفعه الشفيع لا المشتري، أو أن المراد تقديري أخذ الشفيع الشفعه بالثمن المستحق بأن قال مثلا: تملك الشقص بهذه الدراهم أو المطلق الذى رضى المشتري به فى ذمته، فقال: تملكته بعشره دراهم، ثم دفع المستحق وفاء.

و لعله أولى ليوافق ما فى غيره من كتب الأصحاب، و الأمر سهل بعد وضوح الحكم، و هو عدم البطلان، لأن المفروض جهله، فلا ينافى ذلك الفوريه على كل تقدير، و إنما يجب عليه الفور بعد العلم.

نعم فى الدروس «إنها تبطل إذا علم الشفيع باستحقاق الثمن إذا جعلناها فوريه» و لا بأس به بناء على ما ذكرناه من كون الأخذ بالشفيعه لا يكون إلا بعد دفع الثمن، أو أنه جزء المملك.

لكن فى المسالك «و لو كان عالما ففى بطلانها وجهان مبيان على أن المملك يحصل بقوله: أخذت أو به و بدفع الثمن، فعلى الأول لا يضر لحصول المملك، و على الثانى يحتمل البطلان، لمنافاته الفور، و الصحه لأن المعتبر فوريه الصيغه، و الأصل عدم اعتبار غيرها».

و لا يخفى عليك ما فى الأخير، ضروره كون المراد فوريه نفس الشفعه لا الصيغه المفروض كونها جزء مملك، و لذا جزم بالبطلان مع ذلك الكركى.

ثم قال: «و ربما فرق مع العلم بين كون الثمن معيناً و مطلقاً، لأنه مع التعيين يلغو الأخذ فينافى الفوريه، بخلاف المطلق، فإن الأخذ صحيح، ثم ينفذ الواجب بعد ذلك».

قلت: لا ينبغي التأمل في الصحه مع الإطلاق إذا رضى المشتري بكونه فى ذمته ثم دفع المستحق للغير، أما الإطلاق بمعنى أنه قال فى مجلس الشفيعه: أخذت بعشره دراهم مثلاً- ثم دفعها فى المجلس فالظاهر البطلان معه أيضاً، لفوات الفوريه بالمعنى الذى ذكرناه.

ثم قال: «و الوجهان آتيان فى بطلان الأخذ، و يفتقر إلى تمليك جديد أم يصحح و الثمن دين عليه، و الأظهر الثانى مع الإطلاق». و فيه ما عرفت، و الله العالم.

و لو ظهر فى المبيع عيب حال البيع فأخذ المشتري أرشه لاختياره ذلك أو لانحصار الحق فيه لإحداثه فى المبيع حدثاً يمنع الرد أخذه الشفيع بما بعد الأرش الذى هو كالجزم منه، فالثمن حينئذ هو الباقي بعد الأرش فيأخذ به الشفيع.

و إن أمسكه المشتري معيباً و لم يطالب بالأرش أخذه الشفيع بالثمن أو ترك لأن الثمن هو ما جرى عليه العقد، كما ذكر ذلك غير واحد، لكنه لا يخلو من نظر تعرفه عند تحقيق المسأله فيما يأتى إنشاء الله تعالى، و الله العالم.

[مسائل ست]

[المسألة الأولى لو قال اشترت النصف بماء فترك ثم بان أنه اشترى الربع بخمسين لم تبطل الشفعة]

الأولى قد عرفت فيما سبق أن من الأعدار التي لا تسقط معها الشفعة على القول بفوريته ما لو قال المشتري مثلا اشترت النصف بماء فترك الشفيع الأخذ بها ثم بان أنه اشترى الربع بخمسين فإنه إذا كان كذلك لم تبطل الشفعة وإن كان هو مقتضى التقسيط الموافق للاخبار المفروض كذبه، لأصالة بقائها بعد عدم دليل على بطلانها بغير الإهمال رغبه عنها بعد معرفه الواقع.

و كذا لو قال: «اشترت الربع بخمسين» فترك ثم بان أنه اشترى النصف بماء لم تبطل شفيعته، لأنه قد لا يكون معه الثمن الزائد وقد لا يرغب في المبيع الناقص فلم يتحقق الإهمال المزبور الذي هو عنوان سقوطها، فيبقى أصاله بقائها بحاله، كما تقدم تحقيق ذلك كله و بيان الضابط فيه و أصل الحكم بذلك، فلاحظ و تأمل.

نعم لو علم أن عدم الأخذ بها لا من حيث كثره الثمن أو قله المبيع بل رغبه عنها على كل حال فالظاهر السقوط. و من هنا يتجه للمشتري اليمين على الشفيع لو ادعاه بذلك.

كما يتجه بقاؤها مع الشك في الحال لموت الشفيع مثلا، ضروره أنه بناء على ما ذكرنا متى قام احتمال العذر لوجود الغرض المعتد به عند

العقلاء و يمكن استناد الترك إليه كفى فى استصحاب بقائها. و لعل عبارته المصنف و غيره موافقه لذلك و إن كان قد يحتمل القول بأن الشفعه على خلاف الأصل، و المتيقن ثبوتها مع كون الترك لعذر و إلا سقطت، لكن الأول أقوى و أوفق بإطلاق الأدله، و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا بلغه البيع فقال أخذت بالشفعه فإن كان عالما بالثمن صح]

المسأله الثانيه إذا بلغه البيع فقال: «أخذت بالشفعه» فإن كان عالما بالثمن صح و ترتب الأثر عليه و إن قلنا بتوقف الملك على دفع الثمن أو الرضا بالصبر به، إذ المراد بالصحه ما يشمل التأهل لترتب الأثر كصحه الأجزاء.

و إن كان جاهلا لم يصح و إن علم بعد ذلك و دفع ف- لو قال حينئذ «أخذت بالثمن بالغا ما بلغ» لم يصح مع الجهاله تفصيا من الغرر كما لو قدم المشتري مثلا على الشراء بالثمن المجهول و رضى به، فان الدخول على تحمل الغرر لا يرفع حكم المترتب عليه من بطلان المعاوضه مع وجوده، و الفرض أن الشفعه بمعنى المعاوضه، لأنه يأخذ بالثمن الذى بيع به. و من هنا اشترط علمه به حين الأخذ حذرا من الغرر اللازم على تقدير الجهل، لأن الثمن يزيد و ينقص، و الأغراض تختلف فيه قله و كثره.

هذا خلاصه ما فى المسالك و الروضه و جامع المقاصد، بل و المصنف و غيره ممن علل الحكم بالغرر.

بل لعله لذلك اشترط أيضا العلم بالثمن فى جامع المقاصد و الروضه

و محكى التذكرة و إن كنا لم نجده لغيرهم، نعم ذكر الشيخ و أبو الصلاح و الفاضلان و الشهيدان و الكركى و الكاشانى على ما حكى عن بعضهم اشتراط العلم بالثمن.

بل قيل: إنه لم يذكر هذا فضلا عن الأول فى المقنع و المقنعه و النهايه و الوسيله و الغنيه و المهذب و المراسم و فقه القرآن و السرائر و النافع و التبصره، بل فى مجمع البرهان لا دليل عليه من عقل و لا نقل إلا أن يكون إجماعا.

قلت: هو كذلك بعد عدم ثبوت عموم النهى عن الغرر أولا، و عدم ثبوت كونها معاوضه ينافيها الغرر ثانيا.

نعم قد يقال: إن الشفعه على خلاف الأصل و المتيقن من شرعيه الأخذ بها إن لم يكن المنساق من نصوصها هو حال العلم بالثمن، مضافا إلى ما عرفت من اعتبار دفعه فى التملك بها، و مع عدم العلم به لا طريق إلى دفعه، و احتمال الاجتزاء بدفع ما يعلم فيه الثمن لا يكفى فى قطع الأصل المزبور.

لكن ذلك كله لا يقتضى اشتراطه على كيفية اشتراطه فى البيع بحيث لا يجدى قول: «أخذت بالشفعه» و إن علم به بعد ذلك و دفعه. اللهم إلا أن يدعى ظهور

قوله (عليه السلام) (١): «فهو أحق بها من غيره بالثمن»

و «ليس له إلا الشراء و البيع الأول» (٢)

فى ذلك.

و لكنه واضح المنع، ضروره أن أقصاه اعتبار دفع الثمن لا العلم به حال الأخذ.

و بالجمله فالذى يمكن استفادته من الأدله عدم الشفعه مع فرض

١-١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

الجهل به على وجه لا يتحقق أنه أخذ بالثمن و بالشراء الأول لموت البائع و المشتري و لا بينه أو لغير ذلك، و هو الذى تسمعه فيما يأتى من المصنف و غيره من كون الجهل مسقطا للشفعه أما غيره فلا.

و لعله لذا ترك اشتراطه من عرفت على وجه يظهر منه عدم اشتراطه و لو بملاحظه ذكره غيره من الشرائط، و أنه فى مقام البيان، و قاعده حجيه مفهوم اللقب فى عبارات الفقهاء، بل من تعرض لذلك اقتصر أكثرهم على ذكر ذلك فى الثمن دون المضمن.

و لكن مع ذلك فالاحتياط لا ينبغى تركه، خصوصا بعد ما عرفت من أنها على خلاف الأصل، و الله العالم.

[المسأله الثالثه يجب على الشفيع تسليم الثمن أولا]

المسأله الثالثه قد عرفت سابقا أنه يجب على الشفيع تسليم الثمن أولا، فإن امتنع الشفيع لم يجب على المشتري التسليم حتى يقبض لما تقدم سابقا من توقف حصول الملك عليه مع طلب المشتري له، فلا- حق حينئذ للشفيع قبله و إن قال: «أخذت بالشفعه».

نعم قد يشكل ذلك بناء على حصول الملك بالقول المزبور بأن الشفعه معاوضه أو كالمعاوضه يعتبر فيها التقابض لا تقديم الثمن أولا- و إن قيل: إن ذلك لجبر وهنه بالأخذ منه قهرا، بخلاف البيع المبني على التراضى من الجانبين، فلم يكن أحد المتعاضين أولى من الآخر بالبدء فيتقابضان معا مع أنه قد قيل بوجوب تسليم البائع أولا فيكون هنا أولى.

إلا أن ذلك كله كما ترى لا يوافق أصول الإماميه، بل مقتضى القول

المزبور تسليم المشتري الشقص أولاً، ضروره كونه الذى هو بمنزله البائع للشفيع، اللهم إلا أن يريد بذلك أصل الابتداء من أحدهما لا التقابض والله العالم.

[المسأله الرابعه لو بلغه أن المشتري اثنان فترك الشفعه فبان واحدا لم تبطل الشفعه]

المسأله الرابعه:

لو بلغه أن المشتري اثنان فترك الشفعه لذلك فبان واحدا أو واحد كذلك فبان اثنان أو بلغه أنه اشترى لنفسه فبان لغيره أو بالعكس لم تبطل الشفعه ل- ما عرفت من اختلاف الغرض فى ذلك عند العقلاء، وقد عرفت الضابط وغيره مما يتعلق بذلك. و ما أدرى ما الذى دعا المصنف إلى عدم نظم هذه الأمثله كما صنع الفاضل فى القواعد؟ مع أن كتابه مبنى على التهذيب، والله العالم.

[المسأله الخامسه إذا كانت الأرض مشغوله بزراع يجب تبقيته]

المسأله الخامسه:

إذا كانت الأرض مشغوله بزراع على وجه شرعى يجب على الشفيع تبقيته إلى أوانه مجاناً كما فى القواعد و التذكرة و التحرير و الدروس. قيل: لأنه تصرف بحق، إذ المفروض أنه تصرف بعد القسمه الشرعيه أو بالإذن مع الإشاعه و له أمد ينتظر، فتكون مدته كالمنفعه المستوفاه للمشتري و لا كذلك الغرس و البناء، فإنه لا أمد لهما ينتظر فيه القلع.

و لكنه كما ترى لا يرجع إلى دليل معتد به شرعاً، خصوصاً إذا كان

الزراع بعد القسمه على الوجه الشرعى فأخذ الشفيع بالشفعه، فإنه لم يكن إذن من الشفيع بالزراع حتى يكون كالعاريه التى قد عرفت البحث فيها سابقا.

و دعوى كونه حينئذ كالمشترى للأرض ذات الزراع يدفعها- بعد التسليم- إمكان منع الحكم فى المشبه به إذا لم يكن عرف يقتضى ذلك على وجه يكون كالشرط المضمّر.

على أن مقتضى ما ذكره من الأمد عدم تسلط الشفيع على فسخ الإجاره لو وقعت من المشترى، لأن لها أوانا ينتظر.

و لعله لذا قال فى جامع المقاصد «لو آجر المشترى إلى مده فأخذ الشفيع فهل له فسخ الإجاره من دون ترجيح» و لكن لا يخفى عليك ما فيه خصوصا مع فرض طول مده الإجاره.

و بالجمله فهذه اعتبارات لا- توافق أصول الإماميه، و من هنا كان المحكى عن جامع الشرائع أنه يجبر المشترى على القلع بعد ضمان الأرش كالغرس.

قلت: بل المتجه بناء على ما ذكرنا عدم الأرش و إن كان لم نجد القائل به، و الله العالم.

و على كل حال ف فى الإرشاد و كذا الدروس و محكى المبسوط و شرح الإرشاد للفخر أن الشفيع بالخيار بين الأخذ بالشفعه فى الحال و بين الصبر حتى يحصد، لأن له فى ذلك غرضا، و هو الانتفاع بالمال و الفرض تعذر الانتفاع بالأرض المشغوله فلا يجب عليه بذل الثمن الموجب للانتفاع به من غير مقابل، فيجوز له حينئذ تأخير الأخذ، لأن تعجيله ملزوم لتعجيل الثمن.

و فى المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد و محكى التذكرة و ظاهر التحرير

لا- يجوز له التأخير، و فى المسالك لا يخلو من قوه، لأن الشفعه على الفور و مثل ذلك لا يثبت عذرا، كما لو بيعت الأرض فى غير وقت الانتفاع، فإنه لا يجوز تأخير الأخذ إلى وقته إجماعا.

و لعله لذلك قال المصنف و كذا الفاضل فى القواعد و فى جواز التأخير مع بقاء الشفعه تردد.

و لكن لا يخفى عليك قوه الأول، لأن الشفعه و إن كانت على خلاف الأصل إلا أنه بعد تعلقها يكون مقتضى الأصل بقاؤها بعد عدم دليل على الفوريه على وجه ينافى ذلك، خصوصا بعد ما سمعت ما ذكروه من الأعذار التى لا تنطبق إلا على إرادته سقوطها مع إهمالها رغبه عنها لا مع الغرض المعتد به عند العقلاء.

و كذا الكلام فى ذى الثمره التى يجب بقاؤها أيضا إلى قطفها، اللهم إلا- أن يقال: إن الثمر لا يمنع الانتفاع بالمأخوذ هنا فلا عذر، و الله العالم.

[المسألة السادسة إذا سأل البائع الشفيع الإقاله فأقاله لم يصح]

المسألة السادسة قد عرفت فيما تقدم أيضا أنه إذا سأل البائع الشفيع الإقاله أو بالعكس فأقاله لم يصح، لأنها إنما تصح بين المتعاقدين و هما البائع و المشتري دون الشفيع الذى يأخذ من المشتري، كما هو واضح، و الله العالم.

[المقصد الرابع فى لواحق الأخذ بالشفعه]

إشاره

المقصد الرابع فى لواحق الأخذ بالشفعه

[مسائل]

[المسأله الأولى إذا اشترى المشتري بئمن مؤجل قال الشيخ للشفيع أخذه بالئمن عاجلا]

الأولى:

إذا اشترى المشتري ما فيه الشفعه بئمن مؤجل قال الشيخ فى المبسوط و الخلاف و أبو على و الطبرسى فيما حكى عنهما:

للشفيع أخذه بالئمن عاجلا و له التأخير و أخذه بالئمن فى محله و هو المحكى عن أبى حنيفه و الشافعى فى الجديد، لاختلاف الذمم فى ذلك، فيجب إما التعجيل و إما الصبر إلى وقت الحلول، و لا ينافى ذلك الفوريه بعد أن كان التأخير لغرض معتد به عند العقلاء و ليس هو للربغه عن الشفعه.

و لكن قال الشيخ فى النهايه: يأخذه أى الشفيع الشقص من المشتري عاجلا و يكون الثمن عليه إلى وقته حتى لو مات المشتري و حل ما عليه و إن احتمل حلوله على الشفيع حينئذ، لكنه واضح الضعف لما ستعرف. و و إنما يلزم كفيلا- بالمال إن أرادته المشتري و لم يكن هو وفيا مليا

و هو أشبه عند المصنف و كافه من تأخر عنه، بل هو المحكى أيضا عن المقنعه و المهذب و الغنيه و السرائر، بل فى الخلاف نسبته إلى قوم من أصحابنا مشعرا بوجود القائل فيه غير المفيد ممن تقدم، و أنه قوى، لأن حق الشفعه على الفور، فترك الطلب إلى الأجل مناف له، و أداء الثمن فى الحال زياده صفه فى الثمن لا يلزم بها الشفيع.

فالقول الأول حينئذ يستلزم أحد محذورين، إما إسقاط الشفعه على تقدير ثبوتها أو إلزام المشتري بزياده لا موجب لها، و كلاهما باطلان.

بيان الملازمه أنه لو جوزنا له التأخير لزم الأمر الأول، و المفروض أنها على الفور على ما اعترف به الخصم، و إن لم نجوز له التأخير ألزمناه بزياده صفه، و هى تعجيل الثمن من غير موجب.

بل ظاهر

قوله (عليه السلام) (١): «هو أحق بها من غيره بالثمن»

إرادته المماثله بعد معلوميه عدم إرادته نفس الشخص، و لا- تتحقق إلا بالمساواه فى الأجل، و عدم تساوى الذمم الذى ذكره الخصم لا يقتضى ما عرفت من التخيير، لإمكان التخلص بالكفيل الوفى الملى مع فرض عدم كون الشفيع كذلك، فتبقى الشفعه حينئذ على الفور بعد سقوط العذر بما عرفت.

هذا و لكن فى الرياض المناقشه بأن الخبر المزبور لم يدل إلا على عدم وجوب تعجيل الثمن على الشفيع، و هو لا يستلزم وجوب الأخذ بالشفعه حالا إلا على تقدير اعتبار الفوريه، و المفروض عدمه، فالمتجه على هذا التخيير بين الأمرين اللذين ذكرهما فى المبسوط و الخلاف و بين ما ذكره الأصحاب، و هو فى غايه القوه إن لم يكن إحداث قول ثالث فى المسأله.

قلت: لكن فيه أنه لا وجه حينئذ لجواز التأخير بعد فرض مشروعيه

الشفعة بالآجل، ضروره إمكان الفور بالشفعة بلا ضرر على الشفيع.

و لا وقع لقوله:

«و المفروض عدمه» ضروره أن الاشكال على القول بالفوريه، لا على التراخي الذى يمكن معه تأخير الشفعة إلى وقت الحلول، و ما سمعته من الدليل مبنى على الفور، و الشيخ (رحمه الله) جعل التأخير للعذر الذى لا ينافى الفوريه الذى هو قد اعترف به.

نعم على التراخي يتجه البحث أيضا فى أن له الشفعة معجله مع بقاء الثمن فى ذمته إلى الأجل أولا، بل يؤخرها إلى الأجل، لأن الذمم غير متساويه. و بالجمله ما ذكره فى غايه السقوط على القول بالفوريه.

كما أنه قد يناقش المشهور بمنافاته لما سمعته منهم من وجوب دفع الثمن أولا، لتوقف استحقاق الشفعة عليه، أو لأنه جزء مملك أو شرط كاشف، أو لأن ذلك حكم تعبدى للشفعة و إن لم يتوقف عليه الملك.

و احتمال اختصاص ذلك بغير المؤجل مجرد تهجس لا يساعد عليه شىء من الأدله التى هى - مضافا إلى إطلاق أدله الشفعة -

قوله (عليه السلام) (١): «هو أحق بها من غيره بالثمن»

و ما فى المكاتبه (٢) من أنه «ليس للشفيع إلا الشراء و البيع الأول»

و خبر على بن مهزيار (٣) المشتتمل على بطلان الشفعة بالتأخير عن الثلاثه أيام فى المصر، و فى غيره بعد مضى مقدار الذهب و الإياب إليه كما عرفته سابقا، و ليس فى شىء منها تعرض للثمن المؤجل.

على أن مقتضى ذلك اختلاف كيفية التملك بالشفعة فى المؤجل و غيره و النصوص كادت تكون صريحه فى اتحاد كفيتهما.

١-١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب الشفعة - الحديث ١.

١-٢ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب الشفعة - الحديث ١.

١-٣ الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب الشفعة - الحديث ١.

و أيضا لو كان المراد من الثمن فى النصوص المزبوره ما يشمل المؤجل لكان المتجه اعتبار جميع ما يذكر شرطا فيه بين المشتري و البائع من المكان و الرهن و الكفيل و غير ذلك، إذ لا- فرق بين اشتراط الزمان لأدائه و اشتراط غيره من المكان و نحوه مما يرجع إليه، و لا أظن أحدا يلتزمه.

و أيضا إذا فرض شمول النصوص المزبوره للمؤجل على أجله فلا وجه للمطالبه بالكفيل بعد عدم ثبوت الحق، و دعوى اختلاف الذمم فى ذلك لا- ترجع إلى دليل معتبر يوافق أصول الإماميه بحيث يقطع به إطلاق الأدله و يسقط الحق الثابت منها مع فرض تعذر الكفيل عليه، خصوصا مع العلم بحال الشفيع، و إنما يناسب هذه الاعتبارات مذاق العامه القائلين بذلك، كأحمد و مالك و الشافعى فى القديم.

و أيضا يتجه عليه أنه لا يجب على المشتري قبوله فضلا عن البائع لو بذله الشفيع حالا، لتعذر الكفيل عليه مثلا، كما لا يجب على البائع قبوله من المشتري كذلك، إذ الأجل حق لهما، و يمكن أن يكون للمشتري غرض بالتأخير، و ظاهر المفيد بل صريحه فى المقنعه التزامه ذلك.

و لكن لا يخفى ظهور كلامهم فى غيره، و استشكله فى الرياض بناء على مذهب المشهور ثم قال: «و لا يبعد اللزوم عليه التفاتا إلى أن الحكم بالتأجيل فى حق الشفيع إنما هو مراعاة لحقه و استخلاص له عن لزوم التعجيل به، فإذا أسقط حقه و تبرع بالتعجيل فلا موجب للمشتري عن عدم قبوله مع دلالة الإطلاقات على لزومه».

قلت: مع فرض دلالة الإطلاق على ذلك لم يكن وجه لجواز شفيعته مؤجلا، ضروره أن مبنى ذلك كما عرفت دعوى ظهور قوله (عليه السلام):

«بالثمن» فى المماثلة حتى بالتأجيل، و حينئذ يكون الأجل بالنسبه إليه

كالأجل بالنسبة للمشتري، و إن كان الأقوى ما عرفت من ظهور الأدله فى اعتبار الحلول فى الثمن فى مشروعيه الشفعه عندنا.

و إنما كلامنا على المشهور الذى مقتضاه أن للمشتري عدم القبول و إن بذله الشفيع و إلزامه بالكفيل.

و فيه ما عرفت، مضافا إلى منافاته للإرفاق بالشفيع الذى ثبتت له الشفعه مراعاة للضرر عليه، و لا ريب فى حصول كمال الضرر عليه بإلزامه بالكفيل و عدم قبول الثمن حالا منه على وجه تسقط شفيعته إن لم يتيسر له ذلك.

و أيضا قد عرفت أن الشفعه على خلاف الأصل، و المتيقن من ترتب الأثر على الأخذ بها مع دفع الثمن فعلا، بل إن لم يكن إجماع على كفايه الصبر من المشتري فى ثبوته فى ذمه الشفيع أمكن المناقشه فى ثبوتها فيها على وجه يكون دينا له على الشفيع و يملكه بالإيجاب من الشفيع خاصه.

و على كل حال فقد ظهر لك من ذلك كله أن المتجه حينئذ اعتبار الحلول عليه متى أخذ بالشفعه لئتم ملكه للشقص، و لظاهر

قوله (عليه السلام) (١): «أحق بالثمن»

و المراد منه من حيث المقدار، و خبر ابن مهزيار (٢) و غير ذلك مما أشرنا إليه.

نعم هل يكون التأجيل للمشتري عذرا للشفيع لو أراد التأخير بشفعته من حيث الزيادة له بناء على الفوريه؟ و جهان لا يخلو أولهما من قوه بناء على ما تكرر منا غير مره من أن مقتضى إطلاق الأدله ثبوت حق الشفعه على الدوام، و الضرر على المشتري بذلك هو الذى أدخله على

نفسه بشرائه ما فيه الشفعه غير ملاحظ لما يسقطها، و لكن للإجماع

١- ١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

المحكى أو غيره قلنا بسقوطها مع الإهمال رغبه عنها من حيث كونها كذلك لا لغرض معتد به عند العقلاء، و بعد تسليم عدم كون ذلك عذرا مجوزا للتأخير لا مدخل له فيما ذكرناه من أن الشفعه على الحلول مطلقا.

و حينئذ فكلام الشيخ (رحمه الله) قد تضمن أمرين لا مدخلية لأحدهما فى الآخر، و الله العالم.

[المسأله الثانيه الشفعه تورث]

المسأله الثانيه قال المفيد و المرتضى (رحمهما الله) و أبو على و الشيخ فى بيع الخلاف و ابن إدريس و يحيى بن سعيد و الآبى و الفاضل و الشهيدان و الكركى و المقداد و ابن فهد و الصيمرى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم:

إن الشفعه تورث و لو للإمام (عليه السلام) سواء طالب المورث أو لا إذا لم يكن ذلك إسقاطا، بل ظاهر المرتضى و عن صريح السرائر الإجماع عليه، لعموم الأدله كتابا(١) و سنه(٢) سيما

المرسل(٣) فى المسالك و غيرها عنه (صلى الله عليه و آله) «ما ترك الميت من حق فهو لوارثه»

المندرج فيه حق الخيار بلا خلاف. بل قيل: إنه متفق عليه،

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٧.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١ و ٢ و غيرهما- من أبواب موجبات الإرث من كتاب الموارث.

٣- ٣ لم نعثر على مصدر لهذا المرسل فى كتب الأخبار للخاصه و العامه، و انما اشتهر على ألسنه الفقهاء و ذكر فى المجامع الفقيهيه: و الموجود «من مات و ترك مالا- فلورثته» أو «فللوارث» كما فى الوسائل- الباب- ٣- من أبواب ولاء ضمان الجريه و الإمامه- الحديث ٤ و ١٤. و مسند احمد ج ٢ ص ٢٩٠ و ٤٥٣ و ٤٥٦ و ج ٣ ص ٢٩٦ و ٣٧١ و ج ٤ ص ١٣١.

و كذلك حق القذف و غيره مما هو كالشفعه، و تجدد ملك الوارث لا ينافى أخذ ما استحقه مورثه.

و لكن مع ذلك قال الشيخ فى النهايه و محكى الخلاف هنا و المهذب و الوسيله و الطبرسى لا تورث بل عن المبسوط نسبتته إلى الأكثر تعويلاً على روايه محمد بن يحيى عن طلحه بن زيد (١)

عن جعفر بن أبيه عن على (عليهم السلام) أنه قال: «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم، و قال: إن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: لا يشفع فى الحدود، و قال: لا تورث الشفعه».

و لكن هو أى طلحه بن زيد بترى بل قيل: إن محمد بن يحيى غير معروف و إن كان فيه أن الظاهر كونه الخزاز، بل قيل: إن الظاهر عد حديث طلحه من القوى أو الموثق لأن كتابه معتمد و داخل تحت إجماع العده و أن صفوان يروى عنه، إلا أن ذلك غير مجد بعد إعراض من عرفت عنه و تحقق خلاف الأكثرية المحكية.

و من هنا كان الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده التى منها عدم الخروج بمثله عن العمومات، خصوصاً بعد رجوع الشيخ فى الخلاف إلى الأول فى كتاب البيع المتأخر عن الشفعه، و معلوميه كون النهايه متون أخبار و روايه الصدوق له أعم من عمله به، كما لا يخفى على من لاحظ كتابه.

فينحصر الخلاف حينئذ فى نادر، و خصوصاً بعد إضماره و موافقته للمحكى عن الثورى و أبى حنيفه و أحمد، و لذا قال المصنف تمسكاً بعموم الآيه.

فمن الغريب بعد ذلك كله ميل المقدس الأردبيلي إلى العمل أو قوله به، والله العالم.

[المسألة الثالثة الشفعة تورث كالمال]

المسألة الثالثة وهى أى الشفعة بناء على أنها تورث كالمال تقسط على النصيب لا الرؤوس فلو ترك زوجته مثلا و ولدا فللزوجه الثمن و للولد الباقي بلا- خلاف أجده فيه بيننا و إن توهم ذلك من عباره المبسوط، قال: «فمن أثبت الميراث فى الشفعة ورثه على فرائض الله، فان خلف زوجته و ابنا كان لها الثمن و الباقي لابنه، و على هذا أبدا عند من قسمه على الأنصباء، و من قسمه على الرؤوس جعله بينهما نصفين» و الظاهر أنه أراد العامه.

قال فى محكى التذكرة: «اختلفت الشافعيه، فقال بعضهم: إن الشافعى قال: إنها على عدد الرؤوس، و نقله المزنى عنه، و قال بعضهم:

هذا لا يحفظ عن الشافعى، فإن الجماعه إذا ورثوا أخذوا الشفعة بحسب فروضهم قولا واحدا، لأنهم يرثون بالشفعة عن الميت، لا أنهم يأخذونها بالملك».

لكن فى المختلف بعد أن ذكر ما فى المبسوط قال: «إن كلامه الأخير يصير المسألة خلافية».

و على كل حال فلا خلاف محقق و لا إشكال، ضروره أنه مقتضى ثبوتها بالإرث القسمة على النصيب كغيرها من الموروث، و ليس ثبوتها

بالشركة، و لذا أثبتتها من لم يقل بالشفعة مع الكثرة كما أوما إليه في الدروس و غيرها.

قال: «ليس هذا مبنيًا على الكثرة، لأن مصدرها واحد، فتقسم على السهام- ثم قال:- و لك أن تقول هل الوارث يأخذ بسبب أنه شريك أم يأخذ للمورث ثم يخلفه فيه؟ فعلى الأول يتجه القول بالرؤوس و على الثاني لا».

و من الغريب بعد ذلك كله ما في الرياض من دعوى «أن الحجج على ذلك غير واضحة عدا ما استدلوا به لإثبات أصل المسألة من عمومات الإرث، و هو حسن إن بلغ درجه الحجج كما ظنوه، و إلا- كما ذكره بعض الأجله، و لعله لا يخلو من قوه- ففيه مناقشه، و الأصل يقتضى التسويه، لكن المخالف لهم غير معروف و إن ذكروه قولاً و الظاهر أنه من العامه كما يستفاد من جماعه».

و فيه أنه مع فرض عدم تناول أدله الإرث لذلك لا شفعه أصلاً للوارث الذى تجدد ملكه بعد حصول البيع و إن كانت ثابتة للمورث، لكن الفرض عدم تناول أدله الإرث لذلك، فليس حينئذ إلا الشركة المتجدده و هى لا تقتضى الشفعه، كما هو واضح.

ثم إن ذكر الزوجه فى المتن و غيره لبيان أنها لا تحرم من الشفعه و إن حرمت من بعض الأشياء، بل قد يقال: إنه لبيان أنها ترث الشفعه فى العقار و إن لم تكن ترث من الشقص الذى استحق به المورث الشفعه، فهى تشارك الورثه فى الشفعه دون الشقص الذى انتقل إليه من المورث، فان استحقاقهم الشفعه ليس للشركة، ضروره تجدد ملكهم، بل هو للإرث المشترك بينهم و بينها فى سببه المستفاد من الكتاب (١) و السنه (٢).

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٧.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١ و ٢ و غيرهما- من أبواب موجبات الإرث من كتاب الموارث.

اللهم إلا- أن يقال: إنها تمنع من الإرث للعقار و للحق المتعلق به المقتضى لانتقاله أيضا، خصوصا مع ملاحظه ما رود(١) من حكمه منعها من الإرث منه مؤيدا بأن إرث الشفعه إنما يكون بارث سببه، و الفرض عدم إرثها فى الشقص الذى هو سببها. إلا أن الجميع كما ترى.

و عليه قد يتصور إرثها للشفعه بالشركه فى الشرب، فإنها ترث منه و يتبعه إرثها للشفعه حينئذ.

و بالجمله فالمراد أنها حيث ترث الشفعه يكون لها الثمن فى المشفوع و الباقي للولد إذا لم يكن غيرهما، لا أنه يكون بينهما بالنصف كالشريكين على القول بثبوتها مع تعدد الشركاء، كما عرفت الكلام فيه مفصلا.

و احتمال القول به هنا كذلك أيضا لبعض النصوص السابقه يدفعه عدم الجابر له فى المقام لما عرفت، و الله العالم.

و كيف كان ف- لو عفا أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط الشفعه و إن قلنا بالسقوط لو وقع ذلك عن المورث الذى لا شريك له فيها، بناء على منافاه مثله للفوريه، و الفرض عدم صحه التبعض منه، بخلاف الفرض الذى قد اشترك فيه جميع الورثه، فلا يسقط الحق بعفو البعض نعم لو فرض أن الوارث واحد و عفا عن البعض سقطت بناء على السقوط بمثله فى المورث.

و على كل حال فإذا عفا البعض كان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع لأن عفوه إنما يسقط استحقاقه نفسه الأخذ لا الشفعه عن مقدار حقه، لما عرفت من عدم تبعض الشفعه، و الفرض أن مصدرها هنا واحد، فليست إلا شفعه واحده و إن تكثر المستحق لها على وجه توزع عليهم على قدر النصيب لو أخذوا بها.

و بذلك ظهر لك الفرق بين المقام و بين العفو من أحد الشركاء بناء على ثبوتها مع الكثرة، لأنها باعتبار تعدد مستحقيها أصاله كانت بمنزله تعدد الشفعات، فيمكن القول بصحة عفو البعض بالنسبه إلى نصيبه خاصه، و لا تبعيض في الشفعه كما سمعته من أبي على سابقا، بل سمعت ما يقتضى قوته.

لكن عن التذكرة هنا «الوجه أن حق العافي للمشتري، لأنهما لو عفوا معا لكان الشقص له فكذا إذا عفا أحدهما يكون نصيبه له، بخلاف حد القذف، فإنه وضع للزجر، فله تعالى فيه حق» بل قد سمعت سابقا ما فى الانتصار أيضا، بل تأمل فى ذلك أيضا المقدس الأردبيلى هنا.

و هو و إن كان مؤيدا لما ذكرناه سابقا على القول بالكثرة إلا أن الانصاف إمكان الفرق بين المقامين بما عرفت.

و كيف كان فقول المصنف و فيه تردد ضعيف محتمل لإرادته بيان احتمال سقوط أصل الشفعه بعفو البعض كالمورث، و لإرادته بيان صحة عفو العافي فى نصيبه، فيأخذ غيره من شركائه ما عداه، و قد عرفت وجه ضعفه على كلا التقديرين.

نعم لو عفا أحد الوراث و طالب الآخر فمات المطالب و ورثه العافي فله الأخذ بالشفعه، لاستحقاق المطالب الجميع بعد عفو العافي، فبموته؟ انتقل استحقاقه إلى وارثه الذى هو العافي، و لا يضر عفوه السابق، لأن هذا حق آخر بسبب آخر غير الأول.

فما فى القواعد و المحكى من حواشيها للشهيد من الإشكال فى ذلك غير محله.

و لو مات مفلس و له شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعه، بناء

على المختار من انتقال التركة للوارث و إن استغرقها الدين، أما على القول ببقائها على حكم مال الميت ففي ثبوت الشفعة إشكال، و على تقديره ففي الأخذ بها له إشكال.

و لو بيع بعض ملك الميت فى الدين لم يكن لوارثه المطالبه بالشفعه بناء على أن التركة ملك له، بل و على القول بأنها على حكم مال الميت و أنه لا يملك شيئاً منها إلا بعد قضاء الدين، ضروره تجدد ملكه حينئذ بعد البيع، فلا يستحق شفعه، نعم لو قلنا بأنه يملك الزائد عن قدر الدين اتجه احتمال ثبوتها له، لأنه شريك حينئذ.

و كذا الكلام فيما لو كان الوارث شريكاً للمورث فيبيع نصيب المورث فى الدين.

و لو اشترى شقصاً مشفوعاً و أوصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعه لسبق حقه، و يدفع الثمن إلى الورثه، و بطلت الوصيه التى هى ليست أولى من الوقف، لتعلقها بالعين لا البدل.

و لو أوصى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحق الشفعه الوارث، بناء على أن القبول ناقل، لأنه المالك حينئذ دون الموصى له، نعم بناء على أن القبول كاشف عن ملكه بالموت تكون الشفعه له إذا قبل و شفيع فوراً، و لا يستحقها قبل القبول، لعدم العلم بكونه مالكا قبله، و حينئذ يتجه كونه عذراً له.

لكن فى الدروس «هل يكون ذلك عذراً له؟ الأقرب لا» و فيه ما عرفت.

بل فى القواعد «و لا- يستحق الوارث أى المطالبه لأننا لا- نعلم أن الملك له قبل الرد- ثم قال:- و يحتمل مطالبه الوارث، لأن الأصل عدم القبول، و بقاء الحق».

و فيه أنه- مع اعتبار الرد في تملكه أيضا مقتضى- الأصل عدمه، فهو حينئذ مملوك لمالك في الواقع غير معين، و عدم القبول الذى يدعى أصاله عدمه مرجعه إلى أمر وجودى، و هو إنشاء عدم إرادته لا السكوت فإذا مات انتقل إلى وارثه، و هكذا تملك كل منهما فى الحقيقة متوقف على أمر وجودى مقتضى الأصل عدمه، لأن الموت صالح لتمليك الموصى له و لتمليك الوارث لمكان الوصيه المستعقبه للقبول و الرد، فليس هناك حق لأحدهما يستصحب بقاؤه.

و على تقدير استحقاقه المطالبه لو طالب ثم قبل الموصى له افتقر إلى الطلب ثانيا، لظهور عدم استحقاق المطالب، و لو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا- شفعه للموصى له، بناء على النقل، و فى الوارث وجهان مبنيان على ثبوتها لمن باع قبل العلم ببيع شريكه و عدمه، أفواهما الثبوت، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعه سقطت شفعتة]

إشاره

المسأله الرابعه:

إذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعه على وجه لا ينافى الفوريه قال الشيخ و القاضى و ابن حمزه و يحيى بن سعيد و الفاضل و الشهيد و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم سقطت شفعتة بل لا خلاف فيه محقق كما ستعرف، لأن البيع بعد العلم يؤذن بالإعراض عنها، كما إذا بارك أو ضمن الدررك و لأن الاستحقاق لها بسبب النصيب مع البيع، للضرر المنفى حال البيع، و قد زال بزوال أحد جزئيه، فيزول المسبب، و لا يكفى وجوده حال الشراء، لظهور

قوله (عليه السلام) (١): «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم»

فى اعتبار حصولها حال الشفعه و إلا لثبت لغير شريك، مؤيدا بما سمعته من كون العله فى ثبوتها الضرر الممتنع مع البيع.

و لكن قد يناقش بمنع الإيدان المزبور، ضروره أعميه البيع منه، و بأن المسلم من جزئيه الشركه للسبب حصولها حال البيع، لا بقاؤها إلى حال الأخذ، فإن النصوص إنما هى فى بيان موضوع استحقاق الشفعه لا أخذها.

و دعوى ظهورها فى اعتبار بقاء وصف الشريك الغير المقاسم حال الأخذ واضحه

المنع، بل صريح كلامهم فى استحقاق الشفعه للشريك و إن حصلت القسمة الشرعيه مع الوكيل أو غيره.

و الضرر إنما هو حكمه لا عله، و الظهور من الخبر المزبور قد عرفت أنه حين تعلقها للعين الأخذ بها، و ليس ذلك إثباتا لها لغير شريك بل هو استدامه لثبوتها حال الشركه، هذا كله مع العلم.

أما لو باع قبل العلم فعن الشيخ و يحيى بن سعيد و ظاهر ابن حمزه لم تسقط، لأن الاستحقاق سابق على البيع و فى القواعد ففى البطلان إشكال ينشأ من زوال السبب و من ثبوته قبل البيع، قيل و نحوها ما فى التحرير و الحواشى و الدروس من عدم الترجيح مع الميل فى الأخير إلى البطلان الذى هو خيره الإرشاد و المختلف و جامع المقاصد و مجمع البرهان، و فى المسالك لا يخلو من قوه.

لكن لا- يخفى عليك ما فى التعليل المزبور المقتضى للصححه أيضا فى الصورة السابقه، فمن الغريب الاشكال هنا من جهته مع الجزم بالسقوط فى الأول فضلا عن الجزم بعدم السقوط هنا، و لعله لذا جزم من عرفت

بالبطلان كالأولى، إلا أنه قد عرفت الإشكال في ذلك.

و أما المتن فالموجود عندنا في نسختين و حكى أيضا عن ثلاث نسخ مصححه محشاه و لو قيل ليس له الأخذ في الصورتين كان حسنا بل في الدروس حكاية البطلان عنه أيضا، و حينئذ يكون من القائلين بالسقوط فيهما.

لكن في المسالك «أن الذى اختاره المصنف عدم البطلان مطلقا، لأن الاستحقاق ثبت بالشراء سابقا على بيعه، فيستصحب لأصالة عدم السقوط، و لقيام السبب المقتضى له، و هو الشراء، فيجب أن يحصل المسبب».

و لعله عثر على نسخه خاليه عن لفظ «ليس» و من هنا جعل الأقوال في المسأله ثلاثه: السقوط مطلقا، و عدمه كذلك، و التفصيل بين حالى العلم و الجهل، و حينئذ يكون موافقا لما ذكرناه من أن الأقوى عدم السقوط مطلقا، مع أنه لا وحشه من الانفراد مع الحق، كما لا انس بالكثرة مع الباطل.

و على كل حال فلا- إشكال فى أن للمشتري الأول الشفعه على الثانى إذا لم يشفع الشفيع بنصيبه بناء على ثبوت الشفعه له، ضروره كونه حينئذ شريكا قديما، و قد حدث عليه ملك المشتري الثانى، بل و إن شفع فى أقوى الوجهين، كما قدمنا ذلك سابقا، و الله العالم.

و منه يعلم الوجه فى قول المصنف

[تفريع لو باع الشريك و شرط الخيار للمشتري ثم باع الشفيع نصيبه فالشفعه للمشتري]

تفريع على قوله أى الشيخ (رحمه الله) لو باع الشريك و شرط الخيار للمشتري ثم باع الشفيع نصيبه قال الشيخ: الشفعه للمشتري الأول، فإن (لأن خ ل) الانتقال تحقق (يتحقق خ ل) بالعقد و حينئذ يكون شريكا قديما قد حدث عليه ملك المشتري الثانى، فيأخذ الشفيع منه حيث لا تسقط شفيعته

بيع نصيبه أو قلنا بعدم السقوط مطلقاً، و يأخذ هو من المشتري الثانى.

و لو كان الخيار للبائع أو لهما فالشفعة للبائع الأول عند الشيخ (رحمه الله) بناء منه على أن الانتقال لا يحصل إلا بانقضاء الخيار فالبائع حينئذ هو الشريك.

و على ما يحكى عنه فى الخلاف من أن الخيار إذا كان للمشتري وحده ينتقل الملك عن البائع و لا يثبت للمشتري يتجه عدم الشفعة لكل منهما و إن كان هو فى غايه الضعف، بل قد عرفت أن الأصح انتقال المبيع إلى المشتري مطلقاً، فالشفعة حينئذ له كذلك على الوجه الذى ذكرناه، و الله العالم.

[المسألة الخامسة لو باع شقفاً فى مرض الموت من وارث و حابى فيه فان خرجت من الثلث صح]

المسألة الخامسة:

لو باع شقفاً فى مرض الموت من وارث أو غيره و حابى فيه بأن باعه بنصف قيمته مثلاً فان خرجت المحاباه من الثلث صح بلا خلاف و لا إشكال و كان للشريك أخذه بالشفعة بما وقع عليه العقد من الثمن، لإطلاق الأدله و إن لم يخرج منه بأن لم يكن له ما عداه مثلاً و لم نقل بخروج المنجز من الأصل، كما هو الأصح صح البيع منه (١١) فى - ما قابل الثمن و ما يحتمله الثلث من المحاباه (١٢) لا غيرهما إن لم تجز الورثه (١٣) و يأخذ الشفيع حينئذ ذلك بكل الثمن.

فلو فرض مثلاً- كون قيمه الشقص مائتين فحابى و باعه بماءه و ليس له سواه صح البيع فى خمسة أسداسه التى هى النصف و الثلث، و بطل فى السدس الذى لم يقابله ثمن، فياًخذ الشفيع إن شاء خمسة أسداسه بكل

الثلث، لأن الأصل لزوم البيع من الجانبين، خرج منه ما زاد عن الثلث مما لا عوض عنه، فيبقى الباقي، ولأن ذلك بمنزلة بيع و هبة، فالبيع منه ما قابل الثمن و الهبة ما زاد. فتنفذ في الثلث منه و تبطل في الباقي.

نعم لا- يتم ذلك في الربوي كما إذا كان جميع تركته كرا من طعام قيمته ستة دنانير فباعه بكر ردى قيمته ثلاثه، فإن الحكم بصحة ما قابل الثمن منه و الثلث و البطلان في السدس يستلزم الربا، ضروره كونه حينئذ خمسه أسداس كر بكر.

و من هنا روعيت المطابقه بين العوضين في المقدار مع إيصال قدر العوض و الثلث إلى المشتري، فيرد على الورثه ثلث كرههم و قيمته ديناران و يردون عليه ثلث كرهه و قيمته دينار، فيصح البيع في ثلثي كل واحد منهما بثلثي الآخر.

لكن الفاضل في أكثر كتبه و الكركي و ثانى الشهيدين قالوا بمثل ذلك في غير الربوي أيضا، لأن فسخ البيع في بعض المبيع يقتضى فسخه في قدره من الثمن، لوجوب مقابله أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، فكما لا يجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقاء بعض الثمن قطعاً فكذا لا- يجوز فسخ بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن، و إذا امتنع ذلك و جب الفسخ فيهما، لأن المانع في الموضوعين هو بقاء أحد المتقابلين بدون المقابل الآخر، كما لو اشترى سلعتين فبطل البيع في إحداهما، فإن المشتري يأخذ الأخرى بقسطها من الثمن، فالمتجه حينئذ في مسأله الدار المزبوره صحه البيع في ثلثيها بثلثي المأه فيأخذ الشفيع ذلك به إن شاء.

إلا أنه لما كانت المسأله دوريه- لأنه لا يعرف قدر ما يصح فيه البيع إلا بعد أن يعرف مقدار التركه لتخرج المحاباه من ثلثها، و لا يعرف مقدار التركه إلا إذا عرف قدر الثمن، لأنه محسوب منها، لانتقاله إلى

ملك المريض بالبيع - كان لمعرفه ذلك طريقان:

أحدهما إسقاط الثمن من قيمه المبيع و نسبه الثلث إلى الباقي، فيصح البيع بقدر تلك النسبه، ففي المثال تسقط الماء التي هي الثمن من قيمه المبيع، و هو المائتان، فيبقى ماء، و ينسب ثلث التركه- و هو ستة و ستون و ثلثان- إلى الباقي بعد الاسقاط، و هو الماء فيكون ثلثين فيصح البيع في ثلثين بثلثي الثمن.

و الثاني طريق الجبر و المقابله كما تقدم ذلك كله في كتاب الوصايا، فلاحظ و تأمل.

هذا كله على المختار من كون المنجزات من الثلث و إلا فقد قيل هنا يمضى البيع في الجميع بالثمن من الأصل و يأخذه الشفيع حينئذ بذلك بناء على أن منجزات المريض ماضيه من الأصل لكن قد بينا فساده في محله، فلاحظ و تأمل.

ثم لا يخفى أنه لا فائده في تخصيص المصنف الحكم بالوارث إلا ما قيل من التنبه بذلك على خلاف العامه في المحاباه معه، فان منهم من حكم بصحة البيع و منع الشفعه، و منهم من منعهما، و منهم من أثبتهما، لكن كان الأولى أن يقول: وارث أو غيره لا الاقتصار عليه خاصه، و الأمر سهل.

[المسأله السادسه إذا صالح المشتري الشفيع على ترك الشفعه صح و بطلت الشفعه]

المسأله السادسه:

إذا صالح المشتري مثلا الشفيع على ترك الشفعه صح و بطلت الشفعه كما صرح به الشيخ و الحلبي و الفاضل و الشهيدان و الكركي

و غيرهم، بل لا أجد فيه خلافاً و إن أشعر به ما فى المفاتيح من نسبه إلى القيل.

بل عن ظاهر المبسوط و التذكرة الإجماع عليه حيث قيل فيهما: عندنا لأنه حق مالى كالخيار فينفذ فيه الصلح الذى أدلته عامه له و لغيره من إسقاط حق الزوجه و غيره على وجه يكون الصلح هو المسقط فلا يحتاج بعد إلى إنشاء مسقط نحو الصلح القائم مقام الإبراء.

و دعوى الشك فى مشروعيه الصلح على الوجه المزبور يدفعها ظهور اتفاق الأصحاب على مشروعيته على الوجه المذكور الذى هو عندهم كالصلح النقلى المملك.

و لا- يلزم من ذلك مشروعيته على وجه يفيد فائده الطلاق أو النكاح أو التحرير أو الوقف أو غير ذلك من العقود بعد ظهور الاتفاق على خلافه.

و عموم جوازه بين المسلمين لو سلم اقتضاؤه ذلك لا- يجدى بعد ما عرفت الذى هو العمده فى ذلك لا- اعتبار الألفاظ المخصوصه فيها، خصوصاً مثل الطلاق الذى

ورد(١)فيه «إنما الطلاق أن يقول.

أنت طالق»

إذ هو- مع أنه لا يتم فى غير الطلاق مما لم يرد فيه الحصر المزبور- لا ينافى

المشروعيه بالصلح بعد تسليمها، ضروره كونه صلحاً مفيداً فائده الطلاق أو الوقف أو التحرير، لا أنه طلاق و وقف و تحرير فهو عقد مستقل برأسه مفيد فائده غيره لا أنه فرع على غيره كما قاله الشيخ، و قد عرفت ضعفه فى محله. فالعمده فى المنع حينئذ ما عرفت.

و على كل حال فما فى المتن و غيره من كتب الأصحاب من الصلح المذكور فى المقام يراد منه المعنى المزبور، و هو الذى يكون مقتضاه السقوط، من غير حاجه إلى مسقط بعد ذلك.

و يمكن تصور وجهين آخرين للصلح: أحدهما وقوعه على أن يوجد المسقط كغيره من الأعمال، و ثانيهما إيقاعه على أن لا يأخذ بالشفعة و إن كانت هي حقا له، و لعل عموم الصلح مع عدم ظهور اتفاق على العدم يقتضى الجواز.

إلا أن الأول مع فرض عدم وفائه بما عليه من إنشاء المسقط الذى يفرض توقف السقوط عليه لا يحصل به السقوط حينئذ، لكن لو فعل المصالح ضد ما صولح عليه بأن أنشأ ما يقتضى الأخذ بالحق يترتب على ذلك أثره و إن أتم بعدم الوفاء بالأول أو لا أثر له بعد أن ملك عليه غيره بعقد الصلح؟ وجهان أقواهما الثانى.

و ربما يؤيده ما ذكره فى اشتراط عدم العزل فى الوكالة و فى اشتراط تحرير العبد فباعه مثلا أو بالعكس، بل و ما ذكره أيضا فى مندور الصدقه مثلا و غير ذلك.

و أما الثانى فلا يبعد أنه على النحو المزبور أيضا، فلا يؤثر بعد إنشاء الشفعة المستحق عليه تركها نحو استحقاق عدم العزل عن الوكالة على الموكل مثلا بالاشتراط فى عقد لازم.

و منه يعلم صحه شرط ترك الأخذ به فيه أيضا، فلا يؤثر إنشاؤها بعد ذلك، و ليس ذلك من مخالفه الكتاب و السنه، فان المراد عدم الأخذ بما يستحقه، لا إبطال أصل الاستحقاق.

كما أنه لا ينافى ذلك عدم صحه انتقالها من ذى الحق إلى غيره لو صالح عنها أجنبى على وجه يراد إثبات الشفعه له و إن كان قد يحتمل، لعموم أدله الصلح، فهو حينئذ و إن لم يكن ممن حصل له سبب الاستحقاق بالأصالة لكنه بالصلح استحقه من ذى الحق الذى هو مسلط عليه كتسلطه

على ماله، و لذا ينتقل إلى الزوجه حق ضربها من القسم و ينتقل إلى الأجنبي حق الحجر.

بل قد يحتمل ذلك فى الخيار أيضا بناء على أن الفسخ به هو المملك للعين، نحو ما قيل فى الرجوع بالطلاق، لا أنه معيد للسبب الأول، فحينئذ ينقل الخيار بالصلح، و يملك المصالح بالفسخ العين ذات الخيار.

و لكن يدفع ذلك كله- مضافا إلى إمكان دعوى الإجماع على خلافه- عدم دليل يقتضى تسلط ذى الحق على حقه بحيث ينقله إلى غيره، و خصوصيات الموارد لا- تفيد العموم، و عمومات الصلح و الشرط لا تقتضى ذلك، خصوصا بعد ملاحظه اتفاق الأصحاب ظاهرا لا أقل من الشك، فتبقى حينئذ على مقتضى أصاله عدم الانتقال.

و على كل حال فلا يشكل أصل الحكم هنا بأنه إذا شرع فى عقد الصلح كان ذلك منافيا للفوريه، فتبطل و يبطل الصلح حينئذ، لإمكان منع منافاه ذلك للفوريه، و لإمكان وقوع الصلح مع الوكيل الذى لا يقدر التراخى منه فى حق الموكل، و إمكان صلح الشفيع قبل العلم بثمان المبيع أو فى حال معذوريته عن الفور بعذر من الأعذار السابقه، فيصح الصلح حينئذ على حسب ما عرفت، و إن كان عوض الصلح بعض الشقص، إذ ليس هو من تبويض الشفعه الممنوع كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا تبايعا شقفا فضمن الشفيع الدرک عن البائع لم تسقط بذلك الشفعه]

المسأله السابعه إذا تبايعا شقفا فضمن الشفيع الدرک عن البائع أو عهده الثمن عن المشتري فى نفس العقد أو شرط المتبايعان أو

أحدهما الخيار للشفيع لم تسقط بذلك الشفيعه مع فرض عدم منافاه الفوريه بناء على اعتبارها، كما عن الشيخ و غيره التصريح به، لعدم دلالة شىء من ذلك مع عدم قرائن على الإسقاط، إذ يمكن أن يكون ذلك منه لإرادته إيجاد السبب الذى يستحق به الشفيعه.

فما عن التحرير و الإرشاد- من الإشكال فى الأول بل فى المختلف أن الأقوى البطلان فيهما لأنه دال على الرضا بالبيع - واضح المنع، بل لو اختار اللزوم قبل أن يشفع و لم نقل باعتباره فيها- كما هو الظاهر لإطلاق الأدله الشامل للبيع المترزل- لم تسقط شفيعته، كما هو مقتضى إطلاق المحكى عن الخلاف و المبسوط و صريح غيره، للأصل و غيره.

فما عن الإيضاح- من القول به لأن إجازة البيع بعده إسقاط للشفيعه بإجماع القائلين بهذا القول- لا يخفى عليك ما فيه بعد فرض عدم المنافاه للفوريه، خصوصا مع القول بعدم سقوطها بالمباركه التى هى أولى من ذلك، فما ذكره (رحمه الله) لا حاصل له.

كما أن ما فيه أيضا- من أنه «بقى علينا أن الشفيعه هل هى مرتبه على اللزوم أو على العقد؟ يحتمل الأول، من حيث أنها معلوله للبيع، فيتوقف لزومها على لزومه، و من حيث وقوع البيع، و مجردة موجب للشفيعه، لعموم النص، و التحقيق أن إمضاء البيع هل هو شرط السبب أو الحكم؟»- لا حاصل له أيضا.

بل فيه ما فيه و إن أظن بعض مشايخنا فى تفسيره، لكن لا حاصل له أيضا بعد معلوميه كون السبب مطلق البيع الموجب للانتقال إلى المشتري كما عرفته نصا و فتوى عند تحرير كلام الشيخ فى شرطيه الخيار فى البيع.

نعم قد عرفت أنه مع فرض كون الخيار للبائع مثلا له فسخها بفسخ البيع، فلزومه حينئذ شرط للزومها لا لثبوتها.

و من الغريب تسميته له تحقيقا، و هو مع أنه ليس بشىء لم يذكر فيه ترجيحا، و أغرب منه كلامه الأول، و الله العالم و الهادى.

و كذا لا تسقط الشفعة لو كان الشفيع وكيلا لأحدهما كما صرح به غير واحد، بل فى موضع من جامع المقاصد للوكيل فى الشراء و البيع أن يأخذ الشفعة قولاً واحداً، و إن حكى هو فى موضع آخر عن المختلف السقوط، لحصول الرضا بالبيع، و هو مسقط.

و على كل حال فالتحقيق عدم السقوط و إن قال المصنف:

فيه تردد كالمحكى عن التذكرة لما فيه من أماره الرضا بالبيع بل قد سمعت اختياره فى المختلف، بل هو المحكى عن المبسوط أيضا.

لكنه فى غير محله، ضروره عدم كون مطلق الرضا بالبيع مسقطا لها، فان البيع هو السبب فى ثبوت الشفعة، و لا ريب فى أن من يتوقعها راض به، بل لو حاول عدم الرضا لم يكن مقدورا له، و إنما المسقط رضاه بالبيع، ليقى ملكا للمشتري، و هذا غير لازم للوكيل، كما هو واضح.

كوضوح فساد التعليل بالتهمه التى يمكن فرض عدمها، و لا يتم فى الوكيل على مجرد إجراء الصيغه، و الله العالم.

[المسألة الثامنة إذا أخذ الشفيع بالشفعة فوجد فيه عيبا سابقا على البيع فان كان الشفيع و المشتري عالمين فلا خيار لأحدهما]

المسألة الثامنة:

إذا أخذ الشفيع بالشفعة فوجد فيه عيبا سابقا على البيع فان كان الشفيع و المشتري عالمين بذلك فلا خيار لأحدهما بلا خلاف و لا إشكال.

و كذا لا خلاف إن كانا جاهلين و اتفقا على رده أو على أخذه مع الأرش أو بدونه، لكن كان الثمن للشفيع ما بعد الأرش.

توهم إشكال الرد للشفيع - بأن الشفعه ليست بيعا كى يستحق الرد بالعيب فيها- يدفعه عموم دليل الرد فى المعيب من غير

فرق بين البيع و غيره، و هو قاعده الضرر المنجبره بفتوى الأصحاب هنا، نعم الظاهر عدم أرش له لا على البائع الذى لم يأخذ منه و لا على المشتري لو تصرف فيه بما يمنع من رده إذا لم يكن المشتري قد أخذه من البائع، للأصل و كونه يأخذ من المشتري بالثمن.

بل قد يشكل رجوعه به على المشتري لو أخذه هو إن لم يكن إجماعاً بأنه استحقاق حصل للمشتري على البائع خارج عن الثمن، و لذا صح له عفوه عنه، و لو أنه جزء من الثمن يفسخ البيع فيه قهراً لفوات ما قابله من وصف الصحه فى المبيع نحو تبعض الصفقه لم يصح له العفو، لاستحقاق الشفيع حينئذ ما قابله من الثمن الذى دفعه إلى المشتري.

على أن احتمال ذلك مناف لما هو المعلوم من عدم مقابله الثمن شرعاً لوصف الصحه، و عدم استحقاق المشتري عليه عين ما دفعه إليه، و لغير ذلك مما لا يخفى.

اللهم إلا أن يقال: إن ما دل على استحقاق الشفعه بالثمن ظاهر فى غير الفرض، بل قد يعد عرفاً أن الثمن ما بعد الأرش، و لعل ذلك و نحوه منشأ الاتفاق المزبور، و الله العالم.

و على كل حال فإن رده الشفيع كان المشتري بالخيار فى الرد و الأرش لأنه لم يحدث فيه حدثاً و إن انتقل عن ملكه ثم عاد إليه إلا أنه ليس تصرفاً له، و احتمال أن مطلق الانتقال عنه مسقط لاستحقاق رده و إن عاد إليه لا دليل عليه.

نعم إن اختار الشفيع الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ لخروج الشقص عن يده و الأصل فيه اللزوم، فلا تسلط له على فسخ الملك الحاصل للشفيع بالشفعه؛ هذا.

و من ذلك يظهر ما أطنب به فى المسالك من سوء تأديه الحكم المزبور قال: «فان اختلفت إرادتهما أى الشفيع و المشتري فأراد الشفيع رده دون المشتري فلا- منافاه، فيرجع إلى المشتري و يتخير بين أخذ أرشه و عدمه، و إن انعكس فأراد الشفيع أخذه و المشتري رده قدمت إرادته الشفيع، لثبوت حقه و سبقه، فإنه يثبت بالبيع، و سيأتى ما فى هذا التعليل، و لأن غرض المشتري استدراك الظلامه و تحصيل الثمن، و هو حاصل بأخذ الشفيع، و لأننا لو قدمنا المشتري بطل حق الشفيع رأسا، و إن قدمنا الشفيع حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته، فيكون جامعا بين الحقين، و يحتمل تقديم المشتري، لأن الشفيع إنما يأخذه إذا استقر العقد، كما تقدم فى البيع المشتمل على الخيار، و قد تقدم ضعف المبنى عليه» إذ هو كما ترى.

بل لعله ألصق بتعارض الإرادتين قبل أخذ الشفيع الشفعه الذى قد عرفت الحال فيه سابقا و أن للمشتري الفسخ، و لكن إذا فسخ كان للشفيع فسخ فسخه و الأخذ بالشفعه من المشتري، للإجماع إن كان أو لسبق حقه بناء على أن استحقاق المشتري الرد حين العلم لا بالبيع، بخلاف الشفيع الثابت حقه بتمام العقد، بل لو قلنا بثبوتها بالبيع أيضا سابقا على حق الشفعه أو مقارنا أمكن ترجيح حق الشفيع بما ذكر مؤيدا بشهره الأصحاب أو إجماعهم و إن كان للمشتري فائده بالتقديم أيضا، و هى السلامه من الدرك.

و على كل حال فعلى ما عرفت فى مفروض المسأله من بقاء الشقص فى يد الشفيع و عدم تسلط المشتري على أخذه منه ليرده على البائع هل له

المطالبه بالأرش؟ قال الشيخ فى محكى المبسوط فىما لو كان الشفيع عالما بالعب و المشتري جاهلا لفس للمشتري المطالبه بالأرش قولاً واحداً، و نحوه يأتى فى المقام. و لعله لأنه قد استدرك ظلامته برجوع جميع الثمن إليه من الشفيع، فلم يفت منه شىء فىطالب به، و لأنه كالثائب عن الشفيع بالشراء فلا يستحق الرجوع.

و لكن لو قيل: له الأرش كان حسناً بل هو خيره الفاضل فى محكى التذكرة و الشهيدى و الكركى، و هو الأصح لإطلاق دليله، و عود كمال الثمن إليه لا ينافى ذلك، كما لو باعه بأضعاف ثمنه، كما أنه لا ينافيه استحقاق الشفيع لما يقابله من الثمن، فلا فائده له فى أخذه، إذ لا يجب عليه قبول العوض عنه من الشفيع بعد أن كانت معاملته مع البائع مستقلة لا مدخلية لها فىما وقع بينه و بين الشفيع، فهو فى الحقيقة لم يستدرك ظلامته ممن ظلمه، كما هو واضح، و إجماع الشيخ المزبور لم نتحققه، بل لعل المظنون خلافه.

و من الغريب ما قيل من أن الشيخ بنى ذلك على أنه لو كان للمشتري الأرش لكان الثمن للشفيع مجهولاً، فىبطل أخذه، و تأخيره إلى معرفه الأرش المتوقعه على تقويم أهل الخبرة المحتاج إلى زمان ينافى الفورى، إذ هو كما ترى لا ينبغى أن يسطر، و الله العالم.

و كذا الحكم لو علم الشفيع بالعب دون المشتري ضروره أنه لا رد للشفيع لعلمه، و لا للمشتري لخروج الشقص من يده و فى استحقاقه الأرش ما عرفت من الأصح له ذلك، فىسقط حينئذ عن الشفيع بقدره، و لا يقدر فيه علمه بالحال، لما عرفت من أنه يأخذ بالثمن و هو ما بعد الأرش عرفاً.

و لو علم المشتري دون الشفيع كان للشفيع الرد لجهله

و لا أُرش للمشتري لعلمه.

نعم لو علم الشفيع أن المشتري اشتراه بالبراءه من كل عيب ففي القواعد «هو كالمشتري و إلا فله الرد» و فيه أنه يمكن القول بأن له رد و إن علم بالشرط المزبور، لعموم دليل الرد، و الشرط إنما هو على المشتري.

و ربما احتمل في عبارته القواعد المزبوره أن له الرد و إن لم يظهر عيب، لأن الشرط المذكور في حكم العيب، إلا أنه كما ترى، و الله العالم.

[المسألة التاسعه إذا باع الشريك الشقص بعوض معين لا مثل له كالعبد فان قلنا لا شفعه فلا بحث]

المسألة التاسعه:

إذا باع الشريك الشقص بعوض معين لا- مثل له كالعبد فان قلنا لا شفعه في مثل ذلك فلا بحث، و إن أوجبنا الشفعه بالقيمه فأخذه الشفيع بها و ملكه ثم ظهر للبائع في الثمن عيب كان للبائع رده على وجه الفسخ و المطالبه بقيمه الشقص وقت الفسخ إذا لم يحدث عنده أى البائع في العبد ما يمنع من الرد، و لا تسلط له على أن يرتجع الشقص (١١) من الشفيع لأن الفسخ المتعقب للبيع الصحيح لا يبطل الشفعه (١٢) للأصل بعد حصول المقتضى لثبوت الشفعه، و هو البيع، مؤيدا بأن فيه جمعا بين الحقين، لأن رجوع البائع في العين يقتضى سقوط حق الشفيع، بخلاف ما إذا أخذ القيمه بلا خلاف أجده فيه، و إن قال في المسالك هنا: «و قيل يقدم حق البائع، لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد و الشفعه تثبت بعد، فيكون العيب أسبق، و لأن الشفيع منزل

منزله المشتري، فرد البائع يتضمن نقض ملكه، كما يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه» إلا أنى لم أتحققه.

بل ظاهر كلامهم فيما تقدم من غير خلاف يعرف فيه بينهم أن للشفيع فسخ الرد بالعيب لو حصل قبل الأخذ بالشفعه، و ليس ذلك إلا لتقدم حق الشفيع عليه.

و من هنا ضعفه فى المسالك بعد أن حكاه بأن «مجرد وجود العيب حاله العقد غير كاف فى سببىه الفسخ، بل هو مع العقد الناقل للملك، كما أن الشركه أيضا غير كافيه فى سببىه الشفعه، بل هى مع العقد، فهما متساويان من هذا الوجه، و يبقى مع الشفعه المرجح الذى ذكرناه» أى الجمع بين الحقين.

و لكن فيه أن ذلك بمجرد لا- يصلح مرجحا خصوصا بعد حكمهم من غير خلاف يعرف فيه بينهم أنه لو كان الخيار للبائع مشروطا و شفع الشفيع كان للبائع فسخ البيع و الشفعه، و لا نجد فرقا بين الخيار الحاصل بالعيب و الشرط، إذ هما معا مقارنان للعقد، فمع فرض كون الخيار بالشرط سابقا على حق الشفعه الحاصل بعد تمام العقد الذى فيه الشرط فكذلك الحاصل بالعيب، و بعد التسليم فلا أقل من المقارنه المقتضيه لتساويهما فى الحق، فكل من سبق كان له ذلك، كما عساه يظهر من المسالك أنه أحد الأقوال فى المسأله.

قال بعد ما سمعت: «و ربما فرق بعضهم بين رد البائع قبل أخذ الشفيع و بعده، فقدم البائع فى الأول و الشفيع فى الثانى، لتساويهما فى ثبوت الحق بالبيع، فيقدم السابق فى الأخذ».

و لا ريب فى أنه متجه إن لم نقل بتقديم البائع مطلقا- كما لو شرط الخيار له- لو لا اتفاق الأصحاب ظاهرا على تقديم الشفيع مطلقا، بل

لم أتحقق حكاية الخلاف المزبور من غيره.

و يمكن أن يكون منشأ الاتفاق المزبور أن خيار العيب لا يثبت إلا بعد العلم بالعيب، و لا يكفي فيه وجود العيب حال العقد مع الجهل به، فيقدم حق الشفعة حينئذ عليه، ضروره مقارنته لتمام العقد.

لكن الانصاف عدم خلو دعوى مدخلية العلم فى ثبوت الخيار بالعيب من نظر أو منع كما ذكرنا ذلك فى محله. كما أن الانصاف عدم حصول إجماع فى المسأله.

بل فى التحرير تقديم حق البائع قبل أخذ الشفع، قال: «و لو كان الثمن غير مثلى فوجد البائع به عيبا فرده قبل أخذ الشفع احتمال تقديم حقه، لأن فى أخذ الشفعه إبطال حق البائع من الشقص، و الشفعه تثبت لازاله الضرر، فلا تزال بالضرر، و تقديم حق الشفع لسبق حقه و الأقرب الأول، لأن حق البائع أسبق، لاستناده إلى وجود العيب، و هو متحقق حال البيع، و الشفعه تثبت بالبيع».

بل مقتضى جزمه بأسبقية حقه ترتب أحكام آخر كثيره عليه فى غير المقام، إلا- أنه هو و غيره لم يوافقوا عليها، بل لم أجد ما ذكره فى المقام لغيره.

ثم لا يتوهم أن ذلك من تبعض الفسخ باعتبار أن رده العبد يقتضى فسخ البيع الذى تفرعت عليه الشفعه، ضروره أنه فسخ من حينه و الشفعه حال حصولها قد كانت من المشتري ظاهرا و واقعا، نعم قد يأتى ذلك إذا كان الرد قبل الأخذ بالشفعه، كما ستعرف الكلام فيه، إنشاء الله.

و كيف كان ف- لو عاد الشقص إلى المشتري بملك مستأنف كالهبة أو الميراث لم يملك المشتري رده على البائع ليخلص عن دفع قيمه إذا لم يرض بذلك و أصر على إرادته

قيمه الشقص حتى لو كان رد البائع الثمن متعقبا لملك المشتري الشقص كما أنه لو طلبه البائع لم يجب على المشتري إجابته بلا خلاف أجده في شىء من ذلك بين من تعرض له، كالشيخ و الفاضلين و الشهيدين، و الكركى، بل و لا إشكال، لانقطاع المعامله الواقعه بينهما بالخروج عن الملك، و لا يعيدها عوده إليه بسبب آخر، فالفسخ الحاصل من البائع لا يوجب من أول الأمر غير قيمه، لكون المفروض خروج العين المنتقله إليه بالعقد المزبور عن ملكه، و فسخه إنما يوجب رد العين من حيث انتقالها به لا مع انتقالها بسبب آخر غيره لا تسلط لأحدهما على فسخه.

و حينئذ فلا يستحق بالفسخ المزبور إلا القيمه، كما لا يستحق على المشتري غيرها أيضا، فليس لأحدهما على الآخر اقتراح رد العين التي خرجت عن مقتضى المعامله المفسوخه.

نعم لو عاد إليه بفسخ للمعامله الجديده و لم نقل إن الفسخ مملك بل هو مقتض لعود الملك بالسبب الأول الذى قد فرض فسخه أمكن حينئذ ملك المشتري ردها عليه و ملك البائع المطالبه بها، ضروره كون ملكها حينئذ بالسبب الأول الذى قد فرض انفساخه.

بل لعله كذلك لو فرض أخذ البائع القيمه ثم عادت العين للمشتري بفسخ للمعامله التي كانت السبب فى خروجها أمكن القول بأن للمشتري حينئذ إعادتها عليه و أخذ القيمه منه، كما أنه يمكن للبائع مطالبتة بها و رد القيمه إليه، لانكشاف رجوع العين إلى ملك البائع بالفسخ المزبور الذى يعاد معه الملك إلى مقتضى السبب السابق الذى قد فرض فسخ البائع له، و أن به يستحق على المشتري العين التي هي على ملكه بالسبب الحاصل، فتأمل جيدا فإنه دقيق جدا، و الله العالم.

ثم إنه حيث تعتبر القيمه و دفعها المشتري أو لم يدفعها

لو كانت قيمة الشقص و الحال هذه أقل من قيمة العبد مثلاً ف- هل يرجع الشفيع بالتفاوت؟ فيه تردد، و الأشبه بأصول المذهب و قواعده أنه لا يرجع وفاقاً للفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين لأنه إنما يأخذ ب الثمن و الفرض أن الذى اقتضاه العقد حال الأخذ بالشفعه ذلك، و ليست قيمة الشقص التى أخذها البائع من الثمن فى شىء، و إنما هو شىء استحقه البائع على المشتري بالفسخ حال انتقال العين عن ملكه الحاصل بالسبب المزبور، فلا حق للشفيع فيه.

كما لا حق للمشتري على الشفيع لو فرض زياده قيمة الشقص التى دفعها للبائع على قيمة العبد، ضروره أنه لا يستحق عليه إلا قيمه الثمن الذى وقع عليه العقد، و ما غرمه بالفسخ المزبور لا مدخله له فى الثمن كما هو واضح.

و حينئذ فدعوى أن الثمن الذى استقر على المشتري قيمه الشقص و الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذى استقر نحو ما سمعته فى الأرش و اضحه الفساد، كوضوح الفرق بين المقام و الأرش الذى قد عرفت تحقيق الحال فيه، فتأمل جيداً.

و كذا دعوى بطلان العقد، فلم يعتبر ما وقع عليه، بل المعتبر ما استقر وجوبه على المشتري و هو قيمه، ضروره أن الفسخ لم يبطل العقد من أصله، بل كان صحيحاً إلى حين الفسخ، فلا يزول مقتضاه بالفسخ الطارى.

فالمتجه حينئذ عدم الرجوع من كل منهما، خلافاً للمحكى عن الشيخ من الرجوع فيهما و إن كنا لم نتحققه، إذ المحكى من عبارته يقتضى التردد من غير ترجيح. و على كل حال فلا ريب فى ضعفه لما عرفت، و الله العالم.

هذا كله لو كان الفسخ من البائع بعد أخذ الشفيع.

و أما لو كان الشقص فى يد المشتري لم يأخذه الشفيع فرد البائع الثمن بالعيب لم يملك منع الشفيع، لأن حقه أسبق بناء على ما عرفت من اعتبار العلم فى استحقاق خيار العيب، فيفسخ الفسخ الحاصل من رد البائع، و يعيد المبيع إلى ملك المشتري على مقتضى العقد الأول و يأخذه منه بقيمة الثمن سليما لأنه الذى اقتضاه العقد الأول و للبائع على المشتري قيمة الشقص و إن زادت عن قيمه الثمن لأنه مقتضى فسخه برد الثمن، و لا يرجع بها على الشفيع كما عرفت الحال فيه، و لعل هذا و نحوه من تبويض آثار الفسخ لا تبويض الفسخ الذى سمعته فى فسخ الشفيع الإقاله أو نلتزمه فيها، كما سمعت احتمالاه من الشهيد بناء على أنه كالمقام، هذا كله مع رد البائع الثمن.

و أما لو حدث عند البائع فيه ما يمنع من رد الثمن (١١) كعيب أو تصرف رجوع بالأرش على المشتري (١٢) لأنه المتعين له حينئذ على نحو ما سمعته فى المبيع و لا يرجع (١٣) المشتري على الشفيع بالأرش إن كان (١٤) قد أخذه بقيمة العوض الصحيح (١٥) لعدم ظلامه له.

نعم إن كان قد أخذ منه بقيمته معيبا رجوع عليه بباقي قيمه الصحيح لنحو ما سمعته فى رجوع الشفيع عليه بالأرش، ضروره استقرار الشقص حينئذ بالعبء و الأرش الذى هو من مقتضى العقد المقتضى للسلامه، فالثمن عرفا ذلك، و كذا القول فيما لو رضى البائع به و لم يردده مع المانع من رده و اختار الأرش.

أما لو عفا و لم يطالب فالظاهر عدم استحقاقه على الشفيع، كما أن الظاهر عدم استحقاق الشفيع له على المشتري لو كان في المبيع، والله العالم.

[المسألة العاشرة لو كانت دار لحاضر و غائب و حصه الغائب في يد آخر فباع الحصه و ادعى أن ذلك بإذن الغائب قال ثبت الشفعه]

المسألة العاشرة لو كانت دار لحاضر و غائب و حصه الغائب في يد آخر فباع الحصه و ادعى أن ذلك بإذن الغائب قال الشيخ في الخلايف: ثبت الشفعه و فيه أن دعوى الاذن ممن في يده المال ليس طريقا شرعيا لثبوت ذلك و إن جاز الأخذ منه و التصرف و غيره باعتبار كونه ذا يد و لا معارض له.

و حينئذ ف- لعل المنع أشبه بأصول المذهب و قواعده إن كان المراد الثبوت في نفس الأمر على وجه لو جاء المالك و أنكر لم يكن له الانتزاع من يد الشفيع، و ذلك لأن الشفعه تابعه لثبوت البيع و قد عرفت أن مجرد دعوى من في يده المال الاذن ليس طريقا شرعيا لثبوت ذلك.

و إن كان المراد جواز أخذ الشفيع من يد المشتري الشقص بها على نحو أخذ المشتري له من يد مدعى الاذن ثم الغائب على حجته فقد يقال بالجواز.

لكن في القواعد «و لو ادعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصه الغائب الشراء من الغائب فصدقه احتمال ثبوت الشفعه، لأنه إقرار من ذي اليد، و عدمه لأنه إقرار على الغير» من دون ترجيح كالمحكى عن التذكرة و الدروس. نعم عن التحرير «أن الأول أقوى».

و فيه أنه بعد العلم بكونه مالا للغير لا إشكال في أنه إقرار على الغير، إلا أنه قد عرفت جواز الأخذ منه و التصرف باعتبار كونه ذا يد و لا معارض له، كما تقدم تحرير ذلك في محله على وجه لا ينبغي التردد المزبور من الجماعه فضلا عن اختيار العدم، كما في المتن بعد أن حكى عن الشيخ الثبوت المحتمل لإرادته المعنى الذى ذكرناه.

اللهم إلا أن يقال: إن عنوان الشفعه نصا و فتوى تحقق صدق «باع الشريك» و هو غير متحقق هنا، فلا تثبت الشفعه على وجه إن لم يبادر إليها تبطل بناء على الفور، و جواز أخذ المشتري منه لا يحقق الصدق المزبور، فليس للشفيع الأخذ، لعدم تحقق عنوان ثبوت الشفعه، بخلاف جواز الشراء ظاهرا منه، فإنه لا عنوان له على الوجه المزبور.

على أن السيره التى هى العمده فى الحكم المزبور إنما هى فى التصرف باذنه، لا مطلق التصرف حتى القهرى الذى لا يرجع إلى إذنه، بل هو تابع للحكم الشرعى المعلق على عنوان خاص، و الفرض عدم تحققه.

و من ذلك يظهر لك ما فى جامع المقاصد، فإنه بعد أن ضعف الأول بأنه إقرار فى حق الغير قال: «لكن يشكل بشىء و هو أن من بيده مال الغير مصدق فى دعوى الوكاله بغير خلاف، و يجوز الشراء منه و التصرف تعويلا على قوله، و كذا لو ادعى الشراء من المالك يسمع فلم لا تثبت الشفعه بدعواه الشراء مع الحكم بنفوذه، و قوى فى التحرير ثبوت الشفعه. و الذى يخطر بالبال أنه إن كان المراد بثبوت الشفعه انتزاع الحاكم الشقص و تسليمه إلى المدعى كما هو المتبادر من ذكر المدعى فهو مشكل، و الظاهر العدم، لأن مجرد دعوى الشراء ممن فى يده مال الغير لا يقتضى الثبوت شرعا، و ليس المراد بجواز الشراء منه لو ادعى الوكاله الحكم بالوكاله، و إن كان المراد جواز أخذ المدعى ذلك بدعوى من بيده

المال الشراء فليس ببيعيه، كما يجوز له الشراء و الاتهاب و نحوهما من التصرفات، ثم يكون الغائب على حجته».

إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد التأمل فيما ذكرناه، و حكم الحاكم على من فى يده المال بعد اعترافه بالشراء و بانتزاعه منه مؤاخذاً له بإقراره المتعلق به ليس حكماً على الغائب الذى هو على حجته، بل لا وجه لعدم الانتزاع منه بعد إيجاد سبب الأخذ بالشفعه مع فرض جواز الأخذ منه بالدعوى المزبوره التى هى إقرار فى حقه و دعوى فى حق الغير، نحو الحكم بالانتزاع ممن فى يده المال المدعى للوكاله ثم امتنع بعد أن جرت صيغه البيع بينه و بين المشتري.

نعم لو قلنا بعدم جواز الأخذ على وجه يتصرف بالشقص اتجه عدم جواز الانتزاع، و إن كان لو أخذ بالشفعه قولاً مع دفع الثمن و صادف صدق المدعى ترتب عليه حكم الملك من حين الأخذ و إن لم يكن عنوانها ثابتاً فى الظاهر و لكن يكفى فيه كونه كذلك فى نفس الأمر.

إنما الكلام فى جريان أحكام الشفعه من التصرف به بغير رضاه و انتزاعه منه قهراً و بطلان الشفعه مع عدم الفور بها و غير ذلك من أحكامها بمجرد دعوى الوكاله، و الفرض أن جميعها أحكام شرعيه مترتبه على موضوع لم يتحقق، و لا أقل من الشك، و الأصل عدم ترتب هذه الآثار، فلا ريب فى أن الأحوط عدم ذلك كله.

و المراد أنه إلى هذا نظر المصنف و غيره ممن تردد. و لكن الانصاف مع ذلك كله أن الجواز لا يخلو من وجه، و الله العالم.

و على كل حال فلو قضى بها للشفيع بشفعته عملاً بإقرار ذى اليد و بعد ذلك حضر الغائب فإن صدق فلا بحث، و إن أنكر فالقول قوله مع يمينه، و حينئذ ينتزع الشقص

من يد الشفيع، و له أجرته عليه من حين قبضه إلى حين رده

لعموم «على اليد»^(١)

و غيره.

و لا خلاف و لا إشكال فى أنه يرجع بالأجره المزبوره على البائع إن شاء، لأنه سبب الإلتلاف، أو على الشفيع بأجره زمان قبضه لأنه المباشر للإلتلاف و على المشتري بما قبل ذلك، للمباشرة أيضا إن شاء، بل و على المشتري بما كان فى يده و يد الشفيع المترتبين عليه

لعموم «على اليد»^(٢)

فإنه كالغاصب.

و من هنا إن رجع على مدعى الوكاله لم يرجع الوكيل على الشفيع و لا على المشتري، لاعترافه بكون المنافع لهما، و أنه ظالم له بأخذ الأجره منه، و المظلوم لا يرجع على غير من ظلمه.

و إن رجع على المشتري أو الشفيع رجع (١١) كل من المشتري و الشفيع على الوكيل، لأنه غره (١٢) إذا لم يصدر منهما ما يقتضى تصديق مدعى الوكاله، و إلا- لم يرجع من صدر منه ذلك عليه أيضا، لاعترافه بظلم المالك، و ذلك كله واضح خصوصا بعد الإحاطه بما ذكرناه فى كتاب الغصب^(٣).

و (١٣) لكن فيه (١٤) أى المفروض قول آخر (١٥) محكى عن المبسوط، و هو رجوع مدعى الوكاله على الشفيع لو رجع المالك عليه، لاستقرار التلف فى يده و هذا (١٦) واضح الفساد، نعم يتم مع اعترافه بكذب المدعى فى دعواه الوكاله، فىكون كالغاصب الذى يستقر عليه الضمان مع التلف فى يده.

و بذلك ظهر لك أن القول الأول أشبه (١٧) بأصول المذهب و قواعده

١- ١ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤ و سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥.

٢- ٢ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤ و سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥.

٣- ٣ راجع ص ١٧٧- ١٨١.

التي قد عرفتھا في كتاب الغصب (١) والله العالم.

و منه يظهر لك ما عن الدروس، فإنه بعد أن ذكر نحو ما سمعته من عبارته القواعد قال: «و كذا لو باع ذو اليد مدعيا للوكاله و صدقه الشفيح، لكن هنا لا يرجع الشفيح على الوكيل لو رجع عليه بخلاف ما لو رجع على الوكيل، و الفرق استقرار التلف في يد الشفيح، و لو أخذ الشفيح اعتمادا على دعوى الوكاله رجع عليه، لأنه غره».

و فيه أنه لا وجه لرجوع الوكيل على الشفيح و إن كان قد استوفى المنافع، لاعترافه بأنها حق له و أن المالك ظلمه بأخذ عوضها فكيف يرجع بظلامته على غير من ظلمه.

لكن الموجود عندنا في نسختين من الدروس متصلا بما سمعت «و الوجه في الأولى عدم رجوع أحدهما على الآخر، لاعتراف المرجوع بظلم الراجع».

نعم في التحرير «و لو كان الشريك غائبا فادعى الحاضر على من حصه الغائب في يده أنه اشتراه من الغائب فصدقه احتمل أخذه بالشفعه، لأن من كانت العين في يده مصدق في تصرفه و عدمه، لأنه إقرار على غيره، و الأول أقوى، و كذا لو باع القابض و

ادعى الشفيح إذن الغائب فإن أوجبنا الشفعه و قدم الغائب فأنكر البيع أو الاذن قدم قوله مع اليمين و يأخذ الشقص و يطالب بالأجره من شاء منهما، فان طالب الوكيل رجح على الشفيح، لتلف المتاع في يده، و إن طالب الشفيح لم يرجع على أحد» و هو كما ترى لا يطابق ما ذكرناه إلا بتجشم، و الله العالم.

و لو اشترى شقصا بماء مثلا و دفع إليه عرضا يساوى عشره مثلا أو أبرأه من الثمن كلا أو بعضا لزم الشفيح تسليم

ماءه أو يدع، لأنه يأخذ بما تضمنه العقد نصا و فتوى و إن وقع بعد ذلك بين البائع و المشتري إبراء أو معاوضه عنه بشىء لا يساويه أو نحو ذلك مما لا مدخله له فى صدق تضمن العقد إياه كما هو واضح، و الله العالم.

[و من اللواحق البحث فى ما تبطل به الشفعه]

و من اللواحق البحث فى ما تبطل به الشفعه و المشهور بين الأصحاب بل فى الرياض شهره عظيمه بل لا-خلاف فيه بين المتأخرين عدا ابن إدريس أنه تبطل الشفعه بترك المطالبه مع العلم و عدم العذر بل عن الخلاف الإجماع عليه.

و قيل و القائل المرتضى و أبو على و على بن الحسين الصدوق و أبو المكارم و ابن إدريس و أبو الصلاح على ما حكى عن بعضهم:

لا تبطل إلا أن يصرح بالإسقاط و لو تناولت المده بل فى الانتصار الإجماع عليه، بل حكاه الفخر عن سلار أيضا و إن كنا لم نتحققه.

نعم قيل: لا- تعرض له فى المراسم كالمقنع و المقنعه و فقه الراوندى فإن كان ذلك ظاهرا فى التراخى- باعتبار أن الفوريه لو كانت معتبره فيها على وجه تسقط بعدمها لوجب التعرض لها- كان ظاهر الجميع أيضا.

بل لعله أيضا ظاهر عدم الترجيح فى محكى التحرير و المهذب و مجمع البرهان و الكفايه، بناء على أنه من حيث الشك فى أدله الفور، و إلا فالأصل التراخى و إن كان هو خلاف الظاهر.

و على كل حال ف- الأول أظهر عند المصنف، للنبيين

المنجبرين بما عرفت:

أحدهما(١)«الشفعه لمن واثبها».

و الآخر(٢)«الشفعه كحل العقال».

بل فى الدروس نسبة الأخير منهما إلى الاشتهار، ولا يقدر عدم وجودهما فى طرفنا بعد أن ذكرهما الأصحاب فى كتبهم مستدلين بهما على ذلك و الإجماع المحكى المعتضد بما سمعته من الشهره العظيمة و إن تأخرت عن زمان حاكيه، فإنها على كل حال تفيد قوه الظن بموافقته للواقع.

بل استدل غير واحد بحسن ابن مهزيار(٣)السابق المشتمل على بطلان شفعه من طلب ثم مضى لإحضار الثمن فلم يأت إلى ثلاثه أيام، إذ لو كانت على التراخى لم تبطل بذلك.

كل ذلك مضافا إلى ما عرفته مكررا من كون الشفعه على خلاف الأصل، و المتيقن ثبوتها على الفور، بل لعل ثبوتها فى بعض الأشياء دون بعض و فى بعض العقود دون بعض مشعر بذلك أيضا، و إلى قاعده الضرر.

بل لعل

قوله (عليه السلام)(٤): «قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بالشفعه بين الشركاء. و قال: لا ضرر و لا ضرار»

مشعر بذلك بناء على إرادته الإشارة به إلى الضرر الحاصل من عدم مشروعيتها و من كونها على التراخى.

بل لعل

قوله (عليه السلام)(٥): «الغائب على شفحته»

مشعر بذلك أيضا ضروره إشعاره بكون ذلك من جهه الغيبه التى هى عذر له.

١- ١ نيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ٨٧.

٢- ٢ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٠٨.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب الشفعه - الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ٦ - من كتاب الشفعه - الحديث ١ و فيه «للغائب شفعه».

لكن قد يقال فى مقابله ذلك: إن الخبرين المزبورين من طرق العامه، و لذا ترك غير واحد الاستدلال بهما، بل من المحتمل إرادته الكنايه عن الانتقال بمجرد الأخذ و إن تأخر من الثانى منهما، لا أن المراد منه بيان قصر زمانها و أنه كحل العقال.

بل فى الإسعاد الذى هو من أجل كتب الشافعيه «أن إسناده ضعيف» و قال ابن حيان: «لا أصل له» و قال البيهقي: «ليس بثابت» و الإجماع معارض بمثله، بل لعله

أقوى منه باعتبار وجود القائل بذلك ممن تقدم على حاكيه بخلاف الآخر الذى لم نعرف أحدا ممن تقدمه قال بذلك.

و حسن ابن مهزيار بناء على أن مورده بعد حصول سبب الشفعه قد اشتمل أيضا على ما ينافى الفوريه إذ القائل بها لا يجعل انتظار ثلاثه أيام لإحضار الثمن من جمله العذر فيها، خصوصا مع دعوى الغيبه فى بلد آخر.

بل قد يقال: إن الخبر المزبور الذى مورده إنشاء الأخذ بالشفعه قولاً بناء على إرادته ذلك من الطلب فيه أو مطلق طلبها بمعنى إرادتها ثم مضى لإحضار الثمن قد تسالمت الخصوم على العمل بمضمونه فى ذلك، من غير فرق بين القول بالفور و التراخى، فلا دلالة حينئذ فى الخبر على شىء منهما، إذ محل النزاع هنا تأخير الأخذ بالشفعه مع علمه بها.

هذا كله مع ما فيه من رائحه الموافقه للمحكى عن أبى حنيفه و ابن أبى ليلى من أنها تمتد إلى ثلاثه أيام كالشافعي فى أحد أقواله، و الأصل منقطع بإطلاق الأدله و استصحاب ثبوتها بعد حصول سببه الذى هو البيع بالنص، و عدم العلم بكونه على الفور و عدمه لا ينافى التمسك به على الثانى كما حقق فى محله.

و من الغريب رد جماعه من الأعيان هنا له بأن المقتضى لثبوت الشفعه

حدوث العلم بالبيع نفسه، و الحدوث يبطل في ذى البقاء، و إذا بطلت العله بطل معلولها، إذ هو كما ترى لا حاصل له و مجرد دعوى لا دليل عليها. بل ظاهر الأدله خلافها.

كما أن ظاهر

قوله (عليه السلام)(١): «الغائب على شفيعته»

إرادته بيان عدم اعتبار الحضور فيها، و إلا فهو مطلق شامل للمتمكن من المجيء و التوكيل و غيرهما.

و قاعده الضرر يدفعها أنه الذى أدخله على نفسه باختيار ما فيه الشفعه من العقود غير ملاحظ لما يسقطها من الأمور الكثيره، على أنه مجبور بالأرش إذا زرع أو بنى إن قلنا به.

و إن كان المراد من الضرر عدم رغبه المشتري فى التعمير مثلا لاحتمال الأخذ منه ففى الانتصار «أنه يمكن أن يتحرز المشتري من هذا الضرر بأن يعرض المبيع على الشفيع و يبذل التسليم إليه فهو بين أمرين: إما أن يتسلم أو يترك الشفعه، فيزول الضرر عن المشتري بذلك و

إذا فرط فيما ذكرنا و تصرف من غير أن يفعل ما أشرنا إليه فهو المدخل للضرر على نفسه».

و لعل من هذه العبارة قال فى الدروس: «إن فى كلامه إماما بالفوريه».

قلت: لكن ما قبله و ما بعده صريح فى خلاف ذلك، فوجب حملة على كون ذلك مسقطا لها و إن قلنا بالتراخي و إن كان فيه ما فيه إلا أن يريد حال ظهور ذلك فى عدم إرادتها.

و من هنا و غيره تردد بعض الناس، بل مال فى الرياض إلى التراخي، و لعله لا يخلو من قوه ما لم يصل إلى حد الضرر، نحو ما سمعته منهم فى انتظار مدعى غيبه الثمن فى بلد آخر.

بل لو وجد قائل بأنه على التراخي ما لم يتضرر المشتري نحو ما سمعته في دعوى غيبه الثمن التي مرجعها إلى ما يقرب من ذلك لكان في غايه القوه.

و دونه القول بأنها على التراخي ما لم يعرض المشتري على الشفيح الشقص مخيرا له بين الشفعه و عدمها، فيجب الفور حينئذ، لأنه لا ضرر و لا ضرار، كما هو مقتضى التدبر فيما سمعته من المرتضى الذي هو الأصل في التراخي، بل ربما كان في ذلك جمع بين الأدله جميعها.

و إن آبيت عن ذلك كله فلا ريب في أن الأصل عدم الشفعه بعد الشك الحاصل من تعارض الإجماعين و الاستصحابين و غير ذلك مما سمعته، خصوصا بعد عدم سوق الأدله لبيان التراخي، فالرجوع إلى استصحاب بقائها و إطلاق ما دل على ثبوتها بعد أن كان الأول منها بعد تسليم حجيته هنا و الثاني الذي قد عرفت أنه مساق لغير ذلك من الأدله المتعارضه التي حصل منها الشك، فليس حينئذ إلا الأصل السابق و عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) الذي لم يكن من أدله الشفعه التي هي الطارئه على مقتضاهما و مع فرض كونهما أيضا من الأدله على ذلك فلا عمل إلا على الفور الذي هو المتيقن دون غيره، فتأمل جيدا فإنه دقيق جدا، و الله العالم.

و كيف كان فعلى الفور و التراخي قد وقع الخلاف في سقوطها بأمور:

الأول لو نزل عن الشفعه و تركها و عفا عنها قبل البيع فالاسكافي و الشيخ و المصنف في النافع و الفاضل في جملة من كتبه و ولده و المقداد و الكركي و ثاني الشهيدين و الخراساني و الكاشاني على ما حكى عن بعضهم على أنه لم تبطل الشفعه مع البيع لإطلاق الأدله

و لأنه إسقاط ما لم يثبت.

بل قيل: إن ظاهر الانتصار الإجماع على ذلك، قال: «مما ظن انفراد الإماميه به أن حق الشفيع لا يسقط إلا أن يصرح الشفيع بإسقاط حقه» ثم حكى مذاهب العامه إلى أن قال: «قال الشافعي و الشعبي: من بيعت شفيعته و هو يشاهد لم ينكر فلا شفيعه له، و الذي يدل على صحه مذهبنا الإجماع المتكرر» إلى آخره و إن كان ستعرف الحال فيه إنشاء الله.

و لكنه مع ذلك كله في المتن فيه تردد بل هو خيره الإرشاد و إن قال: على رأى، و ظاهر غايه المراد و مجمع البرهان السقوط، بل قد يلوح الميل إليه في الدروس.

بل في النهايه: «إن عرض البائع الشىء على صاحب الشفيعه بضمن معلوم فلم يردده فباعه من غيره بذلك الثمن أو أزيد عليه لم يكن لصاحب الشفيعه المطالبه، و إن باع بأقل من الذى عرض عليه كان له المطالبه».

و قال فيها أيضا: «و إذا علم الشريك بالبيع و لم يطالب بالشفيعه أو شهد على البيع أو بادل للبائع فيما باع أو للمشتري فيما ابتاع لم يكن له المطالبه بعد ذلك بالشفيعه».

و في المقنعه «و إن باع إنسان شيئا له فيه شريك على أجنبى و الشريك حاضر فأمضى البيع و بادل للمبتاع بطلت شفيعته» ثم قال أيضا: «و لو عقد البيع على أجنبى بدون ما عرضه على الشريك كان للشريك الشفيعه على المبتاع و قبضه منه». قيل: و بمعنى عبارته النهايه عبارته الوسيله و جامع الشرائع.

لكن ستعرف أنها أجمع في غير مسأله السقوط بمعنى إنشاء الإسقاط قبل البيع، و كذا عن ابن بابويه السقوط بالسكوت و عدم الإنكار مع الحضور.

و على كل حال فأقصى ما يقال للسقوط: دعوى الشك في ثبوت الشفعة في الحال المزبور، و قد عرفت أن الأصل عدمها، خصوصاً مع ملا حظته أن حكمه مشروعيتها الضرر، و لا- ريب في عدمه مع الفرض المزبور، بل المنساق من إطلاق الأدلة غير الحال المزبور بعد أن لم يكن فيها عموم لغوى بالنسبة إليه.

مضافاً إلى ما رواه في السرائر بعين عبارته النهائية إلى قوله: «و إن باع بأقل» على أن النهاية و غيرها من الكتب السابقة متون أخبار.

بل في

النسبى المروى في التذكرة عن جابر(١) عن النبي (صلى الله عليه و آله) «الشفعة في كل مشترك في أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع»

المراد منه الأخذ بالشراء أو تركه.

و في الدروس و غيرها من كتب الأصحاب

قال رسول الله (صلى الله عليه و آله)(٢): «لا يحل أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فان باع و لم يأذن فهو أحق به».

و في الإسعاد لبعض الشافعية و

في روايه(٣) «لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإذا باع و لم يؤذنه فهو أحق به».

و في روايه صحيحه(٤) في غير مسلم «فهو أحق به بالثمن»

إلى آخرها.

و على كل حال فظاهر تعليق الاستحقاق فيه على عدم الاستئذان يقتضى عدم الاستحقاق

معه، و لا استبعاد في شيء من ذلك بعد ثبوت نظيره من إجازته الوارث ما أوصى به الميت قبل الموت، بل يمكن أن لا يكون

١- ١ سنن البيهقي - ج ٦ ص ١٠٩.

٢- ٢ سنن البيهقي ج ٦ ص ١٠٤.

٣- ٣ سنن البيهقي ج ٦ ص ١٠٤.

٤- ٤ سنن البيهقي ج ٦ ص ١٠٤.

ذلك من باب إسقاط الحق قبل ثبوته، بل هو من المقتضى لعدم ثبوت الحق معه.

بل لعل المعنى المزبور هو المراد مما فى نصوصنا المعتبره^(١) من أن الشريك أحق بالشقص إذا أراد الشريك بيعه، بل فى بعضها^(٢) التصريح بالأحقية المزبوره قبل صدور البيع منه، فإنه لا معنى للأحقية حينئذ إلا المعنى الذى ذكرناه و إن كانت الشفعه لا تثبت إلا بالبيع، على أنه مع استمرار الاذن و الرضا بعدم الحق له فى البيع يكون كالرضا من المتبايعين أو أحدهما على بيع لا خيار فيه للمجلس مثلا.

و بالجمله لا ينبغى الإشكال فى عدمها مع صدور البيع على أنه لا شفعه له باذنه، و ليس هو من باب إنشاء الإسقاط قبل حصول متعلقه.

و من هنا ينقدح لك تحرير محل البحث فى المسأله، و هو إن كان المراد من النزول عن الشفعه إنشاء إسقاطها قبل حصول متعلقها فلا ريب فى أن الأصح عدم السقوط،

بل لا- يتصور تأثير الإنشاء قبل حصول متعلقه مع فرض عدم دليل شرعى. نعم ستعرف فى آخر البحث توجيه صحته بناء على ثبوت الحق قبل البيع.

و إن كان المراد الاذن القابل للاستمرار فعلا و حكما حتى يتم العقد على مقتضاها فالمتجه حينئذ الصحه.

و يكفى فى صحه الإذن تعلق الحق على الوجه الذى سمعته من النصوص المزبوره قبل حصول البيع، فمع فرض استمرارها فعلا أو حكما لم يكن له شفعه. و على هذا يحمل كلام النهايه و غيرها، لا إنشاء السقوط قبل على وجه يترتب أثره عليه بعد البيع الذى يمكن عدم القائل به.

و لعله لذا كان ظاهر الشهيد أن ما فى النهايه غير مسأله الإسقاط،

١- ١ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الشفعه.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الشفعه - الحديث ٧.

بل يمكن أن يكون هذا هو الوجه في فرق المصنف في النافع بين النزول عن الشفعه قبل البيع بمعنى إنشاء الإسقاط و بين الاذن في الابتياح على وجه يراد منه عدم إرادته الشفعه أو ما دل على ذلك.

و من ذلك يظهر لك ما في الرياض من شدة الإنكار عليه في فرقه بين المسأله و غيرها من المسائل، و ادعى أنه لم يوافق عليه أحد، نعم حكى عن الإرشاد الفرق أيضا، و لكنه بعكسه، فجزم بالسقوط في مسأله النزول عن الشفعه بخلاف باقى المسائل.

قلت: يمكن أن يكون وجهه أن ذلك تصريح منه بالاعراض و عدم الإراده على وجه قد استمر حتى وقع العقد، بخلاف المسائل الأخر، فإنه لا تصريح فيها، إذ يمكن الجمع بين الشهاده و المباركه و الاذن في الابتياح و بين إرادته الشفعه من أول الأمر. و حينئذ يكون نزاعا في موضوع.

و تفصيل الحال فيه أنه يختلف باختلاف المقامات و القرائن و إلا فكل منها من حيث نفسه لا دلالة فيه، و قد اتضح بذلك و الحمد لله الحال في المقام و في غيره من المسائل الآتية.

نعم بقى شىء: و هو أنه قد يقال: إن مقتضى ما في غير واحد من النصوص (١) - من كون الشريك أحق متى أراد شريكه البيع - ثبوت الحق له قبل البيع، بحيث لو باع كان له انتزاعه من المشتري، فحق الشفعه حينئذ الثابت له بعد البيع مترتب على الأحقيه السابقه على البيع و إن كان لا يأثم بالمخالفه - خلافا لبعض الشافعيه - فضلا عن صحه بيعه، فان حق الشفعه بعد البيع لا يفسد معه التصرف و إن كان

للشفيع فسخه، و حينئذ فيتجه صحه إنشاء الإسقاط قبل البيع.

و لعله إلى ذلك نظر العلامة و غيره ممن قال بصحته، مضافا إلى

النصوص السابقة، وهذا شيء دقيق و جيد جدا.

كل ذلك مع إمكان أن يقال- مع قطع النظر عن هذا كله- يكفى فى ثبوت الحكم ما سمعته من أنه لا ريب فى حصول الشك فى ثبوت الشفعه فى الحال المزبور، و الأصل عدمها.

و دعوى أن العموم فى المبيع يستلزم العموم فى الأحوال و إلا- لما بقى عموم على حاله لاختلاف أحوال أفراد العام بلا إشكال واضحه المنع إذا أريد منها العموم بالنسبه إلى الأحوال على وجه يحكم بها على مقتضى العموم حتى مع الشك، كالعموم اللغوى بالنسبه إلى الأفراد، بل لو فرض حصول الشك فى إرادته بعض الأفراد من العموم اللغوى أمكن القول بعدم حجيه العموم فيه حينئذ فضلا عن الأحوال.

و من الغريب بعد ذلك كله دعوى دلالة عبارته الانتصار المزبوره على الإجماع على المسأله، و هى مع أنها أجنبيه(١) لأنها مساقه لبيان التراخى فى مقابل القول بالفور على أنه أطلق فيها السقوط مع التصريح بالإسقاط.

كما أنك قد عرفت الحال فى مسأله الإسقاط، و أنه إن أريد به إنشاؤه قبل البيع على وجه يؤثر فى البيع بعد وقوعه فيمكن دعوى الضروره- فضلا عن الإجماع- على عدمه، و إن أريد به إرادته عدم الشفعه المستمره و لو حكما إلى وقوع البيع فقد عرفت أن الأقوى حينئذ عدم الشفعه، و الله العالم.

و كذا لو شهد على البيع أو بارك للمشتري أو للبائع أو أذن للمشتري فى الابتاع أو للبائع فى البيع فيه التردد المزبور، و لكن قد

١- ١ هكذا فى النسختين الأصليتين: المسوده و المبيضة و فى عبارته تشويش، حيث إن خبر قوله: «و هى» غير مذكور، فاما قوله: «مع أنها» زائد حتى يكون «أجنبيه» خبر «و هى» أو.

عرفت الفرق بينها و بينه.

و من الغريب قوله لأن ذلك ليس بأبلغ من الاسقاط قبل البيع ضروره عدم مدخله شىء منها فى مسأله الإسقاط بمعنى إنشائه نعم لو أريد منه إرادته عدم الشفعه المستمره

موضوعا أو حكما كان حكم الجميع واحدا إن كان المراد منها ذلك أيضا.

و على كل حال فقد سمعت ما فى المقنعه و النهايه و محكى الوسيله و جامع الشرائع، و عن كشف الرموز السقوط أيضا، بل حكاها فى الأخير عن الصدوقين، و فى جامع المقاصد عن ابن البراج.

بل فى النافع هنا اختياره كالثالث مع جزمه بعدم السقوط فى الأول و إن قال فى الرياض: «لم أفهم وجهها لفرق الماتن بين هذه المواضع و لم أر من قال به، بل أطلق أرباب القولين الحكم فيها عدا الفاضل فى الإرشاد، ففرق كالماتن، لكن حكم بالبطلان فى الموضع الأول عكسه، و تنظر فى باقى المواضع، و وجهه أيضا غير واضح و إن كان أنسب من فرق الماتن، لأنه فى غايه البعد، فان عدم الإبطال بالإسقاط قبل البيع يستلزم عدمه فيما عداه بطريق أولى، إذ ليس بأبلغ فى الدلاله على الابطال من الاسقاط قبل البيع، بل هو أبلغ، فكيف يفرق بينهما بالعدم فى الأول و السقوط فى الباقي؟! بل العكس أولى، و قد نبه على الأولويه فى المسالك». و فيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بما ذكرناه.

و على كل حال فالحلى و الفاضل و المقداد و الكركى و ثانى الشهيدين و غيرهم على ما حكى عن بعض على عدم السقوط بهما، و إليه يرجع ما فى المختلف من التفصيل بوجود الاماره على الرضا و عدم وجودها، فإنه قول بالعدم.

و أما الثالث فالفاضل فى بعض كتبه و ولده و المقداد و التنقيح و ثانى

الشهيدین و غیرهم علی عدم السقوط، و فی النافع أن الأشبه السقوط، و عن أبي العباس حکایته عن الشيخ فی النهایه و یحیی بن سعید، و قد عرفت تحقیق الحال فی الجمیع.

نعم الظاهر عدم دلالة شیء منها من حیث هی ما لم تقترن بقرائن علی ذلك، خصوصاً مع قیام احتمال إرادته التمهید لوقوع البیع، بخلاف ما لو وقع منه الاذن لهما أو لأحدهما فی البیع و الابتیاع بعنوان الاعراض عنها علی الوجه الذی قد عرفت الحال فیہ، فإنه حینئذ لا شفعه له، كما تقدم لك تحقیقه، و کذا کل ما كان من هذه المذكورات أو غیرها دالاً علی ذلك و لو بقرائن الأحوال، و الله العالم.

و کیف كان ف- لو بلغه البیع بما یمکن إثباته به كالتواتر أو شهادته شاهدی عدل فلم یطالب و قال: لم اصدق بطلت شفعتہ بناء علی الفور و لم یقبل عذره الذی مرجعه المكابره، ضروره كون المفروض طریقاً شرعاً لثبوتہ، فهو حینئذ كالمعاینه أو العلم بذلك.

نعم لو أخبره عدد لا- یبلغ التواتر لكن حصل به الاستفاضه الموجبه للظن الغالب فلم یشفع لم تبطل شفعتہ، لعدم الدلیل علی ثبوت البیع بذلك ما لم یصل إلى حد العلم فیجب حینئذ.

بل فی المسالك «الأقوی كونه عذراً و إن قلنا بثبوتہ بها، للخلاف فی ذلك، فكان عذراً، هذا إذا اعترف بحصول العدد الموجب لها و لم یكن مذهبه ثبوتها بذلك بالاجتهاد أو التقليد و إلا لم یعذر كالشاهدين». و فیہ ما لا یخفی.

بل فیها أيضاً «أنه لو قال: لم یحصل لی بأخبارهم الظن الغالب فهو عذر و إن حصل لغيره، لأن ذلك أمر نفسانی لا یمكن معرفته إلا من قبله» و لا یخفی ما فیہ أيضاً.

نعم لو أخبره صبي أو فاسق لم تبطل و صدق في العذر(١) لعدم ثبوته شرعا بذلك و لو كانوا جماعه غير عدول ما لم يصل إلى حد الاستفاضه التي عرفت الحال فيها.

و لو صدق الخبير ففي المسالك «في عذره بالتأخير بعده وجهان، من أن التصديق لا يستند إلى علم و لا سند شرعي فلا عبره به، و من إمكان استناده إلى القرائن، فإن الخبير المحفوف بالقرائن المفيده للعلم لا ينحصر في العدل و لعل هذا أوجه».

قلت: بل لا وجه لغيره، ضروره أنه ليس وراء العلم شيء من أين ما حصل.

و كذا لو أخبره واحد عدل لم تبطل شفيعته، و قبل عذره، لأن الواحد ليس حجه و احتمال قبول عذره حتى مع حصول العلم معه و لو من القرائن المفيده له واضح الفساد، و ما أبعد ما بين ذلك و بين احتمال الاكتفاء به ما يعلم كذبه، لعموم حجيه العدل.

و الذي يقوى اعتبار التعدد في مثل المقام المشتمل على خصوصيه يندرج بها في الشهاده كما حررنا ذلك في محله.

ثم إن ظاهر المسالك ثبوت البيع على وجه تسقط الشفعه مع عدم الفور بها لغير عذر باعتراف المتبايعين، و فيه أن اعترافهما إنما هو حجه عليهما لا أنه مثبت للموضوع واقعا بحيث يترتب عليه الحكم المتعلق بغيرهما، فتأمل، و الله العالم.

هذا و عرفت فيما سبق أنه لو جهلا أي الشفيع و المشتري قدر الثمن و تصادقا على ذلك لنسيان أو شراء و كيل

١-١ هكذا في النسخه الأصلية المبيضة، و في النسخه المخطوطه بقلمه الشريف «و صدق في العذر عن الفور بها».

و قد مات أو غير ذلك بطلت الشفعة لتعذر تسليم الثمن المعبر في الشفعة على الوجه الذي قد عرفته.

بل لعله كذلك و إن دفع الشفيع قدرا يشتمل عليه مع فرض عدم قبول المشتري التبرع المزبور، لما فيه من المنه، بل و إن قبله في وجه قوى مع احتمال الاجتراء، لصدق تسليم الثمن و زياده.

بل و كذا الكلام في جهل خصوصيه و إن دارت بين أمرين و سمح بهما الشفيع، و الله العالم.

و لو كان المبيع في بلد ناء و الفرض أنه معلوم للشفيع فأخر المطالبه بالشفعه و الأخذ بها مع حضور المشتري و عدم عذر بل لم يمكن ذلك منه إلا توقعا للوصول حتى يقبض الشقص بطلت الشفعه بناء على الفور بلا خلاف أجده بين من تعرض له، لعدم ثبوت كون ذلك عذرا، فعليه أن يأخذ حينئذ و يدفع الثمن و إن تأخر قبض الشقص، لما عرفت من وجوب تسليم الشفيع الثمن أولا لكونه جزء مملك أولا.

بل لو قلنا باعتبار التقابض فيها فالظاهر وجوب الفور فيها أيضا و إن كان هو حينئذ الأخذ القولى، و يبقى تسليم الثمن موقوفا على تسلم الشقص، و هو حكم آخر غير الشفعه.

لكن قد عرفت سابقا جعل بعضهم انتظار بلوغ الثمره و الزرع عذرا معللا له بالضرر على الشفيع بتعجيل دفع الثمن مع مشغوليه الشقص، و لعل نحوه يأتي في مثل المقام.

اللهم إلا- أن يفرق بكون المانع في الأول بقاء يد المشتري على الشقص بخلافه هنا، فإنه ليس إلا عدم وصول الشفيع إلى ماله الذى قد خلى بينه و بينه، و الفرض معلوميته له، و الله العالم.

و لو بان الثمن المعين مستحقاً للغير و لم يجز بطلت الشفعة، لبطلان العقد الذى هو عنوانها و كذا لو تصادق الشفيع و المشتري على غصبيه الثمن المزبور أو عدم قابليته ثمنا و إن لم يكن مثبتا للبطلان فى نفس الأمر بحيث يمضى فى حق البائع إلا أن الحق منحصر فيهما فيقبل ذلك فى حقهما.

بل لو أقر الشفيع خاصه بغصبيته مثلاً قبل الأخذ بها منع من المطالبة

لعموم «إقرار العقلاء»^(١)

و إن لم يكن ذلك مثبتا للبطلان فى حق غيره.

و كذا تبطل الشفعة لو تلف الثمن المعين قبل قبضه عند الشيخ و الفاضل فى محكى المبسوط و التذكرة لتحقق البطلان (١١) فى البيع الذى هو عنوان الشفعة.

و لعله كذلك لكن على تردد فى هذا (١٢) ينشأ مما عرفته سابقاً فى الإقالة و الرد بالعيب: من أن حق الشفعة ثابت بالبيع، فلا يقدر فيه طرو الفسخ، سواء كان سابقاً أو لاحقاً بعد أن كان من حينه لا- من أصله. و من هنا جزم ثانى الشهيدين ببقائها كالمحكى عن الفاضل فى المختلف و ولده و الشهيد.

لكن قال فى القواعد: «و لو تلف الثمن المعين قبل قبضه فان كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البائع بقيمته و إلا بطلت الشفعة على إشكال».

قلت: لعل منشأه ما عرفت، و كأنه أراد فى الدروس و المسالك فى حكاية القول بالتفصيل و إن تركا حكاية ذكر الاشكال فيه، و إلا فلم نعرفه قولاً لأحد منا و لا من العامه.

و على كل حال فقد يدفع الاشكال المزبور بأن حق الشفعة مع سبقه

يقدم على غيره من التصرفات الواقعة من البائع و المشتري و إن كانت فسحا بإقاله أو رد بعيب، لا أنه يقدم على المبطل الشرعى الذى لا يتصور فسخ حق الشفعه له على نحو فسخ الإقاله و الرد بالعيب.

و ثبوته مع البطلان المقتضى لكون الشقص ملكا للبائع و الشفيع إنما يأخذ من المشتري لا يطابق الأدله الشرعيه، كما لا يطابقها أيضا ضمان المشتري قيمه الشقص، خصوصا بعد أن لم يكن فى يده، و قد شفع به الشفيع، و هو فى يد البائع.

و احتمال أن للشفيع باعتبار سبق حصول سببه و هو البيع الصحيح فسخ الانفساخ المزبور تحكيما لدليل الشفعه عليه يدفعه أنه ترجيح لما دل على الشفعه المقتضى لذلك على ما دل على البطلان الشرعى المقتضى لبطلان حق الشفعه، مع أن الترجيح للأخير من وجوه.

فالتحقيق حينئذ عدم استحقاق الشفيع الأخذ مع كون التلف قبله، بل قيل خصوصا إذا قلنا بأن تلف الثمن قبل القبض من مال المشتري كما أن تلف المبيع قبل القبض من مال البائع، على معنى تقدير رجوع كل منهما إلى مالكة قبل التلف آنا ما، و حينئذ فلا ثمن للبائع على المشتري حتى يأخذه الشفيع به و إن كان فيه ما فيه.

نعم لو كان الأخذ قبله اتجهت الصحه، للأصل الذى لا ينافيه بطلان البيع من حينه الذى هو بمعنى استحقاق قيمه الشقص على المشتري باعتبار تنزيل أخذ الشفيع له منزله التلف.

اللهم إلا- أن يقال: إن البطلان هنا أولى من بطلانها بفسخ البائع فإن الحكم الشرعى بكون ملك المشتري له مراعى بعدم تلف الثمن قبل قبضه أولى بتبعيه الشفعه له من تبعيتها لفسخ البائع، فتأمل جيدا.

بل قد يقال بسقوطها أيضا بالانفساخ الحاصل بالتحالف بين البائع

و المشتري مع عدم علم الشفيع بالحال، لكونه أيضا انفساخا شرعيا لا وجه لفسخ الشفيع له المقتضى لرده إلى المشتري حتى يأخذه منه بالثمن الذى حلف البائع على نفيه كما حلف المشتري على نفي ما ادعاه البائع، فصار كأنه مبيع بلا ثمن، فلا وجه لأخذ الشفيع له بعد انفساخه بما عرفت.

أو قلنا بأن للبائع فسخه بذلك و إن لم يفسخ قهرا.

لكن فى موضع من القواعد بعد أن ذكر أن للشفيع فسخ الإقالة و الرد بالعيب قال: «و لو قلنا بالتحالف عند التخالف فى قدر الثمن و فسخنا البيع للشفيع أخذه بما حلف عليه البائع لأخذه منه هنا».

و قال فيها فى موضع آخر: «و لو اختلف المتبايعان فى الثمن و أوجبنا التحالف أخذه بما حلف عليه البائع، لأن للبائع فسخ البيع، فإذا أخذه بما قاله المشتري منع منه، فإن رضى المشتري بأخذه بما قال البائع جاز، و ملك الشفيع أخذه بما قال المشتري، فان عاد المشتري و صدق البائع و قال: كنت غالطا فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه؟ الأقرب ذلك».

قلت: قد ينساق فى بادئ النظر أن المتجه بناء على الانفساخ قهرا بذلك و فرض حصول تمام التحالف بينهما عدم الأخذ بالشفعه، لعدم إمكان فسخ الانفساخ المزبور و رد العين إلى المشتري على وجه يكون دركها عليه، لاقتضاء بطلان ما أفاده القضاء الأول بالتحالف.

و دعوى أن الأخذ حينئذ يكون من البائع على وجه يكون الدرک عليه خلاف المستفاد من أدله الشفعه التى مقتضاها الأخذ من المشتري و الدرک عليه.

لكن فيه أن التحالف المزبور إنما يقتضى الفسخ من حينه بين البائع و المشتري، و الفرض سبق تعلق حق الشفعه، فيتجه حينئذ القول بأنه يأخذ بما يقتضيه البيع الأول قبل الفسخ، فيضمن حينئذ المشتري قيمه

الشقص للبائع، كما إذا رد البائع الثمن بالعيب بعد أن أخذ الشفيع الشقص بشفيعته، و لكن مقتضى ذلك الأخذ بما يقوله المشتري حينئذ، لا ما يقوله البائع، بل مقتضاه حينئذ كون الأخذ منه دون البائع، ضروره استحقاق الشفيع الانتزاع منه، فلا مدخله للبائع، و فائده تحالفه تكون لضمان المشتري له الشقص لا ما ادعاه من الثمن الذى حلف المشتري على نفيه.

و من ذلك يظهر لك أنه لا وجه لما فى جامع المقاصد من أن المتجه على التحالف بقاء الدعوى بين الشفيع و البائع، و يكون كالدعوى بين الشفيع و المشتري، ضروره أنك قد عرفت أخذ الشفيع من المشتري المعترف بكون الثمن كذلك، فلا دخل للبائع الذى يرجع فى الفرض إلى قيمه الشقص لا إلى الثمن.

كما أنه يظهر لك النظر فيما سمعته من القواعد فتأمل جيدا، فإن المسأله من المشكلات.

و لا- يسهل الخطب فيها أن المشهور بين أصحابنا عدم التحالف، بل القول قول البائع مع قيام العين و القول قول المشتري مع تلفها، إذ يمكن فرضها فى صوره التحالف عند الأصحاب، كما إذا كان الاختلاف فى جنس الثمن، بأن قال البائع: أنه كذا حنطه مثلا و قال المشتري: إنه كذا شعيرا، فإنه لا ريب فى كون الحكم هنا التحالف، و يأتى البحث السابق.

و لتكن عند التأمل مستحضرا لمدخله دفع الثمن فى تملك الشقص و أن الأخذ من المشتري و الدرك عليه، و أن التحالف إنما هو فى حق المتحالفين، و أن الشفيع حقه على المشتري دون البائع، و أن الفسخ الطارى على البيع الصحيح بسبب من المتعاملين أو مطلقا لا يبطل الشفعه و غير

ذلك، ينفعك فى المقام و نظائره، و الله العالم و الهادى.

و من حيل الاسقاط و لو بمعنى إيجاد ما يمنع رغبه الشفيع بأخذه، و الظاهر عدم الكراهه فى ذلك للأصل فضلا عن الحرمه، اللهم إلا أن يقال بعد التسامح بإشعار الأدله بها باعتبار مراعاة الشريك، و الأمر سهل.

و هى كثيره و لكن منها أن يبيع بزياده على (عن خ ل) الثمن الذى يبذل فى مثله على وجه لا يرغب فيه معها و لكن مع المواطاه بينهما على أن يدفع ب مقابله الثمن الزائد عوضا قليلا، فإن أخذ الشفيع لزمه الثمن الذى تضمنه العقد، و كذا لو باع بثمان زائد فقبض بعضا و أبرأه من الباقي للمواطاه على ذلك.

و لكن لا- يخفى أن ظاهر المصنف و غيره لزوم الثمن للمشتري مع المواطاه المزبوره على وجه لو فرض خلف البائع فى ذلك استحقها على المشتري، بل كاد يكون ذلك صريح كلامهم.

لكن فى التحرير «لو خالف أحدهما ما تواطئا عليه فطالب صاحبه بما ظهر لزمه فى ظاهر الحكم و يحرم عليه فى الباطن، لأن صاحبه إنما رضى بالعقد للتواطؤ».

و هو- مع ما فيه من صعوبه تصور خلف المشتري فى المواطاه على وجه يلتزم بسببه فى الكثير- أنه لا- يطابق ظاهر الأدله، إذ أقصاه مخالفه الوعد أو ما يشبهه، و لا إثم فيها على الأصح فضلا عن حرمه المال، و تنزيله على الشرط المضمّر على وجه يكون للمشتري دون الشفيع كما ترى، نعم لو تواطئا على الإقرار فى الظاهر فطالبه البائع مثلا بذلك كان حراما عليه فى الباطن، و لكنه غير مفروض المسأله قطعاً.

و الانصاف أن المسأله محتاجه إلى تنقيح على وجه يظهر منه ما هو

المعروف من عدم جواز الصلح عن الحقوق بحيث تؤدي إلى سقوطها بأمثال هذه الحيل، و له مقام آخر.

و كذا من حيلها على وجه لا يتعلق حقها لو نقل الشقص بغير البيع كالهبة أو الصلح و نحوهما مما لا يتعلق به حق الشفعة، لما عرفته سابقا من أن موضوعها انتقال الشقص بالبيع دون غيره من النواقل و هو واضح.

كوضوح تصور أمور كثيرة للرجوع عنها أو غير ذلك مما تقتضى عدم أخذ الشفيع بها و إن أكثر بعضهم فى الأمثلة لذلك، و الله العالم.

و لو ادعى الشفيع على غيره الابتياح فصدقه و قال: نسيت الثمن فالقول قوله مع يمينه كما صرح به الفاضل و الشهيدان و الكركى، لأنه لا يعلم إلا من قبله، و لو لم يقبل لزم التخليد فى الحبس على تقدير صدقه.

و حينئذ فإذا حلفه و يأس من العلم بطلت الشفعة بمعنى عدم ترتب أثر على استحقاقها، لتعذر العلم بالثمن الذى قد عرفت توقف الأخذ عليه، لكن إن لم يكن إجماعا أمكن المناقشة فى تعجيل القبول منه من دون تبين حاله بأنه مدع، فإن الأصل عدم النسيان.

و على الأول فإن لم يحلف و قضينا بالنكول فإن كان الشفيع يدعى العلم بقدر معين ثبت و أخذ بالشفعة به، و إن لم نقض به حلف الشفيع على ما يدعيه و أخذ به.

و إن كان لا يدعى العلم به و إنما يدعى علم المشتري فى المسالك «احتمل عدم سماع الدعوى بعد ذلك، لعدم إمكان الحكم بشىء و إحلاف الشفيع على أن المشتري يعلم و حبس المشتري حتى يبين قدره».

قلت: لا يخفى عليك جريان مسأله النكول السابقه هنا أيضا.

و لو ادعى الشفيع العلم بالثمن من أول الأمر من غير دعوى العلم به على المشتري و ادعى المشتري النسيان فهل يثبت بيمين الشفيع هنا؟ ففي جامع المقاصد فيه نظر. قلت: أقواه العدم. و لعله كذلك لو صادقه على النسيان، و هو المناسب لإطلاق المصنف و غيره أنه إذا حلف على النسيان بطلت الشفيعه سواء ادعى الشفيع العلم به أو لا.

و لو ادعى المشتري أن عدم العلم بالثمن لأنه كان عرضاً قيمياً و أخذه البائع و تلف في يده و لا أعلم قيمته فالقول قوله مع يمينه بلا خلاف و لا إشكال، و كذا لو قال: «أخذه و كيلى و لا أعلم به» أو نحو ذلك مما هو غير مناف للأصل، و هو ممكن، و لو لم يقبل منه يلزم تخليده في السجن، و الله العالم. هذا كله إذا كان الجواب بنحو ما سمعت.

أما لو قال: لم أعلم كميّة الثمن مقتصرًا على ذلك لم يكن جواباً صحيحاً و في القواعد و التحرير و جامع المقاصد و المسالك كلف جواباً صحيحاً غيره معللاً في أول الأخيرين بإجماله و احتمالهما، و في ثانيهما بأنه «مشارك بين أن يكون لا يعلم ابتداءً من حين الشراء، و هو غير مسموع، لاقتضائه بطلان البيع، و أن يكون غيره من الوجهين السابقين، فلا بد من تفصيله، و حينئذ فيلزم بجواب مسموع فإن أصر حبس حتى يجيب».

قلت: قد يناقش بأن احتمالاً للصحة كاف في صحته، و لا داعى إلى عقوبته بحبسه حتى يجيب معينا له.

و كيف كان ففي المتن و غيره و إن كنا لم نتحققه أنه قال الشيخ: يرد اليمين حينئذ على الشفيع و يقضى على المشتري بما يحلف عليه، أى مع فرض دعوى العلم به، أما بدونها فلا، لعدم إمكان حلفه.

نعم في المسالك «لو فرض دعوى الشفيع هنا عدم علمه لكن

ادعى علم المشتري حلف على ذلك و أزم المشتري البيان، ثم إن عين قدرا و طابقه عليه الشفيع حكم بمقتضاه، و إلا فإشكال». قلت: لا يخفى عليك ما فى أصل القول المزبور ضروره كون المتجه إلزامه بالبيان لا القضاء بيمين الشفيع كما هو واضح، و الله العالم.

[المقصد الخامس فى التنازع]

إشاره

المقصد الخامس فى التنازع و فيه مسائل:

[المسأله الأولى إذا اختلفا فى الثمن و لا بينه فالقول قول المشتري مع يمينه]

الأولى:

إذا اختلفا أى الشفيع و المشتري فى قدر الثمن بعد اتفاقهما على وقوع الشراء فقال المشتري: ألف مثلا و قال الشفيع:

خمس مائه و لا بينه فالقول قول المشتري مع يمينه عند الشيخين و سلاز و أبى الصلاح و القاضى و بنى زهره و إدريس و سعيد و الفاضل و الشهيد و غيرهم، بل هو المشهور نقلا- و تحصيلا، بل لا- يكاد يوجد فيه خلاف إلا من الإسكافى و ظاهر ثانى الشهيدين فى المسالك، بل فى الغنيه الإجماع عليه لأنه الذى يتترع الشىء من يده و لأنه الذى هو أعرف بالعقد و لأنه الغارم، و لأنه ذو اليد، و لأنه الذى يترك لو ترك، و لأن المشتري

لا دعوى له على الشفيع، إذ لا يدعى شيئاً في ذمته ولا تحت يده، وإنما الشفيع يدعى استحقاق ملكه بالشفعه بالقدر الذى يعترف به الشفيع و المشتري ينكره، ولا يلزم من قوله اشتريته بالأكثر أن يكون مدعياً عليه وإن كان خلاف الأصل، لأنه لا يدعى استحقاقه إياه عليه، ولا يطلب تغريمه إياه.

لكن مع هذا كله مال فى المسالك إلى تقديم قول الشفيع وفاقاً للإسكافى مناقشاً فى بعض الأدلة السابقة فى الأول، فممنوع (بممنوع خ ل) كون المالك لا تزال يده عن ملكه إلا بما يدعيه، فقد يقدم قول المنكر فى كثير فى البيع وغيره، خصوصاً مع تلف العين، و تخصيص هذا بما إذا كانت العين باقية ليكون كتقديم قول البائع فى الثمن مع بقاء العين فيه - مع كونه تخصيصاً لمدعى (لدعوى خ ل) القائل بغير رضاه - أن تقديم قول البائع حينئذ ليس لهذه العلة؛ بل لروايه (١) ووردت فى ذلك كما تقرر فى بابه، و من ثم خالف فيه جماعه و أطرحوا الروايه إما لضعف سندها أو لمخالفتها للأصول و قدموا قول المشتري مطلقاً أو حكموا بالتحالف إلى غير ذلك من الاختلاف، و تعديه الروايه إلى موضع النزاع مع تسليمها فى موردها قياس لا يقولون به».

و فى الثانى بأن «النزاع ليس فى العقد، لاتفاقهما معاً على وقوعه صحيحاً و استحقاق الشفعه به، و إنما النزاع فى القدر الواجب على الشفيع دفعه إلى المشتري من الثمن، فالمشتري يدعى زيادته عما يدعيه الشفيع و الشفيع ينكره، فيكون المشتري هو المدعى و الشفيع هو المنكر».

ثم اعترض على نفسه بأن العقد لا يتشخص إلا بالثمن المعين، فيكون الاختلاف فيه فى قوه الاختلاف فى العقد، لأن المتشخص منه بالألف

غير المتشخص منه بالخمسمائه، فيرجع إلى الاختلاف في العقد، و هو أعلم به، لأنه من فعله دون الشفيع.

و أجب بأن القدر من العقد الواقع على الشقص مع كون الخمسمائه لازمه أمر متفق عليه، و إنما النزاع فيما زاد على ذلك، و هو راجع إلى دعوى المشتري و إنكار الشفيع، على أن هذا لو تم لزم تقديم مدعى الزيادة في كل معاوضه، سواء كانت العين باقيه أم لا، و هم لا يقولون به.

ثم اعترض على هذا بأن عقد البيع مثلا إنما يقوم بالمتعاقدين فليس أحدهما أولى من الآخر، فلذا لم يقدم قول مدعى الزيادة مطلقا، بخلاف الشفيع الذي هو خارج و يريد انتزاع العين بما يدعيه ممن كان لعقد عقده.

و أجب بفرض وقوع العقد مع البائع و وكيل المشتري أو بالعكس ثم تنازعا من دون حضور الوكيل، فيلزم تقديم قول من وقع العقد معه و لا يقول به الخصم، إلى أن قال: و بالجمله فمرجع التقديم إلى كونه منكرا و الآخر مدعيا نظرا إلى الخبر(١) أما غيره من الاعتبارات فلا التفات إليها من الشارع، و إنما هي مناسبات لا تفيد العله.

و في الأخير بأنه- مع منافاته لظاهر الخبر-(٢) لا يتم بعد أخذ الشفيع بالشفعه إما برضا المشتري بتأخير الثمن في ذمته أو مطلقا بناء على أن أخذه المعتبر في التملك بذله الثمن المتفق على لزومه لذمته لا ما يدعيه المشتري، فإذا أخذ الشفيع بما اعترف به ملك الشقص و بقي النزاع بينه و بين المشتري في القدر الزائد، و لو كان ملكه متوقفا على إعطاء المشتري

١- ١ إشاره إلى قوله ص: «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» المروى في الوسائل في الباب- ٢٥- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٣ من كتاب القضاء.

٢- ٢ إشاره إلى قوله ص: «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» المروى في الوسائل في الباب- ٢٥- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٣ من كتاب القضاء.

ما يدعيه لزم إمكان دفعه عن التملك بسهولة، كدعوى قدر كثير لا يسمح به الشفيع من غير أن يثبتته المشتري، و عموم الأدله تنفيه.

و لا يخفى عليك ما فى كلامه الأخير، ضروره عدم اقتضاء اتفاقهما على لزومه كونه الثمن الذى وقع عليه العقد، فكيف يتصور تملكه به مع عدم ثبوت كونه ثمنًا؟! و مجرد دعواه لا تثبته، و أصله عدم الزيادة لا تصلح لإثبات كون الثمن هو الناقص.

نعم لو فرض اتفاقهما على الثمن و أخذ الشفيع برضا المشتري بكونه فى ذمته ثم اختلفا فيه بعد ذلك أمكن تصوره حينئذ، لكنه- مع أن فيه ما فيه إذا فرض إبراز كيفية الدعوى بينهما فى تشخيص ما اتفقا عليه سابقا من الثمن- أيضا خارج عن محل النزاع الذى هو اختلافهما ابتداء فيه.

و من هنا يعلم أيضا ما فى تفصيل صاحب الكفايه- الذى تصيده من هذه العبارة و عباره الكركى- بين وقوع النزاع قبل الأخذ و بينه بعده، فيقدم قول المشتري فى الأول و الشفيع فى الثانى، مضافا إلى ما فى الرياض من أنه خرق للإجماع المركب.

و أما ما ذكر من المنافاه للخبر ففيه أنه لا يقتضى كون الشفيع هو المنكر، ضروره أنه إن كان مبناه الرجوع إلى العرف فلا ظهور فيه بأنه المنكر دون المشتري إن لم يكن العكس. و منه يعلم ما فى قوله: و بالجمله إلى آخره.

و أغرب من ذلك قوله فى الجواب عن المناقشه الأولى: «القدر فى العقد الواقع على الشقص مع كون الخمسمائه لازمه أمر متفق عليه» إلى آخره، ضروره أنه لا- اتفاق بينهما بعد فرض كون النزاع بينهما فى شخصى العقد الذى لا قدر مشترك بينهما، فان الخمسمائه فى ضمن الألف

غيرها مستقلة ثمنا فكيف يمكن حصول قدر متيقن بينهما و النزاع في غيره؟! فليس هما إلا- متباينان، و ما بينهما من الاتفاق الانتزاعي لا مدخلية له في تشخيص كونه ثمنا كما هو واضح بأدنى تأمل.

و منه ينقذح أنه يتوجه كون كل منهما مدع بالنسبة إلى ذلك، لمخالفتهما للأصل كما ذكرناه فيما لو اختلف المتعاقدان و قد أبرز الدعوى في تشخيص العقد، فضلا عن المقام الذى عنوان الحكم فيه نصا و فتوى الثمن الذى وقع عليه شخص العقد، و لا ريب فى عدم حجيه قول أحد منهما فى ذلك.

نعم يتوجه اليمين للشفيع على المشتري فى نفي ما ادعاه من الثمن، كما أنه قد يقال بتوجه اليمين للمشتري عليه أيضا فى نفي ما ادعاه مع احتمال عدمه، لأنه لا فائده فيه بعد وقوع اليمين منه.

و لكن على كل حال لا يثبت بذلك أن الثمن هو ما ذكره أحدهما إلا مع رد اليمين من أحدهما، و إلا فمع عدمه ينتفى ما ذكره كل واحد منهما، إلا أنه لا طريق متيقن لتملك الشفيع الشقص إلا بدفع ما يقوله المشتري، لأصالة عدم الانتقال، و ليس ذلك منهما مؤديا إلى جهالة الثمن التى قد عرفت اقتضاؤها عدم الشفعة، ضروره العلم به لكل منهما.

و إن اختلفا فى قدره فمع دفع الشفيع ما يدعيه المشتري يتوجه له التملك، لأنه ثمن على التقديرين، و ليس فى الأدله ما يقتضى منع التملك مع دفع الزيادة على الثمن المعلوم عند الدافع، نعم حكمها الحرمة على المشتري مع كذبه و حلها له مع صدقه، و هو أمر آخر، و هو جيد لكن لم أعثر عليه قولا- لأحد منا، بل و لا احتمالا و إن وافق المشهور فى النتيجة، و هو الأخذ بما يدعيه المشتري، إلا أنه ليس لثبوت كونه ثمنا بقوله و لكن لا يقين بملك الشفيع بدونه.

و ليس فى شىء من الأصول بل و لا ما ذكرناه من أدله المشهور

ما يقتضى كون قول المشتري بيمينه من الطرق الشرعيه لإثبات كونه الثمن الذى وقع عليه شخص العقد.

و لكن مع ذلك كله لا- محيص عن العمل بالمشهور المحكى عليه الإجماع فى الغنيه الذى تظمن النفس هنا بصوابه، والله العالم.

هذا كله مع عدم البيئه لكل منهما و إلا ففى محكى المبسوط و التذكرة و التحرير أنه إن أقام أحدهما بينه قضى له و هو كذلك بناء على ما ذكرناه من أن كلا منهما مدع.

أما على المشهور فقد يشكل سماع بينه المشتري الذى هو منكر و فرضه اليمين، و قد ذكرنا فى كتاب القضاء أنه لا تندفع اليمين عنه بإقامه البيئه.

و عن حواشى الشهيد أن الأقرب القبول و إن كان فى دفع اليمين عن المنكر بالبيئه فى غير هذه الصوره تردد، و وجه الفرق أنه يدعى دعوى محضه و قد أقام بها بينه، فتكون مسموعه.

و فيه شهاده على ما ذكرناه سابقا من كون المشتري مدعيا، و من هنا أشكله فى جامع المقاصد و المسالك، بل فى الأول منهما أنه لا يخلو من تدافع.

قلت: قد يقال: إن تقديم بينه المشتري عند القائل به ليس لكونه منكرا صرفا بل هو مدع، إلا أن قوله مقبول فيما ادعاه على وجه يقدم على الشفيع كالودعى الذى يدعى الرد مثلا، فان قبول قوله بيمينه لا يمنع من قبول بينته لكونه مدعيا، و ليس كل من قبل قوله بيمينه منكرا، بل لعل بعض ما سمعته من أدله القائلين بتقديم قول المشتري كالصريح فى ذلك.

و بذلك يظهر لك ما فى دعوى بعض من أن ما فى الخلاف و المبسوط- من أنه لو أقام كل منهما بينه حكم بينه المشتري- يوافق ما سمعته من

الإسكافي من أن المنكر الشفيح و إلا لم تقدم بينه المشتري الذي هو الداخل مع أنه يمكن أن يكون ذلك لأن مذهبه تقديم بينه الداخل كما حكى عنه، إلا- أن ما ذكرناه أولاً أولى كما يشهد له ما عن الخلاف من تعليل تقديمه بأنه مدعى الزيادة، فيكون الوجه في تقديم بينته أنه كان يقدم قوله بدونها فمعها أولى و لا أقل من تعارض البينتين من المدعين إلا أنه يرجح بينه المشتري بتقديم قوله بدونها فيقوى جانبه بذلك.

و من هنا يظهر لك ضعف ما تسمعه من قول المصنف: «و فيه احتمال للقضاء بينه الشفيح، لأنه الخارج» بل في قواعد الفاضل و جامع المقاصد و محكى السرائر و التذكرة و الكفاية أنه الأقرب، بل عن الفخر الميلى إليه.

و لعله لتقديم بينه الخارج بناء على أنه الشفيح و الداخل المشتري، و إن كان فيه ما عرفت من احتمال منع كونه من ذلك، لأن كلا منهما مدع و إن قدمنا قوله مع عدم البينه على حسب ما عرفت.

و لذلك قال في المختلف بعد أن اختار تقديم بينه المشتري: «و هذا بخلاف الداخل و الخارج، لأن بينه الداخل يمكن أن تستند إلى اليد؛ فلهذا قدمنا بينه الخارج، و في صورته النزاع البينه تشهد على نفس العقد كشهادة بينه الشفيح».

و مراده في الحقيقة ما ذكرناه من أن كلا منهما مدع و إن قدم قوله مع عدم البينه للإجماع المزبور و نحوه، بل هو مرجح لبينته لا أنه يكون به منكراً.

و حينئذ فمناقشه الكركى و ثانى الشهيدين له بأن تقديم بينه الخارج عند القائل به ليس لذلك فقط، بل ل

قوله (صلى الله عليه و آله) (١):

«البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

و الخارج مدع فى غير محلها بعد ما عرفت.

بل إليه يرجع ما عن الخلاف من تعليل تقديمه بأن المشتري يدعى زياده الثمن و الشفيح ينكره، أى فهو بحكم المنكر و لو من وجه، نعم يحكى عن مبسوطه التعليل بأنه داخل فتقدم بينته.

و كيف كان فلا يخفى ما فى كلامهم من التشويش، و سببه عدم تنقيح الأمر أولاً، و التحقيق ما عرفت من كونهما مدعين على الوجه الذى ذكرناه، فتأمل جيداً.

و لعله لذا كان المحكى عن جامع الشرائع القول بالقرعه هنا، إذ ليس إلا لأن تنازعهما فى العقد، و لا داخل و لا خارج، إذ لا يدلها، فصارا كالمتنازعين فى عين فى يد غيرهما، فتجب القرعه كما اعترف بذلك فى المختلف و إن ناقشه فى جامع المقاصد بأن تنازعهما فى استحقاق العين بالثمن المخصوص، و بأن القرعه فى الأمر المشكل الذى لم يدل النص على حكمه و ما نحن فيه ليس كذلك، أى باعتبار

قوله (صلى الله عليه و آله)(١): «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

لكن فيه ما عرفت من احتمال عدم كونه منكرًا عنده، بل مدع قدم قوله، لكونه أعرف بالعقد أو نحو ذلك، و أنه باعتبار

التنازع فى التشخيص صار دعوى كل منهما مباينه للأخرى ليس بينهما قدر مشترك متفق عليه كما أوضحناه سابقاً، نعم يتجه عليه أنه لا إشكال مع الترجيح بما عرفت، و الله العالم.

و كيف كان فقد صرح الشيخ و الفاضل و الكركى و الشهيدان على ما حكى عن بعضهم بأنه لا تقبل شهادة البائع لأحدهما بل لا أجد فيه خلافاً صريحاً.

نعم يحكى عن السرائر أنه اقتصر على عدم قبول شهادته للشفيع، لأنه يدفع عن نفسه ضرر الدرك، وربما أشعر بقبولها للمشتري، لكن لم أجد من حكاها.

و فى قواعد الفاضل و الدروس أنه يحتمل القبول على الشفيع مع القبض و له بدونه، بل قيل قد استحسنته فى التذكرة و قواه فى الحواشى و كأنه مال إليه فى الإيضاح.

و على كل حال ففى جامع المقاصد و المسالك تعلييل عدم القبول مطلقا بأنها تجر نفعا على التقديرين، و هو استحقاق الثمن الكثير و بدله إن ظهر مستحقا أو رد العين إن شهد للمشتري، بل ربما كان له غرض بعود المبيع إليه بفسخ المشتري إذا علم بالعيب أو الغبن و يخشى فوات ذلك بأخذ الشفيع فينفره من الأخذ بكثرة الثمن و التخلص من ضمان درك الزيادة لو شهد للشفيع، بل ربما حاول بذلك إسقاط خيار الغبن أو قله الأرش لو ظهر المبيع معيبا، بل ربما كان عالما بالعيب و يتوقع المطالبة بأرشه و ربما خاف رد المشتري له بالعيب أو الغبن دون الشفيع، فيرغبه فى الأخذ بتقليل الثمن إلى غير ذلك مما لا يخفى ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه فى كتاب الشهادات.

بل ذكروا فيها ما يعلم منه عدم كون المقام من رد الشهادة بجر النفع الذى هو عندهم ما يكون الشاهد به مدعيا كشهادة الشريك لشريكه و نحو ذلك، بل لا جر نفع بعد إقرار المشتري بالثمن.

نعم ما نحن فيه من كون الشاهد متهما، لكن قد ذكرنا عدم ردها بمطلق التهمة، بل التهمة المخصوصه المستفاده من الأدله.

و لعله لذا قال بعض المعاصرين: إن الأقوى القبول مطلقا، و لكنه مخالف لمن عرفت، و يمكن الاستدلال له بما عن المبسوط من تعليله بأنها

شهاده على فعله، و المنساق من إطلاق الأدله خلافه.

و أما احتمال التفصيل المزبور المستفاد من السرائر فلا وجه معتد به له، كالتفصيل الذى سمعته من الفاضل، و لعل الأولى عدم القبول مطلقاً، و الله العالم.

و كيف كان فقد ظهر لك مما ذكرنا تفصيل الحال فى الصور الأربعة و هى عدم البيئه أو البيئه للمشتري أو للشفيع و الرابعه التى هى لو أقام كل منهما بيئه و أن الأولى فيه ما ذكره المصنف من أنه حكم بيئه المشتري و إن كان فيه احتمال للقضاء بيئه الشفيع لأنه الخارج لكن قد عرفت تفصيل الحال فيه، و الله العالم.

و لو كان الاختلاف بين المتبايعين فى قدر الثمن و لأحدهما بيئه حكم بها بلا خلاف و لا إشكال بناء على التحالف مع عدمها، أما على القول بتقديم قول المشتري مطلقاً فيشكل سماع بيئته على وجه يسقط عنه اليمين بما عرفت من أنه منكر و وظيفته اليمين.

بل و على المشهور من أن القول قول البائع مع بقاء السلعه و المشتري مع تلفها، بناء على أن كل من كان القول قوله كان هو المنكر، فلا تسمع منه البيئه، لأن عليه اليمين، فيشكل حينئذ سماعها من البائع مع البقاء و من المشتري مع التلف.

لكن قد عرفت ما يعرف منه الجواب عن ذلك، كما أنه قد تقدم فى كتاب البيع (١) تحقيق الحال فى المسأله بجميع أطرافها.

و منه ما لو كان لكل منهما بيئه و إن قال الشيخ فى المبسوط الحكم فيها حينئذ بالقرعه (١١) عندنا التى هى لكل أمر مشتبه، و منه هذا.

و لكن فيه إشكال، لاختصاص القرع بموضع اشتباه الحكم كما اعترف به و لا- اشتباه مع الفتوى من المشهور ب الخبير المزبور(١) المتضمن أن القول قول البائع مع يمينه مع بقاء السلعه، فتكون البيئه هنا بينه المشتري كما صرح به الفاضل و الكركي و الشهيد في المحكى من حواشيه، و استحسنة في المسالك، بل قيل إنه قضيه كلام التذكرة و الإيضاح، إذ الفرض بقاء العين التي يأخذها الشفيع، فيكون هو الخارج الذي تقدم بيئته بناء على القول به.

بل ربما تجشم لكون البائع منكرًا من غير جهة قبول قوله إنه لما عين السبب و شخصه بوقوع الثمن على الزائد لم يكن

معترفًا بالملك مطلقًا بل على ذلك الوجه الذي إن ثبت ثبت به الثمن المخصوص، فيكون منكرًا لما يدعيه المشتري، فوجب عندهم تقديم بينه المشتري و إن كان هو كما ترى.

نعم في الإيضاح «أن بينه المشتري مقدمه و لو قلنا بالتحالف مع عدم البيئه، لأنها مخالفة لأصلين: انتقال الملك و رضا البائع بهذا العوض و بينه البائع تخالف أصلاً، و هو عدم رضا المشتري بالزياده، أى فيكون المشتري هو الخارج الذي تقبل بيئته».

مع أنه يمكن أن يناقش أيضا بأنه مع اعتبار الأصلين لا معنى للتحالف، بل يتعين حلف المشتري، و إلا فلا معنى لترجيح بيئته بهما.

بل ناقشه في جامع المقاصد بأن أصاله عدم انتقال الملك إليه قد زالت باعتراف البائع بحصول البيع الناقل للملك و إن كان قد يدفع بإمكان إرادته أصاله عدم انتقال الملك إلا بما يقوله مالكه.

لكن التحقيق مع إبرازهما الدعوى على وجه يكون كل منهما مدعيا و منكرا يتجه قول الشيخ بالقرعه مع عدم الترجيح، و زياده مخالفه الأصول على فرض تسليمها لا تقتضى جعله مدعيا بحيث ترجح بينته على الآخر.

و إن أبرزها على وجه يكون البائع مدعيا و المشتري منكرا أو بالعكس إن أمكن فرضه بنى على مسأله ترجيح بينه الداخلى و الخارج، و الله العالم.

و كيف كان فعن قضيه كلام المبسوط أنه إذا قضى بالثمن تخير الشفيع فى الأخذ بذلك و فى الترك حتى فى صوره عدم البيئه لأحدهما، و حلف البائع باعتبار أن القول قوله، لقيام العين التى يريد الشفيع أخذها، فضلا عن صوره ما لو أقام بينه بذلك بناء على قبولها منه.

و وجهه أنه الثمن شرعا، و الشفيع إنما يأخذ به، بل قيل: إنه لو أوجب الشارع غيره أو أجاز له لتضاد الحكمان، و قد

قال (عليه السلام): «لا يحكم فى قضيه بحكمين مختلفين»

و إن كان فيه أن ذلك كذلك مع اتحاد الحكم و المحكوم عليه و له، بخلاف المقام الذى المحكوم عليه المشتري و المحكوم له الشفيع.

بل قد يناقش فى الأول أيضا فى صوره الحلف بأنه إنما يثبت الثمن فى حق المشتري دون غيره، بل و فى صوره البيئه أيضا بعد تكذيب المشتري لها الذى يأخذ الشفيع منه.

و من هنا كان خيره الفاضل و ولده و الشهيدان و الكركى الأخذ بما يدعيه المشتري مطلقا، لأن الشفيع إنما يأخذ منه و يدفع إليه الثمن، و هو يزعم أن البائع ظالم بأخذ الزائد، فلا يظلم هو الشفيع فيه بعد الإقرار

منه النافذ في حقه.

بل عن الفاضل و الشهيد التصريح بذلك حتى لو رجع إلى قول البائع و قال: «كنت ناسيا» إلا أن يصدق الشفيع.

و لكن قد يقال بناء على اعتبار دفع الثمن الواقعي من الشفيع في التمليك و الفرض عدم علم الشفيع و عدم ثبوت الواقع منه بقول المشتري خاصة: يتجه توقف الحكم بتملك الشفيع على دفع الثمن الواقع، و ليس إلا- ما يقوله البائع، خصوصا مع إقامه البيئه التي فرض قبولها منه.

و مجرد اعتراف المشتري بكون الثمن كذلك لا- يثبت الواقع، نعم مع مصادقه الشفيع له على ذلك يتجه الحكم بالتملك، لا لثبوت ذلك واقعا، بل لكون الحق منحصر فيهما، فمع اتفاقهما عليه يحكم بالملك، بخلاف ما إذا انفرد المشتري، فان الإقرار في حقه لا يصير كون الثمن كذلك على وجه يحكم بحصول الملك للشفيع المعتبر فيه دفع الثمن في نفس الأمر على وجه لو رضى الشفيع^(١) بالأقل لم يملك بإنشاء الأخذ إلا إذا ثبت في ذمته ثم يبرؤه المشتري منه.

و حينئذ ففي المقام لا يحكم بتملكه الشقص إلا بدفع ما يعلم كونه الثمن و إن كان لا يجوز للمشتري مطالبته بالزائد، بل و لا يملكه إن كان في نفس الأمر صادقا، و لعله إلى هذا نظر المصنف و الشيخ.

و لكن مع ذلك فيه ما فيه باعتبار أن العين في يد المشتري، و هو مقر للشفيع باستحقاق انتزاعها منه بكذا، فلا يلزم بغيره.

ثم إن الظاهر عدم الفرق في المسألة بين الاختلاف في قدر الثمن و بين الاختلاف في قيمته لو فرضا غرضا و قلنا بالشفعه به و قد تلف، لجريان

١- ١ هكذا في النسخة الأصلية المبيضة و المسوده، و الظاهر أنه سهو من قلمه الشريف و الصحيح «المشتري» بدل «الشفيع».

جميع ما سمعته فيه.

لكن فى القواعد بعد أن جزم بأن القول قول المشتري فى الأول قال هنا: «قدم قول المشتري على إشكال» و لم يظهر لنا وجه معتد به له.

و لو اختلفا فى الغرس و البناء فقال المشتري: أنا أحدثه و أنكر الشفيع قدم قول المشتري، لأنه ملكه، و الشفيع يطلب تملكه عليه، فالأصل عدم تعلق حقه به، و الله العالم.

[المسألة الثانية إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي فأنكر الأجنبي قضى بالشفعه للشريك]

المسألة الثانية قال فى الخلاف و محكى المبسوط إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي فأنكر الأجنبي قضى بالشفعه للشريك بظاهر الإقرار، و لكن فيه تردد و خلاف من حيث وقوف الشفعه على ثبوت الابتاع و لم يحصل، بل قد انتفى بيمين الأجنبي.

و لعل الأول أشبه عند المصنف بأصول المذهب التى منها إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، وفاقا للفاضل و الشهيدين و الكركى، للإقرار المزبور الذى لا ينافيه عدم نفوذه فى حق المشتري بعد إنكاره له و الشفعه تتبع البيع، و لو الحاصل بالإقرار الذى هو أحد الطرق فى ثبوته و لو بالنسبة للمقر، و لذا لو صدقه المشتري ثبتت الشفعه بمجرد الإقرار.

و لكن بالغ الحلى فى إنكار ذلك فقال: «إن الذى تقتضيه أصول أصحابنا و مذاهبهم أن الشفعه لا تستحق إلا بعد ثبوت البيع، و يستحقها و يأخذها من المشتري دون البائع، و البيع ما صح و لا وقع ظاهرا، و لا يحل لحاكم أن يحكم بأن البيع حصل و انعقد، فكيف يستحق الشفعه فى بيع لم

يثبت عند الحاكم؟! و كيف يأخذها من البائع؟! و أيضا الأصل أن لا شفعه فمن أثبتها احتاج إلى دليل قاطع، و هذه المسألة حادثه نظريه لا يرجع فيها إلى قول المخالفين» إلى آخره.

و هو فى غاية الجوده، خصوصا بعد ما سمعته منا من عدم ثبوت البيع بإقرار المشتري مع البائع، فضلا عن البائع خاصه، و من مخالفه الشفعه للأصل التى ينبغى الاقتصار فيها على المتيقن فضلا عما كان المنساق من الأدله خلافه، و من الإجماع بقسميه على أن الشفيع يأخذ من المشتري على وجه يكون دفع الثمن جزء مملك.

و معلوميه عدم ثبوت الموضوع بالإقرار الذى هو حجه على المقر نفسه لا- أنه يثبت موضوعا علق الشارع عليه حكما، و الأخذ بالشفعه مع التصادق بين الشفيع و المشتري ليس لثبوت الموضوع، بل لأن الحق منحصر فيهما، و قد اعترفا به، و لا يبعد هنا مع فرض تصادق الشفيع مع البائع أن يكون له الأخذ مع دفع الثمن للحاكم بناء على عموم ولايته لمثل هذا.

و دعوى ثبوت البيع فى حق الشفيع لو صدق البائع المشتري قد عرفت ما فيها سابقا.

و من الغريب ما فى المسالك و غيرها من أنه «إن أقر البائع بقبض الثمن دفعه الشفيع للحاكم، لأنه مستحق عليه و لا يدعيه أحد، و إلا كان للبائع أخذه قصاصا» ضروره عدم تماميته بناء على مدخليته فى التملك، و المقاصه التى ذكرها لا وجه لها بعد عدم ملك المشتري له، و خصوصا بعد إحلافه المشتري.

ثم قال: «و لا يثبت الدرک على المشتري، لعدم ثبوت البيع بالنسبه إليه، بل يبقى على البائع» و فيه أنه لا وجه لكون دركه عليه بعد إقراره بكون الشقص ملكا لغيره.

و بالجمله فإن كان المراد ثبوت الشفيعه بالإقرار المزبور على وجه يترتب عليه حكمها الذى منه بطلانها مع عدم الفور و نحوه فلا ريب فى عدم ثبوت ذلك بإقراره مع المشتري فضلا عن أحدهما خاصة، و إن كان المراد أن للشفيع الأخذ مؤاخذه للمقر بإقراره فلا- بأس به، و لكن فى المقام لا- درك على أحد، و الثمن يقبضه الحاكم بناء على عموم ولايته لمثل ذلك و إن كان فيه منع واضح.

نعم لو رضى المدعى عليه الشراء بالقبض أمكن القول بحصول تمام المملك على مقتضى إقرار البائع و إلا فهو مشكل.

و على كل حال فلا- إشكال فى أن للبائع إحلافه إذا لم يكن قد قبض الثمن، بل و مع قبضه من الشفيع و إن استشكل فيه فى القواعد، بل هو مقتضى عدم الترجيح فى غيرها، لانتفاء فائدتها بعد قبضه الثمن.

لكن فيه أن دفع الدرر أمر مطلوب، على أن ما قبضه من الشفيع ليس هو عين حقه، فله الإحلاف لأجل تحصيل حقه، بل له ثمرات آخر غير ذلك. مضافا إلى صدق كونه مدعى و هو منكر.

و أما الشفيع فله إحلافه أيضا كما صرح به غير واحد بناء على قبول الدعوى منه و إن لم يكن جازما بها تحصيلًا لإقراره و ضمانه الدرر و غير ذلك، مضافا إلى الصدق المزبور، و لعله لذا نفى الشك عنه فى محكى الإيضاح على القولين لإثبات الشفيعه أو الدرر، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا ادعى أن شريكه ابتاع بعده فأنكر فالقول قول المنكر مع يمينه]

المسأله الثالثه:

إذا ادعى أن شريكه ابتاع بعده على وجه يستحق الشفعه عليه فأنكر فالقول قول المنكر مع يمينه بلا خلاف أجده بين من تعرض له، كالشيخ والقاضى والحلى والفاضل والكركى و ثانى الشهيدين وغيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل ولا إشكال، لأصالة عدم تحقق شرط الشفعه.

ولا ينافى ذلك أصالة عدم تقدم شرائه، فإن ذلك لا يرفع الشك فى تحقق الشرط بعد تعارض الأصول حتى أصل عدم الاقتران، فمع فرض جهاله التاريخ أو مطلقا على ما تكرر منا يحصل الشك فى تحقق الشرط، فعلى مدعيه الإثبات.

و حينئذ فإن حلف أنه لا يستحق عليه شفعه جاز، ولا يكلف اليمين أنه لم يشتر بعده و إن كان قد أجاب به بلا خلاف أجده أيضا بين المتعرضين له، و لعله للاكتفاء بذلك فى بطلان دعواه.

لكن قد يناقش بأن ظاهر

قوله (صلى الله عليه وآله) [\(١\)](#): «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

كون كيفية اليمين على ما وقع منه من الإنكار.

ولذا كان المحكى عن بعض وجوه الشافعيه وجوب الحلف على نفى الأخص إن أجاب به، لأنه لم يجب به إلا و يمكنه الحلف عليه، ولأنه مع الجواب له ينحصر سقوط حقه بما ذكره، نعم لو أجاب من أول

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٥- من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٣ من كتاب القضاء.

الأمر بالأعم لم يكلف غيره و إن كان لهم وجه أيضا بوجوب الحلف بالأخص حينئذ على طبق الدعوى.

لكنه واضح الضعف بعد فرض كون الجواب صحيحا، لأنه يمكن أن يكون قد اشترى بعده و لكن سقطت الشفعة بمسقط و لا يستطيع إثباته لو ادعاه، و قد حررنا المسألة فى كتاب القضاء، إذ لا تخص المقام، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و لو قال كل منهما: أنا أسبق فلى الشفعة فكل منهما مدع كما صرح به الفاضل و الشهيدان و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعض لأصالة عدم تقدم أحدهما على الآخر، بل مقتضى إطلاقهم عدم

الفرق بين العلم بتأريخ شراء أحدهما و جهاله الآخر و عدمه، و هو مؤيد لما تكرر منا من أن ذلك لا يجدى فى الحكم بالتأخر عنه على وجه يترتب عليه الحكم لو فرض كونه عنوانا كما فى المقام.

و حينئذ ف- مع عدم البيه لأحدهما يحلف كل منهما لصاحبه، و تثبت الدار بينهما بلا شفعة لأحدهما على الآخر.

لكن قد يشكل ذلك بأنهما دعويان مستقلان لا دعوى واحده يكون الحكم فيها بالتحالف، فيتجه حينئذ فيها أن يقال: إنه إن سبق أحدهما بالدعوى أو كان عن يمين صاحبه و قلنا بالترجيح أو أقرع الحاكم فى استخراج تقديم أيهما فى الدعوى مع فرض تقارنهما يسمع دعواه، و يحلف المنكر مع عدم البيه، فإن نكل حلف المدعى و قضى له، و لم تسمع دعوى الآخر بعد استحقاق خصمه ملكه، بناء على اعتبار بقاء الملك فى استحقاق الشفعة.

نعم لو حلف و لم ينكل سقطت دعوى خصمه عليه الشفعة، و بقيت له الدعوى بها عليه، فإذا ادعى بها و حلف خصمه استقر الملك بينهما

على الشركه بلا شفعه، و إن نكل حلف هو و شفح إن أراد، و صار الكل له كما صرح بذلك فى موضع من القواعد، بل هو المحكى عن المبسوط و المهذب و التذكره و التحرير و جامع المقاصد، و لا ريب فى ظهور منافاته لما هنا من سماع الدعويين معا و التحالف.

اللهم إلا- أن يقال: إن المراد بالتحالف فى كلامهم على الوجه المزبور، لا التحالف الذى هو فى دعوى واحده، كالاختلاف فى ثمن مبيع واحد أنه الدابه أو العبد مثلا.

لكن قد ينافيه قولهم أخيرا: إذا أقام كل منهما بينه فالتساقط أو القرعه، ضروره ظهوره فى كونه دعوى واحده.

و ربما دفع بأن المراد منه إذا أقام المدعى عليه بينه بأنه السابق بعد قيام البينه من خصمه على أنه السابق سمعت منه من غير إنشاء دعوى مستأنفه، لأن كلا منهما مدع سلطنه على ملك الآخر، فله أن يدفعها عن نفسه، كما سمعت بينه المشتري إذا اختلف هو و الشفيع فى الثمن، مع أن الشفيع هو المدعى، و كما تسمع بينه البائع إذا اختلف هو و المشتري مع بقاء العين.

و فيه أن مقتضى ذلك كون الدعوى واحده فيها التحالف نحو غيرها من مسائل الثمن و نحوه مما يكون فيه التحالف.

و لعل الأولى أن يقال: إن الفرض و إن كان فى الظاهر دعويين، باعتبار أن كلا- منهما يدعى الشفيعه فى شقص الآخر فهما شفعتان، إلا أنه يمكن إبرازهما على وجه يكون كالدعوى الواحده التى فيها التحالف باعتبار أن كلا منهما يدعى السبق الذى هو واحد.

على أن الدعوى لا- تجاب بالدعوى، بل حتى تنتهى الأولى إذا كانت مستقله عنها لا ربط لها بها، بخلاف المقام و نحوه الذى يكون

مقتضى أحدهما فساد الأخرى و صالحه لأن تكون جوابا عنها، كما فى المقام فان جواب الخصم بأنى الأسبق يقتضى بطلان دعواه السبق المستحق به الشفعه.

و لعله لذا كان ظاهر الأصحاب فى المقام أنها دعوى واحده يكون فيها التحالف، و حينئذ يقع النظر فيما سمعت من الشيخ و غيره. اللهم إلا أن يفرض أنهما اختارا إبرازها بعنوان دعويين مستقلين، فحينئذ يأتى الكلام السابق الذى هو البدأ بإحدهما على حسب غيرها من الدعاوى، فإذا انتهت توجهت الأخرى إن بقى لها محل، فتأمل جيدا، فإنه لا يخلو من دقه، و الله العالم.

و كيف كان ف- لو كان لأحدهما بينه بالشراء مطلقا لم يحكم بها، إذ لا فائده فيها و لا نزاع بينهما فى الشراء المطلق الذى لا يثبت الشفعه.

نعم لو شهدت لأحدهما بالتقدم على صاحبه قضى بها كما صرح به الشيخ و غيره ممن تعرض له على ما حكى عن بعض، لوجود المقتضى و انتفاء المانع، فيقضى بها حينئذ و إن كان للآخر البينه المطلقة التى لا فائده فيها.

لكن قد يناقش بأنها أعم من اقتضاء الشفعه، إلا أن يكون مورد النزاع بينهما كذلك، لا أنه أمران: السبق و استحقاق الشفعه، كما هو ظاهر المتن.

و احتمال الاكتفاء بالشهادة على المقتضى و إن لم يعلم اقتضاؤه لاحتمال مقارنه المانع واضح الضعف، فتأمل.

و لو كان لهما بينتان بالابتاع مطلقا أو فى تأريخ واحد على وجه لا سبق لأحدهما فلا ترجيح ضروره عدم الفائدة فى المطلقة

كما عرفت، و اقتضاء الثانيه عدم الشفعه بينهما لعدم السبق من أحدهما، كما هو واضح.

و لو شهدت بينه كل واحد منهما بالتقدم على وجه يحصل التعارض قيل و القائل الشيخ و القاضى فيما حكى عنهما و الكركى تستعمل القرعه، و قيل و لكن لم نجد القائل به منا سقطتا و بقى الملك على الشركه.

و لا- ريب أن الأول هو الأقوى لحصول الاشتباه الذى هو مورد القرعه بعد عدم إمكان العمل بها معا بالقسمه و إن احتمله فى محكى التذكرة لكنه بعيد، فيحلف حينئذ من خرج اسمه و يقضى له، أو يحكم له بلا يمين، كما حررنا ذلك فى كتاب القضاء.

و منه يعلم ضعف ما ذكره المصنف من القول الذى مقتضاه بقاء الملك مشتركاً بينهما بلا تحالف إسقاطاً للبينتين المعلوم حجيه إحداهما.

بل و ما عن الإيضاح من التساقط و التحالف تنزيلاً لهما منزله العدم بعد استحاله الترجيح، و مال إليه فى المسالك قال: «و ليس الحكم باليمين مع سقوط البيئه ببعيد كما هو مع إقامتها، و هذا لا يخلو من قوه» و كأنه لعدم تحريره المسأله فى كتاب القضاء، ضروره معلوميه عدم سقوط البيئه عندهم بحال، كضروره كون القاعده عدم اليمين معها، فليس حينئذ إلا القرعه بعد عدم إمكان القسمه بجعل الشفعه لكل منهما فى النصف لعدم تبعض الشفعه، و الله العالم.

[المسألة الرابعة إذا ادعى الاتباع وزعم الشريك أنه ورث وأقاما البينه يقرع بينهما]

المسألة الرابعة إذا ادعى الشريك على شريكه أنه انتقل إليه الشقص ب الاتباع و زعم الشريك أنه ورث و أقاما معا البينه على دعواهما قال الشيخ: يقرع بينهما، لتحقق التعارض بين الاتباع و الإرث و لا ترجيح، فيشتبه الحال في صدق أيهما، فيستخرج بالقرع، لأنها لكل أمر مشتبه.

و ضعف بعدم الاشتباه و عدم التعارض، لأن الشفيع هو الخارج و المدعى حقيقه، باعتبار طلبه انتزاع ملك الشريك الذى مقتضى الأصل بقاءه، و يخلى و سكوته، و يترك لو ترك، فتكون بينته أرجح، لعموم

«البينه على المدعى»^(١)

و لأنه ربما عولت بينه الإرث على أصله بقاء الملك إلى حين الموت، فانتقل بالإرث، لعدم علمها بصدور البيع، و بينه الشراء اطلعت على أمر زائد، فلا تعارض

بينهما حيث يكون البائع هو الموروث. و من هنا كان خيره الفاضل و الشهيدين و الكركى على تقديم بينه الشفيع.

لكن لا يخفى عليك أن حاصله تقديم بينه الخارج على الداخل الذى هو الشريك باعتبار كون القول قوله مع عدم البينه، و البحث فى تقديمها أو بينه الداخل حررناه فى كتاب القضاء.

لكن قد يقال: إن ذلك حيث يكون جواب الشريك عدم الاتباع لا الإرث أو الانتقال بالصلح أو نحو ذلك مما يكون به مدعىا زياده على

١-١ الوسائل- الباب- ٢٥- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٣ من كتاب القضاء.

الإنكار، و حينئذ يتجه ما يقوله الشيخ، ضروره كون كل منهما مدعيا امرا خارجا عن الأصل، و كون القول قول الشريك مع عدم البينه لو اقتصر على الإنكار لا يقتضى كونه كذلك حتى إذا ادعى أمرا آخر، و الفرض أنه أقام البينه عليه.

و تظهر الثمره أنه لو لم تكن إلا بينته لم يكن عليه اليمين و إن قلنا:

إن المنكر لا تسقط عنه اليمين بالبينه، و لعل التأمل فى بعض كلامهم فى مسأله الإيداع يشهد بذلك فى الجملة، خصوصا بعد ظهوره فى القرعه مع المنافاه، فتأمل جيدا.

و لو أقام الشفيع بينه أنه كان لزيد مثلا لم تفسده، ضروره عدم ثبوت البيع بها، بل لو أقر زيد بالبيع أيضا فكذلك، لأنه إقرار فى حق الغير، و لا يكون بذلك شاهدا، لما عرفته سابقا من عدم قبولها على فعل نفسه، و ما ذكروه من جر النفع بها، و ليست الشفيعه من حقوق العقد التى يقبل فيها قول البائع باعتبار كونه إقرارا فى حق نفسه، و إنما الشفيعه حق ثابت بالاستقلال للشريك بسبب البيع.

و لو ادعى الشريك أن زيدا باعه إياه و صدقه زيد على ذلك و لكن الشريك يقول: إني ورثته من أبى لم تثبت الشفيعه أيضا، إذ تصديق زيد لا يمضى إقرارا على غيره، و لا شهاده على فعله، كما عرفته سابقا، و الله العالم.

و لو ادعى الشريك بزعم المدعى أن الشقص فى يده على جهه الإيداع من مالكة و الشفيع أنه فى يده على وجه الابتاع فان لم يكن لأحدهما بينه فالقول قول مدعى الوديعه الذى مرجعه إلى إنكار استحقاق الشفيعه عليه، لأن الأصل عدمها.

و لو أقام كل منهما بينه قدمت بينه الشفيع، لأن الإيداع لا ينافى

الابتیاع كما فى القواعد و التحریر، و هو كذلك حیث یكون كذلك، إذ صور المسأله أربع و عشرون: لأنهما إما أن یكونا مطلقین أو مؤرخین، أو بینه الإیداع مؤرخه و الأخرى مطلقه أو بالعكس، و على تقدیر التأریخ فاما أن یتحد أو یتقدم تأریخ الابتیاع أو تأریخ الإیداع، فالصور ست، ثم على جمیع التقادیر إما أن تتعرض كل واحده من البینتین للملك للبائع و المودع بأن تقول بینه الشفیع: إن البائع باع ما هو ملكه، و بینه الإیداع:

إنه أودع ما هو ملكه أو لا تذكر ذلك أو تذكر إحداهما دون الأخرى، فالصور أربع مضروبه فى الست السابقه ترتفع إلى أربع و عشرين صوره.

و قضیه الإیلاق السابق تقدیم بینه الشفیع فى جمیعها عدا صوره واحده ذكرها المصنف ناسبا حکمها إلى الشیخ مشعرا بتردد فیہ.

و لكن تحقیق الحال أنه لا إشكال فى عدم التنافى مع إطلاقهما، بل و مع تقدیم بینه الإیداع فى التأریخ على بینه الابتیاع، بل و كذا لو كانت بینه الإیداع مطلقه و بینه الابتیاع مؤرخه.

بل فى المسالك «لا منافاه مع سبق تأریخ بینه الابتیاع أيضا، لاحتمال أن البائع غصبه بعد البیع ثم رده إليه بلفظ الإیداع فاعتمده الشهود، و هذا و إن كان خلاف المعروف من معنى الإیداع إلا أن بناء ملك الإیداع على ظاهر الأمر، و عقده على التساهل، و من ثم اكتفى فیہ بالفعل فسهل الخطب فیہ» و نحوه عن التذکره.

و لكنه كما ترى، ضروره عدم صلاحیه مثل ذلك للجمع بین البینتین و إلا فمثله یأتى فى بینه الابتیاع، نعم یمکن فرضه بإمكان شرائه منه بعد بیعه له ثم إیداعه له.

و عن المبسوط و الدروس تقیید تقدیم بینته بما إذا كانتا مطلقین أو كانت بینه الابتیاع متأخره التأریخ أو مقیده بأن البائع باع ما هو ملكه

و لم تقيد بينه الابتياح.

و فيه أنه لا يتم إطلاق عدم التنافى فى الأخيره، و لكن ترجح هى على بينه الإيداع بذكر الملك إن صلح مرجحا.

و أشكل من ذلك دعوى عدم التنافى فيما لو اتحد التأريخان على وجه لا يمكن الجمع بينهما، بأن قالت إحداهما بعد الزوال بلا فصل: أودعه و الأخرى: باعه منه، ضروره وضوح التنافى، سواء تعرض فيهما لكونه أودع ملكه أو باعه أو لم يتعرض فيهما، أو تعرض فى إحداهما دون الأخرى.

و لعله لذا كان المحكى عن الدروس فيها القرعه، بل هذه أولى بالتوقف من الصوره التى أشار إليها المصنف بقوله و لو شهدت بالابتياح مطلقا و شهدت الأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه فى تأريخ متأخر قال الشيخ فى محكى المبسوط و الفاضل و الشهيد فى محكى التذكرة و الدروس قدمت بينه الإيداع قبل المكاتبه إلى المودع و بعدها إن صدق لأنها انفردت بالملك فكانت أقوى، إذ لا- يحتمل كون المودع غير مملوك بخلاف البيع، فجاز أن يكون غير مملوك، و حينئذ فيستصحب حكم الوديعه، بخلاف ما لو تقدم الإيداع الذى يجوز أن يتعقبه البيع.

و يكاتب المودع، فان صدق قضى بينته، و سقطت الشفعه لأنه يكون بمنزله شهاده إحدى البينتين لواحد بالملك و الأخرى بالتصرف فإن الأول أقوى، لاحتمال التصرف غير المملك (الملك خ ل).

و إن أنكر قضى بينه الشفيع لانتفاء حقه بتكذيب بينته فتسقط، و تبقى بينه الشفيع بغير معارض، فيجب العمل بها، إذ فيه أنه مع ذلك لا تنافى البيع، لأن الشهاده بالملك الايداعى يكفى فيها الاستناد

إلى العلم بالملك فى زمان متقدم مع عدم العلم بالمزىل الطارى، و عدم العلم به لا يدل على عدمه، فحيتنذ بينه الابتىاع تشهد بأمر زائد لا تعارضها الأخرى فيه و إن لم تصرح بالملك، و الله العالم.

و لو شهدت بينه الشفيع أن البائع باع و هو ملكه، و شهدت بينه الإيداع مطلقه قضى بينه الشفيع لعدم التنافى و لم يرسل المودع لأنه لا معنى و لا فائده للمراسله هنا إذ لو صدق قوله لم يلتفت إلى قوله بعد قيام البينه على بيعه الذى لا ينافيه وقوع الإيداع الممكن كون البيع بعده. و بالجمله فالمدار فى الصور كلها على عدم التنافى أو الرجحان، و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا تصادق البائع و المشتري أن الثمن غضب و أنكر الشفيع فالقول قوله]

المسأله الخامسه:

إذا تصادق البائع و المشتري أن الثمن المعين غضب و أنكر الشفيع فالقول قوله لأن إقرارهما إنما هو فى حقهما، فيجب رد الثمن على المقر له، و لا يملك المشتري نماء الشقص المتخلل بين الشراء و الشفعه دونه، فيستصحب بقاء حقه الثابت بالاتفاق الأول و يأخذ بالشفعه مع كون الدرك على المشتري، بل لا يمين لهما عليه بعد إقرارهما السابق إلا أن يدعى عليه العلم فيحلف على نفيه، كل ذلك لا- أجد فيه خلافا بين من تعرض له كالشيخ و الفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين، لكن لم يتعرضوا لحكم الثمن.

نعم فى المسالك «و يبقى حكم الثمن الذى يعترف به الشفيع، فإن المشتري يزعم أنه لا يستحقه لفساد الشراء، و كذلك البائع، فطريق التخلص منه أن يأخذه المشتري، و يدفعه إلى البائع ليأخذه مقاصه عن قيمه الشقص لزعمهما أنه غير مستحق لأخذه، فإن بقى من الثمن بقيه عن قيمه فهى

مال لا يدعيه أحد، و محلها الحاكم» و هو جيد مع رضا المشتري الذى لا يستحق المطالبه بالقبض.

و لو أقر الشفيع و المشتري خاصه لم تثبت الشفعه، لفساد البيع فى حقهما دون البائع، و على المشتري رد قيمه الثمن أو مثله إلى صاحبه الذى حال بينه و بينه.

و فى القواعد «و يبقى الشقص حينئذ معه بزعم أنه للبائع، و يدعى عليه و جوب رد الثمن و البائع ينكرهما، فيشتري الشقص منه اختيارا و يتبارثان، فللشفيع فى الثانى الشفعه».

و هو جيد إن انتقل الثمن الذى فى يد البائع إلى المشتري بطريق شرعى إذا أريد الشراء به، إذ دفع قيمه للحيلولة لا يملك به، و مع ذلك لا يحتاج إلى المبارأه، اللهم إلا أن يفرض شراؤه بثمان كلى ينطبق على ما فى يد البائع، و الأمر سهل.

و لو أقر الشفيع و البائع خاصه رد البائع الثمن على المالك، لنفوذ إقراره فيه، و ليس له مطالبه المشتري بالشقص لأنه إقرار فى حق الغير.

و لا شفعه بعد اعتراف الشفيع بفساد البيع، و الله العالم.

[المسأله السادسه لو ادعى على من فى يده الشقص الشراء]

المسأله السادسه لو ادعى على من فى يده الشقص الشراء فقال: إنى اشتريته لفلان و كان حاضرا ففى القواعد و غيرها «سئل؛ فإن صدق تثبت الشفعه عليه و إن قال: هو ملكى لم اشتره انتقلت الحكومه إليه».

قلت: قد يناقش فى اعتبار السؤال بناء على عدم اعتبار دفع الثمن فى الملك، أو اعتباره و قلنا بقيام الحاكم بإطلاق ما دل على ثبوتها

بيع الشريك و نفوذ إقراره بالشراء له في حقه بالنسبة للشفيع، و لا يسقط دعوى كونه للغير.

و ربما يرشد إلى ذلك ما عن التذكرة و التحرير و الدروس من الجزم بالحكم بها عليه لو كذبه الخصم. و في جامع المقاصد و محكى الإيضاح أنه الأقرب، نعم في القواعد على إشكال من دون ترجيح، كالمحكى عن الشهيد في الحواشى، و وجه بأنه قد نفاه عن نفسه بنسبته إلى الغير، و دفع بتكذيب الغير له، فيبقى إقراره مسموعا على ما فى يده.

و فيه أن تكذيب الغير له لا يبطل إخراج له عن نفسه، فليس حينئذ إلا الحكم ظاهرا بكون الشراء له حتى يعلم، فمع عدم العلم يحكم بكونه له و يؤخذ منه و الدرک عليه، و هو إن تم ينبغى أن يكون كذلك مع الحضور من غير حاجة إلى السؤال، بل مع فرض عدم العلم بكون الغير المنسوب إليه مالكا لم يسمع منه ذلك فى حق الشفيع. و بالجمله فكلامهم لا يخلو من تشويش.

و كيف كان ففى جامع المقاصد و عن الإيضاح «أن الثمن يدفع للحاكم إلى أن يظهر مالكة» و عن حواشى الشهيد أنه يبقى فى يد الشفيع إلى أن يدعيه المقر له، أو يدفع إلى الحاكم إلى أن يدعيه المقر الذى هو الخصم».

قلت: قد يشكل ذلك من أصله بناء على اعتبار دفع الثمن للمشتري فى تملك الشقص، و هو غير متحقق هنا، لنفى المقر له بالتكذيب و المقر بالإقرار، و قيام الحاكم مقام المشتري فى ذلك لا دليل عليه، نعم لو قلنا بالملك بالأخذ يتجه ذلك، و يكون حكمه كالمال المقر به لزيد، و هو ينفيه و قد تقدم الكلام فيه فى كتاب الإقرار.

هذا إن لم نقل بالحكم فى ظاهر الشرع عليه بالشراء و إلا ألزم بالقبض، فان امتنع أو تعذر قام الحاكم مقامه، فتأمل جيدا.

و إن كان المنسوب إليه غائبا فى القواعد و جامع المقاصد و محكى التذكرة و التحرير و الدروس انتزعه الحاكم و دفعه إلى الشفيع إلى أن يحضر و يكون على حجته إذا قدم أى و قال: هو ملكى لم أشرته، و إلا فإذا صدق أو كذب فالحكم ما سمعته.

نعم قد يشكل ذلك كله بما عرفت بناء على اعتبار دفع الثمن فى التملك، و الضرر بتأخير حق الشفيع لا يدفع بالضرر على ذى المال بأخذ ماله قبل وصول الثمن إليه مع أن الشفيعه على خلاف الأصل.

و لعله لذا احتمل فى التحرير الانتظار حتى يحضر، و هو جيد و إن كان يجرى فيه ما سمعت أيضا.

و لو قال: «اشتريته للطفل» و له عليه ولاية ففى جامع المقاصد و محكى التذكرة و الحواشى و الدروس ثبوتها لما قيل من أنه يملك الشراء، فيملك إقراره فيه- و إن كان قد ينتقض فى الوكيل- و لصحة إخبار المسلم و لأنه يقبل إقراره بدين عليه كما يومئ إليه قوله تعالى(١)«فليملل وليه بالعدل» لكن عن التحرير «أن الأقرب العدم، لأنه إقرار على الصغير فلا ينفذ» و هو كما ترى.

و لو أقر بالشراء بعد أن اعترف أنه ملك لغيره لم يسمع لكونه إقرارا بإثبات حق الشفيعه على مال الغير، بل لعله كذلك فى المولى عليه بناء على عدم نفوذ إقراره عليه، و هو بخلاف ما لو أقر بالشراء ابتداء فان الملك ثبت له به فيتبعه الحق فيه.

[المسألة السابعة لو أنكر المشتري ملكيه مدعى الشفعة افتقر ذو الشفعة إلى البيئه]

المسألة السابعة:

لو أنكر المشتري ملكيه مدعى الشفعة افتقر ذو الشفعة إلى البيئه إن لم تكن له يد، و إلا كفت يده التي هي سبب شرعى فى الحكم بالملك، و إن قال فى القواعد «و فى القضاء له بها إشكال» بل عن التحرير الجزم بعدم كفايتها و الافتقار إلى البيئه، و وجه بأن دلالتها ضعيفه على الملك، فيقتصر فيها على عدم الانتزاع منه بالدعوى و عدم الاحتياج إلى البيئه دون استحقاق انتزاع ملك الغير قهرا المخالف للأصل.

إلا أن ذلك كما ترى، نعم قد يقال: إن له اليمين عليه و إن اقتصر على نفيه عنه من دون دعواه له.

[المسألة الثامنة لو ادعى على أحد وارثى الشفعة العفو فشهد له الآخر الذى له الشفعة أيضا]

المسألة الثامنة:

لو ادعى على أحد وارثى الشفعة العفو فشهد له الآخر الذى له الشفعة أيضا لم يقبل بناء على رجوع حصه العافى إليه، بل لو عقب ذلك بالعفو ثم شهد لم تقبل على ما صرح به الفاضل و الشهيد الكركى، لاستصحاب الرد و إن كان لا يخلو من إشكال، أما لو شهد ابتداء بعد العفو فلا إشكال فى القبول.

و لو ادعى عليهما معا مثلا- العفو فحلفا ثبتت الشفعة، و لو نكل أحدهما فإن صدق الحالف الناكل فالشفعه لهما بالحلف و التصديق، و درك ما يأخذه الناكل على المشتري لترتب يده على يده و إن كان السبب اعتراف الشريك الآخر.

و لا- يرد يمين الناكل على المشتري، كما عن المبسوط و التذكرة و الدروس، و لعله لعدم الفائدة له بعد حلف الآخر الذى صارت الشفعة له.

نعم عن التذكرة «إن عفا الحالف بعد يمينه كان للمشتري أن يحلف الآن، لأنه يسقط الشفعة عنه».

قلت: قد يقال: إن له الرد و فائدته إمكان عفو الآخر أو غير ذلك بل قد يؤيده ما تسمعه من حلفه مع الشاهد على عفو أحدهما.

و لو كذب الحالف الناكل فى كونه لم يعف احلف الناكل هذا الحالف على عدم العفو، لأن دعواه العفو غير دعوى المشتري، فان نكل قضى للحالف بالجميع بنكوله أو بعد يمينه.

و لو شهد أجنبى بعفو أحدهما فى القواعد و محكى المبسوط و التذكرة و التحرير و غيرها أنه إن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة، و إلا- أخذ الآخر الجميع، و ظاهرهم أو صريحهم جواز الحلف قبل عفو الآخر مع أنه لا فائدة فيه، لرجوع الحق جميعه لشريكه نحو ما سمعته فى رد يمين الناكل، و كل فائدة تتصور هنا تتصور هناك.

و لو اعترف أحد الوارثين ببطلان الشراء فالشفعة بأجمعها للآخر المعترف بالصحة، و كذا لو اعترف بالإرث أو الاتهاب دون الآخر بعد ثبوت الشراء.

و لو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت، بل و قبله و إن قطع فى جامع المقاصد بعدم القبول كما عن التذكرة و التحرير، بل هو ظاهر القواعد أيضا، لأنه يجر إلى نفسه نفعاً إذا أفلس المشتري، فإنه يرجع إلى المبيع على تقدير عدم أخذ الشفيع إياه.

و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه هنا و فى كتاب الشهادات من عدم قبح مثل هذه التهمة فى شهادة العدل، و الله العالم.

إلى هنا تم الجزء السابع و الثلاثون، و قد بذلنا الجهد فى تنميته و تحقيقه و التعليق عليه و تصحيحه، فنشكره تعالى على ما وفقنا لذلك، و نسأله أن يديم توفيقنا لإخراج بقية الأجزاء و يزيد من فضله أنه ذو الفضل العظيم.

و يتلوه الجزء الثامن و الثلاثون فى كتابى إحياء الموات و اللقطة إنشاء الله تعالى.

النجف الأشرف محمود القوچانى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩