



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

مكتبة دار الفکر للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان

تفسير القرآن العظيم

في شرح الكافي

كتاب التفسير

المجلد الثاني

الجزء الثاني

مكتبة دار الفکر للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان

1400

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ارشاد الطالب فى شرح المكاسب [مرتضى الانصارى]

كاتب:

آيت الله شيخ جواد تبريزى

نشرت فى الطباعة:

دارالصديقه الشهيدہ سلام الله عليها

رقمى الناشر:

مركز القائميہ باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٩	ارشاد الطالب فى شرح المكاسب [مرتضى الانصارى] المجلد ٣
٩	اشاره
١٠	اشاره
١٤	الأمر المعتبره فى إنشاء البيع
١٤	مقدمه
١٤	فى خصوص أفاظ عقد البيع
٢٣	فى أن العقود أسباب توقيفيه
٢٩	الأمر المعتبره فى إنشاء البيع
٣٤	فى تقديم الايجاب على القبول
٤٤	الموالاه بين ايجاب العقد وقبوله
٥٠	اعتبار التنجيز فى العقد
٥٤	التعليق فى العقود
٦٤	اعتبار التطابق بين إيجاب العقد وقبوله
٦٨	الشرائط المعتبره فى المتعاقدين
٧٢	اختلاف المتعاقدين فى شروط الصيغه
٧٤	تبعيض العقد فى الصحه والفساد
٧٧	العقد عند اختلاف المتعاقدين
٧٨	ضمان المقبوض بالعقد الفاسد
٧٨	مسأله أحكام المقبوض بالعقد الفاسد
٨٢	قاعده ما يضمن بصحيحه
٩٠	المدرک للضمان
٩٤	لا فرق فى الضمان بين جهل الدافع بالفساد وعلمه به
٩٧	ضمان العين فى الإجاره الفاسده

- ١٠٠ ما يمكن به نقض القاعده
- ١٠٥ عدم ضمان الأمين
- ١٠٦ وجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد
- ١٠٨ ضمان المنافع في المقبوض بالعقد الفاسد
- ١١٩ الضمان بالمثل أو قيمه
- ١٢٢ في المثلي والقيمي
- ١٢٧ ما هو الاصل فيما يشك في كونه مثلياً أو قيمياً
- ١٣٠ ضمان المثلي بالمثل
- ١٣٣ الضمان في المثلي والقيمي
- ١٣٤ إذا لم يوجد المثل إلاّ باكثر من ثمن المثل
- ١٣٧ جواز المطالبه في بلد التلف وغيره
- ١٣٧ تعذر المثل في المثلي
- ١٥٤ ضمان القيمي بالقيمه
- ١٦١ صحيحه أبي ولّاد
- ١٦٢ محلّ الاستشهاد في صحيحه أبي ولّاد
- ١٦٧ تعيين القيمه
- ١٧٧ بدل الحيلوله
- ١٩٧ حكم معامله الصبي
- ٢٠٤ عمد الصبي وخطؤه سبّان
- ٢٠٩ حكم معامله الصبي
- ٢١٨ في اعتبار قصد مدلول العقد
- ٢٢٢ في اعتبار تعيين من له البيع
- ٢٢٤ في تعيين من يكون له البيع والشراء
- ٢٣١ الاختيار والإكراه
- ٢٣٦ اعتبار الاختيار وعدم الإكراه في المعاملات
- ٢٣٩ بيع المكره

- المعتبر في صدق الإكراه ٢٤٣
- عدم اعتبار العجز عن التوريه ٢٤٤
- الإكراه والتمكن على التوريه ٢٤٧
- الإكراه وإمكان التخلّص عن ضرره ٢٥٢
- الإكراه على أحد الفعلين ٢٥٦
- إكراه أحد الشخصين على فعل واحد ٢٦٢
- صور تعلق الإكراه ٢٦٣
- الإكراه على بيع عبد من عبيدين ٢٦٦
- الإكراه على الطلاق ٢٧٠
- لحوق الاجازه بعقد المكره ٢٧٤
- الرضا المتأخر ناقل أو كاشف ٢٨٥
- هل يكفى في صحه بيع المكره لحوق رضاه به باطناً أو لا؟ ٢٨٨
- بيع الفضولى ٢٩٢
- عدم خروج العقد عن الفضوليه بالرضا الباطنى ٢٩٤
- المناقشه فى الاستدلال بقضيه عروه البارقى ٣٠١
- الاستدلال بصحيحه محمد بن قيس ٣٠٤
- المناقشه فى الاستدلال بصحيحه محمد بن قيس ٣٠٧
- المناقشه فى الاستدلال بفحوى صحه نكاح الفضولى ٣٠٩
- الاستدلال لصحه بيع الفضولى بما ورد فى المضاربه ٣١٤
- ما ورد فى آتجار غير الولى فى مال اليتيم ٣٢١
- التأييد بروايه ابن أشيم لصحه بيع الفضولى ٣٢٥
- التأييد بصحيحه الحلبي لصحه بيع الفضولى ٣٢٧
- موتقه عبدالله ٣٢٩
- الاستدلال باخبار تحليل الخمس ٣٣١
- المناقشه فى الاستدلال بأيه التجاره عن تراض ٣٣٦
- الاستدلال بالروايات لبطلان بيع الفضولى ٣٣٩

- ٣٤١ المناقشه فى الاستدلال بالروايات
- ٣٤٧ المناقشه فى دليل العقل
- ٣٥٠ كلام المحقق النائينى قدس سره
- ٣٥٢ الوجه المنسوب إلى السيد بحر العلوم
- ٣٥٣ بيع الفضولى مع سبق المنع عنه
- ٣٥٦ بيع الفضولى لنفسه
- ٣٧٩ جريان الفضولى فى بيع الكلى
- ٣٨٩ جريان الفضولى فى المعاطاه
- ٣٩١ إن المعاطاه منوطه بالتراضى وقصد الإباحه أو التملك
- ٣٩٢ الإشكال على جريان الفضولى فى المعاطاه بناء على الاباحه
- ٣٩٥ الإجازة وحكمها
- ٤٠٧ اعتبار الإجازة بنحو الكشف أو النقل
- ٤١٨ الثمره على الكشف الحقيقى
- ٤١٩ الثمره بين الكشف الحقيقى والحكمى
- ٤٢٤ الثمره بين الكشف والنقل
- ٤٣٧ النذر المشروط وحكمه
- ٤٣٩ ثمرات ذكرها كاشف الغطاء وما يرد عليها
- ٤٤٣ الثمره بين الكشف والنقل
- ٤٤٧ فى الإجازة
- ٤٥٢ حكم الإجازة المسبوقه بالرد
- ٤٥٥ الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك على ماله
- ٤٥٦ إجازة البيع ليست إجازة للقبض
- ٤٥٩ الإجازة ليست فوريه
- ٤٦٢ الفهرس
- ٤٧٠ تعريف مركز

سرشناسه : تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.

عنوان قراردادی : المكاسب. شرح

عنوان و نام پدیدآور : ارشاد الطالب في شرح المكاسب [مرتضى الانصاري] / جواد التبریزی.

مشخصات نشر : قم : دارالصدیقه الشهیده (س)، ۱۴۳۰ق. = ۱۳۸۸-

مشخصات ظاهری : ۷ج.

شابك : دوره ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۵-۸ : ج. ۱. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۱-۰ : ج. ۲. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۲-۷ : ج. ۳. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۳-۴ :

وضعیت فهرست نویسی : برونسپاری

یادداشت : عربی.

یادداشت : چاپ قبلی تحت عنوان " ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب " منتشر شده است .

یادداشت : ج. ۱ و ۲ (چاپ ششم: ۱۴۳۱ق. = ۱۳۸۹).

یادداشت : ج. ۳ (چاپ اول: ۱۴۳۱ق. = ۱۳۸۹).

مندرجات : ج. ۱. کتاب المكاسب المحرمه. - ج. ۲. کتاب المكاسب الحرمه و البيع. - ج. ۳. کتاب البيع

موضوع : انصاری، مرتضى بن محمد امين، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. . المكاسب -- نقد و تفسیر

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : انصاری، مرتضى بن محمد امين، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. . المكاسب . شرح

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/۱BP/الف م ۲۱۲۸ ۷۰۲۱۲۸ ۱۳۸۸

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۸۴۷۵۶۵

ص: ۱

اشاره

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب البيع

ص: ٢

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب البيع

الجزء الثالث

ص: ٤

فى خصوص ألفاظ عقد البع

قد عرفت أنّ اعتبار اللفظ فى البع بل فى جميع العقود ممّا نقل عليه الإجماع وتحقق فيه الشهره العظيمه مع الإشاره إليه فى بعض النصوص [١] لكنّ هذا يختصّ بصوره القدره. أمّا مع العجز عنه كالأخرس فمع عدم القدره على التوكيل لا إشكال ولا خلاف فى عدم اعتبار اللفظ وقيام الإشاره مقامه، وكذا مع

الشرح:

[١] المراد الروايات المتقدمه فى المعاطاه التى ذكر رحمه الله أن فيها ظهورا وإشعارا إلى اعتبار اللفظ فى البع اللازم كروايه: «إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام» (١).

أقول: لازم ما ذكر رحمه الله فى هذا الأمر من عدم جريان حكم المعاطاه على المعامله المنشأه باللفظ غير المعبر مع ما سيأتى منه رحمه الله من اعتبار اللفظ فى البع اللازم وعدم كفايه الكتابه مع التمكن على التلفظ، أن يحكم بالفساد فيما إذا كان إنشاء البع بالكتابه مع التمكن على التلفظ بأن لا يجرى عليه حكم المعاطاه أيضا، ولا أظنّ إمكان الالتزام ببطان المعاملات الدارجه بين العقلاء من المشرعه وغيرهم التى يكون إنشاؤها بالكتابه.

ص: ٥

القدره على التوكيل، لا لأصالة عدم وجوبه، كما قيل، لأن الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه هو الأصل [١]، بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ الشرح:

[١] يعنى الاشتراط مقتضى استصحاب بقاء الملك بحاله وعدم حدوث الانتقال، ولكن لا يخفى أن هذا الأصل لا تصل النوبه إليه فى مقابل إطلاق أدله المعاملات وعموماتها، فإن اعتبار اللفظ فيها على تقديره شرط زائد على أصل حصول عناوينها فيكون مع الشك فى الاعتبار مقتضى الإطلاق أو العموم عدمه، كما مر تفصيل ذلك فى بحث المعاطاه وذكرنا عدم الفرق فى صحه هذا التمسك فى موارد الشك بين القول بإفاده المعاطاه الملك أو الإباحه، فعلى كلاً- التقديرين يكون القدر المتيقن من التخصيص أو التقييد صورته قدره المتبايعين على مباشره اللفظ، وأما مع عدمها فلا تخصيص ولا تقييد.

فما يظهر من كلام المصنف رحمه الله من أن الأخذ بالعموم أو الإطلاق موقوف على القول بإفاده المعاطاه الملك لا يمكن المساعده عليه.

لا- يقال: ما وجه افتراق المقام عن موارد دوران الأمر بين الأقل والأكثر الارتباطيين، حيث إن المقرر هناك جريان البراءه عن كون الشىء شرطاً أو جزءاً أو مانعاً وتكون باعتبار كونها معينه لمتعلق الأمر حاكمه على استصحاب الوجوب، وفى المقام تكون أصالة عدمه فى ناحيه اعتبار اللفظ مثلاً فى حليه البيع ووجوب الوفاء به معينه لكون الموضوع لهما ذات البيع.

وبالجملة: لا- فرق فى جريان البراءه بين مورد الحكم التكليفى والوضعى، يكون جريانها فى ناحيه عدم القيد معينه لموضوع الحكم الوضعى ومع تعينه لا يبقى مجال لاستصحاب الحكم، يعنى عدم حدوث الأثر.

فإنه يقال: لا تجرى البراءه فى نفي الشرط أو القيد للموضوع أو المتعلق، إلا فيما

فى طلاق الأخرس [١] فإنّ حملة على صورته عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الشرح:

إذا كان الحكم المجعول واحدا ودار الأمر بين تعلقه بذات المطلق أو به مقيدا بقيد كما فى مسأله دوران الأمر بين الأقل والأكثر الارتباطيين، وأما إذا كان الحكم انحلاليا كما فى المقام فلا مورد للبراءة عن القيد، لأن ثبوت الحكم للأفراد الواجده للقيد محرز والشك فى ثبوت حكم آخر للفرد الفاقده، ومقتضى الأصل عدم جعل ذلك الحكم له كما لا يخفى.

وذكر السيد الخوئى رحمه الله أن عدم الرجوع إلى البراءة باعتبار أنّ الشرطية أو المانع غير أخذ الشىء الوجودى أو العدمى فى متعلق الأمر أو موضوع الحكم وليس أخذ الشىء الوجودى أو العدمى فى نفسه تكليفا لتجرى البراءة عنه، وما يكون فى موارد الأقل والأكثر الارتباطيين مجرى البراءة هو الوجوب المتعلق بالأكثر ولا يعارض بالوجوب المتعلق بالأقل، حيث إنّ أصالة البراءة لا- تعم موردا لا- يكون جريانها فيه امتنانا وجريانها فى ناحية الأقل خلاف التوسعة ولا يكون فى رفعه امتنان، ومن الظاهر أنه لا تكليف فى المقام، بل ثبوت الأثر للمعاطاه الفاقده للشرط المحتمل غير محرز والأصل عدمه.

أقول: ليس لنا سبيل إلى أنّ مجرى البراءة لابد من أن يكون تكليفا، بل كل ما يكون قابلاً للرفع والوضع فالبراءة ترفعه وأخذ الشىء فى متعلق التكليف فيه كلفه زائده، حيث يترتب عليه حكم العقل بلزوم رعايته فى المآتى به فأصالة البراءة تجرى فى ناحيته ولو مع عدم كونه تكليفا، والصحيح فى توجيه أصالة الفساد فى المعامله ما ذكرنا، فتأمل.

[١] وتقريره أنّ الطلاق يعتبر فى إنشائه الصيغه الخاصه فلا- يكفى فيه مطلق اللفظ، فضلاً عن غير اللفظ ومع ذلك قد ورد أن طلاق الأخرس يكون بالإشاره

الفرد النَّادر، مع أنَّ الظَّاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب.

ثم لو قلنا: بأنَّ الأصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بإفادتها الملكيه، فالقدر المخرج صورته قدره المتبايعين على مباشره اللفظ. والظَّاهر أيضاً: كفايه الكتابه مع العجز عن الإشاره، لفحوى ما ورد من النصّ على جوازها في الطلاق، مع أنَّ الظَّاهر عدم الخلاف فيه.

وأما مع قدره على الإشاره فقد رجَّح بعض الإشاره.

ولعلّه لأنّها أصرح في الإنشاء من الكتابه.

وفي بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس، وإليه ذهب الحلّي رحمه الله هناك.

ثمّ الكلام في الخصوصيات المعتبره في اللفظ: تارة يقع في موادّ الألفاظ من حيث إفاده المعنى بالصّيراحه والظهور والحقيقه والمجاز والكنايه، ومن حيث اللغه المستعمله في معنى المعامله. وأخرى في هيئته كلّ من الإيجاب والقبول، من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية، وكونه بالماضى. وثالثه في هيئته تركيب الإيجاب والقبول من حيث الترتيب والموالاه.

أمّا الكلام من حيث الماده، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات. قال في التذكرة: الزّابع من شروط الصيغه: التّصريح، فلا يقع بالكنايه بيع البتّه، مثل قوله: أدخلته في ملكك، أو جعلته لك، أو خذته منّي بكذا، أو سلّطتك عليه بكذا، عملاً بأصالة بقاء الملك، ولأنّ المخاطب لا يدري بمّ خوطب، انتهى.

الشرح:

ولا يمكن حمل ذلك على صورته عدم تمكنه على التوكيل فإن عدم التمكن عليه فرض نادر لا يمكن حمل الإطلاق عليه، وإذا جاز الإنشاء بالإشاره مع التمكن على التوكيل في الطلاق جاز في غيره قطعاً.

ص: ٨

وزاد في غاية المراد على الأمثلة مثل قوله: «أعطيتك بكذا» أو «تسلط عليه بكذا».

وربما يبدل هذا باشتراط الحقيقه في الصيغه، فلا ينعقد بالمجازات، حتى صرح بعضهم: بعدم الفرق بين المجاز القريب والبعيد.

والمراد بالصريح، كما يظهر [1] من جماعه من الخاصه والعامه في باب الطلاق، وغيره: ما كان موضوعاً لعنوان ذلك العقد لغه أو شرعاً، ومن الكنايه: ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع، فيفيد إرادته نفسه بالقرائن، وهي على قسمين عندهم: جليته وخفيته. والذي يظهر من النصوص المتفرقه في أبواب العقود اللازمه والفتاوى المتعرضه لصيغها في البيع بقول مطلق وفي بعض أنواعه وفي غير البيع من العقود اللازمه، هو: الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود، فلا فرق بين قوله: بعث وملكت، وبين قوله: نقلت إلى ملكك، أو جعلته ملكاً لك بكذا، وهذا هو الذي قواه جماعه من متأخري المتأخرين.

الشرح:

أقول: لا- يمكن استفاده عدم لزوم التوكيل في مطلق غير التمكن على مباشره اللفظ من روايه طلاق الأخرس، بل غاية الأمر أن يقال بجواز إشاره الأخرس في سائر العقود والإيقاعات أيضاً إلحاقاً لها بالطلاق بالفحوى، وأما إذا كان عدم التمكن لعدم المعرفه باللغه العربيه مثلاً- فلا- يمكن القول بجواز طلاق غير العارف بغير الصيغه المخصوصه ليتعدى منه إلى سائر العقود والإيقاعات، بل اللازم التوكيل أخذا بما دل على أنّ الطلاق لا يكون إلا بالصيغه الخاصه.

[1] وخلاصه ما ذكر رحمه الله أن المراد بالصريح: التعبير عن المعامله بلفظ يكون ذلك اللفظ موضوعاً لتلك المعامله لغه وشرعاً، كما أن المراد بالكنايه اللفظ الموضوع لمعنى يكون ذلك المعنى لازماً لتلك المعامله فتكون دلالتة على اللازم بالوضع وعلى

ص: ٩

وحكى عن جماعه ممن تقدمهم كالمحقق على ما حكى عن تلميذه كاشف الرموز، أنه حكى عن شيخه المحقق: أن عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص، وأنه اختاره أيضاً.

وحكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه: أنه جوز البيع بكل لفظ دل عليه، مثل: «سلمت إليك»، و«عاوضتكم» وحكاها في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين. بل هو ظاهر العلامة رحمه الله في التحرير، حيث قال: إن الإيجاب اللفظ الدال على النقل، مثل: «بعتك» أو «ملكته»، أو ما يقوم مقامهما. ونحوه المحكى عن التبصره والإرشاد وشرحه لفخر الإسلام. فإذا كان الإيجاب هو اللفظ الدال على النقل، فكيف لا ينعقد بمثل «نقلته إلى ملكك»، أو «جعلته ملكاً لك بكذا»؟! بل ربما يدعى: أنه ظاهر كل من أطلق اعتبار الإيجاب والقبول فيه من دون ذكر لفظ خاص، كالشيخ وأتباعه، فتأمل. وقد حكى عن الأكثر: تجويز البيع حالاً بلفظ السلم. وصرح جماعه أيضاً في بيع «التولية»: بانعقاده بقوله: «وليتك العقد» أو «وليتك السلم»، والتشريك في المبيع بلفظ: «شركتك».

الشرح:

الملزم، أى تلك المعاملة بالقرينه، كانت تلك القرينه جليه أو خفيه، والقول باعتبار الصراحه بهذا المعنى فى العقود اللازمه، وعدم كفايه الكنايه سواء كانت القرينه جليه أو خفيه فلا تساعد عليه الروايات المتفرقه فى أبواب العقود وكلمات الأصحاب الناظره إلى بيان صيغ مطلق البيع أو بعض أفراده كبيع السلم وصيغ سائر العقود، فإن مقتضاها الاكتفاء فى الإنشاء بكل لفظ يكون ظاهر فى المعامله المقصوده، سواء كان ظهوره فيها بالوضع أو بالقرينه.

وقد اختار ذلك جماعه من المتأخرين وحكوه عن جماعه أخرى، وبما أن ملاحظه كلمات الفقهاء فى أبواب العقود تقتضى بعدم اعتبار الصراحه بالمعنى

وعن المسالك في مسأله تقبل أحد الشريكين في النخل حصه صاحبه بشيء معلوم من الثمره : أن ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التقبيل، مع أنه لا يخرج عن البيع أو الصلح أو معامله ثالثه لازمه عند جماعه. هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع.

وأما في غيره، فظاهر جماعه في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص، فجوزوه بقوله: «تصرف فيه أو انتفع به وعليك ردّ عوضه»، أو «خذه بمثله»، و«أسلفتك»، وغير ذلك مما عدوا مثله في البيع من الكنايات، مع أنّ القرض من العقود اللازمه على حسب لزوم البيع والإجاره. وحكى عن جماعه في الرهن: أن إيجابه يؤدى بكلّ لفظ يدلّ عليه، مثل قوله: «هذه وثيقه عندك»، وعن الدروس تجويزه بقوله: «خذه»، أو «أمسكه بمالك». وحكى عن غير واحد: تجويز إيجاب الضمان الذى هو من العقود اللازمه بلفظ «تعهدت المال» و«تقلدته»، وشبه ذلك.

وقد ذكر المحقق وجماعه ممن تأخر عنه: جواز الإجاره بلفظ العاربه، معللين بتحقيق القصد. وتردد جماعه في انعقاد الإجاره بلفظ بيع المنفعه.

وقد ذكر جماعه: جواز المزارعه بكلّ لفظ يدلّ على تسليم الأرض للمزارعه، وعن مجمع البرهان كما فى غيره : أنه لا خلاف فى جوازها بكلّ لفظ يدلّ على المطلوب، مع كونه ماضياً، وعن المشهور: جوازها بلفظ «ازرع».

الشرح:

المتقدم، ومع ذلك اشتهر عنهم بعدم العبره فى المعاملات بالمجازات فقد جمع المحقق الثانى بين الأمرين بحمل المنع على المجازات البعيده.

ثم ذكر رحمه الله أن الأحسن من هذا الجمع حمل المنع على ما إذا لم تكن القرينه الداله على المقصود أو تعيينه لفظاً، فإن مع عدم القرينه اللفظيه تخرج المعامله عن كون إنشائها والداله عليها باللفظ.

وقد جَوَزَ جماعه: الوقف بلفظ: «حرمت» و«تصدقت» مع القرينه الدالّه على إرادته الوقف، مثل: «أن لا يباع ولا يورث»، مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على أنّهما من الكنايات [١].

وجَوَزَ جماعه: وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع أنّه ليس صريحاً فيه. ومع هذه الكلمات، كيف يجوز أن يسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، وأنّه لا- يجوز بالألفاظ المجازيه؟! خصوصاً مع تعميمها للقريبه والبعيده كما تقدّم عن بعض المحقّقين. ولعلّه لما عرفت من تنافى ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازيه في العقود اللازمه، مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في أكثرها بالألفاظ الغير الموضوعه لذلك العقد، جمع المحقّق الثاني على ما حكى عنه في باب السّلم والنكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعه على المجازات البعيده، وهو جمع حسن، ولعلّ الأحسن منه: أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلاله اللفظيه الوضعيه، سواء كان اللفظ الدالّ على إنشاء العقد موضوعاً له بنفسه أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينه لفظ موضوع آخر، ليرجع الإفاده بالأخره إلى الوضع، إذ لا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصّراحه بين إفاده لفظٍ للمطلب بحكم الوضع، أو إفادته له بضميمه لفظٍ آخر يدلّ بالوضع على إرادته المطلب من ذلك اللفظ.

وهذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالتة على المطلب لمقارنه حال أو سبق مقال خارج عن العقد، فإنّ الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين وإن كان من المجازات القريبه جداً رجوع عمّا بنى عليه من عدم العبّره بغير الأقوال في إنشاء الشّرح:

[١] أي لا- يباع ولا- يوهب من الكنايات بالإضافه إلى الوقف فإن من لوازم الوقف، يعنى أحكامه عدم جواز بيعه وهبته، فيكون ذكرهما وإرادته الوقف من الكنايه.

المقاصد، ولذا لم يجوّزوا العقد بالمعاطاه ولو مع سبق مقال أو اقتران حال تدلّ على إرادته البيع جزماً. ومما ذكرنا يظهر الإشكال في الاقتصار على المشترك اللفظي اتكالاً على القرينه الحالیه المعينه، وكذا المشترك المعنوی.

ويمكن أن ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم في عبارته التذكيره بقوله رحمه الله: «لأنّ المخاطب لا يدرى بيم خوطب»، إذ ليس المراد: أنّ المخاطب لا يفهم منها المطلوب ولو بالقرائن الخارجيه، بل المراد أنّ الخطاب بالكنايه لَمَّا لم يدلّ على المعنى المنشأ ما لم يقصد المزوم لأنّ اللازم الأعمّ، كما هو الغالب بل المطرد في الكنايات، لا يدلّ على المزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد المجمع مع المزوم الخاصّ فالخطاب في نفسه محتمل، لا يدرى المخاطب بيم خوطب، وإتّما يفهم المراد بالقرائن الخارجيه الكاشفه عن قصد المتكلم.

والمفروض على ما تقرّر في مسأله المعاطاه أنّ التيه بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال لا تؤثر في النقل والانتقال، فلم يحصل هنا عقد لفظي يقع التفاهم به، لكن هذا الوجه لا يجري [١] في جميع ما ذكره من أمثله الكنايه، ثم إنّه ربّما الشرح:

[١] أي حمل المنع في كلماتهم على ما إذا لم تكن القرينه لفظيه لا- يمكن في جميع كلمات الأصحاب، فإنّ العلامه ذكر في التذكيره (١) عدم جواز البيع بمثل قوله: «أدخلته في ملك فلان بكذا»، مع أن كل ذلك من تمليك العين بعوض، والدلاله عليه تكون باللفظ فإنّ قوله: «جعلته لك»، دال على التمليك وذكر العوض بقوله: بكذا، دال على كون التمليك بعنوان المعاوضه بين المالين، فتم الدال اللفظي على البيع.

أقول: بل الجمع المزبور في نفسه غير صحيح فإنّ رعايه القرينه الحالیه مثلاً في الدلاله، لا تخرج الدلاله على المعامله وإنشائها عن كونها باللفظ، فلاحظ مثلاً من رأى

ص: ١٣

يدعى: أن العقود المؤثره في النقل والانتقال أسباب شرعيه توقيفيه [١] كما حكى عن الإيضاح من أن كل عقد لازم وضع له الشارع صيغه مخصوصه بالاستقراء، فلا بد من الاقتصار على المتيقن.

وهو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء، فضلاً عن الزوايات المتكثرة الآتية بعضها.

الشرح:

بطلاً- شجاعا في الحمام وذكر عند خروجه أن في الحمام أسدا، فإنه يصح القول بأنه أخبر عن وجود بطل في الحمام، والزائد على هذه الدلاله اللفظيه غير معتبر في إنشاء العقود، حيث إن مع القرينه المزبوره يكون إنشاء الملك واعتباره بالتلفظ، بخلاف المعاطاه التي تكون باعتبار الملك وإنشاؤه بالفعل.

نعم لا يكفي ذلك في مثل الطلاق لاعتبار الصيغه الخاصه فيه، لا لكون القرينه حالیه، بل لو كانت مقالیه أيضا لا تكفي.

والحاصل: أن غايه ما يمكن الالتزام به هو اعتبار إنشاء المعامله في العقود اللازمه باللفظ وكون اللفظ المزبور دالاً على تلك المعامله بوجه معتبر، بحيث يكون له ظهور عرفي، سواء كان بطور الحقيقه أو المجاز والكنايه وكانت القرينه حالیه أو مقالیه، وذلك للزوم الأخذ بالإطلاق أو العموم في أدله العقود في غير مورد اليقين بالتخصيص والتقييد، وهو ما إذا خلت المعامله عن اللفظ رأساً، بأن كان إنشاؤها بالفعل أو نحوه.

[١] وملخص ما ذكر أنه لا- ينبغي الريب في عدم جعل الشارع سببا خاصا لكل معاملة يراد بها النقل والانتقال كالبيع والإجاره، ليكون الحكم بكون الشيء سببا لهما محتاجا إلى ورود خطاب الشرع عليه.

نعم لابد من رعايه تعبير الشارع عن المعامله بلفظ خاص أو ألفاظ مخصوصه، بأن ينشأ تلك المعامله بذلك اللفظ أو بتلك الألفاظ أو ما يرادفها لغه أو عرفاً، فإن تعبير

وأما ما ذكره الفخر قدس سره ، فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغه شرعاً، هي: اشتغالها على العنوان المعبر عن تلك المعامله به في كلام الشارع، فإذا كانت علاقته الحادثه بين الرجل والمرأه معبراً عنها في كلام الشارع بالنكاح، أو الزوجيه، أو المتعه، فلا بد من اشتغال عقدها على هذه العناوين، فلا يجوز بلفظ الهبه أو البيع أو الإجاره أو نحو ذلك، وهكذا الكلام في العقود المنشأه للمقاصد الأخر كالبيع والإجاره ونحوهما. فخصوصيه اللفظ من حيث اعتبار اشتغالها على هذه العناوين الدائره في لسان الشارع، أو ما يرادفها لغه أو عرفاً، لأنها بهذه العناوين موارد للأحكام الشرعيه التي لا تحصى.

وعلى هذا، فالضابط: وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائره في لسان الشارع، إذ لو وقع بإنشاء غيرها. فإن كان لا مع قصد تلك العناوين كما لو لم تقصد الشرح:

الشارع عنها بتلك الألفاظ مقتضاه ترتب الآثار على المدلول المنشأ بها، وإذا كان الإنشاء بغير تلك الألفاظ وغير مرادفها وقصد المعنى الأخر كلفظ الهبه، بأن يكون قصد المرأه منها في قولها للرجل: وهبتك نفسى، معنى التسليط مجاناً، فيحكم بالفساد باعتبار أنه لم يتحقق إنشاء النكاح الذى رتب الشرع عليه الآثار، وإن لم يقصد باللفظ الأخر إلا العنوان المقصود في الألفاظ الوارده في خطاب الشرع ففساده باعتبار دخول الفرض في الكنايه التي لا اعتبار بها؛ لخروجها عن الدلاله اللفظيه.

أقول: يلحق بدعوى أن العقود المؤثره في النقل والانتقال أسباب شرعيه توقيفيه، الالتزام برعايه التعبير عنها بالألفاظ الوارده في خطاب الشرع أو بمرادفاتها من سائر اللغات، وذلك فإن اللازم أن يكون الكلام المستعمل دالاً على العنوان المترتب عليه الأثر، سواء كانت دلالته عليه بنحو تعدد الدال والمدلول أو المجاز والكنايه. وإذا قالت المرأه للرجل: «وهبتك نفسى وجعلتها لك بمنزله حواء من آدم»،

المراه إلا هبه نفسها أو إجاره نفسها مدّه للاستمتاع لم يترتب عليه الآثار المحموله فى الشريعة على الزوجيه الدائمه أو المنقطعه. وإن كان بقصد هذه العناوين دخلت فى الكنايه التى عرفت أنّ تجويزها رجوع إلى عدم اعتبار إفاده المقاصد بالأقوال. فما ذكره الفخر قدس سره مؤيد لما ذكرناه واستفدناه من كلام والده قدس سره. وإليه يشير أيضاً ما عن جامع المقاصد: من أنّ العقود متلقاه من الشارع، فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه.

وما عن المسالك: من أنّه يجب الاقتصار فى العقود اللازمه على الألفاظ المنقوله شرعاً المعهوده لغه، ومراده من «المنقوله شرعاً»، هى: المأثوره فى كلام الشارع.

وعن كنز العرفان فى باب النكاح: أنّه حكم شرعى حادث فلا بدّ له من دليل يدلّ على حصوله، وهو العقد اللفظى المتلقى من النصّ. ثم ذكر لإيجاب النكاح ألفاظاً ثلاثه، وعللها بورودها فى القرآن.

ولا يخفى أنّ تعليله هذا كالصريح فيما ذكرناه: من تفسير توقيفيه العقود، وأنها متلقاه من الشارع، ووجوب الاقتصار على المتيقن. ومن هذا الضابط تقدر على تمييز الصريح المنقول شرعاً المعهود لغه من الألفاظ المتقدمه فى أبواب الشرح:

كفى ولا يحتاج إلى الإتيان بما هو موضوع لعنوان النكاح لغه أو عرفاً أو بما ورد التعبير فى خطاب الشرع.

وثانياً: أن قول المراه كما ذكر مع قصدتها الزوجيه يكون من الكنايه التى لا تكون خارجة عن الدلاله اللفظيه، وهو من قبيل التعبير عن الإجاره ببيع المنفعه أو بيع سكنى الدار كما فى بعض الروايات، والمساواه فى الدلاله بين الإجاره وبين البيع المضاف إلى المنفعه فى الصراحه وعدمها لا تكون دائره مدار ورود اللفظ والتعبير فى كلام الشارع وعدم ورودهما كما لا يخفى.

العقود المذكوره من غيره. وأنّ الإجاره بلفظ العاريه غير جائزه، ولفظ بيع المنفعه أو السكنى مثلاً لا يبعد جوازه، وهكذا. إذا عرفت هذا، فلنذكر ألفاظ الإيجاب والقبول.

منها: لفظ «بعت» فى الإيجاب، ولا- خلاف فيه فتوىً ونصيّاً، وهو وإن كان من الأضداد بالنسبه إلى البيع والشراء، لكن كثره استعماله فى وقوع البيع تعينه.

ومنها: لفظ «شريت» لوضعه له، كما يظهر من المحكى عن بعض أهل اللغه، بل قيل: لم يستعمل فى القرآن الكريم إلا فى البيع.

وعن القاموس: شراه يشريه ملكه بالبيع [١] وباعه كاشترى فيهما ضدّ، وعنه ايضاً كلّ من ترك [٢] شيئاً وتمسك بغيره فقد اشتراه وربّما يستشكل فيه بقله استعماله عرفاً فى البيع وكونه محتاجاً إلى القرينه المعينه وعدم نقل الإيجاب به فى الأخبار وكلام القدماء، ولا يخلو عن وجه.

الشرح:

[١] بالتخفيف، يعنى اشتراه، وقوله: باعه، يعنى ملكه بالتشديد، ومثل الشراء الاشتراء فى كونه ايضاً بمعنى ملكه بالبيع وباعه، وقوله: فهما يعنى الشراء والاشتراء ضدّان يحتمل كل منهما فى فعل البايع والمشتري، ومقتضى ذلك أن يكونا من الألفاظ المشتركه لفظاً.

[٢] وظاهر الحكايه كون لفظ الاشتراء مشتركاً معنوياً بين فعل البايع والمشتري.

أقول: يحتمل أن يكون لفظ الشراء ايضاً كذلك.

ولعل القائل أراد أن لفظ التملك معناه الحقيقى هى الهبه، فيكون استعماله فى البيع من إنشائه بالمجاز أو بما لا ظهور له فى البيع، والجواب: أن التملك مشترك معنئ بين البيع وغيره، فإن كان فى البين ذكر العوض للمال الذى تعلق به التملك بحيث كانت المعاوضه بين المالىن فهو بيع لا غير، وإن لم يذكر العوض للمال المزبور فيكون

ص: ١٧

ومنها لفظ «مَلَّكت» بالتشديد والأ-كثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الإرشاد الاتفاق حيث قال: إنه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كـ «بعت» و«مَلَّكت»، ويدلّ عليه ما سبق في تعريف البيع من أنّ التملّيك بالعوض المنحلّ إلى مبادله العين بالمال هو المرادف للبيع عرفاً ولغاً كما صرّح به فخر الدّين حيث قال: إنّ معنى «بعت» في لغة العرب: مَلَّكت غيرى، وما قيل من أنّ التملّيك يستعمل في الهبه [١] بحيث لا- يتبادر عند الإطلاق غيرها. فيه: أنّ الهبه إنّما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض، لا من مادة التملّيك فهي مشتركة معنى بين ما يتضمنه المقابله وبين المجرد عنها، فإن اتّصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركّب بمقتضى الوضع التركيبي البيع، وإن تجرّد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكيه المجانيه.

وقد عرفت سابقاً أنّ تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي فلو أراد منه الهبه المعوّضه أو قصد المصالحه بنى صحّه العقد به على صحّه عقد بلفظ غيره مع التّيه. ويشهد لما ذكرنا قول فخر الدّين في شرح الإرشاد أنّ معنى «بعت» في لغة العرب: مَلَّكت غيرى.

الشرح:

ظاهراً في الهبه وفي تمليك المال مجاناً، سواء كان لنفس التملّيك عوض كما في الهبه المعوّضه أو لا. ولو قال: ملكت بكذا، وأراد به الهبه المشروطه أو المصالحه، كانت صحتها مبتنيه على جواز إنشاء العقد بالمجازات، حيث إن تمليك العين بالعوض هو البيع لا- غير، بخلاف ما إذا قال: ملكت هذا على أن تملكنى كذا، فإنه هبه معوّضه بلا خلاف، حيث إن التملّيك الآخر في الهبه المعوّضه عوض عن التملّيك الأول.

[١] لأنه لو كان المراد خصوص لفظ شريت لكان الأنسب أن يقال: إيجاب البيع «بعت» و«مَلَّكت» و«شريت».

وأما الإيجاب بـ«اشترت»، ففي مفتاح الكرامه أنه قد يقال بصحّته كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة، والمنقول عنها في نسختين من تعليق الإرشاد.

أقول: وقد يستظهر ذلك من عبارته كلّ من عطف على «بعت» و«ملك» شبههما أو ما يقوم مقامهما إذ إرادته خصوص لفظ «شريت» من هذا بعيد جداً [١] وحمله على إرادته ما يقوم مقامهما في اللغات الأخر للعاجز عن العربية أبعد، فيتعيّن إرادته ما يرادفهما لغه أو عرفاً، فيشمل «شريت» و«اشترت»، لكن الإشكال المتقدّم في «شريت» أولى بالجريان هنا، لأنّ «شريت» استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه إلاّ فيه، بخلاف «اشترت».

ودفع الإشكال في تعيين المراد منه بقريته تقديمه الدالّ على كونه إيجاباً إمّا بناءً على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وإمّا لغلبه ذلك غير صحيح، لأنّ الاعتماد على القرينه الغير اللفظيه في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه، إلاّ أن يدعى أنّ ما ذكر سابقاً من اعتبار الصّيراحه مختصّ بصراحه اللفظ من حيث دلّته على خصوص العقد، وتميّزه عمّا عداه من العقود. وأمّا تميّز إيجاب عقد معيّن عن قبوله الزّاجع إلى تميّز البائع عن المشتري فلا يعتبر فيه الصّيراحه، بل يكفي استفادته المراد، ولو بقريته المقام أو غلبته أو نحوهما، وفيه إشكال.

وأما القبول، فلا ينبغي الإشكال في وقوعه بلفظ «قبلت» و«رضيت» و«اشترت» و«شريت» و«ابتعت» و«تملكت» و«ملك» مخفّفاً.

الشرح:

[١] ظاهره أنه يثبت البيع ولكن لا يترتب على كل منهما أثر خصوص عنوان البائع وعنوان المشتري، وليس في المقام أثر خاص لكل منهما حتى يكون مورد نزاعهما من موارد التحالف.

الأمر المعبره فى إنشاء البيع

وأما «بعث»، فلم ينقل إلا من الجامع، مع أن المحكى عن جماعه من أهل اللغة: اشتراكه بين البيع والشراء، ولعل الإشكال فيه كإشكال «اشترى» فى الإيجاب.

واعلم أن المحكى عن نهايه الأحكام والمسالك: أن الأصل فى القبول «قبلت»، وغيره بدل، لأن القبول على الحقيقه مّا لا يمكن به الابتداء، والابتداء بنحو «اشترى» و«ابتعت» ممكن، وسيأتى توضيح ذلك فى اشتراط تقديم الإيجاب. ثم إن فى انعقاد القبول بلفظ الإمضاء والإجازة والإنفاذ وشبهها، وجهين.

فرع: لو أوقعا العقد [١] بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول ثم اختلفا فى تعيين الموجب، والقابل إمّا بناءً على جواز تقديم القبول، وإمّا من جهه اختلافهما فى المتقدم فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتب الآثار المختصه بكل من البيع والاشترى على واحد منهما.

مسألة: المحكى عن جماعه منهم السيد عميد الدين والفاضل المقداد، والمحقق والشهيد الثانى اعتبار العريه فى العقد؛ للتأسى [٢] كما فى جامع الشرح:

[١] نعم قد يكون للشراء أثر خاص، كما إذا وقع البيع بين الثوب والحيوان وأدعى من انتقل إليه الحيوان أنه كان مشترياً له بالثوب لإنشاء صاحبه إيجاب بيعه بالثوب وأدعى من انتقل إليه الثوب أنه اشترى الثوب بالحيوان بإنشاء صاحبه الثوب إيجاب البيع، فليس فى البين خيار حيوان، وعلى ذلك فىدخل الفرض فى مورد الدعوى والإنكار، حيث إن قول من انتقل إليه الثوب مطابق لأصالة اللزوم وقول صاحبه مخالف له.

[٢] لا يخفى أن البيع وغيره من المعاملات التى وقعت مورد الإمضاء وسائر الأحكام أمور اعتباريه يعرفها أبناء الملل وسائر الأقوام، وليست أموراً توقيفيه ليقع فعل النبى أو الأئمة عليهم السلام مورد التأسى، واختيارهم العريه فى إنشاءاتهم باعتبار أن

المقاصد ولأنّ عدم صحّته بالعربي الغير الماضى يستلزم عدم صحّته بغير العربي بطريق أولى، وفي الوجهين ما لا يخفى وأضعف منهما منع صدق العقد على غير العربي. فالأقوى صحّته بغير العربي.

وهل يعتبر عدم اللحن من حيث المادّه والهيئّه بناءً على اشتراط العربي؟ الأقوى ذلك بناءً على أنّ دليل اعتبار العربيّه هو لزوم الاقتصار على المتيقّن من أسباب الثّقل، وكذا اللحن في الإعراب [١].

وحكى عن فخر الدّين: الفرق بين ما لو قال: «بعتك» بفتح الباء وبين ما لو قال: «جوّزتك» بدل «زوّجتك»، فصحّح الأوّل دون الثّاني إلّا مع العجز عن التعلّم والتوكيل. ولعلّه لعدم معنى صحيح في الأوّل إلّا البيع، بخلاف التجويز، فإن له معنى آخر، فاستعماله في التّرويج غير جائز. ومنه يظهر أنّ اللغات المحرّفة لا بأس بها إذا لم يتغيّر بها المعنى.

الشرح:

المعاملات كانت من مراداتهم التي كان تفهيمها وتفهمها في عرفهم بالعربيّه.

وبالجمله: مقتضى إطلاق المعاملات وعموماتها عدم اعتبار شيء من العربيّه والماضويه أو تقديم القبول وغير ذلك مما لا دخل له عند العقلاء في صدق العقد وعنوان المعامله من البيع والإجاره والنكاح وغير ذلك، وأما ما قيل من عدم صحه البيع بغير الماضى من العربيّه يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق أولى، فلا يخفى ما فيه؛ لأنّ إنشاء البيع وغيره بغير الماضى صحيح، وصحته بغيره أيضا مقتضى الإطلاق والعموم. وثانيا ما الوجه في كون العربيّه بغير الماضى أولى من غير العربيّه، ومثل ذلك دعوى عدم صدق العقد على غير العربي مع التمكن على العربي؟

[١] إذا كان اللفظ ظاهرا في المعامله المقصوده في عرف المتكلم، سواء كان مع اللحن في الإعراب أو الماده أم لا، بحيث يصدق معه في عرفه أنه باع أو تزوج أو غير

ثم هل المعتبر عربيه جميع أجزاء الإيجاب والقبول، كالثمن والمثمن، أم يكفي عربيه الصيغه الدالّه على إنشاء الإيجاب والقبول، حتّى لو قال: «بعتك اين كتاب را به ده درهم» كفى؟

الأقوى هو الأوّل، لأنّ غير العربى كالمعدوم، فكأنّه لم يذكر فى الكلام.

نعم، لو لم يعتبر ذكر متعلّقات الإيجاب كما لا- يجب فى القبول واكتفى بانفهامها ولو من غير اللفظ، صحّ الوجه الثانى، لكنّ الشّهد رحمه الله فى غايه المراد فى مسأله تقديم القبول نصّ على وجوب ذكر العوضين فى الإيجاب.

ثمّ إنّه هل يعتبر كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ، بأن يكون فارقاً بين معنى «بعث» و«أبيع» و«أنا بائع»، أو يكفي مجرد علمه بأنّ هذا اللفظ يستعمل فى لغه العرب لإنشاء البيع؟

الظاهر هو الأوّل، لأنّ عربيه الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد المتكلّم منه المعنى الذى وضع له عند العرب، فلا يقال: إنّه تكلم وأدى المطلب على طبق لسان العرب، إلّا إذا ميّز بين معنى «بعث» و«أبيع» و«أوجدت البيع» وغيرها. بل على هذا لا- يكفي معرفه أنّ «بعث» مرادف لقوله: «فروختم»، حتّى يعرف أنّ الميم فى الفارسى عوض تاء المتكلّم، فيميّز بين «بعثك» و«بعث» بالضمّ و«بعث» بفتح التاء فلا ينبغى ترك الاحتياط وإن كان فى تعينه نظر، ولذا نصّ بعض على عدمه.

مسأله: المشهور كما عن غير واحد: اشتراط الماضويه، بل فى التذكرة: الشرح:

ذلك كفى فى شمول الإطلاق أو العموم، وعلى ذلك فما هو المتعارف عند أهل القرى والبوادي من تبديل حرف إلى آخر فى مقام التلفظ، فيقولون بدل «زوّجتك»: «جوّزتك»، كفى فى إنشاء المعامله ولا يكون اللحن فى الإيجاب أو القبول مع صدق عنوان المعامله مانعا عن صحتها.

الإجماع على عدم وقوعه بلفظ «أبيحك» أو «اشتر مني» ولعله لصراحتها في الإنشاء، إذ المستقبل أشبه بالوعد، والأمر استدعاء لا إيجاب، مع أن قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف.

وعن القاضى فى الكامل والمهذب: عدم اعتبارها، ولعله لإطلاق البيع والتجاره وعموم العقود، وما دلّ فى بيع الآبق واللبن فى الضرع: من الإيجاب بلفظ المضارع، وفحوى ما دلّ عليه فى النكاح. ولا يخلو هذا من قوّه لو فرض صراحه المضارع فى الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينه المقام، فتأمل.

مسأله: الأشهر كما قيل: لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وبه صرح فى الخلاف والوسيله والسرائر والتذكره، كما عن الإيضاح وجامع المقاصد، ولعله للأصل بعد حمل آيه وجوب الوفاء على العقود المتعارفه، كإطلاق «البيع» و«التجاره» فى الكتاب والسنة. وزاد بعضهم: أن القبول فرع الإيجاب فلا يتقدم عليه، وأنه تابع له فلا يصحّ تقدّمه عليه.

وحكى فى غايه المراد عن الخلاف: الإجماع عليه، وليس فى الخلاف فى هذه المسأله إلا أن البيع مع تقديم الإيجاب متفق عليه فيؤخذ به، فراجع.

خلافاً للشيخ فى المبسوط فى باب النكاح، وإن وافق الخلاف فى البيع إلا أنه عدل عنه فى باب النكاح، بل ظاهر كلامه عدم الخلاف فى صحته بين الإماميه، حيث إنه بعد ما ذكر أن تقديم القبول بلفظ الأمر فى النكاح بأن يقول الرجل: «زوّجنى فلانه» جائز بلا خلاف قال: أمّا البيع، فإنه إذا قال: «بعنيها» فقال: «بعتهها» صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال قوم منهم: لا يصحّ حتى يسبق الإيجاب، انتهى.

الشرح:

نعم فيما إذا اعتبرت صيغه خاصه كالطلاق، فاللحن فى ماده يوجب بطلانه باعتبار عدم حصول تلك الصيغه مع اللحن.

وكيف كان، فنسبه القول الأوّل إلى المبسوط مستند إلى كلامه في باب البيع، وأمّا في باب النكاح فكلامه صريح في جواز التقديم، كالمحقّق رحمه الله في الشرائع والعلامة في التحرير والشّهيدان في بعض كتبهما وجماعه ممّن تأخّر عنهما، للعمومات السليمة عمّا يصلح لتخصيصها، وفحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار، مثل خبر أبان بن تغلب [١] الوارد في كيفية الصّيغ المضملة على صحه تقديم القبول بقوله للمرأة: «أتزوّجك متعة على كتاب الله وسنّه رسول الله صلى الله عليه وآله» إلى أن قال: فإذا قالت: «نعم»، فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها. ورواه سهل الساعدي المشهور في كتب الفريقين كما قيل: المضملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ «زوّجنيها».

الشرح:

[١] وفي سننه ابراهيم بن الفضل قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول إذا خلوت بها؟ قال: «تقول: أتزوّجك متعة على كتاب الله وسنّه نبيّه، لا وارثه ولا موروثه كذا وكذا يوماً... وتسمى من الأجر... فإذا قالت: نعم، فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها» (١). ولكن ذكرنا في باب النكاح جواز إيجاب النكاح من كل من الرجل والمرأة، فإن كلاً منهما يخرج به عن الفرد إلى الزوج، وعليه فقول الرجل للمرأة بما ذكر إنشاء للزوج وإظهار المرأة رضاها قبول من غير أن يكون من قبيل تقديم القبول على الإيجاب.

نعم رواه سهل الساعدي (٢) من قبيل الاستيجاب والإيجاب، ولكن في جعل الاستيجاب قبولاً في القضية المزبوره كلام تأتي الإشارة إليه.

والحاصل: قد تكون المعامله بنحو لا يمتاز فيها فعل أحد المتعاملين عن الآخر

ص: ٢٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢١: ٤٣، الباب ١٨ من أبواب المتعة، الحديث الأول.

٢- (٢) عوالي اللآلي ٢: ٢٦٣ / ٨، سنن البيهقي ٧: ٢٤٢، وانظر الكافي ٥: ٣٨٠، الحديث ٥، والتهذيب ٧: ٣٥٤، الحديث ١٤٤٤.

فى تقديم الإيجاب على القبول

والتحقيق: أن القبول إمّا أن يكون بلفظ «قبلت» [١] و«رضيت»، وإمّا أن يكون بطريق الأمر والاستيجاب، نحو «بعنى» فيقول المخاطب: «بعتك».

وإمّا أن يكون بلفظ «اشتريت» و«ملكيت» مخفّفًا و«ابتعت». فإن كان بلفظ «قبلت» فالظاهر عدم جواز تقديمه، وفاقاً لمن عرفته فى صدر المسأله، بل المحكى عن الميسيه والمسالك ومجمع الفائده: أنه لا- خلاف فى عدم جواز تقديم لفظ «قبلت»، وهو المحكى عن نهايه الأحكام وكشف اللثام فى باب النكاح، وقد اعترف به غير واحد من متأخري المتأخرين أيضاً، بل المحكى هناك عن ظاهر التذكرة: الإجماع عليه.

الشرح:

كما فى المصالحه حيث إنها تسالم إنشائى على أمر ما من المتصالحين، وفى مثل ذلك يصح لكل منهما إنشاء المعامله وإيجابها أولاً، وقد يكون فعل أحدهما ممتازا عن الآخر كما فى الإجاره، حيث إن فعل المؤجر تملك المنفعه بالعوض، وهذا لا يصح إنشاؤه من المستأجر إلا- وكاله أو فضولاً والنكاح من قبيل الأول والبيع من قبيل الثانى، وعليه فقول الرجل للمراه: أتزوجك، إنشاء نكاح وليس قبولاً مقدماً.

[١] تعرض رحمه الله فى المقام لتقديم قبول البيع على إيجابه أولاً، ولتقديم قبول سائر العقود على إيجاباتها ثانياً، وملخص ما ذكر رحمه الله فى تقديم القبول: أنه لا- يجوز تقديمه على إيجابه فيما إذا كان بلفظ: «قبلت» أو «رضيت» أو بنحو الأمر والاستيجاب، ولكن لا بأس بالتقديم فيما إذا كان بلفظ «ملكيت» بالتخفيف أو «اشتريت» أو «ابتعت» ونحوها. والوجه فى ذلك أنه يعتبر اشتغال قبول البيع على أمرين: أحدهما: الرضا بإيجاب البائع، والثانى: تملك المشتري ماله للبائع عوضاً عن المبيع، بمعنى إنشاء ملكيه مال البائع لنفسه جاعلاً ماله عوضاً عن المبيع.

وإن شئت قلت: إدخال المشتري مال البائع فى ملكه أولاً، كما هو مدلول

ويدلّ عليه مضافاً إلى ما ذكر، وإلى كونه خلافاً المتعارف من العقد: أنّ القبول الذى هو أحد ركنى عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه، وليس المراد من هذا القبول الذى هو ركن للعقد مجرد الرضا بالإيجاب حتّى يقال: إنّ الرضا بشىء لا يستلزم تحقّقه قبله، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل، بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله فى الحال إلى الموجب على وجه العوضيّة، لأنّ المشتري ناقل كالبائع، وهذا لا يتحقّق إلاّ مع تأخر الرضا عن الإيجاب، إذ مع تقدّمه لا يتحقّق النّقل فى الحال، فإنّ من رضى بمعاوضه ينشئها الموجب فى المستقبل لم ينقل فى الحال ماله إلى الموجب، بخلاف من رضى بالمعاوضه التى أنشأها الموجب سابقاً، فإنّه يرفع بهذا الرضا يده من ماله، وينقله إلى غيره على وجه العوضيّة.

ومن هنا يتّضح فساد ما حكى عن بعض المحقّقين فى ردّ الدليل المذكور وهو كون القبول فرعاً للإيجاب وتابعاً له وهو: أنّ تبعيّة القبول للإيجاب ليس تبعيه اللفظ للفظ، ولا القصد للقصد حتّى يمتنع تقديمه، وإنّما هو على سبيل الفرض والتّزويل، بأن يجعل القابل نفسه متناولاً لما يلقى إليه من الموجب، الشّرح:

«اشترت»، وإخراج ماله عوضاً ثانياً، كما هو مدلول قوله: بكذا، وهذا عكس إنشاء البائع فإنه يكون بإخراج ماله أولاً، كما هو مدلول قوله: «بعت»، وإدخال مال المشتري عوضاً عنه ثانياً، كما هو مدلول قوله: بكذا. ثم إن القبول بلفظ قبلت أو رضيت، مع تأخيره عن الإيجاب يدل على الرضا وعلى الإنشاء المزبور ولو بالالتزام، وأما مع تقديمه على الإيجاب فلا دلالة له إلاّ على الرضا بما يفعله البائع فى المستقبل، وأما الإنشاء فعلاً بأن ينشئ المشتري ملكيه مال البائع لنفسه فعلاً جاعلاً ماله عوضاً عنه، فلا دلالة على ذلك حتى بالالتزام.

والموجب مناوئاً كما يقول السائل فى مقام الإنشاء: «أنا راض بما تعطينى وقابل لما تمنحنى» فهو متناول، قدّم إنشاءه أو آخر، فعلى هذا يصحّ تقديم القبول ولو بلفظ «قبلت» و«رضيت» إن لم يتم إجماع على خلافه، انتهى.

ووجه الفساد: ما عرفت سابقاً من أنّ الرضا بما يصدر من الموجب فى المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه، ليس فيه إنشاء نقل من القابل فى الحال، بل هو رضا منه بالانتقال فى الاستقبال، وليس المراد أنّ أصل الرضا بشىء تابع لتحقيقه فى الخارج أو لأصل الرضا به حتى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال، بل المراد الرضا الذى يعدّ قبولاً وركناً فى العقد.

وممّا ذكرنا يظهر الوجه فى المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر، كما لو قال: «بغنى هذا بدرهم» فقال: «بعتك»، لأنّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقّق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلية نقل فى الحال للدرهم إلى البائع، كما لا يخفى.

وأما ما يظهر من المبسوط من الاتفاق هنا على الصّحة به، فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه.

الشرح:

نعم إذا كان القبول بلفظ «اشتريت» و«ابتعت» و«ملكته» ونحوها، فمع تقديمها أيضاً يتحقّق كلا الأمرين، فإن القبول مع الألفاظ المزبوره ظاهر فى الرضا بالإيجاب، وفى أن القابل قد أنشأ ملكيه مال صاحبه لنفسه فعلاً جاعلاً ماله عوضاً عنه.

والحاصل: يكون مدلول مثل لفظ «اشتريت» حتى مع تقديمه على الإيجاب قبولاً، وليس المراد ب «اشتريت» متضمن لمعنى المطاوعه التى هى ملاك تحقّق القبول حقيقه، والمراد بالمطاوعه أن ينشئ الإنسان التزامه بما حصل من إيجاب الغير المعبر عن ذلك بقبول الأثر، واشترت أو نحوه من الألفاظ لا- يتضمن هذه المطاوعه إلّا مع تأخيرها عن الإيجاب؛ ولذا يقال: الأصل فى القبول لفظ «قبلت» وغيره بدل، بل المراد أنه لا دليل على

وأما فحوى جوازه فى النكاح، ففيها بعد الإغماض عن حكم الأصل، بناءً على منع دلاله روايه سهل على كون لفظ الأمر هو القبول، لاحتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبى صلى الله عليه وآله ، ويؤيده أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول منع الفحوى، وقصور دلاله روايه أبان، من حيث اشتمالها على كفايه قول المرأة: «نعم» فى الإيجاب.

ثم اعلم: أن فى صحه تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً بين كلمات الأصحاب، فقال فى المبسوط: إن قال: «بعنيها بألف» فقال: «بعتك»، صح، والأقوى عندي أنه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت»، واختار ذلك فى الخلاف. وصرح به فى الغنيه، فقال: واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري، حذراً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، وهو أن يقول: «بعنيها بألف»، فيقول: «بعتك» فإنه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» أو «قبلت»، وصرح به أيضاً فى السرائر والوسيله. وعن جامع المقاصد: أن ظاهرهم أن هذا الحكم اتفاهى.

وحكى الإجماع أيضاً عن ظاهر الغنيه أو صريحها. وعن المسالك: المشهور، بل قيل: إن هذا الحكم ظاهر كل من اشترط الإيجاب والقبول.

الشرح:

اعتبار المطاوعه فى تحقق قبول البيع فإن المعترف فى صدق الشراء إنشاء الملكيه على ما تقدم مع إظهار الرضا بالإيجاب، فتكون النتيجة جواز تقديم القبول بمثل «اشتريت».

ومما ذكر ظهر عدم جواز تقديم القبول بالاستيجاب والأمر، بل لابد من قبول البيع بعد تحقق الإيجاب، حيث إن الأمر والاستيجاب يدلان على الرضا ببيع البائع وأما إنشاء الملكيه فهو خارج عن مدلولها، والاستدلال على جواز قبول البيع بهما بفحوى ما ورد فى النكاح من روايه سهل الساعدي وخبر أبان بن تغلب ضعيف، لأن جواز

ومع ذلك كله، فقد صرح الشيخ في المبسوط في باب النكاح : بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع، ونسبته إلينا مشعر بقريته السياق إلى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال: إذا تعاقدا، فإن تقدم الإيجاب على القبول فقال: «زوجتك» فقال: «قبلت التزويج» صح.

وكذا إذا تقدم الإيجاب على القبول في البيع صح بلا خلاف، وأما إن تأخر الإيجاب وسبق القبول، فإن كان في النكاح فقال الزوج: «زوجتيها» فقال: «زوجتكها» صح وإن لم يُعَد الزوج القبول، بلا خلاف، لخبر الساعدي: «قال: زوجنيها يا رسول الله، فقال: زوجتكها بما معك من القرآن»، فتقدم القبول وتأخر الإيجاب، وإن كان هذا في البيع فقال: «بعنيها» فقال: «بعتكها» صح عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال قوم منهم: لا يصح حتى يسبق الإيجاب، انتهى.

وحكى جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضي في الكامل، بل يمكن نسبه هذا الحكم إلى كل من جوز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق، وتمسك له في النكاح بروايه سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج، إلا أن المحقق رحمه الله مع تصريحه في البيع بعدم كفايه الاستيجاب والإيجاب صرح بجواز تقديم القبول على الإيجاب.

وذكر العلامة قدس سره الاستيجاب والإيجاب، وجعله خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب والقبول كالمعاطاه وجزم بعدم كفايته، مع أنه تردد في اعتبار تقديم القبول.

وكيف كان، فقد عرفت أن الأقوى المنع في البيع، لما عرفت، بل لو قلنا الشرح:

التقديم في الأصل يعني النكاح الغير الثابت، حيث إن روايه سهل لا دلالة لها على اكتفاء الساعدي في قبول النكاح باستيجابه السابق، بل من المحتمل أنه قد قبل الإيجاب بعد قول رسول الله صلى الله عليه وآله : «قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن

بكفايه التّقديم بلفظ «قبلت» يمكن المنع هنا، بناءً على اعتبار الماضويه فيما دلّ على القبول.

ثمّ إنّ هذا كلّه بناءً على المذهب المشهور بين الأصحاب: من عدم كفايه مطلق اللفظ في اللزوم وعدم القول بكفايه مطلق الصّيغه في الملك.

وأما على ما قوّيناه سابقاً في مسأله المعاطاه: من أنّ البيع العرفي موجب للملك وأنّ الأصل في الملك اللزوم، فاللازم الحكم باللزوم في كل مورد لم يجمع على عدم اللزوم، وهو ما إذا خلت المعامله عن الإنشاء باللفظ رأساً، أو كان اللفظ المنشأ به المعامله ممّا قام الإجماع على عدم إفادتها اللزوم، وأما في غير ذلك فالأصل اللزوم.

وقد عرفت أنّ القبول على وجه طلب البيع قد صرّح في المبسوط بصحّته، بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا، وحكى عن الكامل أيضاً، فتأمل. وإن كان التّقديم بلفظ «اشتريت» أو «ابتعت» أو «تملّكت» أو «ملّكت هذا بكذا» فالأقوى الشّرح:

فعلمها إياه»(١).

ويؤيد هذا الاحتمال وقوع الفصل الطويل بين الاستيجاب والإيجاب بما جرى بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وآله من أخذ وردّ، وخبر أبان قاصر الدلاله على جواز التقديم من حيث دلّالته على جواز إيجاب النكاح بقول المرأة: «نعم»، مع أنّ المعروف بينهم من ألفاظ النكاح: «أنكحت» و«زوجت» و«متعت».

ثم على تقدير ثبوت الجواز في الأصل، يعنى النكاح يكون التعدى إلى البيع بالأولويه ممنوعاً، فإنه يمكن أن يكون تجويز قبول النكاح بالاستيجاب للتوسعه، فإن

ص: ٣٠

١- (١) عوالى اللآلى ٢: ٢٦٣ / ٨، سنن البيهقي ٧: ٢٤٢، وانظر وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦٢، الباب الأول من أبواب عقد النكاح، الحديث ٣.

جوازه، لأنّه أنشأ ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة أنشأ المعاوضه كالبائع إلا أنّ البائع ينشئ ملكيته ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، والمشتري ينشئ ملكيته مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، ففي الحقيقة كلّ منهما يُخرج ماله إلى صاحبه ويدخل مال صاحبه في ملكه، إلا أنّ الإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض وفي القبول مفهوم من نفس الفعل، والإخراج بالعكس. وحينئذٍ فليس في حقيقة الاشتراء من حيث هو معنى القبول، لكنه لما كان الغالب وقوعه عقيب الإيجاب، وإنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه يوجب تحقق المطاوعه ومفهوم القبول، أطلق عليه القبول، وهذا المعنى مفقود في الإيجاب المتأخّر، لأنّ المشتري إنّما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً، والبائع إنّما ينشئ انتقال المثلث إليه كذلك، لا بمدلول الصيغه.

وقد صرّح في التّهايه والمسالك على ما حكى : بأنّ «اشترت» ليس قبولاً حقيقة، وإنّما هو بدل، وأنّ «الأصل» في القبول «قبلت»، لأنّ القبول في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به، ولفظ «اشترت» يجوز الابتداء به. ومرادهما: أنّه بنفسه لا يكون قبولاً، فلا ينافى ما ذكرنا من تحقّق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تمليك البائع، كما أنّ «رضيت بالبيع» ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلا إذا وقع متأخراً، ولذا منعنا عن تقديمه. فكلّ من «رضيت» و«اشترت» بالنسبه إلى إفاده نقل المال [١] ومطاوعه البيع عند التقدّم والتأخّر متعاكسان.

الشرح:

الإيجاب فيه يكون من المرأه وربما حياؤها يمنعها البدء بالإيجاب أولاً، فشرع فيه تقديم القبول بالأمر والاستيجاب؛ ولذا نرى بعض العامه مع تجويزهم ذلك في النكاح منعه في البيع.

[١] يعنى لفظ رضيت مع التقديم لا يدل على إنشاء الملكيه، بل يدل على

فإن قلت: إن الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله: «اشتريت» حتى يقع قبولاً، لأن إنشاء ملكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تمليك الغير له يتحقق فيه معنى الانتقال وقبول الأثر، فيكون اشتريت متأخراً التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدم، فإن مجرد إنشاء المالك لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول، كما لو نوى تملك المباحات أو اللقطه، فإنه لا قبول فيه رأساً.

قلت: المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأمراً وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاعه وقبول الأثر، فلا. فقد تبين من جميع ذلك: أن إنشاء القبول لا بد أن يكون جامعاً لتضمن إنشاء النقل وللرضا بإنشاء البائع تقدم أو تأخر ولا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع.

فقد تحصل مما ذكرناه: صحه تقديم القبول إذا كان بلفظ «اشتريت» وفقاً لمن عرفت، بل هو ظاهر إطلاق الشيخ في الخلاف، حيث إنه لم يتعزز إلا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب والإيجاب، وقد عرفت عدم الملازمه بين المنع عنه والمنع عن تقديم مثل «اشتريت»، وكذا السبب في الغنيه، حيث أطلق اعتبار الإيجاب والقبول، واحتترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاه وبالاستيجاب والإيجاب، وكذا ظاهر الشرح:

المطاعه، أى الرضا بما يفعله البائع، ولفظ اشتريت مع التقديم يدل على إنشاء الملكيه دون المطاعه.

أقول: دلالة لفظ «اشتريت» على المطاعه بمعنى الرضا بفعل البائع متحققه التزاماً حتى في صورته تقديمه، وإنما لا يكون فيه المطاعه بمعنى إنشاء الالتزام بقبول الأثر، وهذه المطاعه لا تكون في لفظ رضيت أيضاً مع تقديمه؛ ولذا قيل: إن القبول حقيقه لا يمكن أن يتقدم على الإيجاب، ويأتى منه رحمه الله عدم جواز تقديم قبول الرهن على إيجابه لاعتبار المطاعه في قبوله.

إطلاق الحلبي في الكافي، حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد.

والحاصل: أنّ المصرّح بذلك فيما وجدت من القدماء الحلبي وابن حمزه، فمن التعجّب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف على تقديم الإيجاب، مع أنّه لم يزد على الاستدلال لعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب بأنّ ما عداه مجمع على صحته، وليس على صحته دليل. ولعمري أنّ مثل هذا ممّا يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول، وقد تبهنا على أمثال ذلك في مواردنا. نعم، يشكل الأمر بأنّ المعهود المتعارف من الصّيغه تقديم الإيجاب، ولا- فرق بين المتعارف هنا وبينه في المسأله الآتية، وهو الوصل بين الإيجاب والقبول، فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال.

ثمّ إنّ ما ذكرنا جارٍ في كلّ قبولٍ [١] يؤدّي بإنشاء مستقلّ كالإجاره التي يؤدّي الشرح:

[١] وهذا تعرض لجواز تقديم القبول على الإيجاب في سائر العقود.

وحاصله: أنه لو كان القبول المعتبر في العقد مثل قبول البيع في اعتبار دلالته على الرضا بالإيجاب وتضمنه لإنشاء مغاير لإنشاء الموجب كما في قبول الإجاره بلفظ «تملكت المنفعه» لجاز فيه التقديم. ولو قال المستأجر: «ملكت» أو «تملكت المنفعه الفلانيه بالأجره الكذائيه»، وقال المؤجر بعد ذلك: «ملكتها بها»، ونحو ذلك كفى. ويجوز أيضا تقديمه على الإيجاب في كل عقد لا يعتبر في قبوله إلّا- الرضا بالإيجاب كما في قبول الرهن والقرض والهبة والوكاله والعاريه ونحوها، إلّا- أن الظاهر عدم كفايه القبول في الرهن والقرض والهبة كذلك، بل يعتبر في قبولها المطاوعه، بمعنى إنشاء الامتزام بالأ- ثر حتى يصدق معه عنوان الارتهان أو الاقتراض أو الاتهاب، وقد تقدم آنفا أن تحقق المطاوعه يكون بتأخر القبول فقط.

والحاصل: لا يجوز تقديم القبول فيها كما لا يجوز تقديمه في العقد الذي لا يختلف فيه إنشاء الموجب والقابل كالمصلحه التي تتضمن المعاوضه بين المالين،

قبولها بلفظ «تملكت منك منفعة كذا» أو «ملكت»، والنكاح الذى يؤدى قبوله بلفظ «أنكحت» و«تزوجت». وأما ما لا إنشاء فى قبوله إلا «قبلت» أو ما يتضمّن ك «ارتهنت» فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه، إذ لا التزام فى قبوله بشىء كما كان فى قبول البيع التزام بنقل ماله إلى البائع، بل لا ينشئ به معنى غير الرضا بفعل الموجب، وقد تقدّم أنّ الرضا يجوز تعلّقه بأمر مترقب كما يجوز تعلّقه بأمر محقق، فيجوز أن يقول: «رضيت برهنك هذا عندى» فيقول: «رهنت». والتحقق: عدم الجواز، لأنّ اعتبار القبول فيه من جهة تحقّق عنوان المرتهن.

ولا يخفى أنّه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلا بعد تحقّق الرهن، لأنّ الإيجاب إنشاء للفعل، والقبول إنشاء للانفعال.

الشرح:

فإنه يمكن إنشاء هذه المصلحة من كل منهما بقوله: «صالحت مالى بمالك»، وحيث إن المصلحة من العقود ولا تكون بالإيجابين، بل بالإيجاب والقبول، فلا بد من صدور القبول من أحدهما. وبما أن «قبلت» أو «رضيت» مع تقدمها على الإيجاب لا يدلان إلا على الرضا بالإيجاب دون إنشاء المعاوضة، فلا بد من تأخيرهما عن الإيجاب؛ ليتم دلالتهما على الأمرين معا، وهذا بخلاف المصلحة على ملك المال مجانا أو على الإبراء، فإن الإيجاب فيها يكون من مالك المال والمبرئ بالكسر.

فقد تحصّل من جميع ما ذكر جواز تقديم القبول على الإيجاب فى موردين: أحدهما: ما يكون القبول فيه حتى مع تقديمه دالاً على الرضا بالإيجاب وعلى الإنشاء المغاير لإنشاء الموجب. الثانى: ما لا يعتبر فى قبوله إلا الدلالة على الرضا بالإيجاب وأنه لا يجوز تقديمه فيما إذا لم يكن إنشاء القابل مغايراً لإنشاء الموجب كالمصلحة فى المالىين، كما لا يجوز فى عقد يكون المعتر فيه حصول المطاوعه فى قبوله بمعنى إنشاء الالتزام بأثر الإيجاب، كما فى الرهن والهبة والقرض.

ص: ٣٤

وكذا القول في الهبة والقرض، فإنه لا يحصل من إنشاء القبول فيهما التزام بشيء، وإنما يحصل به الرضا بفعل الموجب، ونحوها قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك بغير عوض.

وأما المصالحة المشتملة على المعاوضة، فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزاً من الطرفين، وكان نسبتها إليهما على وجه سواء، وليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمراً مغايراً للالتزام الحاصل من الآخر، كان البادئ منهما موجباً، لصدق الموجب عليه لغه وعرفاً. ثم لما انعقد الإجماع على توقف العقد على القبول، لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول، إذ لو قال أيضاً: «صالحتك» كان إيجاباً آخر، فيلزم تركيب العقد من إيجابين. وتحقق من جميع ذلك: أن تقديم القبول في الصلح أيضاً غير جائز، إذ لا قبول فيه بغير لفظ «قبلت» و«رضيت».

وقد عرفت أن «قبلت» و«رضيت» مع التقديم لا يدلّ على إنشاء لنقل العوض في الحال.

فتلخص ممّا ذكرنا: أن القبول في العقود على أقسام، لأنه: إما أن يكون التزاماً بشيء من القابل، كنقل مال عنه أو زوجيته، وإما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب. والأول على قسمين، لأنّ الالتزام الحاصل من القابل: إما أن يكون نظير الشرح:

هذا ملخص كلامه رحمه الله في المقام وفيه موارد للنظر، منها ما ذكره من اعتبار المطاوعه، بمعنى الانفعال وإنشاء الالتزام بالأثر في قبول القرض والهبة والرهن، فإنى لا أظنه رحمه الله أو غيره بالالتزام بعدم كفايه قبول القابل إذا قال للواهب: «تملكت مالك مجاناً»، وقال الواهب بعد ذلك: «وهبتك إياه» أو «ملكتك إياه»، وكذا الحال في القرض بأن قال المقترض: «تملكت منك مئة دينار مع الضمان»، وقال المقترض: «خذها»، أو قال المرتهن: «أخذت مالك الفلاني رهنا على دينك»، وقال الراهن: «أرهنّت». ومنها ما

الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة، أو متغيراً كالاقتراض. والثاني أيضاً على قسمين، لأنه: إما أن يعتبر فيه عنوان المطاوعه كالارتهان والانهاب والاقتراض. وإما أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة والعاريه وشبههما. فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كل من القسمين.

ثم إن مغايره الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار عرفي، فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضيه لمال آخر يسمّى مشترياً، وكل من نقل ماله على أن يكون عوضه مالاً من آخر يسمّى بائعاً.

وبعبارة أخرى: كل من ملك ماله غيره بعوض فهو البائع، وكل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري، وإلا فكل منهما في الحقيقه يملك ماله غيره بإزاء مال غيره، ويملك مال غيره بإزاء ماله.

الشرح:

ذكره رحمه الله من أن «قبلت» و«رضيت» لا- دلالة لهما على الإنشاء مع تقديمهما على الإيجاب، والوجه في النظر أنه لو قال المشتري: «قبلت هذا الثوب بدينارين» مثلاً، وقال البائع بعد ذلك: «قد بعته بهما»، فقد تم البيع؛ لأن لكل من «قبلت» و«رضيت» حتى مع تقديمه على الإيجاب دلالة على الإنشاء المعترف في القبول مع ذكر المالكين بنحو ما ذكروا. ثالثاً: لا يبعد أن لا يعتبر في تحقق عنوان المعاملات إلا إنشاء الرضا بها قبل الإيجاب أو بعده.

والحاصل: أن المعترف في حصول عنوان العقد هو إنشاء الرضا بالإيجاب، والمحصل من جميع ما ذكرنا: أن المتبع في المعاملات هو الإطلاع أو العموم في أدله إمضاءها من غير فرق بين تقدم قبولها على إيجابها أو تأخره عنه، ودعوى الانصراف إلى الثاني يدفعها تتبع المعاملات العرفيه وأنه لا دخل في صدق عناوينها كيفيه إنشائها من جهه تقديم الإيجاب أو تأخره.

ص: ٣٦

الموالاه بين ايجاب العقد وقبوله

ومن جمله شروط العقد: الموالاه بين إيجابه وقبوله ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع، ثم العلامه والشهيدان والمحقق الثاني، والشيخ المقداد. قال الشهيد في القواعد: الموالاه معتبره في العقد ونحوه، وهي مأخوذه من اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه، وقال بعض العامه: لا- يضر قول الزوج بعد الإيجاب: الحمد لله والصلاه على رسول الله، قبلت نكاحها ومنه الفوريه في استتابه المرتد [١].

فيعتبر في الحال، وقيل: إلى ثلاثة أيام ومنه: السكوت في أثناء الأذان [٢].

فإن كان كثيراً أبطله ومنه السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءه غيرها، وكذا التشهد ومنه تحريم المأمومين في الجمعة [٣] قبل الركوع، فإن تعمّدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعه واعتبر بعض العامه تحريمهم معه قبل الفاتحه ومنه الموالاه في التعريف [٤] بحيث لا ينسى أنه تكرر والموالاه في سنه التعريف، فلو رجع في أثناء المده استؤنفت ليتوالى، انتهى.

أقول: حاصله أن الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورته اتصاليه في العرف فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصاليه الشرح:

[١] أى من اعتبار الاتصال وجوب الفوريه في توبه المرتد، حيث يجب عليه المبادره إليه بعد طلب التوبه منها، وقيل: عليه الإجابه إلى ثلاثة أيام.

[٢] أى من اعتبار الاتصال السكوت الحاصل في أثناء الأذان فاللزام أن يكون قليلاً فإن كان كثيراً أبطله.

[٣] يعنى من اعتبار الاتصال لزوم دخول المأمومين في صلاه الجمعة قبل ركوع الإمام.

[٤] يعنى من اعتبار الاتصال لزوم الموالاه في تعريف اللقطه، بأن تعرف على نحو لا ينسى في كل مره أنه تكرر للتعريف السابق.

فالعقد المركب من الإيجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزله كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض فيصدق تخلل الفصل المخلّ بهيئته الاتصاليه، ولذا لا يصدق التعاقد إذا كان الفصل مفرداً في الطول كسنة أو أزيد، وانضباط ذلك إنّما يكون بالعرف فهو في كلّ أمر بحسبه فيجوز الفصل بين كلّ من الإيجاب والقبول بما لا يجوز بين كلمات كلّ واحد منهما ويجوز الفصل بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف كما في الأذان والقراءة.

وما ذكره حسن لو كان حكم الملك واللزوم [١] في المعامله منوطاً بصدق العقد عرفاً كما هو مقتضى التمسك بآيه الوفاء بالعقود وبإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم، بل الملك أمّا لو كان منوطاً بصدق البيع أو التجاره عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد. وأمّا جعل المأخذ في ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه فلاّنه منشأ الانتقال إلى هذه القاعده، فإنّ أكثر الكليّات إنّما يلتفت إليها من التأمل في مورد خاصّ، وقد صرح في القواعد مكرراً بكون الأصل في هذه القاعده، كذا ويحتمل بعيداً أن يكون الوجه فيه أنّ الاستثناء أشدّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق لخروج المستثنى منه معه عن حدّ الكذب إلى الشرح:

[١] أقول: لا فرق بين عنوان العقد وعنواني البيع والتجاره وغيرهما، فإن المعاملات مركبات اعتباريه لها صور اتصاليه عند العقلاء، فإن لم يصدق عنوان العقد مع الفصل الطويل لا يصدق عنوان البيع أيضاً هذا أولاً.

وثانياً: إنّ المولاه بالمعنى المزبور لا اعتبار بها حتى في صدق عنوان العقد، بل لو كان الإيجاب السابق له بقاء في الاعتبار بحيث يتم مع قبوله عنوان العقد، ويظهر ذلك بملاحظه المعاملات الجاربه بين العقلاء من الأقوام والملل بالكنايه والمخابره أو حتى بإيصال المال فإن إيصال المال بقصد تملكه بالعوض إلى آخر في بلد آخر إيجاب، وليس الإيجاب هو إيصال إلى زمان الوصول كما ذكر

الصِّدْق. فصدقه يتوقّف عليه، فلذا كان طول الفصل هناك أقبح فصار أصلاً في اعتبار الموالاه بين أجزاء الكلام، ثم تُعدى منه إلى سائر الأمور المرتبطه بالكلام لفظاً [١] [أو معنى أو من حيث صدق عنوان خاصّ عليه لكونه عقداً أو قراءه أو أذاناً ونحو ذلك، ثم في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء كمسأله توبه المرتدّ. فإنّ غايه ما يمكن أن يقال في توجيهه [٢] إنّ المطلوب في الإسلام الاستمرار فإذا انقطع فلا بدّ من إعادته في أقرب الأوقات.

وأما مسأله الجمعه فلا أنّ هيئه الاجتماع في جميع أحوال الصِّلاه من القيام والرُّكوع والسُّجود مطلوبه، فيقدح الإخلال بها وللتأمّل في هذه الفروع وفي صحه تفريعها على الأصل المذكور مجال.

ثمّ إنّ المعيار في الموالاه موكول إلى العرف كما في الصِّلاه والقراءه والأذان ونحوها ويظهر من روايه سهل الساعدي المتقدّمه في مسأله تقديم الشرح:

النائيني رحمه الله (١) وادعى أن الإيجاب هو أمر واحد مستمر إلى حين القبض الذي يعتبر قبولاً، وذلك فإن الإيصال بحدوثه بقصد التمليك بالعوض إيجاب وقبض الآخر قبول، ويشهد لذلك مراجعه بناء العقلاء. نعم رد الإيجاب وإلغاؤها يجعله في اعتبار العقلاء بحيث لا يلتئم مع القبول بعد ذلك.

[١] كما إذا كان به تمام اللفظ كالإعراب ومدخول الإعراب ومدخول الحروف ونحوها، والارتباط بالكلام معنى كونه من متممات المعنى كالظرف في الكلام أو سائر العقود.

[٢] ظاهر الروايات هو استتابه المرتد إلى ثلاثه أيام، فإن تاب إلى تمامها فهو وإلا يقتل.

ص: ٣٩

القبول جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبي بناءً على ما فهمه الجماعة من أنّ القبول فيها قول ذلك الصّحابي «زوّجنيها» والإيجاب قوله صلى الله عليه وآله بعد فصل طويل «زوجتكها بما معك من القرآن»، ولعلّ هذا موهن آخر [1] للزوايه، فافهم.

الشرح:

والحاصل: أن التوبه وإن كانت واجبه بعد الاستتابه إلا أنها ليست باعتبار المولاه بينها وبين التوبه، بل باعتبار أن الإسلام في كل زمان مطلوب حتى حال الاستتابه وقبلها كما لا يخفى. وكذلك يجب على المأمومين في صلاه الجمعه التكبيره قبل ركوع الإمام لا لا اعتبار المولاه بينها وبين تكبيره الإمام، بل باعتبار أنه لا يكون إدراك الصلاه إلا بذلك؛ ولذا لو كبر الإمام والمأمومين دفعه واحده كفى.

[1] الموهن الأول: ما تقدم آنفاً من أنه لا دلالة فيها على اقتصار الرجل في قبوله النكاح باستدعائه، ووجه عدم الدلالة عدم ورودها في مقام بيان كيفية عقد النكاح، بل حكاية قضيه شخصيه لبيان جواز جعل تعليم القرآن مهراً.

والموهن الثاني: لزوم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول.

ولكن لا- يخفى ما فيه، فإن قبول الإيجاب ليس استدعائه الأول؛ ليقال بتخلل الفصل الطويل بينه وبين إيجاب النكاح، بل أنه قد كرر استدعائه بعد نداء رسول الله صلى الله عليه وآله .

ثانياً وثالثاً، وقد سأله رسول الله صلى الله عليه وآله في الثالثه عن عرفانه القراءه في الفحص عما عنده مما يمكن جعله مهراً فأجاب الرجل بنعم، الذي يمكن جعله في أمثال المقام قبولاً من غير تخلل بين الإيجاب والقبول بالأجنبي أو غيره، وعلى تقدير كون القبول هو استدعائه الأخير فلا فصل بين الإيجاب والقبول بالأجنبي الطويل، فلاحظ الحديث (1).

ص: ٤٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٤٢، الباب ٢ من أبواب المهور، الحديث الأول.

ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة: التنجيز في العقد بأن لا يكون معلقاً على شيء بأداه الشرط [١] بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورته وجود ذلك الشيء، لا في غيرها.

ومبين صرح بذلك: الشيخ والحلي والعلامة وجميع من تأخر عنه، كالشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم (قدس الله تعالى أرواحهم). وعن فخر الدين في شرح الإرشاد في باب الوكالة: أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الإمامية، وكذا غيره من العقود، لازمه كانت أو جائزه.

الشرح:

وذكر النائيني رحمه الله (١) وجهاً آخر لاعتبار المولاه بين إيجاب العقد وقبوله، وهو أن العقد في حقيقته خلع ولبس وأن الموجب كأنه يخلع ثوب سلطانه على المال مثلاً ويلبسه القابل، ومع تحقق الفصل يتحقق الخلع دون اللبس.

وفيه: أن العقد ليس كذلك، والشاهد ملاحظه العقود حتى التمليكية كبيع الكلي بالذمه فضلاً عن مثل عقد النكاح أو المضاربه والوكالة ونحوها. وثانياً، على تقدير كون العقد في حقيقته ما ذكر فيكفي في تحقق اللبس بقاء الخلع وعدم إلغائه، ومع حصول اللبس في أي زمان يتحقق المجموع.

والحاصل: يعتبر في حصول القبول بقاء الإيجاب وعدم إلغائه في اعتبار العقلاء إلى حصول القبول، وعليه فإذا شك في بقاءه وعدمه في إعتبارهم يحكم بالبطلان؛ لأن التمسك فيه بعموم الوفاء بالعقد، بل بإطلاق حل البيع ونحوه كما ذكر يكون من التمسك بالعام أو المطلق في الشبهه المصدقيه.

[١] المراد بالتعليق أن يكون مفاد العقد مساوياً للقضية الشرطية التي يجعل فيها المنشأ جزءاً والمعلق عليه لذلك المنشأ شرطاً، سواء كان في البين تصريح بتلك

ص: ٤١

١- (١) حاشية المكاسب للمحقق النائيني ١: ٢٩٠، نقله السيد الخوئي قدس سره في محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٣٣.

وعن تمهيد القواعد: دعوى الإجماع عليه، وظاهر المسالك في مسأله اشتراط التّنجيز في الوقف : الاتفاق عليه. والظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد، وإن لم يتعرّض الأكثر في هذا المقام. ويدلّ عليه: فحوى فتاويهم ومعاهد الإجماعات في اشتراط التّنجيز في الوكاله، مع كونه من العقود الجائزه التي يكفى فيها كلّ ما دلّ على الإذن، حتّى أنّ العلامه ادّعى الإجماع على ما حكى عنه على عدم صحّحه أن يقول الموكّل: «أنت وكيلى في يوم الجمعة أن تبيع عبدى»، وعلى صحّحه قوله: «أنت وكيلى، ولا تبع عبدى إلّا في يوم الجمعة»، مع كون المقصود واحداً.

وفرّق بينهما جماعه بعد الاعتراف بأنّ هذا في معنى التّعليق : بأنّ العقود لَمّا كانت متلقّاه من الشّارع أنيطت بهذه الضّوابط، وبطلت فيما خرج عنها وإن أفادت فائدتها. فإذا كان الأمر كذلك عندهم في الوكاله فكيف الحال في البيع؟ وبالجمله، فلا شبهه في اتّفاقهم على الحكم. وأمّا الكلام في وجه الاشتراط، فالذى الشّرح:

القضيه الشرطيه كقوله: «إذا كان يوم الجمعة فأنت وكيلى في بيع دارى»، أم لا كقوله: «أنت وكيلى يوم الجمعة في بيع دارى»، فإنّ يوم الجمعة بحسب الظهور العرفى قيد لنفس الوكاله المنشأه وبذلك يفترق عن قوله: «أنت وكيلى ولا تبع إلّا يوم الجمعة»، فإنّ يوم الجمعة في هذا بحسب الظهور قيد لمتعلق الوكاله، يعنى بيع الدار لا- لنفس الوكاله، فيكون الفرق بينه وبين سابقه كالفرق بين الواجب المشروط والمعلق، فالقيد فى الأول نظير ما فى الواجب المشروط قيد لمضمون الجزاء، يعنى الحكم، وفى الثانى قيد للمتعلق.

ولا- يخفى أن الشرط فى المعاملات المحكوم بجوازه ليس بمعنى تعليق العقد عليه، بل هو إلزام والتزام آخر زائد على أصل العقد فلا- يكون مثل قوله: «بعت هذا بكذا على أن تخطى لى هذا الثوب»، بمعنى تعليق البيع المزبور على الخياطه، فإنّ شرطها التزام الطرف بخياطته زائدا على أصل البيع، وتوضيحه موكول إلى باب الشروط.

صرّح به العلامة في التذكرة: أنه مناف للجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم ثم فرع عليه عدم جواز التعليق. قال: الخامس من الشروط: الجزم، فلو علق العقد على شرط لم يصح وإن شرط المشيئة، للجهل بثبوتها حال العقد وبقائها مدته، وهو أحد قولى الشافعى، وأظهرهما عندهم: الصحة، لأن هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد، لأنه لو لم يشأ لم يشتر، انتهى كلامه.

وتبعه على ذلك الشهيد رحمه الله في قواعده، قال: لأن الانتقال بحكم الرضا ولا رضا إلا مع الجزم، والجزم ينافى التعليق، انتهى.

ومقتضى ذلك: أن المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول، كما صرح به المحقق في باب الطلاق. وذكر المحقق والشهيد الثانيان في الجامع والمسالك في مسأله «إن كان لى فقد بعته»: أن التعليق إنما ينافى الإنشاء فى العقود والإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول.

الشرح:

وكيف كان، فقد يظهر من كلام العلامة (1) والشهيد قدس سرهم (2) أن الوجه فى اشتراط التنجيز فى العقود وكون التعليق فيها مبطلًا هو اعتبار الجزم فيها، وهو مقابل التردد بأن يكون العاقد عالما بحصول المنشأ فى نظره، وإذا قال: «إن جاء ولدى من سفره هذا اليوم فقد بعتك المال بكذا»، فلو سئل القائل المزبور عن حصول الملكيه للطرف فى نظره وبحسب إنشائه فيجيب بلا أدري، وهذا التردد مانع عن صحة العقد.

ولا يخفى أنه لو كان وجه الاعتبار ما ذكر فلازمه عدم البأس بالتعليق فيما إذا كان المعلق عليه وصفا إلى ما يكون حصوله ولو فى المستقبل محرزا إذ مع الإحراز لا يكون للعاقد ترديد، واعتذار الشهيد رحمه الله بأن العبره فى فساد العقد بجنس الشرط

ص: ٤٣

١- (١) التذكرة ١ : ٤٦٢ .

٢- (٢) القواعد والفوائد ١ : ٦٥، القاعده ٣٥ .

لكن الشَّهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدم: أنَّ الجزم ينافي التعليق، لأنَّه بعرضه عدم الحصول ولو قدَّر العلم بحصوله، كالتعليق على الوصف، لأنَّ الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد. ثمَّ قال: فإن قلت: فعلى هذا يبطل قوله في صورته إنكار التوكيل [١] «إن كان لي فقد بعته منك بكذا»، قلت: هذا تعليق على واقع [٢] لا على متوقَّع الحصول فهو علَّه للوقوع الشَّرح:

حيث إن جنس الشرط في معرض عدم الحصول ولا عبره ببعض أنواعه كما ترى.

[١] يعنى لازم ما ذكر من اعتبار الجزم وعدم جواز التعليق أن لا يصح قول الباع للمشتري: إن كان المتاع لي فقد بعته بكذا، كما إذا اشترى المشتري المزبور المتاع من قبل بئمن بدمته وادعى على الآخر أنه اشتراه له وكاله فالمتاع له والئمن على عهدته، فأنكر الآخر الوكاله وقال للوكيل المزبور: إن كان المتاع لي فقد بعته بئمن المزبور، حيث ذكر جماعه أن بيع الموكل المزبور بهذه الطريقه على نحو الاحتياط، ليكون المال ملكا واقعيًا للوكيل المزبور، فيثبت الثمن بدمته. وكذا فيما إذا زوجه شخص امرأه بدعوى الوكاله منه فأنكر الزوج الوكاله أو ادعت المرأه أنها زوجه له فأنكر الزوج، فإن طريق الاحتياط في أمثال المقام على ما ذكروا هو الطلاق بقوله: إن كانت زوجتي فهي طالق.

وعلى ما ذكر من اعتبار الجزم في العقود والإيقاعات لا يصح هذا الاحتياط.

[٢] وبعبارة أخرى: التعليق إنما يكون مانعًا فيما إذا أمكن إطلاق العقد وتنجيزه، وأما إذا كان العقد بحيث لا يمكن جعله منجزًا مع دخاله المعلق عليه في ذلك وعدم تماميته بدونه فلا بأس بالتعليق عليه.

لا يقال على ذلك فيصح القول: «إن ملكت المال الفلاني فقد بعته منك بكذا»، أو «إن تزوجت بالمرأه الفلانيه فهي طالق».

أو مصاحب له لا معلق عليه الوقوع، وكذا لو قال في صورته إنكار وكاله التزويج وإنكار التزويج حيث تدعيه المرأة، «إن كانت زوجتي فهي طالق»، انتهى كلامه رحمه الله .

وعلل العلامة في القواعد صحه «إن كان لي فقد بعته» بأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضرب جعله شرطاً، وكذا كل شرط علم وجوده، فإنه لا يوجب شكاً في البيع ولا وقوفه، انتهى.

وتفصيل الكلام: أن المعلق عليه [١] إما أن يكون معلوم التحقق، وإما أن يكون محتمل التحقق وعلى الوجهين، وإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل وعلى التقادير، وإما أن يكون الشرط مما يكون مصححاً للعقد ككون الشيء مما يصح تملكه شرعاً أو مما يصح إخراجه عن الملك كغير أم الولد وغير الموقوف ونحوه وكون المشتري ممن يصح تملكه شرعاً كأن لا يكون عبداً، وممن يجوز العقد معه بأن يكون بالغاً، وإما أن لا يكون كذلك.

الشرح:

فإنه يقال: هذا غير صحيح، لعدم الاضطرار إلى إنشاء البيع قبل تملك المال أو إيقاع الطلاق قبل التزويج، هذا مع النص الوارد في عدم الطلاق قبل الزواج وعدم البيع إلا بعد التملك وهكذا.

[١] ذكر رحمه الله للتعليق صوراً ثمانية، فإن المعلق عليه إما أن يكون أمراً حالياً أو استقبالياً، وكل منهما إما محرز حصوله أو محتمل، وكل من هذه الأربعة إما أن يتوقف صحه العقد وتمايمته على حصوله أولاً ويستفاد من كلامه رحمه الله الحكم بالصحه في خمس صور منها والبطالان في ثلاث، فإنه إن كان المعلق عليه أمراً حالياً محرزاً حصوله فلا بأس بالتعليق عليه، سواء كانت صحه العقد موقوفه على حصوله أم لا، بل لا تعليق واقعاً مع إحراز حصول المعلق عليه عند الإنشاء، وإذا كان المعلق عليه أمراً استقبالياً محرزاً حصوله، فإن كان حصوله الاستقبالي دخیلاً في صحه العقد وتمايمته كقبض الثمن في المجلس في بيع السلم فلا بأس به، كما تقدم عن الشهيد ويأتي في

ثمّ التعلیق إمّا مصرّح به وإمّا لازم من الكلام كقوله «ملکتک هذا بهذا يوم الجمعة» وقوله في القرض والهبة «خذ هذا بعوضه» أو «خذه بلا عوض يوم الجمعة» فإنّ التملیک معلق على تحقّق الجمعة في الحال أو في الاستقبال ولهذا احتمل العلامه في النّهايّه، وولده في الإيضاح بطلان بيع الوارث لمال مورّثه بظنّ حياته معللاً بأنّ العقد وإن كان منجزاً في الصّوره إلاّ أنّه معلق والتّقدير إن مات مورّثي [١] فقد بعثک فما كان منها معلوم الحصول حين العقد فالظاهر أنّه غير قادح وفاقاً لمن عرفت كلامه كالمحقّق والعلامه والشّهيدين والمحقّق الثّاني والصيمري .

وحكى أيضاً عن المبسوط والإيضاح في مسأله ما لو قال «إن كان لي فقد بعته» بل لم يوجد في ذلك خلاف صريح، ولذا ادّعى في الرّياض في باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحاً. وما كان معلوم الحصول في المستقبل وهو المعبر عنه بالصّيفه فالظاهر أنّه داخل في معقد اتّفاقهم على عدم الجواز وإن كان تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لا يجري فيه كما اعترف به الشّهيد فيما تقدّم عنه الشّرح:

فحوى كلام الشيخ من «المبسوط» (١) في مسأله «إن كان لي فقد بعته».

وإذا لم يكن الأمر الاستقبالي المحرز حصوله دخيلاً في صحه العقد ويعبر عنه بالوصف فالتعلیق عليه مبطل بالإجماع، وإن كان المعلق عليه مشكوك الحصول ولم تكن صحه العقد موقوفه عليه فالتعلیق عليه مبطل أيضاً، سواء كان أمراً حالياً أو استقبالياً، بل هذا هو المتيقن من صور التعلیق المبطل، وإن كان المشكوك حصوله مما يتوقف عليه صحه العقد أمراً حالياً أو استقبالياً فالظاهر من كلام الشيخ رحمه الله (٢) في مسأله «إن كان لي فقد بعته»، عدم البأس به، فهذه هي الصور الثمانية.

[١] ليس المراد «إن مات مورثي مستقبلاً»؛ ليكون من قبيل: «إن تملك المال

ص: ٤٤

ونحوه الشَّهيد الثَّاني فيما حكى عنه، بل يظهر من عبارته المبسوط في باب الوقف كونه ممَّا لا خلاف فيه بيننا، بل بين العامَّة: فإنَّه قال: إذا قال الواقف: «إذا جاء رأس الشَّهر فقد وقفته» لم يصح الوقف بلا خلاف، لأنَّه مثل البيع والهبة. وعندنا مثل العتق أيضاً، انتهى.

فإنَّ ذيله يدلُّ على أنَّ مماثله الوقف للبيع والهبة غير مختصَّ بالإماميه.

نعم مماثلته للعتق مختصَّ بهم وما كان منها مشكوك الحصول وليست صحه العقد معلَّقه عليه في الواقع كقدوم الحاج فهو المتيقَّن من معقد اتِّفاقهم، وما كان صحَّه العقد معلَّقه عليه كالأمثله المتقدِّمه . فظاهر إطلاق كلامهم يشملُه، إلاَّ أنَّ الشَّيخ في المبسوط حكى في مسأله «إن كان لي فقد بعته» قولاً من بعض النَّاس بالصَّحَّه، وأنَّ الشَّرط لا يضرُّه، مستدلاًَّ بأنَّه لم يشترط إلاَّ ما يقتضيه إطلاق العقد، لأنَّه إنَّما يصحَّ البيع لهذه الجاربه من الموكل [١] إذا كان أذن له في الشراء، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضرَّ إظهاره وشرطه، كما لو شرط في البيع تسليم الثَّمن أو تسليم المثلثن أو ما أشبه ذلك، انتهى.

الشرح:

الفلاني فقد بعته منك بكذا»، أو «لو زوجت فلانه فهي طالق»، بل المراد «إن كان مورثي ميتا بالفعل فقد بعته المال»، وهذا من التعليق الذي ذكره الشَّهيد رحمه الله بعدم البأس به باعتبار توقف صحه العقد عليه، وسيأتي وجه جوازه في كلام الشَّيخ رحمه الله أيضاً في مسأله: «إن كان لي فقد بعته». ولا يخفى أن هذا التعليق إنَّما يتصور فيما إذا لم يقع البيع من الوارث بعنوان الفضولي أو نظير بيع الغاصب حيث يرى نفسه في بنائه مالكا، وإلاَّ فلا معنى لتعليق البيع، كما أنه لا تعليق فيه لفظاً.

[١] فرض المسأله ما إذا اشترى جاربه بمال على الذمه وادعى على آخر أنه كان وكيلاً عنه في شرائها فالجاربه له والثمن على عهدته فأنكر الآخر الوكاله وقال لمدعيها: إن كانت الجاربه لي فقد بعته منك بمثل الثمن المزبور، فهذا التعليق لا بأس

وهذا الكلام وإن حكاه عن بعض الناس إلا أن الظاهر ارتضاؤه له.

وحاصله: أنه كما لا يضّر اشتراط بعض لوازم العقد المترتب عليه، كذلك لا يضّر تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع، فتعليقه ببعض مقدماته كالإلزام ببعض غاياته فكما لا يضّر الإلزام بما يقتضيه العقد التزامه، كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلقاً عليه ومقيداً به.

وهذا الوجه وإن لم ينهض لدفع محذور التعليق [١] في إنشاء العقد لأنّ المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الأثر الشرعي على العقد دون إنشاء مدلول الكلام الذي هو وظيفه المتكلم، فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء والمعلق على شيء ليس معلقاً في كلام المتكلم على شيء، بل ولا منجزاً، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام إلا أن ظهور ارتضاء الشّيخ له كافٍ في عدم الظنّ بتحقيق الإجماع عليه مع أنّ ظاهر هذا التّوجيه لعدم قدح التعليق يدلّ على أنّ محلّ الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه وعدمه فلا وجه لتوهم اختصاصه بصوره العلم.

الشرح:

به، لأنه إنما يصح بيع ذلك الآخر تلك الجارية من الوكيل على تقدير كونه مالكا لها بأن كان قد أذن للوكيل المزبور في الشراء له وهو فرض صحه دعوى الوكاله.

[١] وبتعبير آخر: مدلول عقد البيع مثلاً جعل ملكيه البيع للمشتري بإزاء الثمن، وهذا المدلول كما لا يكون معلقاً على تسليم الثمن أو المثمن كذلك لا يكون معلقاً على كون البايع مالكا، بل حكم الشارع بالملكيه وإمضائه المزبور معلق على ذلك، وهذا الإمضاء والحكم بالملكيه أمر خارج عن فعل العاقد ومترتب عليه ترتب الحكم على موضوعه، فتكون النتيجة أن مدلول العقد لا يكون فيه تعليق واقعا وما فيه التعليق ليس من كلام المتكلم أصلاً.

ص: ٤٨

ويؤيد ذلك: أنّ الشَّهيد في قواعده جعل الأصحَّ صحَّه تعليق البيع على ما هو شرطٌ فيه، كقول البائع «بعتك إن قبلت» ويظهر منه ذلك أيضاً في أواخر القواعد، ثمَّ إنَّك قد عرفت أنّ العمده في المسألة هو الإجماع [١] وربّما يتوهم أنّ الوجه في اعتبار التنجيز [٢] هو عدم قابلية الإنشاء للتعليق، وبطلانه واضح، لأنَّ المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام، فالتعليق غير متصوّر فيه إلّا أنّ الكلام ليس فيه. وإن كان الكلام في أنّه كما يصحّ إنشاء الملكيه المتحقّقه على كلّ تقدير فهل يصحّ إنشاء الملكيه المتحقّقه على تقدير دون آخر كقوله: «هذا لك إن جاء زيد غداً». أو «خذ المال قرضاً أو قراضاً إذا أخذته من فلان» ونحو ذلك؟ فلا ريب في أنّه الشرح:

[١] إحراز كون الإجماع تعبدياً لا مدركياً مشكلاً جداً، فإن مع ذكر الوجوه المذكوره في عدم جواز التعليق وعدم تماميته عندنا لا يمكن الاطمينان بأن المدرك لاتفاقهم كان أمراً آخر لم يصل إلينا، ولو وصل لكان تاماً عندنا أيضاً ولكن يمكن دعوى انصراف أدله المعاملات عن التعليق في الصور الثلاث المتقدمه فالحكم فيها البطلان، لقصور دليل الإمضاء لا لمانع خارجي؛ ولذا لا يصح البيع بتمليك الشيء لآخر مستقبلاً حتى فيما كان الجعل بنحو الواجب المعلق، حيث إن تمليك العين مؤقّتاً غير معهود عند العقلاء، بخلاف تمليك المنفعه كما لا يخفى. مع أنه لا يبعد أن يكون تعليق البيع على مثل مجيء الولد حالاً أو استقبالاً موجبا لكون البيع غررياً، ولكن هذا لا يجرى في جميع العقود فضلاً عن الإيقاعات.

[٢] ربما يستدل على بطلان التعليق في العقود بما اشتهر بأن الإنشاء غير قابل للتعليق، وأجاب المصنف رحمه الله بما حاصله أنه إن أُريد بالإنشاء نفس الاعتبار والجعل الذي يكون مدلول الهيئه في قول البائع: «بع» أو «ملكك المال بكذا»، فإنه وإن لم يتصور التعليق فيه بأن لا يكون للقول المزبور مدلول إلا على تقدير حصول المعلق

أمرٌ متصوّر واقع فيالعرف والشّرع كثيراً في الأوامر والمعاملات من العقود والإيقاعات ويتلو هذا الوجه في الضّعف ما قيل من أنّ ظاهر [١] ما دلّ على سبب العقد ترتّب مسببه عليه حال وقوعه، فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك.

وفيه بعد الغضّ عن عدم انحصار أدلّه الصحّح واللزوم في مثل قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، لأنّ دليل حليه البيع وتسلطّ الناس على أموالهم كافٍ في إثبات ذلك: أنّ العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله، فليس مفاد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» إلّا مفاد «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ» في أنّ العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعلّيق فترتّب تحقّق المعلّق عليه في تحقّق المعلّق لا- يوجب عدم الوفاء بالعهد.

الشرح:

عليه ولكن الكلام في المقام ليس في التعلّيق المزبور، بل الكلام في تعلّيق المعتمد والمنشأ، أي الملكيه في المثال بأن يكون المجموع الملكيه على تقدير وهذا واقع عند العرف والعقلاء، فيقع البحث في وجه عدم جوازه وكونه موجبا لبطلان العقد.

[١] يعني أنّ يكون العقد بحيث يترتب عليه وجوب الوفاء بعد تماميته، وإذا كان في البين تعلّيق يتخلل العقد ووجوب الوفاء به بانتظار حصول المعلّق عليه، فأجاب رحمه الله عن ذلك بوجوه: أولاً: عدم انحصار دليل صحه البيع مثلاً بآيه (١) وجوب الوفاء بالعقود حتى لا يمكن التمسك بها في صورته تعلّيق العقد، بل يمكن الأخذ في الحكم بصحه البيع على وجه التعلّيق بآيه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٢) أو حديث: «الناس مسلطون على أموالهم» (٣).

لا يقال: كما أنّ ما دل على ترتّب وجوب الوفاء بالعقد مقتضاه عدم التخلل بين

ص: ٥٠

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) سورة البقره: الآية ٢٧٥ .

٣- (٣) عوالي اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨.

والحاصل: أنه إن أُريد بالمسبب هو مدلول العقد، فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهيات التي لا يعقل خلافها، وإن أُريد به الأثر الشرعى وهو ثبوت الملكيه، فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكيه المنجزه، بل هو مطلق الملك، فإن كان البيع غير معلق كان أثره الشرعى الملك الغير المعلق، وإن كان معلقاً فأثره الملكيه المعلقه، مع أن تخلف الملك عن العقد كثير جداً. مع أن ما ذكره لا- يجرى فى مثل قوله: «بعتك إن شئت أو إن قبلت»، فإنه لا- يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه. مع أن هذا لا يجرى فى الشرط المشكوك المتحقق فى الحال، فإن العقد حينئذ يكون مراعى لا- موقوفاً. مع أن ما ذكره لا يجرى فى غيره من العقود التى قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى، وليس الكلام فى خصوص البيع، وليس على هذا الشرط فى كل عقد دليل على حده.

الشرح:

العقد ووجوب الوفاء به كذلك آيه حل البيع مقتضاها عدم الفصل بين البيع وحليته ونفوذه، وكذا الأمر فى حديث السلطنه.

فإنه يقال: الظاهر من البيع معناه الاسم المصدرى كما ذكرنا سابقاً، ومعناه كذلك لا يتم إلا بعد حصول المعلق فلا يتخلل بين تمام المعنى الاسم المصدرى ونفوذه فصل هذا على تقدير كون المراد من الحليه الوضع وعلى تقدير كونها تكليفاً فالأمر أوضح، فإن الحليه التكليفيه ترخيص فى إيجاد البيع أو فى التصرفات المترتبّه عليه فتكون ثابتة للبيع قبل إنشائه لا ثابتة له على تقدير إنشائه كما فى دليل وجوب الوفاء بالعقد، حيث آيه وجوب الوفاء بالعقد لا تقتضى وجوب نفس البيع والعقد، بل مقتضاها وجوب الوفاء به على تقدير حصوله، بخلاف: «أحلّ الله البيع» (1) فإنها ترخيص فى نفس البيع وفى التصرفات المترتبّه عليه.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى حديث السلطنه. نعم ذكرنا سابقاً أنه لا يمكن

ص: ٥١

ثمّ الأضعف من الوجه المتقدّم: التمسك في ذلك بتوقيفیه الأسباب الشرعيه الموجهه لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن، وليس إلاّ العقد العارى عن التعليق. إذ فيه: أنّ إطلاق الأدلّه مثل حليّه البيع، وتسلّط الناس على أموالهم، وحلّ التجاره عن تراض، ووجوب الوفاء بالعقود، وأدلّه سائر العقود كافٍ في التوقيف.

وبالجملة، فإثبات هذا الشرط في العقود مع عموم أدلتها ووقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققاً أو منقولاً مشكلاً.

الشرح:

التمسك بحديث السلطنة إلاّ في مورد الشك في ولايه المالك على التصرف المشروع في نفسه لا في مورد الشك في مشروعيه نفس التصرف كما في المقام، لأن الكلام في مشروعيه تعليق العقد وعدمها.

وثانياً: بأن المستفاد من آيه وجوب الوفاء هو الالتزام بمدلول العقد عملاً فإن كان مدلوله الملك المطلق فيكون الوفاء هو الالتزام بالملك مطلقاً، وإن كان معلقاً فيكون الوفاء به بالتمسك بالملك موقوفاً.

وبالجملة، فلزوم الوفاء بالعقد نظير وجوب الوفاء بالعهد الذي يكون مطلقاً ومعلقاً.

وأجاب ثالثاً: بأن تخلف وجوب الوفاء عن تمام العقد قد وقع في موارد كالوقف والهبة فإن الملكيه فيهما مشروط بحصول القبض، بل كالمبيع في الصرف والسلم قبل حصول القبض في المجلس وكالمبيع في مورد ثبوت خيار المجلس، فليكن مورد التعليق منها.

ورابعاً: أن الدليل المزبور لا يمنع عن تعليق الإيجاب بحصول القبول بعده؛ لأن مع هذا التعليق لا يلزم تخلل الفصل بين تمام العقد ووجوب الوفاء به، حيث إن القبول جزء العقد لا أمر خارج عنه.

ص: ٥٢

ثم إنَّ القادح هو تعليق الإنشاء، وأمَّا إذا أنشأ من غير تعليق صحَّ العقد وإن كان المنشئ متردداً في ترتب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً، كمن ينشئ البيع وهو لا يعلم أنَّ المال له، أو أنَّ المبيع ممَّا يتموّل، أو أنَّ المشتري راضٍ حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك ممَّا يتوقّف صحّحه العقد عليه عرفاً أو شرعاً، بل الظاهر أنّه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الأثر عليه إذا تحقّق القصد إلى التمليك العرفي.

وقد صرّح بما ذكرنا بعض المحقّقين، حيث قال: لا يخلّ زعم فساد المعامله ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد. نعم، ربّما يشكل الأمر في فقد الشّروط المقومه [١]

الشرح:

وخامساً: بأن الدليل المزبور لا يجرى في موارد التعليق على أمر حالي لم يحرز حصوله فإنه لو كان حصول للمعلق عليه في هذه الموارد فبتمام العقد يترتب عليه وجوب الوفاء به. وبتعبير آخر: يكون وجوب الوفاء في تلك الموارد مراعى بانكشاف الحال لا موقوفاً على حصول أمر بعد ذلك.

وسادساً: بأن الدليل المزبور لا يجرى في الموارد التي ثبت فيها عدم ترتب الوفاء على العقد كالوصيه التمليكيه، فإن الملك فيها للموصى له يحصل بعد موت الموصى فلا مانع في تعليق الوصيه على أمر آخر أيضاً غير موت الموصى.

[١] يعنى ما يكون معتبراً في صحه العقد شرعاً كملكه المبيع للبايع كشرط في انتقاله إلى المشتري، فالعلم بانتفاء ذلك فضلاً عن التردّد فيه لا يكون موجبا لانتفاء قصد الإنشاء أو التعليق في العقد، وما يكون دخيلاً في تحقق عنوان المعامله حتى مع الإغماض عن حكم الشارع بصحتها، بحيث لا يكون للعنوان المزبور تحقق عند العرف بلا حصوله كما في الزوجيه، بالإضافة إلى الطلاق فإنه لا يكون لعنوان الطلاق وقوع بالخارج إلّا في مورد ثبوت علقه الزوجيه، وكالعتق فإنه لا يتحقق إلّا في مورد الرقيه ففي مثل ذلك لا يمكن الإنشاء، يعنى قصد الطلاق أو العتق مثلاً بدون إحراز الزوجيه أو الرقيه إلّا على وجه التقدير والتعليق، ولو قيل بعدم جواز التعليق حتى في

كعدم الزوجية أو الشك فيها في إنشاء الطلاق فإنه لا يتحقق القصد إليه منجزاً من دون العلم بالزوجية وكذا الرقية في العتق وحينئذٍ فإذا مسّت الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه فلا بدّ من إبرازه بصوره التنجيز وإن كان في الواقع معلّقاً أو يوكل غيره الجاهل بالحال بإيقاعه؛ ولا- يقدح فيه تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكل مالِكاً للفعل؛ لأنّ فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن إلاّ أنّ ظاهر الشّهاد في القواعد الجزم بالبطلان، فيما لو زوّجه امرأه يشكّ في أنّها محرّمه عليه أو محلّله فظهر حلّها وعلل ذلك بعدم الجزم حال العقد.

قال: وكذا الإيقاعات كما لو خالع امرأه أو طلقها وهو شاكّ في زوجيتها أو وليّ نائب الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليته، وإن ظهر أهلاً.

الشرح:

مثل هذه الموارد فلا بد من الطلاق أو العتق منجزاً.

ولكن يظهر من الشّهاد رحمه الله (1) في القواعد أن العقد حتى بصوره التنجيز مع عدم الجزم باطل، وقد ذكر أنه لو تزوج بامرأه يشكّ في كونها محرّمه عليه فظهر حلّها فالنكاح باطل، لعدم الجزم حال العقد. ثمّ أرذف على ذلك الإيقاعات كما لو خالع امرأه أو طلقها وهو شاكّ في زوجيتها أو وليّ نائب الإمام قاضياً لا- يعلم أهليته فظهر أهلاً، فلا- يثبت الطلاق أو الولاية على القضاء باعتبار عدم الجزم بهما حال إيقاعهما.

وهذا بخلاف مسأله بيع الوارث المال لظن حياه مورثه فإنه صحيح فيما لو ظهر موت المورث، وذلك فإن قصد التمليك من الوارث حاصل جزماً كان هو المالك أو مورثه، غايه الأمر يكون التمليك في الثاني فضولياً وتكون صحته فعلاً على تقدير موت المورث، ونظير هذا البيع تزويج أمه أبيه من آخر فظهر موت أبيه حال تزويجها، فإن

ص: ٥٤

اعتبار التطابق بين إيجاب العقد وقبوله

ثم قال: ويخرج من هذا البيع مال مورثه لظنه حياته، فبان ميتاً، لأنّ الجزم هنا حاصل، لكن خصوصية البائع غير معلومه وإن قيل بالبطان امكن لعدم القصد إلى نقل ملكه، وكذا لو زوج أمه أبيه فظهر ميتاً، انتهى.

والظاهر الفرق بين مثال الطلاق وطرفيه [١]، بإمكان الجزم فيهما، دون مثال الطلاق، فافهم.

وقال في موضع آخر ولو طلق بحضور خنثيين فظهر رجلين أمكن الصحه وكذا بحضور من يظنه فاسقاً فظهر عدلاً ويشكلان في العالم بالحكم لعدم قصدهما إلى طلاق صحيح، انتهى.

ومن جملة شروط العقد: التّطابق بين الإيجاب والقبول، فلو اختلفا في المضمون، بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص [٢] من حيث خصوص

الشرح:

القصد والجزم بالنكاح حاصل، غايه الأمر يكون النكاح على تقدير حياه أبيه فضولياً.

[١] المراد من طرفى الطلاق تزويج امرأه يشك في أنها محرمة عليه فبان حلها وتولييه نائب الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليته للقضاء فبان أهلاً، والوجه في الفرق بينهما وبين الطلاق أن عنوان الطلاق لا يحصل إلا مع الزوجيه كما مر، بخلاف النكاح فإن عدم كون المرأه محرمة عليه شرط شرعى فى النكاح كما أن عداله القاضى مثلاً شرط شرعى لتولى منصب القضاء، فيمكن إنشاؤهما مع الجزم وبلا تعليق.

أقول: بل لا فرق بينهما وبين بيع مال مورثه، لظنه حياته فبان ميتاً، وحكم الشهيد رحمه الله (١) ببطانتهما وبصحته بيع مال المورث لا يمكن مساعدته عليه.

[٢] اختلاف الإيجاب والقبول فى المضمون: إمّا باختلاف فى الملك كما إذا قال البائع: «بعتك هذا المال بكذا»، وقال غير المخاطب: «قبلت»، وإمّا بالاختلاف فى

ص: ٥٥

المشتري أو المثلمن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط فقبل المشتري على وجه آخر، لم ينعقد، ووجه هذا الاشتراط واضح، وهو مأخوذ من اعتبار القبول. وهو الرضا بالإيجاب، فحينئذ لو قال: «بعته من موكلك بكذا»، فقال: «اشتريته لنفسى» لم ينعقد، ولو قال: «بعته هذا من موكلك» فقال الموكل الغير المخاطب: «قبلت» صح.

الشرح:

العوضين كما إذا قال: «بعتك هذا المال بدينار»، فقال: «قبلت بعشره دراهم»، وإما بالاختلاف فى الشرط فى المعامله كما إذا قال: «بعتك هذا بكذا على أن تخطى لى هذا الثوب»، فقال: «قبلت بلا شرط». والاختلاف فى كل مورد من الموارد الثلاثه موجب لعدم حصول عنوان البيع والمعاهده، فما ذكر من اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول لا يكون لدليل خارج عن عموم الوفاء بالعقد وإطلاق حل البيع كما لا يخفى.

نعم بما أن معاملة الوكيل منسوبه إلى موكله فاختلف الإيجاب والقبول بخطاب الوكيل والموكل لا يضر كما إذا قال خطابا للوكيل بما هو وكيل: «بعتك هذا المال بكذا»، وقال: «قبلت لموكلى»، أو قال للموكل: «بعتك هذا المال بكذا»، وقال وكيله: «قبلت». نعم إذا قال: «قبلت لنفسى»، لم يصح، وذلك مع كون الثمن كلياً كما هو المفروض فإنه يختلف باختلاف الأغراض، وربما يرضى مالك المبيع بتملك عوض ماله بذمه شخص ويقدم على المعامله معه ولا يرضى بتملكه على عهده الآخر، وعلى ذلك فلا يكون تمليك ماله لأحد بإزاء مال ذمته وقبول شخص آخر بمثل ذلك العوض بيعاً.

نعم إذا كان العوضان عينين خارجيتين فالمبادله بينهما مقتضاها دخول إحداها فى ملك من تخرج عن ملكه الأخرى فلا يضر الخطأ فى تشخيص مالتهما، بأن قال لأحد: «بعتك هذا المال بذلك»، زاعماً أنه مالك العوض، قال مالكه الأصلى «قبلت»، فلا يضر الخطأ المزبور بتمام المعامله وصدق البيع.

ومما ذكرنا فى المقام يظهر أنه لو قال: «بعتك هذا المال بكذا»، وبشرط أن ترتكب

وكذا لو قال: «بعتك» فأمر المخاطب وكيله بالقبول فقبل، ولو قال: «بعتك العبد بكذا»، فقال: «اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه» لم ينعقد.

الشرح:

الحرام الفلاني»، قال المشتري: «قبلت بلا شرط» فلا يصح البيع. نعم إذا تم البيع بإنشائه الرضا بالإيجاب المزبور يكون الشرط المزبور ملغى، حيث إنه لا يجب الوفاء ولا يجوز اشتراط الحرام في المعاملة.

وذكر السيد الخوئي رحمه الله (1) أن أصل الشرط خارج عن أصل المعاملة، ولو قال: «بعتك هذا المال بكذا بشرط أن تخط لي الثوب»، وقال المشتري: «قبلت بلا شرط»، تم الالتزام البيعي فيصح البيع فيما إذا رفع البايع يده عن شرطه. وفيه: أن البايع لو مات قبل إلغاء شرطه أو إقراره فلازم ما ذكر من خروج الشرط عن أصل المعاملة هو الحكم بدخول المبيع في ملك المشتري غايه الأمر يقوم ورثه البايع مقامه في فسخ المعاملة أو إلغاء الشرط، ولا أظن الالتزام منه أو من غيره بذلك.

وذلك فإن اشتراط البايع الخياطة على المشتري معناه تعليق إيجاب البيع على التزام المشتري حال العقد بخياطته الثوب المزبور، وليس المراد أن الخياطة خارجا هي المعلق عليها في إيجاب البايع ليكون اشتراطها من تعليق العقد الموجب لبطلانه، بل المراد أن المعلق عليه لإيجاب البائع هو الالتزام الخارجى حال العقد بخياطته الثوب؛ ولذا ربما يصرح البايع «بأنك إن لم تلتزم بالخياطة فلا أبيعك المال». نعم الخياطة خارجا وفاء للمعاملة المذكوره وإذا لم يتحقق هذا الوفاء من المشتري لا يجب الوفاء على البايع أيضا، لكون وجوبه حقا ويثبت له خيار الفسخ والتفصيل في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

ص: ٥٧

وكذا لو قال: «بعتك العبد بمئه درهم»، فقال: «اشتريته بعشره دينار»، ولو قال للاثنين: «بعتكما العبد بألف» [١] فقال أحدهما: «اشتريت نصفه بنصف الثمن» لم يقع، ولو قال كلّ منهما ذلك لا- يبعد الجواز ونحوه لو قال البائع: «بعتك العبد بمئه» فقال المشتري: «اشتريت كلّ نصف منه بخمسين»، وفيه إشكال.

الشرح:

وعلى ذلك فلو قال البائع: «بعتك هذا المال على أن تخط لي هذا الثوب»، فقال: «قبلت بلا شرط»، لم يتم البيع باعتبار أن إنشاء ملكيه المبيع معلقه على أمر لم يحصل بالقبول المزبور.

[١] ولو قال للاثنين: «بعتكما هذه العين بألف»، وقبل أحدهما بيع نصفها بخمسمئه ولم يقبل الآخر بيع النصف الآخر يكون البيع فى النصف غير تام أيضا باعتبار عدم التطابق بين الإيجاب والقبول، ونظير ذلك ما إذا قال لواحد: «بعتك هذه العين بألف»، فقال: «اشتريت نصفها بنصف الثمن»، وأما لو قبل الآخر أيضا النصف الآخر بخمسمئه فى المثال الأول، أو قال المشتري فى المثال الثانى: «اشتريت كل نصف بخمسمئه»، فالظاهر تمام البيع لا يخلو عن إشكال.

أقول: لا إشكال فى الصحه لحصول التطابق بين الإيجاب والقبول بالإضافه إلى جزء المبيع وكله.

نعم الأظهر الحكم بالبطلان فيما لو كان القبول من واحد فى المثال الأول أو قبول النصف فقط فى المثال الثانى، والوجه فى ذلك أن بيع المضاف إلى الكل ينحل إلى بيع أبعاضه المشاعه من النصف والثلث والربع إلى غير ذلك بنسبه ذلك البعض إلى الثمن، سواء كان ذلك الكل يعدّ عرفا واحدا خارجيا أو كان بنظرهم اثنين كما إذا جمع كتابى الرسائل والمكاسب وباعهما صفقه واحده، غايه الأمر يكون فى هذا القسم للبيع انحلال آخر وهو بيع كل من الكتابين بما يخصه من ذلك الثمن، وإذا كانت القيمه

ص: ٥٨

الشرائط المعتره فى المتعاقدين

ومن جملة الشروط فى العقد: أن يقع [١] كل من إيجابه وقبوله فى حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء فلو كان المشتري فى حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال القبول عن قابليه الإيجاب، لم ينعقد.

ثم إن عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت والجنون والإغماء بل النوم فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقده والمعاهده حينئذ.

الشرح:

السوقيه للرساله ثلث قيمه المكاسب يكون الانحلال إلى بيعها بربع الثمن وبيع المكاسب بثلاثه أرباعه.

وما عن بعض الأعظم رحمه الله من اختصاص الانحلال بهذا القسم فقط ولا يجرى بالإضافة إلى الأجزاء المشاعه للمبيع فضعه يظهر بالرجوع إلى بناء العقلاء، فإنه إذا ظهر ثلث الدار المبيعه ملكا لغير البائع لا يرون فساد البيع رأسا بل فساده بالإضافة إلى ذلك الثلث.

وعلى كل فلا- ريب فى انحلال البيع بالإضافة إلى الأجزاء المشاعه للمبيع، غايه الأمر يكون التزام البائع أو المشتري بالوفاء ببيع كل من تلك الأجزاء موقوفا على تمام البيع بالإضافة إلى سائر الأجزاء، ومع تخلفه بالإضافة إلى سائر الأجزاء يثبت للآخر خيار التبعض.

وعلى ذلك فإذا قال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن، وسكت الآخر فى المثال الأول، أو سكت المشتري عن قبول النصف الآخر فى المثال الثانى، فهو بمنزله قبول بيع النصف بلا- شرط فلا يكون بين الإيجاب والقبول تطابق، بخلاف ما إذا قال ذلك كل منهما أو بالإضافة إلى كل نصف كما لا يخفى.

[١] يعنى أن الأمور المعتره فى صحه التخاطب بحيث لا يكون الشخص مع فقدما قابلاً له، كالحياه والعقل وعدم الإغماء، يجب حصولها لكل من البائع والمشتري

وأما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى، فهو شرط حقيقه، لا ركن، فإنَّ حقيقه الوصيه الإيصاء، ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، ولو ردَّ جاز له القبول بعد ذلك. وإن كان لعدم الاعتبار برضاها، فلخروجه أيضاً عن مفهوم التعاقد والتعاقد، لأنَّ المعتمد فيه عرفاً رضا كلِّ منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه، كمن يعرض له الحجر بفلسٍ أو سيفه أو رِقِّ لو فرض أو مرض موت. والأصل في جميع ذلك: أنَّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق، الشرح:

من حين الإيجاب إلى تمام القبول، والوجه في اعتبارها كذلك عدم حصول عنوان التعاقد والتعاقد مع تخلل عدمها في واحد منهما قبل تمام القبول.

لا يقال: كيف يتم عقد الوصيه بقبول الموصى له بعد موت الموصى.

فإنه يقال: الوصيه حتى التملكه منها لا تكون من العقود، بل هي في حقيقتها إيقاع، غايه الأمر صحه الإيقاع ونفوذه مشروط بعدم رد الموصى له، ففي أى زمان حصل الرد المستمر يكون كاشفاً عن بطلانها؛ ولذا لا يترتب على فعل الموصى له آثار القبول فيجوز منه القبول بعد الرد، ولو مات يقوم مقامه ورثته في قبولها، بخلاف سائر العقود فإنه لا يصح فيها ذلك.

وكذا الحال في الأمور التي تعتبر في صحه تصرفات المالك ورضاه كعدم السيفه وعدم الحجر بالإفلاس وغيره، فإنه لا بد من حصولها لكل واحد من طرفي العقد من حين الإيجاب إلى تمام القبول، فإنه مع عدم ذلك لا يتحقق عنوان التعاقد والأصل في ذلك، يعنى ما يعلم منه اعتبار الرضا كذلك من كل منهما إلى تمام القبول أنه لو فسخ البايع إيجابه قبل تمام قبول المشتري لغى الإيجاب فإن هذا الفسخ إبراز لعدم رضاه بتمام العقد، ولو لم يكن حين قبول القابل رضا الموجب معتبرا بل كان المعتمد رضاه عند الإيجاب فقط لم يكن الفسخ المزبور نافذاً.

وكذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راض، أو كان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير فصحة كل من الإيجاب والقبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلم من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب، وبه يتم معنى المعاقده، فإذا لم يكن هذا المعنى قائماً في نفس أحدهما، أو قام ولم يكن قيامه معتبراً، لم يتحقق معنى المعاقده.

الشرح:

لا يقال: على ذلك فكيف يصح بيع المكروه مع حقوق رضاه به إذا كان لحق الرضا كافيًا يكون الرضا بعد الإيجاب وعند القبول أولى بالكفايه.

فإنه يقال: يمكن القبول بأن كفايه الرضا المزبور في مورد الإكراه للإجماع. انتهى.

أقول: الأمور المعتره في المتعاقدين على نحوين قسم منها ما لا يصدق مع فقده عنوان البيع أو نحوه عرفاً، بل يصح عندهم أن يقال: لا بيع كالاتفات والقصد في كل من المتعاقدين حال الإنشاء، وفي هذا القسم يعتبر ما هو ملاك الصدق فلا يضر عدم الاتفات من القابل إلى إنشاء الموجب حال إيجابه، بل لو علم إيجابه مقارناً لتمامه أو بعده فقال مع عدم فوت الموالاه المعتره: «قبلت»، يحصل البيع.

وقد ذكرنا سابقاً أن إرسال الهديه مع قصد الملك، تملك وتسلم المهدي إليه قبول، وإن لم يعلم بالإرسال عند حدوثه.

وبالجملة: المعتره في تحقق عنوان البيع حصول هذه الأمور للقابل عند قبوله ولو كان القابل عند إيجاب الباع في النوم الخفيف مثلاً وبعد إيجابه تيقظ والتفت إلى الإيجاب بخصوصياته فقبله تم عنوان البيع والعقد.

ومما ذكرنا يظهر أن ما ذكره السيد اليزدي رحمه الله (١) من عدم اعتبار هذه الأمور في الموجب حال قبول القابل، بل المعتره حصولها في الموجب حال إيجابه وفي القابل من حين إيجاب الموجب لا أساس له، وكذا لا يعتبر استمرار هذه الأمور في الموجب

ص: ٦١

ثم إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره، ومقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد، بل يكفي حصوله بعده، فضلاً عن حصوله بعد الإيجاب وقبل القبول، اللهم إلا أن يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعده لأجل الإجماع.

الشرح:

من حين إيجابه إلى تمام القبول، ولو أخذه النوم بعد إيجابه واستيقظ قبل قبول المشتري أو قبل تمامه ولم يبلغ إيجابه تم عنوان البيع، وتخلل فقدها بين إيجابه وتتمام القبول غير قادح كما ذكر السيد الخوئي رحمه الله (١).

والنحو الآخر ما يكون معتبراً في صحه البيع ووقوعه مورد الإمضاء عند العقلاء والشرع كاعتبار المالكية في كل من البايع والمشتري أو البلوغ أو عدم الإكراه أو عدم الحجر فاعتبار هذه الأمور تابع للدليل الدال على اعتبارها، فقد يكون مفاده حصول ذلك الأمر في الموجب حال إيجابه وفي القابل حال قبوله كالبلوغ، وقد يكون مفاده حصوله ولو بعد العقد كطيب النفس ففي أي مورد حصل يتم البيع.

فقد ظهر مما ذكرنا أن القول باعتبار تحقق الأمور المعتره في كلا القسمين في كل من الموجب والقابل من حين العقد إلى تمام القبول كما هو ظاهر المصنف رحمه الله، وتصريح النائين رحمه الله بكونه من القضايا التي قياساتها معها (٢)، ضعيف.

ولذا يذكر رحمه الله فيما يأتي أن صحه بيع المكره بلحوق الرضا ليس بتعبد خاص للإجماع أو غيره، بل هو مقتضى دليل حل البيع كما ظهر حال فسخ الموجب قبل تمام القبول، فإن المعتر من رضا البائع في تأثير العقد رضاه عند تمام البيع أو بعده، ومع وقوع الفسخ قبل تمامه ينتفى موضوع الحكم بالصحه.

ص: ٦٢

١- (١) محاضرات في الفقه الجعفري ٢ : ١٤١ .

٢- (٢) حاشيه المكاسب للمحقق النائين ١ : ٢٩٣ .

اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغه

فرع: لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغه، فهل يجوز أن يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه، ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً في النّقل كما لو فرضنا أنّه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب وجواز العقد بالفارسي أردؤها أخيرها [1]

والأولان مبنيان على أنّ الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزله الواقعيه الاضطراريه، فالإيجاب بالفارسيه من المجتهد القائل بصحّته عند من يراه باطلاً بمنزله إشاره الأخرس وإيجاب العاجز عن العربيه وكصلاه المتيّم بالنّسبه إلى واجد الماء أم هي أحكام عذريه لا يعذر فيها إلا من اجتهد أو قلّد فيها؟

الشرح:

[1] ووجه كونه أردأها أنه إذا قيل بأن الحكم الظاهري في حق أحد كالحكم الاضطراري في كونه واقعيًا ثانويًا وأن الإيجاب بالفارسيه مثلاً كإشاره الأخرس، وتقديم القبول مع اعتقاد القابل جوازه كتأخيره في تمام العقد، يصبح العقد المزبور تاماً في حقهما معا ولو بحسب الحكم الواقعي الثانوي.

وهذا بخلاف ما ذكر رحمه الله في الموالاته والتنجز وعدم بقاء البايع على شرط المتعاقدين حال قبول المشتري، حيث إنه لو كان الإيجاب معلقاً على أمر وقد رأى القابل بطلان التعليق يكون قبوله أيضاً معلقاً، لأنه لا يمكن التفكيك بين الإيجاب والقبول في التعليق مع التحفظ على التطابق بينهما.

والحاصل: إذا رأى الموجب عدم البأس بتعليق إيجابه ويرى القابل بطلان التعليق، لا تكون صحه الإيجاب بناءً على مسلك السببيه وكونه كإشاره الأخرس موجباً لصحه القبول من المشتري الذي يرى بطلان قبوله باعتبار كونه معلقاً، وكذا الحال في فقد الموالاته، حيث إنّ مع فقدها بين الإيجاب والقبول يكون فعل من يعتبرها باطلاً ولا يجدي في صحتها صحه فعل الآخر، ولكن قد يقال: إنّ المعامله لا يمكن تفكيكها في

والمسأله محرّره فى الأصول، هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر كالصراحه والعريته والماضويّه والترتيب.

الشرح:

الصحه بالإضافه إلى المتعاقدين، فإن معنى صحه البيع مثلاً حصول ملكيه المبيع للمشتري بالعوض، وصحه النكاح بمعنى حصول الزوجيه بين المتعاقدين وهكذا.

وإذا كانت المعامله التى يرى الموجب مع فقد الموالاه صحيحه، فصحتها واقعا تحصل بحصول ملكيه المبيع واقعا للمشتري بإزاء الثمن كما هو مقتضى إطلاق دليل الاعتبار بناءً على مسلك السببيه، ولا يمكن مع حصولها كذلك فسادها وعدم حصول الملكيه لها بالإضافه إلى المشتري، وكذا الحال فى النكاح وغيره من المعاملات. ولو أمكن التفكيك فى الصحه أمكن أيضا فيما كان فعل أحدهما فى نظره صحيحا وفعل الآخر فاقدا للشرط فقط، كما إذا أنشأ الإيجاب باللغه الفارسيه فى النكاح ويرى القابل بطلان عقد النكاح بغير العريه فإنه يمكن معه دعوى أن صحه الإيجاب باللغه الفارسيه بالإضافه إلى الموجب فقط، لا حتى بالإضافه إلى القابل المزبور.

والمتحصل أن الأحكام التكليفيه التى تكون موضوعاتها الأفعال الخارجيه فيمكن فيها أن يكون فعل خارجى موضوعا لحكم تكليفى بالإضافه إلى مكلف ولا- يكون موضوعا لذلك الحكم بالإضافه إلى مكلف آخر، كما إذا سافر المكلف إلى أربعه فراسخ ورجع فى يومه فيمكن على القول بالسببيه التبعض بأن يكون السفر المزبور موضوعا لوجوب القصر واقعا بالإضافه إلى مكلف ولا يكون موضوعا بالإضافه إلى آخر.

وكذا الحال فى الأحكام الوضعيه التى تكون موضوعاتها الأعيان الخارجيه أو الأفعال الخارجيه فيمكن أن تكون عين موضوعا واقعا للنجاسه بالإضافه إلى مكلف ولا تكون موضوعا لها بالإضافه إلى آخر.

وأما المعاملات فلا يمكن فيها التفكيك فى الصحه والفساد، بأن تصح بالإضافه إلى طرف دون الطرف الآخر. وفيه: أنه بناءً على مسلك السببيه يكون العقد المفروض

وأما الموالاه والتنجز وبقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر العقد. فالظاهر أنّ اختلافها يوجب فساد المجموع لأنّ بالإخلال بالموالاه أو التنجز أو البقاء على صفات صحّة الإنشاء يفسد عباره من يراها شروطاً، فإنّ الشرح:

في المقام محكوماً عليه بالصحة بالإضافة إلى كلا الطرفين، حيث إنه بعد سقوط ما يكون معتبراً في فعل الموجب أو القابل باجتهاد صاحبه أو تقليده يتم العقد، لا لمجرد أن العقد لا يتبعض بالصحة بالإضافة إلى أحدهما والفساد إلى الآخر.

ليقال لا وجه بعد عدم إمكان تبعض العقد بالإضافة إليهما لتقديم الصحة على الفساد وأنه لو كان عدم إمكان التبعض موجبا لتقديم الصحة فلازمه أن يحكم بالصحة فيما إذا أتى المجتهد الذي يرى اعتبار العربي بالإيجاب بغيرها وأتى المجتهد الثاني أيضا القبول بغيرها، حيث إن هذا العقد بنظر المجتهد الثاني صحيح والصحة لا تتبعض، بل الوجه في عدم الحكم بالصحة في هذا المثال هو أنه بناءً على مسلك السببيه الإيجاب الواقع من المجتهد الأول باطل واقعا حتى بنظر المجتهد الثاني، كما هو مقتضى مسلك السببيه، حيث إن عدم اعتبار العربي بناءً على ذلك المسلك مختص بمن يرى عدم اعتبارها. وعلى ذلك فإذا أتى المجتهد الأول الإيجاب بالعربي وأتى الثاني القبول بغيرها يكون العقد بناءً على ذلك المسلك صحيحا واقعا بحسب نظر كلا المجتهدين، فأما المجتهد الثاني فلأنه لا يرى اعتبار العربي، وأما بنظر المجتهد الأول فلأن ذلك مقتضى سقوط العربي عن الشرطية في القبول الصادر عن المجتهد الثاني.

والحاصل: أن مقتضى مسلك السببيه تعين صحة العقد لا تردده بين أن يحكم بالصحة لكلا الطرفين أو بالفساد كذلك، ليكون تقديم الصحة على الفساد ترجيحا بلا معين، ومما ذكرنا يظهر صحة التفصيل الذي ذكره المصنف رحمه الله فإنه إذا أتى بالإيجاب ممن يرى اعتبار الموالاه في العقد ثم بعد فواتها قبل القابل الذي لا يرى اعتبارها يكون قبول ذلك القابل صحيحا حتى عند الموجب، بناءً على مسلك السببيه

الموجب إذا علق مثلاً، أو لم يبق على صفه الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروعيه ذلك، لم يجز من القائل بطلان هذا تعقيب هذا الايجاب بالقبول، وكذا القابل إذا لم يقبل إلا بعد فوات الموالاته بزعم صحه ذلك فإنه يجب على الموجب إعادته ايجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاته، فتأمل.

الشرح:

ولكن إيجاب نفسه باطل، حيث إن الموالاته معتبره في الايجاب الذي فعله حتى بناءً على مسلك السببيه، فتدبر.

هذا كله بناءً على السببيه، وأما بناءً على مسلك الطريقيه فيقع الكلام تاره في المعامله من شخصين يرى أحدهما بحسب اجتهاده أو تقليده صحه فعله ويرى الآخر بطلانه، كما إذا كان البايع مقلدا لمن يقول ببطلان المعاطاه وقبل المشتري الايجاب بنحو المعاطاه فهل يحكم بفساد البيع أم لا؟ وأخرى في أنه هل يجوز لشخص آخر من غير المتعاملين ترتيب آثار الصحه على المعامله الصادره التي يرى الآخر بحسب اجتهاده أو تقليده بطلانها، كما إذا أراد شراء مال يعلم أن بايعه تملكه بالمعاطاه التي لا يرى من يريد الشراء صحتها. ونظير ذلك ما إذا أراد شراء أرض من امرأه يعلم أنها تملكها من زوجها بالإرث، مع أن هذا الشخص يرى أن الزوجه لا- ترث من العقار، فنقول في المقام الأول: لا- ينبغى الريب في أن المعامله الواحده لا تتبعض في الصحه والفساد بالإضافة إلى المتعاملين، حيث لا تبدل في الشرايط المعتره في المعامله.

وأنه يكفي في بطلانها واقعا الإخلال بتلك الشرايط ولو من أحدهما، ولكن التفكيك بين المتعاملين في صحه المعامله وفسادها بالحكم الظاهري أمر ممكن، حيث لا بعد في قيام حجه عند أحدهما بصحه المعامله المفروضه وعند الآخر على بطلانها فيعمل كل منهما على طبق الحجه القائمه عنده، فإن لم يلزم من عملهما على طبقهما التخاصم والتشاجر فهو، وإلا يكون المورد من الموارد التي لا بد من الرجوع فيها إلى الحاكم الذي يصح له القضاء، سواء كان المتخاصمان مجتهدين أو مقلدين،

ص: ٦٦

الشرح:

لاعتبار قضائه في حق كل منهما، ومع عدم إمكان ذلك يصح لمن يرى الصحة في مثل البيع الفسخ باعتبار أن صاحبه تخلف عن الوفاء به. وفي المقام تفصيل أبداه صاحب الكفاية رحمه الله وهو: أن من لا يرى اعتبار أمر في معاملة يرى الآخر اعتباره فيها لو كان مستندا إلى أصل عملي من أصاله الطهاره أو الحليه أو استصحابهما أو البراءه عن الشرطيه مثلاً يلزم من الطرفين ترتيب آثار الصحة عليها، وإلا كان الأمر كما تقدم، وتعرض لهذا التفصيل في المقام الثاني إن شاء الله تعالى.

وأما المقام الثاني، فلا ينبغي الريب أيضا في أنه للآخر ترتيب آثار الصحة فيما إذا كان الصادر نكاحا يرى المتعاقدان صحته، بل يجب على الآخرين ترتيب آثار الصحة حتى مع علمهم ببطلانه واقعا بحسب حكم الشارع فإن على ذلك سيره المسلمين، وتدل عليها أيضا معتبره أبي الحسن الحذاء، قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فسألني رجل: ما فعل غريمك؟ قلت: ذاك ابن الفاعله، فنظر إليّ أبو عبدالله عليه السلام نظرا شديدا. قال: فقلت: جعلت فداك، إنه مجوسى أمه أخته، فقال: «أو ليس ذلك في دينهم نكاحا» (١).

ومقتضى هذه المعتبره أنه لا يجوز للابن نكاح زوجته أبيه مثلاً حتى فيما إذا علم الابن فساد ذلك النكاح، نعم لولا هذه المعتبره والسيره المشار إليها لم يكن قوله سبحانه: «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» (٢) شاملاً. لذلك النكاح، حيث إن ظاهره كظاهر خطابات سائر المعاملات هو الصحيح.

والحاصل: أن النكاح بناءً على مسلك الطريقيه يكون مستثنى في المقام الثاني دون المقام الأول، فإنه إذا أنشأت المرأة النكاح بإيجاب يرى القابل بطلان ذلك

ص: ٦٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٨: ١٧٣، الباب الأول من أبواب حد القذف، الحديث ٣.

٢- (٢) سورة النساء: الآية ٢٢.

الشرح:

الإيجاب فلا يحكم بصحة النكاح واقعا ولا ظاهرا بالإضافة إلى الزوج.

وقد يقال: إنّ المتعاقدين المختلفين إن كانت صحه فعل أحدهما مقتضى الأصل كأصالة الحليه أو الطهاره أو استصحابها أو البراءه فلا بد من الحكم بصحة العقد؛ لأن الأصل المزبور مسقط لما يعتبره الآخر عن الشرطيه بالإضافة إلى الأول، كما إذا رأت المرأه صحه النكاح المنشأ بغير العرييه وذكرت إيجابها بالفارسيه وقبله الرجل بالعرييه مع اعتقاده اعتبارها، فإنّ العقد المزبور يكون صحيحا عندهما، أما عند المرأه فظاهر، وأما عند الرجل فإن أصاله البراءه الجاريه عند المرأه على اعتبار العرييه قد أسقط اعتبارها عند الإيجاب، ويكون المقام نظير ما كان المأموم مخالفا لإمامه في جزء الصلاه أو شرطها كما إذا كان الإمام معتقدا عدم وجوب السوره بعد الحمد في الركعتين الأوليتين فتركها والمأموم معتقدا وجوبها، فإنه يجوز له الاقتداء.

ومما ذكر يظهر الحال فيما إذا رأى المتعاقدان صحه العقد لعدم اعتبار أمر فيه عندهما، ويرى الغير الذي يريد ترتيب الأثر على عقدهما اعتباره أنه لا مانع من ترتيب الأثر فيما إذا كان المستند لعدم اعتبار المتعاقدين هو الأصل العملي.

أقول: ما ذكر في اختلاف الإمام والمأموم صحيح، وأنه يجوز اقتداء المأموم المفروض بالإمام بلا فرق بين كون منشأ اعتقاد الإمام صحه صلاته أصلاً عملياً أو أماره، والسرفى ذلك أن مثل حديث: «لا تعاد»^(١) يقضى بصحة صلاه الإمام في غير مورد إخلاله بما ذكر في المستثنى من ذلك الحديث بسقوط غير ما ذكر فيه من الاعتبار مع الإخلال عن عذر، ولو كان اختلافهما في اعتبار ما لا يقضى حديث: «لا تعاد»

ص: ٦٨

١- (١) وسائل الشيعه ١ : ٣٧١، الباب ٣ من أبواب الوضوء، الحديث ٨.

الأول: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد [١] لم يملكه، وكان مضموناً عليه. أمّا

الشرح:

سقوطه عن الاعتبار لم يجز له الاقتداء به، كما إذا تيمم الإمام في مورد يرى المأموم لوظيفه هي الوضوء فلا يجوز له الاقتداء به، سواء كان المنشأ لاعتقاد الإمام الأصل العملي أو الأماره.

والحاصل: لا خصوصيه للأصل العملي ولا لباب الصلاه، بل يعم ما ذكر كل مورد سقط فيه الاعتبار الأولى سقوطاً واقعياً للجهل أو غيره، ومفاد الأصل كالأماره لا يكون إلاً حكماً طريقياً والحكم الطريقي شأنه التنجيز والتعذير، لا حكماً نفسياً ليكون حاكماً على أدله الاشتراط، ويرتفع موضوع وجوب التدارك مع كشف الخلاف بعد ذلك.

الأ- ترى أنه لو جرت أصاله الطهاره أو استصحابها في ماء غسل به المتنجس ثم انكشف نجاسه ذلك الماء لا يحكم بطهاره ذلك المغسول مع أنه على الحكومه لا بد من الحكم بطهارته، وكذا لو اشترى ما يشك في كونه وفقاً لظهور كونه وفقاً إلى غير ذلك من موارد التخلف من المعاملات وغيرها.

[١] المراد بفساد العقد، إما فساده من جهة خصوص الأمور المعتمده في نفس العقد أو الأعم منها، بحيث يعم ما يعتبر في المتعاقدين والعوضين، وكيف كان فالمقبوض بالبيع الفاسد لا يدخل في ملك القابض لفساد البيع ويكون ضمان تلفه عليه، ويستدل على هذا الضمان بروايه: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (١)، التي رواها العامه وذكرها بعض أصحابنا في كتبهم الفقيهيه. ومفادها ضمان المال المقبوض وخساره تلفه على عهده الآخذ كما هو مقتضى إسناد الظرف إلى المال، كما أن إسناد الظرف إلى فعل ظاهره الوجوب تكليفاً.

ص: ٦٩

عدم الملك، فلائته مقتضى فرض الفساد. وأما الضمان بمعنى كون تلفه عليه وهو أحد الأمور المتفرّعه على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف، وأدعى الشيخ في باب الزهن، وفي موضع من البيع: الإجماع عليه صريحاً، وتبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد وفي السرائر: أنّ البيع الفاسد يجرى عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان، وفي موضع آخر نسبه إلى أصحابنا.

الشرح:

وبالجملة: إسناد الظرف إلى المال يفيد ضمانه الذي يكون من قبيل الحكم الوضعي، وحيث إن هذا الحكم لا يختص بالبالغين فلا يعد شمول الرواية للصبى والمجنون أيضاً فيما إذا صدق أنهما وضعا يدهما على المال، كما إذا كان الصبى مميزاً وجنون المجنون خفيفاً.

أقول: الرواية لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها، ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يخفى ما فيها، لقوه استنادهم في حكمهم بالضمان إلى ما نذكر من جريان سيره العقلاء على الضمان في مورد الاستيلاء على مال الغير بلا استيمان وبلا إذن في إتلافه مجاناً.

ويستدل على ضمان التلف أيضاً بمرسلة جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقه، قال: «يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته»^(١)، وهذه وإن كانت مرسله إلا أن مضمونها وارد في البعض الآخر من الروايات المعتبرة.

ووجه الاستدلال بها: أن ضمان المشتري الولد بقيمته لكون الولد المفروض نماء الأمه، وباعتبار كونه حراً يكون من النماء الذي لم يستوفه المشتري فيلزم ضمان

ص: ٧٠

١- (١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٤، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٣.

ويدلّ عليه: النبوى المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى». والخذشه فى دلالتة: بأنّ كلمه «على» ظاهره فى الحكم التّكليفى فلا يدلّ على الضّمان، ضعيفه جدّاً، فإنّ هذا الظّهور إنّما هو إذا اسند الظّرف إلى فعل من أفعال المكلّفين، لا إلى مالٍ من الأموال، كما يقال: «عليه دين»، فإنّ لفظه «على» حينئذٍ لمجرّد الاستقرار فى العهده، عيناً كان أو ديناً.

الشرح:

الأصل بطريق أولى، ولكن يمكن المناقشه فى الاستدلال بوجه.

منها: أن يأخذ المشتري ولده بقيمته حكم تعبدى لا تقتضيه قاعده ضمان التلف فإن الولد تابع للأب فالولد حر، وفرضه رقاً وإعطاء قيمته لمالك الجاربه عوضاً عما فات من منفعتها عند المشتري وهى قابليه رحمة للاستيلاد تعبد، غايه الأمر يكون الفرض مثل ما إذا زرع إنسان أرض الآخر فعليه عوض منفعه تلك الأرض الفائته بيده، أى أجره مثلها.

ودعوى أن عليه قيمه الزرع المزبور يعطيها لصاحب الأرض خارجه عن قانون ضمان التلف.

وبالجملة: بما أن الحكم فى الروايه تعبد فلا يمكن التعدى إلى ضمان تلف الجاربه، فضلاً عن كونه بالأولويه.

ومنها: أن الروايه لا دلالة لها على الضمان فى تلف المال فيما إذا كان وضع اليد عليه بالمعامله الفاسده مع مالكة كما هو محل الكلام أو دخل فيه وإنما تدل على الضمان فى مورد فساد البيع بالغصب وعدم كون بايعه مالكا والضمان فى هذه لا يلازم الضمان فى الأولى.

ومنها: ما أشار إليه رحمه الله بقوله: «فليس استيلادها من قبيل إتلافها . . . إلخ»، وحاصل المناقشه أن المفروض فى الروايه من قبيل إتلاف المنفعه فيكون ضمانها ضمان إتلاف

ومن هنا كان المتّجه صحّحه الاستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفه، لعدم التّمييز والشّعور.

ويدلّ على الحكم المذكور أيضاً: قوله عليه السلام في الأمه المبتاعه إذا وُجِدَت مسروقه بعد أنّ أولدها المشتري: «إنّه يأخذ الجاربه صاحبها، ويأخذ الرّجل ولده بالقيمه»، فإنّ ضمان الولد بالقيمه مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى، وليس استيلادها من قبيل إتلاف النّماء، بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك، فهو كالتالف لا المتلف، فافهم.

ثمّ إنّ هذه المسأله من جزئيات القاعده المعروفه «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» وهذه القاعده أصلاً وعكساً وإن لم أجدّها بهذه العبارة في كلام من تقدّم على العلّامه، إلّا أنّها تظهر من كلمات الشّيخ رحمه الله في المبسوط، فإنّه علّل الضّمان في غير واحد من العقود الفاسده: بأنّه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه.

الشرح:

لا ضمان التلف، كما هو مورد الكلام في المقام.

وأجاب رحمه الله: أن استيلاذ الأمه ليس من إتلاف نماء رحمها ليدخل الفرض في مورد إتلاف مال الغير، بل يكون استيلاذها من إنمائها بنماء لا يدخل ذلك النماء في ملك أحد بحكم الشارع، وليس عدم دخوله في ملك أحد فعل المشتري حتى يضاف التلف إليه، بل إلى حكم الشارع بكون الولد حراً فهو كالتالف لا المتلف بفعل المشتري.

أقول: قد ذكرنا أن الولد لا يكون من نماء الرحم الذي يكون لصاحب الجاربه، بل ملكه قابليه رحمها للاستيلاذ التي استوفاها المشتري باستيلاذها، فالضمان في المورد من ضمان المنفعه المتلفه على مالك الجاربه كما لا يخفى.

ص: ٧٢

وحاصله: أنّ قبض المال مُقَدِّماً على ضمانه بعوض واقعيّ أو جعلى موجب للضمان، وهذا المعنى يشمل المقبوض بالعقود الفاسده التي تضمن بصحيحها.

وذكر أيضاً في مسأله عدم الضمان في الزهن الفاسد: أنّ صحيحه لا يوجب الضمان فكيف يضمن بفاسده؟ وهذا يدلّ على العكس المذكور. ولم أجد من تأمل فيها عدا الشهيد في المسالك فيما لو فسد عقد السبق في أنّه يستحقّ السابق أجره المثل أم لا؟

وكيف كان، فالمهم بيان معنى القاعده أصلاً وعكساً، ثمّ بيان المدرك فيها.

فنقول ومن الله الاستعانه: إنّ المراد ب«العقد» أعّم من الجائر واللازم، بل ممّا كان فيه شائبه الإيقاع، أو كان أقرب إليه [١] فيشمل الجعالة والخلع.

الشرح:

نعم لا حاجه في الحكم بضمان اليد إلى الروايه فإن الضمان في غير موارد الاستيمان المالكى أو الشرعى قد جرت عليه سيره العقلاء ولم يردع عنها الشرع، فيكون الضمان في ذلك نظير سائر الأحكام التي يكون الدليل عليها سيره العقلاء.

[١] الأول: كما في الجعالة، حيث قيل إنها من الإيقاع وإنها تتم بالإيجاب من الجاعل فقط، وإن العمل من العامل لا يكون قبولاً، ولذا يكون رد الضاله ولو بعد زمان تفوت معه الموالاه بين الإيجاب والقبول موجبا لاستحقاق الراد الجعل، وكذا يستحق ذلك الجعل حتى الصبى الراد للضاله مع عدم الاعتبار بقبوله. وكيف ما كان، فلو تم القول بأنها عقد يكفى في قبولها العمل حتى مع الفصل المزبور، فيكون فيها شائبه الإيقاع واحتماله.

والثاني: وهو ما كان أقرب إلى الإيقاع كالخلع فإنه في حقيقته طلاق على شرط العوض والفديه، والطلاق من الإيقاع ولكن لشرط الفديه على الزوجه يحتاج إلى قبولها.

والمراد بالضمان في الجملتين [١] هو كون ذرّك المضمون عليه، بمعنى كون خسارته وذرّكه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه، لوجوب تداركه منه، وأمّا مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال: إن الإنسان ضامن لأمواله.

ثمّ تداركه من ماله، تاره يكون بأداء عوضه الجعلى الذى تراضى هو والمالك على كونه عوضاً وأمضاه الشارع، كما فى المضمون بسبب العقد الصّحيح. وأخرى بأداء عوضه الواقعى وهو المثل أو القيمة وإن لم يتراضيا عليه.

وثالثه بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعى والجعلى، كما ذكره بعضهم فى بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التّعويض قبل دفع العوض.

الشرح:

[١] وحاصل ما أفاده رحمه الله : أن الضمان عبارته عن كون ذرّك المال وخساره تلفه على الشخص، بأن يجب عليه تداركه من ماله بأداء البدل منه، والتدارك بالبدل إما أن يكون بأداء العوض المسمى كأداء الثمن فى ضمان المبيع والأجره المسماه فى ضمان المنفعة أو يكون بأداء البدل الواقعى، يعنى المثل أو القيمة أو أقلّ الأمرين من العوض المسمى والبدل الواقعى. وإطلاق الضمان وعدم تقييده بالعوض المسمى أو بأقلّ الأمرين مقتضاه ثبوت العوض الواقعى، ولذا يحمل إطلاقه على ذلك فى الضمان المشترط فى مثل العاربه أو فيما ورد فى أدله المضمونات من المغصوبات وغيرها.

وبالجمله: فالتفكيك فى الضمان بين فرض فساد البيع بحمله على العوض الواقعى وبين فرض صحته بحمله على الثمن المسمى باعتبار القرينه فى الثانى، وإطلاقه فى الأول لا باعتبار أن ضمان المبيع مثلاً بالثمن المسمى ينافى فرض الفساد، فإنه يمكن فرض فساد المعامله ومع ذلك يكون المال عند تلفه ملكاً له، كما مرّ نظير ذلك فى ملزمات المعاطاه على القول بالإباحه.

ص: ٧٤

فإذا ثبت هذا، فالمراد بالضمان بقول مطلق، هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي، لأنّ هذا هو التدارك حقيقه، ولذا لو اشترط ضمان العاربه لزم غرامه مثلها أو قيمتها. ولم يرد في أخبار ضمان المضمونات من المغصوبات وغيرها عدا لفظ «الضمان» بقول مطلق.

وأما تداركه بغيره فلا- بدّ من ثبوته من طريق آخر، مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يُمضيه الشارع. فاحتمال: أن يكون المراد بالضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمّى نظير الضمان في العقد الصحيح ضعيف في الغايه، لا لأنّ ضمانه بالمسمّى يخرج من فرض الفساد، إذ يكفي في تحقّق فرض الفساد بقاء كلّ من العوضين على ملك مالكة وإن كان عند تلف أحدهما يتعيّن الآخر للعوضيّه نظير المعاطاه على القول بالإباحه بل لأجل ما الشرح:

أقول: لا- يخفى أن الضمان في صحيح البيع مثلاً- ضمان معاوضى يثبت ملك الثمن للبايع ويكون على المشتري دفعه إليه مع استلام المبيع، سواء تلف ذلك المبيع بعد قبضه أم لم يتلف.

وبعبارة أخرى: لا يكون ثبوت هذا الضمان معلقاً على تلف المبيع. نعم مثل ضمان الذهب أو الفضة في عاريتهما ضمان تلف سواء كانت العاربه صحيحه أو فاسده، فلا بد من أن يراد بالضمان المعنى العام وهو ثبوت البدل للمال، والمعنى أن كل مورد ثبت فيه ملك بدل المال لمالكه مع صحه العقد، سواء كان ثبوت ملك البدل معلقاً على تلف المال كما في مورد ضمان عاربه الذهب والفضه ونحوهما، أو مطلقاً كما في ضمان المشتري الثمن للبايع ويثبت البدل مع فرض فساد العقد، غايه الأمر يكون البدل في فرض الفساد من ضمان التلف دائماً.

والحاصل: أن ما ذكره المصنف رحمه الله في المراد بالضمان في القاعده وهو: كون

عرفت من معنى الضمان، وأن التدارك بالمسمى في الصّحيح لإمضاء الشارع ما تواطئا على عوضيته، لا لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير [١] لمعناه في الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكاً في العبارة فافهم.

ثم العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع [٢] ليكون أفراده مثل البيع والصّالح والإجاره ونحوها، لجواز كون نوع لا يقتضى بنوعه الضمان، وإنما المقتضى له بعض أصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصّنف يضمن به دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصّنف، مثلاً الصّالح بنفسه لا يوجب الضمان، لأنه قد لا يفيد إلا فائده الهبه الغير المعوّضه أو الإبراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على الشرح:

خساره المال ودركه في ماله الأصلي وأنه إذا تلف وقع النقص فيه بتداركه منه لا يتم في ضمان المشتري المبيع مع صحه البيع، لما ذكرنا من أن ضمانه المبيع لا يكون بمعنى تدارك خساره تلفه كما لا يخفى.

نعم يكون فيه الضمان بمعنى ان المبيع يتلف مملوكا للمشتري، ولكن ذكر رحمه الله أن هذا ليس معنى الضمان فلا- يقال: الإنسان ضامن لأمواله.

[١] يعنى أن الضمان يراد به كون خساره المال ودركه عليه بتداركه من ماله وإفاده كون التدارك بالعوض المسمى يكون بتعدد الدال والمدلول، ومع عدم الدال الآخر يكون مقتضى إطلاق الضمان هو التدارك بالعوض الواقعي، يعنى المثل أو قيمه، وقد ظهر أن لفظ الضمان في القاعده المزبوره لم يستعمل إلا في معنى واحد بالإضافه إلى صحيح العقد وفاسده، فلا يلزم فيها التفكيك بينهما.

[٢] أنواع العقود مختلفه في الضمان وعدمه، فقد يكون نوع من العقود موجبا للضمان كالبيع والإجاره بمعنى أن جميع أفراد النوع لو كان في صحيحها ضمان لكان

المعاوضه، فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضاً، ولا يلتفت إلى أنّ نوع الصِّلح الصَّحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً فلا يضمن بفاسده، وكذا الكلام في الهبه المعوّضه، وكذا عاريه الذهب والفضّه.

نعم، ذكروا في وجه عدم ضمان الصَّيد الذي استعاره المحرم: أنّ صحيح العاريه لا يوجب الضمان فينبغي أن لا يضمن بفاسدها، ولعلّ المراد عاريه غير الذهب والفضّه، وغير المشروط ضمانها.

الشرح:

في فاسدها ضمان أيضاً، وقد لا يكون لنوع آخر موجبا للضمان بمعنى أنه لا يكون في أفراده الصحيحه ضمان كالوديعة فتكون أفراده الفاسده أيضاً كذلك، وثالثه لا- يكون النوع موجبا للضمان مع ثبوته في بعض أصنافه كالعاريه فإن نوعها لا يوجب الضمان ويكون الضمان في مثل عاريه الذهب والفضّه.

وعلى ذلك فلو كان العموم في القاعده بحسب الأنواع فقط أصلاً وعكسا لكان مفادها عدم الضمان في فاسد عاريه الذهب والفضّه باعتبار أنه لا يكون في نوع العاريه ضمان، وعلى ذلك فلا بد من كون العموم في القاعده بلحاظ الأنواع والأصناف بأن يكون مفادها أن كل نوع من العقد أو صنف من نوعه كان في صحته ضمان ففاسده أيضاً يكون تابعا لصحته في الضمان، فيكون الضمان في العاريه المزبوره باعتبار ثبوته في ذلك الصنف في فرض صحته.

لا- يقال: ظاهر العموم هو الاستغراق بحسب أفراد العقد، لا الأنواع أو الأصناف، فيكون مفادها أن كل ما يكون في الخارج من أشخاص العقد فإن كان فيه الضمان في فرض صحته يكون الضمان في فرض فساده أيضاً، وإلى ذلك أشار رحمه الله في عبارته بقوله: وربما يحتمل في العبارة... إلخ، وعلى ذلك فلو باع البايع متاعه بلا ثمن بأن قال: «بعتك بلا ثمن» وقبله المشتري فلا يثبت في ذلك ضمان المبيع؛ لأن هذا البيع على

ص: ٧٧

ثم المتبادر من اقتضاء الصّحيح للضمان اقتضائه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصّحيح، ففي الضمان بالفساد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكاً بهذه القاعده إشكال، كما لو استأجر إجاره فاسده واشترط فيها ضمان العين، وقلنا بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفاسد لأنّ صحيحه يضمن الشرح:

تقدير صحته وإمضاء الشارع له لم يكن فيه ضمان فلا- يكون الضمان مع فساده أيضاً، وهذا بخلاف ما إذا كان العموم في القاعده بحسب الأنواع أو الأصناف، فإنه بناءً عليها يثبت في المثال الضمان، فإن نوع البيع فيه ضمان مع صحته.

فإنه يقال: ظاهر عبارته القاعده تبعيه فاسد العقد لصحيحه في الضمان وأنه إذا ثبت في مورد الضمان بالعقد الصحيح يثبت الضمان في ذلك المورد بفساده فلا بد من كون الاستغراق بحسب النوع أو الصنف، ليكون له فرد صحيح وفساد فعلاً ويكون فاسده تابعاً لصحيحه، وهذا بخلاف ما كان الاستغراق بحسب الأشخاص فإنه لا يمكن الصحة والفساد في الشخص إلا على نحو التقدير والتعليق.

وبالجملة: ظاهر عبارته فعليه القسمين لا تقديرهما، فيكون مفادها ثبوت الضمان في المثالين المتقدمين باعتبار ثبوت الضمان في جميع الأفراد الصحيحه لنوع البيع أو الإجاره.

أقول: الظاهر عدم الفرق في النتيجة بين إرادته النوع أو الصنف أو الأشخاص وأنه لا يثبت الضمان في المثالين المتقدمين باعتبار أن البيع بمعناه لا ينطبق على المعامله المزبوره، حيث إن مفاد قوله: «بعتك بلا ثمن»، إرادته التملك مجاناً، وهذا في حقيقته هبه مجانيه قد عبر عنها بلفظ البيع فلا- ضمان فيها ولا يبعد صحتها، إذ لا يعتبر في إنشاء الهبه لفظ خاص. وكذا الحال في قوله: «آجرتك بلا أجره»، فإنه من تملك المنفعه مجاناً فلا ضمان فيه.

به ولو لأجل الشرط، أم لا؟ وكذا الكلام في الفرد الفاسد من العاريه المضمونه.

ويظهر من الرياض اختيار الضمان بفسادها مطلقاً [١] تبعاً لظاهر المسالك.

ويمكن جعل الهبه المعوضه من هذا القبيل بناءً على أنها هبه مشروطه لا معاوضه.

وربما يحتمل في العبارة أن يكون معناه أن كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً يضمن به مع الفساد، ويترتب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا أجره كما اختاره الشهيدين أو باع بلا ثمن كما هو أحد وجهي العلامه في القواعد، ويضعف بأن الموضوع هو العقد الذي يوجد له بالفعل صحيح وفساد لا ما يفرض تاره صحيحاً وأخرى فاسداً فالتعنين بمقتضى هذه القاعده الضمان في مسأله البيع، لأن البيع الصحيح يضمن به.

نعم ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعده بأنه أقدم على العين مضمونه عليه لا يجري في هذا الفرع لكن الكلام في معنى القاعده لا في مدركها.

ثم إن لفظه «الباء» [٢] في «بصحيحه» و«بفساده»، إما بمعنى «في»، بأن يراد: كل ما تحقق الضمان في صحيحه تحقق في فاسده، وإمّا لمطلق السببيه الشامل للناقصه لا العله التامه، فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض، كما في السلم والصيرف، بل مطلق البيع، حيث إن المبيع قبل القبض مضمون على البائع، بمعنى أن دركه عليه، ويتداركه برد الثمن، فتأمل، وكذا الإجاره والنكاح والخلع، فإن المال في ذلك كله مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلمه من انتقل إليه.

الشرح:

[١] أي بفساد الإجاره، سواء كان الضمان له شرط أم لا.

[٢] إن كانت الباء بمعنى في فالمفاد واضح، وإن كانت بمعنى السببيه فلا بد من

وأما العقد الفاسد، فلا يكون عله تامة أبداً، بل يفتقر في ثبوت الضمان به إلى القبض فقبله لا ضمان، فجعل الفاسد سبباً: إما لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان، وإما لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض، ولذا علل الضمان الشيخ وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونه عليه، ولا- ريب أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه.

والغرض من ذلك كله: دفع ما يتوهم أن سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا- العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببه الضمان ويقال: كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؟ وقد ظهر من ذلك أيضاً: فساد توهم أن ظاهر القاعده عدم توقف الضمان في الفاسد على القبض، فلا بد من تخصيص القاعده بإجماع ونحوه.

الشرح:

كون المراد بها الدخاله ولو بشرط القبض، وأنه إذا كان صحيح العقد دخيلاً في الضمان ولو كانت دخالته بالنحو الناقص كما في بيع الصرف والسلم حيث يتم الضمان فيهما بالقبض يكون كذلك فاسده.

أقول: لعمري إن الكلام في القاعده وتصحيح مفادها بلا- طائل، فإن الضمان كما ذكرنا في أول البحث يكون ضماناً معاملياً، وآخر ضمان تلف ويحتاج ثبوت عقد كل منهما إلى دليل إمضاء ذلك العقد أو الحكم به فيه كالحكم في النكاح بضمن الزوج المهر المسمى أو بضمن المستعير تلف الذهب أو الفضة، ومع فرض فساد النكاح أو العاربه ينتفى الضمانان ولا يمكن الحكم بثبوتهما في فاسدهما؛ لأن حكم الشارع بهما ثابت في مورد صحيح العقد فكيف يقاس عليه بفاسده، ولو كان في الفاسد الضمان بالأدله العامه فلا بد من التكلم في تلك الأدله بدلاً عن التكلم في القاعده فيرى أن تلك الأدله تعم العقود الفاسده أم لا.

ص: ٨٠

ثم إنَّ المدرک لهذه الکلیه [١] على ما ذکره فی المسالک فی مسأله الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل هو إقدام الآخذ على الضمان [٢]، ثم أضاف إلى ذلك قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى».

والظاهر أنه تبع فی استدلاله بالإقدام الشیخ فی المبسوط، حيث علل الضمان فی موارد كثيره من البيع والإجاره الفاسدين بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى، فإذا لم یسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القیمه.

الشرح:

[١] ولعل مراد المسالک (١) فی تعرضه للقاعده فی مسأله الشروط هو: أن كون العين المرهونه مبيعاً بإزاء الدين عند انقضاء أجل الدين شرط فاسد، حيث إن الشرط المزبور من شرط النتيجة وكون البيع محتاجاً إلى الإنشاء ظاهر.

لا يقال: الاشتراط المزبور بنفسه إنشاء للبيع.

فإنه يقال: على تقدير كونه إنشاءً فهو بيع معلق.

والحاصل: بما أنَّ العين المرهونه فی الرهن الصحيح ليست مضمونه على المرتهن فلا تكون مضمونه فی فاسده أيضاً، هذا بالإضافة إلى قبل انقضاء الأجل والبناء على أن الشرط المزبور فاسد ومفسد للرهن، وأما بعد انقضاء الأجل فتدخل العين المرهونه فی ضمان المرتهن، حيث إن صحيح البيع فيه ضمان فيكون الضمان بفاسده أيضاً، والمفروض تحققه بفعليه المعلق عليه بمقتضى شرط النتيجة، فيكون المشتري يعنى المرتهن ضامناً للعين المرهونه بعدها.

[٢] قد ذكر فی أدله الضمانات أمور: منها قاعده الإقدام على الضمان، وأورد عليها المصنف رحمه الله بوجهين:

الأول: أن المشتري فی البيع الفاسد يكون إقدامه على ضمان المبيع بالثمن

ص: ٨١

وهذا الوجه لا يخلو عن تأمل، لأنهما إنما أقدما وتراضيا وتواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص، لا الضمان بالمثل أو قيمه، والمفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، ومطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصيه أخرى، فالضمان بالمثل أو قيمه إن ثبت، فحكم شرعي تابع لدليله وليس مما أقدم عليه المتعاقدان.

هذا كله، مع أنّ مورد هذا التعليل أعمّ من وجه من المطلب، إذ قد يكون

الشرح:

المسمى، وإذا فرض عدم ثبوت هذا الضمان كما هو مقتضى الفساد يكون ضمانه بضممان التلف بلا موجب فإنه ضمان لم يقدم عليه المشتري.

والثاني: أن النسبه بين الإقدام وثبوت الضمان العموم من وجه، فلائنه قد لا يثبت الضمان بمجرد الإقدام عليه كما في البيع قبل القبض فإن إقدام المشتري على ضمان المبيع يكون بشرائه، مع أن ضمانه عليه يثبت بعد قبضه، وقد لا يكون إقدام ولكن يثبت الضمان، كما إذا اشترى متاعا بشرط عدم ضمان ذلك المتاع حتى بعد القبض، فإنه لا يكون مع الشرط المزبور إقدام من المشتري على الضمان، وكذا في مورد البيع بلا ثمن أو الإجاره بلا أجره.

أقول: الأولى في المثال للضمان مع عدم الإقدام فيما إذا أخذ العين الموهوبه له مجانا فبانت ملك لآخر فإنه بقبوله الهبه من غير مالکها مع جهله بالحال لم يقدم على الضمان أصلاً.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من المثال لثبوت الضمان مع عدم الإقدام فيمكن المناقشه فيه بعدم ثبوت الضمان في مثالي البيع بلا ثمن أو الإجاره بلا أجره كما مرّ، وأما مسأله شراء المتاع بثمن معين بشرط كون ضمان تلفه على البايح حتى بعد القبض فالشرط المزبور باعتبار فساده يكون ملغى، ويصح أصل البيع ويثبت الضمان المعاملى فيجب على المشتري دفع الثمن عند أخذه المبيع.

ص: ٨٢

الإقدام موجوداً ولا ضمان، كما قبل القبض، وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقّق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، وكما إذا قال: «بعتك بلا ثمن» أو «آجرتك بلا أجره».

نعم، قوَى الشَّهيدان في الأخير عدم الضمان، واستشكل العلامة في مثال البيع في باب السلم.

وبالجملة، فدلّيل الإقدام مع أنّه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله منقوض طرداً وعكساً.

وأما خبر «على اليد» فدلالته [١] وإن كانت ظاهره وسنده منجبراً إلّا- أنّ مورده مختصّ بالأعيان فلا- يشمل المنافع والأعمال المضمونه في الإجاره الفاسده، اللهم إلّا أن يستدلّ على الضمان فيها بما دلّ على احترام مال المسلم وأنّه لا يحلّ مال امرئٍ إلّا عن طيب نفسه، وأنّ حرمة ماله كحرمة دمه وأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد مضافاً إلى أدلّه نفى الضرر فكلّ عمل وقع من عاملٍ لأحدٍ بحيث يقع بأمره الشرح:

[١] قد تقدم أن الحديث نبوي (١) ضعيف ذكر في بعض الكتب الفقيهيه أخذاً من العامه.

ودعوى انجبار ضعفه بعمل المشهور مدفوعه بأنه لم يحرز استنادهم في حكمهم بالضمان، ويكفي في ذلك ملاحظه كلام الشيخ رحمه الله (٢) واستدلاله على الضمان بالإقدام دون الحديث، وفي دلّالته أيضاً على ضمان المنافع قصور فإنّ الذيل فيه قرينه على انحصار مدلوله بما إذا كان المأخوذ قابلاً للردّ إلى مالكة كما في العين، وأما المنافع فهي غير قابله للرد المستوفى منها أو غيرها، حيث إنها تفوت بمرور الزمان وهذا بالإضافة إلى منافع الأعيان التي تؤخذ بتبع أخذ تلك الأعيان، وأما الأفعال كالخياطه

ص: ٨٣

١- (١) الحديث المذكور في المتن، عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

٢- (٢) المبسوط ٦: ٣٠٢.

وتحصيلاً لغرضه، فلا بدّ من أداء عوضه لقاعدتي الاحترام ونفي الضرر.

ثمّ إنّ لا يبعد أن يكون مراد الشّيخ [١] ومن تبعه من الاستدلال على الضّمان الشّرح:

فإنها غير قابلة للأخذ فلا يكون الحديث دالاً على ضمان المستأجر فيما إذا خاط الأجير ثوبه بالإجاره الفاسده.

نعم يمكن أن يقال: لا- يكون ذيل الحديث قرينه على اختصاص الموصول بالأعيان حيث إن انتهاء الضمان كما يكون بردّ المأخوذ كذلك يكون برد بدله.

وبعبارة أخرى: لا بد من تقييد إطلاق الذيل بذكر العدل وهو رد البدل والمنافع كالأعيان التالفه قابله للرد ببدلها، وأما ما دل على احترام مال المسلم فمقتضاه الضمان مع الإلتلاف أو الاستيفاء لا ضمان التلف سواء كان المتلف عينا أو منفعه، فإن عدم الضمان في المأخوذ بالبيع الفاسد الذي تلفت عينه ومنفعته بآفه سماويه لا ينافي قاعده الاحترام، خصوصا فيما إذا كان المشتري غافلاً عن فساد البيع، وعلى ذلك فلا- يكون ما دل على حرمة مال المسلم وأنها كحرمة دمه (١) وأنه لا يصلح هدر حق أحدٍ كافياً في إثبات ضمان التلف، وقوله: «لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفسه» (٢) لا يدل على الضمان أصلاً، بل مدلوله حرمة التصرف في مال الغير من دون رضاه.

وأما قاعده اللاضرر (٣) فلا حكومه لها في المقام، فإن مقتضاها انتفاء الأحكام الموجه للضرر والضرر هنا ناشٍ عن التلف، سواء حكم بالضمان أولاً، والحكم به مع أنه معارض بالضرر على الضامن، فلا يمكن أخذ عمومها لمورد تعارض الضررين تداركاً للضرر بحسب الحكم، وتكون خارجه عن مدلول القاعده.

[١] وحاصله أن الموجب للضمان في مورد تلف العين أو المنفعه هي قاعده

ص: ٨٤

١- (١) عوالي اللآلي ٣: ٤٧٣، الحديث ٤ .

٢- (٢) عوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠ .

بالإقدام والدخول عليه: بيان أنّ العين والمنفعة اللذين تسلّمهما الشخص لم يتسلّمهما مجاناً وتبرّعاً حتّى لا يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض، كما فى العمل المتبرّع به والعين المدفوعه مجاناً أو أمانه، فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد فى الأموال واحترام الأعمال.

نعم فى المسالك ذكر كلاً من الإقدام واليد دليلاً مستقلاً فيبقى عليه ما ذكر سابقاً من النقص والاعتراض.

ويبقى الكلام حينئذٍ فى بعض الأعمال المضمونه التى لا يرجع نفعها إلى الضامن ولم يقع بأمره كالسبب فى المسابقه الفاسده حيث حكم الشيخ والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق أجره المثل خلافاً لآخرين ووجهه: أنّ عمل العامل لم يعدّ نفعه إلى الآخر ولم يقع بأمره أيضاً.

الشرح:

الاحترام ولكن هذه القاعده كقاعده اليد ليست تمام السبب للضمان، حيث يمكن أن يمنع عن الضمان دفع المالك العين مجاناً أو أمانه أو عمل العامل تبرعاً، وتعليل الشيخ (١) ومن تبعه الضمان بإقدام الآخذ عليه لبيان أن المانع عن قاعده اليد المقتضيه للضمان غير حاصل فتكون القاعده مع الإقدام المزبور تمام الموضوع للضمان، لا أن لكل واحد منهما وجه مستقل للضمان، كما هو ظاهر المسالك (٢).

أقول: الصحيح أن يقال: إنّ وضع اليد على مال الغير، من دون إلغاء مالكه حرمة ذلك المال كما فى الهبه مجاناً أو الإذن فى إتلافه كذلك، ومن دون جعل المالك قابض المال أميناً موجب لكون ضمان تلفه عليه، سواء كان المال المزبور عيناً أو منفعه؛ لأن وضع اليد على المنفعه يكون بوضعها على العين، وهذا الضمان فى الموارد المشار

ص: ٨٥

١- (١) المبسوط ٦: ٣٠٢.

٢- (٢) المسالك ٣: ١٥٤ و ٤: ٥٦.

فاحترام الأموال التي منها الأعمال لا- يقضى بضمان الشخص له ووجوب عوضه عليه: لأنه ليس كالمستوفى له، ولذا كانت شرعيته على خلاف القاعده، حيث إنه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع البازل وتمام الكلام في بابه.

الشرح:

إليها مما جرت عليه سيره العقلاء ولم يردع عنها الشرع فتكون كسائر الأحكام التي يكون الدليل عليها سيره العقلائييه في مواردھا.

ثم إنه ربما يحكم الشارع بكون القابض أميناً ولا يكون له ضمان التلف كما في أخذ اللقطه، وربما يحكم بالضمان في مورد الأمانه المالكه كما في عاربه الذهب والفضه فيكون المال في الأول أمانه شرعيه، وفي الثاني مضمونا بتضمين شرعي، وهذا كله بالإضافة إلى ضمان التلف في الأعيان والمنافع التابعه لها، وأما في الأعمال فإن لم يكن للعمل مالیه عند العقلاء فلا يكون العمل موجبا للضمان على أحد إلا إذا كان ضمانا معامليا أمضاه الشارع، كما في ضمان السبق في عقده، ومع البطلان لا يكون ضمان؛ أما المعاملي فلفساد المعامله، وأما ضمان الاحترام فالمفروض عدم الماليه له.

وأما الأعمال التي لها مالیه عند العقلاء فإن كان العامل متبرعا بها وهذا معنى إسقاطه حرمه عمله فلا ضمان على أحد، وكذا إذا لم يكن عمله بالمعامله مع الغير أو بأمر ذلك الغير أو إذنه في العمل بالأجره وأما إذا كانت في البين معاملة فإنه يثبت معها ضمان الأجره المسماه مع صحتها، ويثبت مع فسادها أجره المثل، وكل ذلك للسيره الدارجه فيما بينهم من أهل الملل وغيرهم.

فتحصل مما ذكرنا أن مجرد عدم إقدام الشخص على الضمان لا يمنع عن الضمان في الأعيان ومنافعها، بل لا بد من إلغاء المالك حرمه ماله، وعلى ذلك فلو ظهر أن العين الموهوبه مجانا كانت ملكاً للغير ضمن المتهم ضمان تلفه ولو مع إقدامه عليه. نعم، في الأعمال مجرد عدم إقدام الشخص على ضمانها كافٍ في عدم ثبوت أجره المثل عليه.

ص: ٨٦

لا فرق في الضمان بين جهل الدافع بالفساد وعلمه به

ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفساد [١] بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض، وتوهم أن الدافع في هذه الصورة هو الذي سلطه عليه والمفروض أن القابض جاهل، مدفوع، باطلاق النص والفتوى، وليس الجاهل مغروراً لأنه أقدم على الضمان قاصداً وتسليط الدافع العالم لا- يجعلها أمانه مالكيه، لأنه دفعه على أنه ملك المدفوع إليه، لا أنه أمانه عنده أو عاريه، ولذا لا يجوز له التصرف فيه والانتفاع به، وسيأتي تتمه ذلك في مسأله بيع الغاصب مع علم المشتري. هذا كله في أصل الكليه المذكوره.

وأما عكسها وهو: أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده فمعناه أن كل عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففساده لا يفيد ضماناً كما في عقد الرهن والوكالة والمضاربه والعاريه الغير المضمونه، بل المضمونه بناءً على أن المراد

الشرح:

[١] ذكر رحمه الله أنه إذا كان في صحيح العقد ضمان يثبت ضمان تلف المقبوض في فاسده، سواء كان دافع ذلك المال عالماً بفساد العقد أو جاهلاً، لأن حديث: «على اليد» بإطلاقه يقتضى الضمان في كلا الفرضين، كما أن الفتوى بالضمان في فاسد العقد مطلق يعتمهما.

نعم ربما يستدل على عدم الضمان في صورته علم الدافع بوجهين:

الأول: أن الدافع مع علمه بفساد المعامله وعدم كون مال الطرف عوضاً عن ماله يكون دفعه تسليطاً للطرف بماله وتمليكا له مجاناً، وليس في التمليك المجاني ضمان سواء كان صحيحاً أو فاسداً، وهذا الوجه على تقدير تماميته ينفي الضمان عن القابض، سواء كان هو أيضاً عالماً بفساد المعامله أو جاهلاً، حيث إن أخذه المال في كلا الفرضين مجاني، ولا يمكن دفع هذا الوجه بإطلاق حديث: «على اليد» (١) فإن موارد

ص: ٨٧

١- (١) عوالى اللالكى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

بإفاده الصّحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع في متنه وغير ذلك من العقود اللّازمه والجائزه [١].

الشرح:

إلغاء المالك حرمه ماله بالتسليط المجاني ونحوه خارجه عن ذلك الحديث.

والوجه الثاني: كون الدافع مع علمه بفساد المعامله غارا لدفعه المال إلى القابض الجاهل بالحلال، فيكون القابض مغرورا، وضمان التلف والإتلاف على الغارّ، كمن قدم طعام الغير إلى ضيفه الجاهل بالحلال.

أقول: الوجه الثاني ضعيف جداً، فإن القابض الجاهل لم يقدم على أخذ المال مجاناً، بل أقدم على أخذه بعنوان المعاوضه، فلا يكون مغرورا، ولا يقاس بالضيف لإقدامه على أكل الطعام مجاناً، مع أن قاعده الغرور لا تنفي الضمان، سواءً كان ضمان التلف أو الإتلاف، وإنما توجب استقرار الضمان على الغار.

ويقرب من الوجه الثاني في الضعف الوجه الأول، فإن دفعه المال إلى القابض لا يكون تملكاً مجانياً، بل وفاءً بالمعامله السابقه، ودفعاً للمال إلى الآخر ليقبض عوضه، وعلمه بعدم استحقاقه العوض شرعا كعلمه بعدم استحقاق الطرف المال المدفوع لا ينافي الدفع وفاءً بالمعاوضه المعتبره عنده؛ ولذا لو باع الغاصب بالمعاطاه وأجازه المالك يصح البيع للمالك ولا يكون علم الغاصب بعدم صحه المعاوضه موجبا لكون إعطائه تملكاً مجانياً، لتكون إجازة المالك مصححه للهبه كما لا يخفى.

[١] يعني سائر العقود التي لا ضمان في صحيحها، سواءً كانت لازمه كالإجاره بالإضافة إلى العين المستأجره، أو جائزه كما في العاريه، وعلى ذلك فمقتضى عكس القاعده عدم ضمان العين في الإجاره الفاسده لعدم ضمانها في صحيحها، بل مقتضاه عدم ضمانها في الفاسده حتى مع اشتراط الضمان، فإن الضمان في صحيحها على تقدير الاشتراط كان للشرط، لا لاقتضاء العقد.

ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجره فاسداً، لأنَّ صحيح الإجاره غير مفيد لضمانها كما صرَّح به فى القواعد والتحرير وحكى عن التذكرة وإطلاق الباقي، إلا أنَّ صريح الرِّياض الحِكم بالضمان، وحكى فيها عن بعض نسبتته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب، والظاهر أنَّ المحكى عنه هو المحقق الأردبيلي فى مجمع الفائدة.

وما أبعد ما بينه وبين ما عن جامع المقاصد، حيث قال فى باب الغصب: إنَّ الذى يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجره فاسداً باستيفاء المنفعه، والذى ينساق إليه التَّنظر هو الضمان، لأنَّ التصرّف فيه حرام، لأنَّه غصب فيضمنه، ثم قال: إلاَّ أنَّ كون الإجاره الفاسده لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها منافٍ لذلك، فيقال: إنَّه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً والأصل براءة الذمّه من الضمان فلا تكون العين بذلك مضمونه، ولولا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن، لأنَّ استيلاءه بغير حقّ وهو باطل، انتهى.

الشرح:

وبتعبير آخر: ثبوت الضمان مع الاشتراط باعتبار نفوذ الشرط ولا يكون الشرط مع فساد العقد نافذاً، بل يكون تابعا للعقد فى الفساد، وبهذا يظهر الحال فى العاريه الفاسده المشروط فيها ضمان العين.

ومع كل ذلك فقد ذكر فى جامع المقاصد (1) بعد بيان ظاهر عدم ضمان العين المستأجره فى الإجاره الفاسده حتى مع استيفاء منفعتها، أن الصحيح ثبوت الضمان فى الإجاره الفاسده حتى مع عدم اشتراط الضمان باعتبار أن وضع المستأجر يده على العين مع عدم كونه مالكا لمنفعتها عدوان بالإضافه إلى العين والمنفعه، ولكن هذا الضمان مخالف لقاعده ما لا يضمن بصحيحه.

وأجاب المصنف رحمه الله عن المخالفه بوجهين:

ص: ٨٩

ولعلّ الحكم بالضمان في المسألة: إمّا لخروجها عن قاعده «ما لا يضمن»، لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد، ومورد العقد في الإجاره المنفعه، فالعين يُرجع في حكمها إلى القواعد، وحيث كانت في صحيح الإجاره أمانه مأذوناً فيها شرعاً ومن طرف المالك، لم يكن فيه ضمان، وأمّا في فاسدها، فدفع المؤجر للعين إنّما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها، لحق الانتفاع فيه، والمفروض عدم الاستحقاق، فیده عليه يد عدوان موجب للضمان. وإمّا لأنّ قاعده ما لا يضمن معارضه هنا بقاعده اليد. والأقوى: عدم الضمان، فالقاعده المذكوره غير مخصّصه بالعين المستأجره، ولا متخصّصه.

الشرح:

الأول: تخصيص قاعده ما لا يضمن بصحيحه في الإجاره الفاسده بالإضافه إلى العين المستأجره بحديث: «على اليد» (١) فإنّ الحديث المزبور يعم العين فيها.

نعم لو كانت الإجاره صحيحه كانت العين باعتبار كونها أمانه مالكيه في يد المستأجر وقد أمضاها الشارع خارجه عن عموم الحديث.

والثاني: أن القاعده المزبوره ناظره إلى بيان الضمان وعدمه في مورد العقد ومورد المعامله في صحيح الإجاره وفاسدها المنفعه لا العين.

وبعبارة أخرى: ضمان العين أو عدمه في الإجاره خارج عن أصل القاعده وعكسها بالتخصيص، ولكنه رحمه الله ذكر في آخر كلامه عدم ضمان العين في الإجاره الفاسده وأنها باقيه في عكس القاعده وليست خارجه عنها، لا بالتخصيص كما هو مقتضى الوجه الأول، ولا بالتخصيص بأن يكون المراد من الضمان وعدمه في أصل القاعده وعكسها هو ضمان مورد المعامله وعدمه كما هو مقتضى الوجه الثاني.

أقول: دفع العين المستأجره إلى المستأجر في موارد تعارف دفعها إنّما هو بشرط

ص: ٩٠

١- (١) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

ثم إنه يشكل أطراد القاعده في موارد:

منها الصيّد الذي استعاره المحرم [١] من المُجَلِّ، بناءً على فساد العاريه فإنهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمه مع أنّ صحيح العاريه لا يضمن به، ولذا ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديرى الصيحه والفساد. إلا أن يقال إنّ وجه ضمانه بعد البناء على أنّه يجب على المحرم إرساله وأداء قيمته: أنّ المستقرّ عليه قهراً الشرح:

ضمنى ارتكازى فى عقد إجارتها، وهذا فى حقيقته شرط جعل العين أمانه فى يد المستأجر ليستوفى منها ملكه ومع اشتراط الأمانه ينتفى موضوع الضمان، سواءً كانت الإجاره صحيحه أولاً، لما ذكرنا من أنه لا سيره على الضمان فى موارد الاستيمان، سواء كان الاستيمان ممضى شرعاً أو لا، كما أنه لو شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين يكون ضمانه عليه كما هو مقتضى عموم: «المؤمنون عند شروطهم» (١)، وليس جعل العين المستأجره أمانه عند المستأجر من مقتضيات نفس عقد الإجاره لينافيه اشتراط الضمان، لأن الذى من مقتضيات الإجاره فى مثل البيوت هو وضع البيت تحت يد المستأجر إما بطور الأمانه أو التضمين، فهو تابع للاشتراط.

وعلى ذلك فلو اشترط التضمين فى الإجاره الفاسده يثبت الضمان أيضاً للسيره المشار إليها، وأن وضع اليد على مال الغير لا بطور الاستيمان ومن غير هدر ذلك الغير حرمة ماله موجب للضمان.

[١] ذكر المحقق رحمه الله فى «الشرايع»: «ولا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيداً؛ لأنه ليس له إمساكه، ولو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط عليه» (٢). انتهى.

وظاهر ذلك ضمان تلف العين فينافية هذا الضمان عكس قاعده ما يضمن. ونقل

ص: ٩١

١- (١) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

٢- (٢) شرايع الإسلام ٢: ٤٠٨، كتاب العاريه، الثانى فى المستعير.

بعد العاربه هي القيمه لا العين، فوجوب دفع القيمه ثابت قبل التّلف بسبب وجوب الإلتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلّ عقد، لا بسبب التّلف.

الشرح:

السيد اليزدي رحمه الله (١) في تعليقه عن «الشرايع» العبارة هكذا: «ولا يجوز أن يستعير من محل صيدا؛ لأنه ليس له إمساكه، ولو أمسكه ثم أرسله ضمنه وإن لم يشترط».

وقال رحمه الله: «ظاهر ذلك ضمان الإلتلاف، فإن إرسال الصيد إلتافه»، والكلام في قاعده ما يضمن أصلاً وعكسا في ضمان التّلف لا في ضمان الإلتلاف فلا مخالفه للقاعده.

أقول: إضافه «ثم أرسله» إلى عبارته «الشرايع» باعتبار وقوعه في عبارته «الجواهر» (٢) فزعم أنه من عبارته المتن، أي «الشرايع».

كيف كان، فذكر المصنف رحمه الله أيضا أن الحكم بالضمان في المسأله لا يناهض القاعده، فإن الضمان فيها للإلتلاف، حيث إن حكم الشارع على المحرم بإرسال الصيد إيجاب إلتافه، وهذا الإيجاب إلتاف تعبدى يوجب الضمان.

وفيه: أن إيجاب الإلتلاف ما لم يقع الإلتلاف خارجا لا يوجب الضمان، ولذا لو لم يأكل من يجب عليه أكل طعام الغير لدفع هلا-ك نفسه من الجوع فمات لم يكن مديونا لصاحب الطعام بمثل الطعام أو قيمته، كما لا يصح القول بأن إيجاب الأكل عليه تحفظا على نفسه من الهلا-ك إلتاف لطعام الغير، وعلى ذلك فلو لم يرسل الصيد حتى أخذه صاحبه لم يكن على المستعير شىء.

هذا مع أنه لا- دليل على وجوب الإرسال عليه، بل غايه الأمر عدم جواز إمساكه، وتحصل الموافقه بدفعه إلى صاحبه أو إيصاله إليه. نعم لو أرسله فعليه ضمان الإلتلاف،

ص: ٩٢

١- (١) حاشيه المكاسب للمحقق الطباطبائي: ٩٤، و نقله السيد الخوئي قدس سره في محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٦٠.

٢- (٢) جواهر الكلام ٢٧: ١٦٣.

ويشكل أطراد القاعده أيضاً في البيع فاسداً بالنسبه إلى المنافع التي لم يستوفها[١] فإن هذه المنافع غير مضمونه في العقد الصحيح مع أنها مضمونه في العقد الفاسد إلا أن يقال: إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح والفاسد.

وفيه نظر: لأن نفس المنفعه غير مضمونه بشيء في العقد الصحيح، لأن الثمن إنما هو بإزاء العين دون المنافع.

ويمكن نقض القاعده[٢] أيضاً بحمل المبيع فاسداً، على ما صرح به في الشرح:

والأولى نقض عكس القاعده بعاريه الصبي ماله من آخر فإنه يثبت على الآخر ضمان تلف ماله، مع أنه لا ضمان في صحيح العاريه.

فإن قيل: ما الفرق بين عاريه البالغ حيث إن فيها مع فسادها لا ضمان على المستعير، وبين عاريه الصبي حيث يثبت للمستعير ضمان تلفها.

فإنه يقال: إن فساد عاريه الأول لا- يوجب بطلان إذن المالك للمستعير في حفظ ماله الموجب لارتفاع الضمان كما تقدم، بخلاف عاريه الصبي لبطلان إذنه كعاريته وسائر معاملات.

[١] وربما يقال كما عن السيد الخوئي رحمه الله (١): بأنه لا وجه لتقييد المنافع بغير المستوفاه، فإن المستوفاه وغيرها كلاهما غير مضمون في البيع الصحيح فزمانهما ينافى القاعده. وفيه: أن ضمان المستوفاه لا ينافى القاعده، لا بأصلها ولا بعكسها فإنها ناظره إلى ضمان التلف لا- الإلتلاف والاستيفاء إلتلاف، وعدم ضمان المنافع المستوفاه مع صحه البيع لكونها تابعه لملك العين، فاستيفؤها إلتلاف لملك نفسه لا لملك الغير ليضمن، بخلاف صورته فساد البيع.

[٢] أقول: لا يصحح ضمان الحمل في البيع الفاسد فرض اشتراط دخوله في

ص: ٩٣

المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير: من كونه مضموناً على المشتري، خلافاً للشهيدين، والمحقق الثاني وبعض آخر تبعاً للعلامة في القواعد، مع أن الحمل غير مضمون في البيع الصحيح بناءً على أنه للبائع.

وعن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع، وحينئذ لا نقض على القاعده.

ويمكن النقص أيضاً بالشركة الفاسده [١]، بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها فأخذ المال المشترك حينئذ عدواناً موجب للضمان. ثم إن مبنى هذه القضية السالبة على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط هي الأولويه. وحاصلها: أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده؟

الشرح:

البيع، والوجه في ذلك أن مجرد اشتراط دخوله لا يجعل الحمل جزء المبيع بأن يكون الثمن بإزائه وإزاء الأم مع ليكون بالإضافة إلى الحمل ضمان معاملي، ويثبت ضمان تلفه مع فساد البيع.

والحاصل: الضمان المعاملي يجرى في جزء المبيع لا الشرط، وأن الحمل على تقدير اشتراط الدخول يكون كسائر المنافع التي تدخل في ضمان المشتري مع فساد البيع من غير ثبوت الضمان المعاملي بالإضافة إليها كما لا يخفى.

[١] ووجه النقص أن مع صحه عقد الشركه وجواز تصرف كل من الشريكين في المال المشترك يكون المال المزبور في يد كل منهما كالمال في يد الوكيل أمانه مالكيه فلا يضمن، بخلاف صوره فساد عقدها والبناء على عدم جواز التصرف في مال الشريك فإنه تكون يده على مال صاحبه يد عدوان فيضمن، وهذا ينافي القاعده المزبوره في عكسها، لأن مقتضى عكسها عدم الضمان فيما لا ضمان في صحيحه.

أقول: الظاهر أنه لا ضمان على الشريكين حتى لو قلنا بعدم جواز تصرف كل من

وتوضيحه: أنّ الصّحيح من العقد إذا لم يقتضِ الضّمان مع إمضاء الشّارع له، فالفاسد الّذى هو بمنزلة العدم لا يؤثّر في الضّمان، لأنّ أثر الضّمان إمّا من الإقدام على الضّمان والمفروض عدمه، وإلّا لضمن بصحيحه، وإمّا من حكم الشّارع بالضّمان بواسطه هذه المعامله الفاسده، والمفروض أنّها لا تؤثّر شيئاً [١].

ووجه الأولويه: أنّ الصحيح إذا كان مفيداً للضّمان أمكن أن يقال: إنّ الضّمان من مقتضيات الصّحيح، فلا يجرى في الفاسد لكونه لغواً غير مؤثّر، على ما سبق تقرّبه: من أنّه أقدم على ضمان خاصّ، والشّارع لم يمضه فيرتفع أصل الضّمان، لكن يخذشها: أنّه يجوز أن يكون صحه الرّهن والإجاره المستلزمه لتسلّط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً مؤثّره في رفع الضّمان، بخلاف الفاسد الّذى لا يوجب تسلّطاً لهما على العين. فلا أولويه.

الشرح:

الشريكين في المال المشترك، حيث إن الضمان وعدمه في القاعده أصلاً وعكسا هو ضمان التلف لا الإتلاف، وفيما إذا لم يكن تلف المال مستندا إلى تصرف أحدهما، كما إذا سرق المال المشترك من يد أحدهما فلا موجب للضمان، لأن المال مع صحه الشركه كان في يده أمانه مالكيه وكذلك مع فسادها، والأمانه المالكيه خارجه عن حديث: «على اليد» (١)، ولا يعمها السيره المشار إليها سابقا، بل لا ضمان فيما إذا تلف المال المشترك بتصرف أحد الشريكين، كما إذا اشترى به متاعا ثم نزلت قيمه السوقيه للمتاع فباعه بالأقل، حيث إن بطلان عقد الشركه لا يوجب بطلان الإذن في التصرف، بل البطلان يوجب عدم ترتب الأثر الخاص لصحه العقد، كما هو الحال في بطلان سائر العقود الإذنيه.

[١] لا يخفى ما فيه، فإن فساد العقد معناه عدم ترتب الأثر المترقب من العقد

ص: ٩٥

فإن قلت: إنَّ الفاسد وإن لم يكن له دخل في الضمان، إلا أنَّ مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونه على القابض، وبقي الباقي.

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، وهي عموم ما دلَّ على أنَّ من لم يضمَّنه المالك سواء ملكه إتياءه بغير عوض أو سلَّطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه لحفظه، أو دفعه إليه لاستيفاء حقِّه أو العمل فيه بلا أجره أو معها أو غير ذلك فهو غير ضامن. أمَّا في غير التملك بلا عوض [١] أعنى الهبة فالدليل المخصِّص لقاعده الضمان عموم ما دلَّ على أنَّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك أن تتَّهمه.

وأما في الهبة الفاسده فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم «اليد» بفحوى ما دلَّ على خروج [صور] الاستئمان. فإنَّ استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريقٍ أولى. والتقييد بالمجانیه لخروج التسليط المطلق بالعوض كما في المعاوضات فإنه عين التضمين.

فحاصل أدلِّه عدم ضمان المستأمن [٢]: أنَّ من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمَّنه بعوض واقعيٍّ أعنى المثل أو قيمه ولا جعليٍّ، فليس عليه ضمان.

الشرح:

عليه لا عدم ترتب حكم شرعيٍّ أصلاً كضمان المال.

[١] المستأمن بالفتح مبنى على المفعول، يعنى حاصل أدله عدم ضمان الأمين أن من دفع إليه المالك ماله على وجه لا يضمَّنه بالتشديد، يعنى لا يجعله ضامناً بعوض واقعيٍّ أو جعليٍّ، فليس عليه ضمان.

[٢] يعنى الدليل على عدم الضمان في غير الهبة الفاسده من موارد الاستيوانات

الثانى: من الأمور المتفرّعة على عدم تملكك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب ردّه فوراً إلى المالك والظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه [١] على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح من مجمع الفائدة بل صرح في التذكرة كما عن جامع المقاصد أنّ مؤنه الرد على المشتري لوجوب ما لا يتم الردّ إلّا به وإطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مؤنه كثيره إلّا أن يقيد بغيرها بأدله نفى الضرر.

ويدلّ عليه: أنّ الإمساك آناً ما تصرف في مال الغير بغير إذنه فلا يجوز لقوله عجل الله تعالى فرجه «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلّا بإذنه» ولو نوقش في كون الإمساك تصرفاً كفى عموم قوله صلى الله عليه وآله «لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه» حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في يده.

الشرح:

إطلاق ما دل على عدم ضمان الأمين كموثقه غياث بن ابراهيم (١)، حيث إن دعوى اختصاصها بالأمانه المالكية الصحيحه ضعيفه، كما أن الدليل على نفى الضمان في الهبه الفاسده فحوى ما دل على عدم ضمان الأمين، فإن الاستيمان مع عدم التسليط المطلق في مواردّه إذا كان موجبا لنفى الضمان يكون التسليط المطلق مجانا كذلك بطريق أولى، نعم التسليط بالعوض مساوق للتضمين.

[١] يعنى لا خلاف في وجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد على تقدير عدم جواز التصرف فيه، كما يلوح عدم الخلاف على هذا التقدير من مجمع الفائدة (٢)، والوجه في ذلك أن الإمساك به تصرف فيجب ردّه تخلّصا من الإمساك المزبور، والظاهر عدم جواز التصرف في المقبوض بلا فرق بين علم الدافع بفساد البيع وعدمه.

ص: ٩٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٣٩، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجاره، الحديث الأول.

٢- (٢) مجمع الفائدة ٨ : ١٩٢ .

وأما توهم: أن هذا ياذنه حيث إنه دفعه باختياره فمندفع: بأنه إنما ملكه إياه عوضاً، فإذا انتفت صفه العوضيه باعتبار عدم سلامه العوض له شرعاً، والمفروض أن كونه على وجه الملكيه المجايته ممّا لم ينشئها المالك وكونه مالاً للمالك وأمانه في يده أيضاً ممّا لم يؤذن فيه ولو أذن له فهو استيداع جديد، كما أنه لو ملكه مجاناً كانت هبه جديده.

الشرح:

وما ربما يقال: من جواز التصرف فيه مع علم الدافع بفساده، بدعوى أن الدفع مع العلم المزبور ترخيص في كل تصرف فيه لا يمكن المساعدة عليه فإن علم الدافع بفساد البيع شرعاً لا- يمنعه من إنشاء تمليكه بعوض، حيث إن إمضاء الشارع التمليك المزبور وعدمه خارج عن قصده وإنشائه، كما أن الرضا بالتمليك المزبور لا يتضمن إذناً لصاحبه في التصرف مع بقاء المال في ملكه.

وأما بالإضافة إلى وجوب الرد فالظاهر التفصيل فيه، وأنه في بعض المبيعات التي يكون المتعارف في بيعها حملها إلى المشتري لغايه التسليم إليه ليس على المشتري مع فساد البيع إلاّ التخليه بين المقبوض وبين بائعه ولو بإخباره أن ماله عنده فله أخذه؛ لفساد المعامله وبقائه على ملكه، وفي المبيعات التي يكون المتعارف فيها تخليه البائع وأخذ المشتري المال من عند البائع يجب فيها على المشتري رد المال بإيصاله إلى بائعه ولا- يكفي التخليه المزبوره، بل لو كانت في إيصاله مؤونه كانت على المشتري، وحديث: «لا ضرر»^(١) لا يجرى في المقام، باعتبار أن حبس المال على بائعه ضرر على البائع.

وقد ذكر في محله أن قاعده لا ضرر لا تعم موارد تعارض الضررين، ولو تلف المال في القسم الأول قبل التخليه المزبوره يكون ضمان تلفه على المشتري بخلاف

ص: ٩٨

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

ضمان المنافع في المقبوض بالعقد الفاسد

هذا ولكن الذي يظهر من المبسوط: عدم الإثم في إمساكه. وكذا السيرائر ناسباً له إلى الأصحاب وهو ضعيف والنسبه غير ثابتة، ولا يبعد إرادته صورته الجهل لأنه لا يعاقب.

الشرح:

ما إذا تلف بعدها، فإن أخبار البايح بأن ماله عنده فله أخذه يخرج المال عن إمساكه المحرم ويدخله في التبرئه من ضمانه على تقدير مماطله المالك في الأخذ، حيث لا يكون معها في سيره العقلاء ضمان، وهذا بخلاف الصورة الثانية فإنه مادام لم يتحقق رد المال على مالكه فضمن تلفه عليه حتى فيما إذا كان ردّه حرجياً عليه، وباعتباره جاز له إمساكه إلى ارتفاع الحرج، حيث إن دليل نفي الحرج لا ينفي الضمان.

ثم لا يخفى أن الرد لا يكون وجوبه نفسياً حتى في الأمانات المالكية عند مطالبه مالكها، بل وجوبه كما أشرنا إليه غيرى تخلصاً من حرمة الإمساك بالمال، كما يظهر ذلك بملاحظه ما دل عليه كصحيحه زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام «أن رسول الله صلى الله عليه وآله وقف بمنى حين قضى مناسكها، إلى أن قال: اللهم اشهد ألا من كانت عنده أمانه فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبه نفسه»^(١).

وما يظهر من بعض الكلمات من أن المفهوم من عدم حل مال الغير وجوب الرد عليه نفساً ضعيف، بل الأمر بالعكس بشهادة مثل الصحيحه، وقد يقال: إن حديث: «على اليد»^(٢) يدل على كل من الضمان ووجوب الرد؛ إما لأن ضمان العين قبل تلفها يستلزم وجوب الرد، فلا معنى له غير وجوب الرد، أو لأن كلاً من الضمان ووجوب الرد مدلول مطابق للحدِيث ومستفاد من كون المال على العهد.

وفيه: أن ظاهر إسناد الظرف إلى المال هو ضمانه فقط، واستفاده التكليف من

ص: ٩٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ١٠، الباب الأول من أبواب القصاص، الحديث ٣.

٢- (٢) مرّ سابقاً .

الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاهها المشتري[١] قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور، بل ظاهر ما تقدم من السرائر، من كونه بمنزله المغصوب: الاتفاق على الحكم.

الشرح:

الحديث محتاج إلى إسناد الظرف إلى فعل مقدر أيضا، بأن يقال: على اليد رد ما أخذت، والتقدير خلاف الأصل، كما أن الجمع بين التقدير ليستفاد التكليف وبين إسناد الظرف إلى نفس المال ليستفاد الضمان غير ممكن.

وأما دعوى أن اعتبار الضمان بدون وجوب الرد لغو وباستلزام الضمان التكليف بالرد، فلا يمكن المساعدة عليها، لإمكان اعتبار شيء على العهده من غير التكليف برده، كما في الديون التي تعتبر على عهده الشخص مع عدم تمكنه على أدائها.

والحاصل: أن وجوب الرد باعتبار أن الإمساك بأموال الناس غير جائز، ولو لم يكن في البين حرمة الإمساك بها والمستفاده من مثل صحيحه زيد الشحام لما كان للحديث: «على اليد»، دلالة عليه. ولو تنزلنا عن ذلك وبنينا على دلالة على وجوب الرد فلا قرينه على كون المراد بالرد هو خصوص الإيصال، بل يعم التخليه في الموارد التي أشرنا إليها، فتدبر.

[١] لو كان للمبيع بالبيع الفاسد منفعه استوفاهها المشتري يكون عليه ضمانها زائدا على ضمان العين على المشهور بين أصحابنا، بل ظاهر ما في السرائر (من أن المأخوذ بالبيع الفاسد كالمغصوب عند المجتهدين من أصحابنا) (١) أنه عندهم مثله في عدم جواز التصرف والضمان، ويقتضى هذا الضمان قاعده احترام مال المسلم المستفاده من مثل موثقه غياث بن ابراهيم (٢) المتقدمه، وكما ذكرنا سابقا أن استيفاء

ص: ١٠٠

١- (١) السرائر ٢: ٢٨٥ و ٣٢٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩: ١٣٩، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجاره، الحديث الأول.

ويدلّ عليه: عموم قوله عليه السلام: «لا- يحلّ مال امرئٍ مسلمٍ إلّا عن طيب نفسه»، بناءً على صدق المال على المنفعة، ولذا يجعل ثمناً في البيع وصداقاً في النكاح. خلافاً للوسيلة، فنفي الضمان، محتجاً بأنّ الخراج بالضمان كما في النبوي المرسل. وتفسيره: أنّ من ضمن شيئاً وتقبّله لنفسه فخراجه له، فالباء للسببية أو المقابلة، فالمشترى لما أقدم على ضمان المبيع وتقبّله على نفسه بتقبيل البائع وتضمينه إياه على أن يكون الخراج له مجاناً، كان اللازم على ذلك أنّ خراجه له على تقدير الفساد، كما أنّ الضمان عليه على هذا التقدير أيضاً.

الشرح:

منفعة المبيع إتلاف لملك الغير فيوجب الضمان، وأما الاستدلال بقوله عليه السلام: «لا- يحلّ مال امرئٍ مسلمٍ إلّا عن طيب نفسه»^(١) كما عن المصنف رحمه الله، فلا يمكن المساعدة عليه؛ لما ذكرنا سابقاً من أن مقتضاه عدم جواز التصرف في مال الغير تكليفاً ووضعاً. وأما الضمان أو عدمه فلا دلالة فيه عليها أصلاً، خلافاً لابن حمزه في «الوسيلة»^(٢)، حيث نفى ضمان المنافع في المقبوض بالبيع الفاسد وتمسك في ذلك بما في النبوي المرسل: «الخراج بالضمان»^(٣). والمراد بالخراج منافع الشيء وعوائده، والباء بمعنى السببية أو المقابلة فيكون مفاده أنّ ضمان العين بإزاء منافعها، أو أنّ ضمانها سبب لكون منافعها للضامن.

والحاصل: أنّ مقتضاه عدم الضمان في المنافع المستوفاه وغيرها.

وذكر المصنف رحمه الله أنّ هذا المعنى مستفاد من الأخبار الكثيرة، مثل قوله عليه السلام في الاستشهاد على كون منافع المبيع للمشترى في بيع الخيار: «ألا ترى أنه لو أحرقت

ص: ١٠١

١- (١) عوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

٢- (٢) الوسيلة: ٢٢٥.

٣- (٣) عوالي اللآلي ١: ٢١٩، الحديث ٨٩.

والحاصل: أنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، ومرجعه إلى أنّ الغنيمه والفائده بإزاء الغرامه، وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيره متفرقه، مثل قوله عليه السلام فى مقام الاستشهاد على كون منفعه المبيع فى زمان الخيار للمشتري: «ألا ترى أنّها لو أحرقت كانت من مال المشتري؟» ونحوه فى الزهن وغيره.

وفيه: أنّ هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بإزائه، وإنّما هو أمر قهرىّ حكم به الشارع كما حكم بضمّان المقبوض بالسّوم والمغصوب.

فالمراد بالضمان الذى بإزائه الخراج: التزام الشىء على نفسه وتقبّله له مع إمضاء الشارع له. وربّما ينتقض ما ذكرنا فى معنى الزوايه بالعاريه المضمونه، حيث إنّه أقدم على ضمانها، مع أنّ خراجها ليس له، لعدم تملكه للمنفعه، وإنّما تملك الانتفاع الذى عينه المالك، فتأمل.

الشرح:

كانت من مال المشتري؟^(١)، فإن ظاهر ذلك أن مقتضى ضمان العين على المشتري كون منافعها له.

أقول: لا- يظهر ما ذكر من مثل قوله عليه السلام، وذلك لما تقدم من أنه لا معنى لكون الإنسان ضامنا لماله، وبما أن المبيع فى بيع الخيار كسائر البيوع ملك المشتري ولا- يكون ثبوت الخيار للبايع موجبا لبقائه فى ملكه، فلا يكون لضمان المشتري معنى ليكون ضمانه فى مقابل المنافع أو سببا لكون المنافع له، بل ظاهره استشهاد الإمام عليه السلام لدخول المنافع تبعا للعين فى ملك المشتري بكون هلاك العين وتلفها فى ملكه.

والحاصل: أنه ليس فى السبب ما يكون وجها لما ذهب إليه ابن حمزه غير النبوى المرسل، وناقش المصنف رحمه الله فيه مع الإغماض عن ضعف سنده بضعف دلالاته على المقام،

ص: ١٠٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٠ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣ ، ولفظ الحديث: «أرأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار، دار المشتري؟!». ومثله فى الدلاله الحديث الأول من هذا الباب.

والحاصل: أنّ دلالة الرّوايه لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك لأجلها قاعده ضمان مال المسلم واحترامه وعدم حلّه إلّا عن طيب النفس.

الشرح:

فإن مدلوله أن مع ثبوت الضمان الإقداى بالإضافه إلى العين وإمضاء الشارع له تكون منافعها للضامن كما في البيع الصحيح، فإن ثبوت الضمان المعاملى بالإضافه إلى المبيع تكون منفعه للمشتري، والضمان مع فساد البيع لا يكون ضمانا إقداى، بل كالضمان في المقبوض بالسوم حكم شرعى مستفاد من حديث: «على اليد» ونحوه، وثبوت هذا الضمان بالإضافه إلى العين لا يوجب كون المنافع للضامن كما في ضمان المغصوب.

بل ربما يقال كما هو الصحيح: لا يكون مجرد الضمان الإقداى موجبا لكون المنافع للضامن حتى مع إمضاء الشارع وكون منافع المبيع للمشتري باعتبار دخول العين في ملكه لا لمجرد ضمان العين، ولذا لا تكون المنافع ملكا للضامن باشرط الضمان على المرتهن أو على المستعير، فإن الثابت للمستعير حتى في مورد ضمان العين جواز الانتفاع، وجوازه بإذن المالك يعبر عنه بملك الانتفاع وأما المنفعه فهى باقيه على ملك المعير، ولذا لو مات المستعير لا تنتقل المنفعه إلى ورثته، بل تبطل العاريه ولا يجوز للورثه الانتفاع بالعين، بخلاف موارد ملك المنفعه فإنه بموت المستأجر تنتقل المنفعه المملوكه له إلى ورثته.

والحاصل: يمكن أن يراد بالضمان في النبوى ضمان العين بالضمان المعاملى لا مجرد الالتزام بضمانها، وضمان المبيع في مقابل الثمن مع صحه البيع المعاملى كما هو مورد، فتكون المنافع للمشتري بذلك الضمان، فإن عمر بن عبدالعزيز قضى في عبد أُشترى واستعمل ثم ظهر كونه معيبا بأن عمله للبايع، فروى عليه عروه عن عائشه أنه وقع مثله في حياه رسول صلى الله عليه وآله فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: عمله للمشتري؛ لأن الخراج بالضمان. (1)

ص: ١٠٣

١- (١) سنن البيهقى ٥: ٣٢١، مع اختلاف يسير .

وربما يردّ هذا القول [١] بما ورد في شراء الجارية المسروقه من ضمان قيمه الولد و عوض اللبن بل عوض كلّ ما انتفع.

وفيه: أنّ الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة أنّ مالك العين جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن، لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير، وأضعف من ذلك [٢] ردّه بصحيحه أبي ولاد المتضمنه لضمان منفعه المغصوب المستوفاه ردّاً على أبي حنيفه القائل بأنه إذا تحقّق ضمان العين ولو بالغصب سقط كراها، كما يظهر من تلك الصحيحه.

الشرح:

[١] يعنى يرد قول ابن أبي حمزه بما ورد فيمن اشترى أمه وأولدها فوجدها أنها مسروقه من مالكةها، حيث إن مشتريها ضامن لمالكها بقيمه ولدها وعوض لبنها، بل عوض كلما انتفع بها (١) ولكن هذا الرد ضعيف، فإن مورد كلام ابن أبي حمزه ما إذا كان ضمان العين بتضمين مالكةها وعدم تضمينه منافعها، ومثل الأمه المفروضه خارج عن ذلك، فإنه ليس فيها تضمين العين من مالكةها وجعل منافعها بلا تضمين، بل الضمان فيها من قبيل ضمان الغصب، حيث إن بايعها لم يكن مالكا لها.

[٢] ووجه كونه أضعف من الرد السابق أن ضمان بيع الأمه المسروقه يكون بالإضافة إلى العين فقط، حيث يجعل الثمن بإزاء المبيع، ولكن بما أن جعل المنافع مجاناً كان من البائع غير المالك فلم يؤثر في ارتفاع الضمان، ولا يقتضى ضمان العين ضمان المنافع فيما إذا كان الجعل المزبور باتفاق المالكين، وهذا بخلاف صحيحه أبي ولاد. الداله على ضمان المنافع، فإن موردها إجاره العين التي تكون المنافع فيها مضمونه بتضمين مالكةها فالضمان في مورد الصحيحه لا يقتضى ضمان المنافع التي لا يكون فيها تضمين، كما هو مورد الكلام في المقام.

ص: ١٠٤

١- (١) أنظر وسائل الشيعه ٢١: ٢٠٤ ٢٠٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٥٢.

نعم لو كان القول المذكور موافقاً لقول أبي حنيفة في إطلاق القول بأن الخراج بالضمان انتهضت الصّحيحة وما قبلها ردّاً عليه هذا كلّه في المنفعة المستوفاه. وأمّا المنفعة الفائته بغير استيفاء، فالمشهور فيها أيضاً الضّمان.

وقد عرفت عبارته الشّرائر المتقدّمة. ولعلّه لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين فهي مقبوضه في يده، ولذا يجرى على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر ويتحقّق قبض الثمن في السّلم بقبض الجاربه المجمعول خدمتها ثمناً، وكذا الدار المجمعول سكنها ثمناً مضافاً إلى أنّه مقتضى احترام مال المسلم إذ كونه في يد غير مالكة مدّه طويله من غير أجره منافٍ للاحترام لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع أموالاً- حقيقه بأنّ مجرد ذلك لا- يكفي في تحقّق الضّمان، إلّا أن يندرج في عموم «على اليد ما أخذت» ولا إشكال في عدم شمول صله الموصول[١] للمنافع وحصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ، ودعوى: أنّه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكله.

الشرح:

نعم لو فرض أن دعوى الوسيله هو عدم ضمان المنافع أصلاً، وأن ضمانها لا يجتمع مع ضمان العين حتى في مورد الغصب والإجاره، فيصح الرد عليه بالروايه والصحيحه.

[١] وحاصله: أن المنفعة وهي قابليه العين للانتفاع بها لا تكون قابله للأخذ وتناول اليد، بل القابل له هو العين فقط.

والحاصل: أن حديث: «على اليد»(١)، قاصر عن الشمول للمنافع باعتبار عدم عموم الصله، أي الأخذ بالمنافع.

أقول: المراد بالأخذ الاستيلاء لا الأخذ الخارجى وتناول اليد، وما ذكر

ص: ١٠٥

١- (١) مرّ سابقاً .

وأما احترام مال المسلم فإنما يقتضى عدم حل التصرف فيه وإتلافه بلا عوض، وإنما يتحقق ذلك فى الاستيفاء فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الإيضاح أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للأصل السليم مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول قاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» له.

ومن المعلوم أنّ صحيح البيع لا- يوجب ضماناً للمشتري للمنفعه، لأنها له مجاناً ولا- يتقسط الثمن عليها وضماتها مع الاستيفاء لأجل الإتلاف، فلا ينافى الشرح:

المصنف رحمه الله من كون الأخذ بمعنى الاستيلاء مُشكلاً، ضعيف، وإلا لم تصدق الصلّه المزبوره على وضع اليد بمثل البساتين والأشجار ونحوهما من الأعيان التى لا تكون قابله للنقل الخارجى وتناول اليد.

نعم، قيل: إن الحديث لا- يعم المنافع، باعتبار أن الذيل فيه وهو قوله: «حتى تؤدى» قرينه على اختصاص صدره بالأعيان فإنها القابله للأداء دون المنافع، ولكن أجبتنا عنه بأن الأداء فى الذيل يعم أداء المأخوذ بنفسه ورده ببدله، حيث ينتهى الضمان بكل من رد العين والبدل، ومع ذلك لا يمكن الاعتماد على الحديث؛ لضعفه سنداً، وكذا لا يمكن التثبت فى الحكم بضمأن المنافع غير المستوفاه بما فى موثقه غياث وصحيحه زيد الشحام(١) من قوله صلى الله عليه و آله من أن: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه»(٢)، فإن مقتضاهما وإن يكن الضمان كما هو مقتضى إطلاق تنزيل المال بالدم، إلا أنه لا يعم المنافع غير المستوفاه، حيث إن عدم ضمانها لا- ينافى احترام المال وإنما ينافى احترامه عدم ضمان الإتلاف، كما هو الحال فى الدم فإن احترامه لا يوجب ضمان التلف، بل يوجب ضمان الإتلاف.

والعمده فى الضمان فى تلك المنافع أيضا السيره العقلانيه فإنه لا فرق عندهم

ص: ١٠٦

١- (١) مرّ سابقاً .

٢- (٢) عوالى اللآلى ٣ : ٤٧٣ / ٤ .

القاعده المذكوره؛ لأنها بالنسبه إلى التّلف لا الإلتلاف، مضافا إلى الأخبار الوارده فى ضمان [١] المنافع المستوفاه من الجاربه المسروقه المبيعه، الساكته من ضمان غيرها فى مقام البيان.

وكذا صحيحه محمد بن قيس الوارده فى من باع وليده أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: «الحكم أن يأخذ الوليده وابنها» وسكت عن المنافع الفائته، فإنّ عدم الضّمان فى هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضّمان هنا بطريق أولى.

الشرح:

بين المنافع الفائته تحت يده وبين المنافع المستوفاه.

ودعوى أنها غير محرزه فى مورد فوت المنفعه تحت اليد من غير استيفاء مدفوعه بملاحظه موارد الغصب، كما فى وضع اليد على دار لم يسكنها أو على بستان لم ينتفع منه وهكذا، ولا وجه لما قد يقال: من أنه لا موجب فى الغصب لضمان المنافع غير المستوفاه فيما إذا كانت تلك المنافع شأنه، كمن يكون عنده مراكب لا يركبها نادرا، ولو وضع الغير يده على تلك المراكب يوما ولكن لم يركبها لا- يضمن للمالك أجره المثل، بخلاف ما إذا وضع اليد على مراكب يركبها صاحبها غالبا أو يؤجرها للركوب كذلك، وذلك فإنه لا يرى فى سيرتهم الفرق بين كون المالك ممن يستعمل المراكب كل يوم أولا.

نعم إذا لم يمكن عادة ركوب المراكب فى زمان لا- لمانع شخصي، بل نوعي، كنزول الثلج أو المنع العام من الخروج من البلد وغيره مما لا يعد معه المراكب ذا منفعه، فلا يكون ضمان باعتبار عدم فوت المنفعه فى يده.

[١] كروايه زواره قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام: الرجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها، ثم يجيء الرجل فيقيم البيئه على أنها جاربه لم تبع ولم توهب، فقال: يردّ إليه جاربه ويعوّضه بما انتفع» (١).

ص: ١٠٧

والإنصاف: أنَّ للتوقّف في المسأله كما في المسالك تبعاً للدروس والتنقيح مجالاً. وربّما يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرض لأحكام البيع الفاسد: اختصاص الإشكال والتوقّف بصوره علم البائع على ما استظهره السيد العميد والمحقّق الثاني من عباره الكتاب، وعن الفخر: حمل الإشكال في عباره على مطلق صوره عدم الاستيفاء.

فتحصل من ذلك كلّ: أنَّ الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاه خمسه:

الأول: الضّمان، وكأنه للأكثر.

الثاني: عدم الضّمان، كما عن الإيضاح.

الثالث: الضّمان إلا مع علم البائع، كما عن بعض من كتب على الشرائع.

الرابع: التوقّف في هذه الصوره، كما استظهره جامع المقاصد والسيد العميد من عباره القواعد.

الخامس: التوقّف مطلقاً، كما عن الدروس والتنقيح والمسالك ومحتمل القواعد، كما يظهر من فخر الدّين. وقد عرفت أنّ التوقّف أقرب إلى الإنصاف، إلا أنّ المحكى من التّذكره ما لفظه: إنّ منافع الأموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونه بالتفويت والفوات تحت اليد العاديه، فلو غصب عبداً أو جاريه أو عقاراً الشرح:

وفي روايه أخرى عن أبي عبدالله عليه السلام قلت له: «رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم إن أباه يزعم أنها له وأقام على ذلك البيئه، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجاريه ويعوضه في قيمه ما أصاب من لبنها وخدمتها»(١). ولا يبعد اعتبار سند الأولى، ولكن لا دلالة فيهما على عدم ضمان

ص: ١٠٨

أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه سواء أتلّفها بأن استعملها، أو فأتت تحت يده بأن بقيت مدّه في يده لا يستعملها عند علمائنا أجمع. ولا يعد أن يراد ب«اليد العاديه» مقابل اليد الحقّه، فيشمل يد المشتري في ما نحن فيه، خصوصاً مع علمه، سيّما مع جهل البائع به. وأظهر منه ما في السّيرائر في آخر باب الإجاره: من الاتّفاق أيضاً على ضمان منافع المغصوب الفائته، مع قوله في باب البيع: إنّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزله الشيء المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم عن إمساكه، انتهى.

وعلى هذا، فالقول بالضمان لا يخلو عن قوه، وإن كان المتراعى من ظاهر صحيحه أبي ولاد[١] اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاه من الشّرح:

المنافع الفائته فإنه لم يفرض فيها فوت منفعه، بل مقتضى العاده في مثل الأمه المزبوره استيفاء منافعها.

وأما صحيحه محمد بن قيس الوارده فيمن باع وليده أبيه(١) فليس فيها بيان ضمان المنافع أصلاً، لا المستوفاه ولا غيرها، ولا يمكن أن يقال: إن السكوت فيها عن ضمان المنافع دليل على عدم ضمانها، وذلك لعدم إحراز كونها في مقام البيان من هذه الجهه ليرفع اليد عن إطلاقها بالإضافه إلى المنافع المستوفاه بقريته ما تقدم، ويتمسك بها في نفى ضمان غيرها.

والحاصل: إنّ الإطلاق مقامى موهومٌ في الصحيحه وليس الإطلاق لفظى ليمن إحرازه بالإصل العقلانى، وإثبات الإطلاق المقامى موقوف على إحراز كون المتكلم في مقام بيان الحكم الآخر أيضاً غير الحكم الوارد في الخطاب.

[١] لم يظهر وجه ما ذكر، فإنه لم يفرض فيها فوت منفعه بلا استيفاء، كما إذا

ص: ١٠٩

١- (١) المصدر السابق: ٢٠٣، الحديث ١.

البغل المتجاوز به إلى غير محلّ الرخصه، إلاّ أنا لم نجد بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها.

الرابع: إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً [١] وجب مثله بلا خلاف إلاّ ما يحكى الشرح:

مكث المستأجر بالبغل أياماً من غير ركوبه (١)؛ ليقال بأن عدم ضمانه أجره تلك الأيام في مورد الغصب يستلزم عدم ضمانها في المقام.

نعم بالإضافه إلى ضمان الأجره المسماه في مورد مخالفه عقد الإجاره كلام موكول إلى كتاب الإجاره، وظاهر الصحيحه عدم ضمان المستأجر تلك الأجره فلاحظ.

[١] المعروف أن التالف في يد المشتري مضمون بالمثل في المثليات، خلافاً لما يحكى عن الإسكافي (٢)، حيث ذكر: أن التالف يكون مضموناً بالقيمه مطلقاً، والكلام فعلاً في ضابط كون التالف مثلياً، حيث ذكر جماعه: أنه ما يتساوى أجزاءه من جهه القيمه (٣)، والمراد بالأجزاء الأفراد، حيث تصدق الحقيقه على كون واحد منها وتساويها من حيث القيمه بالنسبه: أى بإضافه بعضها إلى بعضها الآخر من حيث المقدار، فإذا كانت حنطه مساويه للأخرى في الكم تكون مساويه لها في القيمه أيضاً.

ص: ١١٠

١- (١) يشير إلى صحيحه أبي ولاد المذكوره في المتن، وسائل الشيعة ١٩ : ١١٩، الباب ١٧ من أبواب الإجاره، الحديث الأول .

٢- (٢) حكاه العلامة في المختلف ٦ : ١٣١ ، والشهيد في غايه المراد : ١٣٥ ، وغيرهما .

٣- (٣) منهم الشيخ في المبسوط ٣ : ٥٩ ، وابن زهره في الغنيه : ٢٧٨ ، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٤٨٠ ، والمحقق في الشرايع ٣ : ٢٣٩ ، وتلميذه الفاضل الآبي في كشف الرموز ٢ : ٣٨٢ ، والعلامة في القواعد ١ : ٢٠٣ وغيرهم .

عن ظاهر الإسكافي. وقد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلى، فالشيخ وابن زهره وابن إدريس والمحقق وتلميذه والعلامة وغيرهم (قدس الله أسرارهم)، بل المشهور على ما حكى أنه: ما يتساوى أجزاءه من حيث قيمته.

الشرح:

وعلى ذلك فيلزم على ما ذكر الشهيد رحمه الله (١) من كون المسبوك من الذهب قيمه، فإنه إذا انفصل وكانت قطعه منه نصف مسبوك آخر، فلا تكون قيمته نصف قيمة ذلك المسبوك؛ لدخاله الهيئه في قيمته، وكذا يلزم أن لا يكون الدرهم مثلياً، فإن الدرهم إذا كسر وصار قطعاً تكون تلك القطع مساويه للدرهم من حيث الكم، مع أنه لا تشتري تلك القطع بالدرهم.

ويمكن أن يجاب بأن الدرهم مثلي بالإضافة إلى نوعه الصحيح فلا ينافي عدم كونه مثلاً للقطع من درهم آخر، كما أن كون الحنطه مثلياً لا- ينافي عدم كونها مثلاً- بالإضافة إلى قطع الحنطه المعبر عنها بالجريش، ويلتزم كما عن الشهيد رحمه الله بأن المسبوك من الذهب أو الفضة قيمى.

ثم إن لازم التعريف والتوضيح أن لا يكون مثل الحنطه مثلياً، فإنه ربما تكون حنطه ضعف الأخرى فى المقدار ومع ذلك تكون قيمتها مساويه له كالممن من الحنطه الجيده مع المئين من الرديئه، فيلزم أن لا يكون الحنطه مثليه، بل المثلى أصنافها، وهذا لا يناسب كلماتهم حيث يجعلون الحنطه مثليه. وعلى ذلك فلو تلف أو أتلف فرداً من صنفاها يجب عليه الخروج من ضمانه بدفع فرد آخر من ذلك الصنف، ويبقى أن إطلاق المثلى على الجنس بلحاظ مثليه أصنافها وإن لم يكن بعيداً، إلا أن تطبيق تعريف المثلى فى كلماتهم على الجنس بلحاظ أفراد أصنافه بعيد.

ص: ١١١

والمراد بأجزائه: ما يصدق عليه اسم الحقيقة. والمراد بتساويها من حيث القيمة: تساويها بالنسبة، بمعنى كون قيمه كلّ بعض بالنسبة إلى قيمه البعض الآخر كنسبه نفس البعضين من حيث المقدار، ولذا قيل في توضيحه: إنّ المقدار منه إذا كان يستوى قيمه، فنصفه يستوى نصف تلك القيمة.

ومن هنا رَجِحَ الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيمياً، قال: إذ لو انفصلت نقصت قيمتها. قلت: وهذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثلياً، إذ لو انكسر نصفين نقص قيمه نصفه عن نصف قيمه المجموع، إلا أن يقال: إنّ الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه. وهو الصحيح، ولذا لا يعدّ الجريش مثلاً للحنطه، ولا الدُّقَاقه مثلاً للأُرُزَّ.

ومن هنا يظهر أنّ كلّ نوع من أنواع الجنس الواحد، بل كلّ صنف من أصناف نوع واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف.

فلا يرد ما قيل: من أنّه إن أريد التساوى بالكليّه، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المُعرَّف، إذ ما من مثليّ إلا وأجزاؤه مختلفه في القيمة كالحنطه، فإنّ قفيزاً من حنطه يساوى عشره ومن أخرى يساوى عشرين. وإن أريد التساوى في الجملة، فهو في القيمي موجود، كالثوب والأرض، انتهى.

الشرح:

وأبعد منه القول بأن قولهم: الحنطه مثلي، نظرهم إلى الجنس وعدم ملاحظتهم اختلاف أفراد أصنافها مع كون المثلي كل واحد من تلك الأصناف باعتبار أن التالف مضمون بالجنس عندهم، غاية الأمر يجب عند أداء ما عليه من الجنس رعايه الخصوصيات الصنفيه التي كانت في التالف. ووجه كون هذا أبعد أنه لا وجه لرعايه الخصوصيات بعد فرض عدم اشتغال الذمه بها، كما أن مع وجوب رعايتها لا وجه لعدم اعتبارها على الذمه.

ص: ١١٢

وقد لَوَّح هذا المورد فى آخر كلامه إلى دفع إیراده بما ذكرنا: من أنّ كون الحنطه مثلیه معناه: أنّ كلّ صنف منها متماثل الأجزاء ومتساوٍ فى القیمه، لا- بمعنى أنّ جمیع أبعاض هذا النوع متساویه فى القیمه، فإذا كان المضمون بعضاً من صنف، فالواجب دفع مساویه من هذا الصنف، لا القیمه ولا بعض من صنف آخر.

لكنّ الإنصاف: أنّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم، فإنّهم يطلقون المثلّى على جنس الحنطه والشّعیر ونحوهما، مع عدم صدق التعریف علیه، وإطلاق المثلّى على الجنس باعتبار مثلیه أنواعه أو أصنافه وإن لم یکن بعيداً، إلاّ أنّ انطباق التعریف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جداً، إلاّ- أن یهملوا خصوصیات الأصناف الموجهه لزیاده القیمه ونقصانها، كما التزمه بعضهم. غایه الأمر وجوب رعايه الخصوصیات عند أداء المثل عوضاً عن التالف، أو القرض، وهذا أبعد.

هذا، مضافاً إلى أنّه یشكل أطراد التعریف بناءً على هذا [١] بأنّه إن أُريد

الشرح:

وبالجملة: لا موجب لاعتبار الجنس مثلیاً، مع كون المثلّى نوعه أو صنفه.

[١] یعنی لا یتم التعریف المزبور حتى بناءً على كون المراد من تساوی أفراد الحقیقه تساوی أفراد كل واحد من أصنافها، ووجه عدم التمامیه أنه إن أُريد تساوی تلك الأفراد من جمیع الجهات الموجهه لرغبه الناس التى تكون بها زیاده القیمه ونقصانها، فهذا النحو من التساوی غیر حاصل حتى فى أفراد الصنف الواحد. وإن أُريد من التساوی التقارب بین تلك الأفراد فى تلك الجهات، فهذا حاصل فى أفراد الصنف من القیمیات أيضاً كأصناف الغنم والبقر وغیرهما من حیوان، مع كونه قیماً عندهم.

نعم التقارب كذلك فى أصناف القیمی قلیل وفى اصناف المثلّى کثیر، ولكن القله والكثره تصلحان لملاك الحكم بضمان القیمه فى الأول وبضمان المثل فى الثانى، ولا توجبان كون التعریف المزبور مانعاً عن الغیر.

تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويًا حقيقيًا، فقلّ ما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع لأنّ أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى في القيمة لتفاوتها بالخصوصيات الموجبه لزياده الرّغبه ونقصانها كما لا يخفى.

وإن أريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة وإن لم يتساو حقيقه، تحقّق ذلك في أكثر القيميّات، فإنّ لنوع الجاربه أصنافاً متقاربه في الصفات الموجبه لتساوى القيمة وبهذا الاعتبار يصحّ السّلم فيها [١] ولذا اختار العلامه في باب القرض [٢] من التذكرة على ما حكى عنه أنّ ما يصحّ فيه السّلم من القيميّات مضمون في القرض بمثله.

وقد عدّ الشيخ في المبسوط الرّطب والفواكه من القيميّات مع أنّ كلّ نوع منها مشتمل على أصناف متقاربه في القيمة بل متساويه عرفاً، ثمّ لو فرض أنّ الصنف المتساوى من حيث القيمة في الأنواع القيميه عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثلّيه لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف. نعم يوجب ذلك الفرق بين النوعين في الشرح:

وبالجملة، فالتعريف المزبور للمثلى شامل للقيمي أيضا.

[١] أى باعتبار تقارب أفراد القيمي أيضا في الصفات الموجبه للماليه يجوز السلم في القيمي، حيث يعبر في السلم أن لا يكون توصيف المبيع موجبا لندره وجوده.

[٢] وهذا أيضا استشهاد لما ذكره من أنّ تقارب الأفراد في الجهات الموجبه للماليه لا يختص بالمثلّيات، وبيانه أنه لو كان تقارب الأفراد فيها مختصا بها لم يكن للعلامه الحكم على القيمي في السلم بأنه مضمون في مورد القرض بالمثل.

والحاصل: حكمه رحمه الله بأن ما يصح فيه السلم من القيميّات إذا وقع مورد القرض

حكمه الحكم بضمان المثلى بالمثل والقيمي بالقيمه، ثم إنه قد عرّف المثلى بتعاريف أخر أعمّ من التعريف المتقدم أو أخصّ:

فمن التحرير: أنه ما تماثلت أجزاؤه [١] وتقاربت صفاته.

وعن الدّروس و الرّوضه: أنه المتساوى الأجزاء [٢] والمنفعه، المتقارب الصفات. وعن المسالك والكفايه: أنه أقرب التعريفات إلى السلامه.

وعن غايه المراد: ما تساوى أجزاؤه [٣] فى الحقيقه النوعيه. وعن بعض العامه: أنه ما قدّر بالكيل أو الوزن.

الشرح:

يكون مضمونا بالمثل، فرض لوجود المثل للقيمي.

[١] لا يخفى أن هذا (١) مثل التعريف السابق، فإن تماثل الأفراد وتقارب صفاتها يكون فى المثليات والقيميات ولو باعتبار أفراد الصنف. وبعبارة أخرى: إن أريد التماثل من جميع الجهات فلا- يعم التعريف جميع المثليات، وإن أريد التقارب فيها فيشمل القيميات أيضا.

[٢] وهذا (٢) بظاهره أخص من التعريف المتقدم، حيث أخذ فيه مع تساوى الأفراد تساويها فى المنفعه وتقاربها فى صفاتها، اللهم إلا- أن يقال: تقييد التساوى فى التعريف المتقدم بالقيمه فى قوه ذكر تساويها فى المنفعه وتقاربها فى الصفات، وعليه فيرد على هذا التعريف ما أورد به على سابقه.

[٣] وهذا (٣) أعم من التعريف المتقدم، حيث إن هذا يعم جميع المثليات

ص: ١١٥

١- (١) يشير قدس سره إلى ما فى التحرير كما فى المتن، حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٦: ٢٤٢، وانظر التحرير ٢: ١٣٩.

٢- (٢) يشير قدس سره إلى ما فى الدروس والروضه كما فى المتن، الدروس ٣: ١١٣، عنه الروضه البهيه ٧: ٣٦.

٣- (٣) يشير قدس سره إلى ما فى غايه المراد كما فى المتن، غايه المراد: ١٣٥.

وعن آخر منهم زياده: جواز بيعه سلماً.

وعن ثالث منهم زياده: جواز بيع بعضه ببعض، إلى غير ذلك ممّا حكاه في التذكرة عن العامه.

ثمّ لا يخفى أنّه ليس للفظ «المثلى» حقيقه شرعيه ولا متشريعيه، وليس المراد معناه اللغوى، إذ المراد بالمثلى لغه: المماثل، فإن أريد من جميع الجهات فغير منعكس، وإن أريد من بعضها، فغير مطرد. وليس فى النصوص حكم يتعلّق بهذا العنوان حتّى يبحث عنه.

نعم، وقع هذا العنوان فى معقد إجماعهم على أنّ المثلى يضمن بالمثل، وغيره بالقيمه، ومن المعلوم أنّه لا يجوز الاتّكال فى تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفه الباقيين. وحينئذٍ فينبغى أن يقال: كلّ ما كان مثلياً باتّفاق المجمعين فلا إشكال فى ضمانه بالمثل، للإجماع، ويبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم، كالذهب والفضه الغير المسكوكين، فإنّ صريح الشيخ فى المبسوط كونهما من القيميات، وظاهر غيره كونهما مثليين، وكذا الحديد والنحاس والرّصاص، فإنّ الشرح:

والقيميات فإنّ الأفراد فيهما مشتركه فى الحقيقه النوعيه، كما أن ما ذكره بعض العامه من أن المثلى ما قدر بالكيل والوزن (1) غير تام، فإنّ التقدير بهما ربما يكون فى القيمى كبعض الفواكه، والتقدير بالعد أيضاً يكون فى المثلى كالثوب، ومثله ما عن بعض آخر منهم من جواز بيعه سلماً (2)، فإنّ القيمى أيضاً يجوز بيعه سلماً فيما لا يكون التوصيف موجبا لندره وجوده، وكذا ما عن ثالث منهم من إضافه بيع بعضه ببعض، فإنّ جواز هذا البيع لا يختص بالمثليات.

ص: ١١٦

١- (١) بدايه المجتهد ٢: ٣١٧، المغنى لابن قدامه ٥: ٢٣٩، ٢٤٠، المحلى ٦: ٤٣٧.

٢- (٢) أنظر مغنى المحتاج ٢: ٢٨١.

ظواهر عبائر المبسوط والغنيه والسرائر كونها قيميه. وعبارته التحرير صريحه فى كون أصولها مثليه وإن كان المصوغ منها قيمياً. وقد صرح الشيخ فى المبسوط: بكون الرطب والعنب قيمياً، والتمر والزبيب مثلياً. وقال فى محكى المختلف: إن فى الفرق إشكالاً، بل صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب والعنب مثليين.

وقد حكى عن موضع من جامع المقاصد: أنّ الثوب مثلى، والمشهور خلافه. وأيضاً فقد مثّلوا للمثلى بالحنطه والشعير، ولم يعلم أنّ المراد نوعهما أو كلّ صنف؟ وما المعيار فى الصنف؟ وكذا التمر.

الشرح:

أقول: الأظهر أن يقال: ضمان التالف إما بالمثل أو القيمه، والأول فى موارد عدم ندره المثل للتالف غالباً، والثانى فى موارد ندرته كذلك، والمراد بالمثل هو القريب إلى التالف فى الأوصاف التى تكون بها المالىه أو زيادتها، لا سائر الخصوصيات التى قد يتعلق غرض شخصى بالشىء باعتبارها، وربما يزيد بها الثمن عند شرائه ولكن لا تكون الخصوصيه المزبوره منظوره مقصوده للعقلاء الراغبين فى الشىء المزبور.

ولو أحرز أن المال بالإضافه إلى التالف كذلك ولم يكن وجوده عزيزاً نوعاً، بحيث لا يعد الظفر به من الاتفاق فالمال مثلى، وفى صورته عزه وجوده وندرته الظفر به فالمال قيمى، كبعض الجواهر، فلو تراضى المالك والضامن فى الأول على القيمه فهو، وإلا فلا- يستحق المالك غير المطالبه بالمثل، كما أنه فى الثانى لا يستحق إلا المطالبه بالقيمه. وليس له إزامه بدفع المثل وإن اتفق تيسير تحصيله، فإن عمدته الدليل على الضمان فى مورد الكلام سيره العقلاء، ومقتضى سيرتهم فى موارد ضمان التلف والإتلاف ما ذكرنا، فلاحظ.

ص: ١١٧

ما هو الاصل فيما يشك في كونه مثلياً أو قيمياً

والحاصل: أنّ موارد عدم تحقّق الإجماع على المثليه فيها كثيره، فلا بدّ من ملاحظه أنّ الأصل الذي يرجع إليه [١] عند الشكّ هو الضّمان بالمثل، أو بالقيمه، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل والقيمه؟ ولا- يبعد أن يقال: إنّ الأصل هو تخيير الضّامن، لأصالة براءة ذمّته عمّا زاد على ما يختاره، فإنّ فرض إجماع على خلافه فالأصل تخيير المالك، لأصالة عدم براءة ذمّته بدفع ما لا يرضى به المالك، مضافاً إلى عموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» فإنّ مقتضاه عدم ارتفاع الضّمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضى المالك بشيء آخر.

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

الشرح:

[١] أقول: مقتضى القاعده في مورد دوران التالف بين المثلى والقيمي هو تخيير الضامن، وبيان ذلك أن العلم الإجمالي الحاصل للضامن تكون ذمته مشغوله إما بالمثل أو القيمه وإن كان من قبيل العلم الإجمالي بالتكليف بين المتبائنين، إلا أنه لا ينبغي الريب في أنه لا يجب على الضامن دفع المثل أو القيمه معا، لعدم وجوب هذا الاحتياط في الماليات. وليس دوران الأمر بين استحقاق المالك القيمه أو المثل من دوران الأمر بين الأقل والأكثر، بأن يكون الثابت في ذمته مطلق ماله التالف أو ماليته في ضمن المثل، ليكون دفع المثل احتياطاً ودفع القيمه عملاً بأصالة البراءة، وذلك لأن المراد بالماليه في المقام ليست هي القيمه ضمن أى شيء، بل بالنقود المتعارفه للأثمان كالدراهم والدنانير، ودوران الأمر بين القيمه وكذلك وبين المثل من قبيل المتبائنين، وبعد فرض عدم وجوب الموافقه القطعيه في المقام بدفع القيمه والمثل معا تصل النوبه إلى الموافقه الاحتماليه باعتبار العلم بعدم جواز إهمال الموافقه رأساً.

لا يقال: كيف يجوز للمالك أخذ ما يختاره الضامن، حيث يحتمل أن يكون

نعم، يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال، والإجماع على عدم تخيير المالك : التخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعنى: تعين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبه قيمه ولا للضامن الامتناع، وتعيين قيمه كذلك، فلا متيقن في البين، ولا يمكن البراءه اليقنيه عند التشاح، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى، فتأمل.

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إنَّ القاعده المستفاده من إطلاقات الضمان في المغصوبات والأمانات المفرط فيها، وغير ذلك، هو الضمان بالمثل، لأنه أقرب إلى التالف من حيث المائيه والصفات، ثم بعده قيمه التالف من النقدين وشبههما، الشرح: المدفوع إليه غير ما يستحقه.

فإنه يقال: دفع الضامن واحدا من المثل أو قيمه باعتبار أنه إما عين ما يستحقه المالك عليه أو عوض عنه، فيجوز للمالك أخذه إما لأنه عين ماله أو بدله بجعل الضامن، مع أن للمالك أخذه تقاصا لماله على تقدير كونه غير ما يستحقه على الضامن، لأن الضامن لا يدفع إليه ذلك المال.

ودعوى تخيير المالك، فإنه مقتضى قاعده الاشتغال الجاربه في حق الضامن، حيث إن المالك إذا رضى بالمثل فدفعه إليه مبرئ لذمه الضامن قطعا، فإنه إن كان عين ما يستحقه عليه فهو، وإن كان ما يستحقه عليه هي قيمه فقد رضى المالك منها بالمثل على الفرض، وهذا بخلاف ما إذا رفع إليه غير ما اختاره فإنه يحتمل عدم فراغ ذمته مدفوعه بأنه لم يتم دليل على وجوب تفرغ الذمه في الفرض على الضامن؛ لعدم تنجز التكليف المعلوم بالإجمال بوجوب موافقته القطعيه. وإنما الثابت في حقه في الفرض لزوم موافقه الاحتماليه حتى لا- يمنع الغير قطعا عما يستحقه عليه؛ ولذا لو طالب المالك بغير المثل أو قيمه في الفرض بأن رضى عن عوض التالف المردد بين كونه

لأنهما أقرب من حيث المالیه، لأنّ ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما. ولأجل الاتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نصّ الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلّها إلّا ما شدّ وندر قد أطلق فيها الضمان، فلولا- الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشّارع إهماله في موارد البيان. وقد استدلّ في المبسوط والخلاف على ضمان المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمه بقوله تعالى: «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» بتقريب: أنّ مماثل «ما اعتدى» هو المثل في المثلي، والقيمه في غيره، واختصاص الحكم بالمتلف عدواناً لا يقدر بعد عدم القول بالفصل.

الشرح:

مثليا أو قيميا بثوب الضامن مثلاً، فلا- يجب على الضامن دفع الثوب المزبور بدعوى أنه يجب عليه تفرغ ذمته، وأن التالف لو كان قيميا فقد رضی المالك من قيمته بالثوب، وإن كان مثليا فقد رضی به من المثل.

وبالجملة: كما لا- يجب على الضامن في المقام الموافقه القطعيه بدفعه القيمه والمثل معا كذلك لا يجب عليه تحصيل رضا المالك، بل الثابت في حقه الموافقه الاحتماليه، بل إذا أخذ المالك ما دفع إليه يحصل فراغ ذمه الضامن، لما ذكرنا من كونه إما عين ما يستحقه أو بدله جعلاً- أو تقاصاً من المالك. وأما احتمال تخيير المجتهد في الإفتاء بضمان المثل أو القيمه في صورته تشاح الضامن مع المالك فلا دليل عليه، بل لو قيل بجواز تخيير المجتهد في الإفتاء فهو في مورد تعارض الخبرين وتكافؤهما، لا مثل المقام من موارد فقد النص وعدم وجوب الاحتياط في الواجب الدائر بين المتبائنين. وعن السيد الخوئي رحمه الله (1): أنه يقرع عند دوران التالف بين كونه مثليا أو

ص: ١٢٠

وربما يناقش في الآيه بأن مدلولها [١] اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء لا المعتدى به. وفيه نظر.

الشرح:

قيماً، أخذاً بما دل على أن القرعه لكل أمرٍ مشكل.

ولكن لا- يخفى ما فيه، فإنه لا اعتبار بالقرعه في الشبهات الحكميه ومنها المقام، سواء أمكن فيها الاحتياط أم لا؛ ولذا لم يذكر هو ولا غيره في دوران الأمر بين المحذورين في موارد الشبهه الحكميه تعين القرعه.

[١] ولعل مراد القائل: إن كلمه (ما) في قوله سبحانه: «بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى» (١) مصدرية، فيكون التقدير: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه مثل اعتدائه، مثلاً- إذا أتلّف الغير مال أحد يجوز له إتلاف مال ذلك الغير وإن أخذ ماله فيجوز له أخذ مال ذلك الغير، واعتبار المماثلة في الاعتداء كذلك لا- ينفع في المقام، فإن المهم في المقام إثبات المماثلة في المال المعتدى به، ولو أتلّف كتابه فالدعوى أنه يجوز له أخذ ذلك الكتاب منه لا إتلاف كتابه عوضاً هذا.

ولكن المناقشه غير تامه، فإن صدر الآيه قرينه على كون المراد المماثلة في المعتدى به النفس بالنفس والعين بالعين والأذن بالأذن إلى غير ذلك، ولا تعتبر المماثلة في الاعتداء ولو قتله بالحرق أو الخنق فلا يكون القصاص إلاّ القتل بالسيف لا بالحرق أو الخنق. ولعله رحمه الله أشار إلى ذلك بقوله: «وفيه نظر»، ولكن مع ذلك لا دلالة للآيه على الضمان حتى في مورد الإتلاف عمداً فضلاً عن التعدى إلى سائر الموارد، وذلك فإن المراد بالاعتداء في قوله سبحانه هو الجراء على المعتدى بالكسر وإطلاق الاعتداء عليها بهذا الاعتبار نظير ما ورد في بعض روايات الاستصحاب من

ص: ١٢١

نعم، الإنصاف عدم وفاء الآيه كالدليل السابق عليه بالقول المشهور، لأن مقتضاهما وجوب المماثله العرفيه فى الحقيقه والماليه، وهذا يقتضى اعتبار المثل حتى فى القيميات، سواء وجد المثل فيها أم لا. أمّا مع وجود المثل فيها، كما لو أتلّف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساويه من جميع الجهات، فإنّ مقتضى العرف والآيه: إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك ولو بأضعاف قيمته ودفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أنّ القائل بقيميه الثوب لا يقول به.

وكذا لو أتلّف عليه عبداً وله فى ذمه المالك بسبب القرض أو السّلم عبد موصوف بصفات التالف، فإنّهم لا يحكمون بالتهاتر القهرى، كما يشهد به ملاحظه كلماتهم فى بيع عبد من عبيد.

نعم، ذهب جماعه منهم الشّهيديان فى الدّروس والمسالك إلى جواز ردّ العين المقترضه إذا كانت قيميه، لكن لعلّه من جهه صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهه ضمان القيمي بالمثل، ولذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها وإن كان مماثلاً لها من جميع الجهات.

الشرح:

قوله عليه السلام: «ولكنه ينقض الشكّ باليقين»^(١)، فإن إطلاق النقض فى مورد الشكّ مع أنه لا إبرام ولا استحكام فى الشكّ باعتبار المقابله لليقين، حيث يطلق فيه النقض لإبرامه واستحكامه، فالمستفاد من الآيه أنه لو أتلّف الغير مال أحد عدوانا يجوز له استيفاء مثل المال المزبور من المتعدى، بأن يملك ذلك المثل من المتعدى بالأخذ منه ولو بالمقاصه أو قهراً عليه، والمناسب لذلك إرادته المماثله ولو فى المقدار فقط. ومن الظاهر أن جواز أخذ هذا المثل لا يرتبط بضمان المتعدى المثل بالمعنى المتقدم أو

ص: ١٢٢

١- (١) وسائل الشيعه ٨: ٢١٦، ٢١٧، الباب ١٠ من أبواب الخلل الواقع فى الصلاه، الحديث ٣.

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

وأيضاً، فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً، فمقتضى ذلك عدم وجوب إلزام المالك بالمثل، لاقتضائهما اعتبار المماثله في الحقيقة والمالية، مع أنّ المشهور كما يظهر من بعض إلامه به وإن قوّى خلافه بعض، بل ربّما احتمل جواز دفع المثل ولو سقط من القيمة بالكليه وإن كان الحقّ خلافه. فتبين: أنّ النسبه بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآيه عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين ولا يضمن به عند المشهور، كما في المثالين المتقدمين [١]. وقد ينعكس الحكم كما في المثال الثالث [٢] وقد يجتمعان الشرح:

القيمة بالنقود المتعارفه، بل لا يرتبط بأصل الضمان أيضاً بأن يكون المتعدى عليه مالكا على ذمه المعتدى المال، فإنه يمكن الالتزام بجواز الأخذ من مال المعتدى وتملكه ولو قهرا عليه، نظير تملك اللقطه من دون اشتغال ذمه المعتدى كما لا يخفى.

[١] أى مثال الإتلاف من الكرباس المنسوخ بنحو واحد ومثال إتلاف عبده وله بدمه مالكة عبد موصوف بصفات التالف.

أقول: قد مرّ أن وجدان المثل نادر بحيث يكون الظفر به من المصادفه والاتفاق لا يعتبر عند العقلاء، فدعوى انصراف إطلاق الضمان إليه فى بعض ما ورد فى التلف والإتلاف ضعيفه.

[٢] أى ما إذا فرض نقصان المثل عن التالف نقصاناً فاحشاً بتنزّل القيمة السوقيه، حيث إن مقتضى العرف والآيه تعيين قيمه التالف عند تلفه، مع أن المشهور على ضمان التالف بالمثل.

في المضمون به كما في أكثر الأمثلة ثم إن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمه على تقدير تحققه لا يجدي بالنسبه إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً ففي موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق وعموم الآيه بناءً على ما هو الحق المحقق: من أن العام المخصّص بالمجمل مفهوماً، المتردد بين الأقل والأكثر لا يخرج عن الحجيه بالنسبه إلى موارد الشك.

فحاصل الكلام: أن ما أجمع على كونه مثلياً [١] يضمن بالمثل مع مراعاة الصيغ التي تختلف بها الرغبات وإن فرض نقصان قيمته في زمان الدفع أو مكانه عن قيمه التالف بناءً على تحقق الإجماع على إهمال هذا التفاوت مضافاً إلى الخبر الوارد في أن الثابت في ذمه من اقترض دراهم وأسقطها السلطان وروج غيرها هي الدراهم الأولى وما أجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمه بناءً على ما سيجيء من الشرح:

[١] والوجه في تعيين الضمان بالمثل في مورد التسالم على كون التالف مثلياً، وفي تعيين الضمان بالقيمه في مورد التسالم على كونه قيمياً هو الأخذ بالإجماع، فإن مقتضاه الضمان في المثلي بالمثل حتى فيما إذا نقصت ماليه التالف بتنزل قيمه السوقيه.

ويشهد لذلك مع الإجماع المشار إليه الخبر الوارد في أن اللازم على من عليه دراهم وأسقطها السلطان وروج غيرها هي الدراهم الأولى (١)، حيث إن إسقاطها يوجب تنزل قيمتها لا سقوطها عن الماليه رأساً، لكون موادها فضه، ولكنه مع إمكان الخدشه في سنده معارض بغيره مما يدل أن على المديون الدراهم التي روجها السلطان بعد إسقاط الأولى.

ص: ١٢٤

إذا لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل

الاتفاق على ذلك وإن وجد مثله أو كان مثله في ذمه الضامن وما شكك في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثل مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف ومع الاختلاف ألحق بالقيمي، فتأمل.

الخامس: ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد [١] المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردّد، انتهى.

الشرح:

وفي موارد عدم التسالم يرجع إلى المستفاد من آية الاعتداء (١) ومنصرف إطلاق الضمان فتكون النتيجة الضمان بالمثل مع عدم السقوط أو النقص عن مالهته ومع أحدهما يكون المتعين هي القيمة، كما مر بيانه في تقرير النسبه بين مفاد الآيه ومنصرف الضمان وبين ما عليه المشهور.

أقول: قد ذكرنا أن الأظهر في مورد تردد التالف بين كونه مثلياً أو قيمياً هو تخير الضامن فإن اشتغال ذمته بواحد من المثل أو القيمة وأن يكون من قبيل دوران الواجب بين المتباينين، إلا أن التكليف الواقعي لا يجوز عقلاً مخالفته القطعيه.

وأما موافقته القطعيه فغير لازمه في الفرض، لحكومته قاعده نفى الضرر على التكليف الواقعي في فرض بقائه بعد أداء الضامن أحد الأمرين من المثل أو القيمة؛ لأنه يجب عقلاً مع بقاء التكليف أداء الآخر، وحيث لا يعلم بقاؤه فيجتمع عند المالك المثل أو القيمة معاً وهذا ضرر على الضامن، ولا يكون انتفاء التكليف بقاعده الإضرار منافياً للامتنان على المالك؛ لأن الضرر على المالك يكون بحسب الماليه والمفروض أن ماله التالف متداركاً بالمثل أو القيمة.

[١] قال في «القواعد»: «إنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب

ص: ١٢٥

أقول: كثرة الثمن إن كانت لزيادة قيمه السوقية للمثل بأن صارت قيمته أضعاف قيمه التالف يوم تلفه، فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء ولا خلاف، كما صرح به في الخلاف، حيث قال: إذا غصب ما له مثل كالحبوب والأدهان فعليه مثل ما تلف في يده، يشتره بأى ثمن كان، بلا خلاف، انتهى.

وفي المبسوط: يشتره بأى ثمن كان إجماعاً، انتهى.

ووجهه: عموم النص والفتوى بوجوب المثل في المثلى، ويؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمه المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى قيمه، بل ربما احتل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المائيه، كالماء على الشاطئ والثلج في الشتاء.

الشرح:

الشراء تردد^(١). انتهى.

وذكر المصنف رحمه الله صورتين: الأولى: ما إذا كانت زيادة قيمه المثل باعتبار تغيير قيمه السوقية واختار في هذه وجوب تحصيل المثل، فإن مقتضى عموم ما دل على ضمان المثلى بالمثل كآيه الاعتداء، بل ليس في هذا إشكال ولا خلاف.

وما ذكر في القواعد من التردد لا يعمها، فإن المثل فيها يوجد بقيمته السوقية وبثمن المثل ويؤيد الحكم ما ورد في ضمان المثل في الدراهم التي اسقطها السلطان؛ لأن الدراهم باعتبار كون موادها فضة لا تسقط عن المائيه بسقوط سكتها عن الاعتبار ولكن تنقص ماليتها، وإذا كان ضمان المثلى بالمثل مع نقص قيمته كان ضمانه به مع زيادتها أيضاً؛ لأن احتمال الفرق بعيد.

الصورة الثانية: أن لا تكون زياده في قيمته السوقية، بل الزيادة باعتبار قله وجود

ص: ١٢٦

١- (١) القواعد ١: ٢٠٤.

وأما إن كان لأجل تعذر المثل وعدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز، بحيث يعدّ بذل ما يريد مالكة بإزائه ضرراً عرفاً والظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارته القواعد، لأنّ الثمن في الصّوره الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، وإنّما زاد على ثمن التالف يوم التلف وحينئذٍ فيمكن التردّد في الصّوره الثانيه كما قيل: من أنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم، كالرقبه في الكفاره والهدى، وأنّه يمكن معانده البائع وطلب أضعاف قيمه، وهو ضرر.

الشرح:

المثل وعدم وجدانه إلا عند من يعطيه إلا بالزيادة، وظاهر عبارته القواعد هذه الصوره، وذكر رحمه الله أن الأقوى في هذا الفرض أيضاً تحصيل المثل أخذاً بما ذكر في الوجه السابق من كونه مقتضى الآيه ومنصرف إطلاق الضمان.

أقول: لا- يبعد القول بانتقال الأمر إلى قيمه المثل أو الصبر إلى أن يوجد المثل بالقيمه السوقيه، فإن تكليف الضامن بتحصيل المثل ولو بأضعاف قيمته السوقيه يكون إجحافاً وإضراراً عليه. وبعبارة أخرى: الزائد على القيمه السوقيه بشراء المثل بأضعاف قيمته ضرر على الضامن فينفي وجوبه بقاعده لا ضرر كما ينفي به وجوب شراء الرقبه أو الهدى بأضعاف قيمتهما.

ودعوى إقدام الضامن على الضمان لا يعمه قاعده اللاضرر(١)، فإنها مدفوعه: بأنّ إقدامه على الضمان بالمسمى لا يكون إقداماً على الضرر المزبور. نعم، في جريان ما ذكر في الغاصب تأمل، كما أنه لو أقدم الضامن بشراء المثل وتحمل الضرر فللمالك المطالبه بالمثل.

ص: ١٢٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

جواز المطالبه فى بلد التلف وغيره

ولكنّ الأقوى مع ذلك: وجوب الشراء، وفاقاً للتحرير كما عن الإيضاح والدروس وجامع المقاصد، بل إطلاق السرائر، ونفى الخلاف المتقدم عن الخلاف، لعين ما ذكر فى الصوره الأولى. ثم إنه لا فرق فى جواز مطالبه المالك [١] بالمثل بين كونه فى مكان التلف أو غيره، ولا بين كون قيمته فى مكان المطالبه أزيد من قيمته فى مكان التلف، أم لا، وفاقاً لظاهر المحكى عن السرائر والتذكرة والإيضاح والدروس وجامع المقاصد. وفى السرائر أنه الذى يقتضيه عدل الإسلام والأدله وأصول المذهب، وهو كذلك لعموم «الناس مسلطون على أموالهم». هذا مع وجود المثل فى بلد المطالبه، وأما مع تعذره فسيأتى حكمه فى المسأله السادسة.

السادس: لو تعذر المثل فى المثلى فمقتضى القاعده وجوب دفع قيمه [٢]

الشرح:

[١] قد ذكرنا سابقاً فى بيان المثلى أنه ليس المأخوذ فى المثل جميع خصوصيات التالف، بل الخصوصيه التى لها دخل فى المالىه من الزيادة والنقصان، وعليه فلو كان قبض التالف فى مكان تكون العين فيها أرخص بكثير من مثلها الموجود فى بلد آخر تكون خصوصيه كونها فى بلد التالف مأخوذاً فى مثلها، ولو طالب المالك الضامن فى بلد آخر يكون المطالب به هو المثل فى بلد التالف فعلى المالك الصبر إلى دفع المثل فى ذلك البلد أو الأخذ فى بلد المطالبه بقيمه المثل الموجود فى بلد التالف.

وهذا كما ذكرنا مع اختلاف البلاد فى القيمه بالفاحش، وأما مع عدمه فلا يؤخذ فى المضمون خصوصيه بلد القبض أو غيره فىكون للمالك المطالبه بالمثل فى كل بلد لا يختلف مع بلد التالف فى القيمه.

تعذر المثل فى المثلى

[٢] يقع الكلام فى المقام فى جهتين: الأولى: جواز مطالبه المالك مع تعذر المثل بالقيمه، والثانيه: تعيين القيمه التى يستحق المالك المطالبه بها. وذكر المصنف رحمه الله فى الجهه الأولى أن جواز مطالبه المالك بقيمه المثل مقتضى الجمع بين أمرين: حق

مع مطالبه المالك، لأنّ منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر، فوجب القيمة جمعاً بين الحقين، مضافاً إلى قوله تعالى: «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» فَإِنَّ الضَّامِنَ إِذَا أُلْزِمَ بِالْقِيَمَةِ مَعَ تَعَذُّرِ الْمِثْلِ لَمْ يَعْتَدَ عَلَيْهِ أَزِيدَ مِمَّا اعْتَدَى.

الشرح:

المالك في عدم جواز منعه عن وصوله إلى حقه، وعدم إلزام الضامن بالمثل مع عدم تمكنه أو كونه تحصيلاً حرجاً، مع أن الاستفادة من آية الاعتداء (1) جواز مطالبه القيمة مع تعذر المثل، حيث إن القيمة مع تعذر المثل تعد مثلاً، فلا يكون أخذها اعتداءً بالأزيد.

أقول: يرد على الأول بأن ما على الضامن هو المثل فلا يجوز منع المالك عن ماله المفروض كونه مثلاً، لا عن القيمة بالنقود التي تعد بالإضافة إلى المثل من المتبائنين لا الأقل والأكثر، وآية الاعتداء لا دلالة لها على المثل المطلوب في المقام كما مر سابقاً. وذكر السيد الخوئي رحمه الله أن للمالك حق المطالبة بالخصوصيات والجهات الموجهة للماليه في المال المفروض تلفه، وإذا رفع يده عن حقه هذا بمطالبته بأصل ماليه التالف فله ذلك؛ ولذا لا يجب على المالك قبول القيمة عند تعذر المثل وليس للضامن إلزامه بأخذها، بل له الصبر إلى حين وجدان المثل.

وفيه ما تقدم، من أن إعطاء الماليه بالنقود أمر مبين لأداء المثل وحق المالك هي المطالبة بالثاني دون الأول، ولذا لا يجب في المثلى إعطاء القيمة مع مطالبه المالك بها ووجود المثل خارجاً. ولو كانت المطالبة بالجهات والخصوصيات مجرد حق المالك لكان اللازم على الضامن إعطاء القيمة مع التمكن على المثل، والصحيح أن جواز مطالبه المالك المثل بقيمته عند تعذره أو تعسره بسيره العقلاء الجارية في موارد الضمانات، حيث إنّ بناءهم على أن للمالك حق المطالبة بالقيمة أو الصبر إلى وجدان المثل لم يردع الشرع عن ذلك.

ص: ١٢٩

وأما مع عدم مطالبه المالك فلا دليل على إزمائه بقبول قيمه لأن المتيقن أن دفع قيمه علاج لمطالبه المالك وجمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبه. وحق الضامن بعدم تكليفه بالمعذور أو المعسور، أما مع عدم المطالبه فلا دليل على سقوط حقه عن المثل.

وما ذكرنا يظهر من المحكى عن التذكرة والإيضاح حيث ذكرنا في ردّ بعض الاحتمالات الآتية في حكم تعذر المثل ما لفظه إن المثل لا يسقط بالإعواز، ألا ترى أن المغضوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبه به؟ وإنما المصير إلى قيمه وقت تغريمها، انتهى.

لكن أطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل، ولعلهم يريدون صوره المطالبه وإلا فلا دليل على الإطلاق ويؤيد ما ذكرنا [١]: أن المحكى عن الأكثر في باب القرض: أن المعتبر في المثل المتعذر قيمته يوم المطالبه. نعم، عتبر بعضهم بيوم الدفع، فليتأمل.

الشرح:

[١] يعنى يؤيد أن المطالبه بالقيمة عند تعذر المثل حق للمالك وليس للضامن إجباره على أخذها ما عن الأكثر في باب القرض أن المعتبر في المثلى المتعذر قيمته يوم المطالبه (١)، فإن هذا الكلام يشير إلى أنه لو لم يطالب المالك لما تعين دفع قيمه.

نعم ذكر بعضهم أن المعتبر في المثل المتعذر قيمته يوم الدفع (٢)، ولا إشارة في ذلك إلى كون المطالبه حقا للمالك وليس للضامن إجباره على أخذ قيمه، وذكر رحمه الله في الجبهه الثانيه أن المثل لا يسقط عن عهده الضامن بمجرد تعذره، بل المثل المتعذر كالدين في عدم سقوطه عن عهده المديون بعدم تمكنه على الأداء.

ص: ١٣٠

١- (١) حكاة السيد المجاهد في المناهل : ٨ .

٢- (٢) عتبر به العلامه في المختلف ٥ : ٣٩٢ .

وكيف كان، فلنرجع إلى حكم المسأله فنقول: المشهور أنّ العبره فى قيمه المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع، لأنّ المثل ثابت فى الذمه إلى ذلك الزمان، ولا دليل على سقوطه بتعذره، كما لا يسقط الدين بتعذر أدائه.

وقد صرح بما ذكرنا المحقق الثانى، وقد عرفت من التذكرة والإيضاح ما يدلّ عليه. ويحتمل اعتبار وقت تعذر المثل، وهو للحلى فى البيع الفاسد، وللتحرير فى باب القرض، ومحكى عن المسالك، لأنّه وقت الانتقال إلى قيمه. ويضعفه: أنّه إن أُريد بالانتقال انقلاب ما فى الذمه إلى قيمه فى ذلك الوقت، فلا دليل عليه، وإن أُريد عدم وجوب إسقاط ما فى الذمه إلاّ بالقيمه، فوجوب الإسقاط بها وإن حدث يوم التعذر مع المطالبه، إلاّ أنّه لو أّخر الإسقاط بقى المثل فى الذمه إلى تحقّق الإسقاط، وإسقاطه فى كلّ زمان بأداء قيمته فى ذلك الزمان، وليس فى الزمان الثانى مكلفاً بما صدق عليه الإسقاط فى الزمان الأوّل.

الشرح:

ولو كان تعذر المثل الموجب لسقوطه واشتغال الذمه بالقيمه لكان المتعين قيمه المثل يوم تعذره فإنه يوم الانتقال إلى قيمه، ويترتب على بقاء المثل على عهده الضامن أنه على تقدير مطالبه المالك تتعين قيمه المثل يوم الدفع، حيث إن دفعها دفع للمثل بماليته، ولكن أورد رحمه الله على بقاء المثل فى العهده بأن آيه الاعتداء(1) وانصراف الضمان الوارد فى بعض الموارد مقتضاها انقلاب العهده بتعذر المثل إلى قيمه، حيث إن مقتضاها تعين أداء أقرب الأموال إلى التالف. وكما تكون قيمه أقرب الأموال إلى التالف عند تعذر المثل من أول الأمر كذلك تكون أقرب الأموال إليه بالتعذر فيما بعد، والتفرقه بين تعذر المثل من الابتداء وطريان التعذر عليه فيما بعد تحكّم.

ص: ١٣١

هذا ولكن لو استندنا في لزوم قيمه في المسأله إلى ما تقدّم سابقاً: من الآيه، ومن أنّ المتبادر من إطلاق الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل، توجه القول بصيروره التالف قيماً بمجرد تعذر المثل، إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحقّقه ابتداءً كما في القيميات، وبين طرّوه بعد التمكن، كما في ما نحن فيه.

الشرح:

أقول: المثل للتالف على ما تقدم عبارته عن البدل الذي يقارب التالف في الجهات التي كانت موجهه لماليتها زياده أو نقصاناً، ويقال للتالف المثلي فيما إذا كان وجدان البدل له كذلك نوعياً ولا يعتبر كونه دائماً، كما أنه يقال للتالف القيمي باعتبار كون البدل له كذلك نادراً لا نوعياً.

وعليه ففي مورد تلف المثلي في اليد أو إتلافه يكون اشتغال الذمه بالمثل، ولو كان المثل متعذراً لما ذكرنا من أن الاعتبار في اشتغال الذمه بالمثل وجدانه نوعاً لا دائماً، وإذا كان الحال في التعذر من الابتداء كذلك فطريان التعذر فيما بعد لا يزيد على ذلك ولا يوجب سقوط المثل على العهده، بل تبقى مشغوله به ولازمه أداءه بقيمه يوم الدفع، حيث إن أداءها أداءً للمثل بماليتها.

وعن السيد اليزدي (طاب ثراه) أن نفس العين في موارد ضمانها تكون على العهده ولا يعتبر في اشتغال الذمه بها التمكن على أدائها بلا فرق بين كونها قيمه أو مثليه، ولا يصح ما عليه المشهور من انتقال المثل إلى العهده في المثلي والقيمه في القيمي، بل يكون إعطاء القيمه أداءً للعين بماليتها كما في القيمي، أو مع بعض خصوصياتها كما في المثلي. ويشهد لذلك حديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١) فإن ظاهره كون المأخوذ بنفسه على العهده لا مثله ولا قيمته، وعلى ذلك

ص: ١٣٢

١- (١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

ودعوى: اختصاص الآيه وإطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعدّر المثل ابتداءً، لا يخلو عن تحكّم.

ثم إنّ فى المسأله احتمالات أخر[١] ذكر أكثرها فى القواعد، وقوى بعضها فى الإيضاح، وبعضها بعض الشافعيه. وحاصل جميع الاحتمالات فى المسأله مع مبانيها، أنه: إمّا أن نقول باستقرار المثل فى الذمه إلى أوان الفراغ منه بدفع قيمه، وهو الذى اخترناه تبعاً للأكثر من اعتبار قيمه عند الإقباض، وذكره فى القواعد خامس الاحتمالات.

الشرح:

فتعتبر قيمه يوم الدفع، حيث إنّ أداء قيمه المزبوره أداء للعين بماليتها.

أقول: حديث «على اليد» لضعفه لا يمكن الاعتماد عليه كما مرّ، والضمان فى بناء العقلاء يكون باشتغال الذمه بالمثل أو قيمه وشاهد ذلك ملاحظه مورد القرض، فإنّ القرض فى حقيقته تمليك العين للآخر، مع اعتبار اشتغال عهده الآخر بمثلها أو قيمتها لا بنفس تلك العين، حيث إنها صارت ملكاً للمقترض ولا يتفاوت الضمان فى اعتبار العقلاء بين مورد القرض وسائر موارد من موارد الإلتاف أو التلف.

[١] ذكر فى القواعد(١) فى المثلى المتعذر مثله احتمالات، وعن ولده فى «الإيضاح»(٢) تقويه بعضها، وعن بعض الشافعيه(٣) بعضها الآخر.

وأضاف المصنف رحمه الله إليها بعض الاحتمالات الأخرى مع الإشارة إلى مبانيها، والاحتمالات كما تلى: الاحتمال الخامس على ما فى «القواعد» هو اعتبار قيمه المثل يوم تفرغ الذمه، وهذا مبنى على بقاء المثل على العهده وعدم سقوطه بالإعواز، أى

ص: ١٣٣

١- (١) قواعد الأحكام ١: ٢٠٣ ٢٠٤ .

٢- (٢) إيضاح الفوائد ٢: ١٧٥ .

٣- (٣) مغنى المحتاج ٢: ٢٨٣ ، وانظر التذكرة ٢: ٣٨٣ .

وإمّا أن نقول بصيرورته قيمياً عند الإعواز، فإذا صار كذلك، فإمّا أن نقول: إنّ المثل المستقرّ في الذمه قيمى، فتكون القيميه صفه للمثل بمعنى أنّه لو تلف وجب قيمته. وإمّا أن نقول: إنّ المغصوب انقلب قيمياً بعد أن كان مثلياً. فإن قلنا بالأول، فإن جعلنا الاعتبار فى القيمى بيوم التلف كما هو أحد الأقوال كان المتعين قيمه المثل يوم الإيعواز، كما صرّح به فى السرائر فى البيع الفاسد، والتحرير فى باب القرض، لأنّه يوم تلف القيمى.

وإن جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان كما هو القول الآخر فى القيمى كان المتّجه اعتبار زمان تلف العين، لأنّه أول أزمناه وجوب المثل فى الذمه المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه، وهذا مبنى على القول بالاعتبار فى القيمى بوقت الغصب كما عن الأكثر.

الشرح:

تعذره. والاحتمال الثانى فى كلام «القواعد» مبنى على انقلاب المثل إلى القيمى بالتعذر مع ضمان أعلى قيم المثل من زمان ضمانه يعنى زمان تلف العين إلى زمان تلف المثل وهو زمان إيعوازه وتعذره، ولو قيل فى القيمى بقيمه يوم الضمان تعين قيمه المثل يوم تلف العين، فإن زمان تلفها زمان ضمان المثل. كما أنه لو قيل فى القيمى بكون العبره بزمان التلف، فالعبره بقيمه المثل يوم إيعوازه فإنه زمان تلف المثل.

والاحتمال الأول فى كلام القواعد مبنى على انقلاب العين التالفه إلى القيمى بعد كونها مثلياً فيعتبر أعلى القيم من يوم غصب تلك العين إلى زمان تلفها، ويحتمل ضمان يوم غصبها.

أقول: فات المصنف رحمه الله إضافه احتمال قيمه يوم تلف العين.

والاحتمال الثالث فى كلام «القواعد» مبنى على انقلاب الجامع بين العين التالفه والمثل المتعذر إلى القيمى، والمراد ضمان المالىه التى تحصل بالعين والمثل، فيجرى

وإن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف كما حكى عن جماعة من القدماء في الغضب كان المتجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان الإعواز، وذكر هذا الوجه في القواعد ثانی الاحتمالات.

وإن قلنا: إنَّ التالف انقلب قيمياً، احتمال الاعتبار بيوم الغضب كما في القيمي المغضوب والاعتبار بالأعلى منه إلى يوم التلف، وذكر هذا أول الاحتمالات في القواعد.

وإن قلنا: إنَّ المشترك بين العين والمثل صار قيمياً، جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعدُّر المثل، لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان، إقياً للعين وإقياً للمثل، فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغضب إلى التلف، وهذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات.

واحتمل الاعتبار بالأعلى من يوم الغضب إلى دفع المثل، ووجهه في محكى التذكرة والإيضاح: بأنَّ المثل لا يسقط بالإعواز، قالوا: ألا ترى أنه لو صبر المالك إلى وجدان المثل، استحقَّه؟ فالمصير إلى القيمة عند تغريمها. والقيمة الواجبه على الغاصب أعلى القيم.

وحاصله: أنَّ وجوب دفع قيمة المثل يعتبر^[١] من زمن وجوبه أو وجوب مبدله أعنى العين فيجب أعلى القيم منها، فافهم. إذا عرفت هذا، فاعلم: أنَّ الشرح:

ضمان أعلى القيم من زمان غضب العين إلى زمان تعذر المثل وإعوازه.

والاحتمال الرابع مبنى على ضمان الجامع بين المثل والعين التالفه مع عدم تبدل المثل إلى القيمة مع التعذر، بل يبقى المثل على العهده إلى زمان دفعه بالقيمة؛ ولذا لو صبر المالك إلى وجدان المثل استحقه.

[١] يعنى يعتبر فى القيمة المدفوعه على الاحتمال الرابع أعلاها من زمان وجوب دفع المثل وهو زمان مطالبه المالك بالقيمة إلى زمان حدوث ضمان العين أى

المناسب لإطلاق كلامهم [١] لضمان المثل في المثلى هو أنه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمه، غاية الأمر يجب إسقاطه مع مطالبه المالك، فالعبره بما هو إسقاط حين الفعل، فلا عبره بالقيمه إلا يوم الإسقاط وتفرغ الذمه.

وأما بناءً على ما ذكرنا من أن المتبادر من أدله الضمان التفرغ بالأقرب إلى التالف فالأقرب كان المثل مقدماً مع تيسيره، ومع تعذره ابتداءً كما في القيمي، أو بعد التمكن كما فيما نحن فيه، كان المتعين هو القيمه، فالقيمه قيمه للمغصوب من حين صار قيمياً، وهو حال الإعواز، فحال الإعواز معتبر من حيث إنه أول أزمته صيروره التالف قيمياً، لا من حيث ملاحظه القيمه قيمه للمثل دون العين، فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيمي توجه ما اختاره الحلّي رحمه الله .

الشرح:

زمان غضبها فيعتبر دفع أعلى القيم المفروضه في هذه المده، ولا- يخفى أن مقتضى ذلك اعتبار أعلى القيم من زمان غضب العين إلى زمان مطالبه المالك، لا إلى زمان دفع القيمه كما هو المدعى، ولعله رحمه الله أشار إلى ذلك بقوله: «فافهم».

[١] هذا تعرض للصحيح من الاحتمالات المتقدمه.

وحاصله: أن مقتضى الالتزام ببقاء المثل على العهد حتى بعد تعذره هو قيمه يوم الدفع ومقتضى آيه الاعتداء (١) وانصراف الضمان إلى أقرب الأموال إلى التالف هو صيروره نفس التالف قيميا عند تعذر المثل، فيكون الاعتبار بقيمه العين التالفه يوم إعواز المثل؛ إذ قبل ذلك اليوم كانت العين التالفه مثليه ولا- تعتبر القيمه في المثلى، وعلى مسلك أعلى القيم يكون الاعتبار بأعلى القيم من زمان ضمان العين إلى صيروره تلك العين قيمياه.

ص: ١٣٦

١- (١) سورة البقره: الآية ١٩٤ .

ولو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف كما عليه جماعه من القدماء توجّه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإيعاز، إذ كما أنّ ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذّر أدائه المتدارك لارتفاع القيم، كذلك بشرط تعذّر المثل في المثلى، إذ مع ردّ المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية، وحيث كانت العين فيما نحن فيه مثليه كان أداء مثلها عند تلفها كردّ عينها في إلغاء ارتفاع القيم، فاستقرار ارتفاع القيم إنّما يحصل بتلف العين والمثل.

فإن قلنا: إنّ تعذّر المثل يسقط المثل كما أنّ تلف العين يسقط العين توجّه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإيعاز، وهو أصحّ الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل.

الشرح:

وإلى ذلك أشار المصنف رحمه الله بقوله: «ولو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم . . .»، يعنى بناءً على اعتبار أعلى القيم من زمان غصب العين إلى زمان تلفها، توجّه فيما نحن فيه ضمان أعلى القيم من حين ضمان العين التالفه، أى من زمان غصبها إلى زمان إيعاز مثلها، والوجه في حساب أعلى القيم إلى زمان إيعاز المثل مع فرض تلف العين قبل ذلك ما أشار إليه رحمه الله بقوله: «كما أنّ ارتفاع القيمة . . . إلخ» يعنى كما أنّ زياده القيمة قبل تلف العين مضمونه بشرط تعذّر رد العين، حيث إنّ مع رد العين لا- يضمن الغاصب شيئاً حتى لو كانت قيمتها زمان ردها عشر قيمتها يوم غصبها. وبتعبير آخر: أداء العين برد نفسها متدارك بالكسر ارتفاع القيمة السوقية، فكذلك رد المثل في المثليات متدارك بالكسر ضمان ارتفاع القيمة من يوم غصب العين إلى زمان تلفها.

وبالجملة: ارتفاع القيمة في المثلى مضمون بشرط عدم رد العين وعدم رد المثل فيكون رد المثل متداركاً لارتفاع القيمة في المثلى، وإذا تعذّر المثل يكون الارتفاع مضموناً مطلقاً فتعتبر قيمة العين إلى هذا الزمان، باعتبار أنّ العين ولو كانت تالفه قبل

ص: ١٣٧

وإن قلنا: إنَّ تعذّر المثل لا يسقط المثل وليس كتلف العين، كان ارتفاع قيمه فيما بعد تعذّر المثل أيضاً مضموناً، فيتوجّه ضمان قيمه من حين الغصب إلى حين دفع قيمه، وهو المحكى عن الإيضاح، وهو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع قيمه مراعى بعدم ردّ العين أو المثل.

ثم اعلم: أنّ العلامه ذكر في عنوان هذه الاحتمالات: أنّه لو تلف المثلى والمثل موجود ثمّ أعوز، وظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ تعذّر المثل بعد تيسره في بعض أزمنه التلف، لا ما تعذّر فيه المثل ابتداءً.

وعن جامع المقاصد: أنّه يتعيّن حينئذٍ قيمته يوم التلف، ولعلّه لعدم تنجز التكليف بالمثل عليه في وقت من الأوقات. ويمكن أن يחדش فيه: بأنّ التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذمه ابتداءً، كما لا يشترط في استقراره استدامه على ما اعترف به مع طرؤ التعذّر بعد التلف، ولذا لم يذكر أحد هذا التفصيل في باب القرض.

وبالجملة، فاشتغال الذمه بالمثل إن قيّد بالتمكن لزم الحكم بارتفاعه بطرؤ التعذّر، وإلّا لزم الحكم بحدوثه مع التعذّر من أوّل الأمر، إلّا أن يقول: إنّ أدلّه وجوب المثل ظاهره في صورته التمكن وإن لم يكن مشروطاً به عقلاً، فلا تعمّ صورته العجز.

الشرح:

ذلك إلّا أن كونها قيمه حدثت في الزمان المزبور.

هذا مع القول بانقلاب المثلى إلى القيمي بتعذر المثل، وأما بناءً على بقاء المثل على العهد حتى بعد تعذره تكون زياده قيمه مضمونه إلى زمان تفرغ الذمه بدفع قيمه.

أقول: لا يخفى بناءً على صيروره العين التالفه قيمه وكون الاعتبار في القيمي بيوم التلف يكون اعتبار قيمه يوم إعواز المثل ولكن المعبر قيمه يوم تلف العين، كما

نعم، إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل وانقلابه قيمياً. وقد يقال على المحقق المذكور: [١] إنَّ اللازم ممَّا ذكره أنه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمه لم يكن له المطالبه ولا أظنَّ أحداً يلتزمه، وفيه تأمل.

ثمَّ إنَّ المحكِّي عن التذكرة: أنَّ المراد بإعواز المثل [٢] أن لا يوجد في البلد وما حوله.

الشرح:

أنه لو قيل في القيمي بالقيمه يوم الغصب يكون المعبر بعد إعواز المثل تلك القيمه، وأما المعبر على أعلى القيم يكون من زمان غصب العين إلى زمان تلفها.

وبالجملة: اشبهه على المصنف رحمه الله ظرف الاعتبار بظرف المعبر.

[١] ذكر المحقق الثاني أنه لو كان المثل متعذراً عند تلف العين يتعين قيمه زمان التلف (١). انتهى، أي قيمه العين زمان تلفها.

وبعبارة أخرى: تكون العين المزبوره كسائر القيميات، ولا يكون في الفرض اشتغال الذمه بالمثل وبقائه على الذمه إلى زمان أدائه بماليتها كما ذكروا في صورته طريان تعذر المثل في الأثناء، فيقال عليه بأن لازم ذلك أنه لو كان المثل عند تلف العين متعذراً ووجد بعد ذلك فلا يكون للمالك حق مطالبه المثل؛ لأن المفروض حدوث الضمان بالقيمه من الأول كسائر القيميات.

ولكن الإيراد غير صحيح؛ لأن للمحقق الثاني أن يلتزم بصيروره العين بوجدان المثل مثلياً كسائر المثليات بعد كونها قيميه، ولعله إلى ذلك يشير المصنف رحمه الله بقوله: «وفيه تأمل»، أي في الإيراد على المحقق بما ذكر فتأمل.

[٢] أقول: قد ذكرنا اشتغال الذمه بالمثل في المثلي حتى عند التعذر من الابتداء أو في الأثناء، غايه الأمر مع التعذر يسقط حق المالك عن المطالبه بالمثل فعلاً إلا بماليتها،

ص: ١٣٩

وزاد في المسالك قوله: مما ينقل عادة منه إليه كما ذكروا في انقطاع المسلم فيه.

وعن جامع المقاصد: الرجوع فيه إلى العرف. ويمكن أن يقال: إن مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس وتسليطهم على أموالهم أعياناً كانت أم في الذمّه وجوب تحصيل المثل كما كان يجب ردّ العين أينما كانت: ولو كانت في تحصيله مؤنه كثيره، ولذا كان يجب تحصيل المثل بأيّ ثمن كان وليس هنا تحديد التّكليف بما عن التذكرة.

نعم لو انعقد الإجماع على ثبوت قيمه عند الإعواز تعين ما عن جامع المقاصد كما أنّ المجمعين إذا كانوا بين معتبر بالإعواز ومعتبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع إلى الأخصّ وهو التعذر لأنّه المجمع عليه. نعم، ورد في بعض أخبار السلم أنّه إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه تخير المشتري.

ومن المعلوم أنّ المراد بعدم قدره ليس التعذر العقلي المتوقف على استحاله النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفاً ما عن التذكرة، وهذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

الشرح:

وعلى ذلك فإن كان في البين تعذر أداء المثل بالإضافة إلى الضامن أو كان تحصيله حرجاً أو إجحافاً عليه، فمقتضى قاعده اللاحرج أو اللاضرر سقوط حق المالك فعلاً عن المطالبه بالمثل إلا بقيمته، ولو لم يكن ذلك فمقتضى حرمه مال المسلم وما دل على وجوب أداء الدين وجوب دفع المثل فلا يتم ما ذكره في «التذكرة» من أن المراد بإعواز المثل عدم وجدانه في البلد وما حوله (١)، وما عن «جامع المقاصد» من الرجوع فيه إلى العرف (٢)، فإن مع مطالبه المالك بالمثل وتمكن الضامن عليه بلا حرج أو

ص: ١٤٠

١- (١) التذكرة ٢: ٣٨٣.

٢- (٢) جامع المقاصد ٢: ٢٠٨.

ثم إن في معرفه قيمه المثل [١] مع فرض عدمه إشكالاً: من حيث إن العبره بفرض وجوده ولو في غايه العزّه كالفاكهه في أوّل زمانها أو آخره أو وجود المتوسط؟ الظاهر هو الأوّل لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه وشرائه فلا عبره بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله الرّاعبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم.

نعم لو أُلجئ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك، كما لو فرض الجمد في الصيف عند ملك العراق، بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله بإزاء عتاق الخيل وشبهها، فإنّ الراغب في الجمد في العراق من حيث أنّه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه، وإنّما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلاً، أو معالجه مشرف على الهلاك به، ونحو ذلك من الأغراض. ولذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدر في صدق التعذّر، كما ذكرنا في المسأله الخامسه. فكلّ موجود لا يقدر وجوده في صدق التعذّر فلا عبره بفرض وجوده في التقويم عند عدمه.

الشرح:

إجحاف فعليه رد المثل، سواء كان في العرف إعواز أم لا، فإن العبره بتمكن شخص الضامن لا إعوازه في العرف كما هو الحال في سائر التكاليف المشروطه بالتمكن، وعلى ذلك فلو لم يكن مثل التالف إلاّ عند الضامن فقط فعليه رده على المالك مع مطالبته.

[١] قد تقدم أن المثل مع وجوده يتعين دفعه، سواء كان عزيز الوجود أم لا. نعم لا بد من كونه يباع بالقيمه السوقيه وإلاّ تكون الوظيفه دفعه بقيمته السوقيه، كما إذا كان عند من لا يبيعه إلاّ بأضعاف قيمته السوقيه، وتقدم أن الميزان في قيمه المثل بيوم الدفع فيتعين في الفرض إعطاء قيمته السوقيه التي حال عزه وجوده، وأما إذا لم يكن للمثل وجود أصلاً فلا بد في تعيين قيمته السوقيه من فرض وجوده في السوق ثم دفع القيمه. ولا موجب في حساب قيمته فرض عزه وجوده فإن مع وجود المثل يكون رده موجبا

ص: ١٤١

ثم إنك قد عرفت أنّ للمالك [١] مطالبه الضامن بالمثل عند تمكّنه ولو كان في غير بلد الضمان وكان قيمه المثل هناك أزيد وأمّا مع تعذّره وكون قيمه المثل في بلد التّلف مخالفاً لها في بلد المطالبه. فهل له المطالبه بأعلى القيمتين أم يتعيّن قيمه بلد المطالبه. أم بلد التّلف؟ وجوه.

وفصّل الشّيخ في المبسوط في باب الغصب: بأنّه إن لم يكن في نقله مؤنه كالتّقدين فله المطالبه بالمثل سواء أكانت القيمتان مختلفتين أم لا. وإن كان في نقله مؤنه فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبه أيضاً لأنّه لا ضرر عليه في ذلك، وإلاّ فالحكم أن يأخذ قيمه بلد التّلف أو يصبر حتّى يوفّيه بذلك البلد. ثمّ قال: إنّ الكلام في القرض كالقلام في الغصب.

الشرح:

لارتفاع الضمان ولو كانت له في الأول عزه الوجود، وباعتبارها كانت قيمته السوقية أزيد وعند دفعه لم يكن بتلك العزه وكان في قيمته نقصان، وإذا كان دفع المثل بنفسه كذلك فما الوجه في فرض عزه الوجود له في دفع ماليته يوم لا يكون في السوق مثل أصلاً؟

وبعبارة أخرى: لا يوجب دفع الأزيد لقيمه المثل في الفرض إلا أن يكون ذلك للاحتياط أو استصحاب عدم فراغ العهده بدفع الأقل، فتدبر.

[١] وحاصله: أن مع تعذر المثل في بلد تلف العين ووجدانه في بلد آخر يجوز للمالك المطالبه بالمثل فيه، سواء كانت قيمه المثل في ذلك البلد مساوية للمثل في بلد الضمان أو زائده عليها، وهل مع تعذر المثل في ذلك البلد للمالك المطالبه بقيمه ذلك البلد فيحتمل تعين قيمه بلد الضمان وقيمه المثل لبلد المطالبه وتخيير المالك بينهما فيجوز له المطالبه بالأزيد منهما؟

وعن الشّيخ رحمه الله في مبسوطه (١) في باب الغصب أنه مع عدم المؤونه في نقل المثل

ص: ١٤٢

وحكى نحو هذا عن القاضى أيضاً فتدبر. ويمكن أن يقال: إنَّ الحكم باعتبار بلد القرض أو السِّلْم على القول به مع الإطلاق لانصراف العقد إليه وليس فى الشرح:

إلى بلد المطالبة من بلد التلف فله المطالبة بالمثل، ولو كانت القيمة فى بلد المطالبة أزيد، وأما إذا كانت فى نقله إليه مؤونه يكون له المطالبة بها بشرط تساوى القيمتين، ومع عدم تساويهما فلا يجوز له إلا المطالبة بقيمه بلد التلف أو الصبر إلى أداء المثل بنفسه فيه.

أقول: قد تقدم منع أصل الحكم الذى ذكره المصنف رحمه الله وأنه مع وجدان المثل فى بلد المطالبة وتفاوت قيمته مع قيمه بلد التلف لا يكون الموجود فى بلد المطالبة مثلاً ليستحق المالك المطالبة به، ومع عدمه المطالبة بقيمته، بل عليه الصبر إلى وجدان المثل فى بلد العين أو المطالبة بقيمه المثل فى ذلك البلد، وإلى ذلك يرجع ما ذكر الشيخ رحمه الله فى مبسوطه فى كتاب الغصب.

وبالجملة: الاختلاف الفاحش بقيمه الشيء باختلاف البلدان يوجب أن لا يكون الأزيد قيمه فى بلد مثلاً للتالف يحسب بقيمه فى بلد آخر، وكذا التفاوت فى القيمة فى بلد بحسب الأزمه، أى باعتبار الفصول غير معتبر، كما إذا تلف المثلى فى زمان كانت قيمته أقل ثم زادت فإنه يجب فى الفرض أداء المثل ومع تعذره أداؤه بقيمته يوم الأداء، ولا عبره باختلاف قيمته بحسب زمانى الضمان والأداء.

نعم يعتبر بقاء أصل المالىة فى المثل، ولو سقط عن المالىة رأساً أو كان كسقوط النقوط المرسومه فعلاً فإنها بعد سقوطها عن الاعتبار تكون عند العقلاء تالفه، ولا يكون رد العين موجبا لارتفاع الضمان فضلاً عن أداء مثله.

والسر فى ذلك أن الضمان فى اعتبارهم فى الأشياء فى موارد التلف والإتلاف باعتبار ماليتها، ومع سقوط الشيء عن المالىة يكون الشيء المزبور من القيميات التى يأتى الكلام فى كون العبره فيها بالقيمه يوم الضمان أو التلف أو الأداء.

باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف، بقى الكلام فى أنه هل يعدّ من تعدّر المثل خروجه عن قيمه كالماء على الشاطئ [١] إذا أتلّفه فى مفازة والجمد فى الشتاء إذا أتلّفه فى الصّيف أم لا-؟ الأقوى بل المتعيّن هو الأوّل بل حكى عن بعض نسبه إلى الأصحاب وغيرهم. والمصرّح به فى محكى التّذكرة والإيضاح والدروس قيمه المثل فى تلك المفازة ويحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المالىه.

فرع: لو دفع القيمه فى المثلى المتعدّر مثله، ثمّ تمكّن من المثل فالظّاهر عدم عود المثل فى ذمّته وفاقاً للعلّامه رحمه الله . ومن تأخّر عنه ممّن تعرّض للمسأله؛ لأنّ المثل كان ديناً فى الذمّه سقط بأداء عوضه مع التراضى فلا يعود، كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده، هذا على المختار، من عدم سقوط المثل عن الذمّه بالإعواز. وأمّا على القول بسقوطه وانقلابه قيمياً.

فإن قلنا بأنّ المغصوب انقلب قيمياً عند تعدّر مثله فأولى بالسقوط لأنّ المدفوع نفس ما فى الذمّه.

وإن قلنا: إنّ المثل بتعدّره النازل منزله التلف صار قيمياً احتمال وجوب المثل عند وجوده. لأنّ القيمه حينئذٍ بدل الحيلوله [٢] عن المثل، وسيأتى أنّ حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلوله.

الشرح:

[١] قد ذكرنا سابقاً أنه تؤخذ خصوصيه المكان فى المثل فيما إذا كانت تلك الخصوصيه دخيله فى المالىه، وعليه فالماء على الشاطئ لا يكون مثلاً للتالف فى المفازة ليتوهم ارتفاع الضمان بدفعه.

نعم، لو كانت عين ذلك الماء موجوده فيجوز دفعها ما لم تسقط عن المالىه وبعد سقوطها عنها فتدخل فى فرض تلفها، وعلى ذلك فلا بد من إعطاء الماء الآخر فى المفازة المزبوره أو الإعطاء فى الشاطئ بقيمته فى تلك المفازة.

[٢] لا يخفى أنه بناءً على تصوير بدل الحيلوله فهو فى المقام غير محتمل إلاّ على

السابع: لو كان التالف المبيع فاسدا قيميًا [١]، فقد حكى: الاتفاق على كونه الشرح:

مسلك بقاء المثل على العهد حتى بعد إعوازه ليكون دفع القيمة من قبيل بدل الحيلولة بين المالك وماله، وهذا بخلاف ما إذا قيل بالانقلاب إلى القيمة، سواء كانت القيمة بدلاً عن العين أو عن المثل فإنه على الانقلاب يتعين حق المالك في القيمة ولا يكون مالكا إلا القيمة التي تسلمها بعد تعذر المثل، وليس له حق آخر على العهد ليقال بأن له المطالبة به.

[١] الضمان في القيميات، بمعنى اعتبار قيمة التالف دينا على عهده الضامن في مقابل المثلى الذي يكون الدين على عهده هو المثل.

وقد ذكرنا سابقا أن الاعتبار في كون التالف مثليا ليثبت المثل على العهد وجدان المثل نوعا ولا يعتبر وجدانه دائما فلا يضر على اعتبار المثل على العهد عدم وجدانه أحيانا، ويعتبر في كون التالف قيميا عدم وجدان المثل له نوعا وإن وجد أحيانا بحيث يكون الظفر عليه من الاتفاق.

وما ذكر المصنف رحمه الله من أن المتيقن من إطلاقات الضمان الداله على اعتبار القيمة صورته تعذر المثل لا يمكن المساعده عليه، فإن الشارع لم يتصرف في طور الضمان في المثلى أو القيمي، ولا- موجب لانصراف الإطلاق في بعض ما ورد بضمن القيمة إلى صورته تعذر المثل، كيف وقد جرت سيره العقلاء على اعتبار الدين قيمة في مال لا يوجد له مثل نوعا.

ويقتضيه أيضا الإطلاق في صحيحه أبي ولآد الآتيه الداله على ضمان البغل بقيمته (١) فإنها تعم ما إذا كان للبغل المفروض مثل أولا، وكذا قوله عليه السلام في روايه عتق الحصه من العبد المشترك (٢)، وما ورد في ضمان الرهن بتفريط المرتهن (٣).

ص: ١٤٥

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١١٩ ، الباب ١٧ من كتاب الإجاره، الحديث ١ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٣ : ٣٧ ، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٥ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٩١ ، الباب ٧ من كتاب الرهن، الحديث ٣ .

مضموناً بالقيمه، ويدلّ عليه: الأخبار المتفرّقه في كثير من القيمّات، فلا حاجة إلى التمسّك بصحيحه أبي ولاد الآتيه في ضمان البغل، ولا بقوله عليه السلام: «من أعتق شقّصاً من عبد قُوم عليه» بل الأخبار كثيره، بل قد عرفت أنّ مقتضى إطلاق أدلّه الضمان في القيمّات هو ذلك بحسب المتعارف، إلا أنّ المتيقّن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذّراً، بل يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الوارده في خصوص بعض القيمّات كالبغل والعبد ونحوهما لصوره تعذّر المثل، كما هو الغالب.

فالمرجع في وجوب القيمه في القيمي وإن فرض تيسّر المثل له كما في من أتلّف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه، وكما لو أتلّف عليه ذراعاً من مئه ذراع كرباس منسوج على طريقه واحده لا- تفاوت في أجزائه أصلاً هو الإجماع، كما يستظهر.

وعلى تقديره، ففي شموله لصوره تيسّر المثل من جميع الجهات تأمل، الشرح:

وما ذكر المصنف رحمه الله في وجه اعتبار القيمه في القيمي مطلقاً من الرجوع إلى الإجماع ضعيف؛ لعدم ثبوت إجماع، وعلى تقديره فليس من الإجماع التعبدى بحيث يحرز اعتمادهم على أمر تعبدى قد وصل إليهم ولم يصل إلينا، بل الوجه عندهم هي السيره أو بعض الروايات المشار إليها كما لا يخفى.

وقد ظهر أيضاً ضعف ما نسب إلى الإسكافي(1) وحكى عن الشيخ رحمه الله والمحقق في «الخلاص»(2) و«الشرايع»(3) من اعتبار المثل على العهده في المضمونات مطلقاً، غايه الأمر يكون دفع المثل بقيمته عند تعذره فإن السيره أو الروايات المشار إليها كافيه في الظهور المزبور.

ص: ١٤٦

١- (١) و (٢) و (٣) حكي عن الاسكافي وعن ظاهر الشيخ والمحقق السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٦: ٢٤٣، وانظر الخلاف ٣ : ١٧٥، المسأله ٢٨٧، والشرايع ٢: ٦٨.

خصوصاً مع الاستدلال عليه كما في الخلاف وغيره بقوله تعالى: «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»، بناءً على أنّ القيمة مماثله للتالف في المالىه، فإنّ ظاهر ذلك جعلها من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل.

الشرح:

وعن السيد اليزدى رحمه الله (١) بقاء العين التالفه على العهده فى المثلّى والقيمي، وأن انتقال المثل أو القيمة على العهده لا أساس له، بل يكون دفعهما موجبا لفراغ الذمه عن عهدته العين، وذكر أن هذا مقتضى حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢)، وليس فى الروايات ما ينافى ذلك، أما فى الأخبار الداله على الضمان فواضح، فإنه ليس فيها دلالة على اعتبار القيمة أو المثل على العهده.

وأما الأخبار الداله على القيمة فليست لها دلالة إلا على وجوب دفع القيمة لا اشتغال الذمه بها، كما فى صحيحه أبى ولاد (٣) أو الروايه فى تقويم العبد.

نعم، فى سقوط الدين بحساب الرهن عند تلفه دلالة على ثبوت قيمة الرهن على العهده، وإلا لم يكن سقوط الدين بمجرد تلف الرهن، ولكن لم أعثر على هذا الخبر.

أقول: قد تقدم دلالة صحيحه أبى ولاد على ضمان القيمة حتى مع التمكن على مثل البغل المفروض فيها ويأتى بيانه تفصيلاً عند التعرض لها، كما أن ظاهر موثقه سماعه ضمان القيمة قال: «سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، فقال: هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمه ويضمن الثمن الذى أعتقه، لأنه أفسده على أصحابه» (٤). فإنه لولا ضمان العبد بالقيمة لم يكن مجرد تقويمه مصححا لضمان الثمن

ص: ١٤٧

١- (١) نقله السيد الخوئى قدس سره فى مصباح الفقاهه ٢ : ٤٥١ .

٢- (٢) عوالى اللآلى ١ : ٢٢٤ ، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩ ، الحديث ٢٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٩ : ١١٩ ، الباب ١٧ من أبواب الإجاره، الحديث الأوّل .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٣ : ٣٧ ، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٥ .

وكيف كان، فقد حكى الخلاف في ذلك عن الإسكافي، وعن الشيخ والمحقق في الخلاف والشرائع في باب القرض. فإن أرادوا ذلك مطلقاً حتى مع تعدد المثل فيكون قيمه عندهم بدلاً عن المثل حتى يترتب عليه وجوب قيمه يوم دفعها كما ذكروا ذلك احتمالاً في مسأله تعين قيمه متفرعاً على هذا القول فيردّه إطلاقات الروايات الكثيره في موارد كثيره: منها: صحيحه أبي ولاد الآتيه.

ومنها: روايه تقويم العبد. ومنها: ما دلّ على أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمته بحساب ذلك، فلولا ضمان التالف بالقيمه لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف.

ومنها: غير ذلك من الأخبار الكثيره. وإن أرادوا أنه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن بعيداً، نظراً إلى ظاهر آيه الاعتداء ونفى الضرر، لأن خصوصيات الحقائق قد تقصد، اللهم إلا أن يحقق إجماع على خلافه ولو من جهة أن ظاهر كلمات هؤلاء إطلاق القول بضمان المثل، فيكون الفصل بين التيسر وعدمه قولاً ثالثاً في المسأله.

الشرح:

بالعق الذي عبر عنه في الموارد بالإفساد على المالك، بل لا بد من التعبير بضمان نفس العبد، ونحوها غيرها.

وفي موثقه ابن بكير قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام في الرهن، فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان أقل من ماله، فهلك الرهن أدى إليه صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن سواء فليس عليه شيء» (١).

فإن ظاهرها ضمان الرهن بالقيمه؛ ولذا ذكر عدم ثبوت شيء على عهده المديون أو المرتهن مع تساوي الدين والرهن.

ص: ١٤٨

ثم إنهم اختلفوا في تعيين قيمه في المقبوض بالبيع الفاسد. فالمحكي في غايه المراد عن الشيخين وأتباعهما: تعين قيمه يوم التلف، وعن الدروس والروضه نسبه إلى الأكثر.

والوجه فيه على ما تبه عليه جماعه، منهم العلامه في التحرير: أنّ الانتقال إلى البدل إنّما هو يوم التلف، إذ الواجب قبله هو ردّ العين. وربما يورد عليه: أنّ يوم التلف [١] يوم الانتقال إلى قيمه، أما كون المنتقل إليها قيمه يوم التلف فلا.

ويدفع: بأنّ معنى ضمان العين عند قبضه: كونه في عهده، ومعنى ذلك وجوب تداركه ببدله عند التلف، حتّى يكون عند التلف كأنه لم يتلف، وتداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه.

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

الشرح:

[١] الإيراد صحيح، فإن اشتغال الذمه بقيمه العين يحدث يوم تلفها، ولكن قيمه التي تكون على العهده قيمه ذلك اليوم أو غيرها فلا بد من التعيين واحتمال اشتغال الذمه بالقيمه بحيث يكون المعبر في كل زمان إلى تفرغ الذمه قيمه العين في ذلك الزمان حتى تتعین قيمه يوم الدفع، مدفوع بأنه لا عبره بالأزمنه بعد تلف العين؛ ولذا لو سقطت العين عن المالىه بعد ذلك بحيث لو كانت باقيه لما كانت لها قيمه يتعين أيضا على الضامن دفع القيمه، ولو كان المعيار بالقيمه يوم الدفع لسقط الضمان بانقضاء المالىه، فافهم.

ولكن مع ذلك لا يلزم اعتبار قيمه يوم التلف، بل يحتمل كون المعبر في زمان تلف العين قيمه يوم غصبها أو أعلى القيم من يوم دخولها في الضمان إلى زمان تلفها.

وبذلك يظهر ما في قوله رحمه الله: «ومما ذكرنا ظهر أنّ الأصل في ضمان التالف ضمانه

نعم، لو تمّ ما تقدّم عن الحلّي في هذا المقام: من دعوى الاتّفاق على كون البيع فاسداً بمنزله المغصوب إلا في ارتفاع الإثم، ألحقناه بالمغصوب إن ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل، بل يمكن أن يقال: إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمه يوم الغصب كما هو ظاهر صحيحه أبي ولاد الآتيه كشف ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمه يوم التلف، إذ يلزم حينئذٍ أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك عند التلف، لما ذكرنا من أنّ معنى التدارك التزام بقيمته يوم وجوب التدارك.

الشرح:

يوم التلف . . .» إلخ، فإنه كما ذكرنا ليس في البين ما يقتضى كون المعتر على العهد من القيمة قيمه يوم التلف.

نعم، حدوث الاعتبار يكون ذلك اليوم كما مر، ولا- يمكن إثبات قيمه ذلك اليوم بالسيره العقلائيّه أيضاً، حيث لم يحرز استقرارها على تلك القيمة، بل لو ثبت قيمه يوم الغصب بصحيحه أبي ولاد الآتيه فيمكن التعدي إلى سائر موارد الضمان في القيميات إما باعتبار الاتّفاق على عدم الفرق بين الضمان في مورد الغصب وبين المقبوض بالعقد الفاسد كما ادعاه الحلّي رحمه الله (١)، أو أنه لا يحتمل إلغاء ضمان زياده القيمة من يوم الضمان إلى يوم التلف في مورد الغصب وعدم إلغائها في غيره.

وعن السيد اليزدي رحمه الله (٢) أن العبره بقيمه يوم الدفع باعتبار بقاء نفس العين على العهد إلى فراغها، وعلى تقدير الانقلاب تكون العبره بيوم التلف، فإن ضمان قيمته على القاعده، ولا- دلالة لصحيحه أبي ولاد على ضمان قيمته يوم الغصب، وعلى تقديرها تكون مختصه باب الغصب، بل يمكن الاستدلال على ضمان يوم التلف بما

ص: ١٥٠

١- (١) السرائر ٢: ٣٢٦.

٢- (٢) نقله السيد الخوئي قدس سره في مصباح الفقاهه ٢: ٤٥١.

نعم، لو فرض دلالة الصحيحه على وجوب أعلى القيم، أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك مؤاخذه له بأشق الأحوال. فالمهم حينئذٍ صرف الكلام إلى معنى الصحيحه بعد ذكرها، ليلحق به البيع الفاسد، إمّا لما ادّعاه الحلّي، وإمّا لكشف الصحيحه عن معنى التدارك والغرامه فى المضمونات، وكون العبره فى جميعها بيوم الضمان، كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد. وحيث إنّ الصحيحه مشتمله على أحكام كثيره وفوائد خطيره، فلا بأس بذكرها جميعاً وإن كان الغرض متعلقاً ببعضها. فروى الشيخ فى الصحيح عن أبى ولاد، الشرح:

ورد فى تقويم العبد المشترك المعتقد من بعض مواليه.

وفى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «من كان شريكاً فى عبد أو أمه قليل أو كثير، فأعتق حصته وله سعه فليشتره من صاحبه فيعتقه كله، وإن لم يكن له سعه من مال نظر قيمته يوم أعتق، ثم يسعى العبد فى حساب ما بقى حتى يعتق»^(١).

وفى صحيحته الأخرى: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى عبد كان بين رجلين فحرّر أحدهما نصفه وهو صغير وأمسك الآخر نصفه حتى كبر الذى حرّر نصفه، قال: يقوم قيمه يوم حرّر الأول، وأمر الأول أن يسعى فى نصفه الذى لم يحرّر حتى يقضيه»^(٢).

وفيه ما تقدم فى دعوى كون قيمه التلف على القاعده، ولا دلالة فى الرويتين على اعتبار قيمه ذلك اليوم فإن الضمان فيهما من جهة الائتلاف كما فى بعض الروايات المرويه فى ذلك الباب، من تعليل ضمان المعتقد القيمه لباقي الشركاء مع يساره بأنه لما أفسده على أصحابه أو ضيعه عليهم، ولا- يختلف فيه حدوث الضمان والائتلاف فى الزمان فيحتمل أن يكون تعيين قيمه يوم الإفساد باعتبار كونها زمان حدوث الضمان

ص: ١٥١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٣ : ٣٦، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٣ : ٣٧، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٤.

قال: «اكتريت بغلاً إلى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلما صرت إلى قرب قنطرة الكوفة خُبرت أن صاحبي توجه إلى النبل [١] فتوجهت نحو النبل، فلما أتيت التيل خُبرت أنه توجه إلى بغداد، فأتبعته فظفرت به وفرغت فيما بيني وبينه، ورجعت إلى الكوفة، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري، وأردت أن أتحلل منه فيما صنعت وأرضيه، فبدلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبي حنيفة، وأخبرته بالقصة وأخبره الرجل، فقال لي: ما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد رجعت سليماً. قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً! قال: فما تريد من الرجل؟ قال: أريد كرى بغلي فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً. فقال: إنني ما أرى لك حقاً، لأنه اكتراه إلى قصر بني هبيرة فخالف فركبه إلى النبل وإلى بغداد، فضمن قيمه البغل وسقط الكرى، فلما رد البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكرى. قال: فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته مميأ أفتى به أبو حنيفة، وأعطيته شيئاً وتحللت منه، وحججت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة، فقال: في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السيماء ماءها وتمنع الأرض بركتها. قال: فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت؟ قال: أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً [٢] من الكوفة إلى النبل ومثل كرى الشرح:

فلا يمكن استظهار قيمه يوم التلف في الموارد التي يختلف فيها زمان حدوث الضمان عن زمان التلف كما في التلف في اليد، حيث يتحقق الضمان بوقوع المال في اليد والاستيلاء عليه بنحو لا يكون المال أمانه مالكيه أو شرعيه، ولا يكون الشخص مأذوناً في إتلافه مجاناً قبل التلف.

[١] قيل إن النبل قريه بين بغداد والكوفة.

[٢] الوجه في حساب الذهاب من الكوفة إلى النبل ومن النبل إلى بغداد،

البغل من النيل إلى بغداد، ومثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة وتوفيه إياه، قال: قلت: جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلى عليه علفه، قال: لا لأئك غاصب، فقلت: رأيت لو عطب [١] البغل أو نفق أليس كان يلزمني [٢]؟ قال: نعم قيمه بغل يوم خالفته، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال: عليك قيمه ما بين الصّحه والعيب يوم تردّه عليه، قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت و هو إيا أن يحلف هو على القيمه فيلزمك فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمه لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل حين اكرت كذا وكذا فيلزمك، قلت: إنني أعطيته دراهم ورضى بها وحلّلتني قال عليه السلام إنّما رضى بها فأحلّمك حين قضى عليه أبو حنيفه بالجور والظلم ولكن إرجع إليه فأخبره بما افتيتك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك... الخبير.

ومحلّ الاستشهاد فيه فقرتان:

الأولى: قوله «نعم قيمه بغل يوم خالفته» إلى ما بعد، فإنّ الظاهر أنّ اليوم قيد للقيمه إمّا بإضافه [٣] القيمه المضافه إلى البغل إليه ثانياً، يعنى قيمه يوم المخالفه للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافه، لأنّ ذا القيمه بغل غير معيّن، حتّى توهم الزوايه مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل، والقيمه إنّما الشرح:

وحساب الرجوع من بغداد إلى الكوفة تفاوت أجره المثل بالإضافه إلى الذهاب والإياب المفروضين.

[١] عطب ونفق كضرب بمعنى هلك ومات، والعقر بمعنى الجرح، والدبر بالتحريك قرحه الدابه.

[٢] من المجرد بمعنى يثبت علىّ.

[٣] ليس المراد إضافه القيمه إلى كل من البغل ويوم المخالفه بحسب التركيب

هى قيمه المثل. وإمّا بجعل اليوم قيماً للاختصاص الحاصل من إضافه القيمه إلى البغل.

وأما ما احتمله جماعه من تعلق الظرف بقوله: «نعم» القائم مقام قوله عليه السلام: «يلزمك» يعنى يلزمك يوم المخالفه قيمه بغل فبعيد جداً، بل غير ممكن، لأنّ السائل إنما سأل عمّا يلزمه بعد التلف بسبب المخالفه بعد العلم بكون زمان المخالفه زمان حدوث الضمان، كما يدلّ عليه: «أرأيت لو عطب البغل، أو نفق أليس كان يلزمنى؟» فقوله: «نعم» يعنى يلزمك بعد التلف بسبب المخالفه قيمه بغل يوم خالفته. وقد أطنب بعض فى جعل الفقره ظاهره فى تعلّق الظرف بلزوم القيمه عليه، ولم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوى، ولا المتفاهم العرفى.

الشرح:

الكلامى، بل المراد إضافه القيمه إلى البغل ثم إضافه البغل إلى يوم المخالفه؛ ولذا ذكر سقوط حرف التعريف من البغل للإضافه، ولو كانت القيمه مضافا والبغل مضافا إليه فقط لم يكن وجه لسقوط الألف واللام عن الثانى.

وحيث إن المضاف إليه يعنى يوم المخالفه لا- يصح كونه قيماً للبغل، فإن البغل لا ينسب إلى الأيام فيكون اليوم المزبور قيماً للمضاف، أى القيمه، فتنسب القيمه المنسوبه إلى البغل أولاً- إلى يوم المخالفه ثانياً، والمعنى: نعم يلزمك قيمه يوم المخالفه للبغل.

وهذا مراد من ذكر أن مقتضى الحديث الاعتبار فى الضمان بقيمه يوم الغصب وحدوث الضمان، دون يوم التلف أو أعلى القيم.

وقيل: إن يوم المخالفه ظرف للفعل المستفاد من حرف الجواب، يعنى لفظه «نعم»، فإنها بعد السؤال المزبور قائم مقام قوله: «يلزمك»، أى يلزمك يوم المخالفه قيمه البغل، فيكون الجواب ناظراً لبيان حدوث الضمان يوم المخالفه وأن قبلها لم يكن

ص: ١٥٤

الثانية: قوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل يوم اكرتري كذا وكذا»، فإنّ إثبات قيمه يوم الاكترتري من حيث هو يوم الاكترتري لا جدوى فيه، لعدم الاعتبار به، فلا بدّ أن يكون الغرض منه إثبات قيمه يوم المخالفه، بناءً على أنّه يوم الاكترتري، لأنّ الظاهر من صدر الروايه أنّه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفه.

ومن المعلوم أنّ اكترتري البغل لمثل تلك المسافه القليله إنّما يكون يوم الخروج، أو في عصر اليوم السابق. ومعلوم أيضاً عدم اختلاف قيمه في هذه المدّه القليله.

وأما قوله عليه السلام في جواب السؤال عن إصابه العيب: «عليك قيمه ما بين الصّيحه والعيب يوم تردّه» فالظرف متعلّق ب «عليك» لا- قيد للقيمه، إذ لا- عبره في أرش العيب بيوم الردّ إجماعاً، لأنّ النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين، فالمعنى: عليك أداء الأرش يوم ردّ البغله.

الشرح:

ضمان، لا أن المعتبر في الضمان هي قيمه بحسب يوم المخالفه.

وأورد على ذلك المصنف رحمه الله أن هذا لا يناسبه ظاهر الروايه ولا الفهم العرفي، بل هذا الاحتمال غير صحيح؛ لأنّ السائل لم يسأل عن حدوث أصل الضمان بمخالفته لمقتضى الإجاره، بل كان هذا معلوما عنده وإنما سأله عما يلزمه على تقدير تلف الحيوان المفروض ضمانه.

أقول: لم يظهر وقوع السؤال عن سائر الجهات بعد الفراغ عن أصل حدوث الضمان يوم المخالفه، كيف ولو كان السؤال عن تعيين ما يضمن به بعد الفراغ عن أصل الضمان لكان الأمر كذلك بالإضافة إلى ضمان الوصف أيضاً، مع أنّه رحمه الله سلّم أن

ص: ١٥٥

ويحتمل أن يكون قيداً لـ«العيب»، والمراد: العيب الموجود في يوم الردّ، لاحتمال ازدياد العيب إلى يوم الردّ فهو المضمون، دون العيب القليل الحادث أولاً، لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص [١] إلى يوم الردّ، والعبارة حينئذٍ بالعيب الموجود حال حدوثه، لأنّ المعيب لو ردّ إلى الصّحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع على مقتضى الفتوى.

الشرح:

قوله عليه السلام: «عليك قيمه ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه» (١) بيان لأصل الضمان بالإضافة إلى وصف الصحة. والمعنى: عليك أداء الأرش يوم ردّ البغله، وأما الأرش فتعيينه بحسب يوم الغصب أو التلف أو الرد فلا نظر له إليه.

والصحيح أن يقال: إن قيد يوم المخالفه راجع إلى القيمه لأصل الضمان فإن القيمه لا تثبت على العهد يوم المخالفه مع فرض بقاء العين، بل ثبوتها على العهد يكون زمان التلف ولا وجه لدعوى أن تقييد الضمان بيوم المخالفه للتنبه بعدم الضمان بقيمه يوم التلف قبلها.

فإنه مضافاً إلى كونه خلاف الظاهر تنافيه الفقيه الثانيه، يعنى قوله عليه السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين اكرتى كذا وكذا» (٢)، حيث إنه لا ينبغى الريب فى أن ظاهرها كون «حين اكرتى» قيدا للقيمه، وسيأتى أنه لا يختلف فى مثل مورد الروايه قيمه زمان الغصب عن قيمه يوم الا-كتراء، كما أن ظاهرها كون المراد بالبغل الإشاره إلى المفروض فى السؤال فلا مورد لتوهم أن مدلول الروايه الضمان بقيمه طبعى البغل.

[١] الظاهر أن مع تناقص العيب أو براء الحيوان لا يوجب الضمان فإنه لم يتلف

ص: ١٥٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١١٩ ١٢٠ ، الباب ١٧ من كتاب الإجاره، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق.

فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف أيضاً، فتعيّن تعلقه بقوله عليه السلام : «عليك».

والمراد ب«قيمه ما بين الصّححه والعيب» قيمه التّفاوت بين الصّححه والعيب، ولا- تعرّض فى الرّوايه ليوم هذه القيمه، فيحتمل يوم الغصب، ويحتمل يوم حدوث العيب الذى هو يوم تلف وصف الصّححه الذى هو بمنزله جزء العين فى باب الضّمّانات والمعاوزات، وحيث عرفت ظهور الفِقره السّابقه عليه واللاحقه له فى اعتبار يوم الغصب، تعيّن حمل هذا أيضاً على ذلك.

نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصّححه بآئه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم فى الروايه على ما هو الغالب فى مثل مورد الرّوايه من عدم اختلاف قيمه الشّرح:

على المالك شىء ليكون على الضامن تداركه، ولم أظفر على الفتوى التى أشار إليها من ضمان العيب حتى مع براء الحيوان ورده إلى مالكه سالماً.

والحاصل: يحتمل كون الظرف يعنى يوم الرد ظرفاً للعيب وقيداً له، بل هذا الاحتمال أظهر، فإنه لو كان الظرف متعلقاً ب«عليك» لكان ذكره بلا فائده، مع أن تعلقه ب«العيب» يوافق ما عليه بناء العقلاء من عدم الضمان مع رد العين كما كانت عليه زمان الأخذ والاستيلاء عليها ولو مع تخلل العيب بين الأخذ والرد.

لا- يقال: لو كانت قيمه العين يوم غضبها عشره دراهم ثم زادت وصار معيها عشرين وصححها خمسين فيكون على الضامن ثلاثين درهما وهو تفاوت قيمه العيب الموجود حال الرد، وهذا لا يعطى الاحتمال بأن يكون على الغاصب على تقدير تلف العين عشره دراهم وعلى تقدير عيبها ثلاثون درهما.

فإنه يقال: اعتبار العيب الموجود حال الرد لا يلزم منه تقويم العيب بقيمه زمان الرد، بل مقتضى تبعيه ضمان الوصف لضمان العين أن يكون على الضامن فى الفرض سته دراهم من عشره دراهم، بأن يكون تقويم العيب الموجود حال الرد بحسب قيمه

البغل فى مدّه خمسّه عشر يوماً، ويكون السرّ فى التعبير بـ«يوم المخالفه» [١] دفع ما ربّما يتوهّمه أمثال صاحب البغل من العوامّ: أنّ العبره بقيمه ما اشترى به البغل وإن نقص بعد ذلك لأنّه خسّره المبلغ الذى اشترى به البغله ويؤيده: التعبير عن يوم المخالفه فى ذيل الروايه بـ«يوم الاكتراء»، فإنّ فيه إشعاراً بعدم عنايه المتكلّم بيوم المخالفه من حيث إنّّه يوم المخالفه. إلاّ أن يقال [٢]: إنّ الوجه فى التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفه هو التنبيه على سهوله إقامه الشّهود على قيمته فى زمان الاكتراء لكون البغل فيه غالباً بمشهد من الناس وجماعه من المُكارين بخلاف زمان المخالفه من حيث إنّّه زمان المخالفه. فتغيير التعبير ليس لعدم العبره بزمان المخالفه، بل للتنبيه على سهوله معرفه القيمه بالبينه كاليمين فى مقابل قول السائل «ومن يعرف ذلك؟» فتأمل.

الشرح:

يوم الغصب. وحيث إن التفاوت بين الصحيح والمعيب ثلاثون درهما، يعنى ثلاثه أخماس قيمه العين صحيحاً فيؤخذ بذلك من قيمه يوم الغصب.

[١] يعنى أن يوم المخالفه قيد للقيمه ولكن القيد ليس للاحتراز عن قيمه يوم التلف، بل للاحتراز عن قيمه يوم الاكتراء، حيث يكون المرتكز فى ذهن مثل صاحب البغل مطالبه الضامن بقيمه شراء البغل بزعم أنّه المبلغ الذى خسره.

وبعباره أخرى: يوم المخالفه قيد احترازي للقيمه ولكن لا مطلقاً، بل بالإضافة إلى قيمه يوم الشراء.

[٢] يعنى: أن يقال فى تأييد الاعتبار بقيمه يوم الغصب، ووجه التأييد أن ذكر يوم الاكتراء ليس من جهه عدم الاهتمام بيوم المخالفه فى تقويم العين، بل للتنبيه بطريق سهل إلى معرفه قيمه يوم المخالفه للبغل المفروض فى الروايه وأن إقامه البينه على تلك القيمه كتعيينها باليمين سهل، حيث إن البغل المزبور يكون يوم الاكتراء بمرأى

ويؤيده أيضا [١] قوله عليه السلام فيما بعد في جواب قول السائل: «ومن يعرف ذلك؟» قال: «أنت وهو، إنا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه. أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على أن قيمة البغل يوم اكرى كذا وكذا، فلزمك... الخبر»، فإن العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفه لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل.

الشرح:

ومشهد من الناس والمكاريين، ولا- يتفاوت عادة قيمته إلى يوم المخالفه التي يكون الفصل بينها وبين الاكتراء بيوم أو أقل منه.

[١] يعنى: يؤيد عدم العبرة بيوم المخالفه في ضمان القيمة ظاهر قوله عليه السلام في الجواب عن كيفية معرفه القيمة بكون الحلف على القيمة حقا لصاحب البغل فإنه يصح ذلك بناءً على اعتبار قيمة يوم التلف، دون ما إذا كان الاعتبار بيوم المخالفه فإنه إذا أحرزت القيمة قبل يوم التلف وكان دعوى الضامن نقصانها عن تلك القيمة يوم تلف العين فيتوجه اليمين إلى صاحب البغل باعتبار كونه منكرًا لدعوى النقصان، كما أن إقامه صاحب البغل البينه فيما إذا كان اختلافهما في قيمة البغل بلا اتفاق سابق.

أقول: التأييد عليل، فإنه يمكن توجيه اليمين إلى صاحب البغل مع كون الاعتبار بقيمه يوم الغصب، كما إذا انفقا على قيمة البغل سابقا قبل غصبها بشهر وكان دعوى الضامن نقصان القيمة يوم اكرائه وغصبه، بل الظاهر من الحلف هو الحلف المتعارف عند عامه الناس الذى يرضى به المحلوف له ابتداءً وردا.

والمتحصل: من جميع ما ذكرنا أن قوله عليه السلام في الجواب عن السؤال عن تلف الدابه يرجع إلى أنه لو عطب البغل ونفق فعليك قيمة يوم المخالفه للبغل، وحيث إن ظاهر القضية الشرطيه كون الجزاء مقارنا لتحقق الشرط كما هو شأن الشرط المقارن يكون مفادها حدوث الضمان بالقيمة عند فعلية التلف لا حدوثه يوم المخالفه فإن يوم

ص: ١٥٩

ثم لا- وجه لِقَبول بَيِّنته لِأَنَّ من كان القول قوله فالبيِّنه بيِّنه صاحبه. وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له ويصدِّقه فيه من دون محاكمه والتعبير برده اليمين على الغاصب من جهه أَنَّ المالك أعرِف بقيمه بغله، فكأنَّ الحلف حقُّ له ابتداءً خلاف الظاهر، وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلّف [١]، فإنّه يمكن أن يحمل توجّه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا فى الشرح:

المخالفة قيد للقيمة على ما تقدم، فيكون الاعتبار بقيمه يوم الضمان مطلقاً إلحاقاً للضمان فى غير مورد الغصب بالغصب بالتقريب المتقدم.

وأما احتمال أن يكون الجواب ب «نعم» نفيًا لما فرض فى السؤال أنه لا- يضمن البغل بقيمه يوم المخالفة، على ما أفتى به أبو حنيفة، إذ لو كان الجواب إثباتاً لذكر الجواب بكلمه «بلى»، على ما ذكره علماء الأدب فلا يمكن المساعدة عليه فإن العرف العام لا- يفرقون بين الجواب ب «نعم» أو بكلمه «بلى» فى استعمالاتهم وإنما يراعى ما ذكر فى الكلام الفصيح، كالكتاب المجيد، والأخبار الواردة فى بيان الأحكام هى على طبق الاستعمالات فى العرف العام ولم يلاحظ فيها أعمال الفصاحة ورعايه البلاغه.

وقد ذكر الفقهاء فى باب الإقرار أنه لا فرق بين الجواب ب «نعم» أو «بلى» فى العرف العام فى حمله على الإثبات، كما لو سئل: «أليس لزيد عليك درهم؟» فأجاب: ب «نعم»، فإنه يعتبر من الإقرار بالدين.

ويشهد لما ذكرنا من عدم الفرق بينهما فى العرف العام فهم أبى ولأد اشتغال الذمه بقيمه يوم المخالفة من الكلام المزبور؛ ولذا سئل ثانياً عن طريق إحراز تلك القيمة وتعيينها.

[١] لا- يخفى أن توجيه اليمين إلى صاحب البغل باعتبار حمل الجواب على صورته اختلافهما فى نقصان القيمة يوم التلف عما كانت عليه يوم المخالفة من الحمل

تنزل قيمه يوم التلف مع اتّفاقهما أو الأطلاق من الخارج على قيمته سابقاً، ولا شكّ حينئذٍ أنّ القول قول المالك، ويكون سماع البيّنه في صورته اختلافهما في قيمه البغل سابقاً مع اتّفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التلف، فتكون الروايه قد تكفّلت بحكم صورتين من صور تنازعهما، ويبقى بعض الصّور، مثل دعوى المالك زياده قيمه يوم التلف عن يوم المخالفه، ولعلّ حكمها أعنى حلف الغاصب يعلم من حكم عكسها المذكور في الروايه.

وأما على تقدير كون العبره في قيمه بيوم المخالفه، فلا بدّ من حمل الزوايه على ما إذا اتّفقا على قيمه اليوم السابق على يوم المخالفه، أو اللّاحق له وادّعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفه، ولا يخفى بعده. وأبعد منه: حمل النصّ على التعيّد، وجعل الحكم في خصوص الدابّه المغصوبه أو مطلقاً مخالفاً للقاعده المتّفق عليها نصّاً وفتوى: من كون البيّنه على المدعى واليمين على من أنكر، كما حكى عن الشيخ في بابي الإجاره والغصب.

وأضعف من ذلك: الاستشهاد بالروايه على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف كما حكى عن الشهيد الثاني إذ لم يعلم لذلك وجه صحيح، ولم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب.

الشرح:

على الصوره النادره، فإنه كما لا- تختلف قيمه البغل في خمسه عشر يوماً غالباً، كذلك اختلاف صاحب البغل والضامن في النقصان المزبور نادر، وإذا فرض جواز حمل الجواب على الصوره النادره فليحمل على ما ذكرنا من فرض اتّفاقهما على قيمه البغل سابقاً واختلافهما في نقصان تلك القيمه يوم المخالفه. ولا- وجه للمناقشه في هذا الحمل دون الأول، كما هو ظاهر المصنف رحمه الله في قوله بعد ذكر الاحتمال الذي ذكرنا: «ولا يخفى بعده، وأبعد منه حمل النصّ على التعبد».

ص: ١٦١

نعم، استدّلوا على هذا القول [١] بأنّ العين مضمونه في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته.

وفيه: أنّ ضمانها في تلك الحال، إن أُريد به وجوب قيمه ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم، إذ تداركه لا يكون إلاّ بذلك، لكنّ المفروض أنّها لم تتلف فيه.

وإن أُريد به استقرار قيمه ذلك الزمان عليه فعلاً. وإن تنزّلت بعد ذلك، فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع قيمه مع ردّ العين.

وإن أُريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو وإن لم يخالف الاتفاق إلاّ أنّه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل، عدا ما حكاها في الرياض عن خاله العلامة (قدس الله تعالى روحهما) من قاعده نفى الضرر الحاصل على المالك.

الشرح:

[١] اختار رحمه الله عدم دلالة الصحيحه على أن الملاك في الضمان بقيمه يوم الضمان، بل يرجع في تعيينها إلى القاعده الأوليه وهي قيمه يوم التلف؛ لأنّ ذلك زمان اشتغال العهده بالقيمه، وعلى ذلك فلا بد من النظر في وجه القول بأن العبره في الضمان بأعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف، حيث يتعين الرجوع إلى القاعده مع عدم الخروج عنها، وما يقال في وجهه أمور:

الأول: أن العين في تمام تلك الأزمنة في ضمان الشخص، فإن أدّى أعلى القيم فيخرج عن عهده جميع تلك الضمانات؛ لدخول الأقل في الأكثر، بخلاف ما إذا أدّى قيمه زمان التلف أو غيره فإنه لا يخرج بأداء تلك القيمه عن ضمان العين حين كانت قيمتها أكثر.

وأجاب رحمه الله عن ذلك بأنه إن أُريد من ضمان العين في جميع الأزمنة التي منها علو قيمتها أنه على تقدير تلفها فيه كانت العهده مشغوله بتلك القيمه فهذا صحيح، ولكن المفروض أنّها لم تتلف فيه.

وفيه نظر، كما اعترف به بعض من تأخر.

نعم، يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونه في جميع الأزمنة: بأن العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان وصار ماليتها مقومه بتلك القيمة، فكما أنه إذا تلفت حينئذٍ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها وبين المالك حتى تلفت، إذ لا فرق مع عدم التمكن منها بين أن تلف أو تبقى.

نعم، لو ردّت تدارك تلك المائيه بنفس العين، وارتفاع القيمة السوقية أمر اعتباري لا يضمن بنفسه، لعدم كونه مالاً، وإنما هو مقوم لماليه المال، وبه تمايز الأموال كثرة وقلة.

الشرح:

وإن أريد اشتغال العهده بتلك القيمة حتى مع عدم تلفها فيه وفيما بعده بحيث لو ردّ العين إلى مالِكها كان اللازم دفعها مع الزيادة، فهذا مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان الزيادة مع رد العين.

وإن أريد اشتغال العهده بتلك القيمة مشروطاً بهلاك العين وعدم إمكان ردها بنفسها فهو أمر معقول ولكن لا بد من قيام الدليل عليه، وأصالة البراءة تدفع لزوم دفع الزايد على القيمة يوم تلفها.

نعم، حكى في «الرياض» (١) عن العلامة أن قاعده نفى الضرر دليل على اشتغال العهده بتلك الزيادة، فإنه لو لم يكن الضامن واضعاً يده على العين زمان علو قيمتها أمكن للمالك استيفاء تلك القيمة ببيع العين فيكون عدم ضمان تلك القيمة مع تلف المال ضرراً على المالك، ومقتضى قاعده نفيه ضمانها ولكنه رحمه الله أشار إلى ضعف هذا الاستدلال بقوله: «وفيه نظر».

ص: ١٦٣

١- (١) الرياض ٢: ٣٠٤، والمراد ب«خاله العلامة» الوارد في المتن، هو العلامة الأكبر الآغا محمّد باقر الوحيد البهبهاني قدس سره.

والحاصل: أنّ للعين في كلّ زمان من أزمنه تفاوت قيمته مرتبه من المالىه، أزيلت يد المالك منها وانقطعت سلطنته عنها، فإن رُدت العين فلا مال سواها يضمن، وإن تلفت استقرت عليا تلك المراتب، لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضاده، حيث إنّهُ يضمن الأعلى منها. ولأجل ذلك الشرح:

ووجهه أنه قد تقدم أن مفاد قاعده نفي الضرر نفي الأحكام التي يكون العمل بها موجبا لتضرر الشخص، وأما تدارك الضرر الواقع خارجا فلا يثبت بها.

ثم إنه رحمه الله وجه الاستدلال المتقدم على ضمان أعلى القيم بأن مالىه العين في كل زمان ومنها مالىتها زمان علو قيمتها تكون مضمونه في ضمن النقود أو مال آخر؛ إذ ليست المالىه بنفسها أمرا قابلاً للضمان، وعلى ذلك فإن كانت العين باقيه وردّها إلى مالكها فلا يكون للمالك مال آخر غير العين لتكون زياده قيمه مضمونه في ضمنه، وإذا تلفت العين يكون ضمان الزيادة في ضمن النقود ولو مع عدم تلف العين في زمان تلك الزيادة. وذلك فإن الضامن قد حال بين المالك وعين ماله في ذلك الزمان، وكما أن إتلاف المال في زمان موجب لضمان قيمته في ذلك الزمان، كذلك الحيلولة بين المالك وماله في ذلك الزمان حتى يتلف ذلك المال.

أقول: سيأتى أنه لا أساس لبدل الحيلولة وإنما الثابت بحسب الأدله بدل التلف وبدل التلف يثبت على العهده بتلف العين، أو زوال مالىتها رأسا الملحق بالتلف عند العقلاء ولا يثبت في غير ذلك، وليست القيمه السوقيه للعين بحسب الأزمنه كالمنافع المتضاده للعين في زمان واحد، فلا يقاس الأول بالثاني.

وذلك فإن المنافع المتضاده يمكن استيفاء كل منها بشرط ترك غيرها فيفوت على المالك المنفعه الأزيد في ذلك الزمان، بخلاف القيم في الأزمنه المتعدده؛ لأن العين لا تكون تالفه على مالكها ما دامت باقيه لتضمن بقيمتها في ذلك الزمان.

استدلّ العلامة في التحرير [١] للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: لأنه زمان إزاله يد المالك.

ونقول في توضيحه: أنّ كلّ زمان من أزمته الغصب قد أزيلت فيه يد المالك من العين على حسب مآلته، ففي زمانٍ أزيلت، من مقدار درهم، وفي آخر عن درهمن، وفي ثالث عن ثلاثه، فإذا استمرّت الإزاله إلى زمان التّلف وجبت غرامه أكثرها، فتأمل.

واستدلّ في السرائر وغيرها على هذا القول بأصالة الاشتغال [٢] لاشتغال ذمته بحق المالك، ولا يحصل البراءة إلا بالأعلى.

وقد يجاب بأنّ الأصل في المقام البراءة، حيث إنّ الشكّ في التكليف بالزائد. نعم، لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد. ثمّ إنّته حكى عن المفيد والقاضى والحلبى: الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض إلى حكم المشتري، ولم يعلم له وجه، ولعلهم يريدون به يوم القبض، لغلبة اتحاد زمان البيع والقبض، فافهم.

الشرح:

[١] يعنى: حيث إن العين في جميع الأزمته إلى أن تتلف مضمونه بوقوع الحيلولة في كل من تلك الأزمته بين العين ومالكها، علل العلامة (١) ضمان قيمه يوم الغصب بأنه أول زمان أزيلت يد المالك عن عين ماله، فإنه لولم يكن مجرد إزاله يد المالك عن العين موجبا لضمانها بأن يتوقف الضمان على التلف لما صح التعليل المزبور.

[٢] إن كان الاشتغال في القيميات بالقيمه، كما هو الفرض يكون المرجع عند دوران كون القيمه المضمونه أعلى القيم أو قيمه يوم التلف فتؤخذ البراءة عن الزيادة (٢).

ص: ١٦٥

١- (١) التحرير ٢ : ١٣٩ .

٢- (٢) هذا رده قدس سره لما ورد عن السرائر وغيرها كما في المتن، السرائر ٢ : ٤٨١ ، الرياض ٢ : ٣٠٤ ، المناهل : ٢٩٩ .

ثم إنه لا- عبره بزياده قيمه بعد التلف على جميع الأقوال، إلا- أنه تردّد فيه في الشرائع، ولعله كما قيل من جهة احتمال كون القيمي مضموناً بمثله، ودفع قيمه إنّما هو لإسقاط المثل. وقد تقدّم أنه مخالف لإطلاق النصوص والفتاوى.

ثم إنّ ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع قيمه بحسب الأزمنه، وأمّا إذا كان بسبب الأمكنه، كما إذا كان في محلّ الضمان بعشره، وفي مكان التلف بعشرين، وفي مكان المطالبه بثلاثين، فالظاهر اعتبار محلّ التلف [١] لأنّ ماليه الشئء تختلف بحسب الأماكن وتداركه بحسب ماليته.

ثم إنّ جميع ما ذكرنا من الخلاف [٢] إنّما هو في ارتفاع قيمه السوقيه الناشئه الشرح:

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من أنه لو كان النظر إلى الضمان المستفاد من حديث: «على اليد» (١)، يكون المقام في مورد استصحاب الضمان لا الرجوع إلى البراءه، فلعل مراده ضمان نفس العين بكون نفسها على العهده، على ما ذكره السيد اليزدى (٢) (طاب ثراه) ولكن قد تقدم عدم كون ذلك معنى ضمانها.

[١] هذا بناءً على كون العبره في القيمي بقيمه يوم التلف، وأمّا بناءً على ما استظهرناه من صحاحه أبي ولاد من اعتبار قيمه يوم الغصب فالمتعين ملاحظه مكان العين في ذلك اليوم فيما إذا كان لمكانها دخل في زياده قيمتها، ولو كان قيمتها في مكان التلف أزيد فيدخل وصف كونها في ذلك البلد في الزيادة العينيه الحادثه زمان الغصب.

[٢] إذا لم يكن للحيوان التالف زياده عينيه كالسمن ثم حصلت له هذه الزيادة فإن ظاهر كلماتهم ضمان الزيادة حتى لو فرض عدم تلف العين، كما لوردّها بعد زوال

ص: ١٦٦

١- (١) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

٢- (٢) نقله السيد الخوئى قدس سره في مصباح الفقاهه ٢: ٤٥١.

من تفاوت رغبه الناس. وأما إذا كان حاصلًا من زياده فى العين. فالظاهر كما قيل عدم الخلاف فى ضمان أعلى القيم، وفى الحقيقه ليست قيم التالف مختلفه وإنما زيادتها فى بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العيئه الحاصله فيه التنازله منزله الجزء الفائت. نعم، يجرى الخلاف المتقدم فى قيمه هذه الزيادة الفائتة وأن العبره بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم، ثم إن فى حكم تلف العين فى الشرح:

تلك الزيادة الحادثه، وذلك فإن العين مملوكه فتكون الزيادة الحادثه ملكا لملكها. والمفروض أن اليد على العين يد ضمان فيكون الوصف أيضا تابعا للعين، سواء كان حادثا من الأول أو من أيام غضبها، غايه الأمر تكون تلك الزيادة محسوبه بقيمه يوم حدوثها. بمعنى أنه يعين قيمه العين فى ذلك اليوم مع تلك الزيادة، كما لو كانت قيمتها فى ذلك اليوم مع الزيادة عشره دراهم ومع عدمها ثمانيه، فيكون الوصف المزبور مضمونا بدرهمين.

ولو فرض تلف نفس العين بعد حدوث تلك الزيادة فيها فيلاحظ قيمه العين بدون الزيادة يوم غضبها فيضمن نفس العين أيضا بتلك القيمه، كما هو ظاهر صحيحه أبى ولاد على ما تقدم.

والحاصل: أن غايه ما يستفاد من الصحيحه ضمان ما يوضع اليد عليه مع تلفه بقيمه يوم وضع اليد، يعنى حدوث الضمان، فتكون الزيادة الحادثه فى يد الغاصب داخله فى ضمانه بقيمه يوم حدوثها؛ لأنه أول زمان بالإضافه إلى ضمان تلك الزيادة.

وما يقال بأن مقتضى إطلاق صحيحه أبى ولاد ضمان العين بقيمتها عند غضبها وأنه لا اعتبار بزيادة قيمتها بعد ذلك، سواء كانت زيادتها باعتبار تغير القيمه السوقيه أو حصول الزيادة العينيه لا يمكن المساعده عليه؛ لأن الحكم المزبور وارد فى البغل المعد للكراء وحدثت الزيادة العينيه الفاحشه الموجه لتغير قيمته السوقيه فى خلال

جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول إليه، وإن لم يهلك كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق، لما دلّ على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونه. وهل يقيد ذلك بما إذا حصل اليأس [١] من الوصول إليه، أو بعدم رجاء وجدانه، أو يشمل ما لو علم وجدانه في مده طويله يتضرر المالك من انتظارها، أو ولو كانت قصيره؟ وجوه. ظاهر أدله ما ذكر من الأمور: الاختصاص بأحد الأولين، لكن ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير، كما يظهر من إطلاقهم أن اللوح المغصوب في السفينه إذا خيف من نزعه غرق مالٍ لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل.

الشرح:

خمسه عشر يوما فرض نادر، بل غير واقع؛ لأن البغل لو لم يخرج بالمشى إلى المسافه البعيده في خلالها إلى الهزال فلا أقل من عدم زيادته عما كان عليه يوم اكتراه.

[١] يعنى: هل يقيد ضمان المثل أو القيمة بما إذا حصل الاطمينان بعدم وصول المالك إلى ماله المعبر عن ذلك باليأس عن الوصول أو لم يكن ظن بالوصول إليه المعبر عنه بعدم رجاء وجدان المال، أو يشمل استحقاق المالك المثل أو القيمة ما لو علم وجدان المال في مده طويله أو حتى ما لو كانت قصيره، ظاهر ما ورد في الأمانات المضمونه اختصاص استحقاق المالك بمطالبه المثل أو القيمة بأحد الأولين، أى ما إذا حصل الاطمينان بعدم وصوله إلى المال أو عدم الظن بالوصول.

ويظهر الأخير من إطلاق فتاوى الأصحاب في بعض الموارد، كإطلاقهم في اللوح المغصوب في السفينه أنه إذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى القيمة إلى أن يبلغ الساحل، فإنهم لا يقيدون ذلك بما إذا كان البلوغ إلى الساحل محتاجا إلى زمنٍ طويل.

أقول: لا موجب لضمان القيمة بمجرد عدم تيسر الوصول إليها ما لم تعد العين تالفه في اعتبار العقلاء، كما إذا علم حصولها في اليد بعد حين، خصوصا إذا كانت

ويؤيدّه: أنّ فيه جمعاً بين الحقّين بعد فرض رجوع قيمه إلى ملك الضامن عند التمكن من العين، فإنّ تسلّط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده يقتضى جواز مطالبه الخروج عن عهده عند تعذّر نفسه، نظير ما تقدّم في تسلّطه على مطالبه قيمه للمثل المتعذّر في المثلى. نعم، لو كان زمان التعذّر قصيراً جدّاً، بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامه والتدارك على أداء قيمه، أشكال الحكم.

الشرح:

المدّه قليله فلا يحق للمالك مطالبه الضامن بدلها.

نعم، إذا كانت لها منفعه فيها أُجره فله المطالبه بتلك المنفعه الفائته، كما في مسأله اللوح المغصوب، والاستدلال على استحقاق المالك ببدل العين بكونه جمعاً بين الحقين، قد ذكرنا ما فيه سابقاً أنّ العين بالإضافه إلى قيمتها أو مثلها ليست من قبيل الأكثر إلى الأقل ليرفع المالك يده عن الزيادة ويطلب بالأقل، بل بالإضافه إلى بدلها من المتباينين؛ ولذا لا يحق له المطالبه ببدل العين مع بقائها وتيسر ردها.

وكذا لا يمكن التمسك في إثبات استحقاق المالك المطالبه بالبدل في مورد عدم تلف العين بحديث: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١)، فإنه مضافاً إلى ضعف سند مدلوله سلطنه المالك على التصرف في ماله وأنه ليس محجوراً عليه، وتغريم شخص آخر بمطالبه البدل ليس من التصرف في ذلك المال.

وبالجملة: لم يثبت للمالك استحقاق مطالبه البدل مع عدم كون ماله تالفاً في اعتبار العقلاء، كما إذا كان رده عليه محتاجاً إلى السعى في مقدماته فإنه لا يحق له مطالبه الضامن ببدل العين كما هو ظاهر كلام المصنف رحمه الله .

والاستدلال على ذلك بقاعده نفي الضرر ضعيف، فإن قاعده نفيه لا يقتضى تدارك الضرر، وعلى تقديره فتداركه مع بقاء العين وعدم عدها تالفه بتدارك منافعها

ص: ١٦٩

١- (١) عوالى اللآلى ١ : ٢٢٢ ، الحديث ٩٩ و ٤٥٧ ، الحديث ١٩٨ .

ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعى في مقدماته لم يسقط القيمة زمان السعى، لكن ظاهر كلمات بعضهم: التعبير بالتعذر، وهو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزامه برد العين، فتأمل، ولعل المراد به التعذر في الحال وإن كان لتوقفه على مقدمات زمانيه يتأخر لأجلها ذو المقدمه.

ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كتبوتها مع تلفها في كون دفعها حقاً للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع، بل له أن يمتنع من أخذها ويصبر إلى زوال العذر، كما صرح به الشيخ في المبسوط، ويدل عليه قاعده تسلط الناس على أموالهم [١]

الشرح:

الفائته إلى أن يحصل رد نفس العين.

والحاصل: ما يسمونه ببدل الحيلولة لم يتم عليه وجه يعتمد عليه، بل إن كانت العين التي يتعذر الوصول إليها تعد تالفه على مالكة فالبدل بدل لها، ومع عدم كونها تالفه كذلك فلا موجب لاستحقاق مالكة بدلها حيلولة كانت أو غيرها.

نعم، لمالكها مطالبه البديل بالإضافة إلى منافعها الفائته، وعلى ما ذكرنا فيسقط جميع ما يتفرع على الالتزام بالبديل الحيلولة، وإذا كانت العين بحيث تعد تالفه يكون للمالك على الضامن البديل، ولو أخذ البديل واتفق الوصول إلى العين بعد مده فلا يستحق المالك إلا ما أخذه وليس له إلزام الضامن باسترجاع البديل، حيث يأتي أن إعطاء البديل من قبيل المعاوضه القهريه بينه وبين المستبدل.

[١] يعنى: أن مقتضى سلطنه الناس على أموالهم جواز امتناع المالك عن بدل الحيلولة ومطالبته بعين ماله ولو بعد حين.

ص: ١٧٠

وكما أنّ تعذّر ردّ العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم، ثمّ إنّ المال المبدول [١] يملكه المالك بلا خلاف، كما في المبسوط والخلاف والغنيه والسّرائر وظاهرهم إرادته نفى الخلاف بين المسلمين، ولعلّ الوجه فيه: أنّ التدارك لا يتحقّق إلاّ بذلك. ولولا ظهور الإجماع وأدله الغرامه في الملكيه لاحتملنا أن يكون مباحاً له إباحه مطلقه وإن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحه المطلقه في المعاطاه على القول بها فيها، ويكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين، وحكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقّق القمي رحمه الله في أجوبه مسائله. وعلى أيّ حال، فلا ينتقل العين إلى الضّامن، فهي غرامه لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه ودخول العين في ملكه، وليست معاوضه ليلزم الجمع بين العوض والمعوض، فالمبدول هنا كالمبدول مع تلف العين في عدم البديل له. وقد استشكل في ذلك المحقّق والشّهيد الثّانين:

الشرح:

[١] وحاصله: أنّ ظاهر كلماتهم (١) كون المبدول للمالك بعنوان بدل الحيلولة ملكا له ويقتضيه ما ورد في موارد الضمانات، فإنّ ظاهره كون البديل المعطى للمالك في موارد الحيلولة كإعطائه في موارد التلف في صيرورته ملكا له.

نعم، لو لم يكن الإجماع المشار إليه وظاهر أدله الضمان والغرامه لأمكن القول بأنه لا يملكه بمجرد الإعطاء، بل يجوز التصرف في البديل المزبور إلى أن يدخل في ملكه بتلف المبدل، وسواء قلنا بدخول البديل في ملك المالك من الأول أو بعد تلف المبدل فلا يدخل ذلك المبدل في ملك الضامن بدفعه البديل.

ونتيجه ذلك اجتماع البديل والمبدل في ملك المالك لا ضيرفيه؛ لأن دفع البديل

ص: ١٧١

١- (١) وهي ظاهر كلمات صاحب المبسوط ٣: ٩٥، والخلاف ٣: ٤١٢، المسأله ٢٦، والغنيه: ٢٨٢، والسرائر ٢: ٤٨٦، الوارده في المتن.

قال الأول في محكى جامعه: إن هنا إشكالاً، فإنه كيف يجب القيمة ويملكها الآخذ ويبقى العين على ملكه؟ وجعلها في مقابله الحيلولة لا يكاد يتضح معناه، انتهى.

وقال الثاني: إن هذا لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح، ولو قيل بحصول الملك لكل منهما مترزلاً، وتوقف تملك المغضوب منه للبدل على اليأس من العين وإن جاز له التصرف، كان وجهاً في المسألة، انتهى. واستحسنه في محكى الكفايه.

أقول: الذى ينبغى أن يقال هنا: إن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، ولازم ذلك إقامة مقابله من ماله مقامه، ليصدق ذهابها من كيسه.

الشرح:

إلى المالك ليس من المبادله بين المالين ليمتنع اجتماعهما فى ملكه، بل دفعه فى المقام نظير دفعه مع تلف المال فى عدم المبادله، والوجه فى عدم المبادله مع التلف أيضاً أن المبادله تقتضى وجود طرفيها ولا تعقل بين الموجود والمعدوم، ولكن مع ذلك ناقش المحقق (١) والشهيد الثانيان (٢) فى بدل الحيلولة باجتماع البدل والمبدل فى ملك المالك.

وأضاف الشهيد الثانى رحمه الله بأنه لا بد من الالتزام بدخول البدل فى ملك المالك وخروج المبدل إلى ملك الضامن ولكن مترزلاً إلى أن يتلف المبدل، أو يقال بأن البدل باق على ملك الضامن وإنما يجوز للآخر التصرف فيه على ما تقدم.

ودافع المصنف رحمه الله عن بدل الحيلولة بأن المناقشه ناشئه عن زعم أن البدل فى المقام نظير البدل مع تلف العين بدل عن نفس العين، والزعم غير صحيح؛ لأن البدل يعطى للمالك بعنوان الغرامه ومن الظاهر أن مع تلف العين تكون الغرامه تداركا لما

ص: ١٧٢

١- (١) جامع المقاصد ٦ : ٢٤١ .

٢- (٢) المسالك (الطبعه الحجريه) ٢ : ٢١٠ .

ثم إنَّ الذَّهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي، أو العرفي المخرج للعين عن قابليته الملكيه عرفاً، وجب قيام مقابله من ماله مقامه في الملكيه، وإن كان الذَّهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه وفوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكيه، وجب قيام مقابله مقامه في السلطنه، لا في الملكيه، ليكون مقابلاً وتداركاً للسلطنه الفائته، فالتدارك لا يقتضى ملكيه المتدارك في هذه الصوره.

نعم، لَمَّا كانت السِّلطنه المطلقه المتداركه للسِّلطنه الفائته متوقَّفه على الملك، لتوقف بعض التصرفات عليها، وجب ملكيته للمبدول تحقيقاً لمعنى التدارك والخروج عن العهده.

وعلى أيّ تقدير: فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونه على ملك مالکها، إنَّما الكلام في البديل المبدول، ولا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالإباحه وبالسلطنه المطلقه عليها، وبعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذٍ إلى أن إباحه جميع التصرفات حتّى المتوقَّفه على الملك هل تستلزم الملك من حين الإباحه، أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف؟ وقد تقدّم في المعاطاه بيان ذلك. ثمَّ إنَّه قد تحصّل ممَّا ذكرنا [١] أن تحقّق ملكيه البديل أو السلطنه المطلقه عليه مع بقاء العين الشرح:

فات عن المالك من نفس العين، والفائت عن المالك في الفرض ليس نفس العين، بل السلطنه على التصرفات فيها، فلا بد من قيام البديل مقامها في هذه الجبهه والقيام كذلك لا يقتضى دخول البديل في ملك المالك المبدل ابتداءً، بل يقتضى جواز تصرفاته في ذلك البديل.

نعم، لو كان التصرف موقوفاً على الملكيه فلا بد من الالتزام بدخول البديل في ملك المتصرف من ذلك الحين، نظير ما تقدم في المعاطاه.

[١] وحاصله أن ما ذكر من بقاء العين على ملك مالکها ودفع البديل بعنوان الغرامه

على ملك مالكةا، إنما هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعدّ بذل البدل غرامه وتداركاً، أمّا لو لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام الملكيه، فالتدارك لا يقتضى ملكه ولا السلطنه المطلقه على البدل. ولو فرض حكم الشارع بوجود غرامه قيمته حينئذ لم يبعد انكشاف ذلك عن انتقال العين إلى الغارم، ولذا استظهر غير واحد أنّ الغارم لقيمه الحيوان الذى وطأه يملكه، لأنّه وإن وجب بالوطء نفيه عن البلد ويبيعه فى بلد آخر، لكن هذا لا يعدّ فواتاً لما به قوام المالىه.

هذا كله مع انقطاع السلطنه عن العين مع بقائها على مقدار ملكيتها السابقه.

الشرح:

عمافات من سلطنه المالك ينحصر بما إذا كان الفات على المالك معظم الانتفاعات حتى يوصف المدفوع بكونه غرامه، وأما إذا ثبت البدل مع بقاء سلطنه المالك على معظم الانتفاعات، كما فى تغريم واطى الحيوان بدفع قيمته فلا يبعد أن يستكشف عن ايجاب دفع البدل دخول المبدل فى ملك الغارم بالدفع، حيث إنه وإن وجب نفي الحيوان عن ذلك البلد ويبيعه فى بلد آخر، إلا أن هذا لا يوجب سقوط الحيوان عن المالىه، غايه الأمر يكون ذلك عيباً فى الحيوان وإذا حكم الشارع بدفع تمام قيمته إلى مالكة يستفاد أن دفعها مبادله شرعيه بينها وبين الحيوان.

وهذا بخلاف ما إذا خرج الشئ عن المالىه فإن خروجه عنها موجب لفوت سلطنه المالك على معظم انتفاعه فلا يكون دفع البدل إليه موجبا لخروج المبدل عن ملكه؛ لما تقدم من أن البدل غرامه لتلك السلطنه الفاتته وللخروج عن المالىه.

ويترتب على ذلك أنه لو التفت قبل تمام غسل اليدين وقبل المسح فى الوضوء إلى كون الماء غضباً لا يرضى مالكة بالتصرف فيه فلا يكون المسح بالبلل الباقي بيديه ولو بعد دفع البدل الموجب لتمام الوضوء؛ لأن غرامه البدل لا يوجب دخول الماء فى ملكه حتى يجوز له التصرف فيه بمسح أعضاء الوضوء بالرطوبه الباقيه بيديه.

ص: ١٧٤

أمّا لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفه الملكيه، فمقتضى قاعده الضمان وجوب كمال قيمه، مع بقاء العين على ملك المالك، لأنّ قيمه عوض الأوصاف أو الأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن التقويم، لا عوض العين نفسها، كما في الرطوبه الباقيه بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإنّ بقاءها على ملك مالكةا لا ينافي معنى الغرامه، لفوات معظم الانتفاعات به، فيقوى عدم جواز المسح بها إلاّ بإذن المالك ولو بذل قيمه. قال في القواعد في ما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبه : ولو طلب المالك نزعها وإن أفضى إلى التلف وجب، ثمّ يضمن الغاصب النقص، ولو لم يبق لها قيمه غرم جميع قيمه، انتهى.

الشرح:

وذكر في شرح «القواعد»^(١) أنه لو خاط ثوبه بخيوط الغصب وطلبها المالك وجب نزعها وإن أفضى ذلك إلى تعيب الخيوط أو زوال ماليتها، ومعهما يجب أيضا غرامه العيب أو الماله.

أقول: خلاصه الكلام في ضمان التالف أن مجرد التلف حقيقه أو حكما وثبوت البديل على عهده الضامن لا يوجب انتقال العين التالفه إلى ملك الضامن، حيث إن ثبوت البديل على العهده تغريم وليست مبادله ويترتب على ذلك كون بقايا العين التالفه ملكا للمالك.

نعم، إذا دفع الضامن العين التالفه والبديل المزبور يكون الدفع موجبا لدخول تلك العين في ملك الضامن، وكل ذلك بالسيره العقلانيه التي اعتمدنا عليها في إثبات الضمان، فإنهم لا يرون للمالك استحقاق المطالبه بالبقايا بعد أخذه البديل، بخلاف ما لم يأخذ البديل فإنه ما دام لم يدفع تكون البقايا ملكا لمالكها الأول حتى مع ملكه البديل على عهده الضامن.

ص: ١٧٥

وعطف على ذلك فى محكى جامع المقاصد قوله: ولا- يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أنّ جنايه الغاصب توجب أكثر الأمرين، ولو استوعبت قيمه أخذها ولم تدفع العين، انتهى.

الشرح:

ويوضح ذلك خير إيضاح ما ورد فى ضمان الواطى قيمه الحيوان الذى وقع عليه وهى موثقه سدير(١)، حيث البائع المفروض فيها هو الواطى بعد دفعه قيمه إلى مالك الحيوان فىكون الحيوان الموطوء ملكا له بدفعه قيمته.

وما ذكر المصنف رحمه الله: من أنه فى صورته تلف المال أيضا لا- يكون دفع البديل مبادله قهريه بين العين التالفه والبديل؛ لاقتضاء المبادله وجود طرفيها. يدفعه: أنّ اعتبار المبادله حال تلف العين لا- بأس به كما يعتبر مثلها فى موارد فسخ المعامله بالخيار ونحوه مع تلف أحد العوضين.

ويترتب على اعتبارها أنه لو رجع المالك فى مسأله تعاقب الأيدى على المال إلى من تلف المال بيده فلا يرجع الغارم المزبور إلى غيره ممن جرت أيديهم على المال المزبور، بخلاف ما إذا رجع إلى غيره فإنه يرجع إلى من تسلم المال منه إلى أن ينتهى استقرار الضمان إلى من تلف المال بيده، فإن الدافع بدفعه البديل يملك التالف على من تسلم المال منه على وجه الضمان إلى أن ينتهى قرار الضمان إلى من تلف المال بيده.

ومما ذكرنا يظهر أنه لا يجوز لمن توطأ غفله بماء الغير والتفت إلى ذلك قبل المسح، إتمام وضوئه بالمسح بالرطوبة الموجوده بيديه فإنها ملك الغير كما ذكرنا، فلا يجوز التصرف فيها بلا رضاه.

ص: ١٧٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٨ : ٣٥٨، الباب الأول من أبواب نكاح البهائم، الحديث ٤.

وعن المسالك في هذه المسأله: أنه إن لم يبق له قيمه ضمن جميع القيمه، ولا يخرج بذلك عن ملك مالكه كما سبق، فيجمع بين العين والقيمه.

لكن عن مجمع البرهان في هذه المسأله: اختيار عدم وجوب النزاع، بل قال: يمكن أن لا- يجوز ويتعين القيمه، لكونه بمنزله التلف، وحينئذ يمكن جواز الصلاه في هذا الثوب المخيط، إذ لا غصب فيه يجب ردّه، كما قيل بجواز المسح بالرطوبه الباقية من الماء المغسوب الذي حصل العلم به بعد إكمال الغسل وقبل المسح، انتهى.

واستجوده بعض المعاصرين، ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمه خروج المضمون عن ملكه، لصيرورته عوضاً شرعاً.

وفيه: أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء، وأدله الضمان قد عرفت أن محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي، أو كان الذاهب السلطنه عليها التي بها قوام ماليتها كغرق المال، أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته. ولا- يخفى أن العين على التقدير الأول خارج عن الملكيه عرفاً. وعلى الثاني: السلطنه المطلقه على البدل بدل عن السلطنه المنقطعه عن العين، وهذا الشرح:

نعم، إذا دفع البدل قبل جفاف يديه واستحق الرطوبه فلا بأس بالمسح بها، وكذلك لو طالب المالك نزع الخيوط في فرض «جامع المقاصد»، وأنه مع دفع الضامن بدل الخيوط فلا يستحق مالكا طلب نزعها؛ لدخولها بدفع البدل في ملك الضامن.

هذا مع تلف الخيوط وسقوطها عن الماليه بالنزع، وأما مع تعييبها بحيث يكون على الضامن أرش العيب فيجب عليه مع عدم رضا المالك نزعها وردّها إليه مع الأرش.

معنى بدل الحيلولة. وعلى الثالث: فالمبدول عوض عمّا خرج المال بذهابه عن التقويم، لا عن نفس العين، فالمضمون فى الحقيقة هى تلك الأوصاف التى تقابل بجميع قيمه، لا- نفس العين الباقية، كيف! ولم تلتف هى، وليس لها على تقدير التلف أيضاً عهدته مالیه؟ بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال، بل لو استنزم رده ضرراً مالياً على الغاصب أمكن سقوطه، فتأمل.

ولعلّ ما عن المسالك: من أنّ ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن قيمه بالإخراج، فتعين قيمه فقط، محمول على صورته تضرّر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشب، كما لا يابى عنه عنوان المسألة، فلاحظ، وحينئذٍ فلا تنافى ما تقدّم عنه سابقاً: من بقاء الخيط على ملك مالكة وإن وجب بذل قيمته.

ثمّ إنّ هنا قسماً رابعاً [١] وهو ما لو خرج المضمون عن الملكيه مع بقاء حقّ الشرح:

[١] لا يقال: ما الفرق بين هذا القسم الذى تسقط العين فيه عن المالىة والملكيه معا وبين القسم الثالث الذى ذكره رحمه الله أن فوات أجزاء العين وأوصافها يكون موجبا لسقوطها عن المالىة فقط، مع بقائها على الملكيه.

فإنه يقال: الموجب لسقوط العين عن المالىة فى القسم الثالث فوات منافعها المقصوده التى تكون بها ماليتها، ومع فواتها فوجود بعض المنافع المحلله لها؛ لعدم كونها مقصوده، لا توجب ماليتها كالأوراق الممزقه التى ينتفع بها فى الإحراق وبعض الحبات من الحنطة، حيث يمكن الانتفاع بها بطحنها فى ضمن سائر الحنطة، ولكن مثل هذا الانتفاع يوجب اعتبار الملكيه فى العين.

وهذا بخلاف القسم الرابع الذى لا تكون العين فيه قابله للانتفاع فعلاً، لا مقصوداً ولا غير مقصود، ولذا تسقط عن الملكيه أيضاً، كما فى الخل المنقلب إلى الخمر.

الأولوية فيه كما لو صار الخَلُّ المغصوب خمرًا، فاستشكل في القواعد وجوب ردّها مع قيمه، ولعلّه من استصحاب وجوب ردّها، ومن أنّ الموضوع في المستصحب ملك المالك، إذ لم يجب إلّا- ردّه ولم يكن المالك إلّا- أولى به. إلّا أن يقال: إنّ الموضوع في الاستصحاب عرفيّ، ولذا كان الوجوب مذهب جماعه منهم الشهيدان والمحقق الثاني، ويؤيده أنّه لو عاد خلًّا ردّت الى المالك بلا خلاف ظاهر.

ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامه [١] على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين وضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمه العين بعد الدفع، سواء كان للسوق أو للزيادة المتّصلة بل المنفصلة كالثمره ولا يضمن منافعه، فلا يطالب الغارم بالمنفعه بعد الشرح:

نعم، تكون العين في الفرض موردا لحق الأولوية الثابته ببناء العقلاء دون الاستصحاب؛ ليقال بعدم جريانه باعتبار أن الأولوية سابقا كانت بمعنى الملك وبعد الانقلاب إلى الخمر ينعدم الملك، والأولوية بمعنى الملك ليست لها حاله سابقه ومع ذلك عدم إمكان الانتفاع فعلاً يوجب سقوط الشيء عن الملكيه، فتأمل.

نعم، لا إشكال فيه فيما إذا لم يمكن الانتفاع به أصلاً ولو فيما بعد.

[١] فإنّ دفع بدل الحيلولة بمنزله دفع بدل التلف في كونه تداركا وغرامه، وكما يخرج بالتالي عن ضمان العين ومنافعها وزيادة قيمتها كذلك بالأول، غايه الأمر أن دفع بدل الحيلولة مترلزل يتصف بالتنجّز بتلف العين أو بالانفساخ بطرو التمكن على ردّها، بخلاف بدل التلف فإنّ دفعه من الأول منجّز.

وبذلك يظهر ضعف ما عن بعض من ضمان منافع العين حتى بعد دفع بدل الحيلولة، ووجه الظهور أنه لو كانت المنافع على العهده حتى بعد دفع البدل فكيف يتصف المدفوع بكونه بدلاً وتداركا لما يفوت عن المالك.

ذلك. وعن التذكرة وبعض آخر: ضمان المنافع، وقوّاه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه، وفي موضع من جامع المقاصد: أنه موضع توقف، وفي موضع آخر رجح الوجوب. ثم إن ظاهر عطف التعذر على التلف [١] في كلام بعضهم عند التعرض لضمان المغصوب بالمثل أو قيمه يقتضى عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر وقبل الدّفع، كالحاصل بعد التلف، لكن مقتضى القاعده ضمانه له، لأن مع التلف يتعين القيمة، ولذا ليس له الامتناع من أخذها، بخلاف تعذر العين، فإن القيمة غير متعينة، فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك ويبقى العين في عهده الضامن في هذه المدّة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، أو أعلى القيم إليه، أو يوم الغصب، على الخلاف.

الشرح:

[١] وحاصله أنه كما لا يثبت على الضامن زياده القيمة السوقية بعد زمان تلف العين كذلك لا يثبت عليه زيادتها بعد تعذر ردّها فيتعين في بدل الحيلولة قيمه يوم تعذر ردّها أو أعلى القيم أو قيمه يوم الغصب، وهذا مقتضى إلحاق تعذر ردّ العين في كلماتهم بتلفها، ولكن لا يخفى الفرق بينها فإنه مع التلف تكون قيمتها دينا على عهده الضامن فيجرب فيها قيمه يوم التلف أو يوم الغصب أو أعلى القيم.

وهذا بخلاف صورته التعذر فإن العين بنفسها مضمونه، بمعنى أنه لا تثبت قيمتها بمجرد تعذر ردّها؛ ولذا يكون للمالك الامتناع عن قبول البدل والمطالبه بنفس العين فيما بعد، نظير ما تقدم في استحقاق المالك المطالبه بالقيمة في المثلى المتعذر مثله.

ثم إنه لا يجتمع الحكم بأن تعذر ردّ العين بمنزله تلفها مع الحكم باستحقاق المالك أجره المثل لمنافع العين حتى بعد تعذر ردّها إلى زمان دفع بدل الحيلولة وكذا ضمان نمائها إلى ذلك الزمان، حيث إنه لو كان تعذر ردّ العين بمنزله التلف تكون المنافع بعد تعذر ردّها كمنافعها بعد تلفها في عدم الضمان بالإضافة إليها.

ص: ١٨٠

والحاصل: أن قبل دفع القيمة يكون العين الموجوده في عهده الضامن، فلا عبره بيوم التعذر، والحكم بكون يوم التعذر بمنزله يوم التلف مع الحكم بضمان الأجره والنماء إلى دفع البدل وإن تراخى عن التعذر، ممّا لا يجتمعان ظاهراً، فمقتضى القاعده ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر في المثلي.

ثم إنه لا إشكال في أنه إذا ارتفع تعذر ردّ العين وصار ممكناً، وجب ردّها إلى مالکها كما صرح به في جامع المقاصد فوراً، وإن كان في إحضارها مؤونه، كما كان قبل التعذر، لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، ودفع البدل لأجل الحيلولة إنّما أفاد خروج الغاصب عن الضمان، بمعنى أنه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك، واستلزم ذلك على ما اخترناه عدم ضمان المنافع والنماء المنفصل والمتصل بعد دفع الغرامه.

وسقوط وجوب الردّ حين التعذر للعذر العقلي، فلا يجوز استصحابه، بل مقتضى الاستصحاب والعموم هو الضمان المدلول عليه بقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» المعنى بقوله: «حتى تؤدى».

وهل الغرامه المدفوعه تعود ملكه [١] إلى الغارم بمجرد طرؤ التمكّن، فيضمن الشرح:

نعم، إذا قيل بالفرق بين التعذر والردّ بثبوت القيمة يوم التلف في الأول وبقاء نفس العين على العهده في الثانى تعين الحكم بضمان المنافع والنماء، بل زياده القيمة السوقيه للعين إلى زمان دفع بدل الحيلولة كما مر.

[١] وحاصله: أنه لو تجدد للضامن التمكّن من ردّ العين فيحتمل رجوع بدل الحيلولة بمجرد ذلك إلى ملكه، فيكون ضامناً للعين بضمان جديد بحيث لو تلفت يثبت بذمته بدل التلف، ويحتمل بقاء بدل الحيلولة في ملك المالك إلى حين وصول

العين من يوم التمكّن ضمناً جديداً بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم، أو أنّها باقية على ملك مالك العين، وكون العين مضمونه بها لا بشيء آخر في ذمه الغاصب، فلو تلفت استقرّ ملك المالك على الغرامه، فلم يحدث في العين إلاّ- حكم تكليفي بوجوب ردّه، وأمّا الضمان وعهده جديده فلا-؟ وجهان: أظهرهما الثاني، لاستصحاب كون العين مضمونه بالغرامه، وعدم طرؤ ما يزيل ملكيته عن الغرامه أو يحدث ضمناً جديداً، ومجرّد عود التمكّن لا يوجب عود سلطنه المالك حتّى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامه الجمع بين العوض والمعوض.

غايه ما في الباب قدره الغاصب على إعادته السلطنه الفائته المبدّله عنها بالغرامه ووجوبها عليه. وحيثنّذ، فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكيه المالك للغرامه.

الشرح:

العين بيده بحيث لو تلفت العين قبل وصولها بيده لا يكون ضمان آخر على الضامن، بل يملك المالك بدل الحيلوله منجزاً بعد ما كان مالكا له متزلزلاً كما تقدم. ومقتضى الاستصحاب بقاء بدل الحيلوله على حاله، وعدم حدوث ضمان جديد بتجدد تمكّن الضامن.

لا يقال: بدل الحيلوله كان عوضاً عن سلطنه المالك على العين وبعد تجدد تمكّن الضامن على ردّ العين يكون ملك المالك البدل مع ملكه العين من الجمع بين العوض والمعوض.

فإنه يقال: تمكّن الضامن على ردّ العين على مالكاها لا يوجب عود سلطنه المالك على العين؛ ولذا لو امتنع الضامن عن ردّ العين لا يتمكن مالكاها على بيعها أو إجارتها من شخص آخر إلى غير ذلك من التصرفات، وإنما تعود سلطنه المالك بعود العين

ص: ١٨٢

وتوهم: أنّ المدفوع كان بدلاً عن القدر الفائت من السلطنة في زمان التعذر فلا يعود لعدم عود مبدله، ضعيف في الغايه، بل كان بدلاً عن أصل السلطنة يرتفع بعودها، فيجب دفعه، أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه عن ملكه بناقل لازم بل جائز، ولا يجب ردّ نمائه المنفصل. ولو لم يدفعها لم يكن له مطالبه الغرامه أولاً، إذ ما لم يتحقق السلطنة لم يعدّ الملك إلى الغارم، فإنّ الغرامه عوض السلطنة لا عوض قدره الغاصب على تحصيلها للمالك، فتأمل.

الشرح:

ووصولها بيده فلا يلزم من ملكه للبدل أو العين الجمع بين العوض والمعوض.

نعم، لو كان ملكه بدل الحيلولة عوضاً عن تمكن الضامن على ردّ العين على صاحبها لزم الجمع بينهما ولكن من الظاهر أن تمكن الضامن على ردّ العين أجنبي عن المالك فلا يأخذ عنه بدلاً أصلاً، وعلى ما ذكر فلو ردّ الضامن العين على مالكها يرجع بدل الحيلولة إلى ملك الضامن، فلو كان نفس ذلك البدل باقياً يأخذه، وإن كان تالفاً أو خارجاً عن ملك المالك بعقد لازم أو جازي يأخذ الضامن بدله من المثل أو القيمة ونماء بدل الحيلولة المتخلل بين أخذ المالك ورجوعه إلى ملك الضامن للمالك؛ لأن الأصل يعني بدل الحيلولة كان في تلك المده ملكاً له والنماء تابع للأصل.

لا يقال: لا وجه لرجوع بدل الحيلولة إلى ملك الضامن أصلاً؛ لأن ذلك البدل كان عوضاً عن السلطنة الفائتة عن المالك ولا يتدارك تلك السلطنة بوصول العين بيده ثانياً.

فإنه يقال: كان بدل الحيلولة عوضاً عن مطلق سلطنته لا خصوص سلطنته الفائتة السابقة فيكون رجوع العين موجبا لعود سلطنته، والفائتة منها كانت متداركه بسلطنته على بدل الحيلولة قبل ذلك.

ص: ١٨٣

نعم للمالك مطالبه عين ماله [١] لعموم «الناس مسلطون على أموالهم»، وليس ما عنده من المال عوضاً من مطلق السِّلْطَنه حتّى سلطنه المطالبه، بل سلطنه الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك، ولذا لا يباح لغيره بمجرّد بذل الغرامه.

ومّمّا ذكرنا يظهر أنّه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك قيمه، كما اختاره في التذكرة والإيضاح وجامع المقاصد. وعن التحرير: الجزم بأنّ له ذلك، ولعلّه لأنّ قيمه عوض إمّا عن العين، وإمّا عن السِّلْطَنه عليه، وعلى أى تقدير فيتحقّق الترادّ، وحيثنّ ذلك من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتّى يتسلّم ما بيد الآخر.

الشرح:

[١] يعنى: حيث إنّ العين لم تخرج عن ملك المالك فى مورد بدل الحيلولة فيكون له مطالبته بها حين تجدد تمكن الضامن على ردّها وجواز المطالبه مقتضى قوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم» (١)، وليس بدل الحيلولة فى يد المالك عوضاً عن جميع السلطنه المتصوره للمالك ليقال بانه ليس له سلطان على مطالبه العين؛ لأنّ بدل الحيلولة عوض عن هذه السلطنه أيضاً، وإلاّ لو كان البديل عوضاً عن جميع ذلك لزم خروج العين عن ملكه وجاز للآخرين تملكها بوضع يدهم عليها.

وقد ظهر أنه ليس للضامن الامتناع عن تسليم العين حتى يسترجع بدل الحيلولة عن المالك، ووجه الظهور أنه لو كان بدل الحيلولة عوضاً عن نفس العين جاز له الامتناع، حيث يجوز لكل من المالكين الامتناع عن تسليم ملك الآخر حتى يتسلم منه ملكه ولكن بدل الحيلولة كما تقدم ليس عوضاً عن العين، بل عوض سلطنه المالك التى تتجدد له بوصول العين بيده وبعد وصولها بيده يخرج بدل الحيلولة عن ملكه

ص: ١٨٤

١- (١) عوالى اللآلى: ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨، و ٢: ١٣٨، الحديث ٣٨٣، و ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

وفيه: أنّ العين بنفسها ليست عوضاً ولا معوضاً، ولذا تحقّق للمالك الجمع بينها وبين الغرامه، فالمالك مسلّط عليها، والمعوض للغرامه السلطنه الفائته التي هي في معرض العود بالترادّ.

اللهم إلا أن يقال: له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامه وهي السلطنه الفائته. والأقوى: الأول.

ثم لو قلنا بجواز الحبس [١] لو حبسه فتلفت العين محبوساً، فالظاهر أنّه لا- يجرى عليه حكم المغصوب، لأنّه حبسه بحقّ، نعم يضمّنه، لأنّه قبضه لمصلحه نفسه.

الشرح:

برجوعه إلى ملك الضامن، ففي ذلك الحين يكون له المطالبه به.

اللهم إلا أن يقال: يجوز للضامن حبس العين حتى يسترجع البديل من المالك؛ لأن حبسه العين يكون حبسا لسلطنه المالك التي عوض عنها ببديل الحيلولة، ولكن لا- يخفى ما فيه، فإنه مادام لم يرجع العين إلى يد المالك ولم تتجدد سلطنته عليها لا يرجع البديل إلى ملك الضامن ليكون له سلطنه على ماله بالمطالبه أو غيرها.

[١] يعنى إذا قيل: إنه يجوز للغاصب حبس العين بعد تجدد تمكنه على ردّها؛ ليسترجع بدل الحيلولة، لا يجرى على العين التي بيده في زمان جواز حبسها حكم الغصب.

نعم، يضمّن العين؛ لأن حبسها يكون لمصلحه نفسه لا للإحسان إلى مالكها، وعلى ذلك فلو تلفت بيده يتعين عليه دفع قيمه يوم تلفها بناءً على أن الأصل في كل مضمون قيمه ذلك اليوم، وبناءً على ضمان أعلى القيم يتعين أعلاها من يوم حبسها إلى زمان تلفها؛ لأن يوم حبسها يوم حدوث الضمان الجديد؛ إذ قبله كان خارجاً عن ضمان العين بدفع بدل الحيلولة.

والظاهر أنه بقيمه يوم التلف على ما هو الأصل في كل مضمون ومن قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف. وذكر العلامة في القواعد: أنه لو حبس فتلّف محبوساً، فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع قيمه الأولى.

والظاهر أنّ مراده ب«قيمة الآن»: مقابل القيمة السابقة، بناءً على زوال حكم الغضب عن العين، لكونه محبوساً بغير عدوان، لا خصوص حين التلف. وكلمات كثير منهم لا يخلو عن اضطراب.

ثم إن أكثر ما ذكرناه المذكور في كلماتهم في باب الغضب، لكن الظاهر أنّ أكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه مضموناً، إذ ليس في الغضب خصوصية زائده. نعم، ربّما يفرّق من جهة نصّ في المغصوب مخالف لقاعده الضمان، كما احتمل في الحكم بوجوب قيمه يوم الضمان من جهة صحّحه أبي ولأد أو أعلى القيم على ما تقدّم من الشهيد الثاني دعوى دلاله الصحّحه عليه، وأمّا ما اشتهر من أنّ الغاصب مأخوذ بأشقّ الأحوال، فلم نعرف له مأخذاً واضحاً.

الشرح:

ويقرب من ذلك قول العلامة في «القواعد»: إنه لو حبس العين فتلفت فعليه ضمان قيمتها من الآن (1)، وليس المراد من قيمه الآن خصوص قيمه حين التلف، بل القيمة بعد حدوث الضمان.

فلو قيل في القيميات بقيمه يوم التلف يتعين في المقام قيمه يومه، وإن قيل بأعلى القيم يتعين أعلاها من حين حبسها إلى يوم تلفها فإنه ينقطع حكم الغضب بدفع بدل الحيلولة وبحبس العين يحدث ضمان جديد.

ص: ١٨٦

ولنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد وإن بقي منه أحكام أخر أكثر مما ذكر، ولعل بعضها يجيء في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى.

الشرح:

أقول: هذا ينافي ما تقدم منه رحمه الله من أن العين بعد تجدد التمكّن على ردّها لا تدخل في الضمان، وبدل الحيلولة لا يخرج عن ملك المالك بمجرد التمكّن على ردّ العين عليه؛ ليكون ضمان البدل عليه وضمان العين على الغاصب. ويجوز لدافع بدل الحيلولة حبس العين؛ لأن حبسها يلازم حبس سلطنه المالك على العين والمالك قد تسلم بدل الحيلولة الذي عوض عن هذه السلطنه، وليس وجه الجواز خروج البدل إلى ملك الغاصب بمجرد التمكّن على ردّ العين ليجوز له حبس العين؛ لاسترداد ملكه من مالكها، فلاحظ وتدبر.

ص: ١٨٧

الكلام فى شروط المتعاقدين

مسأله: المشهور كما عن الدروس والكفايه بطلان عقد الصبي [١] بل عن الغنيه: الإجماع عليه وإن أجاز الولي.

الشرح:

[١] ويستدل على اعتبار البلوغ فى المتعاقدين برفع القلم عن الصبي حتى يحتلم، كما فى مضمرة ابن ظبيان (١).

وأورد المصنف رحمه الله على الاستدلال المزبور بوجوه:

أولاً: احتمال أن يكون المرفوع هو قلم المؤاخذه بأن لا يكتب عليه سيئه بما يصدر عنه حال صباوته، وكذا لا يثبت فى حقه نظير القصاص والحدود من الأحكام المجعوله مؤاخذه على بعض الأفعال، وهذا لا يقتضى عدم تعلق الحرمة والوجوب فضلاً عن سائر الأحكام بأفعال الصبي ومعاملاته، بل مقتضى عموم أدله الأحكام وإطلاقاتها ثبوتها فى حقه أيضاً فيستحق الثواب على امتثال تلك الأحكام ولكن لا يثبت فى حقه استحقاق العقاب، نظير القصاص والحد وسائر ما يكون من قبيل المؤاخذه.

وبالجملة: كما تثبت حرمة شرب الخمر على البالغين تثبت فى حق الصبي أيضاً ولكن لا يؤخذ على شربها، وكذا يثبت فى حقه وجوب الصلاة وسائر الواجبات ولكن لا يؤخذ على تركها، وهذا يوافق الالتزام بشرعيه عبادات الصبي.

وأورد رحمه الله ثانياً: أنه لو فرض رفع الأحكام التكليفية عن الصبي فالأحكام الوضعيه نظير الملكيه المترتبه على بيعه غير مرفوع.

وبتعبير آخر: يكون بيعه موجبا لانتقال المبيع إلى المشتري والتمن إلى الباع،

ص: ١٨٨

وفى كنز العرفان: نسبه عدم صحه عقد الصبى إلى أصحابنا، وظاهره إرادته التعميم لصوره إذن الولى. وعن التذكرة: أن الصغير محجور عليه بالنص والإجماع سواء كان مميزاً أو لا. فى جميع التصرفات إلا ما استثني، كعباداته وإسلامه وإحرامه وتدييره ووصيته وإيصال الهديه وإذنه فى الدخول، على خلاف فى ذلك، انتهى.

واستثناء إيصال الهديه وإذنه فى دخول الدار، يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله، لأن الإيصال والإذن ليسا من التصرفات القوليّه والفعلية، وإنما الأول آله فى إيصال الملك كما لو حملها على حيوان وأرسلها، والثانى كاشف عن موضوع تعلق عليه إباحه الدخول، وهو رضا المالك.

الشرح:

غايه الأمر لا يثبت حكم تكليفى على الصبى إلى بلوغه فيجب بعد بلوغه الوفاء بالعقد الذى أنشأه حال صباه كما يجب عليه الاغتسال من الجنابه التى حصلت بوطنه زوجته أو الأجنبيه حال صباه، وهذا يوافق ما يقال من عدم اختصاص الأحكام الوضعيه بالبالغين.

وأورد ثالثاً: أنه مع فرض كون المرفوع عنه جميع الأحكام التكليفية والوضعيه فمقتضاه عدم صحه عقد الصبى فيما إذا كان الصبى أحد طرفى العقد، وأما إذا كان إنشأؤه العقد بالوكاله كما إذا وكله الزوجان فى إجراء عقد الزواج بينهما أو إجراء عقد البيع بين ماليهما، فلا دلالة لحديث رفع القلم (1) على بطلان عقده، بمعنى كونه مسلوب العبارة فإنه ليس على الصبى فى مورد الوكاله حكم سواء كان عقده صحيحاً أم فاسداً، ونظير وكالته بإجراء العقد فضولاً مع إجازة المالك.

أقول: ما ذكر المصنف رحمه الله من احتمال كون المرفوع عن الصبى هو قلم المؤاخذه غير صحيح، بل ظاهر الحديث رفع الأحكام والتكاليف بقربنه رفع القلم عن المجنون

ص: ١٨٩

١- (١) عوالى اللآلى ١ : ٢٠٩ ، الحديث ٤٨ .

واحتج على الحكم في الغنيه بقوله صلى الله عليه وآله : «رفع القلم عن ثلاثه: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ»، وقد سبقه في ذلك الشيخ في المبسوط في مسأله الإقرار وقال: إن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم.

ونحوه الحلّي في السرائر في مسأله عدم جواز وصيه البالغ عشراً، وتبعهم في الاستدلال به جماعه، كالعلاّمه وغيره.

الشرح:

والنائم، فإنه لا يمكن الالتزام بأن أحكام الشريعة وتكليفها مجعوله بنحو تعمّ المجانين، وأنه يكون المرفوع عن المجنون خصوص قلم المؤاخذه والحديث المزبور ضعيف.

ولكن رفع القلم وارد في موثقه اسحاق بن عمار، ومقتضاه عدم جواز استقلال الصبي بالمعامله، لا كون إنشأؤه لغوا محضاً حتى في فرض وكالته عن الغير وإذنه للصبي في إجراء عقد أو معامله تكون موضوعاً للحكم على البالغين.

والحاصل: أن المرفوع عن الصبي لا يختص بالأحكام التكليفية، بل يعم الوضعيه، ووجوب الاغتسال عليه بعد بلوغه من الجنابه حال صباه أو وجوب دفع البذل عما أتلفه في ذلك الحال ليس باعتبار عموم الأحكام الوضعيه لغير البالغين، بل باعتبار أن الموضوع لوجوب الاغتسال على البالغ هو الوطى ولو كان ذلك قبل التكليف، نظير وجوب الاغتسال من الإنزال الحاصل حال النوم، والموضوع لوجوب التدارك هو تضييع مال الغير ولو كان ذلك الضياع حال صباه.

نعم، عموم الرفع كما ذكرنا لا يوجب بطلان عقد الصبي أو معاملته فيما إذا لم يكن مستقلاً في إنشائها، كما إذا كان ياذن الغير، بل مثل روايه حمزه بن حمران أيضاً لا يقتضى بطلانه، قال أبو جعفر عليه السلام فيها: «والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع،

ص: ١٩٠

واستدلّوا أيضاً بخبر حمزه بن حمران عن مولانا الباقر عليه السلام: «إنّ الجارية إذا زوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء، والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء ولا يخرج عن اليتيم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة . . . الحديث».

الشرح:

ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك»(١).

فتكون صحته مقتضى العمومات والإطلاقات في المعاملات، حيث إن المعاملة التي أجراها الصبي بإذن وليه أو إجازته على ماله تكون من أمر الولي ومعاملته، كما هو مقتضى إضافه المعاملة إلى الموكل وكذا في مورد وكالته عن الغير ولو بلا إذن وليه أو إجازته في إجراء عقد نكاح أو غيره للغير مما لا يكون من التصرف في مال نفسه، فإن هذا كله يكون من أمر الغير ومقتضى العمومات والإطلاقات نفوذه على ذلك الغير. وأما عبادات الصبي فيستفاد مشروعيتها من أمر الأولياء بترغيب أطفالهم إليها، وظاهر الأمر، الأمر بشيء مطلوبه ذلك الشيء.

ثم إنه لا- وجه لاستثناء إيصال الهدية وإذنه في الدخول من معاملات الصبي؛ لأنهما ليسا من المعاملات، بل ولا تصرفاته التي تكون موضوعاً لحكم شرعي؛ لأن إيصال الهدية من جهة اعتبار القبض في الهبة والمعتبر فيه قبض المتهب. وأما نفس الإيصال فلا اعتبار له؛ ولذا يمكن الإيصال بواسطة الحيوان أو غيره، وأما الإذن في الدخول فلأن المعتبر في جواز الدخول في الدار رضا مالكها لا رضا الطفل وإذنه.

وعليه فلو كان إذنه موجبا للاطمينان إلى رضا مالكها كما هو الغالب فهو، وإلا فلا يجوز التصرف فيها بالدخول أو ما شابهه.

ص: ١٩١

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٤١٠، الباب ٢ من أبواب الحجر، الحديث الأول.

وفى روايه ابن سنان: «متى يجوز أمر اليتيم؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: ما أشده؟ قال: احتلامه»، وفى معناها روايات آخر.

لكن الإنصاف: أنّ جواز الأمر فى هذه الروايات ظاهر فى استقلاله فى التصرف، لأنّ الجواز مرادف للمضى، فلا ينافى عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولى غير ماض، بل موقوف. ويشهد له الاستثناء فى بعض تلك الأخبار [١] بقوله: «إلا- أن يكون سفياً»، فلا- دلالة لها حينئذٍ على سلب عبارته، وأنّه إذا ساوم ولّيه متاعاً وعيّن له قيمته وأمر الصبى بمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلاً، وكذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن ولّيه.

وأما حديث رفع القلم، ففيه:

أولاً: أنّ الظاهر منه قلم المؤاخذه، لا قلم جعل الأحكام، ولذا بنينا كالمشهور على شرعيته عبادات الصبى.

وثانياً: أنّ المشهور على الألسنة أنّ الأحكام الوضعيه ليست مختصه بالبالغين، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الوليّ إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ وحرمة تمكينه من مسّ المصحف.

الشرح:

[١] كما فى روايه أبى الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن أبى عبد الله عليه السلام (١)، ووجه الشهاده أن عدم نفوذ أمر السفیه عبارته عن عدم مضى معاملته فى صورته استقلاله بها، لا كونها لغوا محضاً بأن يكون السفیه مسلوب العباره، وعلى ذلك فالحكم بعدم جواز أمر الصبى وجواز أمره بعد بلوغه إلا- أن يكون سفياً لا- يناسب، إلا أن يكون المراد بالجواز وعدمه هو المضى لا كون عبارته لغوا. وبعبارة أخرى: ظهور الاستثناء فيها فى

ص: ١٩٢

وثالثاً: لو سلّمنا اختصاص الأحكام حتّى الوضعيه بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعوله فى حقّ البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ.

وبالجملة، فالتمسك بالزوايه ينافى ما اشتهر بينهم من شرعيه عباده الصبى، وما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعيه بالبالغين.

فالعمده فى سلب عباره الصبى هو الإجماع [١] المحكى، المعتضد بالشهره العظيمه، وإلاّ فالمسأله محل إشكال، ولذا تردّد المحقّق فى الشرائع فى إجاره المميّز بإذن الولى بعد ما جزم بالصحه فى العاريه، واستشكل فيها فى القواعد والتحرير.

وقال فى القواعد: وفى صحه بيع المميّز بإذن الولى نظر، بل عن الفخر فى شرحه: أنّ الأقوى الصّحّه، مستدلاً بأنّ العقد إذا وقع بإذن الولى كان كما لو صدر عنه ولكن لم أجده فيه وقوّاه المحقّق الأردبيلى على ما حكى عنه.

ويظهر من التذكره عدم ثبوت الإجماع عنده، حيث قال: وهل يصحّ بيع المميّز وشراؤه؟ الوجه عندى: أنّه لا يصحّ. واختار فى التحرير: صحّه بيع الصبى فى مقام اختبار رشده.

وذكر المحقّق الثانى: أنّه لا يبعد بناء المسأله على أنّ أفعال الصبى وأقواله شرعيّه أم لا، ثمّ حكم بأنّها غير شرعيّه، وأنّ الأصحّ بطلان العقد.

الشرح:

عدم الانقطاع قرينه على كون المراد بالجواز هو المضى.

[١] لا يخفى عدم إمكان الاعتماد على حكايه الإجماع، فإنه لو كان إجماعاً محصلاً لم يصح الاعتماد عليه؛ لاحتمال كون وجه اتفاقهم سائر الوجوه المذكوره لسلب عباره الصبى، فكيف فيما إذا كان منقولاً أو مع الخلاف.

ص: ١٩٣

وعن المختلف أنه حكى فى باب المزارعه عن القاضى كلاماً يدلّ على صحّحه بيع الصبى.

وبالجملة، فالمسأله لا تخلو عن إشكال، وإن أطنب بعض المعاصرين فى توضيحه حتّى ألحقه بالبديهيات فى ظاهر كلامه.

فالإنصاف: أنّ الحجّه فى المسأله هى الشّهرة المحقّقه والإجماع المحكى عن التذكره، بناءً على أنّ استثناء الإحرام الذى لا يجوز إلّا بإذن الولى شاهد على أنّ مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة، لا نفى الاستقلال فى التصرف، وكذا إجماع الغنيه [١] بناءً على أنّ استدلاله بعد الإجماع بحديث «رفع القلم» دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولى. وليس المراد نفى صحّحه البيع المتعقّب بالإجازة حتّى يقال: إنّ الإجازة عند السيّد غير مجديه فى تصحيح مطلق العقد الصّادر من غير المستقل. ولو كان غير مسلوب العبارة كالبائع الفضولى. ويؤيّد الإجماعين ما تقدّم عن كثر العرفان.

الشرح:

[١] يعنى: كما أن الإجماع المحكى عن «التذكره» (١) يعم ما إذا لم يكن الصبى مستقلاً فى إنشاء المعامله كذلك إجماع «الغنيه» (٢)، حيث إن استدلال «الغنيه» على عدم الاعتبار بمعاملته بعد الإجماع بحديث رفع القلم قرينه على العموم المزبور، فإنه سيأتى أن مقتضى ذلك الحديث بطلان معامله الصبى، سواءً كان مستقلاً فى إنشائها أو لم يكن.

وأيضاً المراد بالإجازة فى قول ابن زهره: «عقد الصبى باطل بالإجماع وإن أجاز الولى»، ليس خصوص الإجازة المعروفة فى باب عقد الفضولى ليقال: إن عقد الفضولى

ص: ١٩٤

١- (١) التذكره ٢ : ٧٣ .

٢- (٢) الغنيه : ٢١٠ .

نعم لقائل أن يقول: إن ما عرفت من المحقق والعلامة وولده والقاضي وغيرهم خصوصاً المحقق الثاني الذي بنى المسألة على شرعيه أفعال الصبي يدل على عدم تحقق الإجماع وكيف كان: فالعمل على المشهور ويمكن أن يستأنس له أيضاً بما ورد [١] في الأخبار المستفيضه من أن «عمد الصبي وخطأه واحد» كما في صحيحه ابن مسلم وغيرها، والأصحاب وإن ذكروها في باب الجنائيات، إلا أنه لا إشعار في نفس الصحيحه بل وغيرها بالاختصاص بالجنائيات، ولذا تمسك بها الشيخ في المبسوط والحلى في السرائر، على أن إخلال الصبي المَحْرَم بمحظورات الإحرام التي تختص الكفاره فيها بحال التعبد لا- يوجب كفارة على الصبي، ولا على الولي، لأن عمده خطأ.

الشرح:

عند ابن زهره باطل حتى وإن لحقته الإجازة، فحكمه ببطلان عقد الصبي ولو مع إجازة وليه لا يقتضى حكمه ببطلان معاملته مع إذن وليه، بل مراده بالإجازة ما يعم الإذن.

[١] وفي صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «عمد الصبي وخطؤه واحد» (١)، وذكر المصنف رحمه الله ما حاصله أن مثل هذه الصحيحه وإن وقعت روايتها في أبواب الجنائيات ولكن لا دلالة لذلك على اختصاصها بتلك الموارد.

نعم، في مثل موثقه اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام كان يقول: «عمد الصبي خطأ يحمل العقابه» (٢)، وحمل الديه على العقابه بعد قوله: «عمد الصبي خطأ» قرينه على كون المراد بالعمد والخطأ مورد الجنايه، ولكن لا يكون ذلك موجبا لرفع اليد عن إطلاق مثل الصحيحه الأولى، فإنه لا منافاه بين ثبوت الإطلاق والتقييد معا؛ لعدم وحده الحكم وكونهما متوافقين؛ ولذا أخذ الشيخ رحمه الله بالإطلاق في

ص: ١٩٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩: ٤٠٠، الباب ١١ من أبواب العقابه، الحديث ٢.

٢- (٢) المصدر المتقدم: ٤٠٠، الباب ١١ من أبواب العقابه، الحديث ٣.

وحينئذٍ فكلّ حكم شرعيّ تعلّق بالأفعال التي يعتبر في ترتّب الحكم الشرعيّ عليها القصد بحيث لا عبره بها إذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبيّ قصداً بمنزله الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد الصبيّ وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخاطي وإيقاعاتهم.

بل يمكن بملاحظه بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون والصبيّ استظهار المطلب من حديث «رفع القلم» وهو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبي البختری، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام، أنّه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفيق، والصبيّ الذي لم يبلغ: «عمدهما خطأ تحمله العاقله وقد رفع عنهما القلم».

فإنّ ذكر «رفع القلم» في الذيل ليس له وجه ارتباط إلّا بأن تكون علّه لأصل الحكم، وهو ثبوت السديه على العاقله، أو بأن تكون معلوله لقوله: «عمدهما خطأ»، يعني أنّه لمّا كان قصدهما بمنزله العدم في نظر الشارع وفي الواقع رفع القلم عنهما.

الشرح:

«المبسوط» (١) والحلى في «السرائر» (٢) فذكر أنه لا- تجب الكفاره على الصبيّ بارتكابه محظورات الإحرام التي يختص وجوبها بصوره التعمد، حيث إن عمد الصبيّ خطأ.

وعلى ذلك فإذا كان عمد الصبيّ وقصده ملغى شرعا تكون جميع إنشاءاته باطله لا يترتب عليها أي أثر حتى فيما إذا كان إنشاءه بإذن وليه، حيث لا- ينبغي الريب في اعتبار القصد في ترتّب الأثر على العقود والإيقاعات، بل قوامهما به؛ لأن حصول الإنشاء والاعتبار بلا قصد أمر غير معقول، بل يمكن استفاده ذلك، أي كون جميع إنشاءات الصبيّ ملغاه حتى فيما إذا كان الإنشاء بإذن وليه من حديث رفع القلم عنه.

ص: ١٩٦

١- (١) المبسوط ١ : ٣٢٩ .

٢- (٢) السرائر ١ : ٦٣٦ ٦٣٧ .

ولا يخفى أنّ ارتباطها بالكلام على وجه العلية أو المعلوليه للحكم المذكور في الرواية أعنى عدم مؤاخذة الصبيّ والمجنون بمقتضى جنايه العمد وهو القصاص، ولا بمقتضى شبه العمد وهو الديه في مالهما لا يستقيم إلاّ بأن يراد من «رفع القلم» ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعاً من حيث العقوبة الأخرويه والدينيوه المتعلقه بالنفس كالقصاص، أو المال كغرامه الديه وعدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصوده المتعمد إليها ممّا لو وقع من غيرهما مع القصد والتعمد لترتبت عليه غرامه أخرويه أو دنيويه. وعلى هذا، فإذا التزم على نفسه مالا بإقرار أو معاوضه ولو بإذن الولي، فلا أثر له في إلزامه بالمال ومؤاخذته به ولو بعد البلوغ. فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته ولو كانت بإذن الولي، فليس ذلك إلاّ لسلب قصده وعدم العبره بإنشائه، إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله وحجره عن الالتزامات على نفسه، لم يكن عدم المؤاخذة شاملاً لصوره إذن الولي، وقد فرضنا الحكم مطلقاً، فيدلّ بالالتزام على كون قصده في إنشاءاته وإخباراته مسلوب الأثر.

الشرح:

وبيان ذلك أنه قد ورد في روايه أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام أنه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفيق والصبي الذي لم يبلغ: «عمدهما خطأ تحمله العاقله، وقد رفع عنهما القلم»^(١)، فإن المذكور في هذه الروايه أمور ثلاثه:

الأول: الحكم بأن ديه جنايه الصبي والمجنون ديه خطأ تحمله العاقله.

والثاني: أن عمد الصبي والمجنون خطأ.

الثالث: أن القلم مرفوع عنهما، ورفع القلم هذا إما معلول للحكم بكون عمدهما خطأ فيختص رفع القلم بالأحكام التي يعتبر في ترتبها على موضوعاتها التعمد إليها كأحكام المعاملات، حيث إن المعامله لا تكون ذات حكم، بل لا تكون إلاّ مع القصد

ص: ١٩٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٩٠، الباب ٣٦ من أبواب القصاص، الحديث ٢.

ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناءً على كونها على للحكم : عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكي عن بعض إلا أن يلتزم بخروج ذلك من عموم رفع القلم، ولا يخلو عن بُعد.

لكن هذا غير وارد على الاستدلال، لأنه ليس مبنياً على كون «رفع القلم» على للحكم، لما عرفت من احتمال كونه معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبي والمجنون، فيختص رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الإتلاف، فافهم واغتنم.

الشرح:

بها، ومقتضى ذلك بطلان معامله الصبي ولو كانت بإذن وليه؛ إذ لا يحصل القصد من الصبي بالإذن المزبور، بل مقتضى إطلاق نفي القصد عنه يعم الصورة المزبوره. وإما أن يكون رفع القلم على لعدم ثبوت حكم العمد ولا شبه العمد، لجنايه الصبي ولكون قصده كالخطأ.

وعلى ذلك أيضاً يحكم ببطلان معامله الصبي ولو مع إذن وليه، حيث إن اقتضاء رفع القلم المؤاخذة عنه إلغاء قصده في بيعه وإقراره حتى فيما إذا كان ذلك بإذن وليه.

ولكن الصحيح في معنى الروايه هو الاحتمال الأول، يعنى تنزيل عمدته منزله الخطأ موجب لرفع قلم المؤاخذة عنه، فإنه لو كان رفع قلم المؤاخذة على لتنزيل عمدته منزله الخطأ لما كان عليه الضمان في إتلافه، حيث إن رفع قلم المؤاخذة كما يقتضى تنزيل عمدته منزله الخطأ كذلك يقتضى عدم الضمان في إتلافه، حيث إن الضمان من قبيل المؤاخذة كما لا يخفى.

أقول: مثل الصحيحه لا تكون داله على بطلان إنشاءات الصبي وكونها ملغاه حتى مع إذن وليه أو كانت بالوكاله عن الغير، وذلك فإن مقتضاها أن كل أثر قد رتب على التعمد إلى الفعل لا يترتب على الصادر عن الصبي ولو مع تعمدته، كما في ترتب بطلان الصوم على ارتكاب المفطر وحق القصاص المترتب على القتل والكفاره على

ثم إنَّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبى، كالتعزير.

الشرح:

ارتكاب المحظورات حال الإحرام، فإنه اعتبر في ترتب كل واحد من الأحكام المزبوره القصد إلى تلك الأفعال.

والحاصل: أن مدلول الصحيحه ومقتضى إطلاقها انتفاء تلك الأحكام وعدم ترتبها على فعل الصبى ولو مع تعمده، وأما الأحكام المترتبة على العناوين التي لا يكون لها تحقق بدون القصد، لا من جهة تقييد الموضوع بالقصد، كما في الأحكام السابقة، بل لتوقف نفس العنوان وقوامه بالقصد، كما في العناوين القصدية، فلا دلالة للصحيحه على نفي تلك العناوين وعدم تحققها عن الصبى.

وهذا كما يقال في الاستصحاب من أنه يثبت به كل أثر يترتب على نفس المستصحب لا- على ما يلازمه أو مثل ما يقال في الرضاع من أنه يكون محرماً فيما إذا ثبت به نفس العنوان المحرم لا ما يلازم العنوان المزبور، وهنا أيضاً فإنَّ ظاهر الصحيحه نفي الأثر الشرعى يكون مترتباً على نفس القصد والتعمد إلى الفعل لا- نفي الأثر عن عنوان ليكون القصد موجبا لحصول ذلك العنوان، كما في العقود والإيقاعات فإن المعاملات كلها من العناوين القصدية التي يكون القصد مقوماً ومحصلاً لها.

ولذا لا- تكون مشروعيه صلاحه الصبى وصومه وسائر عباداته وتحتيته وغيرها من العناوين القصدية تخصيصاً في حديث: «عمد الصبى خطأ» (١).

بل يمكن دعوى أن الصحيحه لا تكون مقتضاها نفي الأحكام المترتبة على القصد والتعمد إلى الفعل مطلقاً، بل في خصوص ما إذا كان الحكم مترتباً على الخطأ أيضاً، بأن يكون التعمد إلى الفعل موضوعاً لحكم والفعل خطأً موضوعاً لحكم آخر،

ص: ١٩٩

١- (١) مرّ سابقاً.

والحاصل: أنّ مقتضى ما تقدّم من الإجماع المحكى في البيع وغيره من العقود، والأخبار المتقدّمة بعد انضمام بعضها إلى بعض: عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالةً ووكالةً، والقبض والإقباض، وكلّ التزام على نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار.

قال في التذكرة: وكما لا يصحّ تصرّفاتة اللفظية، كذا لا يصحّ قبضه، ولا يفيد حصول الملك في الهبة وإن اتّهب له الولي [١] ولا لغيره [٢]

وإن أذن الموهوب له بالقبض، ولو قال مستحقّ الدين للمديون سلّم حقّي إلى هذا الصبي فسلم مقدار حقّه إليه لم يبرأ عن الدين وبقي المقبوض على ملكه ولا

الشرح:

كما في مورد الجنايه، فلا يعم ما إذا كان الحكم مترتباً على عنوان التعمد إلى الفعل فقط، كما في مورد وجوب الكفاره وبطلان الصوم ونحوهما فإن المذكور في الصحيحه أنّ «عمد الصبي خطأ» (١).

وفرق بين هذا التعبير والتعبير بأنه لا- عمد للصبي، فإن الأول يختص بموارد ثبوت حكم آخر للخطأ في مقابل ثبوت الحكم للعمد، بخلاف الثاني فإنه يعم موارد ثبوت الحكم للعمد إلى الفعل من غير فرق بين ثبوت حكم آخر للخطأ وعدمه.

وقد تحصل مما ذكرنا أنه لا- يمكن الحكم بعدم فساد صوم الصبي بتناوله المفطر أو بفساد عباداته أو معاملاته استظهاراً من الصحيحه.

[١] يعنى: ولو كان قبول الهبة المزبوره من ولي الصبي، حيث إن أخذ الصبي الهبة حتى مع قبول وليه لا- يوجب حصول القبض المعتبر فيها.

[٢] يعنى: كما لا يكون قبض الصبي مفيداً لحصول الملك لنفسه كذلك لا يفيد قبضه في حصول الملك لغيره، كما إذا كان الموهوب له غيره ويكون قبض الصبي

ص: ٢٠٠

ضمان على الصبى لأن المالك ضيعه حيث دفعه إليه وبقي الدين لأنه في الذمه ولا يتعين إلا بقبض صحيح كما لو قال: إرم حقى في البحر [١] فرمى مقدار حقه، بخلاف ما لو قال للمستودع سلم مالى إلى الصبى أو ألقه في البحر: لأنه امثل أمره في حقه المعين، ولو كانت الوديعة للصبى فسلمها إليه ضمن وإن كان يذن الولي إذ ليس له تضييعها بإذن الولي.

وقال أيضاً لو عرض الصبى ديناراً على الناقد لينقده أو متاعاً إلى مقوم ليقومه فأخذه. لم يجز له رده إلى الصبى بل إلى وليه إن كان. فلو أمره الولي بالدفع الشرح:

بتوكيل ذلك الغير.

[١] يعنى: كما أنه لا يتعين الدين بإلقاء المديون مقداره في البحر فيما إذا قال له مستحقه: ارم حقى في البحر، كذلك لا يتعين بقبض الصبى فيما إذا قال مستحقه: سلم حقى إلى هذا الصبى.

نعم، إذا كان المال متعينا، كما في الوديعة بأن يقول صاحبها: سلمها إلى هذا الصبى، فسلمها المستودع إليه برئ من ضمانها، كما يبرأ إذا قال له: ارمها في البحر، فرماها، وذلك فإن المال في نفسه متعين لا يحتاج في تعيينه إلى قبض صحيح.

نعم، لو كانت الوديعة من مال الصبى فلا يجوز دفعها إليه حتى مع إذن وليه، فإنه من التعدى فيها ولا يفيد في جواز التعدى وعدم ثبوت الضمان إذن الولي، حيث إنه لا ولاية له فيما لا صلاح فيه للطفل.

وبالجملة: لا يصح توكيل الصبى، فلا يكون المدفوع إليه قبضا للمستحق ليتعين به الدين، ولكن لا يبعد أن يكون المثلان من توكيل المديون في تعيين الدين فيتعين عند الإلقاء في البحر أو الدفع إلى الصبى.

أقول: قد تقدم عدم إلغاء قصد الصبى وعليه فلا بأس بتوكيله في القبض ويتعين

إليه فدفعه إليه، برئ من ضمانه إن كان المال للولي، وإن كان للصبي فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في البحر فإنه يلزمه ضمانه. وإذا تباع الصبيان وتقاوضا وأتلف كل واحد منهما ما قبضه فإن جرى بإذن الوليين فالضمان عليهما، وإلا فلا ضمان عليهما بل على الصبيين [١] ويأتي في باب الحجر تمام الكلام.

ولو فتح الصبي الباب وأذن في الدخول على أهل الدار أو أدخل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدى فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

ثم إنه ظهر ممّا ذكرنا أنه لا فرق في معاملة الصبي بين أن يكون في الأشياء اليسيره أو الخطيره لما عرفت من عموم النصّ والفتوى حتى أنّ العلامة في التذكرة لمّا ذكر حكاية «أنّ أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبي فأرسله» ردّها بعدم الثبوت [٢] وعدم الحجية وتوجيهه بما يخرجها عن محلّ الكلام. وبه يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني: من أنّ الأظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العاده به من الأشياء اليسيره دفعاً للحرج، انتهى.

فإنّ الحرج ممنوع سواء أراد أنّ الحرج يلزم من منعهم عن المعامله في المحقّرات والتزام مباشره البالغين لشرائها، أم أراد أنه يلزم من التجنّب عن معاملتهم بعد بناء الناس عن نصب الصبيان للبيع والشراء في الأشياء الحقيه.

الشرح:

به الدين، كما يخرج بقبضه وكاله البائع من ضمان المبيع إلى غير ذلك، فلاحظ وتدبر.

[١] لما مر من ثبوت ضمان الإلتلاف على الصبي أيضا.

[٢] يعني: قد رد الحكاياه (١) بعدم ثبوت الشراء لعدم اعتبار الحكاياه المزبوره هذا أولاً، وثانياً لا حجيه في شراء أبي الدرداء، حيث إنّ فعله ليس من فعل المعصوم

ص: ٢٠٢

١- (١) يشير قدس سره إلى حكاية العلامة في التذكرة المذكوره في المتن، التذكرة ٢: ٨٠.

ثم لو أراد استقلاله في البيع والشراء لنفسه بماله من دون إذن الولي ليكون حاصله أنه غير محجور عليه في الأشياء اليسيره، فالظاهر كونه مخالفاً للاجماع.

وأما ما ورد في روايه السكوني [١] عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «ونهى النبي صلى الله عليه وآله عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعه بيده»، معللاً بأنه «إن لم يجد سرق»، فمحمول على عوض كسبه من التقاط، أو أجره عن إجاره أو وقعها الولي أو الصبي بغير إذن الولي، أو عن عمل أمر به من دون إجاره فأعطاه المستأجر أو الأمر أجره المثل، فإن هذه كلها مما يملكه الصبي، لكن يستحب للولي وغيره اجتنابها إذا الشرح:

ليكون كاشفاً عن إباحه الفعل، وثالثاً ذكر توجيهها يخرج به الشراء عن معامله الصبي.

[١] كأن هذا جواب عن سؤال مقدر، وهو أن روايه السكوني (١) المزبوره ظاهره في صحه معامله الصبي فان المراد بكسب الصبي فيها المال الذي اكتسبه، فيكون مقتضى تقييد الصغير بالذي لا يحسن صناعه أن كسبه لا بأس به مع عرفانه الصناعه، بل مقتضى التعليل الوارد فيه كون المال الذي اكتسبه الصبي المزبور مالاً مشتبهاً، ولو كانت معاملته باطله لكان حرمه المال الذي اكتسبه معلوماً.

وأجاب رحمه الله عن ذلك بأن ملكك الصبي المال لا- يلزم صحه معاملاته، حيث يمكن أن يحصل المال من التقاطه حيث يصير المال بالتقاط ملكا له؛ لما تقدم من عدم إلغاء قصده في مثل الحيازه والسبق إلى الشيء المباح، كما يمكن كونها أجره في إجاره أو وقعها الولي، فإن إيقاع الولي يملك الصبي الأجره على المستأجر، فيتعين المدفوع إلى الصبي في الأجره بوصولها إلى يد وليه، ويمكن إيقاع الصبي الإجاره فيستحق على المستأجر أجره المثل، أو كان عمل الصبي باعتبار أمر شخص آخر بذلك العمل فيستحق الصبي في الفرض أجره المثل على العمل. وفي هذه الصور ونحوها لا يكون

ص: ٢٠٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ١٦٣، الباب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به .

لم يعلم صدق دعوى الصبى فيها، لاحتمال كونها من الوجوه المحرّمة، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممّن لا- يبالي بالمحرّمات.

وكيف كان، فالقول المذكور فى غاية الضّعف. نعم، ربّما صحّح سيّد مشايخنا فى الرّياض هذه المعاملات إذا كان الصبى بمنزله الآله لمن له أهليّه التصرّف، من جهه استقرار السّيره واستمرارها على ذلك.

وفيه إشكال، من جهه قوّه احتمال كون السّيره ناشئه من عدم المبالاه فى الدّين، كما فى كثير من سيرهم الفاسده.

ويؤيّد ذلك: ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميّزين وغيرهم، ولا- بينهم وبين المجانين، ولا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا- يعلم الولى أصلاً، ومعاملتهم لأوليائهم على سبيل الآليه، مع أنّ هذه ممّا لا- ينبغى الشكّ فى فسادها [١] خصوصاً الأخير.

مع أنّ الإحاله على ما جرت العاده به كالإحاله على المجهول، فإنّ الذى جرت عليه السّيره هو الوكول إلى كلّ صبى ما هو فطنٌ فيه، بحيث لا- يغلب فى المساومه عليه، فيكلون إلى من بلغ ستّ سنين شراءً باقاه بقل، أو يبيع بيضه دجاج بفلس، وإلى من بلغ ثمانيه سنين اشتراء اللحم والخبز ونحوهما، وإلى من بلغ أربع عشره سنه شراء الثياب، بل الحيوان، بل يكلون إليه أمور التجاره فى الأسواق والبلدان، ولا يفرّقون بينه وبين من أكمل خمس عشره سنه، ولا يكلون إليه شراء مثل القرى والبساتين وبيعها إلا بعد أن يحصل له التجارب، ولا أظنّ أنّ القائل بالصّحه يلتزم العمل بالسّيره على هذا التفصيل.

الشرح:

ملك الصبى ملازماً لصّحه معاملته ولو مع إذن وليه كما لا يخفى.

[١] يعنى: لا ينبغى الشكّ فى فساد سيرتهم فى عدم فرقهم بين معامله المميّزين وغيرهم، خصوصاً الأخير، أى سيرتهم على عدم فرقهم بين معامله الأطفال لأنفسهم

وكيف كان، فالظاهر أنّ هذا القول أيضاً مخالف لما يظهر منهم. وقد عرفت حكم العلامه في التذكرة بعدم جواز ردّ المال إلى الصبيّ إذا دفعه إلى الناقد لينقده، أو المتاع الذي دفعه إلى المقوم ليقومه، مع كونه غالباً في هذه المقامات بمنزله الآله للولي، وكذا حكمه بالمنع من ردّ مال الطفل إليه بإذن الولي، مع أنّه بمنزله الآله في ذلك غالباً.

وقال كاشف الغطاء رحمه الله بعد المنع عن صحه عقد الصبي أصاله ووكاله ما لفظه:

نعم، ثبت الإباحه في معاملة المميّزين إذا جلسوا مقام أوليائهم، أو تظاهروا على رؤوس الأشهاد حتّى يظنّ أنّ ذلك من إذن الأولياء خصوصاً في المحقّرات.

ثمّ قال: ولو قيل بتملك الآخذ منهم لدلاله مأذونيته في جميع التصرفات فيكون موجباً قابلاً، لم يكن بعيداً، انتهى.

أقول: أمّا التصرف والمعامله بإذن الأولياء [١] سواء كان على وجه البيع أو المعاطاه فهو الذي قد عرفت أنّه خلاف المشهور والمعروف حتّى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطاه، لأنّها تصرف لا محاله وإن لم تكن بيعاً، بل ولا معاوضه.

الشرح:

بحيث لا يطلع أوليائهم على معاملاتهم، وبين المعامله لأوليائهم.

[١] كأنّ هذا جواب عما ذكره كاشف الغطاء رحمه الله (١) من حصول الإباحه من معاملة الطفل الجالس مقام وليه، وحاصله: إن أراد كاشف الغطاء حصول الإباحه بنفس تصرف الطفل ومعاملته بأن كانت معاملة الطفل مفيده للإباحه، سواء كانت المعامله بنحو البيع العقدي أو المعاطاه، فهذا خلاف المشهور حتّى عند القائلين بعدم اعتبار شرائط البيع

ص: ٢٠٥

وإن أراد بذلك أنّ إذن الولي ورضاه المنكشف بمعامله الصبي هو المفيد للإباحه، لا نفس المعامله كما ذكره بعضهم في إذن الولي في إعاره الصبي فتوضيحه ما ذكره بعض المحققين من تلامذته، وهو: أنّه لَمّا كان بناء المعاطاه على حصول المرضاه كيف اتفق، وكانت مفيده لإباحه التصرف خاصه كما هو المشهور وجرت عاده الناس بالتسامح في الأشياء اليسيره والرضا باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الأمارات المفيده للظن بالرضا في المعاوضات، وكان الغالب في الأشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي تعيين قيمه، أو الاختلاف الذي يتسامح به في العاده، فلأجل ذلك صحّ القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبي من صوره البيع والشراء مع الشروط المذكوره، كما يعتمد عليه في الإذن في دخول الدار وفي إيصال الهديه إذا ظهرت أمارات الصدق، بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهديه من وجوه، وقد استند فيه في التذكرة إلى تسامح السلف.

وبالجملة، فالاعتماد في الحقيقه على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ والإعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف، لا على قول الصبي ومعاملته من حيث أنّه كذلك، وكثيراً ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد، من غير وجود ذي يد أصلاً، مع شهاده الحال بذلك، كما في دخول الحمام ووضع الأجره وعوض الماء التالف في الصيّندوق، وكما في أخذ الخضر الموضوعه للبيع، الشرح:

في المعاطاه، فإنها على ذلك المسلك وإن لم تكن مشروطه بشروط البيع، إلا أنها تصرف في المال فلا يصح من الصبي. وإن أراد أن وصول المال إلى يد الآخذ وإذن الولي ورضاه في تصرفه هو الموجب للإباحه، ومعامله الصبي تكون كاشفه عن هذا الرضا ويعتمد عليها في الكشف عنه كما يعتمد في كشف رضا مالك الدار ومالك الهديه بإذن الصبي في الدخول في الدار وإيصال الهديه، كما أوضحه بعض المحققين

وشرب ماء السقائين ووضع القيمة المتعارفه فى الموضوع المعد لها، وغير ذلك من الأمور التى جرت العاده بها، كما يعتمد على مثل ذلك فى غير المعاوضات من أنواع التصرفات.

فالتحقيق: أن هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب ولا منافياً له، ولا يعتمد على ذلك أيضاً فى مقام الدعوى ولا فيما إذا طالب المالك بحقه وأظهر عدم الرضا، انتهى.

وحاصله: أن مناط الإباحه ومدارها فى المعاطاه ليس على وجود تعاطٍ قائم بشخصين، أو بشخص منزل منزله شخصين، بل على تحقق الرضا من كل منهما بتصرف صاحبه فى ماله، حتى لو فرضنا أنه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق كإطاره الزيح ونحوها فتراضيا على التصرف بإخبار صبى أو بغيره من الأمارات كالكتابه ونحوها كان هذه معاطاه أيضاً، ولذا يكون وصول الهديه إلى المهدى إليه على يد الطفل الكاشف إيصاله عن رضا المهدى بالتصرف بل التملك كافياً فى إباحه الهديه، بل فى تملكها.

وفيه: أن ذلك حسن، إلا أنه موقوف أولاً على ثبوت حكم المعاطاه من دون إنشاء إباحه وتمليك، والاكتفاء فيها بمجرد الرضا. ودعوى حصول الإنشاء بدفع الولى المال إلى الصبى، مدفوعه: بأنه إنشاء إباحه لشخص غير معلوم، ومثله غير معلوم الدخول فى حكم المعاطاه، مع العلم بخروجه عن موضوعها. وبه يفرق بين ما نحن فيه ومسأله إيصال الهديه بيد الطفل، فإنه يمكن فيه دعوى كون دفعها إليه للإيصال إباحه أو تمليكاً، كما ذكر أن إذن الولى للصبى فى الإعاره إذن فى انتفاع المستعير، وأما دخول الحمام وشرب الماء ووضع الأجره والقيمه، فلو حكم بصحتها بناءً على ما ذكرنا من حصول المعاطاه بمجرد المرضاه الخاليه عن الإنشاء انحصرت صحه وساطه الصبى فيما يكتفى فيه بمجرد وصول العوضين،

دون ما لا يكتفى فيه.

والحاصل: أنّ دفع الصبى وقبضه بحكم العدم، فكلّ ما يكتفى فيه بوصول كلّ من العوضين إلى صاحب الآخر بأى وجه اتفق فلا يضرّ مباشرة الصبى لمقدمات الوصول. ثم إنّ ما ذكر مختصّ بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبى ولياً كان أم غيره. وأمّا ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً: من صيروره الشخص موجباً قابلاً، ففيه:

أولاً: أنّ تولّى وظيفه الغائب وهو منّ أذن للصغير إن كان ياذن منه، فالمفروض انتفاؤه، وإن كان بمجرد العلم برضاه، فلاكتفاء به فى الخروج عن موضوع الفضولى مشكل، بل ممنوع.

وثانياً: أنّ المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيايه عمّن أذن للصبى. ثمّ إنّ لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآليه بالصبى، ولا بالأشياء الحقيقه، بل هو جارٍ فى المجنون والسكران بل البهائم، وفى الأمور الخطيره، إذ المعامله إذا كانت فى الحقيقه بين الكبار وكان الصغير آله، فلا- فرق فى الآليه بينه وبين غيره. نعم، من تمسك فى ذلك بالسبب من غير أن يتجشّم لإدخال ذلك تحت القاعده، فله تخصيص ذلك بالصبى، لأنّه المتيقّن من موردها، كما أنّ ذلك مختصّ بالمحقرات.

مسأله: ومن جمله شرائط المتعاقدين: قصدهما لمدلول العقد الذى يتلقّظان به. واشتراط القصد بهذا المعنى فى صحه العقد بل فى تحقّق مفهومه ممّا لا خلاف الشرح:

من تلاميذه(1)، فهذا مبنى على كفايه مجرد وصول المالىن إلى يد كل من المالكين مع رضاهما فى حصول الإباحه بالمعاطاه، وقد تقدم الكلام فيه فى بحث المعاطاه.

ص: ٢٠٨

١- (١) هو المحقّق التستري قدس سره ، مقابس الأنوار : ١١٣ .

في اعتبار قصد مدلول العقد

فيه ولا إشكال، فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كما في الغلط. أو إلى المعنى لا بمعنى [١] عدم استعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلق إرادته وإن أوجد مدلوله بالإشياء، كما في الأمر الصوري فهو شبه الكذب في الإخبار كما في الهازل. أو قصد معنى يغاير مدلول العقد، بأن قصد الإخبار أو الاستفهام. أو أنشأ معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً، فلا يقع البيع لعدم القصد إليه، ولا المقصود إذا اشترط فيه عبارته خاصه. ثم إنه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره كما صرح به في المسالك، حيث قال: إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله.

وفيه: أنه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد، مضافاً إلى ما سيجيء في أدله الفضولي، وأما معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار.

الشرح:

[١] وحاصله أنه يعتبر في المتعاقدين القصد إلى اللفظ فلا عقد مع التلفظ بلا قصد، كما في الغلط بأن كان قصده التلفظ بلفظ فاشتهه وتلفظ بلفظ آخر، ويعتبر القصد إلى المعنى وليس المراد من عدم قصد المعنى عدم استعمال اللفظ فيه، بل المراد عدم إرادته جداً؛ لأن المفروض في المقام وإن كان حصول الإنشاء وتحقق الاستعمال إلا أنه بداع آخر، كما إذا لم يكن غرض المستعمل من إنشاء البيع حصوله حقيقه، بل بداع الهزل ونحوه.

وإن شئت فلاحظ موارد الأمر الصوري، فإنه كما لا يكون الغرض فيه هو البعث إلى الفعل كذلك ليس الغرض في المقام من الإنشاء هو البيع خارجاً، وكما أن في مورد الإخبار هزلاً أو كذباً يكون الكلام مستعملاً في معناه الموضوع له ويكون القصد إلى التلفظ إحضار معناه ولكن بداعي الهزل والإغراء كذلك في مورد البيع يكون الكلام مستعملاً في معناه الإنشائي ولكن بداعي الهزل لا الجد.

ص: ٢٠٩

واعلم أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه كلاماً في هذا المقام، في أنه هل يعتبر تعيين المالكين اللذين يتحقق النقل والانتقال بالنسبة إليهما، أم لا؟

وذكر، أنّ في المسألة أوجهاً وأقوالاً، وأنّ المسألة في غاية الإشكال، وأنّه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه.

ثم قال: وتحقيق المسألة: أنّه إن توقّف تعيين المالك على التعيين حال العقد، لتعدّد وجه وقوعه الممكن شرعاً، اعتبر تعيينه في التيه، أو مع اللفظ به أيضاً كييع الوكيل والولى العاقد عن اثنين في بيع واحد، والوكيل عنهما والولى عليهما في البيوع المتعدّده، فيجب أن يعيّن من يقع له البيع أو الشراء، من نفسه أو غيره، وأن يميّز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كلّ منهما.

فإذا عيّن جهه خاصّه تعيّن، وإن أطلق: فإن كان هناك جهه يصرف إليها الإطلاق كان كالتعيين كما لو دار الأمر بين نفسه وغيره إذا لم يقصد الإبهام والتعيين بعد العقد وإلا وقع لاغياً [١] وهذا جارٍ في سائر العقود من النكاح وغيره والدليل على اشتراط التعيين ولزوم متابعتة في هذا القسم أنّه لولا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك معيّن في نفس الأمر وأن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعيّن فيها العوضان ولا بشيء من الأحكام والآثار المترتبه على ذلك، وفساد الشرح:

ثم لا يخفى أنه ليس اعتبار هذا القصد في المتعاقدين نظير شرط البلوغ والاختيار فيهما بأن يكون هذا الشرط أمراً زائداً على حصول البيع وغيره من المعاملات، بل هذا القصد مقوم لعنوان المعامله، حيث لا يكون البيع أو غيره من المعامله في مثل مورد الإنشاء هزلاً.

[١] يعنى: لولم يكن هناك جهه يصرف إليه الإطلاق كان العقد لغواً.

ذلك ظاهر ولا دليل على تأثير [١] التعيين المتعقب، ولا على صحه العقد المبهم، لانصراف الأدله إلى الشائع المعهود من الشريعة والعادة، فوجب الحكم بعدمه.

وعلى هذا، فلو شرى الفضولى لغيره فى الذمه، فإن عین ذلك الغير تعین ووقف على إجازته، سواء تلفظ بذلك أم نواه، وإن أبهم مع قصد الغير بطل، ولا يوقف إلى أن يوجد له مجيز إلى أن قال: وإن لم يتوقف تعین المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معينين، ولا- يقع العقد فيهما على وجه يصح إلا لمالكهما، ففى وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، وعدمه فيصح، أو جهه، أقواها الأخير، وأوسطها الوسط، وأشبهها للأصول الأول. وفى حكم التعيين ما إذا عین المال [٢] بكونه فى ذمه زيد مثلاً. وعلى الأوسط: لو باع مال نفسه عن الغير [٣] وقع عنه ولغى قصد كونه عن الغير، ولو باع مال زيد عن عمرو [٤] فإن كان وكيلاً عن [عنه فى الشرح:

[١] كأن هذا دفع لما يقال: من جواز عدم جهه يصرف إليها الإطلاق، وجواز عدم تعيين للمالك فى العقد وتعيينه بعد ذلك فلا اشتراط.

[٢] يعنى: إذا عين العاقد فى عقده المال بكونه بدمه زيد يجرى على هذا المعين على العهده حكم المعين خارجاً فى كون التصريح بالخلاف مبطلاً أولاً، كما لو اشترى لنفسه بثمن بدمه زيد.

[٣] يعنى: باع مال نفسه؛ ليكون البيع عن الغير لا عن نفسه بأن يدخل الثمن فى ملك ذلك الغير.

[٤] يعنى: باع مال زيد؛ ليكون البيع عن عمرو لا عن زيد، بأن يدخل الثمن فى ملك عمرو.

المقاييس] زيد صح عنه وإلا- وقف على إجازته. ولو اشترى لنفسه بمال في ذمه زيد [١] فإن لم يكن وكيلاً عن زيد وقع عنه وتعلق المال بذمته لا- عن زيد ليقف على إجازته، وإن كان وكيلاً فالمقتضى لكل من العقدين منفرداً موجود، والجمع بينهما يقتضى إلغاء أحدهما ولما لم يتعين احتمال البطلان للتدافع. وصحته عن نفسه لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء وترجيح جانب الأصالة، وعن الموكل لتعين العوض في ذمه الموكل فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعين. ولو اشترى عن زيد بشيء في ذمته فضولاً [٢] ولم يجز فأجاز عمرو لم يصح عن الشرح:

[١] بأن يكون قصده دخول المبيع في ملكه في مقابل الثمن المعبر بذمه زيد، وذكر أنه على تقدير عدم وكالته عن زيد يقع البيع لنفسه ويثبت الثمن بذمته. وبعبارة أخرى: يؤخذ بمقتضى إضافة البيع إلى نفسه ويترك اعتبار الثمن بذمه زيد، فلا يكون البيع فضولياً لاحتاج في تمامه إلى إجازة زيد.

ويظهر من كلامه أن الوجه في ذلك عدم ثبوت المقتضى لوقوعه لزيد، وهذا بخلاف صورته وكالته عنه حيث ذكر فيها احتمالات ثلاثه: بطلان البيع وعدم وقوعه لواحد منهما؛ لأن المقتضى لوقوعه لكل منهما موجود فالبطلان للتدافع ووقوعه لنفسه؛ لعدم المقتضى لوقوعه لزيد؛ لأن التوكيل لا يشمل مثل هذا الاشتراء بأن يقصد دخول المبيع في ملكه مع خروج الثمن عن ملكه موكله ولا أقل من ترجيح جانب الأصالة، ووقوعه عن زيد؛ لما مر من أن تعيين المال بذمه زيد في حكم الثمن المعين الخارجى في كون التصريح بخلاف مقتضاه لغوا.

[٢] يعنى: لو اشترى لزيد بثمان في ذمته ولم يجز زيد الاشتراء فأجاز عمرو فلا يصح، لا من زيد فإن المفروض عدم إجازته، ولا من عمرو؛ لعدم إنشاء المعاملة عنه وعدم اعتبار الثمن في ذمته.

فى اعتبار تعيين من له البيع

أحدهما. وقس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب ولا فرق على الأوسط فى الأحكام المذكوره بين النيه المخالفه والتسميه ويفرّق بينهما على الأخير ويبطل الجميع على الأول، انتهى كلامه رحمه الله .

أقول: مقتضى المعاوضه والمبادله [١] دخول كل من العوضين فى ملك مالك الآخر، وإلا لم يكن كل منهما عوضاً وبدلاً. وعلى هذا، فالقصد إلى العوض وتعيينه يغنى عن تعيين المالك، إلا أنّ ملكيه العوض وترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك، فإنّ من الأعواض ما يكون متشخصاً بنفسه فى الخارج كالأعيان.

ومنها ما لا يتشخص إلا بإضافته إلى مالك ك«ما فى الذمم»، لأنّ ملكيه الكلى لا يكون إلا مضافاً إلى ذمه، وإجراء أحكام الملك على ما فى ذمه الواحد المرّدّد بين شخصين فصاعداً غير معهود. فتعيين الشخص فى الكلى إنّما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكيه ما فى الذمم على تعيين صاحب الذمه. فصحّ على ما ذكرنا أنّ تعيين المالك مطلقاً غير معتبر سواء فى العوض المعين أو فى الكلى، وأنّ اعتبار التّعيين فيما ذكره من الأمثله فى الشقّ الأول من تفصيله إنّما هو لتصحيح ملكيه العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعامله على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا، فإنّ من اشترى لغيره فى الذمه إذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكاً، لأنّ ما فى الذمه ما لم يضاف إلى شخص معيّن لم يترتب عليه أحكام المال: من جعله ثمناً أو مثنماً.

الشرح:

[١] وحاصل ما ذكر المصنف رحمه الله فى المناقشه على الكلام المزبور هو عدم اعتبار تعيين المالكين أصلاً، بل المعتبر فى البيع قصد المعاوضه بأن يخرج المبيع إلى ملك من يكون خروج الثمن منه؛ إذ لو صار المبيع إلى غير ملكه لم يتحقق عنوان المعاوضه

ص: ٢١٣

وكذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين، فإنه إذا جعل العوضين في الذمه بأن قال: «بعت عبداً بألف»، ثم قال: «قبلت» فلا يصير العبد قابلاً للبيع، ولا الألف قابلاً للاشتراء به حتى يُسند كلاً منهما إلى معين، أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين، فيقول: «بعت عبداً من مال فلان بألف من مال فلان»، فيمتاز البائع عن المشتري.

وأما ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معيّنين، فالمقصود إذا كان هي المعاوضة الحقيقيّة التي قد عرفت أنّ من لوازمها العقلية دخول العوض في ملك مالك المعوّض تحقيقاً لمفهوم العوضيّة والبدليّة، فلا حاجة إلى تعيين من يُنقل عنهما وإليهما العوضان، وإذا لم يقصد المعاوضة الحقيقيّة فالبيع غير منعقد.

فإن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوّض فقال: «ملككتك فرسى هذا بحمار عمرو»، فقال المخاطب: «قبلت»، لم يقع البيع لخصوص الشرح:

بين المالكين، بل يكون تمليك كل منهما مجاناً. وعلى ذلك فلو فرض قصد المعاوضة من المتعاقدين فلا محالة يتعين مالك المبيع، والثلث واقعا بلا حاجة إلى التعيين.

نعم، لا بد في موارد كون أحد العوضين كلياً في الذمه من تعيين من يضاف إلى ذمته المال ولا يكون تعيينه معتبراً بما هو هو، بل باعتبار أن الكلي مالم يكن مضافاً إلى ذمه معين لا يعتبر مالاً ليقع طرفاً في المعاوضة فالتعيين لا اعتبار المعاوضة بين المالكين.

ويترتب على ما ذكر أنه لا- يعتبر تعيين المالكين أصلاً فيما كان العوضان معيّنين، مع فرض قصد المعاوضة واقعا، بل يكون التصريح على خلاف مقتضى المعاوضة راجعاً إلى فائده البيع والشراء، كما إذا قال: «بعت مالي عن زيد»، فإنه مع قصد المعاوضة يكون المفاد إرجاع فائده البيع، بمعنى تمليك الثمن لزيد ثانياً. وإذا قال: «بعت مال زيد عن نفسي»، فمع قصده المعاوضة يكون قيد عن نفسي لغوا؛ ولذا ذكروا أنه لو أجاز زيد

في تعيين من يكون له البيع والشراء

المخاطب، لعدم مفهوم المعاوضه معه، وفي وقوعه اشتراء فضولياً لعمرو كلام يأتي.

وأما ما ذكره من مثال «مَن باع مال نفسه عن غيره» فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره، والظاهر وقوعه عن البائع ولغويه قصده عن الغير، لأنه أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقه، وهو معنى لغويته، ولذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته كما سيجيء ولا يقع عن نفسه أبداً. نعم، لو ملكه فأجاز، قيل بوقوعه له، لكن لا من حيث إيقاعه أولاً لنفسه، فإنَّ القائل به لا يفرق حينئذٍ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكه. فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً ووجوده كعدمه.

إلا- أن يقال: إنَّ وقوع بيع مال نفسه لغيره إنما لا- يعقل إذا فرض قصده للمعاوضه الحقيقيه، لم لا يجعل هذا قرينه على عدم إرادته من البيع المبادل الحقيقه، أو على تنزيل الغير منزله نفسه في مالكيه المبيع كما سيأتي أنَّ المعاوضه الحقيقه في بيع الغاصب لنفسه لا- يتصور إلا- على هذا الوجه؟ وحينئذٍ فيحكم ببطالان المعامله، لعدم قصد المعاوضه الحقيقه مع المالك الحقيقى. ومن هنا ذكر العلّامه وغيره في عكس المثال المذكور: أنه لو قال المالك للمرتهن: «بعه لنفسك» بطل، وكذا لو دفع مالاً إلى من يطلبه الطعام وقال: «اشتر به لنفسك طعاماً».

هذا، ولكنَّ الأقوى صحّحه المعامله المذكوره [١] ولغويه القصد المذكور، لأنه راجع إلى إرادته إرجاع فائده البيع إلى الغير، لا جعله أحد ركنى المعاوضه.

الشرح:

البيع يقع له كما أنه لو ملك البائع المال فأجاز البيع المزبور يقع له، لا من جهة إضافه البيع إلى نفسه، بل بناءً على صحه الإجازة في مسأله من باع شيئاً ثم ملك فأجاز فإنه بناءً عليها يتم البيع، سواء أضافه إلى نفسه أم لا، بل وحتى مع إضافته إلى المالك الأول.

[١] المراد بتلك المعامله بيع ماله عن غيره فإن قصد كونه عن غيره لغو، حيث

وأما حكمهم ببطلان البيع فى مثال الرهن واشتراء الطعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا أنّ المخاطب إذا قال: «بعته لنفسى»، أو «اشتريته لنفسى» لم يقع لمالكه إذا أجازته.

وبالجملة، فحكمهم بصحة بيع الفضولى وشرائه لنفسه، ووقوعه للمالك، يدلّ على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك.

ثم إنّ ما ذكرنا كلّه حكم وجوب تعيين كل من البائع والمشتري من يبيع له ويشتري له.

الشرح:

إن القيد المزبور لإرجاع فائده البيع إلى ذلك الغير، أى تملك الثمن لذلك الغير قبل تملكه فىكون لغوا لا جعله أحد ركنى المعاوضة، وحكمهم ببطلان البيع عكس المسأله، أى فيما إذا قال للمرتهن: «بع مالى لنفسك»، أو قال للمدفع إليه مالا: «اشترى لنفسك بهذا المال طعاما»، لا ينافى ذلك باعتبار أن مرادهم بالبطلان عدم وقوع البيع أو الشراء للمرتهن أو المدفع إليه، لا أنه لا يصح عن المالك مع إجازته.

كان الكلام إلى الآن فى اشتراط البيع بتعيين كل من يقع له البيع والشراء بأن يقصد الموجب من يقع انتقال المبيع عنه وإن لم يذكره للآخر، وكذا أن يقصد القابل من يقع له الشراء وأن يذكره للموجب، وعدم اشتراطه بمعنى أنه لو لم يقصد ذلك، بل قصد مجرد المعاوضة كفى.

وقد ظهر أنه لا بد من التفصيل بين موارد تعلق البيع أو الشراء بالمعين خارجا وبين تعلقه بالكلى على العهد، والكلام فعلا فى أمرين:

الأول: أنه لو كان المشتري هو المخاطب بمقتضى تعيين الموجب وقصده فهل يجوز للمخاطب المزبور الشراء وقبول الإيجاب لغيره أم لا؟

الثانى: أنه هل يتعين على كل منهما تعيين الطرف الآخر فى المعامله بأن يعتبر

ص: ٢١٦

وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب، والقابل لخصوص البائع، فيحتمل اعتباره، إلا فيما علم من الخارج عدم إرادته خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين كما في غالب البيوع والإجازات فحينئذ يرد من ضمير المخاطب في قوله: «ملكك كذا أو منفعه كذا بكذا» هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكا حقيقيا أو جعليا كالمشتري الغاصب أو من هو بمنزله المالك بإذن أو ولايه.

ويحتمل عدم اعتباره إلا فيما علم من الخارج إرادته خصوص الطرفين، كما في النكاح، والوقف الخاص، والهبة، والوكالة، والوصية.

والأقوى هو الأول، عملاً بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية، وتبعيته العقود للقصود. وعلى فرض القول بالثاني، فلو صرح بإرادته خصوص المخاطب أتبع قصده، فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره.

قال في التذكرة: لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر، فإشكال، ينشأ من أن الآخر إنما قصد تملك العاقد. وهذا الإشكال وإن كان ضعيفا مخالفا للإجماع والسيره إلا أنه مبني على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام.

الشرح:

فيها تعيين المشتري للموجب وأنه المخاطب أو أنه موكله مثلاً، وكذا يعتبر تعيين البائع للقابل وأنه الموجب أو موكله مثلاً؟

وذكر رحمه الله في الأمر الأول أن تعيين الموجب أو القابل يكون متبعا إلا فيما أحرز عدم لحاظ الخصوصية في نظرهما، كما إذا كان المراد من ضمير الخطاب في قول الموجب: ملكك المال بكذا، المخاطب المتملك للمبيع بالأصالة أو الوكالة.

وبعبارة أخرى: إذا كان ظاهر الكلام تعيين خصوص المخاطب في القصد فلا بد من اتباعه باعتبار أن العقود تابعة للقصود.

ص: ٢١٧

وقد يقال في الفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح: إنّ الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، ويختلف الأغراض باختلافهما، فلا بدّ من التعيين وتوارد الإيجاب والقبول على أمر واحد، ولأنّ معنى قوله: «بعتك كذا بكذا» رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، والمشتري يطلق على المالك ووكيله، ومعنى قولها: «زوّجتك نفسى» رضاها بكونه زوجاً، والزوج لا يطلق على الوكيل، انتهى.

ويرد على الوجه الأوّل من وجهى الفرق: أنّ كون الزوجين كالعوضين إنّما يصحّ وجهاً لوجوب التعيين في النكاح، لا لعدم وجوبه في البيع، مع أنّ الظاهر أنّ ما ذكرنا من الوقف وإخوته كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة أو الفضولى، فلا بدّ من وجه مطرد في الكلّ.

الشرح:

ويظهر ذلك من كلام «التذكرة»^(١) حيث ذكر أن في صحه بيع الفضولى بإجازة المالك مع جهل الطرف الآخر بالحال إشكالاً، ووجه الظهور كون الإشكال من جهة أن قصد الجاهل تعلق بتمليك الفضولى أو التملك منه، فوقع الملك للمالك المجيز غير مقصود للجاهل، وهذا الإشكال وإن كان ضعيفاً باعتبار أن تعلق قصد الجاهل بنقل المال إلى الفضولى وانتقاله منه ليس إلّا لكونه صاحب المتاع أو الثمن لا لخصوصيه له، فلا ينافى هذا القصد وقوع البيع أو الشراء للمالك المجيز بإجازته، إلا أن المفهوم من كلامه اعتبار تعيين الموجب أو القابل باتباع ظاهر كلامهما.

ويحتمل عدم اعتبار التعيين المزبور بأن كان الأصل الأولى في البيع إلغاء قصد الخصوصية في كل من الطرفين، بحيث يجوز للقابل المخاطب القبول عن الغير، ولو كان إنشاء الموجب تمليك المتاع إياه بإزاء الثمن بأن قال: «ملكتهك المتاع بكذا»، فقال: «قبلت لزيد»، تم البيع إلّا في مورد تصريح الموجب أو قيام القرينه الخارجيه بأنه

ص: ٢١٨

١- (١) التذكرة ١: ٤٦٣.

وعلى الوجه الثانى: أنّ معنى «بعثك» فى لغة العرب كما نصّ عليه فخر المحققين وغيره هو ملكتك بعوض، ومعناه جعل المخاطب مالكاً، ومن المعلوم أنّ المالك لا يصدق على الولى والوكيل والفضولى. فالأولى فى الفرق ما ذكرنا من أنّ الغالب فى البيع والإجاره هو قصد المخاطب لا من حيث هو، بل بالاعتبار الأعمّ من كونه أصله أو عن الغير، ولا ينافى ذلك عدم سماع قول المشتري فى دعوى كونه غير أصيل فتأمّل بخلاف النكاح وما أشبهه، فإنّ الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث إنّهُ ركن للعقد، بل ربّما يستشكل فى صحّحه أن يراد من القرينه المخاطب من حيث قيامه مقام الأصيل، كما لو قال: «زوّجتك» مريداً له باعتبار كونه وكيلاً عن الزوج، وكذا قوله: «وقفت عليك» و«أوصيت لك» و«وكلتك»، ولعلّ الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها، فلا الشرح:

لا يريد البيع إلا من القابل المزبور.

وتعرض رحمه الله للأمر الثانى بقوله: «وقد يقال فى الفرق بين البيع وشبهه . . . إلخ»، وحاصله أنه فى الموارد التى يكون من له العقد مقوما لعنوان العقد، كما فى النكاح فإنّ الزوجين فيه بمنزله المالين فلا بد من التعيين؛ ليكون بين الإيجاب والقبول تطابق؛ ولأنّ عنوان المشتري يصدق على الوكيل أو الولى.

هذا ولكن كلا الوجهين ضعيف.

أما الوجه الأول، فلأنّ مقتضاه لزوم تعيين الزوج والزوجه فى النكاح لا- عدم لزوم تعيين البائع والمشتري، كيف ولا- يكون الموقوف عليه أو الموصى إليه أو المتهب ركناً فى الوقف والوصيه والهبة مع أنه لا بد من تعيينهم كالنكاح، والوجه فى عدم كونهم ركناً أن كلاً من العقود المزبوره نظير البيع تمليك، والملك لا يكون بلا مالك لا محاله.

وأما الوجه الثانى، فإنّ عنوان المشتري أيضاً لا يصدق حقيقه على الوكيل فى

يقال للوكيل: الزوج، ولا-الموقوف عليه، ولا الموصى له، ولا الوكيل، بخلاف البائع والمستأجر، فتأمل، حتى لا يتوهم رجوعه إلى ما ذكرناه سابقا واعترضا عليه [١]

الشرح:

إجراء عقد الصيغه وقد نص فخر المحققين وغيره بأن معنى البيع فى لغة العرب: جعل المخاطب مالكا، ومقتضى ذلك أن مع عدم جعل الملك إلا للموكل لا يكون الوكيل القابل مشتريا.

[١] ما ذكر سابقا هو صدق عنوان المشتري على الوكيل فى الشراء حقيقه وعدم صدق عنوان الزوج على الوكيل فى قبول الزواج.

واعترض رحمه الله عليه بأنه لا فرق بينهما وأن المشتري بمعناه الحقيقى لا يصدق على الوكيل فى قبول الإيجاب كعدم صدق عنوان الزوج على الوكيل فى قبول إيجاب النكاح.

نعم، التزم رحمه الله بقوله: «ولعل الوجه عدم تعارف . . .» إلخ، بأنه قد يطلق عنوان المشتري بالعنايه على الوكيل فى قبول إيجاب البيع، كما يتعارف إرادته الأعم من الأصاله من ضمير الخطاب فى مثل قوله: «ملكتك»، بخلاف الضمير فى قول المرأة: «زوجتك»، وبخلاف عنوان الزوج فى الإطلاق بنحو العنايه فى عنوان الزوج أو إرادته الأعم من ضمير الخطاب فى قول المرأة غير متعارف.

وعلى ذلك فلا- بأس بأن يقول البائع: «ملكتك المال بكذا»، ويقول القابل: «قبلت عن فلان»، بخلاف النكاح فإنه لا يصح فى قبول قول المرأة: «زوجتك نفسى»، أن يقول المخاطب: «قبلت عن فلان». وجواز الإطلاق وإرادته الأعم من الضمير فى البيع بنحو العنايه لا ينافى تقديم مدعى الأصاله عند اختلافهما فى أن قبول الإيجاب كان بنحو الوكاله أو الأصاله؛ لأن مقتضى ظهور العقد أو أصاله عدم نيابه هو التقديم المزبور، وتعارف الاستعمال بنحو العنايه لا ينافى كونه خلاف الأصل كما أن تعارف المجاز فى

الشرح:

سائر الألفاظ لا ينافي حملها على تحقيقه مع عدم إحراز العناية في الاستعمال.

أقول: قد مر أن مع كون العوضين معينين لا- حازه إلى تعيين المالك وتمييز من يكون له البيع أو الشراء، بل يكون تمام البيع بقصد المعاوضه بين المالكين وإنشائها بين العوضين، ولو اعتقد البائع مثلاً أن الثمن المفروض ملك المخاطب وقال له: «ملكتهك مالى بذلك المال»، وقبله المخاطب عن مالك الثمن بالوكالة أو الولاية تم البيع.

وبالجملة: الخطأ والاشتباه فى المال المفروض كونه شخصاً لا- يوجب انتفاء التطابق المعتبر بين الإيجاب والقبول، فإن قصد المعاوضه مقتضاه اعتبار النقل والانتقال عن المالك واقعا.

نعم، لو صرح البائع بأنه إنما يبيع ماله من المخاطب على شرط كون الثمن المزبور ملكاً له فقال المخاطب: قبلت عن مالكه وهو زيد، بطل البيع باعتبار عدم التطابق بين الإيجاب المشروط والقبول الخالى عنه، فإن الإيجاب المزبور بمنزله أن يقول البائع: «بعتهك هذا المال على أن الثمن المفروض موصوفاً بكذا»، فيقول القابل: «قبلت بلا شرط»، فالبطلان باعتبار عدم التطابق من ناحيه الشرط، فإن شرط كون فلان مالكا للثمن المزبور كسائر الشروط والأوصاف المعتبره فيه التى يكون إلغاؤها فى القبول موجبا لانتفاء التطابق.

ولو وقع فى هذا الفرض بعد تمام العقد الاختلاف فى اعتبار خصوصيه المالك فى ناحيه الثمن أو المثلن فالأصل عدم اشتراطها ويكون القول قول منكرها، وأما إذا كان العوضان بنحو الكلى على العهده فاللازم تعيين صاحب العهده فى العقد؛ لما مرّ من أنّ الكلى مع عدم إضافته إلى عهدته المعين لا- تقع عليه المبادله فإن ما على عهدته المعتبر غير ما على عهدته الآخر، فلو قال البائع للوكيل: «بعتهك المال بكذا من الدراهم

مسأله: ومن شرائط المتعاقدين: الاختيار [١] والمراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس، في مقابل الكراهه وعدم طيب النفس، لا الاختيار

الشَّرح:

على عهده زيد»، وقبل الوكيل المال بالدرهم على عهده عمرو، لم يتم البيع؛ لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول في ناحيه الثمن. نعم، لو قال: «بعتك المال بكذا من الدراهم»، وقال: «قبلت لموكلتي»، صح فيما إذا كان المراد بضمير الخطاب الأعم من الأصاله والنيابه، ويكون مع الاختلاف في الأصاله والنيابه في هذا الفرض الترجيح لقول من يدعى الأصاله أخذا بأصاله الظهور. وقد ظهر مما ذكرنا حكم ما لو كان أحد العوضين في المعامله شخصا والآخر كليا على العهده فإنه يجرى على الكلى ما ذكر للكلى، وعلى الشخصى ما ذكر للشخصى.

[١] فسر رحمه الله الإكراه بما يقابل الاختيار الذى يكون المراد به فى المقام القصد إلى حصول مضمون العقد وطيب النفس به، ومقتضى المقابله أن يكون الإكراه هو القصد إلى مضمون العقد عن كراهه وبلا طيب النفس به.

وبعبارة أخرى: ليس المراد بالاختيار هنا مقابل الجبر الذى لا يكون فى مورده قصد من المباشر أصلاً، أو يكون مقهوراً فى قصده وفعله بحيث لا يصح معه إسناد الفعل إلى المباشر حقيقه، كأفعال العباد على مسلك الجبر.

والحاصل: أن الاختيار المعتبر فى البيع وغيره من العقود والإيقاعات أمر زائد على الاختيار المقابل للجبر، واستدل على اعتبار هذا الاختيار بقوله سبحانه: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١)، حيث إن تقييد التجاره بكونها عن تراض مقتضاه اعتبار طيب النفس بها، وبقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» (٢). وبحديث

ص: ٢٢٢

١- (١) سورة النساء: الآية ٢٩.

٢- (٢) عوالى اللآلى ٢ : ١١٣، الحديث ٣٠٩. وقريب منه فى تحف العقول: ٣٤، عنه فى وسائل الشيعه ٥ : ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١ و ٣.

فى مقابل الجبر. ويدلّ عليه قبل الإجماع قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ». وقوله صلى الله عليه وآله: «لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ- عن طيب نفسه». وقوله صلى الله عليه وآله فى الخبر المتفق عليه بين المسلمين: «رُفِعَ أَوْ وُضِعَ عَنْ أُمَّتِي تَسْعَةَ أَشْيَاءٍ أَوْ سِتَّةٍ . . . ومنها: ما أكرهوا عليه».

الشرح:

الرفع، حيث ورد فيه: «رفع عن أمتى ما استكرهوا عليه»(١)(٢) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٢٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ١٢.(٢).

والحديث وإن كان ظاهره بقريته وحده السياق نفى المؤاخذه فإن نفيها مراد فى قوله: «رفع عن أمتى ما لا- يعلمون والطيره والحسد»(٢) إلا أنه يرفع اليد عن الظهور بقريته ما فى بعض الروايات كصحيحه البنظى من استشهاده عليه السلام على بطلان الحلف بالطلاق والعتاق بفقره: «رفع عن أمتى ما استكرهوا عليه»(٣). والمراد بالحلف بالطلاق والعتاق أن يقول الحالف مثلاً: إن فعلت كذا فإمرأتى طالق أو أمتى حرة، وهذا الحلف وإن كان باطلاً- ولا- يقع به طلاق أو عتاق ولو مع عدم الإكراه، إلا أن استشهاده عليه السلام لبطلانه بالحديث قريته على عدم اختصاصه برفع المؤاخذه.

أضف إلى ذلك ما ورد فى بطلان طلاق المكره بضميمة عدم احتمال الفرق بين الطلاق وسائر العقود والإيقاعات فى البطلان وعدمه مع الإكراه.

ثم تعرض رحمه الله لما ذكره الشهيدان(٤) من كون المكره بالفتح قاصدا للفظ وغير قاصد مدلول العقد، فذكر أن مدلول العقد مضمونه وكون المكره غير قاصد له معناه أنه لا يقصد حصول ذلك المضمون خارجاً بأن يثبت لذلك المضمون واقعيه.

ص: ٢٢٣

١- (١) و

٢- وسائل الشيعة ١٥ : ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ .

٣- (٣) أنظر الدروس ٣ : ١٩٢، والمسالك ٣ : ١٥٦، والروضه البهيه ٣ : ٢٢٦ ٢٢٧ .

وظاهره وإن كان رفع المؤاخذه، إلا أن استشهاد الإمام عليه السلام به في رفع بعض الأحكام الوضعيه يشهد لعموم المؤاخذه فيه لمطلق الإلزام عليه بشيء ففي صحيحه البنزطى، عن أبي الحسن عليه السلام: «في الرجل يستكره على اليمين» فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقه ما يملك، أليزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه، وما لم يطيقوا، وما أخطأوا». والحلف بالطلاق والعتاق وإن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، إلا أن مجرد استشهاد الإمام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أكرهوا عليه، يدل على أن المراد بالنبوى ليس رفع خصوص المؤاخذه والعقاب الأخرى.

هذا كله، مضافاً إلى الأخبار الواردة في طلاق المكره بضميمه عدم الفرق. ثم إنه يظهر من جماعه منهم الشهيدان: أن المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله، بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلامة. وليس مرادهم أنه لا قصد له إلا الشرح:

وإن شئت قلت: ولو كان قصد المكره بالفتح بقوله: «بعت كذا بكذا»، إنشاء الملكيه إلا أن إنشاءها لا يكون لغايه حصولها خارجاً، بل بداعى دفع الضرر المتوقع به، وليس المراد أنه لا ينشئ الملكيه أصلاً، كما توهمه بعض من كلامهما، فإنه مع عدم الإنشاء لا يكون قوله: «بعت كذا بكذا»، بيعاً، أو قوله: «هى طالق»، طلاقاً.

وبالجملة: الخالى عن قصد الاستعمال والإنشاء هو الذى يتلفظ تقليداً أو تلقيناً، كما فى الطفل الجاهل بالمعانى، ولا يكون المكره بالفتح كذلك فمرجع كلام الشهيدين إلى أن إنشاء المكره ليس بداعى تحقيق الشىء بحيث يترتب عليه الأثر، بل لغرض التخلص عن الوعيد. فالفرق بين المكره بالفتح وغيره أن إنشاء الملكيه فى الأول لا يكون بداعى حصولها خارجاً، بل بداعى التخلص عن وعيد المكره وضرره، بخلاف بيع المختار فإن إنشاء الملكيه منه يكون بداعى حصولها خارجاً.

إلى مجزّد التكلّم، كيف! والهازل الذى هو دونه فى القصد قاصد للمعنى قصداً صورياً، والخالى عن القصد إلى غير التكلّم هو من يتكلّم تقليداً أو تلقيناً، كالطفل الجاهل بالمعانى. فالمراد بعدم قصد المكروه: عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد فى الخارج، وأنّ الدّاعى له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه فى الخارج، لا أنّ كلامه الإنشائي مجزّد عن المدلول، كيف! وهو معلول للكلام الإنشائي إذا كان مستعملاً غير مهمل.

وهذا الذى ذكرنا لا- يكاد يخفى على من له أدنى تأمل فى معنى الإكراه لغه وعرفاً وأدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب فى فروع الإكراه التى لا- تستقيم مع ما توهمه، من خلوّ المكروه عن قصد مفهوم اللفظ وجعله مقابلاً- للقصد، وحكمهم بعدم وجوب التّوريه [١] فى التفصّى عن الإكراه وصحّه بيعه بعد الرّضا واستدلالهم الشّرح:

[١] ذكر رحمه الله كما مر أن إنشاء البيع مثلاً بداعى التخلص عن الوعيد لا لغايه تحقيقه خارجاً هو المراد من عدم قصد المكروه بالفتح مدلول العقد، وكون هذا هو المراد من عدم قصده لا يكاد يخفى على من تأمل فى معنى الإكراه لغه وعرفاً، وعلى من تتبع فيما ذكره الأصحاب فى فروع الإكراه فإن تلك الفروع لا تناسب توهم خلوّ المكروه بالفتح عن القصد بأن لا يستعمل قوله: بع كذا بكذا، فى إنشاء الملكيه ليكون الإكراه مقابلاً للقصد، أى استعمال اللفظ فى المعنى.

وقوله رحمه الله: وحكمهم بعدم وجوب التّوريه (١) وبصحّه بيع المكروه بعد الرضا (٢)، واستدلالهم على بطلان بيع المكروه بالأخبار الوارده فى طلاق المكروه بضميمه عدم

ص: ٢٢٥

١- (١) أنظر الروضه البهيه ٦ : ٢١ ، والمسالك ٩ : ٢٢ ، ونهايه المرام ٢ : ١٢ ، والجواهر ٣٢ : ١٥ .

٢- (٢) كما ادّعن الاتفاق ظاهراً فى الحدائق ١٨ : ٣٧٣ ، والرياض ١ : ٥١١ ، وفى مفتاح الكرامه ٤ : ١٧٣ ، والجواهر ٢٢ : ٢٦٧ . نسبتها إلى المشهور .

الشرح:

الفرق بين الطلاق وسائر العقود والإيقاعات، وبما ورد أنه لا طلاق إلا مع الإرادة^(١). واستدلّ لهم أيضا على بطلان بيع المكره بما ورد في بطلان من يكون طلاقه مداراه بأهله^(٢)، بأن ينشئ الطلاق لا- لحصوله واقعا، بل لأن يوهم زوجته الأخرى مثلاً بأنها زوجته الوحيد الباقية في علقته؛ لتترك نشوزها، كل ذلك معطوف على ما ذكره الأصحاب في قوله: «أدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب»، ويكون عطفها تفسيريا فإنها من الفروع التي يكون التتبع في المذكور فيها موجبا للجزم بعدم خلو المكره بالفتح عن قصد المعنى والإنشاء.

بل يكفي في الجزم بذلك ما ذكره الشهيد الثاني^(٣) من أن المكره والفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله، ووجه الكفاية أنه لا- ريب في تحقق قصد الاستعمال من الفضولي، وجعل المكره مثله قرينه عليه على كون المراد من عدم قصد المعنى ما تقدم تفصيله.

أقول: إن كانت ملكية العين في إنشاء البيع بنظر العاقد فلا ريب في حصولها من المكره بالفتح فإنه لا يكون إنشاء بدون قصد حصولها أو قصد إبراز حصولها على الوجهين في معنى الإنشاء، وعلى ذلك يبتنى ما سيأتى من عدم لزوم التوريه على المكره وتام بيع المكره بلحوق الرضا، وإن كانت الملكية بنظر العقلاء أو اعتبار الشرع فهذه الملكية أجنبيه عن قصد العاقد فإنّ اعتبار الغير يترتب على تمام موضوعها، سواء قصدتها العاقد أم لا.

ص: ٢٢٦

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ : ٣٠ ، الباب ١١ من أبواب مقدّمات الطلاق .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٢ : ٨٧ ، الباب ٣٨ من أبواب مقدّمات الطلاق .

٣- (٣) أنظر المسالك ٣ : ١٥٦ ، والروضه البهيه ٣ : ٢٢٦ ٢٢٧ .

الشرح:

فإن أراد الشهيدان(١) بقولهما: إن المكره بالفتح قاصد إلى اللفظ دون مدلول الملكية بنظر العاقد، فقد ذكرنا أنه لا يكون بيع إلا مع قصد حصولها أو إبراز حصولها، وإن كان مرادهما الملكية فى اعتبار العقلاء والشرع المعبر عنها بالأثر فلا يعتبر فى حصول البيع قصد حصولها، بل قد لا يكون قصد حصولها فى بيع المختار أيضا كما إذا اعتقد فقد شرط صحة البيع، وقد يقصدها المكره بالفتح كما إذا اعتقد صحة بيعه ونفوضه، كبيع المختار.

والحاصل: إن كلام الشهيدين غير تام، بل لا نجد فرقا بين بيع المكره، أى إنشائه ملكيه المثلث بإزاء الثمن وبين بيع المختار إلا فى جهه واحده وهى انطباق عنوان الإكراه على البيع فى الأول دون الثانى.

لا يقال: الفرق بينهما فى حصول طيب النفس والتراضى فى الثانى دون بيع المكره.

فإنه يقال: التراضى المعتبر فى المعاملات موجود فى بيع المكره أيضا، فإذا أكرهه الجائر على دفع مقدار من المال وتوقف تحصيل ذلك المال على بيع داره يصح البيع ولا يكون ذلك إكراها على البيع، بخلاف ما إذا أكرهه على بيع تلك الدار فإنه لا يصح لوقوعه مكرهاً عليه، مع أن فى الرجوع إلى الوجدان كفايه بأنه لو لم يكن إكراه الجائر لم يكن البيع فى الموردین، فإن الداعى إلى بيعها فى الفرضين التخلص من وعيد الجائر وضرره.

وقد بينا فى بحث المقدمه من الأصول أن الداعى إلى الإتيان بذى المقدمه بعينه داع إلى الإتيان بمقدمته، وإذا كان دفع المال إلى الجائر فى الفرض الأول للتخلص من

ص: ٢٢٧

١- (١) أنظر الدروس ٣: ١٩٢، والمسالك ٣: ١٥٦، والروضه البهيه ٣: ٢٢٦ ٢٢٧.

الشرح:

وعيده يكون الداعى إلى مقدمته أيضا، يعنى بيع الدار للتخلص المزبور.

وبهذا يظهر أن ما ذكره المصنف رحمه الله فى توجيه كلام الشهيدين من أن الداعى إلى البيع من المختار لا يكون التخلص من وعيد الغير وضرره، بخلاف صورته الإكراه فإن الداعى إليه التخلص المزبور غير صحيح، كما أن دعوى حصول الرضا وطيب النفس بالبيع فى صورته الإكراه على دفع المال الذى يتوقف تحصيله على بيع المكروه داره، وعدم حصوله فى صورته الإكراه على بيع داره، تحكم.

وما ذكر أيضا فى الفرق بين مورد الإكراه على البيع والبيع لدفع الضرر بقوله: «والحاصل أن الفاعل قد يفعل لدفع الضرر لكنه مستقل فى فعله ومخلى وطبعه بحيث تطيب نفسه بفعله وإن كان من باب علاج الضرر، وقد يفعل لدفع ضرر إبعاد الغير على تركه وهذا مما لا تطيب النفس به، وذلك معلوم بالوجدان»، كما ترى فإنه نفرض فرضا أن الفرق بين موارد البيع لدفع الاضرار إلى ثمنه وبين البيع لدفع ضرر إبعاد الغير تام، فكيف يصح الفرق بين الإكراه مثلا على بيع داره والإكراه على دفع مال يتوقف تحصيله على بيع داره بأن يقال بحصول طيب النفس والرضا بالبيع فى الثانى دون الأول، بل ذكرنا عدم الفرق بينهما فى طيب النفس أصلاً وإنما الفرق بينهما فى صدق الإكراه على بيع الدار فى الأول دون الثانى. والموجب لصدقه عليه فى الأول أمر الجائر ببيعها ووعيده على تركه، بخلاف الثانى فإن بيعها فيه لا يكون لأمر الجائر به ليعمه حديث رفع الإكراه^(١)، بل للتمكن على مال أمر الجائر بدفعه إليه فلا يكون نفس البيع مكرها عليه.

ص: ٢٢٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ٣٦٩ ، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ .

الشرح:

فتحصل مما ذكرنا أن الموجب لصدق الإكراه على البيع أو غيره تعلقه بنفس البيع أو غيره من الإنشائيات، فالتفرقة بالحكم بصحة البيع في مورد الاضطرار إلى البيع أو الإكراه على مثل دفع المال الموقوف تحصيله على بيع متاعه، والحكم بالبطلان في مورد الإكراه على البيع باعتبار شمول حديث رفع الإكراه للأخير دون الأولين. وذكر رفع الاضطرار في حديث الرفع لا يقتضى الحكم ببطلان البيع في مورد الاضطرار إلى ثمنه، وذلك فإن رفعه كرفع غيره من المذكورات في الحديث للامتنان والتوسعه على الأمه، ولا امتنان في نفي البيع والحكم بفساده في مورد الاضطرار، بخلاف الحكم بالفساد في مورد الإكراه على بيع شىء، فإن فيه توسعه على المكره بالفتح كما لا يخفى.

ثم إن الحكم ببطلان بيع المكره ونحوه من المعاملات لا يحتاج إلى ضميمه صحيحه البنظى المتقدمه ليقال: إن استشهاده عليه السلام ببطلان الحلف بالطلاق والعتاق عند الإكراه عليهما بحديث: «رفع» يمكن أن يكون جدليا مبنيًا على اعتقاد العامه بأن حديث الرفع لا يختص برفع المؤاخذه، ووجه عدم الحاجه أن المراد بالمكره عليه هو الفعل، حيث لا يتعلق الإكراه والاضطرار إلاّ بالفعل. ومن الظاهر أن رفعهما يكون في مقابل وضعهما، والوضع فيهما معناه أن يثبت الحكم الثابت بالفعل مع قطع النظر عن طروهما، وإذا كان الفعل المكره عليه من الأفعال الخارجيه يكون المرتفع الحكم التكليفى، وإذا كان من المعاملات فالمرتفع الحكم الوضعى، يعنى إمضاء الشارع أو هو مع الحكم التكليفى على اختلاف الموارد.

ومما ذكرنا يظهر أنّ حديث «الرفع» لا يرفع الأحكام التى لا تكون موضوعاتها الأفعال، بل يثبت بالأفعال باعتبار حصول موضوعاتها بها بعضا، كما إذا أكرهه على

له بالأخبار الواردة في طلاق المكره وأنه لا طلاق إلا مع إرادته الطلاق حيث إن المنفى صحه الطلاق لا تحقق مفهومه لغه وعرفاً وفي ما ورد فيمن طلق مداراةً بأهله إلى غير ذلك. وفي أن مخالفه بعض العامه في وقوع الطلاق إكراهاً لا ينبغي الشرح:

إفطار صومه فإنه لا يرتفع بحديث رفع الإكراه وجوب قضائه؛ لأن وجوب القضاء موضوعه فوت الصوم لا إفطاره.

نعم، قد يفوت الصوم بإفطاره، كفوته بنسيان الصوم أو نسيان جنبته أو كون المكلف مريضاً أو مسافراً ونحو ذلك مما لا يكون من قبيل الإفطار، وهذا بخلاف وجوب الكفاره فإن موضوعه الفعل، يعنى الإفطار أو الجماع في نهار شهر رمضان فيرتفع وجوبها عند الإكراه عليهما.

لا- يقال: لا حاجة في الحكم بطلان بيع المكره ونحوه من المعاملات بحديث الرفع أصلاً، فإن أدله إمضاء البيع ووجوب الوفاء بالعقود منصرف عن مثل البيع المكره عليه فإن البيع المزبور لا- يكون مورد الإمضاء حتى في اعتبار العقلاء، فالحكم بطلانه لقصور أدله الإمضاء لا لوجود حاكم أو مخصص لها.

فإنه يقال: لا وجه لدعوى انصراف: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) ونحوه عن بيع المكره؛ لأن الموضوع للإرضاء الشرعى نفس البيع لا البيع الممضى في اعتبار العقلاء، وقد ذكرنا في بحث الصحيح والأعم أن إمضاء العقلاء كإمضاء الشرع غير داخل في معنى البيع ونحوه، فإن بيع السارقين والغاصبين لا يكون ممضى حتى عند العقلاء مع صحه إطلاق البيع عليه بلا عنائه.

وبعبارة أخرى: إذا كان تملك عين بعوض يباعا عند العرف ولكن غير ممضى من

أن تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذي لا يسمّى خبراً ولا إنشاءً وغير ذلك ممّا يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد ومضمونه في الواقع وعدم طيب النفس به لا- عدم إرادته المعنى من الكلام ويكفى في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني من أنّ المكره والفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله.

الشرح:

ناحيتهم فهو داخل في مثل موضوع: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) (٣) سورة المائدة: الآية ١. (٢) فلا بد في رفع اليد عن إطلاقه من وجود مقيد، نظير قوله: «لا يبيع إلا في ملك» (٣)، ويترتب على كون الموضوع لإمضاء الشرع نفس البيع أنه لو باع اللقطة بعد تعريفها سنه وتملكها حتى مع احتمال الظفر بمالكها ثم ظهر المالك، فلا- يستحق المالك المطالبه بعين اللقطة حتى مع بقائها بيد المشتري، فإن هذا مقتضى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٣) و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٤)، مع أن العقلاء لا- يمشون البيع من البايع في الفرض ولا يفرقون بين هذا البيع وبيع مال الغير اشتباها واعتقاداً بأنه ماله ثم ظهر أنه مال لغير.

وما ذكر من سيره العقلاء على عدم لزوم بيع المكره تكون هذه السيره كاشفه عن عدم إمضاء الشرع، وإلا ورد الردع عنها برادع خاص ولا- يكفي فيها الإطلاق والعموم، ففيه: أن سيره العقلاء يمكن دعواها في الموارد التي يكون الإكراه فيها من قبيل الجور الشخصي، وأما إذا كان بنحو الجور العام كما إذا أمر السلطان بأن كل أجنبي يلزم عليه بيع داره من أهل هذه البلاد خلال شهرين وإلا- تؤخذ الدار منه، ففي مثل ذلك لا يرى العقلاء بيع الأجانب دورهم مع اعترافهم بأن أمر السلطان جور عليهم يباع لغوا، بل

ص: ٢٣١

١- (١) و

٢- سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

٣- (٢) عوالي اللآلي ٢: ٢٧، الحديث ١٦.

نعم ذكر في التحرير والمسالك في فروع المسألة ما يوهم ذلك قال في التحرير: لو أكره على الطلاق فطلق نأوياً فالأقرب وقوع الطلاق إذ لا إكراه على القصد، انتهى.

الشرح:

يرتبون عليه الأثر كما يظهر ذلك لمن تتبع سيرتهم. والمتحصل أن العمده في الحكم بالبطلان في بيع المكره ونحوه حديث رفع الإكراه.

لا يقال: كيف يكون التراضي وطيب النفس بالمعاملة في مورد الإكراه مع أن الإكراه مع طيب النفس والتراضي متضادان.

فإنه يقال: نعم، الكره وهو عدم كون الشيء ملائماً للطبع مع طيب النفس بمعنى أن الابتهاج والرضا القلبي متضادان، ولكن طيب النفس أو الرضا القلبي غير معتبر في بيع ولا- في غيره حتى في الطلاق الوارد فيه كونه بإرادة القلب كما يأتي؛ ولذا قالوا بصحة الطلاق؛ لعدم صدق الإكراه في مثل ما رأى الزوج أنها لو بقيت في حباله لوقعت عليه وقيعه من أخيها أو أبيها أو غيرها فالتجأ إلى طلاقها، ولا تكون كراهته قلباً موجبا لبطلانه.

وبالجملة: المعتبر في صحة البيع وغيره من المعاملات التراضي المعاملي وهو موجود في موارد الإكراه فإنه مساوق للإنشاء، وقد ذكر المفسرون أن قوله سبحانه: «عَنْ تَرَاضٍ» في قوله: «إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»^(١) خبر بعد خبر، وهذا شاهد على أن التراضي المعاملي يعم جميع المعاملات، وأن تجارته أحد أفرادها. ولو كان المدرك لاعتبار طيب النفس قوله عليه السلام «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبه نفسه»^(٢) بدعوى أنه

ص: ٢٣٢

١- (١) سورة النساء: الآية ٢٩.

٢- (٢) عوالي الآلى ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، وانظر الوسائل ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١، تحف العقول: ٣٤.

وبعض المعاصرين [صاحب الجواهر] بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهم كلامهم فردّ عليهم بفساد المبني، وعدم وقوع الطلاق في الفرض المزبور، لكن المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك وسيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به.

الشرح:

يعم تملك مال الغير بالبيع ونحوه مع ظهور طيبها في الطيب القلبي والرضا الواقعي كما لا يبعد، فلا بد من رفع اليد عن عمومه في المعاملات بما تقدم.

نعم، لا يبعد اعتبار طيب النفس بذلك المعنى في التصرف في مال الغير، كما إذا أقام في بيته تعزیه كعزاء خامس أهل بيت العصمه عليه السلام ودخل في البيت بتلك المناسبه شخص وتصرف فيها بما يكون خارجاً عن المتعارف باستعمال الماء الكثير بغسل بعض ثيابه أو المكث في بيت الخلاء طويلاً، مع عدم علمه برضا صاحب البيت، فهذه التصرفات التي ربما يمتنع المالك عن إظهار عدم رضاه بها؛ للتحفظ على كرامته، غير جائز لذلك الشخص، فإنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه.

وهذا بخلاف فرض حصول المعامله، كما إذا وهب المال للسائل تحفظاً على كرامته، فإن دليل نفوذ الهبه أو غيرها مع عدم حكمومه في البين من حديث رفع الإكراه أو الاضطرار، مقتضاه دخول العين الموهوبه في ملك المتهب فلا يكون الموهوب مالاً للغير حتى لا يجوز التصرف فيه بلا طيب نفس مالكه، وما يتعارف في الألسنه من أن المأخوذ حياءً كالمأخوذ غصبا بلا شاهد في مثل المورد المزبور من المعاملات.

لا يقال: قد ورد في بعض الروايات أنه لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق (١)، ومقتضى تلك الروايات عدم القصد في مورد الإكراه.

ص: ٢٣٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ : ٣٠، الباب ١١ من أبواب مقدمات الطلاق .

ثم إن حقيقة الإكراه لغه وعرفا [١] حمل الغير على ما يكرهه، ويعتبر في وقوع الفعل عن ذلك الحمل: اقترانه بوعيد منه مضمون الترتب على ترك ذلك الفعل، مضرراً بحال الفاعل أو متعلقه نفساً أو عرضاً أو مالاً.

الشرح:

فإنه يقال: لم يظهر أن الروايات المشار إليها قد وردت في طلاق المكره وبيان بطلانه، بل لا يبعد كونها ناظره إلى ما يصدر عن الزوج أحياناً لتخويف زوجته من الإتيان بصورة الطلاق جلباً لطاعتها وفي مثله لا يكون إنشاء الفرقه بينه وبين زوجته حقيقه، فمدلول تلك الروايات أن لا أثر للتكلم التخويفي المزبور الذي هو في حقيقته تلفظ بصيغه: أنت طالق ونحوها، من غير قصد الإنشاء لمضمونها، بل يكون التلفظ بها مع إمرار المتكلم معناها إلى ذهن السامع فقط، وربما يكون ذلك في مورد الإكراه أيضاً بأن يتلفظ المكره بالفتح بصيغه الإيجاب في الطلاق ونحوه من غير قصد الإنشاء، وهذا لا يترتب عليه ما سندكر من تمام البيع بلحوق الإجازة وغيرها من الأحكام.

ويشهد لعدم نظر تلك الروايات إلى صورته الإكراه على الطلاق أن صاحب «الوسائل» (١) رحمه الله أوردها في باب اشتراط الطلاق بالقصد لا في باب اشتراط الاختيار في الطلاق، بل في حسنه يحيى بن عبدالله بن الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سمعتة يقول: لا يجوز طلاق في استكراه، ولا تجوز يمين في قطيعه رحم إلى أن قال وإنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه» (٢)، وهذه الحسنه قرينه واضحه على أن المراد بإرادته الطلاق بغير الإكراه.

[١] لا يخفى أن المعتبر في صدق الإكراه هو الأمر بالبيع أو غيره بحيث تكون مخالفه الأمر مظنه الضرر بحاله أو بحال متعلقه، وقد يكون الفعل من الفاعل لمجرد

ص: ٢٣٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ : ٣٠ ، الباب ١١ من أبواب مقدمات الطلاق .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٢ : ٨٧ ، الباب ٣٧ من أبواب الطلاق، الحديث ٤.

فظهر من ذلك: أنّ مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يُدخله في «المكره عليه»، كيف! والأفعال الصّادره من العقلاء كلّها أو جلّها ناشئه عن دفع الضرر، وليس دفع مطلق الضرر الحاصل من إيعاد شخص يوجب صدق «المكره» عليه، فإنّ من أكره على دفع مال وتوقّف على بيع بعض أمواله، فالبيع الواقع منه لبعض أمواله وإن كان لدفع الضرر المتوقّد به على عدم دفع ذلك المال ولذا يرتفع التحريم عنه لو فرض حرمة عليه لحلف أو شبهه، إلاّ أنّه ليس مكرهاً عليه.

فالمعيار في وقوع الفعل مكرهاً عليه: سقوط الفاعل من أجل الإكراه المقترن بإيعاد الضرر عن الاستقلال في التصرف، بحيث لا تطيب نفسه بما يصدر منه ولا يتعمّد إليه عن رضا وإن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره، دفعاً للضرر أو ترجيحاً لأقلّ الضررين، إلاّ أنّ هذا المقدار لا يوجب طيب نفسه به، فإنّ النفس مجبولة على كراهه ما يحمله غيره عليه مع الإيعاد عليه بما يشقّ تحمّله.

والحاصل: أنّ الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنّه مستقلّ في فعله ومخلّي وطبعه فيه بحيث يطيب نفسه بفعله وإن كان من باب علاج الضرر، وقد يفعل لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه، وهذا ممّا لا يطيب النفس به، وذلك معلوم بالوجدان.

ثمّ إنّه هل يعتبر في موضوع الإكراه [١] أو حكمه [٢] عدم إمكان التفصّي عن الشرح:

دفع ذلك الضرر، وأما الوعيد من الأمر فلا يعتبر اقتران أمره به، كما يظهر ذلك من ملاحظه موارد الإكراه على المعامله أو غيرها من الأفعال.

[١] بأن يكون عدم إمكان التفصّي بالتوريه أو غيرها مقوماً لعنوان الإكراه.

[٢] بأن لا يكون البيع أو غيره محكوماً بالفساد مع إمكان التفصّي عن إنشائه بالتوريه أو غيرها، ولو مع صدق الإكراه عليها.

ذكر رحمه الله بما حاصله أن ظاهر الروايات وفتاوى الأصحاب عدم اعتبار العجز عن

الضرر المتوعد به بما لا يوجب ضرراً آخر كما حكى عن جماعه أم لا؟

الذى يظهر من النصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التوريه، لأنّ حمل عموم رفع الإكراه وخصوص النصوص الواردة فى طلاق المكره وعتقه ومعاهد الإجماعات والشهوات المدّعاء فى حكم المكره على صوره العجز عن التوريه لجهل أو دهشه، بعيد جدّاً، بل غير صحيح فى بعضها من جهه المورد، كما لا يخفى على من راجعها، مع أنّ القدره على التوريه لا يخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفاً.

الشرح:

التفصلى بالتوريه، فإن حمل عموم حديث رفع الإكراه والروايات الداله على عدم صحه الأثر للطلاق باستكراه أو عتاق أو حلف كذلك على صوره عدم إمكان التفصلى بالتوريه من جهه غفله المكره بالفتح عنها ونسيانها؛ لدهشته أو جهله بكيفيتها بعيد، حيث إنه من حمل المطلق على الفرد النادر، بل لا- يمكن هذا الحمل فى مورد بعض الروايات. والمراد ما ورد فى قضيه عمار(1)؛ لما سيأتى أنه لو كان عدم إمكان التفصلى بالتوريه معتبراً فى رفع الإكراه لذكر صلى الله عليه وآله لعمار أن عليه أن يورى فيما إذا ابتلى بمثل الواقعه، لا أن يقول له: «إن عادوا فعد».

بل يظهر من بعض الروايات عدم اعتبار التفصلى بغير التوريه أيضاً، كروايه عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «لا يمين فى غضب ولا- فى قطيعه رحم ولا- فى جبر ولا- فى إكراه. قلت: أصلحك الله، فما فرق بين الجبر والإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، ويكون الإكراه من الزوجه والأم والأب، وليس ذلك بشيء»(2). ووجه الظهور أنه يمكن التفصلى عاده فى إكراه الأم والأب، وقوله عليه السلام على ما فى الروايه: «وليس ذلك بشيء» المراد أن اليمين فى الموارد المزبوره لا يكون موجبا لوجوب

ص: ٢٣٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٦ : ٢٢٥ - ٢٢٦، الباب ٢٩ من أبواب الأمر والنهى، الحديث ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٣ : ٢٣٥، الباب ١٦ من كتاب الأيمان، الحديث الأول.

هذا، وربما يستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفصّي بوجه آخر غير التّوريه أيضاً في صدق الإكراه، مثل روايه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يمين في قطيعه رحم، ولا في جبر، ولا في إكراه، قلت: أصلحك الله! وما الفرق بين الجبر والإكراه؟ قال: الجبر من السّطان، ويكون الإكراه من الزّوجه والأب، وليس ذلك بشيء».

الشرح:

الوفاء وعدم جواز الحنث، ويؤيد عدم اعتبار التفصّي بغير التّوريه أيضاً عدم الفرق بينها وبين التفصّي بغيرها، فإنه لو كان إمكان التفصّي بغير التّوريه موجبا لانتفاء عنوان الإكراه لكان إمكان التفصّي بها كذلك؛ لأن المصحح لعنوان الإكراه انحصار التخلص عن الضرر المتوعد به بارتكاب ما أكره عليه كما هو الفرض، فلا فرق بين التخلص بكلام آخر أو فعل آخر أو إرادته المعنى الآخر.

ودعوى أن مع إمكان التّوريه وأن لا يكون إكراه حقيقه كما إمكان التفصّي بغيرها، إلا أن الشارع قد وسع حكم الإكراه مع إمكان التّوريه مدفوعه بعدم الشاهد لها.

ثم إنه رحمه الله قد وجه الدعوى المزبوره بأنه يعتبر في صدق الإكراه خوف ترتب الضرر على مخالفه المكره بالكسر ومع إمكان التفصّي بغير التّوريه لا يحصل الخوف في مخالفه المكره، حيث إن الضرر مع إمكان التفصّي يترتب على ترك الفعل المكره عليه وترك التفصّي معا وليس التفصّي مكرها عليه ولا بدلاً عنه، حيث لم يأمر به الجائر لا تعيينا ولا تخييراً ليكون نظير ما إذا أكرهه على شرب الخمر أو فعل القمار، بل الفعل المتفصّي به مسقط للإكراه، يعنى رافع موضوعه، وكون التفصّي مسقطاً للإكراه يجرى في مورد إمكان التفصّي بالتّوريه أيضاً، إلا أن الشارع قد رخص في مورد إمكان التفصّي بالتّوريه في تركها، حيث لم يعتبر التّوريه تفصياً. ويستفاد ذلك من اطلاق الروايات الوارده في طلاق المكره وعتقه، ومما دل على جواز الحلف بالله كاذباً

ص: ٢٣٧

الإكراه والتمكن على التوريه

ويؤيدّه: أنه لو خرج عن الإكراه عرفاً بالقدره على التفصيلى بغير التوريه خرج عنه بالقدره عليها، لأنّ المناط حينئذٍ انحصار التخلّص عن الضرر المتوعّد به فى فعل المكره عليه، فلا فرق بين أن يتخلّص عنه بكلام آخر أو فعل آخر، أو بهذا الكلام مع قصد معنى آخر. ودعوى: أنّ جريان حكم الإكراه مع القدره على التوريه تعبدى لا من جهه صدق حقيقه الإكراه، كما ترى.

الشرح:

عند الخوف والإكراه فإن حمل الإطلاق على صوره العجز عن التوريه كما تقدم حمل على الفرد النادر، بل لو كان العجز عن التوريه معتبرا لأشير إليها فى تلك الأخبار، خصوصا فى قضيه عمار، فإن تنبيه رسول الله صلى الله عليه وآله عمار على التوريه وإن لم يكن واجبا إلا أن شفقتة صلى الله عليه وآله لعمار تقتضى ذلك؛ لما رأى صلى الله عليه وآله من اضطرابه وتأثره من تكلمه بكلمه الكفر إلى أن قال له: «وإن عادوا عليك فعد» (١).

ولعل وجه عدم وجوب التنبيه أن المورد من قبيل الإرشاد إلى الموضوع مع غفله المكلف عنه، حيث لا بد من فرض أن عمار قد نسى التوريه وغفل عنها عند إكراهه على الاعتراف بالشرك، لا أن تركه التوريه كان لجهله بالحكم وعدم علمه بوجوب التوريه فى هذه الموارد، كما هو الحال فى ترك بعض الناس أو جلهم، فإن عدم رعايه بعض تكاليف الشرع منهم يكون لجهلهم بها وفرض مثل هذا الجهل لا يناسب شأن عمار ولا تطبيق الإكراه على فعله، كما هو مقتضى نزول الآية: «إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان» (٢).

ثم إنه رحمه الله قد فصل أخيرا بين التوريه وغيرها بأن التمكن على التفصيلى بالتوريه لا ينافى صدق الإكراه على العمل، بخلاف غير التوريه، فإن التمكن على التفصيلى به

ص: ٢٣٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٦ : ٢٢٥، الباب ٢٩ من أبواب الأمر والنهى، الحديث ٢.

٢- (٢) سوره النحل: الآية ١٠٦.

لكن الإنصاف: أنّ وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقّق إلاّ مع العجز عن التفصّي بغير التوريه، لأنّه يعتبر فيه أن يكون الداعى عليه هو خوف ترتّب الضرر المتوّعد به على الترك، ومع القدره على التفصّي لا يكون الضرر مترتّباً على ترك المكروه عليه، بل على تركه وترك التفصّي معاً، فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين: من فعل المكروه عليه، والتفصّي، فهو مختار في كلّ منهما، ولا يصدر كلّ منهما إلاّ باختياره، فلا إكراه.

الشرح:

يمنع عن صدق الإكراه، وذلك فإن ترتّب الضرر على مخالفه المكروه لا يترتب على مخالفه الواقعيه، بل على اعتقاد المكروه بالكسر بها، بمعنى أنه لو أحرز مخالفه المكروه بالفتح لأضّرّ به. وهذه القضيّه الشرطيّه صادقه مع تمكن المكلف على التوريه، حيث إن المكروه بالكسر لو أحرز أن المكروه بالفتح ورى في نفسه ولم ينشئ العقد لأضّرّ به، بخلاف التفصّي بغير التوريه، فإن الجائر لا يتمكن على إضرار المكروه بالفتح مع تفصّيه بغير التوريه، كما إذا تفصّى بالسفر إلى بلاد أخرى لا يصل إليه فيها يد الجائر، وعلى ذلك لا يعتبر العجز عن التوريه في صدق الإكراه ويعتبر العجز عن التفصّي بغيرها في صدقه.

أقول: ما ذكره رحمه الله من أن حمل رفع الإكراه وما ورد في بطلان الطلاق والعتق عن استكراه على صوره العجز عن التوريه بعيد لا يمكن المساعده عليه، فإن حديث رفع الإكراه لا يختص بالعقود والإيقاعات ليقال: إن التمكن على التوريه فيهما غالبى فاخصاصه بصوره العجز عن التوريه حمل لعموم رفعه على الموارد النادره، بل يعم عموم الإكراه على فعل الحرام وترك الواجب مما لا دخل في مورد هما للتوريه وعدمها.

أضف إلى ذلك أنه لا- يوجب اعتباره حمل المطلق على فرد النادر حتى فيما ورد في بطلان الطلاق أو العتق أو الحلف كاذبا عن إكراه، وذلك فإن الذى لا يمكن هو حمل

وليس التفصي من الضرر أحد فردى المكره عليه، حتى لا- يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الإكراه عنهما، كما لو أكرهه على أحد الأمرين، حيث يقع كل منهما حينئذٍ مكرهاً، لأن الفعل المتفصي به مسقط عن المكره عليه، لا بدل له، ولذا لا يجرى أحكام المكره عليه إجماعاً، فلا يفسد إذا كان عقداً.

وما ذكرناه وإن كان جارياً فى التوریه، إلا أنّ الشارع رخص فى ترك التوریه بعد عدم إمكان التفصي بوجه آخر، لما ذكرنا من ظهور النصوص والفتاوى، وبُعد حملها على صوره العجز عن التوریه، مع أنّ العجز عنها لو كان معتبراً لأشیر إليها فى تلك الأخبار الكثيره المجوّزه للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه، خصوصاً فى قضیه عمار وأبويه، حيث أكرهوا على الكفر، فأبى أبواه فقتلا، وأظهر لهم عمّار ما أرادوا، فجاء باكياً إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فنزلت الآيه: «مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ» فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: «إن عادوا عليك فعد». ولم يتبّه على التوریه، فإنّ التنبيه فى المقام وإن لم يكن واجباً، إلا- أنّه لا- شكّ فى رجحانه، خصوصاً من النبى صلى الله عليه وآله باعتبار شفقتة على عمّار، وعلمه بكراهه تكلم عمّار بألفاظ الكفر من دون توریه، كما لا يخفى.

الشرح:

المطلق على فردة النادر مع ورود الحكم فى الخطاب على ذلك المطلق، كما إذا ورد فى الخطاب: أقتلوا الضال المضل، فإن حمله على خصوص مدعى النبوه مثلاً حمل للمطلق على فردة النادر.

وأما بيان الحكم فى الخطاب للمطلق الذى لا- يوجد له أفراد كثيره، بل توجد أفراد نادره، كما إذا ورد فى الخطاب: اقتلوا المتنبى، فالالتزام بمدلوله مع قله أفراده لا محذور فيه، والأمر فى المقام كذلك؛ لأنّ الإكراه على الطلاق والعتاق لا يصدق إلاّ مع العجز عن التفصي بالتوریه أو بغيرها، حيث إنّ المعتبر فى صدق الإكراه على فعل

هذا، ولكن الأولى: أن يفرّق بين إمكان التفصيى بالتوريه وإمكانه بغيرها، بتحقق الموضوع فى الأول دون الثانى، لأنّ الأصحاب وفاقاً للشيخ فى المبسوط ذكروا من شروط تحقّق الإكراه: أن يعلم أو يظنّ المكروه بالفتح أنّه لو امتنع ممّا أكره عليه وقع فيما توعدّ عليه، ومعلوم أنّ المراد ليس امتناعه عنه فى الواقع ولو مع اعتقاد المكروه بالكسر عدم الامتناع. بل المعيار فى وقوع الضرر: اعتقاد المكروه لامتناع المكروه. وهذا المعنى يصدق مع إمكان التوريه، ولا يصدق مع التمكن من الشرح:

خوف ترتب الضرر على المخالفه، والمفروض فى موارد إمكان التفصيى أنه يترتب على المخالفه وترك ذلك التفصيى معاً.

والحاصل: أن ما ورد فى بطلان طلاق المكروه وعتاقه (١) وجواز الحلف كاذباً (٢) مع الإكراه من قبيل ورود الحكم فى الخطاب على المطلق الذى لا يوجد له فرد إلا نادراً.

هذا، مع أن العجز عن التوريه للغفله عنها؛ لدهشته ونحوها، كثيره ولا يكون من الفرض النادر، وأما قضيه عمار فيمكن أن يقال: إن التوريه فيها لا يكون من التفصيى أصلاً؛ ولذا لم يأمر بها رسول الله صلى الله عليه وآله، وذلك فإن إظهار الكفر والاعتراف به محرم حتى فيما إذا كان بنحو التوريه فى مقابل وجوب إظهار الحق والاعتراف بالتوحيد.

وبعبارة أخرى: إذا كان التكلم بكلمه الكفر والشرك مع نصب القرينه على أن التلفظ بها ليس للإنكار والعناد، كما إذا قال: يقول اليهود: إن محمداً ليس بنبى، فلا بأس به، فإنه نقل قولٍ وحكاية كفرٍ عن الآخرين.

وأما إذا لم ينصب قرينه على ذلك فالتلفظ بها حرام، ورى فى نفسه أولاً، فإن التكلم المزبور إعزاز للشرك والكفر وإذلال ووهن للإسلام، ونظيره موارد السب فإن

ص: ٢٤١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ : ٨٦ ، الباب ٣٧ من أبواب مقدّمات الطلاق .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٣ : ٢٢٤ ، الباب ١٢ من كتاب الأيمان .

التفصّي بغيرها، لأنّ المفروض تمكّنه من الامتناع مع إطلاع المكره عليه وعدم وقوع الضرر عليه.

والحاصل: أنّ التلازم بين امتناعه ووقوع الضرر الذي هو المعتبر في صدق الإكراه موجود مع التمكّن بالتوريه، لا مع التمكّن بغيرها، فافهم.

الشرح:

التلفظ بكلمه تكون ظاهره في سب المؤمن حرام ولو كان بنحو التوريه، حيث إنّ وهن المؤمن ونقص حرمة يترتب على السب، ورّى في نفسه أم لا.

والحاصل: لا يخرج الفعل في مثل هذه الموارد بالتوريه عن عنوان الحرام؛ لتجب التوريه ولا يكون معها من الإكراه على الحرام، وكذا لا يمكن المساعدة على استظهاره رحمه الله عدم اعتبار العجز عن التفصّي بغير التوريه أيضا من روايه عبدالله بن سنان(1)، وذلك فإنه مع الإغماض عن سندها أن الإكراه فيها لا يكون بمعنى الإكراه الوارد في حديث الرفع ونحوه مما يكون طريانه موجبا لارتفاع حكم الفعل ليجعل شاهدا؛ لعدم اعتبار التفصّي فإن الأم والأب لا يكون في مخالفتهم خوف الضرر عادة؛ ولذا جعل طلبهم مقابلاً لأمر السلطان، وعبر عنه بالإجبار باعتبار ترتب خوف الضرر على مخالفته.

وبتعبير آخر: إطلاق الإكراه على طلب الزوجه والأم والأب ضرب من العنايه والتجوز.

وما ذكر رحمه الله أخيرا من صدق الإكراه حتى مع التمكّن على التوريه وعدم صدقه مع التمكّن على التفصّي بغيرها غير صحيح، فإنه يعتبر في صدق الإكراه خوف المكره بالفتح من المخالفه، وهذا لا يكون إلا مع احتمال اطلّاع المكره بالكسر على حاله، وإذا علم عدم إمكان اطلّاعه على توريته فكيف يحصل له خوف الضرر

ص: ٢٤٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٣ : ٢٣٥ ، الباب ١٦ من كتاب الأيمان، الحديث ١ .

الإكراه وإمكان التخلص عن ضرره

ثم إن ما ذكرنا من اعتبار العجز [١] عن التفصّي إنّما هو في الإكراه المسوّغ للمحرّمات، ومناطه توقّف دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه، وأمّا الإكراه الرّافع لأثر المعاملات، فالظاهر أنّ المناط فيه عدم طيب النّفس بالمعامله.

وقد يتحقّق مع إمكان التفصّي، مثلاً من كان قاعداً في مكان خاصّ خالٍ عن الغير متفرّغاً لعباده أو مطالعته، فجاءه من أكرهه على بيع شيء ممّا عنده وهو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره وهو كارّة للخروج عن ذلك المكان. لكن لو

الشرح:

المصحح لصدق الإكراه؟

ولو كان الميزان في صدق الإكراه مجرد القضيّه الشرطيّه المزبوره فلازمها جواز شرب الخمر مثلاً فيما إذا أمر الجائر بشربها مع تمكن المأمور بصحبها في الأرض أو خارج الفم وإيهام الجائر بأنه يشربها، فإن هذا الفعل نظير التوريه في أنه لو اطّلع الجائر عليه لأوقعه في الضرر.

فتحصل من جميع ما ذكرنا إلى الآن: أنه لا فرق بين الإكراه الرافع للتكليف والرافع للوضع في أنه مع إمكان التفصّي بالتوريه أو غيرها لا يكون إكراه ليقال بأنه يقتضى رفع التكليف أو الوضع.

[١] وحاصله أن ما ذكر من اعتبار العجز عن التفصّي بغير التوريه يختص بالإكراه المسوّغ للمحرّمات، وأمّا الإكراه في المعاملات فيشمل موارد إمكان التفصّي، سواء كان بالتوريه أو غيرها، وذلك فإن الملاك في فسادها فقد طيب النفس وربما لا يطيب النفس بالمعامله مع إمكان التفصّي، كما إذا كان قاعداً في مكان خالٍ عن معاونيه، متفرّغاً بنفسه للعباده ونحوها فجاءه، من أكرهه على بيع شيء من أمواله وهو مع عدم خروجه من ذلك المكان غير قادر على دفع ضرره، ولكن لو خرج وأخبر الحال بمعاونيه وخدمه فهم يدفعون شر المكروه ولكن لا يريد الخروج لئلا تزول الخلوه مع

ص: ٢٤٣

خرج كان له في الخارج نخدم يكفونه شر المكره، فالظاهر صدق الإكراه حينئذ، بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء، بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده، وتوقف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر نخدمه بدفعه وطرده، فإن هذا لا يتحقق في حقه الإكراه، ويكذب لو ادعاه، بخلاف الأول إذا اعتذر بكراهه الخروج عن ذلك المنزل. ولو فرض في ذلك المثال إكراهه على محرم لم يعذر فيه بمجرد كراهه الخروج عن ذلك المنزل.

وقد تقدم الفرق بين الجبر والإكراه في روايه ابن سنان. فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات، هو: الإكراه بمعنى الجبر المذكور في الروايه، والرافع لأثر المعاملات هو: الإكراه الذي ذكر فيها أنه قد يكون من الأب والولد والمرأه.

الشرح:

ربه، فالظاهر صدق الإكراه على بيعه، بمعنى عدم طيب نفسه، بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده وتوقف دفع شر المكره على أمرهم بدفعه فلم يأمرهم، فإن هذا لا يتحقق في حقه الإكراه، بمعنى عدم طيب النفس؛ ولذا يكذب لو ادعاه، بخلاف المثال الأول فإنه يصدق فيه.

هذا في الإكراه على المعاملات، وأما المحرمات فإنه لا يحل الحرام لا في المثال الثاني ولا في المثال الأول، فإن الإكراه على الحرام لا يتحقق إلا إذا توقف دفع الضرر على ارتكاب ذلك الحرام بأن كان المكلف مضطرا إلى ارتكابه فيكون الفرق بين الإكراه على الحرام والاضطرار إليه الوارد كل منهما في حديث الرفع، هو أن الإكراه على الحرام هو الاضطرار إليه من جهة أمر الغير به والاضطرار إليه هو الاضطرار، لا من جهة أمر الغير، بل من جهة الجوع والعطش ونحوهما.

والحاصل: أن الإكراه على المحرمات أخص من الإكراه على المعاملات، حيث قد لا يعد الإكراه على المعامله كما في مورد إمكان التفصي بغير التوربه، إكراها في

والمعيار فيه: عدم طيب النَّفس فيها، لا الضرورة والإلجاء وإن كان هو المتبادر من لفظ الإكراه، ولذا يحمل الإكراه في حديث الرُّفَع عليه، فيكون الفرق بينه وبين الاضطرار المعطوف عليه في ذلك الحديث اختصاص الاضطرار بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع والعطش والمرض.

لكن الدَّاعِي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أنَّ العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النَّفس، حيث استدلوا على ذلك بقوله تعالى: «تَجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ»، و «لا- يحل مال امرئٍ مسلم إلا- عن طيب نفسه»، وعموم اعتبار الإبراده في صحَّه الطلاق، وخصوص ما ورد في فساد طلاق من طَلَّق للمداراه مع عياله.

الشرح:

المحرمات، ولو لوحظ مناط جواز ارتكاب الحرام عند الإكراه عليه وهو توقف دفع الضرر على ارتكابه ومناط فساد المعاملة عند الإكراه وهو فقد طيب النفس بها لكانت النسبه بين المناطين بحسب الاجتماع والافتراق العموم من وجه، فمورد اجتماعهما الإكراه على المعاملة أو الحرام مع العجز عن التفصى عنهما، ومورد تحقق الإكراهى المعاملى فقط هو فرض الإكراه على المعاملة أو الحرام مع إمكان التفصى عنهما، فإنه يحصل الإكراه بالإضافة إلى المعاملة ولا يحصل بالإضافة إلى الحرام. ومورد حصول مناط الإكراه على الحرام فقط دون المعاملة ما إذا توقف دفع الضرر إلى ارتكاب الحرام، أو على المعاملة كما إذا توقف دفع هلاك نفسه على شرب الماء المتنجس لدفع عطشه فإنه يحل بذلك، بخلاف ما إذا توقف دفع هلاك نفسه على بيع ماله فإن النفس تطيب بالبيع، كما تقدم فى مسأله توقف علاج مرضه إلى بيع داره.

ثم إنه رحمه الله استشهد على افتراق ملاك الإكراه المجوز للحرام عن ملاك الإكراه الموجب لفساد المعاملة بأنه لا إشكال ولا خلاف فى أن الإكراه على أحد الفعلين المفروض حرمه كل منهما يكون موجبا لجواز ارتكاب أحدهما، بمعنى أى منهما اختاره المكلف دفعا لضرر مخالفه الجائر يكون جائزا ومباحا، فالفعل المختار وإن

فقد تلخص ممّا ذكرنا: أنّ الإكراه الرّافع لأثر الحكم التّكليفي أخصّ من الرافع لأثر الحكم الوضعي. ولو لوحظ ما هو المناط في رفع كل منهما، من دون ملاحظه عنوان الإكراه كانت النسبه بينهما العموم من وجه، لأن المناط في رفع الحكم التّكليفي هو دفع الضّرر، وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الإراده وطيب النفس.

الشرح:

لا يكون بخصوصه مكرها عليه إلا أن ملاك جوازه دفع الضرر لا خصوصيه عنوان الإكراه.

وأما إذا كانا عقدين فأكرهه الجائر على إنشاء أحدهما، كما إذا أمره بطلاق إحدى زوجته، فإنه ربما يستشكل في الحكم ببطان الطلاق باعتبار أن من يختار طلاقها منهما ليس بخصوصه مكرها عليه، بل يكون اختيار طلاقها بإرادته ورضاه؛ ولذا أفتى في «القواعد»^(١) بصحة الطلاق في الفرض وإن حمل بعض الأصحاب^(٢) حكمه بالصحة على ما أكرهه الجائر على طلاق إحدى زوجته مبهمه فطلق إحداهما معينه.

وكيف كان، فهذا الكلام يعني تصحيح الطلاق في الفرض وإن كان مخدوشا، بل ممنوعا، إلا أنه شاهد على أن الملاك في الإكراه الموجب لحليه الفعل غير الإكراه الموجب لفساد المعامله، والوجه في منعه أن اختيار إحدى الزوجتين بطلاقها باعتبار أن الطبيعي المكره عليه المفروض هو عدم الرضا وطيب النفس بإنشائه ولا- يكون إلا- في ضمن خصوصيه، واختيار الخصوصيه باعتبار الإ- كراه على الجامع لا- الرضا به، ولو كان اختيار الخصوصيه في مثل المقام موجبا لخروج المقام وخروج المعامله عن الإكراه عليها لما كان في المعاملات مورد للإكراه، فإن المعامله تكون مقارنه بخصوصيه لم يتعلق بها الإكراه لا محاله.

وعلى ما ذكر يكون اختيار المشتمله على تلك الخصوصيه بالرضا بها فتكون صحيحه.

ص: ٢٤٦

١- (١) القواعد ٢ : ٦٠ .

٢- (٢) نقله المحقق التستري في مقابس الأنوار : ١١٨ عن بعض الأجله، ولكن لم نتحققه من هو .

ومن هنا لم يتأمل أحد في أنه إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا- بعينه، فكلّ منهما وقع في الخارج لا يتصف بالتحريم، لأنّ المعيار في رفع الحرمة دفع الضرر المتوقّف على فعل أحدهما، أمّا لو كانا عقدين أو إيقاعين [١]

الشرح:

أقول: قد تقدم عدم الفرق بين الإكراه على الحرام وبين الإكراه على المعاملة في أنه لا يتحقق الإكراه عليهما مع إمكان التفصي بالتوريه أو غيرها، وأن الإكراه الموجب لجواز ارتكاب الحرام والإكراه الموجب لفساد المعاملة أمر واحد، وأما طيب النفس بالمعاملة وعدم طيبها بها بمعناه المعروف غير دخيل في صحة المعاملة وفسادها، وأن المراد بالتراضى في قوله سبحانه: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١) هو التراضى المعاملى من المالكين، فيخرج بالقيّد ما إذا اشترى متاعاً من بائع يبيعه عدواناً وقهراً على مالكة كما في الغاصب، أو من بايع يبيعه من غير إذن مالكة، كما في الفضولى الجاهل والوكيل الخارج عن المقدار المأذون له في تجارته، وذكرنا احتمال أن يكون «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» خبراً بعد خبر، لا قيّدا للتجاره.

والحاصل: لولا تحقق عنوان الإكراه وصدقه لا يحكم بجواز ارتكاب الحرام ولا بفساد المعاملة المنشاه.

نعم، ذكرنا عند التكلم في جواز الكذب والحلف كاذباً في مورد دفع ضرر الغير به أنه لا يعتبر في جوازهما العجز عن التوريه أو التفصي غيرها، لا لصدق الإكراه والاضطرار إلى الكذب والحلف ليجرى في المقام أيضاً، بل ببعض الروايات الخاصه المقتضيه لعدم اعتبار التفصي في الجواز، فراجع.

[١] ومحصل كلامه في المقام أن الإكراه على الجامع الذى له أفراد متعدده يعتبر

ص: ٢٤٧

كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، فقد استشكل غير واحد في أن ما يختاره من الخصوصيتين بطيب نفسه ويرجحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الإكراه، مكره عليه باعتبار جنسه، أم لا؟ بل أفتى في القواعد بوقوع الطلاق وعدم الإكراه وإن حمله بعضهم على ما إذا قنع المكره بطلاق إحداهما مبهمه. لكن المسألة عندهم غير صافية عن الإشكال، من جهة مدخله طيب النفس في اختيار الخصوصية وإن كان الأقوى وفاقاً لكل من تعرض للمسألة تحقق الإكراه لغه وعرفاً، مع أنه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقق الإكراه أصلاً، إذ الموجود في الخارج دائماً إحدى خصوصيات المكره عليه، إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات.

الشرح:

إكراهها على فردة فيما إذا لم تكن في خصوصية ذلك الفرد المختار محذور آخر، وأما إذا كان في خصوصيته محذور كذلك فلا يعتبر الإكراه على الجامع إكراهها على تلك الخصوصية ليرتفع محذورها.

والسر في ذلك أن تلك الخصوصية اختيارية فيستحق الذم والتوبيخ عليها في هذه الصورة، بخلاف صورته عدم المحذور في خصوصية الفرد فلا يستحق الفرد على ذلك توبيخاً ولا ذماً؛ لأن المحذور كان في إيجاد الجامع وقد ارتفع بطرو الإكراه عليه، فإذا أكرهه على شرب الخمر أو الماء فإن اختار شرب الخمر يستحق العقاب فإنه لا ترتفع حرمة بالإكراه المزبور؛ لأن الإكراه في الفرض لم يتعلق بشرب الخمر الذي حرمه الشارع، والجامع بين شربها وشرب الماء الذي تعلق به الإكراه لم يكن مورد التكليف ليرتفع بالإكراه عليه، وكذا الأمر فيما إذا أكرهه على الجامع بين البيع الصحيح والفاسد فإنه إذا اختار البيع الصحيح لا يحكم ببطلانه بحديث رفع الإكراه؛ لأن الإكراه لم يتعلق بخصوصه، بل تعلق بالجامع الذي لا يكون له حكم شرعي ليرتفع بالإكراه.

ص: ٢٤٨

نعم، هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية، وإن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى أن وجوده الخارجى ناش عن إكراه واختيار، ولذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل، ويستحقه باعتبار الخصوصية. وتظهر الثمرة فيما لو ترتب أثر على خصوصية المعاملة الموجوده، فإنه لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك، مثلاً لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر، لم يرتفع تحريم الخمر، لأنه مختار فيه، وإن كان مكرهاً فى أصل الشرب، وكذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد، فإنه لا يرتفع أثر الصحيح، لأنه مختار فيه وإن كان مكرهاً فى جنس البيع، لكنه لا يترتب على الجنس أثر يرتفع بالإكراه.

الشرح:

ومن هنا لو أكرهه على بيع ماله أو أداء دينه مع تمكنه على أدائه فإن اختار البيع صح؛ لأن الإكراه بالإضافة إلى أداء دينه لا أثر له، حيث إنه إكراه بحق ولم يتعلق بخصوص بيع ماله ليحكم ببطلانه.

وذكر رحمه الله فى المثال أنه لو حكم ببطلان البيع فى المثال باعتبار أن الإكراه على الجامع إكراه عليه فلا بد من الحكم بالبطلان فيما إذا اختار أداء الدين باعتبار أن الإكراه على الجامع إكراه على أداء الدين.

أقول: لا ملازمه بين الأمرين، فإن الإكراه المزبور حتى مع اعتباره إكراها على أداء الدين، حيث إنه إكراه بحق، لا يعمه حديث الرفع، ثم ذكر أنه لو أكره على بيع ماله أو أداء مال غير مستحق يعتبر البيع كأداء ذلك المال مكرهاً عليه، فأى منهما اختير لدفع الإكراه كان مورداً لحديث رفع الإكراه، ولو أكرهه على بيع ماله أو شرب الخمر فلا بد من دفع الإكراه بالبيع، فإنه لا محذور فى إيجادها فإنه ليس بمحرم تكليفاً، بخلاف شرب الخمر فإنه محرم، وإذا أنشأ البيع يحكم بفساده، فإن البيع المزبور بالإضافة إلى حكمه الوضعى يعتبر مكرهاً عليه، حيث إنه أنشئ لدفع ضرر الإكراه مع المحذور فى الفرد الآخر.

ص: ٢٤٩

ومن هنا يعلم أنه لو أكره على بيع مال أو إيفاء مال مستحق لم يكن إكراهاً، لأنَّ القدر المشترك بين الحقِّ وغيره إذا أكره عليه لم يقع باطلاً وإلاّ- لوقع الإيفاء أيضاً باطلاً فإذا اختار البيع صحّ، لأنَّ الخصوصيه غير مكره عليها، والمكره عليه وهو القدر المشترك غير مرتفع الأثر. ولو أكرهه على بيع مال أو أداء مال غير مستحقّ، الشرح:

أقول: يبقى على المصنف رحمه الله بيان أن الإكراه على الجامع كيف يعتبر إكراهاً على فرده مع تعدده، فإن الإكراه على الجامع في حقيقته أمر بالجامع.

ومن المقرر في محله أن الأمر لا- يسرى من متعلقه إلى غيره، مثلاً- ما يختاره المكلف من صلاه الظهر خارجاً ليس بمتعلق الوجوب وإنما هو مسقط له وإنما يتعلق بالطبيعي الجامع، وعلى ذلك فلو أكرهه على شرب الخمر أو شرب الماء فالجامع بين شرب الماء وشرب الخمر لم يتعلق به التكليف ليرتفع بالإكراه فيبقى شرب الخمر على حرمة، وإذا أكرهه على شرب الخمر أو القمار فالجامع بينهما غير متعلق للحرمة لترتفع بالإكراه، بل المتعلق للحرمة كل من خصوص شرب الخمر والقمار، ولم يتعلق به الإكراه لترتفع حرمة.

فالصحيح أن يقال: إن رفع الإكراه كما ذكرنا سابقاً مقابل وضعه، وفيما إذا كان المكره عليه أحد فعلين كل منهما محكوم بالحرمة، كما إذا أكرهه على شرب أحد الخمرين أو على شرب الخمر وفعل القمار، يكون وضعه بثبوت الحرمة لكل منهما، كما هو مقتضى حرمة شرب الخمر أو القمار بوجود السعي الاستغراقي فيكون ما أكرهه عليه موضوعاً. فمقتضى حديث رفع الإكراه عدم ثبوت الحرمة لكل منهما كذلك، ومقتضى الجمع العرفي بين حديث الرفع(١) وبين خطاب حرمة شرب

ص: ٢٥٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ٣٦٩ ، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس ، الحديث ١ .

كان إكراهاً، لأنه لا يفعل البيع إلاً فراراً من بدله أو وعيده المضرّين، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر، فإن ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأخرى ببدله أو التضرر الدنيوى بوعيده.

الشرح:

الخمر(١) أو القمار(٢) كما ذكر بقريته كون مصلحه رفع الإكراه تخلص المكلف من ضرر مخالفه الجائر ثبوت الترخيص فى أحد الفعلين، وتعلق الحرمة بشرب كل خمر أو قمار بوجود السعى إلاً فى مورد الإكراه على شرب أحدهما أو ثبوت الإكراه على شربها أو فعل القمار، فإن الحرمة فى موردته تتعلق بشرب أحدهما لا بعينه، أو تتعلق بشرب واحد من الخمر أو القمار.

ويترتب على ذلك أن المكروه عليه لو شربهما دفعه أو شرب الخمر وقامر دفعه فلا- يستحق العقاب على فعل أحدهما لا بعينه ويستحق على فعل الآخر لا أن الإكراه يتعين فى الوجود الأول بما هو الوجود الأول حتى لا يستحق العقاب على ارتكابهما دفعه باعتبار أن ارتكابهما دفعه وجود أول للعنوان المكروه عليه.

والحاصل: كما لا- يكون فى الفرض لمتعلق الإكراه فى مرحله تعلقه تعين أصلاً كذلك لا- يكون لمتعلقه فى مرحله موافقته بارتكابهما دفعه تعين.

نعم، قد يتعين فى مرحله الموافقه كما فى ارتكابهما تدريجاً، وفى كلتا الصورتين المكروه عليه المرخص فيه شرعاً بقريته الجمع بين حديث رفع الإكراه وخطاب تحريم الفعل هو صرف الوجود الواحد لأحدهما، لا صرف الوجود مطلقاً ولا التحديد بالوجود الأول.

وبهذا يظهر الحال فيما إذا أكرهه على شرب الخمر أو شرب الماء فإنه لا موجب

ص: ٢٥١

الشرح:

فى الفرض لرفع اليد عن عموم تحريم الخمر بعد ملا حظة أن رفع الإكراه ملاكه تخلص المكلف من ضرر مخالفه الجائر، فلا يجرى فيه حديث رفع الإكراه؛ لأنه يمكن للمكلف مع موافقته تحريم الخمر التخلص من ضرر مخالفه الجائر باختياره شرب الماء. وكذا لو أكرهه على شرب الخمر أو بيع ماله فإن بيع ماله بمعنى إنشائه لا محذور فيه تكليفاً، ويأنشئه يتخلص من ضرر مخالفه المكره، فلا يكون لحديث رفع الإكراه مجال فيؤخذ بعموم حرمة شرب الخمر.

نعم، البيع بعد إنشائه محكوم بالفساد؛ لانطباق عنوان الاضطرار عليه، فإن المكلف أنشأه للتخلص من وزر شرب الخمر الذى منع عنه الشرع والضرر الذى لا يمكن الفرار منه إلا بإنشائه، وليس نفى صحته برفع الاضطرار منافياً للامتنان كما فى سائر موارد الاضطرار إلى بيع ماله كما لا يخفى.

فقد تحصل من جميع ما ذكرنا أنه لا يلزم فى موارد رفع الإكراه أو الاضطرار أن يكون العنوان المتعلق به الإكراه أو الاضطرار بنفسه موضوعاً أو متعلقاً للحكم فى الخطاب الشرعى؛ ليرتفع ذلك الحكم عن ذلك العنوان بطرو عنوان الإكراه أو الاضطرار، بل كل ما يكون به وضع الإكراه أو الاضطرار يكون بنفيه رفع الإكراه أو الاضطرار، وأنه إذا أكره على أحد البيعين وكان أحدهما صحيحاً لولا الإكراه دون الآخر فإن اختار الصحيح لدفع الإكراه يحكم بصحته أخذاً بعموم البيع. وبما أن ملاك رفع الإكراه تمكين المكلف للتخلص من ضرر وعيد المكره فمع تمكن المكلف على دفع ضرره باختيار البيع الفاسد لا مجرى لحديث رفع الإكراه، بخلاف ما إذا أكرهه على بيعين يكون كل منهما محكوماً بالصحة لولا الإكراه أو شرب أحد الخمرين، فإنه ليس

إكراه أحد الشخصين على فعل واحد

ثم إنَّ إكراه أحد الشخصين على فعل واحد بمعنى إزماء عليهما كفايةً [١] وإيعادهما على تركه كما إكراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كل منهما مكرهاً.

الشرح:

جواز الارتكاب بشرب أحد الخمرين أو البطلان للاضطرار بالإضافة إلى ما اختاره، فإنه لا فرق في الاضطرار والإكراه في أن متعلقهما في الفرض لا يكون خصوص ما اختاره، فتدبر جيداً.

[١] لا يخفى أن إكراه أحد الشخصين بنحو الواجب الكفائي لا يعتبر إكراها بالإضافة إلى من قد أحرز أن الآخر يأتي بالمكره عليه ولو مع فعله، فإن مع إحرازه ذلك لا يكون ما يأتي به مكرهاً عليه ولو كان عمله قبل الآخر فإنه يعتبر في صدق الإكراه، كما مر خوف ترتب الضرر على مخالفته، ومع إحراز أن الآخر يأتي بالعمل على كل تقدير لا يكون في تركه خوف من الضرر.

وكذا لا يجوز له الإتيان بالعمل فيما أحرز أنه على تقدير تركه يأتي به الآخر؛ لأنه مع الإحراز المزبور يعلم بأنه لا يتوجه إليه ضرر من تركه، وأما إذا لم يحرز ذلك بأن احتمال ترك الآخر حتى على فرض تركه أيضاً يكون فعله مضطراً إليه لا محاله؛ لأن الإتيان به لدفع الضرر المترتب على تركه.

لا يقال: الإكراه على فعله أو فعل صاحبه يعتبر كالواجب الكفائي، فيجوز عليه سقوط الإكراه بصرف وجود الطبيعي من أيهما أولاً.

فإنه يقال: ذكرنا أنه يعتبر في صدق الإكراه مضافاً إلى الأمر بالطبيعي خوف ترتب الضرر على تركه، ومع إحراز الآخر يأتي بالعمل على كل تقدير أو على تقدير تركه لا يتحقق الإكراه أو الاضطرار بالإضافة إليه.

ولذا لا يقاس الإكراه في الفرض على الواجب الكفائي فإن المعتبر في الواجب

واعلم أنّ الإكراه [١] قد يتعلّق بالمالك والعاقد كما تقدّم، وقد يتعلّق بالمالك دون العاقد كما لو أكره على التوكيل فى بيع ماله، فإنّ العاقد قاصد مختار والمالك مجبور وهو داخل فى العقد الفضولى بعد ملاحظه عدم تحقّق الوكاله مع الإكراه. وقد ينعكس كما لو قال «بع مالى أو طلق زوجتى وإلا قتلتك» والأقوى هنا الصّحّه لأنّ العقد هنا من حيث إنّه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود فى المكره إذا كان عاقداً، والرّضا المعتبر من المالك موجود بالفرض، فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقاً.

الشّرح:

الكفائى صرف الوجود من أيهما أولاً، فلا يكون الوجود الثانى مصداقاً للواجب، بخلاف المقام فإنّ الوجود الأول قد لا يكون مصداقاً للمكره عليه بما هو مكره عليه، كما إذا أحرز أن الآخر يأتى بالعمل المزبور على كل تقدير أو على تقدير تركه حتى فيما إذا سبق الآخر فى العمل. ولو أتى فى الفرض بالعمل أولاً، وأتى الآخر بالفعل ثانياً مع اطلاعه بالحال، لا يكون العمل المزبور مرفوعاً عنهما أصلاً باعتبار عدم صدق الإكراه والاضطرار على فعلهما أصلاً.

[١] أما إكراه المالك دون العاقد، كما إذا أكره المالك على التوكيل بأن يوكل الجائر أو غيره فى بيع داره فوكله، فإنّ التوكيل باعتبار الإكراه عليه كالعدم فىكون بيعه عن الوكيل المزبور فضولياً، حيث إنّ الموجب لخروج البيع عن الفضوليه انتسابه إلى الموكل والتوكيل على وجه الإكراه لا يصحح الانتساب، كما هو مقتضى رفع الإكراه مقابل وضعه، بل إكراه المالك على التوكيل يوجب كون البيع على تقدير انتسابه إليه مكرهاً عليه.

وأما فرض الإكراه فى حق العاقد دون المالك، كما إذا أكره المالك الآخر على إجراء العقد على ماله، فالظاهر صحه هذا العقد فإنّ المعتبر من العاقد قصد مضمون

واحتمل فى المسالك عدم الصحه نظراً إلى أنّ الإكراه يُسقط حكم اللفظ كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلقها، ثم قال: والفرق بينهما أنّ عبارته المجنون مسلوبه

الشرح:

العقد بإنشائه والمفروض حصوله.

وأما عدم الإكراه على المالك ورضاه بالمعامله فالمفروض حصول كل ذلك فى المقام، ونظير ذلك لو وكل الآخر فى طلاق زوجته أو بيع داره وأكره الجائر الوكيل المزبور على العمل بمقتضى التوكيل بإجراء الطلاق أو إنشاء البيع، فالمعتبر من عدم إكراه المالك أو الزوج حاصل.

لا يقال: لا يمكن الحكم بالصحه مع الإكراه على العاقد فى الفرضين، فإن مقتضى حديث رفع الإكراه أن لا يثبت للمعامله أو الإيقاع المزبور أثر.

فإنه يقال: لا تكون المعامله ذات أثر بالإضافه إلى العاقد ليرتفع ذلك الأثر بالإضافه إليه، بل أثرها المطلوب فى المقام إنما هو بالإضافه إلى المالك أو الزوج والمفروض أن المعامله بالإضافه إليهما ليست بالإكراه، ويؤيد الحكم بالصحه فى الفرضين حكم المشهور بصحته بيع المكره بلحوق الرضا. ووجه التأيد أن لحوق الرضا معناه الرضا بمضمون العقد، وإلا فالإنشاء لا يمكن تغييره بعد وقوعه عن إكراه، والرضا بالمضمون من المالك أو الزوج حاصل فى الفرضين من الأول، فيكون الفرضان أولى بالصحه من العقد المكره الذى يلحق به الرضا.

لا- يقال: لا- يمكن فى الفرضين الحكم بتمام المعامله أو الطلاق فإن العاقد والمنشئ مكره فيهما ولا يمكن للمالك أو الزوج إحراز أن العاقد قد قصد إنشاء المعامله أو الطلاق، فإنه من المحتمل أن لا يقصدهما بأن يتلفظ بالإيجاب والقبول أو بصيغته الطلاق بلا قصد الإنشاء أو بقصد المعنى الآخر.

فإنه يقال: فرض عدم قصد العاقد أو احتماله خارج عن مورد الكلام فإن الكلام

بخلاف المكره، فإن عبارته مسلوبه لعارضٍ تخلف القصد [١] فإذا كان الأمر قاصداً لم يقدح إكراه الأمور، انتهى.

وهو حسن. وقال أيضاً: لو أكره الوكيل على الطلاق، دون الموكل، ففي صحته وجهان أيضاً: من تحقق الاختيار في الموكل المالك، ومن سلب عبارته المباشر، انتهى.

وربما يستدل على فساد العقد في هذين الفرعين بما دل على رفع حكم الإكراه.

وفيه: ما سيجيء من أنه إنما يرفع حكماً ثابتاً على المكره لولا الإكراه، ولا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لولا الإكراه. ومما يؤيد ما ذكرنا: حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، ومن المعلوم أنه إنما يتعلق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمر، وهو النقل والانتقال، وأما التلفظ بالكلام الذي صدر مكرهاً فلا معنى للحقوق الرضا به، لأن ما مضى وانقطع لا يتغير عما وقع عليه ولا ينقلب.

الشرح:

أنه لا يمنع صدور العقد عن العاقد إكراهه عن صحته مع رضا المالك به وعدم إكراهه عليه، وأما احتمال عدم صدور العقد بعدم قصد العاقد فهو فرض آخر يمكن إحراز قصده بأصالة القصد، فإن بناء العقلاء على أصالة القصد في كل فعل يصدر عن العاقل الملتفت ولا يختص اعتبارها بصوره عدم الإكراه؛ ولذا يقتنع المكره بالكسر بسماع الإيجاب والقبول، ولولم يكن البناء المزبور لم يكن يقتنع بمجرد سماعها كما لا يخفى.

[١] المراد بالقصد الاختيار المقابل للإكراه كما فسره رحمه الله بذلك عند التعرض لقوله من أن المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله، والمراد أن الفرق بين عبارته المجنون والمكره بالفتح ظاهر، فإن عبارته المجنون لا تكون إنشأ؛ لأنه يتكلم لغوا،

نعم، ربّما يستشكل هنا في الحكم المذكور: بأنّ القصد إلى المعنى ولو على وجه الإكراه شرط في الاعتناء بعبارة العقد، ولا يعرف إلا من قبل العاقد، فإذا كان مختاراً أمكن إحرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الاختياريه، دون المكره عليها. اللهم إلا أن يقال: إنّ الكلام بعد إحراز القصد وعدم تكلم العاقد لاغياً أو مؤزياً ولو كان مكرهاً، مع أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً، فتأمل.

فروع

لو أكرهه على بيع واحد غير معيّن من عبيد فباعهما أو باع نصف أحدهما، ففي التذكرة إشكال.

أقول: أمّا بيع العبيد، فإن كان تدريجاً، فالظاهر وقوع الأول مكرهاً دون الثاني [١] مع احتمال الرجوع إليه في التعيين سواء ادعى العكس أم لا، ولو باعهما دفعه احتمال صحّحه الجميع لأنّه خلاف المكره عليه، والظاهر أنه لم يقع شيء منهما عن إكراه وبطلان الجميع لوقوع أحدهما مكرهاً عليه، ولا- ترجيح والأول أقوى. ولو أكره على بيع معيّن فضمّ إليه غيره وباعهما دفعه، فالأقوى الصحّحه في غير ما أكره عليه.

الشرح:

بخلاف المكره فان عبارته إنشاء ولكن لا- يكون مختاراً في الإنشاء، والاختيار غير معتبر في العاقد، بل يعتبر في المالك وهو حاصل في الفرض كما لا يخفى.

[١] فيحكم ببطلان الأول فقط فيما إذا كان ذلك البيع لدفع الضرر عن المكره بالكسر، وفي غير ذلك يحكم بصحّه كلا البيعين على الأصح.

وبيان ذلك أنه مع الإكراه على بيع أحد عبديه فإن باع أحدهما للتخلص الضرر من وعيد المكره فلا يمكن الحكم بصحّته؛ لأنّ إمضاء الشارع ذلك البيع وضع للإكراه المزبور على المالك، فحديث نفى الإكراه ينفي ذلك الوضع فيرفع اليد عن إطلاق حل

البيع بالإضافه إليه. ولو باعه لقصده إلى بيعه مع قطع النظر عن الإكراه فيحكم بصحته؛ لأن الإكراه على البيع إنما يكون رافعا لحكمه وموجبا لبطلانه فيما إذا كان إنشأؤه بالإكراه على المالك لا بإرادته المالك وقصده إليه، مع قطع النظر عن الإكراه. فإذا كان المالك بصدد بيع ماله وصادف ذلك أمر الجائر به، فهذا الأمر من الجائر لا يوجب الحكم ببطلان البيع المزبور؛ لأنّ حديث رفع الإكراه وما هو بمضمونه مقتضاه أنّ الرفع للامتنان ولا امتنان في عدم إمضاء الشارع معاملة يريد المالك، مع قطع النظر عن أمر الجائر بها.

ففي الفرض لو باع أحد العبدین أولاً لقصده إلى بيعه ثم باع الثاني يحكم بصحة كلا البيعين؛ أما البيع الأول فلما تقدم، وأما الثاني باعتبار عدم الإكراه عليه، فإن الإكراه ببيع أحدهما قد سقط بتحقيق البيع الأول فلا يكون للجائر أمر به.

وقد تقدم أن الأمر مقوم لعنوان الإكراه، فما ذكره المصنف رحمه الله من احتمال الرجوع إلى المالك في تعيين المكروه عليه ضعيف جدا.

وحاصله: أن مع وقوع بيعهما دفعةً يكون الواقع خارجا خلافاً للمكروه عليه، حيث إن المكروه عليه كان بيع أحدهما لا- بيعهما فيكون ظاهر بيعهما كونه بطيب نفس المالك ورضاه، ويحتمل بطلان البيع بالإضافه إلى الجميع؛ لأن البيع بالإضافه إلى كل من المالكين لا يمكن صحته؛ لوقوع الإكراه على أحدهما، وبما أنه لا معين للباطل فيكون ترجيح أحدهما بالحكم بصحته بلا مرجح.

أقول: إذا كان ذلك في الموارد التي لا يمكن للمالك إبقاء أحدهما في ملكه وبيع الآخر لكون ذلك ضررا أو حرجا عليه، كما في الحيوان وولده أو كأحد مصراعي الباب، فيحكم ببطلان بيعهما باعتبار أن الحكم ببطلان بيع أحدهما مقتضى رفع

الشرح:

الإكراه، والحكم ببطلان الآخر مقتضى رفع الإضطرار إليه؛ لأنه لو لم يقدم على بيع الآخر يتوجه الضرر أو الحرج، بل يمكن أن يقال: إن الإكراه على بيع أحدهما فى الفرض يعتبر إكراها على بيع الآخر أيضا وإن كان بيعهما لمجرد التخلص عن ضرر وعيد المكره باعتبار أن مع بيعهما أيضا لا يتوجه إليه ضرر وعيده، فلا يمكن الحكم بصحة البيعين معا؛ لأن الحكم بصحتهما كذلك وضع للإكراه على المالك.

وأما بالإضافه إلى صحة أحدهما فربما يقال: إنها مقتضى الجمع بين خطاب حل البيع على نحو العموم بين حديث رفع الإكراه، نظير ما تقدم فى الإكراه على شرب أحد الخمرين، فيرجع فى تعيين بيع الصحيح إلى القرعه؛ لأنها لكل أمر مجهول أو مشكل، وتمييز الصحيح عن الفاسد فى المقام كذلك.

ولا يعتبر فى مورد القرعه أن يكون للمجهول أو المشكل تعين واقعى، كما يظهر ذلك لمن راجع الموارد التى حكم الأصحاب فيها بالقرعه، كما إذا كان له زوجات ثلاث وتزوج بامرأتين أخريين؛ أحدهما مباشرة والأخرى بتزويج وكيله وكان التزويجان فى زمان واحد فإنه ذكر جماعه أنه يرجع فى تعيين الرابعه إلى القرعه.

بل ذكر السيد الخوئى (١) (طاب ثراه) أنه فى المقام لا- حاجه إلى القرعه، بل تعيين المبيع يكون بتخيير المالك وتعيينه، فإن المورد من موارد البيع الكلى فى المعين؛ لأن البيع بالإضافه إلى ما تطيب نفس المالك به من الكلى فى المعين فيعين بتعيينه.

أقول: الصحيح الحكم بالبطلان بالإضافه إلى بيع كل من العبدین، فإنّ عموم حلّ البيع لا يمكن الأخذ به بالإضافه إلى بيع كل منهما فإنه مقتضى وضع الإكراه وشموله

وأما مسأله النصف، فإن باع النصف بقصد بيع النصف الآخر امتثالاً للمكره بناءً على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين فلا إشكال فى وقوعه مكرهاً عليه، وإن كان لرجاء أن يقنع المكره بالنصف كان أيضاً إكراهاً لكن فى سماع دعوى البائع [١] ذلك مع عدم الأمارات نظر.

الشرح:

لأحدهما المعين بلا- مرجح، وبيع أحدهما بنحو الكلى فى المعين غير منشأ؛ ليكون مقتضى الجمع بين خطاب عموم حل البيع وحديث رفع الإكراه إمضاءه، ومجرد طيب نفس المالك ببيع أحدهما كذلك لا يصح إنشاءه.

وبهذا يفرق مسأله شرب الخمرين دفعه مع الإكراه على شرب أحدهما عن بيع العبدین مع الإكراه على بيع أحدهما.

وأما الرجوع إلى القرعه فمرجهه إلى أن الإخراج بالقرعه معين؛ لما يعمه عموم حل البيع بعد الإخراج، وهذا لا يستفاد من عمومات الرجوع إلى القرعه فى كل مجهول أو مشكل، بل يحتاج إلى النص فى الموارد، كبعض موارد الرجوع إليها فإن قبل الإخراج لا يعم حل البيع شيئاً من البيعين ليكون ذلك المشمول داخلاً فى عنوان المجهول والمشتبه، فإن شموله لأحدهما معينا ترجيح بلا- مرجح. وأما بيع المردد الخارجى فلأن المردد الخارجى غير موجود أصلاً ليصح بيعه، وأما بنحو الكلى فى المعين فلأن بيعه غير منشأ.

ولذا ذكروا أنه لو تزوج بالأم وبتتها بعقد واحد بطل النكاح بالإضافة إلى كل منهما، فراجع.

[١] لا يبعد كون الإكراه المزبور أماره على صدور البيع لدفع ضرر الوعيد بعد فرض أن متعلق الإكراه يعم بيع كل نصف فى بيع مستقل، كما هو ظاهر بيع الشيء بالإضافة إلى بيع أجزائه المشاعه.

بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير قال في التحرير: لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق، انتهى.

ونحوه في المسالك بزياده احتمال عدم الوقوع لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ ومجرد التيه لا حكم لها، وحكى عن سبطه في نهايه المرام أنه نقله قولاً [١] واستدل الشرح:

ونظير المقام ما إذا أكرهه على بيع داره وطلاق زوجته وباع الدار فقط، برجاء اقتصار الجائر به في رفع يده عن إضراره.

[١] يعنى: نقل عدم وقوع الطلاق في الفرض قولاً، واستدل على القول المزبور بعموم رفع الإكراه والإجماع، وذكر بعض الأجله وهو كاشف اللثام أن الزوج إذا كان ملتفتاً إلى أنه لا يلزم عليه إنشاء الطلاق وأنه يمكن له الاكتفاء بالتلفظ بصيغته فقط ومع ذلك أنشأه، فيمكن الحكم بصحته. وأما إذا لم يلتفت إلى ذلك، سواء اعتقد لزوم الإنشاء أو احتمله يكون الطلاق المزبور مكرهاً عليه فيبطل.

وذكر صاحب «الجواهر» رحمه الله (١) أن حكم العلامة بصحة الطلاق فيما إذا نواه المكره بالفتح مبنى على أن المكره بالفتح لا يقصد الإنشاء، وأنه لا يتلفظ إلا بالألفاظ المجرده عن الاستعمال، وإذا استعملها في إنشاء الطلاق فالأقرب صحته، ولكن المبنى غير صحيح، وأن المكره كالمختار يستعمل الألفاظ في الإنشاء فيكون الحكم على الطلاق المزبور بالصحة ضعيفاً.

وذكر المصنف رحمه الله في توضيح الفرع المزبور سته فروض:

الأول: أن لا يكون الإكراه دخلياً في طلاق زوجته، لا بنحو الداعى المستقل ولا منضمماً إلى غيره من الدواعى، ولا ريب في الفرض في صحة الطلاق ولا يكون

ص: ٢٤١

عليه بعموم ما دلّ من النصّ والإجماع على بطلان عقد المكره والإكراه يتحقّق هنا، إذ المفروض أنّه لولاه لما فعله ثم قال: والمسألة محلّ إشكال، انتهى.

وعن بعض الأجلّة: أنّه لو علم أنّه لا يلزمه إلاّ اللفظ وله تجريده عن القصد، فلا شبهه في عدم الإكراه وإنّما يحتمل الإكراه مع عدم العلم بذلك، سواء ظنّ لزوم القصد وإن لم يردّه المكره، أم لا، انتهى.

ثمّ إنّ بعض المعاصرين ذكر الفرع عن المسالك، وبناه على أنّ المكره لا يقصد له أصلاً، فردّه بثبوت القصد للمكره، وجزم بوقوع الطلاق المذكور مكرهاً عليه.

الشرح:

الفرع المزبور من التحرير محمولاً على هذا الفرض.

الثاني: أن يكون الإكراه دخيلاً في الطلاق المزبور ولكن منضمّاً إلى غيره، بأن يكون المجموع من الإكراه وغيره من حيث المجموع داعياً.

وجعل رحمه الله هذا الفرض كالأول في الحكم بصحة الطلاق.

أقول: لا يبعد شمول حديث رفع الإكراه على الطلاق في الفرض باعتبار أن رفعه يناسب الامتنان، حيث إن المفروض عدم وقوعه لولا الإكراه.

الثالث: أن يكون قصد الطلاق والداعي إليه دفع الضرر المتوجه إلى المكره بالكسر كما إذا قال الولد لوالده: طلق زوجتك وإلاّ قتلتك أو قتلت نفسي، مع إحراز الوالد أن الولد لا يتمكن على قتله، بل يقتل نفسه أو يقتل شخصاً آخر عند إرادته قتل والده.

الرابع: كون الداعي إلى الطلاق شفقته المكره بالفتح على المكره بالكسر أو على الزوجه التي يطلقها من جهه وقوعهما في معصية الزنا، واستشكل رحمه الله في الحكم

ص: ٢٤٢

وفيه: ما عرفت سابقاً: من أنه لم يقل أحد بخلو المكره عن قصد معنى اللفظ، وليس هذا مراداً من قولهم: إن المكره غير قاصد إلى مدلول اللفظ، ولذا شرّك الشهيد الثاني بين المكره والفضولي في ذلك كما عرفت سابقاً، فبناءً على هذا الحكم في هذا الفرع على ما ذكر ضعيف جداً.

وكذا ما تقدّم عن بعض الأجله: من أنه إن علم بكفايه مجرد اللفظ المجرد عن النية فنوى اختياراً صحّ، لأنّ مرجع ذلك إلى وجوب التوريه على العارف بها المتفطن لها، إذ لا فرق بين التخلّص بالتوريه وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً، وقد عرفت أنّ ظاهر الأدلّه والأخبار الوارده في طلاق المكره وعتقه: عدم اعتبار العجز عن التوريه.

وتوضيح الأقسام المتصوّره في الفرع المذكور: أنّ الإكراه الملحق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به، إمّا أن لا يكون له دخل في الفعل أصلاً، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس، بحيث لا يكون الداعي إليه هو الإكراه، لبنائه على تحمّل الضرر المتوقع به، ولا يخفى بدهاه وقوع الطلاق هنا، وعدم جواز حمل الفرع المذكور عليه، فلا معنى لجعله في التحرير أقرب، وذكر احتمال عدم الشرح:

بصحّه الطلاق في الفرض وسابقه من جهه طيب النفس فيهما وعدمه، ولكن الأظهر الحكم بالصحّه؛ لعدم كون الإكراه فيهما من قبيل الضرر اللاحق على المكره بالفتح .

نعم، في مثل المثالين مما يعد الضرر على الولد أو على الزوجه ضرراً على الوالد والزوج يتحقق عنوان الإكراه، ولو قال الأجنبي: طلق زوجتك وإلا قتلت نفسي، فلا يعد هذا إكراهاً، بل لا يجب الطلاق حفظاً لحياته.

الخامس: إذا كان الإكراه موجبا لتوطين نفسه على الطلاق؛ لتخيّله أن الخلاص من ضرر المكره بالكسر لا يكون إلا بإنشاء الطلاق، فيطلق كطلاق المختار.

الوقوع فى المسالك، وجعله قولاً فى نهايه المرام واستشكاله فيه، لعموم النص والإجماع. وكذا لا ينبغي التأمل فى وقوع الطلاق لو لم يكن الإكراه مستقلاً فى داعى الوقوع، بل هو بضميمه شىء اختياري للفاعل. وإن كان الداعى هو الإكراه، فإما أن يكون الفعل لا- من جهه التخلص عن الضرر المتوعد به، بل من جهه دفع الضرر اللاحق للمكره بالكسر كمن قال له ولده: «طلق زوجتك وإلا قتلتك أو قتلت نفسى» فطلق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه، أو قتل الغير له إذا تعرض لقتل والده، أو كان الداعى على الفعل شفقه ديتيه على المكره بالكسر أو على المطلقه، أو على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجه لئلا يقع الناس فى محرم.

والحكم فى الصورتين لا- يخلو عن إشكال. وإن كان الفعل لداعى التخلص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكره أن الحذر لا- يتحقق إلا- بإيقاع الطلاق حقيقه، لغفلته عن أن التخلص غير متوقف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق وحصول بينونه، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجه والإعراض عنها، فيوقع الطلاق قاصداً، وهذا كثيراً ما يتفق للعوام.

الشرح:

السادس: ما إذا كان الإكراه موجبا لتوطين نفسه عليه؛ لاعتقاده حصول الطلاق شرعا حتى فى موارد الإكراه عليه، واستشكل فى الحكم فى الفرض وسابقه ولكن مع ترجيح وقوع الإكراه.

أقول: لا- ينبغي الريب فى حصول الإكراه فيهما؛ لأن الموجب لحصوله كما تقدم ليس فقط الرضا وطيب النفس، بل باعتبار حصول المعامله بداعى الخوف عن مخالفه أمر الجائر، وهذا حاصل فى الفرضين كما لا يخفى.

ص: ٢٤٤

وقد يكون هذا التوطين والإعراض من جهه جهله بالحكم الشرعى أو كونه رأى مذهب بعض العامه فزعم أن الطلاق يقع مع الإكراه، فإذا أكره على الطلاق طلق قاصداً لوقوعه، لأن القصد إلى اللفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سبباً مستقلاً فى وقوع السينونه يستلزم القصد إلى وقوعها، فيرضى نفسه بذلك ويوطنها عليه، وهذا أيضاً كثيراً ما يتفق للعوام. والحكم فى هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال، إلا أن تحقق الإكراه أقرب.

ثم المشهور بين المتأخرين: أنه لو رضى المكره بما فعله صحَّ العقد، بل عن الرياض تبعاً للحدائق أن عليه اتفاقاً، لأنه عقد حقيقى، فيؤثر أثره مع اجتماع باقى شرائط البيع، وهو طيب النفس.

ودعوى اعتبار مقارنه طيب النفس للعقد، خاليه عن الشاهد، مدفوعه بالإطلاقات. وأضعف منها دعوى اعتبارها فى مفهوم العقد [١] اللازم منه عدم كون عقد الفضولى عقداً حقيقه وأضعف من الكل [٢] دعوى اعتبار طيب نفس العاقد

الشرح:

[١] يعنى: دعوى اعتبار مقارنه طيب النفس من مالك المال فى تحقق عنوان العقد، ولازم ذلك أن لا يكون العقد الفضولى عقداً فإنه لا يكون فيه طيب نفس المالك مقارناً لإنشاء العقد.

[٢] يعنى: الأضعف من دعوى مقارنه طيب نفس المالك فى صحه العقد، ومن اعتبار مقارنه نفس المالك فى تحقق عنوان العقد اعتبار طيب نفس العاقد فى تأثير عقده، ولازم ذلك أن لا يكون بيع المكره بحق بيعاً حقيقه، بل بيعاً تعديداً، أى صورته بيع يكون موضوعاً لأكل ماله وتملكه لا- لتأثيره فى النقل والانتقال كسائر العقود والبيوع. والوجه فى كونها أضعف أنه لا موجب لاعتبار طيب نفس العاقد فى صحه العقد، فإن الدليل إنما اعتبر الرضا وطيب نفس المالك لا طيب نفس الأجنبى الذى

فى تأثير عقده اللآزم منه عدم صحه بيع المكره بحق، وكون إكراهه على العقد تعدياً لا لتأثير فيه.

ويؤيده: فحوى صحه عقد الفضولى [١] حيث إن المالك طيب النفس بوقوع أثر العقد وغير منشئ للنقل بكلامه، وإمضاء إنشاء الغير ليس إلا- طيب النفس بمضمونه، وليس إنشاءً مستأنفاً، مع أنه لو كان فهو موجود هنا، فلم يصدر من المالك هنالك إلا طيب النفس بانتقاله متأخراً عن إنشاء العقد.

وهذا موجود فيما نحن فيه مع زائد، وهو إنشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد، لما عرفت من أن عقده إنشاء حقيقى.

الشرح:

صدر منه العقد.

[١] يعنى: يؤيد الحكم بالصحه فى المقام فحوى الحكم بصحه عقد الفضولى بإجازة المالك، ووجه التأييد بالفحوى أن قصور عقد الفضولى فى جهتين؛ عدم استناد العقد الواقع إلى المالك، وعدم طيب نفسه بمضمونه، والقصور فى عقد المكره يكون فى جهه واحده وهى عدم طيب نفس المالك بمضمون العقد، وأما استناد العقد إلى المالك فهو موجود من الأول بإنشاء المالك البيع ولو مكرها. وإذا كانت الإجازة يتدارك بها الجهتان فى عقد الفضولى فالجهه الواحده فى العقد المكره أولى بالتدارك بها، وإجازة المالك فى عقد الفضولى لا تكون عقداً جديداً، بل هى إمضاء ورضاء بمضمون العقد الواقع سابقاً، وهذا حاصل فى إجازة المالك، بل لو كانت عقداً جديداً جرى مثله فى إجازة العقد من المكره كما لا يخفى.

هذا، ويستدل على عدم كفايه لحوق رضا المالك المكره بوجهين آخرين أشار إليهما المصنف رحمه الله :

الأول: دعوى اعتبار صدور العقد عن رضا المالك، كما هو ظاهر قوله تعالى: «لأ

وتوهم: أنّ عقد الفضولي واجد لما هو مفقود هنا وهو طيب نفس العاقد بما ينشئه .

مدفوع: بالقطع بأنّ طيب النفس لا أثر له، لا فى صدق العقديه، إذ يكفى فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، ولا فى النقل والانتقال، لعدم مدخله غير المالك فيه.

نعم، لو صحّ ما ذكر سابقاً: من توهم أنّ المكره لا- قصد له إلى مدلول اللفظ أصلاً، وأنّه قاصد نفس اللفظ الذى هو بمعنى الصيوت كما صرح به بعض صحّ أنّه لا- يجدى تعقب الرضا، إذ لا- عقد حينئذٍ، لكن عرفت سابقاً أنّه خلاف المقطوع من النصوص والفتاوى، فراجع.

الشرح:

تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ [\(١\)](#)، وإجازه المالك المكره لا يوجب انقلاب العقد إلى كونه عن تراض.

والجواب عن ذلك: أنه لا ظهور للآيه فى ذلك، فإنّ الاستظهار منها إن كان بلحاظ الحصر فيها، يعنى حصر جواز تملك مال الغير بالتجاره الصادره عن رضاه، فهذا الحصر لا يستفاد منها؛ لأنّ الاستثناء فى الآيه منقطع، حيث إنّ النهى عن أكل مال الغير وتملكه بوجه باطل لا يعم المعاملات الدارجه عند العقلاء ومنها التجاره عن تراض؛ ليكون النهى عن التملك بالباطل مع استثناء أحدها إدراجاً لباقيها فى النهى فى المستثنى منه، بل حمل الآيه على الحصر يوجب تخصيص الأ-كثر، فإنّ التجاره هو البيع والشراء بقصد حصول الربح وانحصار سبب تملك مال الغير بها، فضلاً عن انحصاره بما إذا كان صدورها برضا المالك، غير محتمل، حيث إنّ أسباب التملك عند العقلاء والشرع كثيره.

ص: ٢٦٧

١- (١) سورة النساء: الآيه ٢٩ .

فظهر ممّا ذكرنا ضعف وجه التأمّل في المسأله كما عن الكفايه ومجمع الفائده تبعاً للمحقّق الثّاني في جامع المقاصد . وإن انتصر لهم بعض من تأخّر عنهم بقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» الدالّ على اعتبار كون العقد عن التّراضى مضافاً إلى النّبويّ المشهور الدالّ على رفع حكم الإكراه، مؤيِّداً بالتّقض بالهازل، مع أنّهم لم يقولوا بصحّته بعد لحوق الرضا. والكلّ كما ترى، لأنّ دلالة الآيه على اعتبار وقوع العقد عن التّراضى إمّا بمفهوم الحصر وإمّا بمفهوم الوصف، ولا حصر كما لا يخفى، لأنّ الاستثناء منقطع غير مفرّغ، ومفهوم الوصف على القول به مقيّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في «رَبَايَتِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ».

الشرح:

والحاصل: أنّ المستفاد من الآيه حكمان؛ عدم جواز تملك مال الغير بالوجوه التي تكون في بناء العقلاء من الأكل بالباطل، وجواز التملك بالتجاره عن تراض، وأما سائر المعاملات، ومنها التجاره مع لحوق التراضى بها، فلم تعرض الآيه لها نفيًا ولا إثباتًا. وأما احتمال اتصال الاستثناء في الآيه بدعوى أنّ المنهى عنه هو مطلق أكل المال والمراد بالباطل هو الباطل الشرعي فتكون التجاره عن تراض خارجة عن الأكل، فإنه لولا إخراجها لدخلت فيه، والمعنى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ» فإنّ أكلها باطل شرعا، إلاّ أن يكون الأكل تجاره عن تراض، كما عن السيد اليزدي وتبعه السيد الخوئي⁽¹⁾ (طاب ثراه)، لا يمكن مساعدته عليه. فإن الباطل قيد للأكل، كما هو مقتضى دخول الجار عليه وتعلقه بالأكل، وليس حكما على الأكل، ولو كان المراد بالباطل مع كونه قيّداً للأكل، الباطل الشرعي، لكان الكلام لغواً، بخلاف إرادته الباطل في اعتبار

ص: ٢٦٨

١- (١) محاضرات في الفقه الجعفري : ٣١٩ .

ودعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعه، وسيجيء زياده توضيح لعدم دلالة الآيه على اعتبار سبق التراضى فى بيع الفضولى.

وأما حديث الرّفْع، ففيه: أوّلاً: أنّ المرفوع فيه هى المؤاخذه والأحكام المتضمّنه لمؤاخذه المكره وإلزامه بشيء، والحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أنّ له أن يرضى بذلك، وهذا حقّ له لا عليه.

نعم، قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتّى يرضى المكره أو يفسخ، وهذا إلزام لغيره، والحديث لا يرفع المؤاخذه والإلزام عن غير المكره كما تقدّم.

وأما إلزامه بعد طول المدّة باختيار البيع أو فسخه، فهو من توابع الحقّ الثابت له بالإكراه، لا من أحكام الفعل المتحقّق على وجه الإكراه. ثمّ إنّ ما ذكرنا واضح على القول بكون الرضا ناقلاً، وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل.

الشرح:

العرف والعقلاء فإنّه مدلوله بمقتضى كون النهى عن المعامله إرشاداً إلى فسادها أن أكل الأموال بالنحو الباطل عند العقلاء واعتبار العرف باطل عند الشرع أيضاً فلا- يدخل فيه تجاره عن تراض، فيكون الاستثناء منقطعاً لا محاله. وإن كان استظهار بطلان عقد المكره مع لحوق الرضا به من مفهوم الوصف، يعنى تقييد تجاره بكونها عن تراض، فلا دلالة للوصف على ذلك، فإن المراد من التجاره تجاره المالك وتجارته تكون غالباً برضاه، والوصف فى مثل ذلك من موارد الإتيان به لرعايه الغلبه لا يوجب رفع اليد عن الإطلاق أو العموم المقتضى لثبوت الحكم لفاقد القيد أيضاً.

والحاصل: القيد المزبور ولا- يكون موجباً لرفع اليد عن إطلاق: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١)، وعموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢)، بل مقتضى مفهوم الوصف أن لا تكون التجاره

ص: ٢٦٩

١- (١) سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ١ .

وثانياً: أنه يدلّ على أنّ الحكم الثابت للتعلم المكره عليه لولا-الإ-كراه يرتفع عنه إذا وقع مكرهاً عليه كما هو معنى رفع الخطأ والنسيان أيضاً وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه، لأنّ أثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه، السبب المستقلّ لنقل المال، ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه، وهذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإكراه حيث إنّ جزء العلّة التامة للملكية، لم يكن ثابتاً للتعلم مع قطع النظر عن الإ-كراه ليرتفع به، إذ المفروض أنّ الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه، فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه؟

الشرح:

على إطلاقها موجه لجواز التملك، وأما كونها موجه له مع القيد الآخر ولحقوق الإجازة بها مثلاً فلا- ينافية الوصف على ما ذكرناه في بحث مفهوم الوصف من علم الأصول.

الوجه الثاني: في الاستدلال على بطلان عقد المكره رأساً وعدم كونه قابلاً للحقوق الإجازة حديث رفع الإكراه، فإن مقتضاه عدم ترتب أثر، على المعاملة المكره عليها من حصول الملك ولو بعد لحوق الرضا وإجازة المالك.

وأجاب المصنف رحمه الله عن ذلك أولاً: بأن كون الإ-كراه رافعاً معناه عدم ترتب الأحكام الإلزامية والمؤاخذة على الفعل المكره عليه الثابتة له لولا-الإ-كراه، وكون المعاملة المكره عليها بحيث يحصل بها الملك بإجازة المالك، ليس من إزام المكره بالفتح ومؤاخذته، بل هذا من ثبوت الحق له. وإزامه بإلغاء المعاملة أو إجازتها من تأخيرته وتهاونه في اختيار أحدهما، ليس إزاماً عليه مترتباً على المعاملة المكره عليها لولا الإكراه؛ ليرتفع بحديث الرفع، بل هو أثر ثبوت الحق، وقد فرض عدم ارتفاع هذا الحق بحديث الرفع.

لا يقال: المعاملة المزبوره موضوع لأثر إزامي بالإضافة إلى الطرف الآخر، فإنه

ص: ٢٧٠

وبعبارة أخرى: اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه هو اللزوم المنفى بهذا الحديث، والمدعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك، وهذا غير مرتفع بالإكراه.

لكن يرد على هذا: أنّ مقتضى حكومه الحديث على الإطلاقات هو تقييدها بالمسبوقه بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكره ووقوفه على الرضا اللاحق، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره، فيرجع إلى أصاله الفساد.

وبعبارة أخرى: أدله صحة البيع تدلّ على سببه مستقله، فإذا قيدت بغير المكره لم يبق لها دلالة على حكم المكره، بل لو كان هنا ما يدلّ على صحة البيع بالمعنى الأعمّ من السببه المستقله كان دليل الإكراه حاكماً عليه مقيداً له فلا ينفع.

الشرح:

لو أكره على بيع داره وباعها من زيد فالبيع المزبور على تقدير كونه قابلاً للحقوق الإجازة لازم من ناحيه المشتري، كما هو مقتضى قوله عز من قائل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١)، الجارى فى حقّ المشتري المزبور، حيث يجب عليه الوفاء به لتمام العقد من ناحيته، فيكون مقتضى حديث الرفع عدم ترتب الإلزام.

فإنه يقال: نعم الوفاء بالعقد لازم على المشتري حتى يرضى المكره بالفتح أو يفسخ، إلا أنّ حديث رفع الإكراه^(٢) لا يرفع هذا الإلزام، فإن مقتضاه رفع الإلزام عن المكره لا رفعه عن طرفه المختار، كالمشتري فى المثال.

وأجاب ثانياً بما ذكر فى بحث البراءة من الأصول: أنّ الحديث المزبور إنما يوجب ارتفاع الآثار المجعوله للأفعال مع قطع النظر عن العناوين الرافعه، وأما الآثار

ص: ٢٧١

١- (١) سورة المائده: الآية ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥ : ٣٦٩ ، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢ .

اللهم إلا أن يقال: إن الإطلاقات [١] المفيدة للسبب المستقله مقيدة بحكم الأدله الأربعة المقتضيه لحرمة أكل المال بالباطل ومع عدم طيب النفس بالبيع المرضي به، سيقه الرضا أو لحقه، ومع ذلك فلا حكمه للحديث عليها، إذ البيع المرضي به سابقاً لا يعقل عروض الإكراه له.

وأما المرضي به بالرضا اللاحق، فإنما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف، وهو أصل البيع، ولا نقول بتأثيره، بل مقتضى الأدله الأربعة مدخلية الرضا في تأثيره ووجوب الوفاء به.

الشرح:

الثابتة لها بتلك العناوين فلا يقتضى ارتفاعها، فإن تلك العناوين موجه لثبوتها فكيف ترتفع بطريان الإكراه، والسبب الناقصه، يعنى حصول الملك بها بإجازة المالك، أثر للمعامله بوصف كونها مكره عليها فلا يرتفع.

[١] مراده أنه يمكن أن يقال: إنه لا- مجرى لحديث الرفع (١) في بيع المكره، ولا- يكون الحكم ببطلانه مبنياً على رفع الإكراه، وذلك فإن مثل قوله سبحانه: «أحلّ الله البيع» (٢) المستفاد منه كون البيع تمام السبب للنقل والانتقال، مقيداً بالأدله الأربعة الداله على حرمة أكل أموال الناس بالباطل، وحرمة أكلها مع عدم التراضي بالبيع المرضي به سابقاً أو لاحقاً، فيكون تمام السبب للحل هو البيع مع الرضا به سابقاً أو لاحقاً. ومن الظاهر أن البيع كذلك لا يتعلق به الإكراه لينتفى الحل بطريانه، أما عدم إمكان تعلق الإكراه بالبيع المرضي به سابقاً فظاهر، وأما المرضي به لاحقاً فإن الإكراه يتعلق بنفس البيع لا بالرضا اللاحق، والمفروض أن نفس البيع لا يكون سبباً تاماً للنقل والانتقال.

ص: ٢٧٢

١- (١) مرّ سابقاً.

٢- (٢) سورة البقره: الآية ٢٧٥ .

فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكروه عليه والرضا به لاحقاً، ولازمه بحكم العقل كون العقد المكروه عليه بعض المؤثر التام، وهذا أمر عقلي غير مجعول لا يرتفع بالإكراه، لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض، إلا أن يقال: إن أدله الإكراه كما ترفع السببه المستقله التي أفادتها الإطلاقات قبل التقييد، ترفع الشرح:

والحاصل: بعد فرض الرضا بالبيع سابقاً أو لاحقاً يعمه قوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، وبما أن المركب إذا كان موضوعاً للنقل والانتقال تكون بعض أجزائه سبباً ناقصاً فهذه السببه الناقصه لا يعقل نفيها بحديث الرفع، فإنها ثابتة للبيع بوصف كونه مكروهاً عليه.

ثم إنه لا يفرق في عدم كون نفس البيع سبباً مستقلاً بين الالتزام بكون الرضا اللاحق ناقلاً أو كاشفاً، فإن عدم كون نفس البيع سبباً تاماً للنقل والانتقال على القول بالنقل ظاهر، وكذا على الكشف فإنه بناءً عليه يكون السبب التام هو البيع بوصف تعقبه بالرضا، فالإكراه يتعلق بنفس البيع لا بوصف تعقبه للرضا.

أقول: ما ذكر رحمه الله من عدم جريان حديث رفع الإكراه في بيع المكروه مبنى على ما تقدم من اعتبار الرضا القلبي وطيب النفس في صحه البيع، فإن بيع المكروه بناءً عليه من الأول غير داخل في موضوع حل البيع؛ إذ الموضوع لحله البيع بتراضى المالك وطيب نفسه، وهذا الموضوع يتم بعد إجازة المالك ورضاه فيعمه عموم الحل. وما ذكر رحمه الله من أن السببه الناقصه موضوعها البيع بوصف كونه مكروهاً عليه غير صحيح على مسلكه، فإن تلك السببه ثابتة لنفس البيع فالصحيح على ذلك المسلك في عدم ارتفاع هذه السببه بحديث رفع الإكراه (1) هو القول بأنها ليست أثراً شرعياً قابلاً للرفع، بل هي حكم قهري يحصل بجعل السببه التامه لكل الذى لا يعمه حديث رفع الإكراه.

ص: ٢٧٣

١- (١) مرّ سابقاً.

مطلق الأثر عن العقد المُكره عليه، لأنّ التأثير الناقص أيضاً استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرّضا الأعمّ من اللاحق، وهذا لا يفرق فيه أيضاً بين جعل الرّضا ناقلاً- أو كاشفاً، إذ على الأوّل يكون تمام المؤثر نفسه، وعلى الثّاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد وهو تعقّبه للرّضا.

الشرح:

ولكن قد ذكرنا فيما تقدم ضعف المسلك المزبور، وأنّ المعتبر في المعاملات وهو التراضي المعاملي الحاصل بإنشاء المالك موجود في بيع المكره أيضاً والحكم بفساده إنما هو لرفع الإكراه.

وعلى ما ذكرنا فربما يقال بأنه إذا أخرجت المعاملة المكره عليها عن عموم الحل ولوجوب الوفاء بالعقد فكيف يمكن التمسك بهما بعد لحوق الإجازة بتلك المعاملة، فإنّ المقام من موارد التمسك باستصحاب حكم المخصص لا- التمسك بالعموم والإطلاق، ولا- يقاس المقام بإجازة بيع الفضولي فإنّ ذلك البيع لم يكن داخلياً في عموم حل البيع أو عموم وجوب الوفاء بالعقد فإنّ خطابهما متوجّه إلى الملاك، ومن حين الإجازة يستند البيع إلى المالك فيعمان ذلك البيع.

وبتعبير آخر: كان خروج بيع الفضولي عن عمومهما بالتخصص لا بالتخصيص، وهذا بخلاف بيع المكره فإن بيعه باعتبار استناده إلى المالك كان خارجاً عن عموم الخطابين بالتخصيص، ويتردد الأمر بين كون التخصيص إلى الأبد وبين كونه مادام لم يلحق به الرضا؛ ولأجل ذلك لا يستلزم صحة البيع الفضولي بإجازة المالك صحه بيع المكره بلحوق الرضا فضلاً عن كون الثّاني أولى بالصحة.

ولكن لا- يخفى ما في الفرق، فإننا قد ذكرنا في الأصول صحه التمسك بالإطلاق والعموم عند الشك في الخارج من الفرد، وكون خروجه إلى الأبد أو إلى زمان بلا فرق بين كون العموم والإطلاق بالإضافة إلى الأزمان افرادياً أو استمرارياً، وفي المقام يؤخذ

وكيف كان، فذات العقد المكره عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا- يترتب عليه إلا- كونه جزء المؤثر التام، وهذا أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه ومن الرضا أو وصف تعقبه له، فتأمل. الشرح:

بعد لحوق الرضا بالمعامله المكره عليها بحلها ووجوب الوفاء بها ولا تصل النوبه إلى استصحاب حكم المخصص، وتام الكلام في بحث الأصول.

بقى في المقام شيء، وهو أنه يستفاد من كلام المصنف رحمه الله أنه يجب على الطرف الآخر الالتزام بالعقد قبل فسخ المكره أو إجازته وأن العقد من ناحيته لازم، وذكر أن حديث رفع الإكراه إنما يرفع الأحكام الإلزاميه التي تعد مؤاخذه عن المكره بالفتح لا عن طرفه الآخر الذي لم يكن إكراه عليه.

ولكن لا يخفى عدم إمكان المساعدة عليه؛ لما ذكرنا في أول البيع أنه لا يمكن تبعض المعامله في الصحه والفساد بالإضافة إلى طرفيها بأن يكون البيع صحيحا بالإضافة إلى المشتري ولا- يصح بالإضافة إلى البائع، فإن صحته بالإضافة إلى المشتري فرض لدخول المبيع إلى ملكه وكيف لا- يخرج معه الثمن إلى ملك البائع، ولو باع داره بالإكراه فكما لا- يدخل المبيع إلى ملك المشتري كذلك لا يدخل الثمن إلى ملك البائع، فيكون تصرف المشتري في الثمن المزبور قبل لحوق الإجازة من البائع المكره تصرفا في ملكه وناظرا.

والحاصل: إذا فرض أن وجوب الوفاء بالعقد موضوعه العقد لا- عن إكراه، فما دام لم يتم هذا الموضوع لا يترتب عليه حكمه وهو لزوم الوفاء به، وعليه فالغاء المشتري قبوله قبل إجازة البائع المكره نظير إلغاء الموجب إيجابه قبل قبول المشتري يوجب أن لا يحصل عنوان العقد لا عن إكراه.

بقى الكلام فى أنّ الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟ مقتضى الأصل وعدم حدوث حلّ مال الغير [١] إلّا- عن طيب نفسه هو الأوّل إلّا أنّ الأقوى بحسب الأدلّه النقليه [٢] هو الثّانى، كما سيّجىء فى مسأله الفضولى [وهو مقتضى صحيحه محمد بن قيس] الشّرح:

[١] أقول: مقتضى استصحاب عدم حدوث ملكيه الثمن والمثمن إلى الطرفين إلى زمان الإجازة هو النقل، وأمّا حديث (١) عدم حل مال الغير إلّا- بطيب نفسه فظاهر المصنف رحمه الله أن مقتضاه أيضا النقل؛ لأنه يدل على عدم جواز التصرف فى المال تكليفا إلى زمان الإجازة، ولكن لا- يمكن المساعدة على ذلك فإن عدم جواز التصرف تكليفا إلى زمان الإجازة يجتمع مع الكشف الحكمى أيضا، حيث إن التصرفات الواقعه قبل إجازة المالك كلها محكومہ على الكشف الحكمى أيضا بعدم الجواز، واعتبار الملكيه وجعل مبدئها من السابق بعد اجازة المالك لا يوجب خروج تلك التصرفات الواقعه قبل ذلك من الحرمة تكليفا إلى الجواز.

[٢] يأتى استظهار الكشف من صحيحه أبى عبيده الحذاء (٢) الوارده فى نكاح الصغيرين اللذين زوجهما غير وليهما ومات أحدهما بعد بلوغه وإجازته، ثم أدرك الآخر فإن الحكم بثبوت الميراث للآخر مع إجازته وحلفه على إرادته إجازته لا يكون إلّا مع كون الإجازة كاشفه، بل لا يمكن فى المورد المزبور الإجازة بنحو النقل، حيث إن حدوث علقه الزوجيه بين الميت والحي لغو محض. ونظيرها فى الدلاله صحيحه محمد بن قيس الوارده فىمن باع وليده أبيه فضولاً (٣)، حيث إنّ سقوط عوض البضع عن مشترى الجاريه التى وطأها مع جهله بكون بائعها فضوليا، لا يكون إلّا مع الكشف،

ص: ٢٧٤

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ٥ : ١٢٠ ، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١ و ٣ .
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦ : ٢١٩ ، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١ .
 - ٣- (٣) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٠٣ ، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث الأول.

وربما يدعى أن مقتضى الأصل [١] هنا وفي الفضولي هو الكشف، لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى وهو النقل من حين العقد وترتب الآثار عليه لا يكون إلا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل.

وفيه: أن مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه، بل نفس النقل، إلا أن إنشاء لما كان في زمان التكلم، فإن كان ذلك الإنشاء مؤثراً في نظر الشارع في زمان التكلم حدث الأثر فيه، وإن كان مؤثراً بعد حصول أمر حدث الأثر بعده.

فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر في الحكم، ولذلك كان الحكم بتحقق الملك بعد القبول أو بعد القبض في الصّرف والسلم والهبة، أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ غير مناف لمقتضى الإيجاب، ولم يكن تبعيضاً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة.

الشرح:

وبما أن الفرق بين إجازة المالك في بيع الفضولي وبين إجازته في بيع المكروه غير محتمل يثبت الكشف في المقام أيضاً.

[١] أقول: الظاهر صحة الدعوى، فإننا قد ذكرنا أن المعاملة بلحوق الإجازة بها تدخل في أدلة الإمضاء، حيث يتم بالإجازة الموضوع للحليه والنفوذ واللزوم ومقتضى ذلك ثبوت مدلولها شرعاً بعدها.

نعم، الكشف الحقيقي مخالف لظاهر تلك الأدلة؛ لأن ظاهرها كون البيع لا عن إكراه والعقد لا عن إكراه هو الموضوع للحل واللزوم، ومعنى الكشف الحقيقي ثبوت هذه الأحكام قبل تمام الموضوع، وأما الكشف الحكمي بأن يثبت بعد الإجازة المالكية التي مبدؤها حين اعتبار العاقد فهو يناسب الأدلة، فإن الإجازة تتعلق بمضمون العقد وإمضاء الشارع العقد يتبع إجازة المالك.

ص: ٢٧٧

فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك وإن كان بعد الرضا، إلا أن حكمه بذلك لما كان من جهه إمضائه للرضا بما وقع فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله.

قلت: المراد هو الملك شرعاً، ولا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعى بالملك، وسيأتى توضيح ذلك فى بيع الفضولى إن شاء الله.

الشرح:

وبعبارة أخرى: بالإجازة يتم الموضوع لاعتبار الملك، من الشارع، والملك يمكن جعل مبدأه الماضى كما يمكن جعل مبدئه المستقبل كما فى الوصيه التمليكيه، ولا- يجب اتحاد زمان الاعتبار مع زمان المعتبر، بل يمكن التفكيك بينهما بحسب الحال والماضى كما وقع التفكيك بينهما بحسب الحال والمستقبل، فإن الاعتبار مع المعتبر من قبيل الإيجاب والوجوب لا من الإيجاد والوجود.

لا يقال: ليس مدلول العقد الملك من حين العقد لتكون إجازة المالك إثباتاً لذلك المدلول ويتبعه إمضاء الشارع.

فإنه يقال: الملكيه التى تكون منشأه بالعقد لا تكن مهمله من جهه مبدئها فى اعتبار العاقد، فإنّ العاقد يعتبر فى إنشائه الملكيه للطرف من حين فعلية ما يأخذه قيدها، كحصول القبول أو القبض أو غير ذلك.

لا يقال: كيف يكون مبدأ الملكيه المعتبره فى البيع مثلاً حين تمام العقد، مع أنّهم ذكروا عدم دلالة الإنشاء على الزمان.

فإنه يقال: عدم دلالة إيجاب البيع على الزمان مثلاً- لا ينافى الدلاله عليه بدال آخر، وهو فى المقام عدم إمكان الإهمال فى الملك المجعول من جهه المبدأ، وأما تنظير المصنف رحمه الله الإجازة بالفسخ فهو غير صحيح، فإنّ الفسخ يقابل الإمضاء، فإمضاؤه عبارته عن إقرار العقد وعدم قطع استمراره كما يفعله ذوالخيار، كما أن فسخه إزالته وقطع استمراره. وهذا بخلاف الإجازة فإنها تقابل رد العقد، كما فى المالك

هل يكفي في صحة بيع المكره لحق رضاه به باطناً أو لا؟

وإن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد، فإنه وإن كان حلاً للعقد السابق وجعله كأن لم يكن، إلا أنه لا يرتفع به الملكيه السابقه على الفسخ، لأن العبره بزمان حدوثه لا بزمان متعلقه. ثم على القول بالكشف، هل للطرف الغير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره، أم لا؟ يأتي بيانه في الفضولى إن شاء الله.

مسأله: ومن شروط المتعاقدين: إذن السيد لو كان العاقد عبداً، فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلا بإذن سيده، سواء كان لنفسه فى ذمته أو بما فى يده، أم لغيره، لعموم أدله عدم استقلاله فى أموره، قال الله تعالى: «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ». وعن الفقيه بسنده إلى زراره عن أبى جعفر وأبى عبدالله عليهما السلام، قالوا: «المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيده. قلت: فإن كان

الشرح:

المجيز، حيث إنه يرد البيع تاره ويحيزه أخرى، وحيث إن رده عباره عن إلغائه من الأول فتكون إجازته إقرارا له من الأول، وهو المراد بالكشف الحكمى ويأتى توضيحه فى بيع الفضولى.

بقى فى المقام أمر، وهو أنه هل يكفي فى صحة بيع المكره مجرد لحق رضاه به باطناً أو لا يكفي، بل يعتبر إظهار رضاه بذلك البيع المعبر عن ذلك بالإجازة؟ ولا يبعد اعتبار الثانى، وذلك لأن البيع حال حدوثه كان مستندا إلى إكراه المالك فلا بد فى شمول دليل الإمضاء من أن يستند بقاءً إلى المالك لا عن إكراه عليه، ولم يحرز تحقق الإسناد كذلك بمجرد لحق الرضا باطناً.

نعم، لو كان هذا الرضا من الأول بحيث كان داعى المالك إلى إنشائه رضاه به لم يكن ذلك البيع شمولاً لدليل رفع الإكراه كما تقدم، ولكن بعد إنشائه بداعى الإكراه لا يحرز خروجه عن كونه بيعاً مكرهاً عليه إلا بإظهار الرضا به، وكأن الإجازة فى اعتبار العقلاء إلغاءً لذلك الإسناد الحاصل من قبل، والله سبحانه هو العالم.

السيد زوجته، بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء»، أفشىء الطلاق؟ والظاهر من قدره خصوصاً بقربنه الرواية هو الاستقلال، إذ المحتاج إلى غيره في فعل غير قادر عليه، فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شيء، فكل ما صدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعاً بمنزلة العدم، لا يترتب عليه الأثر المقصود منه، لا أنه لا يترتب عليه حكم شرعى أصلاً، كيف؟! وأفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار.

وكيف كان، فإنشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون إذن المولى، أمّا مع الإذن السابق فلا إشكال، وأمّا مع الإجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع، لأنّ المنع فيه ليس من جهة العوضين اللذين يتعلّق بهما حقّ المجيز، فله أن يرضى بما وقع على ماله من التصرف في السابق وأن لا يرضى، بل المنع من جهة راجعه إلى نفس الإنشاء الصادر، وما صدر على وجه لا يتغير منه بعده.

وبتقرير آخر: إنّ الإجازة إنّما تتعلّق بمضمون العقد وحاصّله أعنى: انتقال المال بعوض وهذا فيما نحن فيه ليس منوطاً برضا المولى قطعاً، إذ المفروض أنه أجنبي عن العوضين، وإنّما له حقّ في كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده، فإذا وقع على وجه يستقل به العبد فلحقوق الإجازة لا يخرج منه عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً.

إلا أنّ الأقوى هو لحق الإجازة المولى، لعموم أدلّة الوفاء بالعقود، والمخصّص إنّما دلّ على عدم ترتّب الأثر على عقد العبد من دون مدخلية المولى أصلاً سابقاً ولاحقاً لا مدخلية إذنه السابق، ولو شكّ أيضاً وجب الأخذ بالعموم في مورد الشكّ.

ويؤيّد إرادته الأعمّ من الإجازة: الصّحيحه السابقه، فإنّ جواز النكاح يكفيه لحق الإجازة، فالمراد بالإذن هو الأعمّ، إلاّ أنّه خرج الطلاق بالدليل، ولا يلزم

تأخير البيان، لأنّ الكلام المذكور مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق بحيث لا يحتاج إلى رضا المولى أصلاً، بل ومع كراهه المولى كما يرشد إليه التعبير عن السؤال بقوله: «بيد من الطلاق؟»

ويؤيد المختار بل يدل عليه : ما ورد في صححه نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجازته، معللاً بـ «أنه لم يعص الله تعالى وإنما عصى سيده، فإذا أجاز جاز»، بتقريب: أنّ الرواية تشمل ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه، وحمله على ما إذا عقد الغير له مناف لترك الاستفصال، مع أنّ تعليل الصحّة بآئه: لم يعص الله تعالى . . . الخ، في قوّه أن يقال: «إنّه إذا عصى الله بعقد كالعقد على ما حرّم الله تعالى على ما مثّل به الإمام عليه السلام في روايات أخر وارده في هذه المسألة كان العقد باطلاً»، لعدم تصوّر رضا الله تعالى بما سبق من معصيته. أمّا إذا لم يعص الله وعصى سيده أمكن رضا سيده فيما بعد بما لم يرض به سابقاً، فإذا رضى به وأجاز صحّ.

فيكون الحاصل: أنّ معيار الصحّة في معاملة العبد بعد كون المعاملة في نفسها ممّا لم ينه عنه الشارع هو رضا سيده بوقوعه، سابقاً أو لاحقاً، وأنه إذا عصى سيده بمعامله ثمّ رضى السيّد بها صحّ، وأنّ ما قاله المخالف: من أنّ معصيه السيّد لا يزول حكمها برضاه بعده، وأنه لا ينفع الرضا اللاحق كما نقله السائل عن طائفة من العامّة غير صحيح، فافهم واغتنم.

ومن ذلك يعرف: أنّ استشهاد بعض بهذه الروايات على صححه عقد العبد وإن لم يسبقه إذن ولم يلحقه إجازته، بل ومع سبق النهي أيضاً لأنّ غايه الأمر هو عصيان العبد وإثمه في إيقاع العقد والتصرّف في لسانه الذي هو ملك للمولى، لكن النهي مطلقاً لا يوجب الفساد خصوصاً النهي الناشئ عن معصيه السيّد كما يومئ إليه هذه الأخبار الدالّة على أنّ معصيه السيّد لا يقدر بصحّه العقد في غير محلّه،

بل الروايات ناطقه كما عرفت بأن الصيحه من جهة ارتفاع كراهه المولى وتبدله بالرّضا بما فعله العبد، وليس ككراهه الله عزّ وجلّ بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السابق، فكأنه قال: «لم يعص الله حتى يستحيل تعقبه للإجازة والرّضا وإنما عصى سيّده، فإذا أجاز جاز» فقد علّق الجواز صريحاً على الإجازة.

ودعوى: أنّ تعليق الصيحه على الإجازة من جهة مضمون العقد وهو التّزويج المحتاج إلى إجازة السيّد إجماعاً، لا نفس إنشاء العقد حتّى لو فرضناه للغير يكون محتاجاً إلى إجازة مولى العاقد. مدفوعه: بأنّ المنساق من الروايه إعطاء قاعده كليّه: بأنّ رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفى فى كلّ ما يتوقّف على مراجعه السيّد وكان فعله من دون مراجعه أو مع النهى عنه معصيه له، والمفروض أنّ نفس العقد من هذا القبيل.

ثمّ إنّ ما ذكره من عصيان العبد بتصرّفه فى لسانه وأنّه لا يقتضى الفساد، يشعر بزعم أنّ المستند فى بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى.

وفيه: أولاً: منع حرمة هذه التصرفات الجزئيه، للسيره المستمره على مكالمه العبيد، ونحو ذلك من المشاغل الجزئيه.

وثانياً: بداهه أنّ الحرمة فى مثل هذه لا توجب الفساد، فلا يظنّ استناد العلماء فى الفساد إلى الحرمة.

وثالثاً: أنّ الاستشهاد بالروايه لعدم كون معصيه السيّد بالتكلم بألفاظ العقد والتصرّف فى لسانه قادحاً فى صحّه العقد، غير صحيح، لأنّ مقتضاه أنّ التكلم إن كان معصيه لله تعالى يكون مفسداً، مع أنّه لا يقول به أحد، فإنّ حرمة العقد من حيث إنّّه تحريك اللسان كما فى الصلاة والقراءه المضيّقه ونحوهما لا يوجب فساد العقد إجماعاً.

فالتحقيق: أنّ المستند فى الفساد هو الآيه المتقدمه، والزوايات الوارده فى عدم جواز أمر العبد ومضيه مستقلاً، وأنّه ليس له من الأمر شىء.

فرع: لو أمر العبد أمرٌ أن يشتري نفسه من مولاة فباعه مولاة صحّ ولزم، بناءً على كفايه رضا المولى الحاصل من تعريضه للبيع من إذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجباً للإذن الضمنى، ولا يقدر عدم قابليه المشتري للقبول فى زمان الإيجاب، لأنّ هذا الشرط ليس على حدّ غيره من الشروط المعبره فى كلّ من المتعاقدين من أول الإيجاب إلى آخر القبول، بل هو نظير إذن مالك الثمن فى الاشتراء، حيث يكفى تحقّقه بعد الإيجاب وقبل القبول الذى بنى المشتري على إنشائه فضولاً.

وعن القاضى: البطلان فى المسأله، مستدلاً عليه باتّحاد عبارته مع عبارته السيد فيتّحد الموجب والقابل.

وفيه مع اقتضائه المنع لو أذن له السيد سابقاً: منع الاتّحاد أولاً، ومنع قدحه ثانياً. هذا إذا أمره الأمر بالاشتراء من مولاة، فإن أمره بالاشتراء من وكيل المولى، فعن جماعه منهم المحقق والشهيد الثّانين: أنّه لا يصحّ، لعدم الإذن من المولى. وربّما قيل بالجواز حينئذٍ أيضاً، بناءً على ما سبق منه من أنّ المنع لأجل التّهى وهو لا يستلزم الفساد. وفيه: ما عرفت من أنّ وجه المنع أدلّه عدم استقلال العبد فى شىء، لا منعه عن التصرف فى لسانه، فراجع ما تقدّم، والله أعلم.

مسأله: ومن شروط المتعاقدين: أن يكونا مالّكين أو مأذونين من المالك أو الشّارع. فعقد الفضولى لا يصحّ [١] أى لا يترتّب عليه ما يترتّب على عقد غيره من اللزوم.

الشرح:

[١] ذكروا من شرائط المتعاقدين كونهما مالّكين أو مأذونين كما فى موارد الوكاله، أو

وهذا مراد من جعل الملك وما فى حكمه شرطاً، ثم فرّع عليه أنّ بيع الفضولى موقوف على الإجازة كما فى القواعد، فاعتراض جامع المقاصد: عليه بأنّ التفرّيع فى غير محلّه، لعلّه فى غير محلّه.

الشرح:

من الشارع كما فى موارد الولايه، فلا يصح بيع الفضولى، يعنى لا- يترتب عليه ما يترتب على بيع المالك أو المأذون، لا أنه يكون لغوا بحيث لا يفيد لحوق الإجازة به؛ ولذا ذكر العلّامه فى «القواعد»^(١) أن من شرط البيع كون العاقد مالكا أو مأذونا، وفرّع عليه وقوف بيع الفضولى على الإجازة فإنّ التفرّيع المزبور ظاهر فيما ذكرنا، فما ذكره فى «جامع المقاصد»^(٢) من الاعتراض على عبارته «القواعد» من أنّ تفرّيع وقوف بيع الفضولى على الإجازة على اشتراط الملك غير صحيح، فى غير محلّه.

ثم إنّ الفضولى وصف للعاقد، والمراد به من لا يكون مالكا للتصرف، سواء كان مالكا للمال، كما فى مثال بيع الراهن والسففيه والعبد أم لا، وقد يوصف به العقد، ولعله تسامح من باب توصيف الشيء بوصف متعلقه.

وكيف كان فلا خلاف عندهم فى بطلان الإيقاع فضولاً وعدم صحته بلحوق الإجازة أصلاً. وقد يقال: إنّ البطلان فى الإيقاعات على القاعده ولا يقاس أمرها بالعقود، وذلك فإنّ العقود بما أنها من فعل اثنين يعتبر لها بقاء؛ ولذا يتعلق بها الفسخ، مع أنه حل للعقد فى جهه بقاءه كما تقدم، وعليه فيأجازه المالك يتم تمام الموضوع؛ لوجوب الوفاء بها. وأمّا الإيقاع فإنه فعل واحد فيعتبر أمراً آنياً، فإن حصل ممن له سلطنه على ذلك الأمر فهو، وإلا فلا يحصل ذلك الأمر أصلاً، ولا يخفى أن ما ذكر لا يخرج عن حدود الدعوى المحضه، فإنه كيف يمكن الالتزام ببقاء العقد اعتباراً دون

ص: ٢٨٤

١- (١) القواعد ١: ١٢٤ .

٢- (٢) جامع المقاصد ٤: ٦٨ .

عدم خروج العقد عن الفضوليته بالرضا الباطني

وكيف كان، فالمهمّ التعرّض لمسأله عقد الفضولي التي هي من أهمّ المسائل، فنقول: اختلف الأصحاب وغيرهم في بيع الفضولي، بل مطلق عقده بعد اتّفاقهم على بطلان إيقاعه كما في غايه المراد على أقوال. والمراد بالفضولي كما ذكره الشهيد قدس سره: هو الكامل الغير المالك للتصرّف ولو كان غاصباً. وفي كلام بعض العامّه: أنّه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه. وقد يوصف به نفس العقد، ولعلّه تسامح.

الشرح:

الإيقاع، مع أنه لو لم يكن للإيقاع بقاء فكيف يجوز للزوج في الطلاق الرجعي إلغاء طلاقه، فإن الرجوع في الطلاق كالرجوع في الهبه إلغاء.

نعم، لو صحّ أن الصحّح في العقود على خلاف القاعده والالتزام بها للروايات الخاصه لأمكن أن يقال: إن النصوص كلها وارده في العقود ولا تعم الإيقاعات، ولكن يلزم على ذلك الاقتصار في الحكم بالصحّه بالعقود التي وردت الروايات في موردّها. والحاصل: أنّه يبقى في التفرقه بين العقود والإيقاعات مجرد دعوى الإجماع كما لا يخفى.

ثمّ إن المصنف رحمه الله قد تعرض أولاً. لكون مجرد رضا المالك بحصول العقد دون إظهاره ذلك وإذنه فيه غير موجب لخروج العقد عن الفضوليته موضوعاً أو حكماً بأن لا يحتاج ذلك العقد في تمامه إلى لحوق الإجازة به، وذكر في وجه عدم الخروج أن مجرد رضا المالك وحتى العلم به لا. يوجب كون العاقد مالكا للتصرف، ويظهر ذلك من كلماتهم، حيث اعتبروا كون العاقد مالكا أو وكيلًا. أو وليا، ومجرد رضا المالك لا يوجب حصول شيء من هذه العناوين. وكذا يظهر من ذكر روايه عروه البارقي(1) دليلاً على تمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة، مع فرض تحقّق رضا المالك في موردّها.

ص: ٢٨٥

١- (١) عوالي اللآلي ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦، مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وكيف كان، فيشمل العقد الصادر من الباكره الرشيده بدون إذن الولي، ومن المالك إذا لم يملك التصرف، لتعلق حق الغير بالمال، كما يومئ إليه استدلالهم لفساد الفضولي بما دلّ على المنع من نكاح الباكره بغير إذن وليها، وحينئذ فيشمل بيع الزاهن والسفيه ونحوهما، وبيع العبد بدون إذن السيد.

الشرح:

واستقرب في آخر كلامه خروجه بالرضا المزبور عن عقد الفضولي حتى فيما إذا لم يظهر المالك رضاه فيجب على المالك بينه وبين ربه الوفاء بالعقد، واستدل على ذلك بإطلاق حل التجاره عن تراض وعموم وجوب الوفاء بالعقد وبحدِيث: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبه نفسه»^(١)، حيث إن مقتضاه حل مال الغير وجواز تملكه برضا المالك وطيب نفسه. وبما دل على أن سكوت المولى على نكاح العبد مع علمه به إمضاء ورضاء^(٢)، وبما يظهر من روايه عروه البارقي^(٣) من تمام البيع وجواز ترتيب الآثار عليه بمجرد إحراز رضا المالك، كما هو مقتضى إقباض العروه أحد الشاتين من المشتري وأخذ الدينار منه، فإنه لا يجوز في بيع الفضولي للعاقده القبض والإقباض، وتقرير النبي صلى الله عليه وآله للعروه شاهد لجواز فعله. أضف إلى ذلك ظاهر كلمات بعض الأصحاب من أن الوجه في عدم تمام بيع الفضولي ووقوفه على إجازة المالك فقد رضاه، فإن مقتضى ذلك عدم احتياجه إلى الإجازة فيما كان مقارنا لرضا المالك، بل لو فرض إطلاق عقد الفضولي عليه فلا دليل على احتياج كل عقد فضولي إلى الإجازة، مع أن علم المالك بحصول العقد ورضاه به وبقاء هذا الرضا إلى ما بعد ولو آنا ما إجازة للعقد المزبور.

ص: ٢٨٦

-
- ١- (١) عوالى اللآلى ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، وسائل الشيعه ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١.
 - ٢- (٢) راجع الوسائل ٢١: ١١٧، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.
 - ٣- (٣) عوالى اللآلى ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦.

وكيف كان، فالظاهر شموله لما إذا تحقّق رضا المالك للتصرّف باطناً، وطيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحاً أو فحوى، لأنّ العاقد لا يصير مالكاً للتصرّف ومسلطاً عليه بمجرد علمه برضا المالك.

الشرح:

أقول: ما ذكره قدس سره لخروج عقد الأجنبي بمقارنه رضا المالك عن الفضوليه من الوجوه ضعيف، أمّا التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقد (١) أو إطلاق التجاره عن تراض (٢) فإنّ مدلولهما بمناسبه الحكم والموضوع وجوب وفاء كل بعقده وجواز الأكل بتجارته، ولا يكون عقد الأجنبي عقد المالك وتجارته بمجرد الرضا باطناً، بل لا بد في إضافه العقد والتجاره إليه، من إنشاء رضاه وإمضائه. وأمّا حديث عدم الحل فمفاده دخاله رضا المالك وطيب نفسه في حل ماله للغير وأنّ الحل لا يكون بدون رضاه، وأمّا أنّ الطيب والرضا تمام الموضوع للحل فلا، لاحظ قوله عليه السلام: «لا صلاه إلاّ بطهور» (٣)، فإن مقتضاه عدم حصول الصلاه بدون الطهاره، لا أنّ الطهاره تمام ما يحصل بها الصلاه.

وبما ذكر يظهر الجواب عن الاستدلال لكفايه الرضا باطناً بقوله عليه السلام في صحيحه محمد بن مسلم: «لا تشتريها إلاّ برضا أهلها» (٤)، حيث إن مدلولها دخاله رضا المالك في نفوذ الشراء، وأمّا أنه يكفي مجرد الرضا فيه فلا، هذا مع احتمال أن يراد بالرضا إبرازه كما لا يخفى.

وأما ما دلّ على أن سكوت المولى على نكاح العبد إقرار ورضاء به فلا يدل على ما ذكر، فإن كون العقد فضولياً تارة باعتبار عدم رضا من يعتبر رضاه في ذلك

ص: ٢٨٧

١- (١) يعنى الآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائده: الآيه ١ .

٢- (٢) يعنى الآيه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، سورة النساء: الآيه ٢٩ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١ : ٣٦٥، الباب الأول من أبواب الوضوء، الحديث الأول.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٣٤، الباب الأول من أبواب عقد البيع، الحديث ٣.

الشرح:

العقد لا لفقد استناده إلى المالك، كما في نكاح الرشيدة الباكره فإنها هي التي تجعل نفسها زوجه للآخر، غايه الأمر يعتبر في هذا الجعل رضا أبيها أو جدّها، ففي مثل ذلك يتم العقد بمقارنه الرضا أو لحوقه.

ومن هذا القبيل نكاح العبد ولحوق رضا مولاه به، وهذا بخلاف ما إذا كان فضوليا باعتبار عدم استناد العقد إلى المالك، كما في بيع الأجنبي مال شخص من آخر، حيث إن رضا المالك واقعا ما دام لم يكن إظهار وإمضاء لا يوجب استناد العقد إليه.

ومما ذكرنا يظهر أن ما ذكره قدس سره من أن بقاء رضا المالك إلى ما بعد العقد ولو آنا ما إجازة له، مدفوع بأن الرضا الواقعي ما لم يكن إظهار من المالك لا يكون مصححا للاستناد حتى ما بقى إلى الأبد، وقد يقال، كما عن بعض الأجله قدس سره بأنه لا- يعتبر في صحه البيع وغيره من العقود الانتساب بالمعنى المذكور بأن يكون العقد عقد المالك وبيعه، وكون المراد بقوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١)، و«إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ» (٢): أوفوا بعقودكم، أو كان الأكل بتجارتكم غير صحيح، فإنه كيف يكون البيع الصادر عن الغير بيعاً للمالك بالإجازة. مع أن الإجازة مفهومها العرفي تنفيذ للفعل الصادر عن الغير، فهي بنفسها تدفع انتساب الفعل إلى المجيز، بل الأمر في موارد الوكالة والإذن السابق كذلك. فإن البيع لا يكون منتسبا إلى الموكل والإذن حقيقه؛ ولذا لو سئل الموكل عن أنك بعت دارك، فيقول: لا، بل باعها وكيلى، ومن الظاهر أنّ الأحكام الواردة في الخطابات على العناوين ظاهرها ثبوت تلك الأحكام على أفرادها الحقيقيه.

والحاصل: أنه لا يعتبر في صحه البيع أو نحوه من العقود إلا كونه مع إذن المالك

ص: ٢٨٨

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) سورة النساء: الآية ٢٩ .

ويؤيده: اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً أو مأذوناً أو ولياً، وفزعوا عليه بيع الفضولي. ويؤيده أيضاً: استدلالهم على صحه الفضولي بحديث عروه البارقي مع أنّ الظاهر علمه برضا النبي صلى الله عليه وآله بما يفعله. وإن كان الذي يقوى في النفس لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب عدم توقّفه على الإجازة اللاحقه، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد، سواء علم به العاقد، أو انكشف بعد العقد حصوله حينه، أو لم ينكشف أصلاً، فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى إمضاء ما رضى به وترتيب الآثار عليه، لعموم وجوب الوفاء بالعقود، وقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، «ولا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه»، وما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقرار منه، وروايه عروه البارقي الآتية، حيث أقبض المبيع وقبض الدّينار، لعلمه برضا النبي صلى الله عليه وآله، ولو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يجز التصرف في المعوض والعوض بالقبض والإقباض، وتقرير النبي صلى الله عليه وآله له على ما فعل دليل على جوازه.

هذا، مع أنّ كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الفرض عن الفضولي وعدم وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحه: إنّ الشرائط كلّها حاصله إلاّ رضا المالك، وقولهم: إنّ الإجازة لا يكفي فيها السيّكوت، لأنّه أعمّ من الرضا، ونحو ذلك.

الشرح:

أو رضاه أو إجازته ولو لم ينتسب ذلك البيع إلى المالك، وقد تقدم بيان المراد بالتجاره عن تراضٍ أن مقتضى مقابلتها بالأكل بالباطل اعتبار كونها أكلاً بحق لا لخصوصيه؛ لصدورها عن تراضٍ، وكون التجاره أكلاً بحق يعم البيع الفضولي مع لحوق الإجازة به أو تقارنه برضا المالك. انتهى.

أقول: الجواب عما ذكر تاره بالنقض وأخرى بالحل.

ثم لو سلم كونه فضولياً، لكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه على الإجازة، لأنه لا دليل على توقفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة، كما هو أحد الاحتمالات فى من باع ملك غيره ثم ملكه. مع أنه يمكن الاكتفاء فى الإجازة بالرّضا الحاصل بعد البيع المذكور آنفاً، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات.

ثم إنّه لو أشكل فى عقود غير المالك، فلا ينبغى الإشكال فى عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد ولو لم يأذن له، لعدم تحقّق المعصية التى هى مناط المنع فى الأخبار، وعدم منافاته لعدم استقلال العبد فى التصرف.

ثم اعلم: أنّ الفضولى قد يبيع للمالك، وقد يبيع لنفسه، وعلى الأول فقد لا يسبقه منع من المالك، وقد يسبقه المنع، فهنا مسائل ثلاث:

الأولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، وهذا هو المتيقّن من عقد الفضولى. والمشهور: الصّحّة، بل فى التذكرة نسبة إلى علمائنا، تاره صريحاً، وأخرى ظاهراً بقوله: عندنا، إلاّ أنّه ذكر عقيب ذلك: أنّ لنا فيه قولاً بالبطلان.

الشرح:

أما الأول: فإنّ القول المزبور يستلزم محاذير ولا أظن الالتزام بها:

منها: ما إذا أخبر المحرم بأنّ الأجنبى قد أجرى فى حقه نكاحاً وأنه قد زوج بنت فلان منه وأن له أن يجيزه وذلك المحرم قد أّخر إجازته إلى ما بعد إحرامه مع فرحته وابتهاجه باطنا من سماع الخبر، فلا بد من أن يلتزم بأنّ البنت المزبوره قد حرمت عليه مؤبّداً، فإنّ فرحته بالنكاح المزبور قلباً موجب لتحقق النكاح فيعمه قوله عليه السلام: «من تزوج امرأه فى إحرامه فرق بينهما ولا تحل له أبداً»^(١).

ومنها: أنه لو أنشأ إيجاب البيع أو قبوله وكيه فى مجرد إنشاء بيع الحيوان أو غيره فلا يكون له خيار المجلس ولا خيار الحيوان؛ لأنّ البائع أو المشتري حقيقه هو الوكيل،

ص: ٢٩٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ : ٤٤٠، الباب ١٥ من أبواب تروك الإحرام، الحديث ٤.

وفى غايه المراد: حكى الصحه عن العماني والمفيد والمرضى والشيخ فى النهايه وسلاّر والحلبى والقاضى وابن حمزه. وحكى عن الإسكافى، واستقرّ عليه رأى من تأخر عدا فخر الدين وبعض متأخرى المتأخرين، كالأردبيلى والسيد الداماد وبعض متأخرى المحديثين. لعموم أدله البيع والعقود، لأنّ خلّوه عن إذن المالك لا- يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه، واشتراط ترتّب الأثر بالرّضا وتوقّفه عليه أيضاً لا- مجال لإنكاره، فلم يبق الكلام إلّا فى اشتراط سبق الإذن، وحيث لا دليل عليه فمقتضى الإطلاقات عدمه، ومرجع ذلك كلّه إلى عموم حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد، خرج منه العارى عن الإذن والإجازة معاً، ولم يعلم خروج ما فقد الإذن ولحقه الإجازة. وإلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم: بأنّه عقد صدر عن أهله فى محلّه.

الشرح:

وقد ذكر فى الروايات أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا(١) وأن مشترى الحيوان بالخيار إلى ثلاثه أيام(٢)، والموكل لا يكون بائعا ولا مشترى فى الحقيقة.

ومنها: أنه لو أخذ أظافير المحرم باستدعاء من المحرم أو حلق رأسه كذلك فلا بد من أن يلتزم بأن المحرم لم يفعل حراما وليس عليه شيء؛ لأن قوله عليه السلام: «من قلم أظافيره فى إحرامه أو أخذ شعره»(٣)، لا- ينطبق على المحرم فإن التقليل فى الفرض فعل غير المحرم... إلى غير ذلك.

وأما الحل: فلأنّ إجازته وإن تتعلق بفعل الغير وعقده إلّا- أنه عقد الغير وبيعه مع قطع النظر عن الإجازة وينتسب إلى المجيز بإجازته، وهذا الانتساب ولو كان اعتباريا إلّا أن الخطابات الشرعيه قد تكون بمناسبه الحكم والموضوع ناظره إلى بيان الحكم

ص: ٢٩١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٥ ، الباب ١ من أبواب الخيار .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠ ، الباب ٣ من أبواب الخيار .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٧ : ١٣ ، الباب ٢ من أبواب التقصير، الحديث الأول.

فما ذكره فى غايه المراد: من أنه من باب المصادر، لم أتحمق وجهه، لأن كون العاقد أهلاً للعقد من حيث إنه بالغ عاقل لا كلام فيه، وكذا كون المبيع قابلاً للبيع، فليس محلّ الكلام إلاّ خلوّ العقد عن مقارنه إذن المالك، وهو مدفوع بالأصل، ولعلّ مراد الشهيد: أنّ الكلام فى أهليّته العاقد، ويكفى فى إثباتها العموم المتقدّم. وقد اشتهر الاستدلال عليه بقضيه عروه البارقى، حيث دفع إليه النّبى صلى الله عليه وآله ديناراً، وقال له: «اشتر لنا به شاه للاضحيه» فاشترى به شاتين، ثمّ باع أحدهما فى الطريق بدينار، فأتى النّبى صلى الله عليه وآله بالشاه والدينار، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: «بارك الله لك فى صفقه يمينك»، فإنّ بيعه وقع فضولاً وإنّ وجّهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولى.

هذا، ولكن لا يخفى أنّ الاستدلال بها يتوقّف على دخول المعامله المقرونه برضا المالك فى بيع الفضولى.

الشرح:

بهذا الانتساب ويجرى ذلك حتى فى الأفعال الخارجيه، كقوله: «من بنى مسجداً بنى الله له بيتاً فى الجنه»^(١)، والدعوى أنّ هذا الانتساب لا يعتبر ولا يصححه مجرد الرضا الباطنى من المالك، بل لابد من إبرازه وإنشائه بالإذن أو بالإجازة، فتدبر.

وأما روايه عروه البارقى فالظاهر أنّ شراء الشاتين لا يكون من شراء الفضولى، حيث إن توكيل النّبى صلى الله عليه وآله فى شراء شاه بدينار بفحواه توكيل وإذن فى شراء الزائد عن الواحد بالمبلغ المزبور، وأما بيعه واحده منهما بدينار فلا بعد فى كونه بيعاً فضولياً يحتاج إلى الإجازة، ولكن يجوز معه القبض والإقباض فإنّ عدم جوازهما من الفضولى باعتبار كونهما تصرف خارجى فى مال الغير ومع إحراز رضا المالك بهما فلا حرمه، بل قد يكون إجازة العقد بعد ذلك إجازة لذلك القبض أو الإقباض كما لا يخفى.

ص: ٢٩٢

١- (١) وسائل الشيعه ٥: ٢٠٣، الباب ٨ من أبواب أحكام المسجد، الحديث الأول.

توضيح ذلك: أنّ الظاهر علم عرّوه برضا النبي صلى الله عليه وآله بما يفعل، وقد أقبض المبيع وقبض الثمن، ولا ريب أنّ الإقباض والقبض في بيع الفضولي حرام، لكونه تصرفاً في مال الغير، فلا بدّ: إمّا من التزام أنّ عرّوه فعل الحرام في القبض والإقباض، وهو مناف لتقرير النبي صلى الله عليه وآله . وإما من القول بأنّ البيع الذي يعلم بتعقّبه [١] للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة، بناءً على كون الإجازة كاشفه وسيجيء ضعفه. فيدور الأمر بين ثالث، وهو جعل هذا الفرد من البيع وهو المقرون برضاء المالك خارجاً عن الفضولي كما قلناه. ورابع، وهو علم عرّوه برضاء النبي صلى الله عليه وآله بإقباض ماله للمشتري حتّى يستأذن، وعلم المشتري بكون البيع فضولياً حتّى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة، وإلاّ فالفضولي ليس مالكاً ولا وكيلاً فلا يستحق قبض المال، فلو كان المشتري عالماً فله أن يستأمنه على الثمن حتّى ينكشف الحال بخلاف ما لو كان جاهلاً. ولكنّ الظاهر هو أوّل الوجهين [٢] الشرح:

[١] يعنى: أن يقال بأنّ الإجازة معتبره على نحو الكشف الحقيقي، وحيث كان عرّوه عالماً بحصولها وتعقب العقد بها وقع منه القبض والإقباض باعتبار إحراره انتقال المالكين، وكون الشاه ملكاً للمشتري والدينار ملكاً للنبي صلى الله عليه وآله واقعا، لكن اعتبار الإجازة بنحو الكشف الحقيقي ضعيف جدا كما سيأتى.

أقول: وأضعف منه احتمال كون عرّوه معتقدا لاعتبار الإجازة في عقد الفضولي بهذا النحو.

[٢] المراد أوّل الوجهين الأخيرين، وهو كون هذا النحو من العقد المقرون برضاء المالك خارجاً عن الفضولي، والمراد برضاء المالك الأعم الشامل لرضاه التقديرى، أى بحيث لو التفت إلى العقد لرضى به.

أقول: لم يظهر جهه ظهور هذا الوجه مع قوه احتمال كون بيعه إحدى الشاتين

[الآخرين وهو القول الثالث] كما لا يخفى خصوصاً بملاحظه أنّ الظاهر وقوع تلك المعامله على جهه المعاطاه.

وقد تقدّم أنّ المناط فيها مجرد المراضاه ووصول كلّ من العوضين إلى صاحب الآخر وحصوله عنده بإقباض المالك أو غيره ولو كان صيباً أو حيواناً فإذا حصل التقابض بين فضولتين أو فضولى وغيره مقرونّاً برضا المالكين، ثمّ وصل كلّ من العوضين إلى صاحب الآخر وعلم برضاء صاحبه كفى في صحّحه التصرف، وليس هذا من معامله الفضولى لأنّ الفضولى صار آله في الإيصال والعبره برضاء المالك المقرون به.

الشرح:

فضوليا وحصول القبض والإقباض باعتبار علمه برضا النبي صلى الله عليه وآله واطلاع المشتري بحال المعامله، وهذا هو الوجه الرابع فى كلام المصنف رحمه الله، وأما ما ذكره رحمه الله من أن الظاهر وقوع معامله إحدى الشاتين على وجه المعاطاه فعجيب، فإنه إن أراد حصول المعاطاه بإقباض عروه الشاه وأخذة الدينار وأن هذا القبض والإقباض كان بعنوان المعامله المعاطاتيه ولم يكن فى البين إيجاب وقبول لفظاً، فلا سبيل لنا إلى إحراز ذلك. وإن أراد أن وصول الشاه إلى المشتري المزبور بإقباض عروه الشاه ووصول الدينار إلى النبي صلى الله عليه وآله مع تراضيهما محقق للمعاطاه، فليس فى البين بيع فضولى ليحتاج إلى الإجازة. ففيه:

أولاً: أنه يعتبر فى حصول المعاطاه من إنشاء الملك بالقبض ولا يكفى مجرد وصول المالكين، كما مر فى بحث المعاطاه.

وثانياً: نفرض كفايه ذلك فى حصولها ولكن المعاطاه لا تصحح إقباض عروه وقبضه، حيث إنهما من التصرف فى مال الغير بلا رضاه.

ص: ٢٩٤

واستدل له أيضاً تبعاً للشَّهيد في الدُّروس بصحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليده باعها ابن سيدها وأبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتى باعها ابني بغير إذنى، فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته وابنها، فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليده حتى ينفذ البيع لك، فلمّا رآه أبوه قال له: أرسل ابني. قال: لا والله! لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلمّا رأى ذلك سيّد الوليده أجاز بيع ابنه. . . الحديث».

قال في الدروس: وفيها دلالة [١] على صحّة الفضولي وأنّ الإجازة كاشفه ولا يرد عليها شيء مما يوهن الاستدلال [٢] بها، فضلاً عن أن يسقطه. وجميع ما ذكر

الشرح:

وثالثاً: إنّ قول النبي صلى الله عليه وآله: «بارك الله في صفقه يمينك» (١) ظاهرها حصول المعاملة من العروه، لا أنه كان مجرد واسطه في وصول المالكين إلى الطرفين.

[١] أما دلالتها (٢) على صحته بيع الفضولي فلأنّ المفروض فيها وقوع البيع على مال الغير وقد حكم بتمام ذلك البيع بإجازة المالك، وأما دلالتها على اعتبار الإجازة بنحو الكشف فإنّ مقتضى استحقاق المشتري استرداد الغلام وسقوط قيمته عن عهده؛ إذ لو كانت الإجازة معتبره بنحو النقل لم يكن وجه لسقوطها، حيث إن قيمة الولد تدارك لمنفعه البضع التي أتلفها المشتري على المالك، ولا تعتبر هذه المنفعة ملكاً للمشتري على مسلك النقل حتى لم يكن عليه ضمانها كما لا يخفى.

[٢] قيل: لا يمكن الحكم لأب البائع باستحقاقه الوليده وابنها بمجرد دعوى

ص: ٢٩٥

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ : ٢٤٥، الباب ١٨، من أبواب عقد البيع وشروطه.

٢- (٢) أى دلالة الحديث الذى فى المتن، وسائل الشيعه ٢١ : ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

فيها من الموهنات موهونه، إلا ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوقه بالرد، من جهة ظهور المخاصمه في ذلك، وإطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيين أخذ الجاربه وأنها من المالك بناءً على أنه لو لم يرد البيع وجب تقييد الأخذ بصوره اختيار الرد ومناشده المشتري للإمام عليه السلام وإلحاحه عليه في علاج فكاك ولده، وقوله: «حتى ترسل ابني» الظاهر في أنه حبس الولد ولو على قيمته يوم الولاده. وحمل إمساكه الوليده على حبسها لأجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة ينافيه قوله عليه السلام: «فلما رأى ذلك سيد الوليده أجاز بيع الولد».

والحاصل: أن ظهور الرواية في رد البيع أولاً مِمَّا لا ينكره المنصف، إلا أن الإنصاف أن ظهور الرواية في أن أصل الإجازة مجديه في الفضولي مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية في مورد الرواية غير قابل للإنكار، فلا بد من تأويل ذلك الظاهر، لقيام القرينه وهي الإجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد.

الشرح:

ملكها وبعدم إذنه لابنه في بيعها، بل تحتاج الدعوى إلى الإثبات فإنها على خلاف مقتضى يد البائع عليها.

وفيه: أنه ليس في الرواية عدم إثباته دعواه وأنه كان حكم على عليه السلام بأخذه الوليده وابنها بمجرد الدعوى، كما أن حكمه عليه السلام بإمساك الولد يمكن كونه لحبسه على قيمته.

وما ذكره المصنف رحمه الله من ظهور الرواية في كون الإجازة فيها مسبوقه بالرد أيضا لا يمكن المساعده عليه، فإن المخاصمه ودعوى أن الوليده ملك له فعلاً؛ لوقوع البيع عليها بغير إذنه وأنه يريد أخذها من مشتريها، لا تكون قرينه على رد البيع وإلغائه بالقول أو الفعل، بل غايتها أنه لا يجيزه فعلاً. وكذا إطلاق حكم الإمام عليه السلام فإنه باعتبار عدم حصول الإجازة، ولا يلزم من ذلك إنشاء الرد وإلغاء العقد الواقع.

وبعبارة أخرى: حكم الإمام عليه السلام بأخذه الوليده وابنها باعتبار عدم تمام المعامله

والحاصل: أنَّ مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية من جهة اشتغالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة بناءً على قاعده اشتراك جميع القضايا المتَّحده نوعاً في الحكم الشرعي كان ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبوقه بالردّ مانعاً عن الاستدلال بها، موجِباً للاقتصار على موردها، لوجهِ عِلْمِهِ الإمام عليه السلام، مثل: كون مالك الوليده كاذباً في دعوى عدم الإذن للولد، فاحتال عليه السلام حيله يصل بها الحقّ إلى صاحبه. أمّا لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الأمير عليه السلام في قوله: «خذ ابنه حتّى ينفذ لك البيع»، وقول الباقر عليه السلام في مقام الحكاياه: «فلما رأى ذلك سيّد الوليده أجاز بيع ابنه» في أنّ للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه وينفذه، لم يقدح في ذلك ظهور الإجازة الشخصية في وقوعها بعد الردّ، فيؤوّل ما يظهر منه الردّ بإرادته عدم الجزم بالإجازة والردّ، أو كون حبس الوليده على الثمن، أو نحو ذلك. وكأنّه قد اشتبه مناط الاستدلال على من الشرح:

فعلاً لا لإلغاء إنشائها.

وبهذا يظهر أن أخذ أب البائع وإمساكه الوليده وابنها لا يكشف إلّا عن عدم إمضائه المعامله فعلاً لا عن إلغائها قولاً أو فعلاً من أولها، كما هو المراد بردها، وعدم إجازة المالك فعلاً كاف في إلحاح المشتري على الإمام عليه السلام ومناشدته في خلاص الابن وأمه.

والمتحصل أن ما ذكر السيد اليزدي رحمه الله (١) من أنّ الصحيحه تدل على نفوذ الإجازة حتّى بعد رد المالك المعامله برد فعلي وأنه يمكن الالتزام بذلك، فإن الإجماع على عدم نفوذ الإجازة بعد الرد دليل لُبِّي، والمتيقّن منه عدم نفوذها بعد الرد القولى لا يمكن المساعده عليه؛ لما ذكر من عدم الدلالة في الروايه على حصول الرد من مالك الجاريه فعلاً أو قولاً، فلاحظ.

ص: ٢٩٧

١- (١) نقله السيد الخوئي قدس سره في مصباح الفقاهه ٢: ٦٥٦ ٦٥٧.

لم يستدلّ بها فى مسأله الفضولى، أو يكون الوجه فى الإغماض عنها ضعف الدلاله المذكوره، فإنّها لا تزيد على الإشعار [١] ولذا لم يذكرها فى الدّروس

الشّرح:

[١] والوجه فى ذلك أنّ الحكم المذكور فى الروايه حكم لواقعه خاصه لا إطلاق فى الحكم المزبور ولا عموم، ولو لم يكن فى الروايه فرض سبق الرد لكان التعدى منها إلى سائر موارد إجازة بيع الفضولى متعينا باعتبار عدم احتمال الخصوصيه فى المفروض فيها ولكن ظاهرها لحوق الإجازة بالبيع بعد رده، والحكم بنفوذ الإجازة فى الفرض يتعين توجيهه بمثل أن الأب كان كاذبا فى نفيه الإذن فى بيع ابنه، فقول على عليه السلام للمشتري: «خذ ابنه . . . حتى ينفذ لك ما باعك» (١) تعليم حيله له حتى يصل إلى حقّه الواقعى.

والحاصل: أنّ الإجازة فى فرض الروايه ليست مصححه للبيع واقعا ليتمكن التعدى منها.

نعم، تعليق نفوذ البيع المزبور على إجازة الأب فى قوله عليه السلام: «حتى ينفذ لك البيع» من تعليق الحكم على الوصف، ففيه إشعار بكون إجازة المالك مصححه للمعامله الواقعه على ماله فضولاً.

أقول: قد ظهر مما ذكرنا عدم المجال لما ذكره المصنف رحمه الله من أنّه إن كان النظر فى الاستدلال على صحه بيع الفضولى بلحوق الإجازة إلى نفس القضيّه الشخصيه فالإجازة فيها باعتبار كونها مسبوقة بالرد لا تفيد صحه العقد، ولا بد من توجيه الحكم فيها بأنّ البائع كان كاذبا فى دعواه فعلم الإمام عليه السلام المشتري حيله حتى يصل بها إلى حقّه الواقعى، ولا يمكن استفاده الحكم فى البيوع الفضوليه بلحوق الإجازة بها.

ص: ٢٩٨

الشرح:

وأما إذا كان النظر إلى قوله عليه السلام للمشتري: «خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع»^(١)، وقول أبي جعفر عليه السلام في مقام الحكاية: «فلما رأى ذلك سيد الوليد أجاز البيع»^(٢)، فيمكن استفادة الحكم في سائر البيوع الفضولية وأنها تتم بلحوق الإجازة بها.

والوجه في عدم المجال أنه لم يذكر في الجواب حكم لمطلق بيع الفضولى ليؤخذ بإطلاقه ويقال: إن تطبيق ذلك الحكم الكلى على المفروض في السؤال، في غير مورده وذلك لتعليم الحيله ولحصول المشتري حقه.

بل الجواب حكم لخصوص الواقعة المزبوره التي لا تصححها الإجازة ولا تفيد فيها شيئا، فكيف يمكن استفادة الحكم في سائر البيوع الفضولية إلا بالإشعار الذى ذكرنا خروجه عن قسم الدلالات.

ثم إن في الروايه من جهه فقهها إشكالين، سواء قيل باستفاده حكم بيع الفضولى بلحوق الإجازة منها أولا.

الأول: أنه كيف حكم (سلام الله عليه) بأنّ السيد الأول يأخذ ابن الوليد، مع أن الولد المزبور حر لا يدخل في الملك، والوجه في كونه حرا قول المشتري: «لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني»^(٣)، وأنه لو كان المشتري عالما بأن بيع الوليد فضولى لكان الولد باعتبار كونه من زنا رقا لسيد الوليد، ولما كان اعتناؤه عليه السلام بمناشده المشتري وإلحاحه مناسبا، بل الأنسب أن يجرى عليه الحد باعتبار كونه زانيا.

والحاصل: أنه لا موجب لأخذ الولد الحر حتى مع فرض امتناع المشتري عن

ص: ٢٩٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والأماء، الحديث ١.

٢- (٢) المصدر السابق.

٣- (٣) المصدر السابق .

المناقشه فى الاستدلال بفحوى صحه نكاح الفضولى

فى مسأله الفضولى بل ذكرها فى موضع آخر لكنّ الفقيه فى غنى عنه بعد العمومات المتقدّمه، وربّما يستدلّ أيضا بفحوى صحه عقد النكاح[١] من الفضولى

الشّرح:

دفع قيمته، ولو فرض جواز حبس الولد لقيّمته لكان المتعين أن يحكم بأخذ الولد ولكن معلقا على امتناع المشتري عن دفع قيمته لا مطلقا.

والثانى: أنّه كيف حكم للمشتري بأن يأخذ البائع الابن، وما قيل من أنّ أخذه لحبسه على استرداد ما أخذه من المشتري بعنوان ثمن الوليده، حيث إن المديون الممتنع يحبس لدينه، يدفعه قوله عليه السلام: «خذ ابنه يعنى الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك ما باعك»(١)، فإنّه على الاحتمال المزبور يلزم أن يحكم بأخذ ابنه حتى يسترد هو الثمن الذى أخذ منك أو يغرّم أبوه ذلك الثمن، لا أن يجعل غايه الأخذ إنفاذ البيع.

ولكن لا يخفى أنّ عجزنا عن فهم هذين الأمرين لا يضر بالاستدلال بها على أنّ بيع الفضولى يتم بلحوق الإجازة.

[١] ويستدل على صحه بيع الفضولى وتسامه بإجازة المالك بفحوى ما ورد فى تمام النكاح فضولا بلحوق الإجازة به، كما إذا تزوّج الصغير غير وليه فأجاز النكاح بعد بلوغه أو تزوّج العبد بغير إذن مولاه فأجازة المولى، فإنّ صحه النكاح بلحوق الإجازة به، مع ما فيه من الاهتمام من كونه تحليل فرج وتمليك بضع، أى إن شاء حق الاستمتاع ويكون منه الولد يستلزم صحه بيع الفضولى بلحوق الإجازة به بالأولويه.

وأشار إلى هذا بالفحوى فى «غايه المراد»(٢)، واستدل بها فى «الرياض»(٣) وذكر أنّه لولاها لكان الحكم بصحه بيع الفضولى بلحوق الإجازة به مشكلا من جهه

ص: ٣٠٠

١- (١) المصدر السابق .

٢- (٢) أنظر غايه المراد : ١٧٨ .

٣- (٣) أنظر الرياض ١ : ٥١٢ .

فى الحرّ والعبد، الثابته بالنصّ والإجماعات المحكيه، فإنّ تملك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تملك ماله أولى بذلك، مضافاً إلى ما علم من شدّه الاهتمام فى عقد النكاح، لأنّه يكون منه الولد، كما فى بعض الأخبار. وقد أشار إلى هذه الفحوى فى غايه المراد، واستدلّ بها فى الرياض، بل قال: إنّه لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكيه على المنع. وهو حسن، إلّا أنّها ربّما توهن بالنصّ الوارد فى الردّ على العامّه الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه، بالصّحّه فى الثّانى، لأنّ المال له عوض، والبطلان فى الأوّل، لأنّ البضع ليس له عوض، حيث قال الإمام عليه السلام فى مقام ردّهم واشتباهم فى وجه الفرق «سبحان الله! ما أجور هذا الحكم وأفسده، فإنّ النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه، لأنّه الفرج، ومنه يكون الولد. . . الخير».

الشرح:

الإجماعات المنقوله على بطلان البيع المزبور.

وكيف كان، فقد ذكر المصنف رحمه الله أنّ هذه الفحوى حسنه، إلّا أنه ربما يضعفها ما ورد فى ردّ العامّه فى مسأله تصرف الوكيل قبل بلوغ عزله إليه، فإنّ العامه قالوا: إن تصرف الوكيل فى النكاح قبل بلوغ عزله إليه باطل؛ لبطلان وركاله فيه بالعزل واقعا، بخلاف تصرف الوكيل فى المعاوضه الماليه فإنّه محكوم بالصّحه، حيث لا تبطل وكالته فيها إلّا ببلوغ العزل. وعللوا الفرق بأنّ المال له عوض فلا مانع من نفوذ التصرف فيه، بخلاف النكاح فإنه لا عوض فيه بأن تقع المعاوضه بين البضع والمال فيقتصر فى ثبوت ملك البضع على الأقل. وقد تصدى الإمام عليه السلام فى معتبره علاء بن سيباه لإنكار هذا التفصيل وأنه ما أجور هذا الحكم وأفسده! فإن النكاح أولى بالاحتياط فيه، فإنه يكون منه الولد(1)، والمستفاد من ردّه (سلام الله عليه) أن الحكم بالصّحه فى البيع

ص: ٣٠١

١- (١) انظر وسائل الشيعه ١٩ : ١٦٣، الباب ٢ من كتاب الوكاله، الحديث ٢.

وحاصله: أنّ مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع، من حيث الاحتياط المتأكد في النكاح دون غيره، فدلّ على أنّ صحه البيع تستلزم صحه النكاح بطريق أولى. خلافاً للعامه حيث عكسوا وحكموا بصحه البيع دون الشرح:

يستلزم الحكم بها في النكاح بالأولويه دون العكس، وعلى ذلك فما ورد في صحه نكاح الفضولى بلحوق الإجازة به لا يدل على الصحه في البيع الفضولى بالفحوى.

ثم تعرض رحمه الله لما يستفاد من الروايه من كون الحكم بصحه نكاح الوكيل قبل بلوغ عزله إليه احتياطاً، مع أنّ في دوران المرأه بين كونها زوجه أو أجنبيه فلا- يكون ترتيب آثار الزوجيه من الاحتياط، كما أنه لا- يكون ترتيب آثار الملك في مورد دوران المال بين كونه ملكه لصحه البيع وملكه غيره لفساد البيع من الاحتياط. ووجه رحمه الله ذلك بأن المراد منه الاحتياط بالإضافة، أى ما يكون محذور مخالفه الواقع فيه أخف لا الاحتياط المطلق، يعنى التحفظ على الواقع على كل تقدير. وذلك فإنّ الحكم ببطلان النكاح في مورد تردده بين الصحه والفساد قد يكون تفريقاً بين الزوجين فيتزوج الزوجه من آخر فيحصل الزنا بذات البعل، بخلاف ما إذا حكم بالصحه فإنه على تقدير عدم ثبوت الزوجيه واقعا يكون الوطى بالشبهه بغير ذات البعل، وهذا أهون من الأول.

أقول: لا يخفى أنّ حكم العامه بصحه البيع لم يكن للاحتياط ليكون قوله عليه السلام: «فإن النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه؛ لأنه الفرج»^(١)، ناظراً إلى أنّ الاحتياط في النكاح يحصل الحكم بصحته في مورد دورانه بين الصحه والفساد، فإن لازم ما ذكر البناء على صحه النكاح ورفع اليد عن أصاله الفساد في كل مورد تردد النكاح بين الصحه والفساد، حيث يكون البناء عليها أخفّ محذورا من البناء على الفساد وعدم ثبوت الزواج.

ص: ٣٠٢

١- (١) انظر وسائل الشيعه ١٩ : ١٦٣، الباب ٢ من أبواب كتاب الوكاله، الحديث ٢.

النكاح، فمقتضى حكم الإمام عليه السلام : أن صحه المعامله المالىه الواقعه فى كل مقام، تستلزم صحه النكاح الواقع بطريق أولى، وحينئذ فلا يجوز التعدى من صحه النكاح فى مسأله الفضولى إلى صحه البيع، لأن الحكم فى الفرع لا يستلزم الحكم فى الأصل فى باب الأولويه، وإلا لم تتحقق الأولويه، كما لا يخفى. فالاستدلال بصحه النكاح على صحه البيع مطابق لحكم العامه من كون النكاح أولى بالبطلان، من جهه أن البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

بقى الكلام فى وجه جعل الإمام عليه السلام الاحتياط فى النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله، مستدلاً بأنه يكون منه الولد، مع أن الأمر فى الفروج كالأموال دائر بين محذورين، ولا احتياط فى البين.

الشرح:

ولا- أظن أحدا يلتزم بذلك، مع أن المورد ليس من دوران الأمر بين المحذورين حتى لا يمكن فيه الاحتياط المطلق والتحفظ على الواقع على كل تقدير، فإن مقتضى كون النكاح فرجا يحتاط فيه لزوم إيقاع الطلاق أو تجديد العقد عند الشك فى العقد السابق.

والظاهر بقريته حكاية الوجه الاستحسانى المنقول عن العامه فى حكمهم ببطلان النكاح وصحه البيع، وبقريته نقل الإمام عليه السلام قول على عليه السلام فى مسأله نكاح الوكيل قبل عزله إليه أن مراده عليه السلام بالاحتياط فى الصحيحه هو طرح الوجه الاستحسانى المزبور والأخذ بقول على عليه السلام ، حيث إن قوله عليه السلام لا يقصر عن قول ابن عباس وعبدالله بن عمر وغيرهما مما يأخذون به ويرفعون به اليد عن الوجوه الاستحسانيه.

وبعبارة أخرى: الحكم بصحه النكاح فى مسأله عزل الوكيل احتياط من جهه طرح الاستحسان فيها والأخذ بقول على عليه السلام ، فلا يمنع ذلك عن الفحوى المتقدمه.

ص: ٣٠٣

ويمكن أن يكون الوجه في ذلك: أنّ إبطال النكاح في مقام الإشكال والأشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير صحّته واقعاً، فتزوّج المرأة ويحصل الزنا بذات البعل [١] بخلاف إبقائه فإنّه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلا وطء المرأة الخاليه عن المانع، وهذا أهون من وطء ذات البعل. فالمراد بالأحوط هو الأشدّ احتياطاً.

وكيف كان فمقتضى هذه الصحيحه أنّه إذا حكم بصحّته النكاح الواقع من الفضولي لم يوجب ذلك التعدّي إلى الحكم بصحّته بيع الفضولي. نعم لو ورد الحكم بصحه البيع أمكن الحكم بصحّته النكاح لأنّ النكاح أولى بعدم الإبطال كما هو نصّ الروايه.

ثمّ إنّ الروايه وإن لم يكن لها دخل بمسأله الفضولي إلا أنّ المستفاد منها قاعده كليّه هي: أنّ إمضاء العقود الماليه يستلزم إمضاء النكاح من دون العكس الذي هو مبني الاستدلال في مسأله الفضولي هذا.

الشرح:

اللهم إلا- أن يقال: بمنع الفحوى، فإنّ أهميه النكاح وترغيب الشارع الناس إليه لقوام العالم بالتوالد والتناسل الموقوف عليه مع النهي عن مقابله، يعنى الزنا والسفاح، يقتضى التوسعه في سببه حتى لا يكون ضيق السبب حائلاً بين الناس والوصول إليه.

وهذا بخلاف البيع والشراء، فإن لتحصيل المال أسباب أخرى كالمصالحه والهبه المعوضه وغير ذلك، وعليه فلو حكم الشارع بصحه النكاح فضولاً بلحوق الإجازة فيحتمل كون ذلك للتوسعه في السبب في خصوص النكاح، ولا يمكن في هذا الاحتمال التعدّي إلى البيع.

[١] هذا فيما إذا أحرزت المرأة أو زوجها الثانى صحه النكاح السابق أو تردده عندهم بين الصحه والفساد من غير معين للفساد أو الصحه، وإلا فلا يتحقّق عنوان الزنا

الاستدلال لصحة بيع الفضولى بما ورد فى المضاربه

ثم إنه ربّما يؤيد صحّحه الفضولى بل يستدلّ عليها بروايات كثيره وردت فى مقامات خاصّه مثل موثقه جميل عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل دفع إلى رجل مالاً ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربه، فاشترى غير الذى أمره، قال: هو ضامن والربح بينهما على ما شرطه» ونحوها غيرها الوارده فى هذا الباب. فإنّها إن أبقيت على ظاهرها من عدم توقّف ملك الربح على الإجازة، كما نسب إلى ظاهر الأصحاب وعدّ هذا خارجاً عن بيع الفضولى بالنصّ [١] كما فى المسالك وغيره كان فيها الشرح:

كما لا يخفى.

[١] يعنى مقتضى القاعده الأوليه أن لا- يكون لبيع الفضولى صحه فعليه بدون إجازة المالك ويستثنى من ذلك ما يكون من العامل فى المضاربه، كما إذا اشترط عليه فى المضاربه شراء جنس فخالف واشترى آخر، فإنّ هذا الشراء ولو مع ظهور الربح فضولى ولكن محكوم بالصحة الفعلية حتى مع عدم إجازة المالك، وذلك استثناس لحكم بيع الفضولى، حيث يظهر منه أنه لا يعتبر فى صحه بعض البيوع الإذن السابق.

أقول: لا- ترتبط هذه الأخبار بحكم بيع الفضولى ولا استثناس فيها، وذلك فإنّ شراء العامل الجنس الآخر وصحة ذلك الشراء بظهور الربح حتى مع عدم لحوق إجازة المالك لا يوجب أنسا لبيع الفضولى الذى يكون مصححه لحوق الإجازة به، بل فى هذه الأخبار استثناس للموارد التى يكون التصرف فيها فى مال الغير نافذاً بلا- إذن ذلك الغير أو إجازته، كنفوذ التصديق بالمال المجهول مالكة وكبيع الوكيل قبل بلوغ عزله إليه.

ولو قيل بدلاله الأخبار على نفوذ شراء العامل مع ظهور الربح باعتبار لحوق إجازة المالك، حيث إن المالك مع ظهور الربح يرضى بمعامله العامل عادة، وإظهار هذا الرضا ولو بمطالبه الربح إجازة فلا يرتبط أيضاً مدلولها بصحة الفضولى بإجازة المالك، فإن مقتضى صحه البيع والشراء فضولاً انتقال تمام الربح إلى المالك، بل

الشرح:

ولا يستحق العامل المزبور في الفرض حتى أجره المثل باعتبار وقوع عمله بلا أمر المالك وإذنه.

وقد يقال: في توجيه هذه الأخبار وتطبيق مدلولها على القواعد وجهان:

الأول: ما عن المحقق الإيرواني رحمه الله من أن اشتراط المالك على العامل جنسا أو عدم إخراج المال إلى بلد أو بيع المال نقدا وغير ذلك يكون باعتقاد المالك دخاله هذه الأمور في الربح، وكأنّ المالك اشترط على العامل المعامله التي فيها ربح، فيكون الشراء المزبور داخلاً في المضاربه ويستحق العامل الحصة المعيّنه له من الربح.

أقول: اعتقاد المالك دخاله أمر في حصول الربح واشترطه على العامل لا- يكون من اشتراط المعامله التي فيها ربح، ولذا لو اشترى الوكيل ما عينه موكله ولم يحصل الربح كان شراؤه نافذا، ولو اشترى غير ما عينه كما إذا وكله في شراء حيوان واشترى كتاباً وكان الربح في شراء الكتاب دون الحيوان، كان الشراء فضولياً. وإذا وكلته الزوجه في تزويجها من زيد فزوجها الوكيل من عمره باعتبار كون عمره أصبح وجهها وأملى مالا لا يمكن الالتزام بلزوم هذا التزويج على المرأه، والسر في ذلك أن الاعتقاد بدخاله شيء في حصول الربح يكون داعياً إلى اشتراط ذلك الشيء وتخلف الداعي وعدم صواب الاعتقاد لا يسقط الاشتراط، هذا أولاً.

وثانياً: لم يفرض في الروايه أن المال الذي شرط المالك على العامل شراؤه لم يكن فيه ربح، أو كان أقل ربحاً مما اشترى العامل؛ ليقال بأن صحه شراء العامل مقتضى اشتراط المعامله التي فيها ربح أو ما يكون ربحه أكثر.

وثالثاً: ربما لا- يكون غرض المالك مجرد إنماء المال حتى لو كان في إنمائه وقيعه عرفيه، كما في اتجار عامله مع الكفار أو بشراء ما فيه حضاضه عرفيه، بل قد يكون

الشرح:

غرضه الإنماء بتجاره لا تكون فيها هذه الوقيعه ولو كانت ربحها أقل.

الثانى: كما عن السيد اليزدى رحمه الله وأوضحه بعض الأجلّاء قدس سره أنّ هذه الروايات بعضها ظاهره فى موافقه القاعده، كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن الرجل يعطى المال مضاربه وينهى أن يخرج به فخرج، قال: يضمن المال، والربح بينهما» (١). وبعضها الآخر محمولٌ على موافقتها، كصحيحه جميل عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضربا من المتاع مضاربه، فذهب فاشترى به غير الذى أمره، قال: هو ضامن، والربح بينهما على ما شرط» (٢).

وبيان ذلك أنّ شرط عدم الخروج إلى بلد الفلانى فى الصحيحه الأولى شرط خارج عن أصل المضاربه التى مقتضاها الشركه فى الربح، والاشتراط المزبور مقتضاه ضمان العامل لرأس المال على تقدير مخالفه الشرط، وليس فى ذلك أمر مخالف لمقتضى المضاربه ولا مقتضى الاشتراط، وتحمل الصحيحه الثانیه على صورته اشتراط شراء ضرب من المتاع بنحو يكون زائدا على أصل المضاربه لا أخذه فى أصل المضاربه بنحو التقييد.

ولو قال: ضاربتك بهذا المال لشراء الغنم على المناصفه فى الربح، كان شراء الغنم مأخوذا بنحو التقييد، ولو قال: ضاربتك بهذا المال لتتجر به على المناصفه فى الربح وعلى أن تشتري غنما، فشراء الغنم يكون من الشرط الخارجى ولا يوجب مخالفته إلا ضمان العامل لرأس المال. وهذه الروايات وإن يكون مضمونها موافقه للقاعده، إلا أنّها أجنبيه عن تمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة، وقد ذكر أن الشاهد

ص: ٣٠٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٥، الباب الأول من أبواب المضاربه، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٨، الحديث ٩.

الشرح:

لحمل الأخبار على صورته الاشتراط الخارجى هي صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في المال الذي يعمل به مضاربه: «له من الربح وليس عليه من الوضيعه شيء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال، فإن العباس كان كثير المال وكان يعطى الرجال يعملون به مضاربه، ويشترط عليهم أن ينزلوا بطن واحد لا يشتروا ذا كبد رطبه، فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن للمال»^(١). حيث فسّر مخالفه أمر صاحب المال الوارد في المستثنى بما عن العباس من الشرط الخارجى.

والحاصل: أن المفروض في هذه الروايات ليس تقييد الإذن للعامل في التجاره، كما هو مقتضى نفس عقد المضاربه، بل إلزام خارجى على العامل بأن لا يشتري متاعاً خاصاً، أو أن لا يسافر أو أن لا يشتري من شخص، ويترتب على مخالفه هذا الإلزام ضمان العامل لرأس المال على تقدير مخالفته ما اشترط عليه.

ولذا وقع في حكاية قول العباس لعامله: «فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن المال».

والمتحصل: أنه يجب تكليفاً على العامل موافقه الشرط؛ لعموم قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»^(٢)، وعلى تقدير المخالفه يترتب عليه الضمان.

أقول: لا يخفى ما فيه: أمّا أولاً: فإنه يكون اشتراط العمل على أحد المتعاقدين خارجاً عن المعامله فيما إذا كان مدلول المعامله أمراً مغايراً للإلزام الطرف بالالتزام بذلك العمل، كما إذا باع المتاع من زيد واشترط عليه أن لا يملك ذلك المتاع من شخص آخر أو من عمرو، فإن بيع المتاع عباره عن تملكه بعوض. وأمّا تصرف زيد

ص: ٣٠٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧، الباب الأول من أبواب المضاربه، الحديث ٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

الشرح:

فيه بعد تملكه بالإبقاء أو تملكه من آخر فهو خارج عن مدلول البيع، فيجوز لبائعه أن يلزم المشتري حين بيعه بالالتزام بعدم تملكه من شخص آخر أو من عمرو.

وأما إذا كان مدلول المعاملة أمرا لا يجتمع إطلاقه مع إلزام الطرف بالالتزام بذلك العمل، كما في العقود الإذنيه، فإنه إذا أعار ثوبه من زيد واشترط عليه أن لا يلبسه أيام المطر فهذا الشرط لا يجتمع مع إطلاق الإذن للمستعير في لبسه، بمعنى أن الإذن في لبسه كما هو مدلول عاريتته لا يكاد يعم اللبس أيام المطر؛ ولذا لا يصح أن يصرح المعير بأني أذنت لك في لبسه حتى أيام المطر ولكن عليك الالتزام بترك لبسه أيام المطر. وفي مثل ذلك لا بد من ورود القيد على متعلق الإذن فيكون المأذون فيه هو لبسه في غير أيام المطر، سواء أتى ذلك في عقد العاربه بصوره التقييد بأن يقول: أعرتك الثوب واشترط عليك أن لا تلبسه أيام المطر، ويفصح عن ذلك أنه لو سئل المعير عن أنك أذنت له في لبسه أيام المطر، يقول: لا، بل نفيت الإذن فيه صريحا.

والسر في ذلك أن إلزام الطرف بترك فعل لا يجتمع مع الترخيص فيه، بل لا بد من رفع اليد عن الإلزام وعقد المضاربه من العقود الإذنيه، حيث إن مدلولها الإذن للعامل في التجاره برأس المال على نحو المشاركه في الربح، وإذا اشترط على العامل متاعا خاصا بأن يقول: أذنت لك في التجاره بهذا المال على نحو المناصفه في الربح على أن لا تشتري الحيوان، فهو في الحقيقه إذن في التجاره بغير الحيوان؛ لأن إلزام العامل بالالتزام بترك تجاره غير الحيوان لا يجتمع مع الإذن في تجاره الحيوان.

ولذا لا يفرق بين أن يقول: ضاربتك هذا المال لتتجر بغير الحيوان، أو يقول: ضاربتك بهذا المال على أن لا تتجر بالحيوان.

فقد ظهر مما ذكرنا أن ما في قول العباس من اشتراطه على عامليه: بأن «لا يشتروا

الشرح:

ذا كبد رطبه»، لا يمكن حمله على الشرط الخارجى، فضلاً ما فى صحيحه جميل (١) وغيرها.

وأما ثانياً: فإنه فرق بين التفسير والاستشهاد على الحكم، فإن الأول من قسم الحكومه يوجب سقوط الإطلاق عن المفسر بالفتح بخلاف الثانى فإنه لا يوجب تقييداً أصلاً، فإنه يصح الاستشهاد على الحكم العام ببعض موارد ثبوته المعروف من قبل.

وما فى صحيحه الحلبي من قوله عليه السلام: «إلا أن يخالف أمر صاحب المال» (٢) مطلق يعم المخالفه فيما إذا كان أمره بنحو التقييد فى متعلق المضاربه وفيما كان أمره بنحو الاشتراط، وقوله عليه السلام: «فإن العباس . . .» إلخ، استشهاد على الحكم. وأن مخالفه أمر مالك رأس المال يوجب ضمان المال ولا- فرق فى الضمان بين اشتراط الترك أو تقييد متعلق المضاربه، ولعله لذلك ذكر السيد اليزدى رحمه الله بأن فى الاستشهاد إشاره إلى صوره الشرط الخارجى، لا أنه ظاهر فى إرادته بخصوصه.

وأما ثالثاً: فنفرض أن الروايات كلها ناظره إلى صوره الاشتراط الخارجى وأن الشرط فى المقام لا يوجب تقييداً فى متعلق المضاربه، فالحكم الوارد أيضاً لا ينطبق على القاعده فإنه بعد كون العامل مأذوناً فى شراء ما شرط عليه ترك شرائه يقع الشراء لمالك رأس المال، فكيف يكون خسارته على العامل؟ فإنّ النقض قد حصل فى رأس المال بإذن مالكة فلا موجب لكونه على العامل، فإن الشرط مقتضاه انقلاب يد العامل على رأس المال بالمخالفه إلى يد ضمان فيضمن تلفه وهلاكه والخساره غير التلف.

ص: ٣١٠

١- (١) مر فى الصفحه ٣٠٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ١٦، الباب الأول من كتاب المضاربه، الحديث ٤.

استثناس لحكم المسأله من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك الى غيره [وفي بعض النسخ المصححه ضرب قلم بقوله إلى غيره] وإن حملناها على صوره رضا المالك بالمعامله بعد ظهور الربح كما هو الغالب، ومقتضى الجمع بين هذه الأخبار وبين ما دلّ على اعتبار رضا المالك في نقل ماله والنهي عن أكل المال بالباطل [١] [اندرجت المعامله في الفضولي وصحتها في خصوص المورد، وإن احتمل كونها للنص الخاص إلا أنها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

الشرح:

وفي صحيحه الحلبي الأخرى عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «في الرجل يعطى المال فيقول له: إئت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها، قال: فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما» (١). فقد ذكر (سلام الله عليه) الخساره في مقابل هلاك المال، وحكم بأنهما على العامل.

والحاصل: أن ما ورد في هذه الروايات حكم تعبدى، ومع صحه إسنادها وتام دلالتها يتعين الأخذ بمقتضاها، والله سبحانه هو العالم.

[١] لا- يخفى أن روايات الباب حاكمه على النهى عن تملك مال الغير بالباطل، فإن مع ترخيص الشارع فى التملك المزبور لا يكون الأكل أكلاً بالباطل، كما أنها بالاضافه إلى ما دل على عدم حل المال بغير رضا صاحبه أخص مطلق فيرفع اليد بها عن إطلاقه. والوجه فى كونها أخص ما تقدم من أن مقتضى إجازة المالك لمعامله العامل انتقال تمام الربح إلى المالك فىكون تملك العامل الحصه من الربح تملك مال الغير بلا رضاه، كما أن مقتضاها أنه يجوز لمن انتقل إليه رأس المال تملكه ولو بلا إجازة مالكة، فيرفع بذلك عن إطلاق حديث (٢) عدم حل المال بغير رضا مالكة.

ص: ٣١١

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٥، الباب الأول من كتاب المضاربه، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٥ : ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١ و ٣.

ومن هذا القبيل: الأخبار الواردة في اتجار غير الولي [١] في مال اليتيم وأن الربح لليتم، فإنها إن حملت على صورته إجازة الولي كما هو صريح جماعته تبعاً للشهيد كان من أفراد المسألة وإن عمل بإطلاقها كما عن جماعته ممن تقدمهم الشرح:

[١] وهذه الروايات لا- تعم ما إذا اتجر الولي للطفل، فإن تجارته نافذه في حق الطفل، وليس على الولي ضمان سواء كان ملياً أولاً، فإن التفصيل في تلك الروايات بين كون العامل له مال أولاً قرينه على ذلك؛ لأن اعتبار كون العامل ملياً لأجل أن يعوض عن مال الطفل في صورته تلفه أو خساره. وهذا لا يجري في صورته اتجار الولي لمصلحه الطفل؛ لعدم الموجب لضمانه، بل يجري الضمان في صورته اتجار الولي بمال الطفل لنفسه باستقراضه أو كان العامل بمال الطفل أجنبياً لم يكن له ولاية على مال الطفل أو وكاله فيه.

وبتعبير آخر: إذا كان ولي الطفل ملياً يجوز له الاستقراض بمال الطفل والاتجار لنفسه، وفي صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل ولي مال يتيماً، أيستقرض منه؟ فقال: إن علي بن الحسين قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك» (١). ويرفع عن إطلاقها بمثل صحيحه ربيع عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل عنده مال اليتيم، فقال: إن كان محتاجاً وليس له مال فلا يمسه، وإن هو اتجر فالربح لليتم وهو ضامن» (٢). وفي روايه منصور الصيقل قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به قال: فقال: إذا كان عندك مال وضمنته فلك الربح وأنت ضامن للمال، وإن كان لا مال لك وعملت به فالربح للغلام وأنت

ص: ٣١٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٥٨ ، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٥٧ ، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣ .

الشرح:

ضامن للمال»(١).

وكذا يجوز للمولى المضاربه بمال الطفل فيما إذا رأى ذلك صلاحا للطفل، وهذا مقتضى ولايته على الطفل وماله، وذكرنا أنّ الروايات الواردة في كون الربح لليتم والخساره والضمان للعامل لا تكون ناظره إلى هذه الصوره بقريته اعتبار كون الولي مليا، فإن ملاءته وعدمها لا دخل لهما في جواز المضاربه للطفل. وفي روايه أبي الربيع قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يتيم وهو وصيه، أيصلح له أن يعمل به؟ قال: نعم، كما يعمل بمال غيره والربح بينهما. قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: لا، إذا كان ناظرا له»(٢)، فإن ظاهرها عدم الضمان للولي فيما إذا كان اتجاره مراعيًا لمال الطفل.

وأما روايه أسباط قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: «كان لي أخ هلك فأوصى إلى أخ أكبر مني وأدخلني معه في الوصيه، وترك ابنا صغيرا وله مال، أفيضرب به أخي؟ فما كان من فضل سلّمه لليتم وضمن له ماله؟ فقال: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا- بأس، وإن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم»(٣)، فإنها غير ظاهره في اعتبار الملاءه في الولي في صورته تجارته للطفل، بل ظاهرها اعتبارها في صورته استقراض الولي. ولا- يكون فرض دفع الربح إلى اليتيم قرينه على كون تجارته لليتم، مع أن الروايه ضعيفه سندا، ولا يمكن الاعتماد عليها في رفع اليد عن القواعد العامه.

لا يقال: يظهر من بعض الروايات جواز استقراض الولي من مال الطفل ولو مع

ص: ٣١٣

١- (١) وسائل الشيعه ٩ : ٨٩، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، الحديث ٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩ : ٨٩، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، الحديث ٦.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٥٧، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

الشرح:

عدم الملاءه، وفي روايه البنزطى قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون فى يده مال لأيتام فيحتاج إليه، فيمدّ يده فيأخذه وينوى أن يرده، فقال: لا ينبغي له أن يأكل إلا القصد ولا يسرف، فإن كان من نيتته أن لا يرده عليهم فهو بالمنزل الذى قال الله عز وجل: «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا» (١).

فإنه يقال: مع ظهورها فى الترخيص فى الاستقراض لقوته لا للتجاره ونحوها، ومعارضتها بما هو من قبيل الحاكم بالإضافة إليها كروايه زراره ومحمد بن مسلم معا عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «مال اليتيم إن عمل به الذى وضع على يديه ضمن ولليتيم ربحه. قالوا: قلنا له: قوله: «وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» قال: «إنما ذلك إذا حبس نفسه عليهم فى أموالهم فلم يجد لنفسه فليأكل بالمعروف من مالهم» (٢)، لا يمكن الاعتماد عليها؛ لضعف سندها.

والحاصل: ينحصر ضمان مال الطفل وكون تمام الربح لليتيم بموردين:

أحدهما: ما إذا كان العامل أجنبيا يعمل بمال الطفل من غير ولايه ووكاله عن وليه.

وثانيهما: ما إذا لم يكن وليه مليا وقد استقرض مال الطفل واتجر به لنفسه، وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبدالله عليه السلام «فى مال اليتيم قال: العامل به ضامن، ولليتيم الربح إذا لم يكن للعامل مال، وقال: إن عطب أذاه» (٣).

فإنه يرفع اليد عن إطلاقها بالإضافة إلى الولى الملى المستقرض مال الطفل والتجاره به لنفسه بما تقدم، وقد ذكر كون الربح لليتيم فى صورته عدم ملاءه الولى فى

ص: ٣١٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٥٩، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٥٨، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

٣- (٣) المصدر السابق: ٢٥٧، الحديث ٢.

الشرح:

صحيحه ربعي المتقدمه.

ثم إنه لا فرق قى كون تمام الربح لليتم بين كون الاتجار بعين مال اليتيم أو أدى العامل به ما عليه من ثمن ما اشتراه بدمته، وفي صحيحه زراره وبكير معا عن أبى جعفر عليه السلام قال: «ليس على مال اليتيم زكاه، إلا أن يتجر به، فإن اتجر به ففيه الزكاه والربح لليتم وعلى التاجر ضمان المال»^(١)، فإن هذه أيضا تعم ما إذا كان التاجر بمال الطفل وليا أو غيره.

فتحصل من جميع ذلك: أن مفاد هذه الروايات أجنبى عن بيع الفضولى، بل ولا استثناس فيها له وأن الحكم الوارد فيها تعبدى وهو الحكم على المعامله بكون ربحها للطفل حتى فيما إذا كان ذلك على خلاف القواعد، كما إذا اشترى غير الولى بثمان بدمته ودفع ما عليه من مال الطفل أو اشترى الولى غير الملى كذلك.

وبذلك يظهر أن ما قيل من أن حكم الشارع بثوت الربح لليتم إجازته للمعامله الفضولىه غير صحيح، فإن مقتضى الإجازة فى المثالين وقوع المعامله للمتجر لا للطفل، كما ظهر أنه لا يمكن تطبيق الروايات على القاعده بدعوى أنه إذا لم يجز للولى الاستقراض بمال الطفل وكان القرض محكوما بالبطلان تكون المضاربه واقعه على مال الطفل فيكون الربح له. فإن ظاهرها كون تمام الربح لليتم وهذا لا يناسب صحه المضاربه، كما أن كون الخسران على الذى وضع يديه بمال الطفل لا يناسبها، أضف إلى ذلك أنه إذا كان اشتراء العامل بدمته ودفع مال اليتيم أداءً لما عليه لا تقتضى القاعده إلا بطلان الأداء لا دخول الربح فى ملك اليتيم.

ص: ٣١٥

١- (١) وسائل الشيعه ٩ : ٨٩، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، الحديث ٨.

خرجت عن مسأله الفضولي، لكن يستأنس بها لها بالتقريب المتقدم. وربما احتتمل دخولها فى المسأله من حيث إن الحكم بالمضى إجازة إلهية لا حقه للمعامله، فتأمل. وربما يؤيد المطلب أيضا: بروايه ابن أشيم [١] الوارده فى العبد المأذون

الشرح:

[١] أقول: يهتم كون العبد المأذون مأذونا حتى من قبل الورثه بالبيع والشراء لهم بأن كان لهم عنده مال غير الألف الذى دفع إليه مورثهم، وعلى ذلك فمطالبتهم باب العبد المأذون ليس من إجازة شراء الفضولى ليؤيد بهذه الروايه (١) صحة عقد الفضولى بلحوق الإجازة به، ويهتم كون دعوى الورثه من جهة أن العبد المعتقد بالكسر كان وكيلاً من قبل أبيهم لا وصيا عنه، حيث لم يصرح فى الروايه بأنه أوصى إلى العبد المدفوع إليه المال، وبما أن الوكاله تبطل بموت الموكل فدعواهم أن الشراء كان بعين مالهم بمنزله إجازة لشراء الفضولى.

ثم إن الحكم بعود المعتقد بالفتح رقا لمولاه الأول باعتبار أن الورثه ومولى العبد المأذون ومولى العبد الحاج لا دعوى لهم على العبد المأذون بأن يطالبوه بحق لازم عليه، بل المخاصمه تكون بين ورثه الميت ومولى العبد المأذون ومولى العبد الحاج، وكل من الورثه ومولى العبد المأذون يدعى مالكيه العبد الحاج بالشراء وكاله أو يجازة شراء الفضولى وينكر ذلك عليهم مولاه، يعنى مالكة الأول، والأصل المعتبر وهو استصحاب عدم الانتقال مقتضاه كون مالكة الأول منكرًا.

لا يقال: لا مجال للاستصحاب المزبور، حيث إن أصاله الصحه فى الشراء تكون حاكمه عليه.

فإنه يقال: إنما تجرى أصاله الصحه مع إحراز تحقق أصل الشراء، كما إذا شك فى بعض شروط صحته، وأما مع عدم إحراز وجود أصل المعامله وتحقق عنوانها

ص: ٣١٤

الذى دفع إليه مال ليشتري به نسمة ويعتقها، ويُحجّه عن أبيه، فاشترى أباه وأعتقه، ثم تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثه الدافع، وادّعى كلّ منهم أنّه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر عليه السلام «يُرَدّ المملوك رِقاً لمولاه، وأيّ الفريقين أقاموا البيّنه بعد ذلك على أنّه اشتراه بماله كان رِقماً له. . . الخير»، بناءً على أنّه لولا- كفايه الا- اشتراء بعين المال فى تملك المبيع بعد مطالبته المتضمنه لإجازه البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ولا إقامة البيّنه عليها كافيها فى تملك المبيع.

الشرح:

فلا مورد لأصالة صحتها، والمقام كذلك فإنّه على إنكار مولى المعتق بالفتح لا يحصل الشراء أصلاً.

لا يقال: يؤخذ بإقرار العبد المأذون بأنه اشترى أباه بما دفعه إليه الرجل، كما هو مقتضى قاعده من ملك شيئاً، أى تصرفاً، ملك الإقرار بذلك التصرف.

فإنه يقال: لا مجرى فى المورد للقاعده أيضاً، حيث يقبل إقرار المالك بالعمل، أى إخباره عن وقوعه أولاً وقوعه، مع إحراز أنه سلطان للعمل المزبور فى زمان إخباره لا بعد انقضاء زمان سلطنته على ذلك التصرف، مثلاً إذا أخبر الزوج بالرجوع فى زمان عده زوجته فإن كان إخباره فى زمان العده يقبل منه وبعد انقضائها لا يقبل، وفى المقام إقرار العبد المأذون بأنه اشترى بالمال الذى دفعه إليه الرجل إقرار بعد انقضاء زمان وكالته عن المورد فلا يسمع.

أضف إلى ذلك أنّ القاعده المزبوره موردها اختلاف الوكيل مع موكله لا مورد دعوى موكله على الآخر أو بالعكس بأن يكون إخبار الوكيل موجبا لثبوت حق موكله على الآخر أو العكس، كما إذا قال موكله: «باع وكيلى المتاع بمئه»، وقال المشتري: «بل اشتريته بشمانين»، فإن اعتراف الوكيل بكون الثمن مئه لا- يوجب تعيين الثمن، بل يحسب الوكيل على تقدير عدالته شاهداً، وتفصيل الكلام موكول إلى محله.

ص: ٣١٧

التأييد بصحيحه الحلبي لصحة بيع الفضولي

ومما يؤيد المطلب أيضاً: صحيحه الحلبي [١] «عن الرجل يشتري ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثم رده على صاحبه. فأبى أن يقبله إلا بوضيعة، قال: لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على

الشرح:

نعم، في الرواية إشكال آخر، وهو أنه كيف حكم الإمام عليه السلام بصحة الحج مع اشتراط الحج بكون الحاج حراً أو يكون حجه بإذن مولاه؟ وكيف يستحق الأجره مع أن المال المدفوع إليه ملك الورثة.

والجواب عن ذلك: بأن الرواية غير ناظرة إلى صحة الحج، بل ظاهرها أن العبد الحاج قابل للرد إلى مواليه ولكن حجه لتصرمه وانقضائه غير قابل للرد ضعيف، فإن ظاهر مضي الحج صحته، وظاهر عدم رده عدم جواز استرداد ما دفع إليه بعنوان الأجره على الحج.

والحاصل: أن عدم جواز حج العبد من غير إذن مولاه ليس من جهة حرمة تصرف العبد في ملك مولاه ليقال بأنه لا تثبت هذه الحرمة مع غفلة العبد عن بطلان عتقه فيعم الحج ما دل على مشروعيه حج الإنسان عن نفسه أو غيره، بل عدم جوازه باعتبار اشتراط إذن مولاه في حجه، كما هو ظاهر قوله سبحانه: «عَبِيداً مَّملُوكاً لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» (١)، وظاهر الروايات الواردة في حج العبيد والإماء فلاحظ. والذي يسهل الأمر ضعف الرواية سنداً فإن الشيخ رحمه الله رواها بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن محبوب عن صالح بن رزين عن ابن أشيم (٢)، وصالح بن رزين وإن وقع في إسناد تفسير علي بن ابراهيم، إلا أن ابن أشيم ضعيف.

[١] رواها الشيخ رحمه الله بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن أبي عمير عن حماد

ص: ٣١٨

١- (١) سورة النحل، الآية ٧٥.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٢٣٤، الحديث ١٠٢٣.

صاحبه الأول ما زاد». فإنَّ الحكم برّد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلاّ على صحه بيع الفضولى لنفسه.

الشرح:

عن الحلبي (١)، وظاهرها أخذ الثوب بوضيعة الإقاله بتقيص من ثمنه فيكون النهى عن الأخذ المزبور، كما هو مقتضى النهى عن المعامله إرشادا إلى بطلانها، وعلى ذلك فإذا باعه البائع ثانياً يكون بيعه من المشتري الثانى فضوليا. وحيث إنّ مشتريه الأول المالك للثوب واقعا كاره للثوب يكون أخذه التفاوت عند ردّه عليه إجازة للبيع الثانى.

وربما يقال: إنّ الروايه لا ترتبط ببيع الفضولى أصلاً، فإنه لم يفرض فى الروايه أن المشتري الأول قد أجاز البيع الثانى، ولعله لا يرضى بالبيع الثانى بعد وقوعه؛ لزياده قيمه السوقيه للثوب بعد إقالته، ولو كان الحكم بصحه البيع الثانى باعتبار كونه فضوليا قد لحقت به الإجازة لزم رد تمام الثمن فيه على المشتري واسترداد المدفوع إليه بالإقاله الفاسده، بل الظاهر أن البيع الثانى بيع تام يقع للمشتري الأول، حيث إن رده الثوب على بائعه بوضيعة إبراز منه لرضاه ببيعه بأكثر من ثمنه، ومع هذا الإبراز يقع البيع الثانى من البائع مقارنا لرضاه المبرز فيصح.

أقول: كيف يكون مع غفله البائع والمشتري الأول عن بطلان الإقاله إبراز من المشتري الأول والإيذن منه للبائع ببيعه بأكثر من ثمنه، نظير ما إذا باع متاعه ببيع فاسد شرعا فإنه كيف يمكن الالتزام أن البيع المزبور مع الغفله عن فساد توكيل للمشتري ببيعه بأزيد من الثمن المزبور؟

نعم، فى مثل ما وكل الغير فى بيع متاعه بالأقل باعتقاد أن متاعه لا يساوى أكثر من ذلك يكون ذلك توكيلاً بأكثر من المقدار المزبور، وقد ذكر نظير ذلك فى توكيل رسول الله صلى الله عليه وآله عروه بشراء شاه واحده بدينار فاشترى شاتين، فإن التوكيل المزبور يدل

ص: ٣١٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٧١، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١.

ويمكن التأييد له أيضا [١]: بموثقه عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام: «عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق، فيشترط عليه أنك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته وما شئت تركته، فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع، فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت. قال: لا- بأس... الخبر». بناءً على أن الاشتراء من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه، ليكون الورق عليه قرضاً فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعه، ويوفيه دينه. ولا- ينافي هذا الاحتمال فرض السمسار في الزوايه ممن يشتري بالأجر، لأن توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته وشغله، لا بملاحظه هذه القضييه الشخصيه.

الشرح:

بالفحوى على توكيله في شراء شاتين بالمقدار المزبور.

والحاصل: الظاهر وقوع المعامله المزبوره بنحو الفضولى وكراهه المشتري الثوب المزبور وأخذه ما زاد على المقدار المدفوع إليه عند رده عليه إجازة عمله للبيع المزبور، كما أن أخذ ذلك التفاوت مبادله معاطاتيه بين المدفوع إليه أولاً ومقدار مساويه والباقي بيد البائع ويتعين الالتزام بها، سواء كان البيع الثانى من البيع الفضولى أو من البيع التام باعتبار الرضا المبرز بالإقاله.

[١] لا يخفى أن حمل الموثقه (١) على صورته كون شراء السمسار فضولياً ليجيزه دافع الورق فيما أراد ويرده فيما لم يرد ضعيف، غاية فإنه إن فرض أن مالك الورق قد أذن له في شراء المتاع فشراؤه يخرج عن الفضولى لا محاله، وإن لم يأذن له في شرائه فالشراء وإن يكون فضولياً إلا أن لازم ذلك أن لا يكون للسمسار حق المطالبه بالأجره على شرائه حتى بعد إجازة مالك الورق، فإن الموجب لاستحقاق الأجره توكيله أو الإذن في الشراء والمفروض عدمهما.

ص: ٣٢٠

ويحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعه، فيلتزم بالبيع فيما رضى ويفسخه فيما كره. ويحتمل أن يكون فضولياً عن صاحب الورق، فيتخير ما يريد ويرد ما يكره. وليس في مورد الروايه ظهور في إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافى كونه فضولياً، كما لا يخفى، فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه، وحكم الإمام عليه السلام بعدم البأس من دون استفصال عن المحتملات أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

وربما يؤيد المطلب بالأخبار الداله [١] على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه، معللاً بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده.

الشرح:

وكذا لا تحمل على شراء السمسار لنفسه بأن يكون الورق المدفوع إليه قرضاً عليه فيشترى به المتاع لنفسه أو يوفى به دينه، أى الثمن الكلى بذمته، فإن هذا لا يناسب توصيف السمسار بأن يشتري بالأجر فإن توصيفه به بمنزله أنه ذكر في فرض السؤال أيضاً يشتري بالأجر، وإلا لم يكن للتوصيف المزبور معنى فإن السمسار هو الدلال شأنه أخذ الأجره على شرائه وبيعه للغير.

وأيضاً أن السمسار مع شرائه لنفسه ثم بيعه لصاحب الورق لا يستحق على الشراء المزبور أجره أصلاً، غايته أن له أن يبيع ما اشتراه بالأجر - كثر فيتعين في فرض الروايه الشراء لصاحب الورق مع جعل الخيار له، ولعل نظر السائل ليس السؤال عن جواز هذا النحو من الشراء، بل عن عدم إعطاء صاحب الورق الأجره على شراء السمسار في فرض عدم أخذه ما اشتراه السمسار.

وحاصل الجواب: أنه لا بأس بذلك بعد المفاوضه بأنه لا يعطى أجره على شراء متاع لا يريد أخذه، والله سبحانه هو العالم.

[١] وتوضيحه: أن مجرد إجراء النكاح وعقده لا يكون محرماً على العبد تكليفاً، فإن إجراءه كسائر تكاليفه لا يكون من المحرمات ولو مع عدم إذن صاحبه، والمراد من

وحاصله: أنّ المانع من صحّحه العقد إذا كان لا يرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً وهو عصيان الله تعالى.

وأما المانع الذي يرجى زواله كعصيان السيد فيزواله يصحّ العقد، ورضا المالك من هذا القبيل، فإنّه لا يرضى أولاً ويرضى ثانياً، بخلاف سخط الله عزّ وجلّ بفعل؛ فإنّه يستحيل رضاه.

الشرح:

معصية السيد عدم حصول رضاه مع اعتبار حصوله في نفوذ نكاحه، والمستفاد من تلك الأخبار أنه كلما كان نقص المعاملة وعدم نفوذها من جهة معصية أحد، يعنى من جهة فقد رضاه من يعتبر في نفوذها رضاه، فتتم تلك المعاملة بحصول ذلك الرضا ولو بعد زمان، وهذا بخلاف المعاملات التي يكون عدم نفوذها باعتبار عدم رضا الشارع بها، كالنكاح في العده فإنه لا يحتمل عروض الصحة له.

ومما ذكرنا يظهر: أن هذه الأخبار تفيد فيما كان نقص المعاملة من جهة اعتبار الرضا فقط، كبيع الراهن بدون رضا المرتهن، وأما إذا كان عدم نفوذه من جهة عدم إضافته أيضا إلى المالك كما هو مورد كلامنا، فلا.

ويستدل على صحه بيع الفضولي بروايات تحليل الخمس للشيعة مطلقا، أو في خصوص المناكح والمساكن والمتاجر فإن المراد بالمناكح الجوارى التي تدخلن في الرق بالأسر، فهن إمّا ملك الإمام عليه السلام كما إذا وقعن في الأسر في الحرب بلا إذنه عليه السلام، أو أن له عليه فيهن الخمس كما إذا كان الحرب بإذنه عليه السلام، فيكون شراؤهن ممن عنده من الشراء فضولاً وتحليلهن للمشتري فيما إذا كان شيعيا من لحوق الإجازة بالشراء المزبور، فينتقل الخمس إلى بدلهن وهو الثمن الذي يأخذه البائع.

وكذا الأراضى التي تكون ملكا للإمام عليه السلام كالتى تؤخذ من الكفار بالحرب من غير إذنه عليه السلام، أو التي يكون له فيها الخمس كالأرض المشتراه من الذمى فيما إذا تملكها باشرائها من المسلم فإنه إذا باعها الذمى من الشيعى يكون الشراء فضوليا بالإضافة إلى

هذا غاية ما يمكن أن يحتج ويستشهد به للقول بالصحة وبعضها وإن كان مما يمكن الخدشه فيه إلا أن في بعضها الآخر غنى وكفايه.

الشرح:

خمس الأرض، وتحليل تلك الأرض للمشتري إجازة لشرائها. والمراد بالمتاجر الأموال المشتراه المتعلقة بها الخمس بيد من لا يعتقد بالخمس، فإن شراءها من البائع المزبور يكون من الشراء الفضولي وتحليلها للمشتري الشيعي إجازة لشرائها، كما ذكر.

بل ذكرنا في محله أن ظاهر أخبار التحليل هو تحليل الخمس مطلقا، سواء كان من قبيل المناكح والمساكن أو المتاجر بالمعنى المزبور أولاً، ومقتضى الجمع بينها وبين مثل صحيحه على بن مهزيار الداله على أن الخمس في كل ما يفيد الرجل، إلى أن قال: (أن يبلغ مواليه بإيصال حقه عليه السلام إليه أو وكيله)^(١)، هو أن الذي يتعلق الخمس بالمال في يده مكلف بإيصاله إلى أربابه وأنه لم يتعلق بالخمس المزبور حلّ بالإضافه إليه، وأما الذي يقع هذا المال بيده قبل إخراج خمسه لا يجب عليه إخراج الخمس السابق وأنه يحل له تمام ذلك المال.

وعلى ذلك فلو اشترى متاعا تعلق به الخمس في يد بئعه يملك تمام ذلك المتاع، كما هو مقتضى شمول أخبار التحليل للمشتري، وينتقل الخمس بثمنه المدفوع، كما هو مقتضى عدم تحليل الخمس للبائع، وإذا وصل إلى يد الشيعي من غير معاوضه، كما إذا دفع المشتري ما فيه الخمس إلى البائع وفاءً لما عليه من الثمن الكلي، فيمكن أن يقال: بضمان المشتري الخمس، حيث إن دفعه إليه وفاءً لما عليه من الثمن مع تحليل الخمس للبائع إتلاف منه للخمس فيضمن. وكذا في موارد دفعه إلى المشتري مجانا، بخلاف ما إذا كان انتقال ذلك المال إلى الشيعي بحكم الشارع فقط، كما في موارد إرث المال الذي تعلق به الخمس بيد المورث، فإن مقتضى تلك الأخبار

ص: ٣٢٣

١- (١) وسائل الشيعه ٩ : ٥٠١ ، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه، الحديث ٥ .

الشرح:

حل ما فيه الخمس للوارث والمورث لا يضمن الخمس، حيث إنه لم يدفعه ليضمن إتلافه، وهكذا.

ويشهد أيضا على أن من وصله مالٌ تعلق به الخمس مكلف بإخراجه صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل من أصحابنا يكون في لوائهم فيكون معهم فيصيب غنيمته، قال: يؤدى خمسنا ويطيب له»^(١). وصحيحه حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «خذ مال الناصب حيثما وجدته وادفع إلينا الخمس»^(٢). وفي موثقه عمار عن أبي عبدالله عليه السلام «أنه سئل عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل؟ قال: لا، إلا أن لا يقدر على شيء يأكل ولا يشرب ولا يقدر على حيله، فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه إلى أهل البيت»^(٣). وفي صحيحه ابن أبي نصر قال: «كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام: الخمس أخرجته قبل المؤنه أو بعد المؤنه، فكتب: بعد المؤنه»^(٤). . . . إلى غير ذلك.

نعم، ورد في بعض روايات التحليل بالإضافة إلى من تعلق الخمس بيده ولكن مدلولها تحليل شخصي لا- يمكن التعدي أو استفادة الحكم الكلي، كروايتي مسمع بن عبد الملك وعلي بن مهزيار.

ثم إن الروايات الواردة في تحليل الخمس للشيعة قد تذكر شاهداً لتمام شراء الفضولي بلحوق الإجازة به، بل قيل: إن التحليل إجازة بنحو الكشف كما هو مقتضى

ص: ٣٢٤

-
- ١- (١) وسائل الشيعة ٩ : ٤٨٨، الباب ٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ٨.
 - ٢- (٢) المصدر السابق: ٤٨٧، الحديث ٦.
 - ٣- (٣) المصدر السابق: ٥٠٦، الباب ١٠ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ٢.
 - ٤- (٤) وسائل الشيعة ٩ : ٥٠٨، الباب ١٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث الأول.

الشَّرح: قول على عليه السلام: «ألا وإن شيعتنا من ذلك وآباءهم من حل»^(١)، وربما يذكر أنه قد تقدم عدم خروج البيع عن الفضولية بمجرد مقارنته برضا المالك واقعا، بل لا بد من إبراز الرضا، وعليه فيقل الكلام في أن مجرد إبراز الرضا كاف في خروجه عن الفضولية وإن لم يصل ذلك الإبراز إلى العاقد، كما إذا باع مال الغير قبل وصول إبراز المالك رضاه إليه، أو أنه يعتبر في خروجه عن الفضولية وصول ذلك الإبراز إلى العاقد قبل عقده المعبر عن ذلك بالإذن. الظاهر هو الثاني؛ لأنه لا يصح استناد البيع إلى المالك. وأنه قد باع ماله مع حصول العقد من العاقد قبل وصول ذلك الإبراز إليه، فيكون الإبراز المزبور من الإجازة اللاحقة للبيع الفضولي.

أقول: هذا الكلام عجيب، فإنه إذا لم يكن الإبراز المزبور مصححا لاستناد البيع إلى المالك فكيف يعتبر ذلك الإبراز إجازة، مع أنه يعتبر في الإجازة كونها مصححة لاستناد العقد إلى المجيز؟

وبعبارة أخرى: كما يعتبر في صحة الاستناد وصول إبراز الرضا من المالك العاقد كذلك يعتبر فيها وصول خبر البيع إلى المالك وإظهار رضاه به بعد الاطلاع المعبر عن ذلك بالإجازة.

والحاصل: أنه لا يعقل أن يكون إبراز الرضا من على عليه السلام توكيلاً للشيعه في الشراء أو إجازة منه لذلك الشراء، حيث لا يعقل الوكالة لما بعد موت الموكل أو الإجازة للعقد الواقع بعد موته. والصحيح أن التحليل المزبور لا يرتبط بإجازة شراء الفضولي ولا بالتوكيل فيه ليقال: إنه كيف يصحح استناد الشراء إلى الإمام عليه السلام، بل هو من قبيل إعطاء الولاية لمن ينتقل إليه ما فيه الخمس على المعامله عليه، نظير إعطاء الموصى

ص: ٣٢٥

١- (١) المصدر السابق: ٥٤٣، الباب ٤ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث الأول.

واحتج للبطلان بالأدلة الأربعة:

أمّا الكتاب فقوله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ» دلّ بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على أنّ غير التجارة عن تراضٍ أو التجاره لا عن تراضٍ غير مبيح لأكل مال الغير وإن لحقها الرضا. ومن المعلوم أنّ الفضولى غير داخل فى المستثنى.

الشرح:

الولاية على الوصى على التصرف فى ثلثه بإجارته أو بيعه أو بيع منافعه.

وقد تقدم نظير ذلك فى شراء الخراج وتقبل الأرض من السلطان، حيث ذكرنا أن تحليل الخراج المأخوذ منه وتحليل تلك الأرض إعطاء ولاية للمشتري والمتقبل فى الشراء والتقبل.

لا- يقال: تحليل الخمس للشيعى لا- يلزم الحكم بصحة شراء الخمس ليتكلم فى أنه بنحو التوكيل أو الإجازة أو من إعطاء الولاية، بل مقتضاه أنه يجوز للشيعى تملك ما فيه الخمس فإذا اشترى متاعا تعلق به الخمس بيد بائعه، فمقتضى أخبار التحليل انتقال ذلك المتاع بتمامه إلى المشتري، ولو تملك البائع تمام الثمن يكون ذلك تحليلاً للخمس له. فلا بد من القول بأنه لا يملك من الثمن المقدار الواقع مقابل خمس المتاع، بل يبقى ذلك المقدار من الثمن فى ملك المشتري فيجوز له الامتناع من رفعه إلى البائع على تقدير تمكنه على الامتناع، وكذا فى مورد اشتراء المتاع بثمن فيه الخمس فإنه يكون تمام الثمن ملكا للبائع. وأما المتاع فخمسه يبقى فى ملك البائع، فيجوز له الامتناع عن دفعه إلى المشتري، وعلى تقدير دفعه لا- يدخل فى ملك المشتري.

فإنه يقال: لسان أخبار التحليل أن التحليل لتسهيل الأمر على الشيعة فى معاملاتهم ومناكحهم ومعاشرتهم، وهذا يناسب إمضاء المعاملة الجارية على مال الخمس أو إعطاء الولاية على تلف المعاملة، لا الإذن فى تملك كل ما وقع بيده مما فيه

ص: ٣٢٦

المناقشه فى الاستدلال بآيه التجاره عن تراض

وفيه: أنّ دلالته على الحصر ممنوعه [١]، لا نقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ وصريح المحكى عن جماعه من المفسرين ضروره عدم كون التجاره عن تراض فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه.

وأما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائده أخرى ككونه وارداً مورد الغالب كما فيما نحن فيه،

الشرح:

الخمس ولو كان ذلك الوقوع عدوانا على من تعلق الخمس بالمال فى يده أو على أرباب الخمس.

[١] قد تقدم فى بيان صحه بيع المكره بلحوق الإجازة به بيان كون الاستثناء فى الآيه منقطعا فلا دلالة فيها على الحصر، وأن مقتضى تقييد التجاره بكونها عن تراض عدم كونها بإطلاقها موجباً لتملك مال الغير، وأما كون التجاره ناشئه عن التراضى بحيث لا ينفع لحوق الإجازة بها فلا يعتبر باعتبار أن القيد كما ذكر غالبى لا يمنع عن التمسك فى صحتها، مع لحوق الإجازة بها بإطلاق حل البيع وعموم وجوب الوفاء بالعقد.

لا- يخفى أنّ المنسوب إلى أهل الكوفه قراءه تجاره بالنصب والباقي بالرفع، وعلى قراءه رفعها يكون عن تراض قيذا للتجاره أو خبرا عنها والخبر فى معنى القيد لها، وأما على قراءه النصب فيحتمل أن يكون عن تراض خبرا بعد الخبر فمفاد الآيه: لا تملكوا أموال الناس بالباطل، وتملكوها بالتجاره وبالتراضى والمصالحه. وعلى ذلك فلا يكون فى الآيه تقييد التجاره بكونها ناشئه عن التراضى ولكن غلبه توصيف النكره ومنها التجاره فى الآيه يوجب كون الظرف قيذا لا خبرا بعد خبر.

ثم إنه رحمه الله قد قرب شمول الآيه للعقد الفضولى بلحوق الإجازة به، وأن مقتضى الآيه صحتها حتى على تقدير كون القيد قيذا غير غالبى وأنّ له مفهوما كسائر القيود. ووجه التقريب: أنّ خطاب النهى متوجه إلى الملاك، وأنهم قد نهوا عن أن يأكل بعضهم

وفى قوله تعالى: «وَرَبَّآئِبِكُمْ اللَّائِىِ فِي حُجُورِكُمْ» مع احتمال أن يكون «عن تراض» خبراً بعد خبر ل «تكون» على قراءه نصب «التجاره» لا قيذاً لها، وإن كان غلبه توصيف التكره تؤيد التقييد فيكون المعنى: إلا أن يكون سبب الأكل «تجاره» وتكون «عن تراض».

الشرح:

مال بعض آخر بالوجه الباطل، بل يجوز التملك بتجاره الملاك الناشئه عن رضاهم، ومن الظاهر أن التجاره قبل إجازة المالك لا تكون تجارته، بل يتم استنادها إليه بإجازتها فتكون تجارته عن رضاه كما لا يخفى.

وقد ذكر اليزدى رحمه الله الصحيح فى الجواب عن الاستدلال بالآيه على بطلان بيع الفضولى هو كون خطاب النهى متوجه إلى الملاك بالتقريب المزبور، وإلا فدعوى أن الاستثناء فيها منقطع فلا يدل على الحصر غير صحيحه؛ لأن الاستثناء المنقطع فى نفسه مستحيل، فإنه لا يصح أن يقال: ما رأيت من العلماء أحداً إلا بطيخاً، وما جاءنى زيد إلا عمرو. ومن الظاهر أنه لو كانت (إلا) فى موارد استثناء المنقطع بمعنى (لكن) لصح كلا الاستعمالين، وعدم صحتهما كاشف عن أن (إلا) فى جميع موارد استعمالها تستعمل فى الاستثناء.

غايه الأمر يكون المراد من المستثنى منه ما يعم الاستثناء ادعاءً بأن يراد فى قوله: ما جاءنى من العلماء إلا خادمهم، العلماء ومن يتعلق بهم، وعلى ذلك فى قوله سبحانه: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» لا يكون المستثنى منه شيئاً من المذكورات فيها من الأكل والأموال والباطل، بل المستثنى منه محذوف وهو بشىء من الأسباب. والمعنى لا تأكلوا أموالكم بينكم بشىء من الأسباب فإنها باطله، إلا أن يكون ذلك السبب تجاره عن تراض، فقد حذف المستثنى منه وأقيم

ص: ٣٢٨

و من المعلوم: أنّ السبب الموجب لِحَلِّ الأكل في الفضولي إنّما نشأ عن التراضي، مع أنّ الخطاب لمُلاك الأموال، والتجاره في الفضولي إنّما تصير تجاره المالك بعد الإجاره، فتجارته عن تراضٍ.

وقد حكى عن المجمع: أنّ مذهب الإماميه والشافعيه وغيرهم أنّ معنى التراضي بالتجاره إمضاء البيع بالتفرّق أو التّخاير بعد العقد، ولعلّه يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبراً بعد خبر.

الشرح:

علته مقامه، نظير قوله سبحانه: «وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ»^(١)، و«إِنْ يَسْرِقْ فَقَدْ سَرَقَ أَخٌ لَهُ مِنْ قَبْلُ»^(٢).

أقول: لا تقاس آيه النهي عن الأكل بشيء من الآيتين في حذف الجزاء وقيام تعليله مقامه، فإن المذكور فيهما لا يصلح أن يكون جزاءً مترتباً على الشرط الوارد فيهما ولكن الأمر في آيه النهي عن الأكل ليس كذلك، وليس فيها تلك القرينه ولم يذكر فيها: لا تأكلوا أموالكم بينكم فإن أكلها باطل، بل قوله سبحانه: «بِالْبَاطِلِ» في نفسه ظاهر في كونه متعلقاً بالأكل الوارد عليه النهي، وأنه عنوان لسبب الأكل لظهور (الباء) في السببيه. فيكون المنهى عنه هو الأكل الخاص وهو الأكل بسبب الباطل، فيكون التجاره عن تراض من الاستثناء المنقطع، فإنه لولا الاستثناء لما تدخل في المستثنى منه.

وما قيل في وجه استحاله استثناء المنقطع وعدم كون (إلا) بمعنى (لكن) والاستشهاد بالمثالين المتقدمين غير صحيح، غايه الأمر أن لا يكون (إلا) في موارد استثناء المنقطع بمعنى (لكن)، بل بمعنى الاستثناء ولو ادعاءً، وهذا الادعاء صحيح فيما كان المستثنى مناسباً للمستثنى منه. ولا يستلزم أن يكون المراد بالمستثنى منه معناه

ص: ٣٢٩

١- (١) سورة آل عمران: الآية ٩٧.

٢- (٢) سورة يوسف: الآية ٧٧.

وأما السنّة [١]. فهي أخبار:

الشرح:

المجازى ليعم المستثنى، فإذا قيل: ما جاءنى من العلماء إلاّ خادمهم، فالمستثنى مع المستثنى منه يعد فى العرف عائله والأكل بالتجاره مع الأكل بالأسباب الباطله يعد تملكاً بالسبب . . . وهكذا، فلاحظ وتدبّر.

[١] الروايات التى ذكرها فى المقام على طوائف.

الأولى: ما تضمن النهى عن بيع ما ليس عنده، وفى النبوى المحكى فى أخبار العامه قوله صلى الله عليه و آله لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» (١) وفى روايه سليمان بن صالح عن أبى عبدالله عليه السلام وروايه حسين بن زيد عن الصادق عن آبائه فى مناهى النبى صلى الله عليه و آله قال: «ونهى عن بيع ما ليس عندك» (٢). وعدم حضور المبيع عند البائع كناية عن عدم تمكنه على تسليمه؛ لعدم ملكه حال البيع، وذلك للجزم بعدم اعتبار وجود المبيع فى مكان يكون البائع فيه حال البيع.

وعلى ذلك فتكون هذه مساويه للطائفة الثانية، وهى: ما تضمن نفى البيع إلاّ إذا تعلق بملكه، كقوله فى النبوى الآخر: «لا بيع إلاّ فيما يملك» بعد قوله: «لاطلاق إلاّ فيما يملك، ولا عتق إلاّ فيما يملك»، وهذا كما يظهر من الروايات المتعدده (٣) إلغاء للبيع قبل الملك وإلغاء للطلاق قبل الزواج والعتق قبل الملك، ولو بأن يقول: «لو تزوجتك فأنت طالق»، أو «لو تملكته فأنت حر».

الثالثة: ما تضمن نفى الجواز عن بيع غير الملك، وفى التوقيع: «لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك» (٤)، ولكن لا يخفى أنّ ظاهره

ص: ٣٣٠

١- (١) راجع سنن البيهقى ٥: ٢٦٧، ٣١٧ و ٣٣٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٤٧ و ٤٨، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ و ٥.

٣- (٣) كنز العمال ٩: ٦٤١، الحديث ٢٧٧٧٩، و راجع عوالى اللآلى ٢ و ٣: ٢٤٧ و ٢٠٥، الحديث ١٦ و ٣٨.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧: ٣٣٩، الباب ٢ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول.

منها: النبويّ المستفيض، وهو قوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» فإنّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه، لعدم تملكه، فيكون مساوفاً للنبويّ الآخر: «لا يبيع إلاّ في ما يملك» بعد قوله صلى الله عليه وآله: «لا تطلق إلاّ في ما يملك، ولا عتق إلاّ في ما يملك»، ولما ورد في توقيع العسكري (صلوات الله عليه) إلى الصفّار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك».

وما عن الحميري أنّ مولانا عليه السلام كتب في جواب بعض مسائله: «أنّ الضيعة لا يجوز ابتياعها إلاّ عن مالكها أو بأمره أو رضاً منه».

الشرح:

عدم نفوذ بيع ما لا يملكه بائعه.

وأما أنه لا- يتم أيضا لمالكة بإجازته فلا- تتعرض له الصحيحه بقرينه الحكم في ذيلها بوجوب البيع ولزومه فيما يملك، فإنّ المقابلة المزبوره مقتضاها أن النفي والإثبات بالإضافه إلى البائع فقط.

الرابعه: صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بقم النيل، وأهل الأرض يقولون: هي أرضهم، وأهل الأستان يقولون: هي من أرضنا، فقال: لا تشتريها إلاّ برضا أهلها» (١). وروايه الحميري أنه كتب إلى صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)، إلى أن قال: «فأجابه عليه السلام: الضيعة لا يجوز ابتياعها إلاّ من مالكها أو بأمره أو رضى منه» (٢). والروايه مرفوعه؛ لعدم ذكر الطبرسي سنده إلى الحميري، والمراد برضا المالك هو الرضا المحرز بإظهاره، وإلاّ- فلا- عبره بالرضا المعلوم بغيره ولا- يخرج العقد به عن الفضوليه كما مر بيانه عند التعرض لقضيه عروه البارقي، وكذا الحال في الرضا الوارد في صحيحه محمد بن

ص: ٣٣١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٣٤، الباب الأول من أبواب عقد البيع، الحديث ٣.

٢- (٢) المصدر السابق: ٣٣٧، الحديث ٨.

وما فى الصّحيح عن محمد بن مسلم الوارد فى أرضٍ بقم النيل اشتراها رجل، وأهل الأرض يقولون: هى أرضنا، وأهل الأسياف يقولون: هى من أرضنا. فقال: «لا تشتريها إلا برضا أهلها».

وما فى الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل «فى رجل اشترى من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم، فكتب عليها كتاباً أنّها قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال: قل له: يمنعها أشدّ المنع، فإنّها باعت ما لم تملكه».

والجواب عن النبويّ:

أولاً: أنّ الظاهر من الموصول [١] هى العين الشخصيّة للإجماع والنصّ على

الشرح:

مسلم واعتبار رضا أهل الأرض فى تلك الصحيحه باعتبار أنهم ذو اليد عليها.

والحاصل: مدلول الروايتين دخاله رضا المالك فى تمام البيع والشراء، وهذا مما يقبله القائل بتمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة به، فإن إجازة المالك إظهار لرضاه بالبيع والشراء كما تقدم.

الخامسه: روايه محمد بن القاسم بن الفضيل قال: «سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم، وكتب عليها كتاباً بأنها قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها، قال: قل له: ليمنعها أشد المنع فإنّها باعته ما لم تملكه» (١). ولا يخفى ضعف الروايه سنداً؛ لعدم ثبوت توثيق لأبى عبد الله البرقى، مع أنّها لا ترتبط بصحة بيع الفضولى بلحوق الإجازة وعدمها، فإنّ مدلولها عدم جواز القبض والإقباض للبائع غير المالك، وهذا أمر متسالم عليه بين القائلين بتمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة به وبين المنكرين له.

[١] المراد بما الموصول فى قوله صلى الله عليه و آله العين الخارجيه، بقرينه ما ورد فى صححه

ص: ٣٣٢

الشرح:

بيع الكلى على الذمه حالاً أو سلماً ولو مع عدم تملك شيء منه حال البيع، وقد ورد في بعض الروايات الرد على العامه، حيث إنهم يجوزون بيع الكلى سلماً ولا يجوزون بيع الكلى حالاً من غير أن يكون البائع مالكا له حال البيع، كصحيحه عبدالرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً، قال: ليس به بأس، قلت: إنهم يفسدونه عندنا، قال: وأى شيء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأس، يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود»^(١).

وهذا الرد منه عليه السلام مبنى على مسلك العامه من أخذهم في الأحكام بالاستحسان والقياس إلى موارد النص، وبما أن جواز السلم مورد النص عندهم وأن تسليم المبيع منه يكون بعد مده لا- يعلم تمكن البائع فيه عليه فيكون بيع الكلى حالاً مع إحراز التمكن على تسليمه أولى بالجواز.

وبعبارة أخرى: لو كان النهى عن بيع ما ليس عنده^(٢) أو ليس ما يملكه مطلقاً^(٣) فلا بد من رفع اليد عن إطلاقه وحمله على صورته كون المبيع عيناً خارجيه، أو بنحو الكلى فى الخارج.

لا- يقال: هذه الروايات مع ضعف إسنادها معارضة بمادل على جواز بيع الكلى على الذمه حالاً، فتحمل لرعايه التقيه؛ لوقوعها مورد التكذيب.

فإنه يقال: ليس فى الروايات المشار إليها ما يدل على تكذيب المنقول عن النبى صلى الله عليه وآله ، بل مدلولها جواز بيع الكلى على الذمه حالاً أو سلماً، فتكون مقيدة للنهى

ص: ٣٣٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٤٦، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

٢- (٢) و (٣) مرّ سابقاً.

جواز بيع الكلى، ومن البيع البيع لنفسه [١] لا- عن مالك العين، وحينئذٍ فإنما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء، فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه، فلا- يقع له ولا- للمالك بعد إجازته. وإمّا أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه ثم يمضى ليشتريه من مالكه، قال: لأنّه صلى الله عليه و آله ذكره جواباً لحكيم بن حزام، حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضى ويشتريه ويسلمه، فإنّ هذا البيع غير جائز، ولا نعلم فيه خلافاً، للنهي المذكور وللغرر، لأنّ صاحبها قد لا يبيعها، انتهى.

وهذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتي خالد ويحيى الآيتين في بيع الفضولي لنفسه، ويكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله إليه بالشراء، فلا ينافى أهليته لتعقب الإجازة من المالك.

الشرح:

المنقول ولا تصل النوبة مع الجمع العرفي بين المتعارضين إلى طرح أحدهما أو حمله على رعايه التقيه، كما هو المقرر في بحث التعارض.

[١] والوجه في ظهوره في ذلك هو السؤال الوارد فيه، حيث سأل الحكيم النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الشيء ثم اشتراؤه وتسليمه إلى مشتريه.

وعلى ذلك فالمحتمل فيه أحد أمرين:

الأول: كون النهي إرشاداً إلى فساد البيع الذي أنشأه البائع غير المالك لنفسه وكونه لغوا لا يقع له ولا لمالكه حتى بالإجازة، ويناسب ذلك للاستدلال به على بطلان بيع الفضولي وعدم صحته بالإجازة.

الثاني: كون النهي إرشاداً إلى عدم وقوع البيع المنشأ عن بائعه الفضولي، بل يعتبر في وقوعه أن يبيعه بعد أن يملكه، وهذا يناسب السؤال الوارد فيه ولا تعرض فيه لعدم وقوعه عن مالكه بإجازته. ويرجع إلى الاحتمال الثاني ما في روايتي خالد ويحيى الآيتين في مسأله بيع الفضولي لنفسه، أي مسأله وقوع بيع الفضولي لبائعه، كما إذا باع

وبعبارة أخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقه، فلا يدل على إلغائه بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له، وهذا المعنى أظهر من الأول ونحن نقول به، كما سيجيء.

وثانياً: سلّمنا دلالة النبوى على المنع، لكنّها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدّم من الأدلّة الدالّة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لملكه إذا أجاز.

وبما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالته قوله: «لا- بيع إلا- في ملك»، فإنّ الظاهر منه كون المنفى هو البيع لنفسه، وأنّ النفي راجع إلى نفي الصحّة في حقه لا في حقّ المالك، مع أنّ العموم لو سلّم وجب تخصيصه بما دلّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز.

الشرح:

ثم ملك وأجاز، حيث إنّ الخبرين يذكّران في تلك المسألة وجهاً سابعاً من الوجوه المقتضية لبطلان ذلك البيع.

لا يقال: خصوص المورد في النبوى لا يكون موجبا لتخصيص عموم الجواب أو إطلاقه، وظاهر النهى عن بيع ما ليس عندك أو نفي البيع عنه عدم تمام ذلك البيع لا عن بايعه الفضولى ولا عن مالكة ولو بإجازته.

فإنه يقال: لو سلّم هذا الإطلاق أو العموم لزم رفع اليد عنه بالأخبار الخاصّة الواردة في عقد الفضولى والداله على أنّ المعامله الفضوليه تتم للمالك مع إجازته، وليس المراد حمل إطلاق النهى أو عموم نفي البيع على ما ذكر، بقرينه وجوب الوفاء بالعقود(١) أو دليل حل البيع(٢)، فإنّ النهى أو النفي في النبوى بالإضافة إلى دليل وجوب الوفاء بالعقود أو دليل حل البيع خاص أو مقيد. ومن المقرر في محله أنّ إطلاق

ص: ٣٣٥

١- (١) يعنى الآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائدة: الآيه ١ .

٢- (٢) يعنى الآيه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

الشرح:

المخصص أو المقيد يكون مقدما على عموم العام وإطلاق المطلق، بل القرينه على حمل النبوى تلك الأخبار الخاصه الداله على تمام بيع الفضولى لمالكه مع إجازته.

وذكر المحقق الإيروانى فى تعليقه(١) أن النسبه بين الطائفتين، أى الأولى والثانيه، وبين ما دل على تمام البيع فضولاً بلحوق الإجازة به عموم من وجه، فإن الطائفتين ظاهرتان فى فساد البيع لنفسه، سواء أجازة المالك أولاً، فهاتان خاصتان من جهة قصد الفضولى البيع لنفسه وعامتان بلحوق الإجازة به وعدمه. وما دل على تمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة به خاصه من جهة لحوق الإجازة به، وعامه من جهة قصد الفضولى البيع لنفسه أو لمالكه، فيجتمعان فيما إذا قصد الفضولى البيع لنفسه مع لحوق الإجازة به، فمقتضى الطائفتين بطلانه ومقتضى ما ورد فى تمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة صحته، فيتساقطان.

أقول: لا- يخفى أن الكلام فى المقام فى المسأله الأولى من مسائل بيع الفضولى وهى ما إذا قصد الفضولى البيع عن مالكه مع لحوق الإجازة به، وإذا كان ذلك محكوما بالصحة كما هو مقتضى كونه أحد موردى الافتراق، فيحكم بصحته بلحوق الإجازة به فيما إذا قصد الفضولى البيع لنفسه؛ لعدم احتمال الفرق بين المسألتين على ما سيأتى، مع أنه بعد تساقط الإطلاق من الجانبين يكون المرجع إطلاق حل البيع(٢) وعموم وجوب الوفاء بالعقود(٣).

أضف إلى ذلك أن النبوى مفاده عدم وقوع البيع للبائع الأجنبى، سواء أجازة المالك أم لا، وأما وقوعه للمالك بإجازته، سواء باع الفضولى لنفسه أو لمالكه، فهو مفاد

ص: ٣٣٦

١- (١) حاشيه المحقق الإيروانى رحمه الله على المكاسب : ١٢٢ .

٢- (٢) و (٣) مرّ سابقاً .

وأما الروايتان فدلالتهما على ما حملنا [١] عليه السابقين أوضح، وليس فيهما ما يدلّ ولو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز.

وأما الحصر في صحيحه ابن مسلم والتوقيع، فإنّما هو في مقابله عدم رضا أهل الأرض والضيعة رأساً، على ما يقتضيه السؤال فيهما.

وتوضيحه: أنّ النهى في مثل المقام وإن كان يقتضى الفساد إلاّ أنّه بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من المعامله عليه.

ومن المعلوم: أنّ عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه، ولذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً، ولذا عدّ في الشرائع والقواعد من شروط المتعاقدين، أعنى شروط الصحة كون العاقد مالكاً أو قائماً مقامه وإن أبيت إلاّ عن ظهور الروايتين [٢] في لغويّه عقد الفضولي رأساً، وجب تخصيصهما بما تقدّم من أدلّه الصحة. وأمّا روايه القاسم بن فضل، فلا دلالة فيها إلاّ على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي، لأنّه باع ما لا يملك، وهذا حقّ لا ينافي صحّه الفضولي.

الشرح:

الروايات الخاصه الوارده في تمام بيع الفضولي بإجازه المالك فلا تعارض بينها وبين النبوى أصلاً، حيث إن المنفَى في النبوى وهو وقوع البيع للبايع الفضولى لم يكن مورد الإثبات في تلك الروايات أصلاً.

[١] المراد بهما روايتنا خالد (١) ويحيى (٢).

[٢] المراد بهما مكاتبه الحميرى (٣) وصحيحه محمد بن مسلم (٤).

ص: ٣٣٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٥٠ ، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٥ : ٥٢ ، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٣٧ ، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٨ .

٤- (٤) المصدر السابق : الحديث ٣ .

وأما توقيع الصفار، فالظاهر منه نفى جواز البيع فى ما لا يملك بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب واللزوم، ويؤيده تصريحه عليه السلام بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك، فلا دلالة على عدم وقوعه لمالكه إذا أجاز.

وبالجملة: فالإنصاف أنه لا دلالة فى تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز، ولا تعرض فيها إلا لنفى وقوعه للعاقده.

الثالث: الإجماع على البطلان، ادّعه الشيخ فى الخلاف معترفاً بأنّ الصحّة مذهب قوم من أصحابنا، معتذراً عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم، وادّعه ابن زهره أيضاً فى الغنيه، وادّعى الحلّى فى باب المضاربه عدم الخلاف فى بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب.

والجواب: عدم الظنّ بالإجماع، بل الظنّ بعدمه، بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين والمفيد والمرضى والشيخ بنفسه فى التّهايه التى هى آخر مصنّفاته على ما قيل وأتباعهم على الصحّة، وإطباق المتأخّرين عليه، عدا فخر الدّين وبعض متأخّرى المتأخّرين.

الرابع: ما دلّ من العقل والنقل على عدم جواز التصرّف فى مال الغير إلا بإذنه، فإنّ الرضا اللاّحق لا ينفع فى رفع القبح الثابت حال التصرّف، ففى التوقيع المروى فى الاحتجاج: لا يجوز لأحد أن يتصرّف فى مال غيره إلا بإذنه، ولا ريب أنّ بيع مال الغير تصرّف فيه عرفاً.

والجواب أنّ العقد [١] على مال الغير متوقّفاً لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرّفاً فيه. نعم، لو فرض كون العقد علّه تامّه ولو عرفاً لحصول الآثار كما فى بيع المالك أو الغاصب المستقل كان حكم العقد جوازاً ومنعاً حكم معلوله المترتب عليه.

الشرح:

[١] ذكر رحمه الله أولاً: بأن إجراء العقد على مال الغير إذا لم يقصد ترتيب الأثر

ثم لو فرض كونه تصرفاً، فمما استقلّ العقل بجوازه مثل الاستضاءه والاصطلاء بنور الغير وناره، مع أنه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في هذا من المقال أو الحال، بناءً على أنّ ذلك لا يخرج عن الفضولى، مع أنّ تحريمه لا يدلّ على الفساد، مع أنه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه وعدم استقلاله في ذلك، ولا ينكره القائل بالصحة، خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقله.

ومما ذكرنا ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولى قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعته المشترى، بناءً على أنّ العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد. وقد يستدلّ للمنع بوجوه أخر ضعيفه، أقواها: أنّ الشرح:

عليه بلا- إجازة مالكة لا يكون تصرفاً في ذلك المال خارجاً ليكون محرماً تكليفاً، وقد مر سابقاً أن إجراءه لا يزيد على التكلم الذى لا يكون المتكلم متصرفاً إلا في لسانه.

نعم، إذا كان البيع عله تامه لترتيب الأثر عليه، كما في بيع المالك أو الغاصب، كان جواز العقد وحرمة تابعين لجواز ذلك الترتيب وحرمة.

أقول: لا يكون بيع الغاصب أو المالك عله تامه أصلاً فإنّ القبض والإقباض أمر اختياري للمتعاقدين قد يترتب على البيع، سواء كان صحيحاً أو فاسداً، وقد لا- يترتب عليه، وإذا كان ذلك القبض أو الإقباض تصرفاً في ملك الغير فلا تكون حرمة موجهة لحرمة نفس العقد الذى لا- يخرج في حقيقته عن التكلم بالألفاظ وقصد المعانى منها. نعم، إذا كان البيع بنحو المعاطاه يكون نفس القبض أولاً- إقباض بقصد حصول البيع تصرفاً في ملك الغير، فيكون المحرم نفس القبض والإقباض لا أحدهما بعنوان العقد كما لا يخفى.

وذكر ثانياً: أنه لو فرض كون إجراء العقد على مال الغير تصرفاً ولكنه من قبيل الاستضاءه بضوء الغير والاصطلاء بناره من قبيل التصرف الجائر عقلاً.

أقول: الاستضاءه والاصطلاء من قبيل الانتفاع بمال الغير الذى لا يكون فيه تصرف، وهذا الانتفاع محكوم فى الشرع بالجواز؛ لعدم الدليل على حرمة، ومجرد

الشرح:

إجراء العقد على مال الغير فضولاً لا يكون من التصرف ولا من مجرد الانتفاع بمال الغير كما لا يخفى.

وذكر ثالثاً: بأنه لا ملازمه بين العقد فضولاً وبين حرمة حتى ما لو قلنا بحرمة التصرف والان تفاع بمال الغير، فإنه قد يعلم من الخارج وبالقرائن رضاء المالك بإجراء العقد على ماله، وهذا لا يخرج عن الفضوليه، كما مر في التكلم في قضيه عروه البارقي(1)، وعلى ذلك فلا يمكن الحكم بفساد العقد فضولاً في كل مورد بدعوى أنه محرم.

وذكر رابعاً: أنه على تقدير الملازمه بين فضوليه العقد وحرمة فلا يمكن الحكم بفساده، فإن النهى عن المعامله تكليفاً لا يقتضى فسادها.

وذكر خامساً: أنه على تقدير استفاده الفساد من الحرمة فالمستفاد فساد العقد من ناحيه البائع الفضولى، بمعنى عدم كونه سبباً مستقلاً للنقل والانتقال لا الفساد حتى من جهه مالكه ولو مع إجازته بأن يكون العقد جزء السبب فيتم بإجازة المالك.

وبما ذكر ظهر أنه لو كان قصد العاقد الفضولى ترتيب الأثر على العقد وفرض سرايه قبح هذا التجرى إلى الفعل الخارجى، يعنى العقد، فلا يكون قبح ذلك العقد أو حرمة من جهه التجرى مقتضياً لفساده، إلا بمعنى عدم كونه سبباً تاماً.

أقول: ما ذكره من أن حرمة بيع الفضولى على تقديرها لا تلازم فسادها، كما هو المقرر فى محله من أن النهى عن المعامله تكليفاً لا يقتضى فسادها صحيح، وأما ما أفاده من أنه على تقدير اقتضاء حرمتها فسادها لا يحكم أيضاً بفساد العقد الفضولى وأنه لا يتم بلحوق إجازة المالك؛ لأن مقتضى حرمة البيع فسادها، بمعنى عدم كونه سبباً

... .

الشرح:

تماماً في حصول النقل والانتقال، وهذا ممّا يعترف به القائل بصحة بيع الفضولي، فإنه يترتب عنده النقل والانتقال على البيع المزبور مع لحوق الإجازة به لا يمكن المساعدة عليه. فإن تمام السبب للنقل والانتقال ليس هو نفس العقد، بل مع رضا المالك، فتعلق النهي بنفس العقد في مورد مقتضاه أنه لا يتم السبب بالعقد المزبور ولو مع لحوق رضا المالك به، وهذا هو المراد بفساد بيع الفضولي.

وعن النائيني رحمه الله (١) أن النهي عن معامله إنما لا يقتضى فسادها فيما إذا تعلق النهي بالسبب، كما في النهي عن البيع وقت النداء، فإن مبغوضيته الإتيان بالإيجاب والقبول بما هو مفوّتٌ لصلاه الجمعه لا يقتضى مبغوضيه ملكيه المتاع للمشتري بإزاء الثمن. وأما إذا تعلق النهي بالمسبب، كالنهي عن بيع السلاح من أعداء الدين وبيع المصحف من الكافر، فمقتضى تعلق النهي بالمسبب عدم تمكن المكلف على إيجاده بالسبب، ويعتبر في صحة البيع سلطنه البائع على جعل ملكيه المتاع للمشتري وعدم كونه محجوراً في هذا التصرف.

ولذا ذكر الفقهاء بطلان الإجاره في الواجبات المجانيه، فإن إيجاب الشارع العمل على المكلف يوجب عدم سلطنته على ذلك العمل وكونه محجوراً بالإضافة إليه. وكذا ذكروا بطلان بيع منذور الصدقه، فإن إيجاب الوفاء بالنذر والتصديق بذلك المال يوجب عدم كون المالك سلطاناً على التصرف وانتقاله إلى الآخر بالبيع ونحوه.

والحاصل: أنّ النهي عن المسبب باعتبار اقتضائه الحجر على المالك في جعل ملكيه المتاع للغير يوجب بطلان البيع.

ص: ٣٤١

١- (١) فوائد الأصول ٢: ٤٥٨، ونقله عنه السيد الخوئي قدس سره في محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٣٢٥.

الشرح:

أقول: المنع عن البيع بمعنى المسبب حقيقته المنع عن اعتبار ملكيه المتاع للمشتري وهذه الملكيه أمر يعتبرها البائع ومبغوضيتها من المالك، كما هو مدلول النهى عن المسبب، لا ينافى إمضاءها على تقدير حصولها.

ودعوى أن النهى يقتضى عدم تمكن المالك على إيجاده بالسبب، فإن أريد عدم تمكنه حقيقه فبطلانه أوضح من أن يذكر، وإن كان المراد عدم التمكن شرعاً فلا معنى له إلا مبغوضيته، كما هو فرض حرمة تكليفاً.

نعم، إذا كان النهى وضعياً فمفاده عدم إمضاء المسبب، وهذا خارج عن مورد الكلام.

وبالجملة: النهى عن المعامله بمعنى النهى عن السبب أو المسبب لا يقتضى فسادها.

نعم، إذا كان متعلق النهى التحريمى عملاً- يترتب على تمام البيع كحرمة القبض والإقباض، كما فى بيع السلاح لأعداء الدين، حيث إن إقباضه شوكة لهم على المسلمين، فيمكن دعوى أن حرمة الإقباض تنافى صحه البيع المزبور، فإنه لا يمكن أن يعمه دليل حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد، فتأمل.

وأما مسأله نذر التصدق بالمال، فإن وجوب الوفاء بالنذر والتصديق بذلك المال لا يوجب خروجه عن ملك الناذر، كما أنه لا يوجب النهى عن سائر التصرفات المنافيه للتصدق به؛ لأن الأمر بالشىء لا يقتضى النهى عن ضده الخاص.

وعليه فيبيع المال المزبور وإن يلازم ترك الوفاء بالنذر إلا- أن البيع المزبور لم يتعلق به نهى فضلاً عن كونه موجباً لفساده، والمنسوب إلى الفقهاء من التزامهم بفساد البيع المزبور خلافه محرز، كما يظهر ذلك بالمراجعه إلى كلماتهم.

نعم، إذا كان نذر الصدقه بمفاد نذر النتيجة لما صح بيع المال المنذور؛ لخروجه عن ملك الناذر بالنذر ودخوله فى ملك المنذور لهم.

القدره على التسليم معتبره في صحه البيع، والفضولي غير قادر وأن الفضولي غير قاصد حقيقه [١] إلى مدلول اللفظ كالمكره، كما صرح في المسالك. ويضعف الأول مضافاً إلى أن الفضولي قد يكون قادراً على إرضاء المالك بأن هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعاً بل يكفي تحقّقه في المالك، فحينئذٍ يشترط في صحه العقد مع الإجازة قدره المجيز على تسليمه أو قدره المشتري على تسلّمه على ما سيجيء، ويضعف الثاني بأنّ المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي والمكره، لا- أزيد منه، بدليل الإجماع على صحه نكاح الفضولي وبيع المكره بحق، فإنّ دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للإجماع كما ترى.

الشرح:

وأما مسأله الإجاره على الواجبات، فقد ذكرنا في ذلك البحث أنه لا- مانع من أخذ الأجره على الواجب، إلا إذا كان متعلقاً بالوجوب الإتيان بالعمل مجاناً، بمعنى إلغاء المالىه عن ذلك العمل، فإنه مع الإلغاء لم يصح أخذ الأجره عليه حتى لو كان مستحباً فضلاً عن كونه واجباً.

[١] قد نسب هذا الوجه إلى السيد بحر العلوم (١) أيضاً ولعل مراده أنه يعتبر في صحه البيع إنشاء الملكيه حقيقه بأن يرى العاقد بنظره ملكيه المبيع للمشتري بإزاء الثمن، كما إذا كان العاقد مالكاً أو وكيلاً- أو ولياً على المالك، واما إذا كان العاقد فضولياً وبيع المال للمالك متوقفاً لإجازته، كما هو الفرض في المقام، فلا- ريب في أنه لا- يرى ملكيه المبيع للمشتري بإزاء الثمن، فيكون كبيع الهازل في كونه لغواً.

والجواب: أنه إن أُريد أنه يعتبر في صحه العقد أن يرى العاقد ملكيه المبيع للمشتري بإزاء الثمن مطلقاً فاعتبار ذلك في حقيقه الإنشاء ممنوع، فإنه كيف يعتبره ملكاً للمشتري بإزاء الثمن ولو مع عدم قبول المشتري. وإن أُريد اعتبارها ولو معلقاً

ص: ٣٤٣

المسألة الثانية: أن يسبقه منع المالك [١] والمشهور أيضاً صحته، وحكى عن فخر الدين: أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهى المالك ويلوح إليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوي: «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ» بعد تضعيف السند على أنه نكح بعد منع مولاه وكرهته، فإنه يقع باطلاً.

الشرح:

فهو موجود في العاقد الفضولي أيضاً، فإنه يرى ملكه المبيع للمشتري معلقاً على قبوله وإجازه المالك، ومثل هذا التعليق لا يضر بصحة البيع فإنه تعليق على ما يتوقف حصول البيع عليه كما لا يخفى.

[١] المسألة الثانية: ما إذا سبق منع المالك بيع الفضولي، وعن فخر الدين أن هذا البيع ممنوع عند بعض من قال بتمام بيع الفضولي بلحوق إجازه المالك (١)، ويشير إلى ذلك كلام والده في «التذكرة»، حيث حمل النبوي: «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ أَى زَانٌ» (٢) بعد تضعيف سنده على تزوجه بعد كراهه مولاه ومنعه (٣)، ومقتضى إطلاقه عدم اعتبار لحوق الإجازة ورضا مولاه. وإذا كان النكاح مع سبق المنع عنه كذلك يثبت هذا في غيره أيضاً، حيث إن الفرق بين النكاح وغيره من هذه الجهة ضعيف، ويظهر اعتبار عدم سبق منع المالك من المحقق الثاني أيضاً، حيث ذكر في بطلان بيع الغاصب وجود القرينه العامه وهى الغصب على عدم رضا المالك ببيعه (٤).

وكيف كان، قد ذكر المصنف رحمه الله في وجه عدم تمام هذا البيع بلحوق الإجازة أمرين:

ص: ٣٤٤

- ١- (١) إيضاح الفوائد ١ : ٤١٧ .
- ٢- (٢) سنن البيهقي ٧ : ١٢٧ .
- ٣- (٣) تذكرة الفقهاء ٢ : ٥٨٨ .
- ٤- (٤) جامع المقاصد ٤ : ٦٩ .

والظاهر أنه لا يفرق بين النكاح وغيره ويظهر من المحقق الثاني، حيث احتمل فساد بيع الغاصب، نظراً إلى القرينه الدالّة على عدم الرضا وهي الغصب.

وكيف كان، فهذا القول لا وجه له ظاهراً، عدا تخيل: أنّ المستند في عقد الفضولي هي روايه عروه المختصّه بغير المقام، وأنّ العقد إذا وقع منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو أنّاً ما كافٍ في الردّ، فلا ينفع الإجازة اللاحقه، بناءً على أنّه لا يعتبر في الردّ سوى عدم الرضا الباطنى بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنّه إذا حلف الموكل على نفى الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد، لأنّ الحلف عليه أماره عدم الرضا.

الشرح:

الأول: أن الدليل على صحه عقد الفضولي وتمامه بالإجازة روايه عروه البارقي(1)، وهي لا تشمل صورته سبق المنع.

أقول: مقتضى ذلك أن يعتبر أيضاً في صحته بلحوق الإجازة رضا المالك به حال العقد واقعاً، كما هو المفروض في قضيه عروه البارقي.

الثاني: أنّ بقاء النهى إلى ما بعد البيع وعدم نسخه إلى حصوله بمنزله رد البيع.

وفيه: أن النهى السابق كاشف عن عدم رضا المالك بالعقد، بمعنى كراهته له، وسيأتى إن شاء الله تعالى أن مجرد عدم الرضا بالبيع وكراهته له لا يكفي في رده، بل لابد فيه من إلغاء إنشائه حتى لا ينفع لحوق الإجازة به. واستظهار كفايته من بعضهم(2) في مسأله حلف الموكل بعدم إذنه للوكيل في الشراء وبطلان الشراء بهذا الحلف ممنوع؛ لأنّ بطلان الشراء إنما هو فيما إذا كان للحلف ظهور في إلغاء الموكل الشراء

ص: ٣٤٥

١- (١) أنظر سنن البيهقي ٦: ١١٢، وعوالي اللآلي ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦، ومستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٢- (٢) أنظر جامع المقاصد ٨: ٢٩٣، والمسالك ٥: ٣٠٠، ومفتاح الكرامه ٧: ٦٣٢.

هذا، ولكنّ الأقوى عدم الفرق، لعدم انحصار المستند حينئذٍ في روايه عروه، وكفايه العمومات، مضافاً إلى ترك الاستفصال في صحيحه محمد بن قيس [١] وجريان فحوى أدلّه نكاح العبد بدون إذن مولاه مع ظهور المنع فيها ولو بشاهد الحال بين الموالى والعبيد. مع أنّ روايه إجازته صريحه في عدم قرح معصيه السيّد، مع جريان المؤيّدات المتقدّمه له بيع مال اليتيم والمغصوب ومخالفه العامل لما اشترط عليه ربّ المال الصّريح في منعه عمّا عداه [٢]

وأما ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد ولو آنأ ما فلم يدلّ دليل على كونه فسحاً لا ينفع بعده الإجازة. وما ذكره في حلف الموكل غير مسلم، ولو سيّلم فمن جهه ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في ردّ البيع وعدم تسليمه له. ومما ذكرنا يظهر وجه صحّحه عقد المكره بعد الرضا. وأنّ كراهه المالك حال العقد وبعد العقد لا تقدح في صحّته إذا لحقه الإجازة.

الشرح:

فعلاً، وإلا فالشراء المزبور أيضاً قابل للحقوق الإجازة.

والحاصل: أنّ ما دل على تمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة به في المسأله الأولى جارٍ مع مؤيّداته في هذه المسأله أيضاً، والتفصيل بين المسألتين بلا وجه.

[١] حيث إنّ الوارد فيها: «هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني» (١)، والدعوى المزبوره أى بيعها بغير إذنه يصدق مع النهى السابق عنه وبدونه، وترك الاستفصال في الجواب مقتضاه عدم الفرق بين الصورتين وتام البيع بلحوق الإجازة به، ولكن لا يخفى أنه لو كان قد نهى ابنه عن بيع الوليده لكان الأنسب أن يذكره في دعواه لا أن يدعى أنّ ابنه باعها بغير إذنه.

[٢] يعنى: اشترط ربّ المال على العامل صريح في منع العامل عن غير ما اشترط

ص: ٣٤٦

المسألة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب، وقد يتفق من غيره بزعم ملكه المبيع، كما في مورد صحيحه الحلبي المتقدمه في الإقاله بوضيعة[١].

والأقوى فيه: الصحه وفاقاً للمشهور، للعمومات المتقدمه بالتقريب المتقدم، وفحوى الصحه في النكاح[٢] وأكثر ما تقدم من المؤيدات مع ظهور صحيحه ابن قيس[٣] المتقدمه ولا وجه للفرق بينه وبين ما تقدم من بيع الفضولي للمالك إلا وجوه تظهر من كلمات جماعه بعضها مختص ببيع الغاصب، وبعضها مشترك بين جميع صور المسأله.

الشرح:

عليه، كما لو اشترط عليه أن يشتري غير الحيوان، فإنه صريح في منعه عن شراء الحيوان.

[١] حيث كان المفروض فيها إقاله البائع مع جهله بفسادها، ومعه يكون يبيعه المتاع المزبور من المشتري الآخر بقصد كون البيع له(١).

[٢] كان مراده ماورد في نكاح العبد، حيث يجعل نفسه في إنشائه طرفاً في النكاح مع كونه فضولياً، ولكن فيه أن الفضولي في النكاح لعدم رضا مولاه بالنكاح، وطرفا النكاح العبد والمرأه والمولى خارج عن طرفيه، وإنما يعتبر رضاه في حصوله وبعد الإجازة تثبت الزوجيه المفروضه. بخلاف المقام، فإن الملكيه المنشأه تكون للبائع الفضولي وبعد الإجازة تثبت للمالك، فلا يستفاد صحه هذه من فحوى النكاح.

[٣] لم يظهر وجه ظهورها(٢) في أن بيع الوليده فيها من ابن مولاها كان بدعوى

ص: ٣٤٧

-
- ١- (١) يشير قدس سره إلى صحيحه الحلبي المتقدمه، وسائل الشيعه ١٨ : ٧١، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ .
٢- (٢) أي ظهور صحيحه ابن قيس المتقدمه، وسائل الشيعه ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١ .

منها: إطلاق ما تقدّم من النبيين: «لا تبع ما ليس عندك» و«لا بيع إلا في ملك» [وغيرهما] بناءً على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه.

والجواب عنها يعرف ممّا تقدّم، من أنّ مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه الغير المالك، بلا تعرّضٍ فيها لوقوعه وعدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز.

ومنها: بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، وهذا غالباً مفقود في المغصوب. وقد تقدّم عن المحقّق الكركي أنّ الغصب قرينه عدم الرضا.

وفيه:

أولاً: أنّ الكلام في الأعمّ من بيع الغاصب.

وثانياً: أنّ الغصب أماره عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة [١] وتملك الثمن. فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع، بل الغاصب وغيره من هذه الجهة سواء.

وثالثاً: قد عرفت أنّ سبق منع المالك غير مؤثّر.

ومنها أنّ الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه لم يقصد حقيقته المعاوضه إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر. فالمعاوضه الحقيقيه غير متصوّره، فحقيقته يرجع إلى إعطاء المبيع وأخذ الثمن لنفسه، وهذا ليس بيعاً [٢].

الشرح:

أنها ملكه، بل من المحتمل كون بيعه بدعوى الإذن والوكالة من أبيه.

نعم، لا بأس بالتمسك بإطلاقها، بمعنى ترك الاستفصال في الجواب.

[١] متعلق ببيع الغاصب، يعنى قد يرضى المالك ببيع الغاصب الذى باع المال لرجاء أن يجيزه مالكه ويتملك ذلك المالك الثمن، وهذا يتصور فى بعض صور الاستيلاء على مال الغير على وجه الضمان.

[٢] يعنى: تملك مال الغير للطرف مجاناً وتملك الثمن لنفسه من حقيقته البيع

والجواب من ذلك. مع اختصاصه ببيع الغاصب [١] أن قصد المعاوضه الحقيقيه مبني [٢] على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا، وإن كان هذا الجعل لا حقيقه له لكنّ المعاوضه المبنيه على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقته نظير المجاز الادعائي في الأصول. نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكيه الثمن ولا اعتقاد له، كانت المعامله باطله غير واقعه له ولا للمالك، لعدم تحقق معنى المعاوضه. ولذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئا بطل، ولم يقع له ولا لغيره. والمراد ما لو الشرح:

المفروض كونه نوعاً من المعاوضه.

[١] يعنى: ما ذكر من عدم قصد المعاوضه حقيقه يكون في بيع الغاصب، حيث مع علمه بأن المتاع ملك الغير لا يمكن له إنشاء المعاوضه والقصد بتملك الثمن لنفسه وإعطاء مال الغير، بل يكون تملكه المتاع من الهبه فضولاً وتملكه الثمن من المشتري تملكاً مجانياً. وأما غير الغاصب كالجاهل بفساد الإقاله في صحيحه الحلبي المتقدمه، فهو يقصد دخول الثمن في ملك من يخرج المتاع عن ملكه، غايه الأمر يكون مشتبهاً في تعيين مالك المتاع، فيكون كما إذا باع الولي مال أحد الطفلين باعتقاد أنه للطفل الفلاني فبان بعد ذلك أنه كان للآخر منهما، فإن مثل هذا الاشتباه لا يمنع عن قصد المعاوضه حقيقه.

[٢] يعنى: كما أن في مورد الاستعاره يكون اللفظ مستعملاً في معناه الحقيقي ويكون تطبيق ذلك المعنى بالعنايه والادعاء، كذلك في مورد بيع الغاصب يكون إنشاء المعاوضه وقصدها بصيغه «بعت» أو غيرها حقيقياً ويكون الغاصب قاصداً دخول أحد المالكين في مورد خروج الآخر، إلا أن هذا الإنشاء منه بعد تنزيل نفسه واعتباره مالكا للمبيع. وهذا التنزيل والبناء هو المصحح لإنشاء المعاوضه، حيث يكون إنشاؤها بعد البناء المزبور كإنشاء المالك من غير فرق بينهما.

قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه. وقد تخيل بعض المحققين: أنّ البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام، وهو ما لو باع مال غيره لنفسه، لأنّه عكسه وقد عرفت أنّ عكسه هو ما إذا قصد تملك الثمن من دون بناءٍ ولا- اعتقادٍ لملك الثمن لأنّ المفروض [١] الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز.

الشرح:

نعم، لو باع مال غيره لنفسه من دون البناء على كونه مالاً لم يحصل البيع لا له ولا للمالك حتى مع لحوق الإجازة؛ ولذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره بأن يقصد تملك الغير المبيع من بائعه بإزاء ثمن يدفعه المشتري إلى البائع بطل، باعتبار أن مع القصد كذلك لا تتحقق المعاوضة.

وربما ذكر بعض المحققين أنّ بيع الغاصب مال الغير لنفسه عكس ما ذكره فيكون باطلاً ولكن الأمر ليس كما ذكر، فإن عكسه ما إذا أعطى مال الغير ويقصد تملك الثمن من دون البناء أولاً على كونه مالك المبيع، فإنّ هذا لا تنفعه الإجازة، بخلاف صورته البناء على ملك المبيع.

[١] هذا تعليل لعدم كون بيع الغاصب عكساً لما ذكره، وبيانه أن عكس ما ذكره هو بيع مال الغير لنفسه بلا تنزيل نفسه، أو اعتبار كونه مالاً للمبيع بأن يقصد خروج المبيع عن ملك آخر ودخول الثمن في ملك نفسه، وهذا محكوم بالبطلان ولا تنفعه إجازة المالك. ولو فرض صحته بإجازته فرضاً يكون الثمن فيه ملكاً للبائع لا للمالك، كما أنه لو فرض صحته شراء المال للغير بمال نفسه كان المال للغير، مع أن الكلام في بيع الغاصب في وقوع البيع للمالك مع إجازته، فلا بد من أن لا يكون المفروض في المقام عكس المسألة المذكورة.

أقول: قد يورد على ما أفاده المصنف رحمه الله كما عن المحقق الإيرواني (١) من أن

ص: ٣٥٠

١- (١) حاشية المحقق الإيرواني رحمه الله على المكاسب: ١٢٨.

الشرح:

المعاوضه المنشأه إذا كانت مبنيه على الادعاء والتزليل لا- تكون المعاوضه حقيقه، وخطاب حل البيع(١) أو وجوب الوفاء بالعقد(٢) ناظر إلى ما كان بيعاً حقيقياً وعقداً واقعياً.

وبتعبير آخر: بناء الغاصب على تملك المتاع الذى باعه، إما واسطه فى العروض بأن يبيع المتاع لعنوان مالكه وادعى انطباق ذلك العنوان على نفسه، وهذا خلاف الوجدان؛ لما سيأتى من أن المتاع ملك للشخص لا للعنوان، ولا يحصل الإنشاء على العنوان المزبور. وإما واسطه فى الثبوت بأن يبيع المتاع لنفسه بدعوى أنه مالك.

ويرد عليه أن هذا بيع صورى، وفى الحقيقه يخرج المتاع عن ملك مالكه، وقد قصد دخول العوض فى ملك الغاصب، فيرجع المنشأ إلى تملكين مجانيين فلا يعمه خطاب حل البيع ولا خطاب وجوب الوفاء بالعقد، أى العقد البيعى.

ولكن لا- يخفى ما فى الإيراد، فإنّ بناء الفضولى على تملك المتاع لا واسطه فى العروض ولا واسطه فى الثبوت، وذلك فإن دخول العوض فى ملك معطى المعوض من لوازم البيع ومقتضاه وليس بداخل فى حقيقه البيع، حيث إنّ البيع عباره عن تملك المال بالعوض، وإذا قصد خلاف مقتضى البيع بأن يكون معطى المعوض هو زيد ويدخل العوض فى ملك عمرو، فلا يتمشى من العاقد مع هذا القصد إنشاء للبيع، نظير ما ذكره فى اعتبار أن لا يكون الشرط فى المعامله على خلاف مقتضى العقد، حيث مع كونه مخالفاً لمقتضاه يبطل الشرط، بل العقد. وذلك فإنه إذا باع المتاع من الآخر مثلاً واشترط عليه أن لا يكون له حق المطالبه بالمبيع والتصرف فيه أصلاً، فإنّ حق المطالبه بالمبيع والتصرف فيه وإن لم يدخل فى مدلول البيع، إلا أن البناء على عدم حق

ص: ٣٥١

١- (١) يعنى الآيه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) يعنى الآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائده: الآيه ١ .

الشرح:

المشتري في مطالبته بالمبيع والتصرف فيه إلى الأبد لا يجتمع مع قصد تملك المتاع منه، فإن جعل المملكه له مع القصد المزبور بلا معنى.

وعلى ذلك، فإذا باع الفضولي المتاع من زيد بقصد أن يملك الثمن من زيد بلا بناء على تملك المتاع أولاً، فلا يكون في البين إنشاء للبيع حقيقة، حيث إن مع قصد الخلاف لمقتضى البيع لا يحصل قصد البيع، بخلاف ما إذا قصد تملك المتاع وأخذ ثمنه فمع البناء المزبور يمكن إنشاء البيع.

والحاصل: أن البناء المزبور أمر زائد على مدلول البيع ولكن قصد خلافه لا يجتمع مع إنشاء البيع.

ثم إن تملك الغاصب المتاع والثمن أمر لا يمضيه الشرع، فإن أجاز المالك البيع المنشأ من الغاصب يترتب عليه مقتضاه الواقعي وهو دخول الثمن في ملك مالك المتاع، نظير بيع المتاع في الإقاله الفاسده، كما هو مورد صحيحه الحلبي المتقدمه. فإن بناء البائع على كونه مالكا للمتاع والثمن المأخوذ من المشتري الثاني غير ممضى شرعاً، فيترتب على إجازة المشتري الأول البيع المزبور مقتضاه الشرعي وهو دخول الثمن في ملكه؛ لأنه يعطى المعوض كما لا يخفى.

ثم إنه ربما يذكر أنه لا يعتبر في البيع دخول العوض في ملك من يخرج منه المعوض، وما ذكره العلامة (١) رحمه الله من أن مقتضى البيع دخول الثمن في ملك من يخرج منه المثل غير صحيح، بل حقيقه البيع ليس إلا الإعطاء اللامجان. ولو أعطى زيد المتاع للمشتري ليدخل الثمن في ملك شخص ثالث صح البيع؛ ولذا يصح بيع الكلى على الذمه سلماً أو حالاً مع عدم كون ذلك الكلى ملكاً للبائع، وكذا يصح بيع الأوقاف

ص: ٣٥٢

١- (١) نقله عنه السيد الخوئي قدس سره في محاضرات في الفقه الجعفري ٢ : ٢٣٠ .

الشرح:

والزكوات وأمثال ذلك.

ثم ذكر هذا القائل الجليل أنه إذا باع السارق متاع الغير من دون بناء على كونه مالكاً لذلك المتاع بثمن يتملكه وأجازه المالك وقع البيع للمالك ويدخل الثمن في ملكه، ومجرد اقتران البيع بقصد لغو لا يمنع عن الصحة.

أقول: أما جواز بيع الكلي على الذمه فلا شهاده فيه على أنه لا يكون البيع هو التمليك بعوض وأنه ليس مقتضاه دخول الثمن في ملك من يعطى المعوض للمشتري، وإنما يكون شاهداً على أنه ليس البيع في حقيقته إنشاء معاوضه ومبادله بأن يعتبر في البيع كون المبيع ملكاً لبائعه، ولكن لا شهاده في بيع الزكوات والأوقاف أصلاً، فإن في بيع الزكاه أو الوقف العام، بل الخاص أيضاً يدخل العوض في ملك من يخرج عن ملكه المعوض، ولو كان المخرج عن ملكه هو الجامع المنطبق على كل من الأصناف الثمانيه أو العنوان العام أو الأشخاص المعبر عنها بالموقوف عليهم في الوقف العام أو الخاص.

وأما ما ذكر أخيراً من أنه لو أجاز المالك البيع فيما إذا قصد السارق تملك الثمن لنفسه من دون بناء منه على تملك المثلث صح البيع، ومجرد اقتران الإنشاء بقصد لغو لا يمنع عن الصحة.

ففيه: أنه قد تقدم أن البناء على كون المتاع مال الغير، والقصد إلى تملك الثمن من المعطى له لا يجتمع مع قصد إنشاء البيع فكيف يتم بإجازه المالك؟

وأما ما هو المتعارف من أن المشتري يقول لمالك المتاع: «سلمه إلى فلان بهذا الثمن»، فهو من الحقيقه توكيل للبائع في تمليك المتاع إلى ذلك الشخص بعد دخوله في ملك المشتري، وكذا الحال فيما إذا قال للغير: «اشتر بمالي هذا كتاباً لنفسك»، فإنه أيضاً في الحقيقه توكيل للعاقده في تمليك المبيع لنفسه بعد الاثراء أو تمليك ذلك

ومنها: أنّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلّقت إجازته المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافياً لصحّه العقد [١] لأنّ معناها هو صيروره الثمن لمالك المثلثن بإجازته، وإن تعلّقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف، لا إمضاءً لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، والمجاز غير منشأ.

وقد أجاب المحقّق القمي رحمه الله عن هذا في بعض أجوبه مسائله بأنّ الإجازة في هذه الصّوره مصحّحه للبيع، لا بمعنى لحوق الإجازة لنفس العقد كما في الفضولي المعهود بل بمعنى تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك ووقوع البيع عنه، وقال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثمّ ملكه.

وقد صرّح في موضع آخر: بأنّ حاصل الإجازة يرجع إلى أنّ العقد الذي قصد إلى كونه واقعاً على المال المعين لنفس البائع الغاصب والمشتري العالم قد بدّلته على كونه على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون عقداً جديداً، كما هو أحد الأقوال في الإجازة.

وفيه: أنّ الإجازة على هذا تصير كما اعترف معاوضه جديده من طرف المجيز والمشتري، لأنّ المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور، لأنّ قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايره العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشتري إنّما رضى بذلك الإيجاب المغاير لمؤدّي الإجازة، فإذا التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد، وبعدم الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً، فقد الشرح:

المال منه على أن يصرفه في شراء الكتاب.

[١] يعنى: إجازة ماقصده الفضولي تكون منافيه لصحه العقد؛ لأنّ معنى صحه العقد بالإجازة وقوع المعامله للمالك بدخول الثمن في ملكه، وعقد الفضولي مدلوله دخول الثمن في ملك الفضولي لا المالك. وإن فرض تعلق الإجازة بغير المقصود، بأن

قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه وقبول المشتري، وهذا خلاف الإجماع والعقل.

وأما القول بكون الإجازة عقداً مستأنفاً، فلم يعهد من أحد من العلماء وغيرهم، وإنما حكى كاشف الرموز عن شيخه: أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل فهو بيع بغير لفظ البيع قائم مقام إيجاب البائع، وينضم إليه القبول المتقدم من المشتري. وهذا لا يجرى فيما نحن فيه، لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تملك الثمن للبائع وتملك المبيع منه، فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع، فلا بد له من قبول آخر، فلاكتفاء عنه بمجرد إجازة البائع الرجوعه إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه، التزام بكفايه رضا البائع وإنشائه الشرح:

يكون مقتضى الإجازة دخول الثمن في ملك المالك لا الفضولي، فلازمه كون الإجازة عقداً مستأنفاً لا إمضاء للعقد المنشأ سابقاً، حيث إن دخول الثمن في ملك المالك لم ينشأ لا أصاله ولا فضولاً.

وأجاب عن الإشكال المحقق القمي (١) في أجوبه بعض مسائله أن إجازة المالك في هذه الصورة تكون مصححه للعقد السابق ولا تكون مجرد إمضاء لمضمونه، كما في المسألتين الأولى والثانية. والتصحيح هو صرف البيع عن الفضولي وإضافته إلى المالك، نظير ما في مسأله من باع شيئاً ثم ملك، فإنه كما تكون الإجازة في تلك المسأله صرفاً للبيع المزبور عن مالكه السابق إلى العاقد، كذلك في هذه المسأله تكون صرفاً لمضمون العقد عن العاقد فضولاً وإضافه له إلى المالك.

وهذا التصحيح كما صرح به المحقق القمي في موضع آخر (٢)، في حقيقته عبارته

ص: ٣٥٥

١- (١) جامع الشتات ٢: ٣١٩، غنائم الأيام: ٥٥٤.

٢- (٢) راجع جامع الشتات ٢: ٢٧٦، وفي الصفحه ٣١٨ منه نقل هذا القول عن صاحب كشف الرموز وفقاً لشيخه المحقق، وانظر أيضاً غنائم الأيام: ٥٤١ و ٥٥٤.

عن رضا المشتري وإنشائه، وهذا ما ذكرنا أنه خلاف الإجماع والعقل. فالأولى في الجواب منع مغايره ما وقع لما أُجيز [١]

وتوضيحه: أنّ البائع الفضولي إنّما قصد تمليك المثلث للمشتري بإزاء الثمن، وأمّا كون الثمن مالاً له أو لغيره، فإنّ جواب البيع ساكت عنه، فيرجع فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك مالك المعوّض، تحقيقاً لمعنى المعاوضة والمبادله. وحيث إنّ البائع يملك المثلث بانياً على تملكه له وتسلّطه عليه عدواناً أو اعتقاداً، لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن والتسلّط عليه، وهذا معنى قصد بيعه لنفسه. وحيث إنّ المثلث ملكٌ لمالكه واقعاً فإذا أجاز المعاوضة الشّرح:

عن إنشاء تعديل في مضمون العقد، ولذا أورد عليه المصنف أنّ لازم ذلك أن تكون إجازة المالك عقداً مستأنفاً يتضمن الإيجاب والقبول لا- إيجاباً مستأنفاً لينضم إلى القبول السابق فيلتم العقد؛ ليتمكن احتماله، كما حكاه كاشف الرموز عن شيخه (١). وذلك فإنّ قبول العقد السابق إنّما يتضمن تملك المبيع من العاقد وتمليك الثمن إياه، وهذا القبول كما ترى لا يتضمن تملك المبيع من المالك وتمليك الثمن منه؛ لتكون إجازة المالك إيجاباً متأخراً للقبول المتقدّم. وكون الإجازة بمنزلة العقد المستأنف وقيامها مقام الإيجاب والقبول خلاف الإجماع، وخلاف العقل الحاكم بعدم تمام المركب ومنه العقد إلاّ بأجزائه، وهي في المقام الإيجاب والقبول المزبور كون أحدهما فعلاً للبائع والآخر للمشتري.

[١] وحاصله أنّ ما قصده الفضولي أمران:

أحدهما: إنشاء البيع وحقيقته تمليك المال بعوض لا- مجاناً، ومقتضى ذلك أن يكون الثمن داخلاً- في ملك من يعطى منه المبيع. وثانيهما: دخول الثمن في ملك

ص: ٣٥٦

انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلك أنّ قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتى يتردد الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين، بل مفهوم الإيجاب هو تملك المثلث بعوض من دون تعرّض فيه لمن يرجع إليه العوض، إلا باقتضاء المعاوضة لذلك. ولكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير فقال للبائع الأصيل: تملك منك أو ملكك هذا الثوب بهذه الدراهم، فإنّ مفهوم هذا الإنشاء هو تملك الفضولي للثوب، فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلا بدّ من الترام كون الإجازة نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأه الفضولي الغاصب.

الشرح:

العاقد الفضولي، سواء كان غاصباً أو معتقداً بكونه مالكا للمبيع خطأً. وقصد الأمر الثاني لا ينافي الأول، حيث إنّ قصد المعاوضة كما تقدم لا يجتمع مع قصد دخول الثمن في ملك العاقد فيما إذا لم يكن العاقد بانياً على كونه مالكا للمبيع عدواناً أو اعتقاداً، وأما مع البناء أو الاعتقاد فلا ينافي إنشاء المعاوضة. وإجازة المالك إنما تتعلق بالأمر الأول دون الثاني، وإذا تمت المعاوضة بإجازة المالك يترتب مقتضاها الواقعي، لا الادعائي ولا الاعتقادي كما لا يخفى.

ولكن هذا الجواب يجري في خصوص ما إذا قصد الفضولي فيه أمرين، وأما إذا كان المنشأ المقصود واحداً وهو تملكه الثمن بإزاء المال المزبور كونه للغير، أو قال المشتري الفضولي للبائع الأصيل: تملك منك الثوب بهذه الدراهم مثلاً، فقال البائع: ملكتك، أو قال البائع ابتداءً: ملكتك الثوب بهذه الدراهم، فقال المشتري: تملك. فالمنشأ في هذه الصورة أمر واحد وهو تملك الفضولي، وهذا لا يصح للمالك بإجازته.

وأجاب رحمه الله عن ذلك بأنّ إنشاء تملك الثوب لنفسه إنما هو باعتبار كونه مالكا للدراهم اعتقاداً أو بناءً، وإلا لم يثبت عنوان البيع والمعاوضة.

ص: ٣٥٧

وبالجملة، فنسبه المتكلم الفضولي ملك المثلن إلى نفسه بقوله: ملكت أو تملك، كإيقاع المتكلم الأصلي التمليك على المخاطب الفضولي بقوله: ملكتك هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك. وبهذا استشكل العلامة رحمه الله في التذكرة، حيث قال: لو باع الفضولي مع جهل الآخر فإشكال، من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد، ولا ينتقض بما لو جهل الآخر وكاله العاقد أو ولايته، لأنه حينئذ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصلياً أو نائباً، ولذا يجوز مخاطبته وإسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائباً، وليس إلا - بملاحظه المخاطب باعتباره كونه نائباً، فإذا صح اعتباره نائباً صح اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائباً أو أصلياً، أما الفضولي فهو أجنبي عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار.

الشرح:

وبتعبير آخر: كونه مالكاً للدراهم جهة تقييده في تملكه الثوب فيكون تمليك الثوب بعنوان كونه مالكاً للدراهم في الحقيقة تمليكاً لعنوان مالك الدراهم، حيث إن الثابت لشيء من جهة تقييده ثابت لنفس تلك الجهة، وعلى ذلك فتم المعاملة لمالك الدراهم بإجازته.

أقول: إنشاء الملك لعنوان مالك الثمن ولو كان عنوانه جهة تقييده قابل للمنع، فإنه لا ينشأ في البيع المزبور الملكية إلا للأشخاص، لا للعنوان الطبيعي ليقال بإنطباعه على مصداقه الواقعي، وإن شئت قلت: كل من المالكين في الفرض ملك للشخص، لا الكلي والعنوان، فلا بد من أن يجعل الملكية للشخص.

والمتمتعين في الجواب أن يقال: إن إنشاء المشتري الفضولي تملك الثوب مثلاً بالدراهم المزبورة، ملازم لإنشاء البيع بين الثوب والدراهم، وهذه المعاوضة المستفادة من إنشاء تملكه مورد لإمضاء المالك.

والحاصل: أنه لا فرق بين كون المنشأ ابتداءً هي المعاوضة بين المالكين ويستفاد

ص: ٣٥٨

وقد تفتن بعض المعاصرين لهذا الإشكال في بعض كلماته، فالترم تاره بيطان شراء الغاصب لنفسه، مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى وأكثر النصوص المتقدمه في المسأله كما اعترف به أخيراً، وأخرى بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادله العوضين وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذه فيها.

وفيه: أن حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الإشكال أعنى قول المشتري الغاصب: تملك أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم ليس إلا إنشاء تملكه للمبيع، فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلي له، بل يتوقف على نقل مستأنف.

الشرح:

قصد الفضولي من القرينه، كما في قول البائع الغاصب للمشتري: بعث هذا المال بكذا، وبين أن يكون المنشأ تملك الغاصب المال من الأصيل ويستفاد إنشاء المعاوضه بالتبع، كما في قول المشتري الغاصب: تملك الثوب بهذه الدراهم.

بقي في المقام أمر لا بأس بالتعرض له، وهو أنه قد يقال: إن البيع في حقيقته فعل البائع وركنه الوحيد هو الإيجاب المتضمن لتمليك المال بعوض، وأما القبول فلا يكون ركناً للبيع ولا العقد، بل إمضاء لإيجاب البائع وتمليكه المال بعوض.

وبتعبير آخر: الإيجاب من المالك يتضمن التمليك بعوض ويكون أصلياً بالإضافة إلى مال المالك وفضولياً بالإضافة إلى المشتري، فقبول المشتري إجازة للإيجاب بالإضافة إلى الثمن.

ولذا لو لم يكن الإيجاب فضولياً من ناحيتي الثمن والمثمن فلا يحتاج إلى القبول أصلاً، كما إذا باع الولي على الطفلين مال أحدهما بمال الآخر، فإنه حيث لا فضوليه في الإيجاب أصلاً، فلا يحتاج إلى القبول الذي في حقيقته إجازة للإيجاب.

وعلى ذلك، فإذا اشترى الأصيل مال الغير بثمن وقال: «تملكت المال بكذا»، فهذا

فالأنسب في التفصيلى أن يقال: إن نسبة الملك إلى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله: «تملكت منك»، أو قول غيره له: «ملكتك» ليس من حيث هو، بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقاداً أو عدواناً، ولذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته، ضروره عدم تحقق مفهوم المبادله بتملكك شخص المال بإزاء مال غيره، فالمبادله الحقيقيه من العاقد لنفسه لا يكون إلا- إذا كان مالكا حقيقيا أو ادعائيا، فلو لم يكن أحدهما وعقد لنفسه لم يتحقق المعاوضه والمبادله حقيقه، فإذا قال الفضولى الغاصب المشتري لنفسه: «تملكت منك كذا بكذا» فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا من حيث هو، بل من حيث عد نفسه الشرح:

فى الحقيقيه إيجاب، وإجازة المالك بعد ذلك قبول لذلك الإيجاب، وأما إنشاء الفضولى قبل ذلك وقوله: «بعت المال بكذا»، فهو أمر لغو لا يكون إيجاباً ولا قبولاً. والمتحصل من هذا الكلام أمران:

أحدهما: أن البيع فعل البائع فقط، وحقيقته الإيجاب المتضمن لتمليك المال أو تملكه بعوض، وأما القبول فهو إجازة للإيجاب فلا يحتاج إليه إلا إذا كان الإيجاب فضولياً من ناحيه الثمن أو المثلن.

والثانى: أنه لا- يعتبر الموالاه بين الإيجاب والقبول، فإجازة المالك المجيز يعتبر قبولاً لإيجاب الأصيل الذى يكون فضولياً من جهه الثمن أو المثلن، فيكون الإيجاب المزبور أصلياً من جهه كلا العوضين، فيعمه إطلاق حل البيع أو عموم وجوب الوفاء.

أقول: لا ينبغى الريب فى أنه لا يصدق عنوان البيع على الإيجاب ولو مع عدم حصول القبول من المشتري، فلا يقال لزيد: إنه باع داره مالم يحصل القبول من المشتري، ولا بد فى أن يكون صدق العنوان على فعل شخص موقوفاً على صدور الفعل عن شخص آخر، ونظير ذلك فى غير المعاملات ما ذكرناه فى عنوان غيبه

مالكاً اعتقاداً أو عدواناً. وحيث إنّ الثابت للشيء من حيثه تقييده ثابت لنفس تلك الحثيه، فالمسند إليه التملك حقيقه هو المالك للثمن، إلا أنّ الفضولي لما بنى على أنه المالك المسلط على الثمن أسند ملك المثلن الذى هو بدل الثمن إلى نفسه، فالإجازة الحاصلة من المالك متعلقه بإنشاء الفضولى وهو التملك المسند إلى مالك الثمن، وهو حقيقه نفس المجيز، فيلزم من ذلك انتقال المثلن إليه. هذا، الشرح:

المؤمن فإن غيبته عبارته عن كشف ما ستره الله عليه للناس، وإذا لم يكن للمخبر عن سوء المؤمن مستمع لا يحصل عنوان كشف عيوبه ولكن الكشف عند وجود المستمع يستند إلى القائل ويطلق عليه المغتاب بالكسر.

والحاصل: أنه بعد حصول الشراء من المشتري يطلق عنوان البيع على إيجاب الموجب ويقال: إنه باع داره أو غيرها من أمواله.

ثم إنّ تمييز فعل البائع عن فعل المشتري يكون بالعرف، فإنّه ليس للشراء حقيقه غير ما عند العقلاء، ولا ينبغي الريب فى أنّ الاشتراء عندهم الذى يحصل بالقبول ليس بمعنى إجازة الإيجاب، فإنّ إجازة الإيجاب فى مقابل رده يقوم مقام الإذن فى الإيجاب؛ ولذا تحصل إجازة الإيجاب ورده فى مورد لم يكن للموجب فيه سلطنه على الإيجاب. فمفاد القبول عندهم المصحح لإطلاق عنوان الاشتراء عليه فى باب البيع عبارته عن إنشاء تملك المثلن بإزاء الثمن، ألا ترى أنه لم يعهد من أحد القول بأن انتقال الثمن إلى ملك البائع وانتقال المثلن إلى ملك المشتري يحصل من حين تمام الإيجاب، بل كلهم متفقون على أنّ حصول النقل والانتقال بعد تمام القبول؟

وقد ذكرنا أنّ الأمر كذلك حتى فى نظر المتعاقدين، حيث إنّ الموجب يجعل ملكيه متاعه للطرف من حين إنشاء الطرف تملكه، ولكن المشهور فى بيع الفضولى يلتزمون بالكشف وأن مبدأ النقل والانتقال يكون من حين تمام العقد لا من حين

مع أنه ربما يلتزم صحه أن تكون الإجازة لعقد الفضولي [١] موجه لصيروره العوض ملكاً للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد، وتبعه غير واحد من أجلاء تلامذته.

الشرح:

حصول الإجازة على ما سيأتي. ولو كانت الإجازة من المالك الفضولي مساوياً للقبول من المشتري في المفاد لما أمكن ذلك إلا بالتعبد.

والحاصل: أن الناظر في المعاملات الدارجه بين العقلاء يمكن له الجزم بأن اعتبار القبول في المعاملات ليس باعتبار أنه إجازة لجهه فضوليه في الإيجاب، ألا ترى الهبه وهو تمليك المال للغير مجاناً يحتاج إلى القبول، مع أنه ليس في الهبه تصرف في مال الغير أصلاً؟

وقد ظهر مما ذكر أنه لا- يمكن حصول البيع بالإيجاب فقط حتى فيما كان الموجب وكيلاً أو ولياً بالإضافة إلى مالك المثلث ومالك الثمن، فإن قوله: «بعت هذا بكذا»، إنشاء لتمليك المال بالعوض، وذكرنا أن مجرد ذلك لا يكون بيعاً، بل لا بد في صدق عنوانه من إنشاء تملك المتاع بالثمن، وهذا الإنشاء لم يحصل من الوكيل أو الولي على الفرض.

[١] كان الكلام في المسألة إلى هنا مبنياً على أن صحه العقد بإجازة المالك مقتضاها وقوع المعامله له بأن يكون الثمن مثلاً داخلاً في ملكه بإجازته. وقد نوقش في ذلك كما مرّ بأن الصحه بهذا المعنى مخالف لمضمون العقد، حيث إن مضمونه راجع إلى تملك العاقد فضولاً، كما هو مقتضى بيعه لنفسه وإرجاعه إلى المالك بإجازته التزام بكون الإجازة عقداً مستأنفاً، لا أنها إمضاء لمضمون العقد السابق.

والكلام فعلاً راجع إلى أن صحه عقد الفضولي يمكن أن تكون على طبق مضمون العقد بأن تكون إجازة المالك موجه لوقوع المعامله وتمايتها للعاقد.

وتقرير ذلك بوجهين:

ص: ٣٦٢

وذكر بعضهم في ذلك وجهين:

أحدهما: أنّ قضيّه بيع مال الغير عن نفسه والشراء بمال الغير لنفسه، جعل ذلك المال له ضمناً، حتّى أنّه على فرض صحّحه ذلك البيع أو الشراء تملكه قبل أن انتقله إلى غيره، ليكون انتقاله إليه عن ملكه، نظير ما إذا قال: «أعتق عبدك عني» أو قال: «بع مالي عنك» أو «اشتر لك بمالي كذا» فهو تملكك ضمنّي حاصل ببيعه أو الشراء.

الشرح:

أحدهما: أنّ العاقد الفضولي يعتبر المال ملكاً لنفسه أولاً؛ ليكون بيعه باعتبار ذلك موجباً لدخول العوض في ملكه، وكما أنّ الإذن في هذا النحو من البيع في الحقيقة توكيل له في تملكه المال أولاً، ثم بيعه؛ ليدخل العوض في ملك المأذون بأن يقول له: «بع مالي لنفسك أو اشتر لنفسك بمالي»، كذلك الحال في الإجازة، حيث إن الإجازة تفيد فائدة الإذن السابق.

والوجه الثاني: المنع عن كون لازم المعاوضه دخول أحد المالكين في ملك من يخرج المال الآخر عن ملكه، بل يكفي في تملك الثمن كون العاقد مأذوناً في بيع مال الغير لنفسه، كما يكفي في تملك المبيع كونه مأذوناً في الشراء لنفسه بمال الغير. والفرق بين الوجهين أنه لو فرض فسخ البيع بأحد موجباته يرجع المال إلى مالكة المجيز على الوجه الثاني؛ لعدم صيرورته ملك العاقد قبل البيع، بخلاف الوجه الأول، فإنّ المال يرجع إلى العاقد، باعتبار أنه كان مالاً له قبل المعاوضه.

وأورد المصنف رحمه الله على الوجه الأول، بأنّ بناء العاقد وقصده تملك المال قبل بيعه، لا يفيد شيئاً ولا يدخل بذلك المال في ملكه حتّى فيما إذا كان بإذن المالك، فإنه لا بد في تملك المال من إنشاء تملكه قولاً أو فعلاً ولو بمثل ما إذا أنشأ ذلك بقوله: بع هذا المال لنفسى بكذا، بأن قصد به جعل المال له أولاً، ثم تملكه للآخر. ولكن المفروض في

ص: ٣٦٣

ونقول فى المقام أيضاً: إذا أجاز المالك صحّ البيع أو الشراء، وصحّته تتضمّن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء، فكما أنّ الإجازة المذكورة تصحّح البيع أو الشراء، كذلك تقضى بحصول الانتقال الذى يتضمّنه البيع الصحيح، فتلك الإجازة اللاحقة قائمه مقام الإذن السابق، قاضيه بتمليكه المبيع، ليقع البيع فى ملكه، ولا مانع منه.

الثانى: أنّه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقده فى انتقال بدله إليه، بل يكفى أن يكون مأذوناً فى بيعه لنفسه أو الشراء به، فلو قال: «بع هذا لنفسك» أو «اشتر لك بهذا»، ملك الثمن فى الصّوره الأولى بانتقال المبيع عن مالكه إلى المشتري، وكذا ملك المثلث فى الصّوره الثانیه، ويتفرّع عليه: أنّه لو اتّفق بعد ذلك فسخ المعاوضه رجع الملك إلى مالكه، دون العاقده.

أقول: وفى كلا الوجهين نظر:

أمّا الأول: فالنّ صحّه الإذن فى بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعه، كما تقدّم فى بعض فروع المعاطاه، مع أنّ قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق، لأنّ الإذن فى البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك آنأ ما قبل البيع، بخلاف الإجازة، فإنّها لا تتعلّق إلاّ بما وقع سابقاً، والمفروض أنّه لم يقع إلاّ مبادله مال الغير بمال آخر.

الشرح:

مثل الغاصب أنه يعتبر المال ملكاً قبل بيعه، ويكون بيعه مجرد التصرف فى ماله.

وبالجملة: فالإذن السابق لا يفيد فى هذا النحو من التملك الذى يكون بمجرد البناء والقصد، فكيف إذا كان بالإجازة اللاحقه.

وبهذا يظهر الحال فى مسأله ما إذا قال له: «بع مالى لنفسك» أو «اشتر لنفسك بمالى»، فإنه إذا حصل من المأذون إنشاء تملك المال لنفسه ولو مقارناً للتصرف فيه ببيعه من الغير فهو، وإلاّ فلا يفيد الإذن المزبور شيئاً، ويكون بيعه واقعاً عن المالك لا محاله.

نعم، لما بنى هو على ملكيه ذلك المال عدواناً أو اعتقاداً قصد بالمعاوضه رجوع البديل إليه، فالإجازة من المالك إن رجعت إلى نفس المبادله أفادت دخول البديل في ملك المجيز، وإن رجعت إلى المبادله منضمّة إلى بناء العاقد على تملك المال، فهي وإن أفادت دخول البديل في ملك العاقد، إلا أنّ مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملك وإمضائه له، إذ بعد إمضائه يقع البيع في ملك العاقد فيملك البديل، إلا أنّ من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة في تأثير ذلك البناء في تحقّق متعلّقه شرعاً، بل الدليل على عدمه، لأنّ هذا ممّا لا يؤثّر فيه الإذن، لأنّ الإذن في التملك لا يؤثّر التملك، فكيف إجازته؟

وأما الثاني: فلما عرفت من منافاته لحقيقه البيع التي هي المبادله، ولذا صرح العلامة رحمه الله في غير موضع من كتبه تارةً بأنّه لا يتصور، وأخرى بأنّه لا يعقل أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئاً بل ادّعى بعضهم في مسأله قبض المبيع: عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن: «اشتر لنفسك به طعاماً» وقد صرح به الشيخ والمحقّق وغيرهما.

نعم، سيأتي في مسأله جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب، أنّ ظاهر جماعه كقطب الدين والشهيد وغيرهما: أنّ الغاصب مسلّط على الثمن وإن لم يملكه، فإذا اشترى به شيئاً ملكه، وظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن ويملك المثلث المشتري [١] إلا أن يحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع الشرح:

وأجاب رحمه الله عن الوجه الثاني بما تقدّم من أنّه لا يمكن في المعاوضه دخول أحد العوضين في ملك من لا يخرج المال الآخر عن ملكه، وإلا كان تملك كل من المالكين مجاناً.

[١] المشتري بصيغه المفعول صفه للمثلث.

الغاصب للمثمن مطلقاً] ١] كما نسبه الفخر رحمه الله إلى الأصحاب، أو آناً ما قبل أن يشتري به شيئاً تصحيحاً للشراء.

وكيف كان: فالأولى في التفصّي عن الإشكال المذكور في البيع لنفسه ما ذكرنا.

ثم إن ممّا ذكرنا من أنّ نسبه ملك العوض حقيقه إنّما هو إلى مالك المعوّض لكنّه بحسب بناء الطرفين على مالكيه الغاصب للعوض منسوب إليه يظهر اندفاع إشكال آخر [٢] في صحّحه البيع لنفسه مختصّ بصوره علم المشتري وهو: أنّ المشتري الشرح:

[١] المراد بالإطلاق تملك الغاصب الثمن من الأول في مقابل تملكه آناً ما قبل التصرف فيه (١).

[٢] لا- يخفى أنّ هذا الإشكال لا- يدفع بالالتزام بجعل ملك العوضين لعنوان مالك الثمن والمثمن، بل يجرى حتى بناءً على الالتزام المزبور، فإنّ حاصل الإشكال أنه في مورد بيع البائع الفضولي المال لنفسه وقبض الثمن من المشتري العالم بالحال لا يمكن أن تكون إجازة المالك نافذه؛ لاستلزام نفوذها كون البيع بلا ثمن.

وبيان ذلك: أنّه قد أورد على صحّحه البيع في المسألة الثالثة بإجازة المالك بوجه آخر، وهو أنّ المنسوب إلى الأصحاب عدم جواز رجوع المشتري الأصيل إلى البائع الغاصب بالثمن المدفوع إليه، مع العلم بالحال فيما إذا رد مالك المبيع المزبور، وهذا الحكم كاشف عن صيروره الثمن ملكاً للغاصب.

وعلى ذلك، فإجازة المالك لا تفيد شيئاً ولا يدخل الثمن في ملكه؛ لأنّ البيع في الفرض بلا ثمن، ولعل نظر العلامة رحمه الله إلى ذلك، حيث قال بعد الإشكال في صحّحه الفضولي مع جهل المشتري: «إنّ الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل» (٢).

ص: ٣٦٦

١- (١) نسبه الفخر إلى الأصحاب، كما في المتن، إيضاح الفوائد ١: ٤١٧.

٢- (٢) التذكرة ١: ٤٦٣.

الأصيل إذا كان عالمًا بكون البائع لنفسه غاصباً فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم بأن المالك لو ردّ فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن. وهذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقيه، وإلا لكان ردّها موجباً لرجوع كلّ عوض إلى مالكة، وحينئذٍ فإذا أجاز المالك لم يملك الثمن، لسبق اختصاص الغاصب به، فيكون البيع بلا ثمن.

ولعلّ هذا هو الوجه في إشكال العلامة في التذكرة حيث قال بعد الإشكال في صحّ بيع الفضولي مع جهل المشتري: إنّ الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل، انتهى.

أقول: هذا الإشكال بناءً على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنّه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردّ المالك وبقائه، وبعد تسليم أنّ الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديري الردّ والإجازة، لا التسليط المراعى بعدم إجازة البيع إنّما يتوجّه على القول بالنقل، حيث إنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

الشرح:

وأجاب المصنف رحمه الله عن ذلك بما توضيحه: أن ملك الثمن للغاصب لا يحصل بمجرد العقد، بل بالعقد يجعل ملك الثمن للمالك المبيع وملك المبيع للمالك الثمن، غايه الأمر يكون المشتري العالم بالحال دفعه الثمن إلى الغاصب تسليطاً للغاصب على الثمن مجاناً. فإنّ إجازة المالك البيع وقلنا بكون الإجازة كاشفه يكون الثمن المزبور ملكاً للمالك دون الغاصب؛ لأن الإجازة تكشف عن دخول الثمن في ملك المالك المجيز قبل دفعه إلى الغاصب، فيكون دفعه إلى الغاصب تسليطاً للغاصب على مال غيره فلا يدخل في ملك الغاصب.

والشاهد على ذلك، أي تسليط الغاصب على الثمن يكون بالدفع دون العقد، أنه

وأما على القول بالكشف، فلا يتوجه إشكال أصلاً، لأنّ الردّ كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً له على مال نفسه، والإجازه كاشفه عن كونه تسليطاً له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض، ولذا لو لم يقبضه الثمن حتى أجاز المالك أو ردّ، لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري أو المالك. وسيأتي في مسأله جواز تتبع العقود للمالك تتمه لذلك، فانتظر.

الشرح:

لو لم يدفع الثمن إلى الغاصب لا يكون للغاصب انتزاعه، سواءً أجاز المالك البيع المزبور أم لا.

نعم، للاشكال وجه بناءً على كون الإجازة ناقلة، ولكن يمكن القول إن تسليط الغاصب على الثمن يكون مراعى بعدم إجازة المالك، خصوصاً إذا كان الشراء من الغاصب بتوقع إجازة المالك.

أقول: لا يخفى أنه لو كان المراد بالتسليط هو تمليك المال مجاناً فكونه مراعى بعدم الإجازة يوجب بطلانه؛ لأنه من التعليق في الهبة، فلا بد من أن يكون المراد منه هو الإذن في كل تصرف حتى الموقوف على الملك بأن يتملك المال أولاً، ثم يتصرف فيه. وأن بطلان تسليط المشتري الغاصب على الثمن يبتنى على الكشف الحقيقي في الإجازة ولو بأن يكون الشرط في صحه عقد الفضولي وصف تعقبه الإجازة، فإن هذا الوصف يحصل للعقد من الأول على تقدير الإجازة، فيكون الثمن منتقلاً في علم الله إلى المالك المجيز من حين إنشاء عقد الفضولي. فتسليط المشتري الغاصب على الثمن المزبور يكون في الواقع تسليطاً على مال الغير، فلا يصح.

نعم، على القول بالكشف الحكمي واعتبار ملكية المثلن والثلن لطرفي العقد حين الإجازة من زمان العقد يكون التسليط المزبور حينه نافذاً؛ لكون الثمن ملكاً للمشتري في ذلك الحين وبعد حصول الإجازة يعتبر التسليط المزبور إتلافاً على

ص: ٣٦٨

ثم اعلم: أنّ الكلام فى صحّحه بيع الفضولى [١] لنفسه غاصباً كان أو غيره إنّما هو فى وقوعه للمالك إذا أجاز، وهو الذى لم يفرّق المشهور بينه وبين الفضولى البائع للمالك، لا لنفسه.

وأما الكلام فى صحّحه بيع الفضولى ووقوعه لنفسه إذا صار مالكا للمبيع وأجاز سواء باع لنفسه أو المالك فلا دخل له بما نحن فيه، لأنّ الكلام هنا فى وقوع البيع للمالك، وهناك فى وقوعه للعائد إذا ملك. ومن هنا يعلم: أنّ ما ذكره فى الرياض من أن بيع الفضولى لنفسه باطل ونسب إلى التذكرة نفى الخلاف فيه فى غير محلّه، إلا أن يريد ما ذكرناه، وهو خلاف ظاهر كلامه.

بقى هنا أمران:

الأوّل: أنّه لا فرق على القول بصحّحه بيع الفضولى بين كون مال الغير عيناً أو ديناً فى ذمّه الغير، ومنه جعل العوض ثمناً أو مثمناً فى ذمّه الغير.

الشرح:

المالك المجيز، فيضمن له المشتري بدله على ما سيأتى.

هذا، مع أنّ أصل دعوى تسليط المشتري الغاصب على الثمن مجاناً غير صحيح؛ لأنّ دفعه إليه كان بعنوان كونه بدل المثل، وكما أنّ الغاصب كان بانياً على ملك المبيع وقد قصد تملك الثمن بإزائه كذلك يكون المشتري أيضاً بانياً عليه؛ ولذا قد دفع الثمن إلى البائع المزبور، فأين التسليط أو التمليك المجانى؟

[١] ذكر فى «الرياض» (١) أنّ بيع الفضولى لنفسه باطل إجماعاً، كما صرح به جماعة كالعلامة فى جملة من كتبه، «كالمختلف» و«التذكرة»، مدعيّاً عدم الخلاف فيه (٢)، وذكر المصنف رحمه الله أنّ الحكم بالبطلان فى المسألة الثالثة فى «الرياض» ونسبه

ص: ٣٦٩

١- (١) الرياض ١: ٥١٢.

٢- (٢) التذكرة ١: ٤٦٣، وحكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤: ١٨٦.

ثم إنَّ تشخيص ما في الذمَّة الذي يعقد عليه الفضولي إمَّا بإضافه الذمَّة إلى الغير، بأن يقول: «بعت كراً من طعام في ذمَّة فلان»، بكذا «أو بعت هذا بكذا في ذمَّة فلان». وحكمه: أنه لو أجاز فلان يقع العقد له، وإن ردَّ بطل رأساً. وإمَّا بقصده العقد له، فإنه إذا قصده في العقد تعيَّن كونه صاحب الذمَّة، لما عرفت من استحاله دخول أحد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر، إلاَّ على احتمال ضعيف تقدَّم عن بعض. فكما أنَّ تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلي بإضافته إلى ذمَّة شخص خاصَّ. وحينئذٍ فإنَّ أجاز من قصد مالكيته وقع العقد، وإن ردَّ فمقتضى القاعده بطلان العقد واقعاً، لأنَّ مقتضى ردِّ العقد بقاء كلِّ عوض على ملك صاحبه، إذ المال مردد في باب الفضولي بين مالكة الأصلي ومن وقع له العقد [١] فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة وتردده بين الفضولي ومن وقع له العقد، إذ لو صحَّ وقوعه للفضولي

الشرح:

دعوى عدم الخلاف فيه إلى العلامه اشتباه، وذلك فإنَّ الكلام في المسألة الثالثة في وقوع البيع لمالك المال مع إجازته. وقد تقدَّم أنَّ البيع مع إجازته يقع له على المشهور الأقوى، ولم يخالف فيه العلامه فضلاً عن ذكره عدم الخلاف في بطلانه.

وأما فيما إذا باع مال الغير ثم تملك البائع ذلك المال وأجاز بيعه السابق فهذا باطل لا يقع للبائع، وهذا هو الذي ذكره العلامه عدم الخلاف في بطلانه ولا يرتبط بالمسألة الثالثة، فما ذكر في «الرياض» اشتباه، إلاَّ أن يريد البطلان في مسأله وقوع البيع للبائع بعد تملكه، ولكن ظاهر عبارته لا يساعد على ذلك.

[١] المراد بمالكة الأصلي الذي ينتقل منه المال بتمام العقد، كما أن المراد بمن وقع له العقد من ينتقل إليه المال بتمامه، ولا فرق فيما ذكر من وقوع العقد عن المالك المجيز بإجازته وبطلانه مع رده بين كون المال المزبور ملكاً قبل عقد الفضولي، كما

الشرح:

فى مورد جريان البيع على العين الخارجيه أو الكلى الثابت على الذمه من قبل، أو ملكاً بذلك العقد، كما فى مورد بيع الكلى الذى يثبت على الذمه بتمام البيع المزبور.

نعم، قد يستشكل فى جريان الفضوليه فى الكلى الذى يثبت على العهده بالبيع، ووجه الإشكال أنّ العوضين فى باب البيع يعتبر أن يكونا مالين قبل وقوع المعامله، حيث إنه تملك مال بعوض. وإذا باع الأصيل الكلى بدمته يكون عرضه الكلى المزبور للبيع موجباً لصيرورته مالاً فإنه يبذل العقلاء بإزائه المال، فيقع البيع على ما صار مالاً بعرضه للبيع، بخلاف ما إذا كان البائع فضولياً واعتبر الكلى على عهده الغير فضولاً، فإنه لا يكون الكلى بذلك مالاً، فلا يكون تملكه بعوض من تملك المال بالعوض.

وربما يجاب عن ذلك بأنّ تملك الفضولى الكلى على عهده الغير وإن لا يكون من قبيل تملك المال بالعوض قبل إجازة ذلك الغير، إلا أنه بإجازته يصير مالاً، وهذا المقدار يكفى فى تمام البيع. وقد أورد على هذا الجواب السيد الخمينى (رحمه الله عليه)، بأن إجازة المالك لا تصحح كون الكلى المزبور مالاً؛ لأن الإجازة إنشاء واحد وصيروره الكلى مالاً وتملكه بعوض أمران مترتبان، حيث يتعين أن يكون المثلن والثلن مالين قبل إنشاء ملكيه الأول بإزاء الثانى.

وذكر أنّ المتعين فى الجواب عن الإشكال هو الالتزام بأنّ الكلى مع قطع النظر عن إضافته إلى ذمه أحد فى نفسه مال، فإنه يصح أن يقال: إن الكر من الحنطه يساوى عشرين ديناراً والمثقال من الذهب يساوى كذا من المال، وهذا شاهد لكون الكلى مع قطع النظر عن إضافته إلى ذمه الأصيل أو الأجنبى فى نفسه مال يصح تقويمه. ويكون تملكه بعوض من تملك المال بالعوض، وإلا فالإضافه لا توجب المالىه، بل اعتباره فى الذمه يوجب سلب مالىته، فإنه بالاعتبار فى الذمه يكون من الكلى العقلى الذى

الشرح:

لا موطن له فى الخارج.

أقول: لا- يخفى أن إضافة الكلى إلى ذمه أحد ليس بمعنى تقييد الكلى الطبيعى الذى يصح اتصافه بالوجود والعدم بوجوده الذهنى؛ ليقال: إنه بهذا الاعتبار كلى عقلى لا موطن له فى الخارج، ألا ترى أن الثمن فى بيع النسيئة أو البدل فى مورد القرض كلى بالذمه من غير خلاف، وإن إعطاء الفرد منه للبائع أو الدائن خارجاً بقصد إفراغ ذمته أداءً لذلك الثمن ووفاءً للدين الذى على عهده. ولو كان المال على الذمه معناه تقييده بالوجود الذهنى لما كان ما ذكر أداءً أو وفاءً، حيث إنه لا موطن للموجود الذهنى إلا- الذهن، بل المراد من الذمه هو تعهد الشخص بذلك الكلى بأن يطبقه على الخارج بأداء فردة ولو لم يكن لفردة وجود فعلاً، وهذا فى مقابل إجراء المعاملة على الكلى فى المعين، بأن يكون مورد المعاملة الكلى الذى يصلح تطبيقه على أحد الأفراد المعينه المملوكة فعلاً لبائعه.

ثم إن الكلى القابل للاتصاف بالوجود والعدم لا- يكون مالا، حيث لا يساوى مالا فى اعتبار العقلاء، بل اتصافه بالماليه الفعلية وتساويه بالمال على تقدير الوجود فعلاً، كما هو الحال فى بيع الفرد الفعلى أو الكلى فى المعين، أو على تقدير الالتزام بإعطائه والوفاء به ولو مستقبلاً وإن لم يكن موجوداً بالفعل وعليه فإن مع التزام البائع فى بيع الكلى بإعطائه وتسليمه، كما هو معنى اعتباره على ذمته، يكون بيعه بالعوض من تملكك المال بالعوض، وإن اعتبر الكلى فى عهده الغير فضولاً وملكه بعوض فهذا الكلى على تقدير إجازة الغير يصير مالا، حيث إن معنى إجازته الالتزام بإعطائه.

وقد ذكرنا سابقاً أنه لا- يعتبر فى صدق عنوان البيع كون المبيع أو الثمن مالا- قبل إنشاء البيع أو حين إنشائه، وأن ما ذكر فى تعريفه من أنه مبادله مال بمال من قبيل شرح

الشرح:

الاسم، بل اعتبار المالىه فيهما باعتبار أن لا يكون تملك أحدهما بإزاء الآخر من أكل المال بالباطل. وعلى ذلك فيإجازه من اعتبار العاقد الكلى بدمته، يكون المبيع مالاً. وقد ملك بعوض كما هو الفرض، فيخرج التمليك المزبور عن كونه أكلاً للثمن بالباطل، وليس إجازته البيع فى بيع الكلى على الذمه إلاّ. الالتزام بإعطاء ذلك الكلى فيدخل الثمن فى ملكه؛ لما تقدم من أن مقتضى البيع دخول الثمن فى ملك من يعطى عنه المعوض. والمال فى جميع ذلك مردّد بين بقائه على حالته الأولى كما فى فرض عدم إجازته من ينتقل منه المال، أو انتقاله إلى من ينتقل إليه كما فى فرض إجازته، وأما العاقد الفضولى فهو خارج عن طرفى المعامله.

نعم، لو وقع بينه وبين الأصيل منازعه فى كون العقد لنفسه أو لغيره بأن كانت دعوى العاقد أنه قد باع أو اشترى للغير وأنكرها عليه الأصيل وقال: «بعت واشتريت لنفسك»، حلف الأصيل على عدم علمه بدعوى العاقد، يثبت المال على ذمه العاقد؛ لأصله العاقد وصحة العقد.

والحاصل: أنّ مع إجراء البيع على مال الغير أو مع اعتبار المال على ذمه الغير أو إضافه البيع للغير فإن كان فى البين إجازته من ذلك الغير فهو، وإلاّ يقع العقد باطلاً واقعاً، غاية الأمر على تقدير منازعه الأصيل والعاقد يثبت العقد للعاقد ظاهراً.

ولكن المنسوب إلى ظاهر جماعه فى بعض فروع المضاربه وقوع العقد للعاقد واقعاً^(١)، قال فى «الشرائع» فى باب المضاربه: «إذا اشترى من ينعق على ربّ المال، فإن كان بإذنه صحّ، إلى أن قال: وإن كان بغير إذنه وكان الشراء بعين المال بطل. وإن كان

ص: ٣٧٣

١- (١) لم نقف على المناسب، أنظر القواعد ١: ٢٤٧، والرياض ١: ٦٠٧، والجواهر ٢٦: ٣٨٤.

الشرح:

فى الذمه وقع الشراء للعامل، إلا أن يذكر رب المال^(١)، وظاهر ذلك وقوع الشراء للعاقداً واقعاً؛ لأنه لم يفرض فى البين تنازع؛ ليحمل العبارة على الحكم الظاهرى، وربما يذكر أنه إذا اتفق البائع والقابل على وحده قصدهما ولكن قال البائع: «بعتك المال وقبلت لنفسك»، وقال المشتري: «بعت المال بئمن على عهده زيد واشتريته له»، يكون المورد من موارد التحالف. وأما إذا لم يتفقا على ذلك بأن قال البائع: «بعتك المال»، وقال المشتري: «نعم»، ولكن قصدت الشراء لزيد، يكون المورد من موارد الدعوى والإنكار، فإن المشتري لادعائه خلاف مقتضى ظهور الشراء يكون مدعياً، فلا بد من أن يحلف البائع على نفي دعوى المشتري وأنه لم يقصد ذمه زيد، لا- على نفي علمه بالقصد المزبور، كما هو ظاهر الشيخ رحمه الله^(٢)، لأن نفي علمه لا ينافى دعوى المشتري. وحيث لا- يمكن للبائع هذا الحلف؛ لعدم طريق له إلى العلم بقصد المشتري، فيرد الحلف على المشتري، وإذا حلف على قصده يحكم ببطلان البيع؛ لكون البيع المزبور فضولياً لم يلحقه إجازة زيد، وفى النتيجة يكون البيع كمورد التحالف محكوماً بالبطلان.

أقول: ظاهر كلام المصنف رحمه الله وجماعه أنه يكفى فى صحة البيع فيما إذا كان أحد العوضين كلياً فى الذمه تعيين العاقداً صاحب الذمه بقصده فقط وإن لم يعينه عند إنشاء العقد بقريته حاله أو مقالیه، كما إذا قال البائع: «بعتك المال بعشره دراهم»، وقال: «قبلت»، مع قصده كون عشره دراهم على ذمه زيد، أو كون الشراء له الذى يكون بمعنى أن زيدا صاحب الذمه، فإن هذا مقتضى دخول المبيع إلى ملكه. ولكن صحة هذا البيع

ص: ٣٧٤

١- (١) شرائع الإسلام ٢ : ٣٨٦ ٣٨٧، كتاب المضاربه.

٢- (٢) أنظر المبسوط ٢ : ٣٨٦ وغيره من المواضع .

لم يحتجّ إلى إجازته ووقع له، إلا أنّ الطرف الآخر لو لم يصدّقه على هذا القصد، وحلف على نفي العلم حكم له على الفضولي لوقوع العقد له ظاهراً، كما عن المحقّق وفخر الإسلام والمحقّق الكركي والسيوري والشّهد الثاني.

وقد يظهر من إطلاق بعض الكلمات كالقواعد، والمبسوط ووقوع العقد له واقعاً، وقد نسب ذلك إلى جماعه في بعض فروع المضاربه وحيث عرفت أنّ الشّرح:

لا يخلو عن تأمل، بل منع؛ لما ذكرنا من أنّ الكلي ما لم يصف إلى ذمّه شخص لا يصلح جعله عوضاً.

وأيضاً المحتاج إلى تعيين الذمه هو ذمه الغير لا ذمه العاقد، فإن قول البائع: «بعت المال بعشره دراهم»، وإن يعم بيعه بالعشره، سواء كانت بذمه العاقد أو شخص آخر؛ ولذا يصحّ للمشتري أن يقول في قبوله: «قبلت لزيد»، أو ما هو بمعناه، إلا أنّ مع عدم تعيين الغير ينصرف إطلاق القبول المتضمن لإضافه القابل تملك المتاع إلى نفسه إلى كون الثمن بعهدته، والمفروض أنّ الذي ينصرف إليه الإطلاق غير مقصود ولم يجعل عوضاً. وما قصده العاقد من كون الثمن بعهدته زيد لم يذكر في العقد ولم ينصب عليه قرينه، فالشراء باعتبار عدم تعيين العوض باطل.

وعلى ذلك، فلو اختلف البائع والقابل فقال البائع: «بعتك المال بعشره على عهدتك»، فقال المشتري: «اشتريته» ولكن قصدت كون الثمن على عهدته زيد، فيقدم قول البائع؛ لكون قوله على طبق ظهور القبول وقول المشتري قصده إلى كون الثمن على عهدته زيد على خلاف الظهور المزبور فيكون مدعياً، فيتوجه إلى البائع الحلف على عدم علمه بقصد القابل إن ادعى علم البائع بقصده، ولا يتوجه إلى البائع حلف أصلاً إذا لم يدع القابل علم البائع بقصده. وعلى التقديرين يحكم بكون الثمن على عهدته المشتري، ولا دليل في مثل الفرض على لزوم الحلف على المنكر، فضلاً عن

قصد البيع للغير أو إضافته إليه في اللفظ يوجب صرف الكلى إلى ذمه ذلك الغير كما أنّ إضافه الكلى إليه يوجب صرف البيع أو الشراء إليه، وإن لم يقصده أو لم يصفه إليه ظهر من ذلك التناهي [١] بين إضافه البيع إلى غيره وإضافه الكلى إلى نفسه أو قصده من غير إضافه، وكذا بين إضافه البيع إلى نفسه وإضافه الكلى إلى غيره.

فلو جمع بين المتنافيين بأن قال اشترت هذا لفلان بدرهم في ذمتي: أو اشترت هذا لنفسى بدرهم في ذمه فلان. ففي الأول يحتمل البطلان، لأنه الشرح:

رده إلى المدعى، وتفصيل ذلك موكول إلى بحث القضاء.

ولو قيل بكفايه تعيين القابل صاحب الذمه بقصده في صحه الشراء ووقوعه لزيد يكون الأمر في مقام الاختلاف أيضاً كذلك، بل الأمر كذلك فيما إذا اختلفا في صورته العقد وقال البائع: «بعتك المال واشتريته»، وقال المشتري: «بل اشتريته لزيد بإضافه شرائي إليه أو بتعيينه صاحب الذمه» فيقدم قول البائع؛ لموافقته لأصل لفظي معتبر، وهي أصالة عدم ذكر المشتري القرينه على خلاف ظهور الشراء الذي أشرنا إليه، فيكون المشتري مدعياً؛ لادعائه خلاف الأصل المزبور، ويحلف البائع على نفى تعيين القابل كما لا يخفى.

[١] قد تقدّم أنّ وقوع الشراء للغير يكون بإضافته إلى الغير تاره، وباعتبار الثمن في عهده أخرى، وعلى ذلك فيقع الكلام فيما إذا جمع العاقد بين المتنافيين وللجمع صورتان:

الأولى: بأن أضاف الشراء إلى الغير واعتبر الثمن بدمته.

والثانية: أن يضيف الشراء إلى نفسه ويعتبر الثمن على عهده الغير.

وقد ذكر المصنف رحمه الله في الصوره الأولى أنه يحتمل بطلان الشراء؛ لأن قصد إنشاء الشراء لا يحصل من العاقد مع اعتباره العوض على عهده الغير وقصده دخول

فى حكم شراء شىء للغير بعين ماله، ويحتمل إلغاء أحد القيدىن وتصحيح المعامله لنفسه أو للغير. وفى الثانى يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير فيقع للغير بعد إجازته، لكن بعد تصحيح المعاوضه بالبناء على التملك فى ذمه الغير اعتقاداً. ويحتمل الصّحه بإلغاء قيد ذمه الغير لأنّ تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافه الذمه إلى الغير، والمسأله تحتاج إلى تأمل.

الشرح:

المعوض إلى ملكه، ويحتمل إلغاء أحد القيدىن بالالتزام بحصول قصد إنشاء الشراء؛ إما بأن يكون قصده الشراء للغير لغواً فيصح الشراء للعاقده، وإما أن يلغى اعتبار المال على عهدته فيكون الشراء فضولياً.

وذكر فى الصوره الثانى أنه لا يحتمل بطلان الشراء؛ لحصول قصد إنشائه، ويحتمل وقوع الشراء للغير؛ لأنه مع اعتبار الثمن على عهدته الغير يكون قصده الشراء لنفسه مبنياً على بنائه بأن ما على عهدته الغير ملك له عدواناً أو اشتهاً، وهذا هو الفرق بين هذه الصوره والصوره الأولى.

ويحتمل وقوع الشراء لنفسه؛ لأنّ إضافته إلى نفسه أولاً مقتضاه اعتبار المال على عهدته، فيكون قصده ثانياً الثمن على عهدته الغير لغواً.

أقول: لا- فرق بين الا-شراء للغير بمال فى ذمته، كما هو الحال فى الصوره الأولى، وبين الشراء لنفسه بمال فى ذمه الغير، كما هو الحال فى الصوره الثانى، فى أنه لا يمكن فيهما قصد إنشاء الشراء حقيقه، فإن مقتضاه كما تقدم دخول أحد العوضين فى ملك من يعطى العوض الآخر.

وما ذكر رحمه الله فى الصوره الثانى من احتمال وقوع الشراء للغير باعتبار أن كون الغير صاحب المذمه، مقتضاه دخول المعوض إلى ملكه وإضافه العاقده الشراء إلى نفسه مبنى على تملك ما فى ذمه الغير غير صحيح، فإنه مع أنه لا يخرج عن الاحتمال أن البناء على

ص: ٣٧٧

ثم إنه قال في التذكرة: لو اشترى فضولياً فإن كان بعين مال الغير فالخلاف في البطلان والوقف على الإجازة إلا أن أبا حنيفة قال: يقع للمشتري بكل حال [١] وإن كان في الذمه لغيره وأطلق اللفظ [٢] قال علماؤنا: يقف على الإجازة، فإن أجاز صح ولزمه أداء الثمن، وإن رد نفذ عن المباشر، وبه قال الشافعي في القديم وأحمد. وإنما يصح الشراء، لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره، وإنما وقف على الإجازة لأنه عقد الشراء له، فإن أجاز له، وإن رده لزم من اشتراه، ولا فرق بين أن ينقد من مال الغير أو لا. وقال أبو حنيفة: يقع عن المباشر، وهو جديد للشافعي، انتهى.

الشرح:

تملك ما بذمه الغير لا معنى له، ولا يقاس بالاستيلاء على عين خارجيه مملوكه للغير كما لا يخفى.

والحاصل: أن الشراء في الصورتين حقيقه غير محقق فيحكم ببطلانه، إلا إذا قيل بعدم كون مقتضاه دخول المعوض في ملك من يعطى عنه العوض، ولا تحتاج المسأله إلى تأمل زائد.

[١] لعل المراد بكل حال (١) وقوع البيع للمشتري، سواء أجاز الشراء مالك الثمن أم لا، ووقوعه له مع إجازة المالك بمعنى دخول المبيع في ملك المشتري مع خروج الثمن من ملك المجيز، ووقوعه له مع عدم إجازته ثبوت بدل ذلك الثمن على المشتري.

[٢] يعنى: لو اشترى المتاع بثمن بذمته وقصد كون الشراء للغير من غير ذكر ذلك في العقد، كما إذا قال، بعد قول البائع: بعث المال بعشره دنانير: قبلت، فإن أجاز ذلك الغير وقع الشراء لذلك الغير، فيدخل المبيع في ملكه، ويثبت الثمن بذمته، وإن رد ذلك الغير نفذ الشراء على القابل ويثبت الثمن بذمته. والوجه في نفوذ إجازة الغير هو إضافه الشراء إليه في القصد، فيلغى اعتبار العاقد كون الثمن بذمته، كما أن الوجه في نفوذ الشراء

ص: ٣٧٨

١- (١) يعنى قدس سره مراد أبى حنيفة، كما فى المتن، راجع المغنى لابن قدامه ٤: ٢٢٧.

وظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الردّ للمشتري واقعاً، كما يشعر به تعليقه بقوله: لأنه تصرف في ذمته لا في مال الغير. لكن أشرنا سابقاً إجمالاً إلى أن تطبيق هذا على القواعد مشكل، لأنه إن جعل المال في ذمته بالأصالة، فيكون ما في ذمته كعين ماله، فيكون كما لو باع عين ماله لغيره. والأوفق بالقواعد في مثل هذا: إما البطلان لو عمل بالتيه، بناءً على أنه لا يعقل في المعاوضه دخول عوض مال الغير في ملك غيره قهراً، وإما صحته ووقوعه لنفسه لو ألغى التيه، بناءً على انصراف المعامله إلى مالك العين قهراً وإن نوى خلافه. وإن جعل المال في ذمته، لا- من حيث الأصالة، بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً، ففيه مع الإشكال في صحه هذا لو لم يرجع إلى الشراء في ذمه الغير: أن اللازم من هذا أن الغير إذا ردّ هذه المعامله وهذه النيبه تقع فاسده من أصلها، لا أنها تقع للمباشر.

نعم، إذا عجز المباشر من إثبات ذلك على البائع لزمه ذلك في ظاهر الشريعة، كما ذكرنا سابقاً ونصّ عليه جماعه في باب التوكيل.

وكيف كان، فوقع المعامله في الواقع مردّده بين المباشر والمنويّ، دون التزامه خرط القتاد! ويمكن تنزيل عبارته على الوقوع للمباشر ظاهراً، لكنّه بعيد.

الثاني: الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاه، بناءً على إفادتها للملك، إذ لا فارق بينها وبين العقد، فإنّ التقابض بين الفضوليين أو فضوليّ وأصيل إذا وقع بتيه التملك والتملك فأجازته المالك، فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة، فعموم مثل قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» شامل له.

الشرح:

على العاقد على تقدير ردّ ذلك الغير، هو كون الثمن بدمته فيلغى قصد كون الشراء للغير، ولا يضر في وقوعه عن العاقد بين وفاء العاقد ما بدمته بمال ذلك الغير أم لا.

ويؤيدہ روايه عروه البارقي [١] حيث إنَّ الظاهر وقوع المعامله بالمعاطاه.

وتوهم الإشكال فيه: من حيث إنَّ الإقباض الذي يحصل به التمليك محرم لكونه تصرفاً في مال الغير، فلا يترتب عليه أثر في غير محلّه، إذ قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمّه مع أنّه قد يقع الإقباض مقروناً برضا المالك بناءً على ظاهر كلامهم من أنّ العلم بالرّضا لا يخرج المعامله

الشرح:

[١] قد ذكرنا سابقاً أنه ليس في تلك الروايه ما تكون قرينه على أنّ بيع الشاه أو شراءها كان بالمعاطاه، والتمسك بإطلاق قوله صلى الله عليه وآله فيها: «بارك الله في صفقه يمينك» (١) وعدم استفصاله عن عروه بأنّ بيع الشاه الواحده بدينار كان بالإيجاب والقبول اللفظيين أو بالمعاطاه، ومقتضى ذلك تمام المعاطاه الفضوليه بالإجازه، يمكن دفعه بأنّه يحتمل أن يكون عروه كان ملتفتاً إلى أنّ بيعه الشاه بدينار فضولي يحتاج إلى إجازة النبي صلى الله عليه وآله . وحيث كان عالماً بأنه لا بد في تمام بيع الفضولي بالإجازه وقوعه بغير المعاطاه فباعها بالإيجاب والقبول اللفظيين، ومع احتمال ذلك يكون حمل بيعه على الصحيح من غير جهه الإجازه مستغنياً عن الاستفصال؛ ولذا لم يسأل رسول الله صلى الله عليه وآله عن حصول سائر شرائط البيع وعدمه.

نعم، لا يجرى ذلك في صحيحه محمد بن قيس (٢)؛ لأن المفروض فيها عدم علم المشتري بكون البيع فضولياً، ومقتضى حمل فعله على الصّحه من غير جهه إجازة المالك لا يقتضى الشراء بغير المعاطاه، ولو كان في تمام بيع الفضولي وقوعه بغير المعاطاه معتبراً لكان الاستفصال عنه في الجواب متعيناً.

ص : ٣٨٠

١- (١) أنظر سنن البيهقي ٦ : ١١٢ ، وعوالي اللآلي ٣ : ٢٠٥ ، الحديث ٣٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٠٣ ، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١ .

عن معاملة الفضولى. مع أنّ النهى لا- يدلّ على الفساد، مع أنّه لو دلّ لدلّ على عدم ترتّب الأثر المقصود[١] وهو استقلال الإقباض فى السببىه فلا ينافى كونه جزء سبب.

الشرح:

[١] قد تقدّم سابقاً أنّ النهى عن عقد الفضولى لو كان مقتضياً فساده لما تمت صحته بإجازه المالك، وذلك فإنّ العقد لا يكون بنفسه سبباً تاماً للنقل، بل هو مع رضا المالك والنهى لا يتعلق برضا المالك وإنما يتعلق بنفس العقد، ومعنى صحته كونه جزء السبب للنقل. وإذا حكم بفساده باقتضاء النهى ينتفى كونه جزء السبب، فلا تثمر معه إجازه المالك.

وذكر النائنى رحمه الله (١) وجهاً آخر؛ لعدم جريان تمام عقد الفضولى بإجازه المالك فى المعاطاه الفضولىه وهو أنّ إنشاء البيع بالإيجاب والقبول يكون له بقاء، وتتعلق الإجازه بذلك الأمر الباقى، حيث إنّ تبديل المالىن فى الإضافه الحاصله بإنشاء البيع المعبر عن ذلك بالمعنى الاسم المصدرى، أمر مغاير لإنشائه المعبر عنه بالمعنى المصدرى الذى ينقضى بانقضاء التكلم، وتتعلق الإجازه بذلك الأمر الاسم المصدرى. وهذا بخلاف إعطاء المالىن، فإنه ليس للإعطاء اسم مصدر إلاّ العطاء المتحد مع الإعطاء خارجاً، والإعطاء عباره أخرى عن تبديل المالىن من حيث المكان وتبديل المالىن من حيث المكان لا تتعلق به الإجازه.

ولكن لا- يخفى ما فيه، فإنه المعاطاه ليست مجرد الإعطاء وتبديل المالىن مكاناً، بل بقصد تبديلهما فى الملكيه، والمفروض أنّ هذا التبديل أمر اعتبارى منشأ بالفعل وتتعلّق به الإجازه كالتبديل المنشأ باللفظ.

ص: ٣٨١

١- (١) نقله السيد الخوئى قدس سره فى محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢ : ٣٣٨، وانظر حاشيه المحقق النائنى رحمه الله على المكاسب ٢ : ٥١.

إنّ المعاطاه منوطه بالتراضى وقصد الإباحه أو التملك

وربّما يستدلّ على ذلك بأنّ المعاطاه منوطه [١] بالتراضى وقصد الإباحه أو التملك، وهما من وظائف المالك، ولا يتصور صدورهما من غيره ولذا ذكر الشهيد الثّانى: أنّ المكره والفضولى قاصدان للفظ دون المدلول، وذكر: أنّ قصد المدلول لا يتحقّق من غير المالك ومشروطه أيضاً بالقبض والإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارناً للأمرين، ولا أثر له إلا إذا صدر من المالك أو بإذنه.

وفيه: أنّ اعتبار الإقباض والقبض فى المعاطاه عند من اعتبره فيها إنّما هو لحصول إنشاء التملك أو الإباحه، فهو عندهم من الأسباب الفعلية كما صرّح الشهيد فى قواعد المعاطاه عندهم عقد فعلى، ولذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها: أنّ البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطى، وحينئذٍ فلا مانع من أن يقصد الفضولى بإقباضه: المعنى القائم بنفسه، المقصود من قوله: «ملكك». واعتبار مقارنه الرضا من المالك للإنشاء الفعلى دون القولى مع اتحاد أدلّه اعتبار الرضا وطيب النفس فى حلّ مال الغير لا يخلو عن تحكّم.

الشرح:

هذا، مع ما تقدّم من أنّ البيع بمعنى اسم المصدر عين البيع بمعنى المصدر وتغايرهما بالاعتبار، وأن البيع بهذا الاعتبار قابل للبقاء اعتباراً؛ ولذا يتعلق به الفسخ بالخيار أو بالإقاله، كما ذكرنا تفصيلاً ذلك فى تعريف البيع.

[١] وحاصله: أنّه يعتبر فى المعاطاه التراضى بالملك بناءً على كونها مفيدة للملك، أو التراضى بإباحه التصرف بناءً على كونها مفيدة للإباحه، ومن الظاهر أن التراضى بالملك أو الإباحه من شؤون المالك، ولا معنى لحصوله من غير المالك.

ولذا ذكر الشهيد الثّانى (١): أنّ المكره والفضولى قاصد للفظ دون المدلول، وأيضاً يعتبر فى المعاطاه حصول القبض والإقباض مقارناً بالتراضى على الملك أو

ص: ٣٨٢

١- (١) أنظر القواعد والفوائد ١ : ٥٠ ، القاعدة ١٧ و ١٧٨ ، القاعدة ٤٧ .

الإشكال على جريان الفضولي في المعاطاه بناءً على الإباحه

وما ذكره من الشَّهيد الثَّاني لا- يجدى فيما نحن فيه، لأننا لا نعتبر في فعل الفضولي أزيد من القصد الموجود في قوله، لعدم الدليل، ولو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنه في العقد القولي أيضاً، إلا أن يقال: إن مقتضى الدليل ذلك، خرج عنه بالدليل معاملة الفضولي إذا وقعت بالقول. لكنك قد عرفت أن عقد الفضولي ليس على خلاف القاعده.

نعم، لو قلنا: إنَّ المعاطاه لا يعتبر فيها قبض ولو اتَّفَق معها، بل السَّبب المستقلُّ هو تراضى المالكين بملكيه كلِّ منهما لمال صاحبه مطلقاً أو مع وصولهما أو وصول أحدهما، لم يعقل وقوعها من الفضولي.

نعم، الواقع منه إيصال المال، والمفروض أنه لا مدخل له في المعامله، فإذا رضى المالك بمالكيه من وصل إليه المال تحققت المعاطاه من حين الرِّضا ولم يكن إجازته لمعاطاه سابقه، لكنَّ الإنصاف أن هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاه وإنَّما قصدهم إلى العقد الفعلى.

هذا كلُّه على القول بالملك، وأما على القول بالإباحه [١] فيمكن القول ببطلان الشرح:

التراضى على الإباحه، ومن الظاهر أن التراضى عليهما لا أثر له إلا إذا صدر عن المالك أو بإذن منه.

وأجاب عن ذلك المصنف رحمه الله من أن اعتبار القبض والإقباض في المعاطاه عند من اعتبرهما فيها لإنشاء الملك أو الإباحه كما يكون باللفظ كذلك يكون بالفعل، وكما أن في صورته إنشائهما باللفظ يمكن الإنشاء من غير المالك والوكيل فضولاً كذلك في صورته إنشائهما بالفعل، وكما أنه لا- يعتبر رضا المالك مقارناً لإنشاء المالك أو الإباحه باللفظ كذلك لا يعتبر مقارنته لإنشائهما فيما إذا كان بالفعل، ودعوى اعتبار مقارنته لإنشاء الفعلى دون الإنشاء القولى تحكّم.

[١] لا يخفى أنَّ الإباحه في المعاطاه على تقديرها شرعيه لا مالكيه، فإنَّ

الفضولى لأنّ إفاده المعامله المقصود بها الملك للإباحه خلاف القاعده فيقتصر فيها على صورته تعاطى المالكين، مع أنّ حصول الإباحه قبل الإجازة [١] غير ممكن، والآثار الأخرى مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف إذا وقعت فى غير زمان الإباحه الفعلية، لم تؤثر أثراً. فإذا أجاز حدث الإباحه من حين الإجازة، اللهم إلا أن يقال بكفايه وقوعها مع الإباحه الواقعيه إذا كشف عنها الاجازة، فافهم.

الشرح:

المفروض فى المعاطاه قصد الملك لا الإذن لصاحبه فى التصرف فى ماله، فالقائل بالإباحه لابد من أن يلتزم بورود التقييد فى دليل إمضاء البيع ونفوذه بالإضافة إلى البيع المعطاه قبل حصول أحد الملزمات، ويكون حصول أحدها فى ذلك البيع كالتقبض فى بيع الصرف والسلم شرطاً لحصول الملك. وقبل حصول أحدها يكون كل من المالكين مباحاً للآخر، ومقتضى ذلك الاقتصار فى التقييد على مورد اليقين، وهى صورته تعاطى المالكين، وفى غيرها يرجع إلى إطلاق حل البيع ونفوذه، فتكون النتيجة أنّ المعاطاه فضولاً كالبيع اللفظى فضولاً فى حصول الملك بالإجازة فى كشفها عن الملك السابق.

والحاصل: لا- تكون فى مورد المعاطاه فضولاً- إلا- حصول الملك لا الإباحه، ودعوى أن الإباحه فى المعاطاه مالكيه؛ لأنها وإن تكن بقصد الملك إلا أنها تتضمن الإباحه المالكيه الضمنيّه، أمر لا أساس له، حيث إنّه لا معنى للإباحه المالكيه إلا الإذن فى التصرف فى ماله. ومن الظاهر أن جعل المالك ملكيه ماله للطرف لا يجتمع مع الإذن له فى التصرف فى ماله، فإن معنى البيع نقل المال ومعنى الإباحه إبقاء المال فى ملكه.

[١] هذا هو الوجه الثانى فى عدم جريان الفضولى فى المعاطاه على القول بالإباحه، وتقريره أنّ الإجازة معتبره فى بيع الفضولى بنحو الكشف، فتكون كاشفه عن صحه كل تصرف وقع من الأصيل فى مال المالك قبل إجازته، وهذا الكشف بناءً على

أمّا الكلام فى الإجازة: فىقع تارةً فى حكمها، وشروطها وأخرى فى المجيز وثالته فى المجاز.

أمّا حكمها فقد اختلف القائلون بصحّهُ الفضولى بعد اتّفاقهم على توقّفها على الإجازة فى كونها كاشفه بمعنى أنّه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتّى كأنّ الإجازة وقعت مقارنة للعقد أو ناقله بمعنى ترتّب آثار العقد من حينها حتّى كأنّ العقد وقع حال الإجازة على قولين: فالأكثر على الأوّل، الشّرح:

الإباحة غير ممكن؛ إذ لا- يعقل الكشف فى الإباحة المالكية ولا- فى الإباحة التى من الحكم التكليفى، فإنّ الأحكام التكليفيه تكون للأفعال المستقبلة لا- الماضيه التى انتهى أمرها بالوجود أو العدم. مثلاً- إذا باع الأصيل مال الآخر قبل إجازته فإنه بعد إجازته البيع الأوّل يحكم بصحه البيع الثانى أيضاً لاعتبار وقوعه فى ملك الأصيل، وهذا على القول بالملك.

وأما بناءً على حصول الإباحة فلا- يحكم بصحه البيع الثانى حتى بعد إجازة المالك؛ لما ذكرنا من أنّ الإجازة لا تكشف عن إباحة تصرفات الأصيل التى منها البيع الثانى؛ لتكون الإباحة بالإضافه إلى التصرفات الموقوفه على الملك ملازمه لحصول الملك للمتصرف قبل تصرفه أو مقارناً له.

والحاصل: لا- تعقل فى الإجازة على القول بالإباحة فى المعاطاه إلّا النقل، أى الالتزام بحصول الإباحة من زمان الإجازة، ولعله إلى ذلك أشار رحمه الله بقوله: «فافهم»، بعد احتمالاه تمام البيع الثانى من الأصيل، مع الإباحة الواقعيه المكشوفه بالإجازة اللاحقه.

نعم، هذا مبنى على ما هو الصحيح من كون الإجازة معتبره بنحو الكشف الحكمى، وأما بناءً على الكشف الحقيقى فلا مانع عن كشف الإجازة عن كون تلك التصرفات مباحه من حين وقوع المعاطاه فضولاً.

واستدلّ عليه كما عن جامع المقاصد والرّوضه[١] بأنّ العقد سبب تامّ في الملك الشّرح:

[١] يستدل على اعتبار الإجازة في عقد الفضولي بنحو الكشف بوجوه: أولها: ما عن المحقق والشهيد الثانيين(١) من أنّ الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد، ويقتضى وجوب الوفاء به حصول الملك، ويعلم تمام العقد الموضوع لوجوب الوفاء بإجازة المالك. وأورد عليه المصنف رحمه الله بأنّ العقد، أى الإيجاب والقبول، لا يكون تمام الموضوع لوجوب الوفاء وتمام السبب لحصول الملك، بل تمامه هو العقد مع صدوره برضا المالك، ولا يعلم ذلك بإجازة المالك، حيث لا تكشف الإجازة عن مقارنة رضا المالك بصدور العقد لا عن رضا الفعلى في ذلك الزمان وهذا ظاهر، ولا عن رضا التقديرى بمعنى أنه لو كان ملتفتاً بالعقد لكان راضياً به، فإنه يمكن أن تكون إجازته لحصول البداء له وتغير اعتقاده إلى صلاح العقد بعد كونه جازماً بعد صلاحه.

نعم، لازم القول بصحة الفضولى هو الالتزام بأنّ إجازة المالك تقوم مقام رضا المقارن لصدور العقد، وأنّ الإجازة أحد القيدين المعبرين في العقد على سبيل التخيير، وعلى ذلك فكما يتم بالرضا المقارن الموضوع لوجوب الوفاء ويحصل به الملك كذلك بالإجازة اللاحقه.

وبعبارة أخرى: الإجازة يكون بها تمام الموضوع لا- أن تكون كاشفه عن تمام الموضوع والسبب قبلها، اللهم إلا أن لا تكون الإجازة بنفسها شرطاً، بل الشرط لوجوب الوفاء تعقب العقد بها، وهذا التعقب يحصل من الأول على تقدير حصول الإجازة في المستقبل، ويكون حصولها كاشفاً عن اتصاف العقد به زمان صدوره ولكن هذا خلاف الظاهر، حيث إن الشرط في تمام العقد نفس الرضا وطيب نفس المالك لا لحوقه.

ص: ٣٨٦

١- (١) جامع المقاصد ٤: ٧٥ ٧٤، والرّوضه البهيه ٣: ٢٢٩، و حكاة عنهما السيد المجاهد في المناهل : ٢٩٠ .

الشرح:

لا يقال: المراد بالشرط في المقام ما يكون لحوقه بالعقد موجباً لحصول الملك، فإطلاق الشرط على الرضا باعتبار أن المؤثر في الملك الحاصل بالعقد لحوقه لا أنه بنفسه دخيل.

فإنه يقال: إطلاق الشرط على شيء مقتضاه كون ذلك الشيء بنفسه دخيلاً، وكون المراد بالشرط ذلك ظاهر الأدلة، فإن ظاهرها كون رضا المالك وطيب نفسه معتبراً في التجاره وحل أكل مال الغير أو التصرف فيه ووجوب الوفاء بالعقد، ولازم ذلك أن لا يحصل شيء من ذلك قبل حصول الإجازة. ولا- يفيد فيه وصف لحوق الإجازة في العقد، كما احتمل كفايه وصف لحوقها صاحب الفصول والتزم به بعض المعاصرين^(١)، ويتفرّع على دخاله وصف لحوق الإجازة وكونها شرطاً في تمام العقد أنه لو علم الأصيل حصول الإجازة فيما بعد لجاز له التصرف في مال الطرف حتى الموقوف على كون المتصرف مالكاً.

ثم إنّه لا بأس بالالتزام بما ذكر، وأن المراد بالشرط لحوقه في مثل اشتراط صوم المستحاضه بغسلها بعد الفجر أو للعشاءين بأن يقال بأن المعتبر في صحه صومها عند طلوع الفجر اتصاف إمساكها عند الفجر بلحوق الاغتسال ولو في الليله الآتية، ويقال في الغسل يوم الخميس: إنّ اتصاف المكلف بكونه لا يتمكن على الاغتسال يوم الجمعة دخيل في استحباب الغسل له يوم الخميس، واتصافه بكونه يدرك مستقبلاً هلال وشوال دخيل في وجوب الزكاه عليه من أول شهر رمضان.

ولكن مع ذلك قد يقال بامتناع تحقّق وصف التعقّب فعلاً قبل حصول ذلك اللاحق، وأنه لا يمكن تصحيح مذهب الكشف بالالتزام بأن الشرط في حصول الملك

ص: ٣٨٧

١- (١) أنظر الفصول الغرويه : ٨٠، ومفتاح الكرامه ٤ : ١٩٠، والمستند ٢ : ٣٦٧.

الشرح:

بالعقد تعقبه بالرضا، وأن وصف التعقب حاصل حال العقد على تقدير حصول الإجازة فيما بعد فإن المتضايين متلازمان في القوة والفعلية فاتصاف أحد بالأيوه لا ينفك عن اتصاف الآخر بالبنوه، وإتصاف شيء بالعليه لا ينفك عن اتصاف الآخر بالمعلوليه، وعنوان التعقب والتقدم والتأخر من الإضافات.

والحاصل: أن إتصاف شيء بأحد الوصفين المتضايين في زمان مع عدم إتصاف الآخر بالوصف الآخر في ذلك الزمان أمر غير معقول، فلا يعقل أن يقال بحصول وصف التعقب بالإجازة للعقد قبل حصول الإجازة.

أقول: الأوصاف الإضافية التي يوصف بها الشيء ليست في حقيقتها إلا باعتبار العقل وقياس أحد الموجودين بالآخر، فإن كان الموجودان متحدتين زماناً يكون اتصاف أحدهما بوصف ملازماً لاتصاف الآخر بالوصف الآخر المقابل لا محاله لفعلية الموجود الآخر في ذلك الزمان أيضاً على الفرض، كما في وصفى العلية والمعلوليه أو الأيوه والبنوه ونحوهما. وإن كان الموجودان في زمانين، كما في الموصوفين بوصفى التقدم والتأخر، فلا يمكن اتصاف أحدهما بوصف في زمان ملازماً لفعلية الموجود الآخر أو فعلية وصفه في ذلك الزمان فضلاً عن لزومها؛ لأن تحققه فيه خلف.

نعم، لا بأس بتوصيف ذلك الآخر بالوصف المقابل بلحاظ طرف وجوده ولو بملاحظته بالعنوان الإجمالي، ويكفي في انتزاع وصف التقدم للموجود المتقدم ملاحظته المتأخر بعنوانه الإجمالي، ولو ادعى في فعلية وصف التقدم للمتقدم أو وصف التعقب له لزوم فعلية المتأخر لزم أن لا يوجد الموصوف الحقيقي بالتقدم والتأخر أصلاً؛ لأن الموصوف بالتأخر في ظرف وجود المتقدم معدوم والموصوف

الشرح:

بالتقدم فى ظرف فعلية المتأخر قد انقضى عنه الوجود، فأين فعلية الموصوفين وفعلية وصفيهما، هذا بالإضافة إلى الاعتبار العقلى؟

وأما جعل المتأخر موضوعاً لحكم مقدم فهو أمر ممكن لا استحاله فيه كما يأتى فتصوير الملكيه للطرفين من زمان العقد وجعل موضوعها تحقق الإجازة مستقبلاً لا يوجب محالاً، فإنّ المراد بشرط الحكم قيد الموضوع ولا يفرق فى ذلك بين موارد كون ذلك الحكم وضعياً كالملكيه، كما فى المقام، أو كونه حكماً تكليفاً. وقد يعبر عن قيد موضوع الحكم فى الأحكام التكليفيه بالسبب، كقولهم: دخول الوقت سبب لوجوب الصلاه والجنابه سبب لوجوب الغسل وطلوع الفجر سبب لوجوب الصوم.

وقد يعبر عنه بالشرط، كقولهم: الاستطاعه شرط لوجوب الحج، وبلوغ المال حد النصاب شرط لوجوب الزكاه، كما أنه يعبر عن قيد الحكم الوضعى بالشرط كما يقال: رضا المالك أو معلوميه العوضين شرط فى صحه البيع وحصول النقل والانتقال. وقد يعبر عنه بالسبب، كما يقال: التقاء الختانيين أو خروج المنى سبب للجنابه وخروج البول أو غيره سبب للحدث . . . إلى غير ذلك.

ولكن، كما ذكرنا أن ذلك مجرد تعبير، والمراد فى جميع ذلك قيد الحكم وموضوعه تكليفاً كان أو وضعاً، ومن الظاهر أن قيد الموضوع ومنه إجازة المالك ليس شرطاً بالاصطلاح الفلسفى فى مقابل السبب والمانع من أجزاء العله؛ ليقال بعدم إمكان تقديم المشروط على شرطه، فإنه من تقدم المعلول على علته زماناً، بل الشرط فى المقام وهو قيد الموضوع تابع لجعل الحكم.

فإنه قد يكون الحكم متقدماً على موضوعه زماناً، وعليه فيمكن أن تكون إجازة

الشرح:

المالك شرطاً في العقد لحصول الملك بنحو الشرط المتأخر بأن يجعل الشارع ملكيه المال للطرف الأصيل بالعقد مراعى بحصول الإجازة، بحيث تكون الإجازة مع كونها بنفسها شرطاً لحصول الملك كاشفه عن حصول الملك للأصيل بحصول العقد، ولكن اعتبار القيد للموضوع في خطاب الحكم أو غيره ظاهره الشرط المقارن، وأما المتقدم والمتأخر فاعتبارهما وإن كان ممكناً إلا أنه يحتاج إلى قرينه خاصه.

لا يقال: إذا كان أمراً شرطاً للحكم يكون له دخل في ذلك الحكم لا محاله، وإلا لكان جعله شرطاً بلا ملاك، وإذا فرض دخالته فيه فكيف يحصل ذلك الحكم قبل حصوله.

فإنه يقال: كما ذكرنا في بحث الأصول: إن الحكم المجعول غير جعله، كما هو شأن كل إنشاء مع منشئه، بخلاف الإيجاد والوجود فإنهما أمر واحد ويختلفان بالاعتبار، وذلك الأمر بلحاظ نفسه وجوده وبلحاظه إلى فاعله إيجاباً، وأما الإنشاء والمنشأ فهما متعددان.

مثلاً- الملكية التي يعتبرها العاقد بعنوان البيع أو غيره منشأ، وقصد إبرازه بقوله: «بعت» أو «آجرت» ونحوهما إنشاء، وإذا كان في ملكيه المال للطرف من حين العقد صلاح على تقدير إجازة المالك فيما بعد فيعتبرها الشارع كذلك، فلا تكون ملكيه على تقدير عدم حصولها فيما بعد، فدخاله الإجازة في الملكية ليست نظير دخاله الشرط الفلسفي في مشروطه؛ لأن حصول الملكية يكون بالجعل والاعتبار على الفرض، والداعي للجاعل إلى جعلها اعتقاد الصلاح في المجعول، كما يأتي توضيحه.

والحاصل: أنّ دخاله الشرط وهي الإجازة في المقام عبارته عن كونها قيداً لموضوع الملكية المجعولة من الشارع، هذا في الأحكام الوضعيه، وأما في الأحكام التكليفيه كالوجوب والحرمة فإنهما أيضاً أمر إنشائي يحصل بالإبراز والإنشاء والجعل، فالاستطاعه في وجوب الحج مثلاً لا تكون دخيله في حصول الوجوب،

لعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وتمامه في الفضولى إنما يعلم بالإجازة فإذا أجاز تبيّن كونه تاماً يوجب ترتّب الملك عليه وإلاّ لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصّه، بل به مع شىء آخر. وبأنّ الإجازة متعلّقه بالعقد [١] فهى رضا بمضمونه، وليس إلاّ نقل العوضين من حينه.

الشرح:

نظير دخاله الشرط الفلسفى، بل باعتبار كونها قيداً لموضوع وجوب الحج، والداعى إلى جعل وجوبه اعتقاد الجاعل الصلاح فى الحج عند حصول الاستطاعة. وحيث إنّ الصلاح والفساد فى موارد الوجوب النفسى والحرمة النفسى يكون فى متعلقهما، فلا محذور فى ترتّب الصلاح، أى الغرض على الفعل على تقدير مقارنته بأمر يعبر عن ذلك الأمر بالشرط المقارن، أو على تقدير تقدم أمر على ذلك الفعل أو تأخره عنه ويعبر عنهما بالشرط المتقدم أو المتأخر.

وبهذا يظهر أنّ ما ذكره صاحب «الكفايه» من أنّ الدخيل فى شرط الحكم مقارناً كان أو متقدماً أو متأخراً لحاظ ذلك المقارن والمتقدم والمتأخر خلط بين الدخاله فى الجعل، أى الداعى إليه، وبين الدخيل فى المَجْعول، حيث إن الدخيل فى الجعل هو لحاظ ذلك الأمر المقارن أو المتأخر أو المتقدم، ولكن الدخيل فى الحكم المَجْعول، أى المأخوذ فى موضوعه، نفس ذلك الأمر كما لا يخفى.

والمتحصل من جميع ما ذكرنا أنه لو تمّ دليل على ثبوت الملكيه شرعاً قبل حصول الإجازة فيلتزم به مع التحفظ على كونها شرطاً فى حصول الملكيه ولو بنحو الشرط المتأخر، ولا يلزم من ذلك أى محذور.

[١] الوجه الثانى للقول بالكشف ذكره أيضاً الشهيد والمحقق الثانى (١).

وحاصله: أن تعلق الإجازة بالعقد الصادر سابقاً رضاءً بمضمون ذلك العقد،

ص: ٣٩١

١- (١) مرّ سابقاً.

وعن فخر الدّين فى الإيضاح: الاحتجاج لهم بأنّها لو لم تكن كاشفه لزم تأثير المعدوم فى الموجود، لأنّ العقد حالها عدم، انتهى.
ويرد على الوجه الأوّل: أنّه إن أُريد بكون العقد سبباً تامّاً كونه علّه تامّه للنقل إذا صدر عن رضا المالك، فهو مسلّم، إلّا أنّ بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب، ولا يتبين كونه تامّاً، إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرّضا، غايه الأمر: أنّ لازم صحّحه عقد الفضولى كونها قائمه مقام الرّضا المقارن، فيكون لها مدخل فى تماميه السّبب كالرّضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها.

الشرح:

ومضمونه نقل العوضين من حينه لا من حين الإجازة.

وأورد عليه المصنف رحمه الله بأمور:

الأوّل: أنّ الإجازة وإن تكون متعلقه بالعقد السابق إلّا أنّ مضمونها نفس النقل لا المقيد بكونه من حين العقد.

وبتعبير آخر: يقع العقد فى ذلك الزمان باعتبار أنّ العقد زمانى لا أنّ معنى «بعت» بنحو الإنشاء هو النقل من ذلك الزمان، وإن شئت فلاحظ القبول بالإضافه إلى الإيجاب فإن القبول رضا بمضمون الإيجاب ولكن لا يحصل الملك بعد تمام الإيجاب وقبل القبول. وليس هذا إلّا باعتبار أنّ معنى الإيجاب هو نفس النقل، وفى أى زمان يتم العقد يحصل الملك من ذلك الزمان، وكما أنّ تمام العقد من المالكين يكون بعد القبول فيحصل الملك بعده، كذلك تمام عقد الفضولى يكون بعد الإجازة فيكون الملك بعدها.

وأيضاً بما أنّ مدلول العقد نفس النقل لا النقل من حينه، لم يكن الفسخ وإبطال مضمونه إلغاءً للنقل من حين العقد، بل يكون إلغاءً لنفس النقل، ففى أى زمان حصل الإلغاء يبطل النقل من ذلك الزمان.

أضف إلى ذلك أنه لا ينبغى الإشكال فى حصول الإجازة بقول المالك: «قد

ومنه يظهر فساد تقرير الدليل بأنّ العقد الواقع جامع لجميع الشروط، وكلّها حاصله إلّا رضا المالك، فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله. فإنّه إذا اعترف أنّ رضا المالك من جملة الشروط، فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله؟

ودعوى: أنّ الشّروط الشرعيّة ليست كالعقائيه، بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشّارع، فقد يجعل الشّارع ما يشبه تقديم المسبّب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس وإعطاء الفطره قبل وقته فضلاً عن تقدّم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضه الصائمه، وكغسل العشاءين لصوم اليوم الماضي على القول به . مدفوعه: بأنّه لا فرق فيما فرض شرطاً أو سبباً بين الشّرعى وغيره، الشّرح:

رضيت بكون مالى لزيد بكذا»، مع أنّ المالك المجيز لم يتعرض فى القول المزبور لبيع ماله فضولاً من زيد فضلاً عن تعرضه بزمان نقله، وقد ذكروا أنّ تمكين الزوجه من الزوج فيما إذا زوّجها الآخر منه فضولاً إجازة لنكاح الفضولى باعتبار أنّ التمكين كاشف فعلى عن رضاه بالزوجه المنشأه من غير نظر إلى زمانها من حيث المبدأ.

أقول: الإيراد المزبور على الاستدلال غير صحيح، وذلك فإن الملكيه أمر اعتبارى وإنشائها ليس من الإيجاد الحقيقى الذى يكون عين الوجود حقيقه ويتحد زمانهما لا محاله، بل الإنشاء كما تقدم توضيحه غير المنشأ وبينهما تعدد.

ولذا يمكن التفكيك بينهما، فيمكن إنشاء الملكيه المستقبليه بأن يكون الإنشاء فعلياً والمنشأ أمراً استقبالياً، كما فى الوصيه التملكيه، وعلى ذلك فاللازم على العاقد فى اعتبار ملكيه المبيع للمشتري من تعيين المبدأ فيكون الزمان المزبور قيداً للنقل، أى الملكيه، ولا- تقاس الإجازة بقبول الإيجاب فإن الموجب فى إيجابه لا يجعل ملكيه المبيع للمشتري مطلقاً حتى ولو لم يقع منه قبول، بل الظاهر أن اعتبارها له معلق على قبوله بنحو الشرط المقارن، وهذا بخلاف إجازة المالك فإن الملكيه المنشأ بالعقد لا تكون معلقه عليها، كما يظهر الحال بملاحظه بيع الغاصب، وعلى تقدير التعليق

وتكثير الأمثله لا يوجب وقوع المحال العقلي، فهي كدعوى أنّ التناقض الشرعي بين الشئيين لا يمنع عن اجتماعهما، لأنّ التقيض الشرعي غير العقلي. فجميع ما ورد ممّا يوهم ذلك لا بدّ فيه من التزام أنّ المتأخر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب والشرط: الأمر المنتزع من ذلك، لكن ذلك لا- يمكن في ما نحن فيه، بأن يقال: إنّ الشرط تعقب الإجازة ولحوقها بالعقد، وهذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة، لمخالفته الأدله.

اللهم إلا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمانه على لحوقه، وهذا مع أنّه لا يستحقّ إطلاق الشرط عليه، غير صادق على الرضا، لأنّ المستفاد من العقل والنقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، وأنّه لا يحلّ لغيره بدون طيب النفس، وأنّه لا ينفع لحوقه في حلّ تصرف الغير وانقطاع سلطنه المالك. وممّا ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام بل التزم به الشرح:

يكون بنحو الشرط المتأخر، كما إذا باعه لتوقع إجازة المالك.

والحاصل: أنّ الإجازة تتعلق بمدلول العقد الذي هو الملك من حينه ويدخل العقد بها في موضوع الإمضاء واللزوم وقبل الإجازة لا- يكون إمضاء ولا- لزوم، وأما قضيه الفسخ فإنه إلغاء للعقد بقاءً فيكون إلغاء الملكيه أيضاً في بقائها، ولا منافاه بين أن يكون مبدأ الملكيه في الإجازة حين العقد ومبديتها في الإلغاء حين الفسخ، فإن الفسخ لا يقابل الإجازة، بل مقابل الإجازة هو الرد وهو عبارته عن إلغاء العقد من أصله. ولا فرق فيما ذكر كله بين أن تكون الإجازة بالقول أو بالفعل، كتمكين الزوجه المزوجه فضولاً، ولا يخفى أنّ مرادنا بمدلول العقد ليس مدلوله بالدلاله الوضعيه؛ ليقال بأن «بعت» مثلاً إنشاء لا يدل على الزمان فكيف يكون دالاً على مبدأ الملكيه، بل المراد الدلاله ولو بالقرينه التي أشرنا إليها من لزوم المبدأ للمنشأ لا محاله.

ولا يخفى أن ما ذكره المصنف رحمه الله في الإيراد على الاستدلال الثاني على الكشف

غير واحد من المعاصرين من أن معنى شرطيه الإجازة مع كونها كاشفه: شرطيه الوصف المنتزع منها، وهو كونها لاحقه للعقد في المستقبل، فالعلّة التامة: العقد الملحق بالإجازة، وهذه صفة مقارنه للعقد وإن كان نفس الإجازة متأخره عنه. وقد التزم بعضهم بما يتفرّع على هذا، من أنه إذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيجيز العقد، حلّ له التصرف فيه بمجرد العقد، وفيه ما لا يخفى من المخالفة للأدلة.

ويرد على الوجه الثاني:

أولاً: أن الإجازة وإن كانت رضاً بمضمون العقد، إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلّق الإجازة والرضا بذلك النقل المقيّد بكونه في ذلك الحال، بل هو نفس النقل مجرداً عن ملاحظه وقوعه في زمان، وإنّما الزمان من ضروريات إنشائه، فإنّ قول العاقد: «بعت»، ليس نقلت من هذا الحين، وإن كان النقل المنشأ به واقعاً في ذلك الحين، فالزمان ظرف للنقل لا قيد له. فكما أن إنشاء الشرح:

بقوله: «وبتقرير آخر: أن الإجازة من المالك قائمه» ليس تقريراً آخر للإيراد المزبور، بل التقرير يناسب الرد على الاستدلال الأول الذي ذكر فيه أن العقد سبب تام للنقل والانتقال، وإجازة المالك كاشفه عن كون عقد الفضولي عند حدوثه تاماً.

ثمّ إنّه رحمه الله ذكر الإيراد الثاني على الاستدلال المتقدم بقوله: «وثانياً: لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً وحاصله: أن القول بالكشف لا يساعده عليه دليل بأن يكون المبيع ملكاً للمشتري شرعاً والتمن ملكاً للمالك المجيز من حين العقد. ولو قيل بتعلق الإجازة بالعقد السابق الذي مدلوله النقل من حينه أو أن الإجازة اللاحقه تجعل العقد السابق كأنه سبب تام للنقل. وذلك فإن العقد الفضولي مالم ينتسب إلى

مجزّد النقل الذى هو مضمون العقد فى زمان يوجب وقوعه من المنشى فى ذلك الزمان، فكذلك إجازة ذلك النقل فى زمان يوجب وقوعه من المجيز فى زمان الإجازة، وكما أنّ الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه، فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة. ولأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أنّه ليس إلّا رضا بمضمون الإيجاب، فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه وكان القبول رضا بذلك، كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب، لأنّ الموجب ينقل من حينه، والقابل يتقبّل ذلك ويرضى به.

ودعوى: أنّ العقد سبب للملك فلا يتقدّم عليه، مدفوعه: بأنّ سببته للملك ليست إلّا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه، فإذا فرض مقتضاه مركباً من نقل فى زمان ورضا بذلك النقل، كان مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب. ولأجل ما ذكرنا أيضاً لا يكون فسخ العقد إلّا- انحلاله من زمانه، لا من زمان العقد، فإنّ الفسخ نظير الإجازة والردّ لا يتعلّق إلّا بمضمون العقد وهو النقل من حينه، فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذاً فى العقد على وجه القيدىه لكان ردّه وحلّه موجباً للحكم بعدم الآثار من حين العقد.

والشّير فى جميع ذلك ما ذكرنا: من عدم كون زمان النقل إلّا ظرفاً، فجميع ما يتعلّق بالعقد من الإمضاء والردّ والفسخ، إنّما يتعلّق بنفس المضمون، دون المقيّد بذلك الزّمان.

الشرح:

المالك لا- يعمه دليل وجوب الوفاء به، وخطاب حل البيع فإنه يصير بإجازة المالك عقده والبيع بيعاً برضاه، ولازم ذلك أن لا يكون نقل وانتقال قبل حصول الإجازة؛ لأنّ حدوث ملكيه المبيع للمشتري وانتقال الثمن إلى البائع يلازم حدوث وجوب الوفاء

والحاصل: أنه لا- إشكال في حصول الإجازة بقول المالك: «رضيت بكون مالى لزيد بإزاء ماله» أو «رضيت بانتقال مالى إلى زيد»، وغير ذلك من الألفاظ التى لا تعرّض فيها لإنشاء الفضولى فضلاً عن زمانه. كيف! وقد جعلوا تمكين الزّوجه بالدخول عليها إجازة منها، ونحو ذلك. ومن المعلوم: أنّ الرضا يتعلّق بنفس نتيجة العقد، من غير ملاحظه زمان نقل الفضولى.

وبتقرير آخر: أنّ الإجازة من المالك قائمه مقام رضاه وإذنه المقرون بإنشاء الفضولى أو مقام نفس إنشائه، فلا يصير المالك بمنزله العاقد إلا بعد الإجازة، فهى إمّا شرط أو جزء سبب للملك.

وبعبارة أخرى: المؤثّر هو العقد المرضي به، والمقيد من حيث إنّه مقيد لا يوجد إلا بعد القيد، ولا يكفى فى التأثير وجود ذات المقيد المجزّده عن القيد.

وثانياً: أنا لو سلّمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً ليؤخذ فيه تقدّمه على المشروط، ولا جزء سبب، وإنّما هى من المالك محدثه للتأثير فى العقد السابق وجاعله له سبباً تاماً حتّى كأنه وقع مؤثراً، فيتفرّع عليه أنّ مجرد رضا المالك بنتيجة العقد أعنى محض الملكيه من غير التفات إلى وقوع عقد سابق ليس بإجازة، لأنّ معنى إجازة العقد: جعله جائزاً نافذاً ماضياً. لكن نقول: لم يدلّ دليل على إمضاء الشرح:

الذى يحدث بالإجازة، كما أن حل البيع بمعنى حل التصرفات المترتبة على البيع تحدث بالإجازة، ومن الظاهر أنّ حدوث الحليه المزبوره ينتزع عنها النقل والانتقال.

أقول: هذا الإيراد أيضاً غير صحيح، وذلك فإنّ العقد وإن يكون بالإجازة منتسباً إلى المالك المجيز من حين الإجازة وأنّ البيع بالإجازة يكون بيعاً برضا المالك فيدخل العقد المزبور من حين الإجازة فى موضوع الخطابين، إلا أنّ خطاب وجوب الوفاء بالعقد ليس حكماً تكليفاً بالإضافة إلى البيع ونحوه، حتى لو فرض أنّ البائع إذا أمسك

الشّارع لإجازة المالك على هذا الوجه، لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجّه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد والنذر . ومن المعلوم: أنّ المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلة إلا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء إلا بعدها. ومن المعلوم: أنّ الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي، فما لم يجب الوفاء فلا ملك.

وممّا ذكرنا يعلم: عدم صحّحه الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود، بدعوى: أنّ الوفاء بالعقد والعمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد، وقس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم «أحلّ الله البيع» فإنّ الملك ملزوم لحليته التصرف، فقبل الإجازة لا يحلّ التصرف، خصوصاً إذا علم عدم رضا المالك باطناً أو تردده في الفسخ والإمضاء.

وثالثاً: سلّمنا دلالة الدليل على إمضاء الشّارع [١] لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوي والعرفي أعنى جعل العقد السابق جائزاً ماضياً بتقريب أن يقال:

الشرح:

بالمبيع ولم يسلمه إلى المشتري فقد عصى بعضيانيين؛ أحدهما: التصرف في مال المشتري بإمساكه بالمبيع، والثاني: عدم وفائه بالعقد، بل هو إرشاد إلى لزومه وعدم كونه قابلاً للفسخ، كما أنّ خطاب حل البيع ليس ناظرًا إلى الحلية التكليفية، بل إلى الحل الوضعي، أي الإرشاد إلى إمضاء الشرع البيع من حيث المدلول. وإذا فرض أنّ مدلول البيع المزبور ملكية المبيع للمشتري من حين تحقق العقد يكون إمضاؤه بمدلوله عبارته عن اعتبار الشرع الملكية على طبق إنشاء العاقد ورضا المالك المجيز به، وقد ذكرنا في محله أنّ الملكية ونحوها من الأحكام الوضعية قابله للجعل بنفسها، والالتزام بانتزاعها من التكليف بلا وجه.

[١] وهذا هو الإيراد الثالث على الاستدلال المتقدم، وحاصله لو سلم إمضاء

إن معنى الوفاء بالعقد: العمل بمقتضاه ومؤداه العرفي، فإذا صار العقد بالإجازة كأنه وقع مؤثراً ماضياً، كان مقتضى العقد المجاز عرفاً ترتب الآثار من حينه، فيجب شرعاً العمل به على هذا الوجه. لكن نقول بعد الإغماض عن أن مجرد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزاً نافذاً، لا يوجب كون مقتضى العقد ومؤداه العرفي ترتب الأثر من حين العقد، كما أن كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإيجاب وإمضاء له لا يوجب ذلك، حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الإيجاب، فتأمل :

الشرح:

الشارع عقد الفضولي على طبق إجازة المالك المفروض كونها رضاءً بالعقد بمدلوله وهو النقل من حينه ولكن حكم الشارع وإمضاءه يحدث عند حصول الإجازة، ولازم ذلك أن تكون ملكية المبيع للمشتري وملكه الثمن للمالك المجيز بالإضافة إلى الأزمته بعد الإجازة حقيقته، وبالإضافة إلى الأزمته السابقه على الإجازة تنزيلاً. بمعنى أنه يترتب بعد الإجازة الآثار الممكنة بالإضافة إلى تلك الأزمته، كما إذا حصل للمبيع نماء بعد العقد وقبل الإجازة فإنه يحكم بعد الإجازة بأن النماء المزبور ملك للمشتري، وهذا في الحقيقة قول بالنقل يشترك مع القول بالكشف في بعض الآثار، والوجه في عدم كون الملكية بالإضافة إلى الأزمته قبل الإجازة حقيقته هو عدم كون العقد في تلك الأزمته سبباً تاماً للملكية، حيث لم يكن معه رضا المالك الذي هو جزء السبب أو شرط له.

أقول: وأنت خبير بأنه لا يمكن مساعدته على هذا الإيراد أيضاً، وأنه يتعين الالتزام بكون الملكية كما أنها بالإجازة واقعيه بالإضافة إلى الأزمته اللاحقه كذلك أنها واقعيه بالإضافة إلى الأزمته السابقه، حيث إن التنزيل بجعل الآثار في الموارد التي لا يمكن فيها جعل الموضوع بنفسه حقيقه، كما في تنزيل الفقاع منزله الخمر، وأما

ص: ٣٩٩

إنّ هذا المعنى على حقيقته غير معقول، لأنّ العقد الموجود على صفه عدم التأثير يستحيل لحوق صفه التأثير له، لاستحاله خروج الشئ عمّا وقع عليه، فإذا دلّ الدليل الشرعى على إمضاء الإجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بدّ من صرفه بدلاله الاقتضاء إلى إرادته معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتّب الآثار الممكنة، فإذا أجاز المالك حكماً بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري وإن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك ووقع النماء فى ملكه.

الشرح:

الموضوع القابل للجعل بنفسه كالملكية التى لها آثار فلا موجب لجعل آثارها، بل تجعل نفسها فترتّب عليها تلك الآثار.

ودعوى: أنّ العقد لم يكن سبباً تاماً للملك فى الأزمنة التى قبل الإجازة فقد تقدّم أنّه لا سبب له ولا مسببه فى الملكية الشرعيه بمعناهما المصطلح عند الفلاسفة، بل العقد مع رضا المالك بنحو الشرط المقارن أو بنحو الشرط المتأخر موضوع للملكية الشرعيه.

والمتحصّل: إلى هنا أنّ الاستدلال الثانى على الكشف مقتضاه الكشف الحكمى، بخلاف الاستدلال الأول فإن مقتضاه كان الكشف الحقيقى.

لا- يقال: لا- يمكن الالتزام بالكشف الحكمى فإنّه كيف يعقل جعل ملكيه متاع لزيد مثلاً فى زمان انقضى وقد كان المتاع فيه ملكاً للآخر، كما إذا اشترى زيد متاع عمرو فضولاً فإنه ما لم تحصل الإجازة فالمتاع باق على ملك عمرو، ولو صار المتاع بعد الإجازة ملكاً لزيد حتى فى الأزمنة التى انقضت قبل الإجازة لزم كون المتاع المزبور فى تلك الأزمنة التى قد انقضت ملكاً لكل من عمرو وزيد مستقلاً، بل لا يمكن جعل ملكيه المتاع لزيد فى تلك الأزمنة إلا بإعادته الأزمنة المنقضيه أو الالتزام

ص: ٤٠٠

والحاصل: أنه يعامل بعد الإجازة معامله العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار، وهذا نقل حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات، وسيأتي الثمره بينه وبين الكشف الحقيقي. ولم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الأستاذ شريف العلماء قدس سره فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته، وإلا فظاهر كلام القائلين بالكشف أن الانتقال في زمان العقد، ولذا عنون العلامة رحمه الله في القواعد مسأله الكشف والنقل بقوله: وفي زمان الانتقال إشكال.

الشرح:

ببقائها في الأزمنه اللاحقه وكل من الإعادة وبقائها أمر غير معقول؛ أما الأول فظاهر، وأما الثاني فلاستلزامه كون الزمان في زمان غير قابل لانطباق الملكيه لزيد.

والحاصل: أن المتاع المزبور كان ملكاً لعمرو في زمان واقعي قد انقضى ولا يمكن أن يكون المتاع المزبور لزيد في ذلك الزمان الواقعي لانقضائه، وأما جعل الملكيه بفرض ذلك الزمان الماضي فهو في الحقيقه ملكيه في زمان فرضي موهوم مستلزم لكون كل من عمرو وزيد مالكاً مستقلاً لذلك المتاع في زمان واحد.

فإنه يقال: الحل ما تقدم من الإنشاء والمنشأ غير الإيجاد والوجود، فإن الإيجاد والوجود في الحقيقه واحد واختلافهما بالاعتبار فقط، وإذا كان الإيجاد في زمان يكون الوجود في ذلك الزمان لا محاله.

وإذا انقضى زمان فارغاً عن وجود الشيء فيستحيل إيجاد ذلك الشيء في ذلك الزمان الماضي بأن يكون الإيجاد في الزمان اللاحق والوجود في الزمان المنقضى، إلا أن يقع المستحيل وهو عود ذلك الزمان الماضي، وكذا الحال في إيجاد شيء استقبالي بأن يكون الإيجاد في الحال والوجود في المستقبل فإنه أيضاً لا يمكن إلا أن يقع المستحيل وهو جر الزمان الاستقبالي إلى الحال. وأما الإنشاء والمنشأ فلا استحاله في التفكيك بين زمانى الإنشاء والمنشأ الموصى لداره للغير بالوصيه التملكيه يحصل

ص: ٤٠١

فجعل النزاع في هذه المسأله نزاعاً في زمان الانتقال.

وقد تحصل ممّا ذكرنا: أنّ كاشفيّه الإجازة على وجوه ثلاثه، قال بكلّ منها قائل:

أحدها: وهو المشهور: الكشف الحقيقي والتزام كون الإجازة فيها شرطاً متأخراً، ولذا اعترضهم جمال المحققين في حاشيته على الزوضه بأنّ الشرط لا يتأخّر.

الشرح:

إنشأؤه حال حياته ولكن منشأه وهي ملكيه داره تحصل من زمان موته، وكما أن الموصى حين الوصيه يعتبر ملكيه داره مثلاً للغير، لا تكون الملكيه المعتمره مطلقه، بل مقيده بالزمان المستقبل، ويكفي في الوصيه أن يلاحظ الموصى ذلك الزمان ويعتبر الملكيه المقارنه له، كذلك يمكن للمنشئ لحاظ الزمان الماضي ويعتبر الملكيه المقارنه لذلك الزمان، فإن الاعتبار ليس من الإيجاد الحقيقي، والمعتبر شبيه بأمر خيالي لو لم يكن عينه يجعله العقلاء والشرع تنظيمياً لأمر معاش العباد ومعادهم.

ومن الفروع التي توضح المقام ما إذا اختلف الوارث مع الآخر في عين كانت مملوكه للمورث باعترافهما فقال الآخر: قد تملكها من المورث بالهبه، وقال الوارث: بل العين من تركه مورثه وأنه لم يملكه لأحد في حياته، فإنه لا ينبغي الريب في تقديم قول الوارث أخذاً باستصحاب بقائها في ملك المورث إلى زمان موته. ومن الظاهر أن هذه عباره أخرى عن التعبد في الزمان اللاحق بالملكيه السابقه، والتعبد بها معناه جعل الملكيه بالإضافه إلى الزمان السابق بعنوان الحكم الظاهري. وأما قضيه كون ملكيه المتاع في زمان واحد لمالكين مستقلاً فلا محذور فيه فيما إذا كان زمان الاعتبار متعدداً، وأي محذور في أن يعتبر ملكيه المتاع لعمره في زمان سابق، بأن يكون زمان الاعتبار سابقاً على زمان المعتمر لغرض، ثم يعتبر بعد انقضاء زمان المعتمر ملكيته في ذلك الزمان الماضي لزيد لغرض آخر. وقد ذكرنا سابقاً أنّ الأحكام الوضعيه ومنها

ص: ٤٠٢

والثانى: الكشف الحقيقى والتزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة، فراراً عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط، والتزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحققها فيما بعد.

الشرح:

الملكيه لا- تقاس بالتكليفيه، حيث إن الأحكام التكليفيه لا- يمكن تعلقها بالأفعال الماضيه؛ لأن الأفعال الماضيه بانتهاؤها أمرها بالوجود أو العدم لا يفيد فيها النهى والأمر والترخيص، وهذا بخلاف الأحكام الوضعيه فإنها لا تتعلق بالأفعال وليست من سنخ البعث أو الزجر أو الترخيص، ويقبل اعتبارها للأمور الماضيه والمستقبله كاعتبارها للأمور الحاليه كما لا يخفى.

فتحصل مما ذكرنا: أن ما ذكره النائينى رحمه الله (1) فى وجه استحاله الكشف الحكمى من أن اعتبار ملكيه مال لعمره فى زمان معين ثم اعتبار ملكيه ذلك المال لزيد فى ذلك الزمان بعينه غير ممكن؛ لأن المصحح للتعدد تعدد زمان المعتبر لا تعدد زمان الاعتبار، وأن مع وحده زمان المعتبر يكون الحال من قبيل الحكم بوجوب فعل فى زمان ثم الحكم بحرمة ذلك الفعل فى ذلك الزمان؛ ولذا لا- يمكن فى مسأله التوسط فى الدار المغصوبه الحكم بحرمة التصرف فيها بالخروج قبل الدخول فيها والحكم بوجوبه بعده؛ لما ذكرنا فى أن الفعل بعد انقضاء زمانه لا يقبل البعث إليه أو الزجر عنه أو الترخيص فيه. وأن تعلق الحرمة بفعل مقتضاه وجود المفسده الملزمه الخالصة فيه وتعلق الوجوب مقتضاه وجود المصلحه الملزمه الخالصة والترخيص مقتضاه عدم ثبوتهما، ولا- يمكن حصول الملا- كين فى فعل واحد فى زمان واحد، بخلاف ملكيه المال فى زمان واحد فيمكن أن يتعدد الغرض فيها باعتبار تعدد زمانى الاعتبار؛ لأن المصلحه كسائر الأحكام الوضعيه تكون فى نفس اعتبارها.

ص: ٤٠٣

١- (١) حاشيه المحقق النائينى رحمه الله على المكاسب ٢ : ٨١ .

الثالث: الكشف الحكمي، وهو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقّق الملك في الواقع إلا بعد الإجازة. وقد تبين من تضاعيف كلماتنا: أنّ الأنسب بالقواعد والعمومات هو النقل، ثم بعده الكشف الحكمي، وأما الكشف الحقيقي مع كون نفس الإجازة من الشروط، فإتمامه بالقواعد في غايه الإشكال، ولذا استشكل فيه العلامه في القواعد ولم يربّحه المحقّق الثّاني في حاشيه الإرشاد، بل عن الإيضاح اختيار خلافه، تبعاً للمحكّي عن كاشف الرّموز وقوّاه في مجمع البرهان، وتبعهم كاشف اللثام في النكاح. هذا بحسب القواعد والعمومات.

الشرح:

لا- يقال: إذا كان كل من ملكيه المال لعمرو في زمان وملكه ذلك المال لزيد في ذلك الزمان مورد الغرض فيمكن اعتبارهما ولو مع وحده زمان الاعتبار أيضاً.

فإنه يقال: لا يمكن ذلك، فإنّ معنى اعتبار ملكيه المال لعمرو في زمان مقتضاه استقلال عمرو في التصرف في ذلك المال في ذلك الزمان دون غيره واعتبار ملكيه ذلك المال لزيد في ذلك الزمان معناه استقلال زيد في ذلك الزمان للتصرف دون غيره، ولا يمكن ذلك مع وحده زمان الاعتبار، بخلاف ما إذا كان زمان الاعتبار متعدداً فإن اعتبار الملكيه لعمرو في زمان أولاً مقتضاه أنه يجوز له في ذلك الزمان التصرف في ذلك المال، وبالإضافه إلى التصرفات الخارجيه يكون الجواز بمعنى الترخيص والإباحه تكليفاً، وبالإضافه إلى التصرفات المعامله بمعنى نفوذها وصحتها وأنه لا يجوز لغيره زيداً كان أو غيره التصرف في ذلك المال، وعدم الجواز بالإضافه إلى التصرفات الخارجيه هي الحرمة وبالإضافه إلى التصرفات المعامله بمعنى عدم نفوذها.

ثم بعد إجازة عمرو المعامله الفضوليه واعتبار ذلك المال لزيد في ذلك الزمان يكون مقتضى الاعتبار إمضاء تصرفات زيد في ذلك الزمان، وكون نماء المال في ذلك الزمان له لا لعمرو كما لا يخفى.

وأما الأخبار، فالظاهر من صحيحه محمد بن قيس الكشف [١] كما صرح به في الدروس. وكذا الأخبار التي بعدها. لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور، فتحتمل الكشف الحكمي.

الشرح:

وأما ما استدل به فخر المحققين (١) على القول بالكشف بأنه لولاه لزم تأثير المعدوم في الموجود باعتبار أنّ المؤثر في الملكيه هو العقد، ولو قلنا بأنّ إجازة المالك كاشفه عن حصول الملكيه من زمان العقد فلا محذور، وأما إذا قلنا بحدوث الملكيه حين الإجازة لزم تأثير العقد المعدوم في ذلك الزمان في الملكيه فلا يخفى ما فيه، فإنّه بعد الإحاطة بما ذكرنا من أنّ العقد لا يؤثر في الملكيه الشرعيه، بل تلك الملكيه حكم شرعي مجعول للشارع يمكن أن يكون موضوعه الأمر المقارن للحكم زماناً، ويمكن أن يكون تمام الموضوع أو بعض قيوده الأمر المتأخر عن الحكم. وليس للموضوع أى تأثير خارجي في الحكم، بل ثبوته على تقدير الموضوع لتحقق الجعل في ذلك الفرض وعدم تحقق الحكم مع عدم الموضوع؛ لعدم الجعل مع عدمه، وإن شئت الاستئناس للمقام فلاحظ الملكيه شرعاً في بيع الصرف والسلم فإنّها تحدث حين حصول القبض في المجلس، والعقد في ذلك الحين معدوم.

[١] وجه ظهورها (٢) في الكشف هو ما تقدم من دلالتها على سقوط قيمه الولد عن عهده المشتري بإجازة المولى البيع الواقع على وليده فضولاً وأما التفرقة بين صحيحه أبي عبيده الوارده في تزويج الصغيرين (٣) فضولاً وبين سائر الأخبار بدلالاتها

ص: ٤٠٥

-
- ١- (١) الإيضاح ١ : ٤٢٠ ، وحكاة عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤ : ١٨٩ ، وقال: وهو الظاهر من الفخر في الإيضاح، ونقله السيد الخوئي قدس سره في مصباح الفقاهه ٢ : ٧٨٥ ٧٨٦ .
 - ٢- (٢) أى ظهور صحيحه محمد بن قيس، كما في المتن، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٠٣ ، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١ .
 - ٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٦ : ٢١٩ ، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١ .

نعم صحيحه أبى عبيده الوارده فى تزويج الصغيرين فضولاً الأمره بعزل الميراث من الزوج المدرك الذى أجاز فمات، للزوجه الغير المدركه حتى تدرك وتحلف ظاهره فى قول الكشف إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجه باقيه على

الشرح:

على الكشف الحقيقى، بخلاف سائر الأخبار فباعتبار أنه لم يذكر فى تلك الأخبار حكم يناسب خصوص الكشف الحقيقى، بخلاف الصحيحه فإنّ الوارد فيها وهو لزوم عزل نصيب الصغيره وهو يناسب خصوص الكشف الحقيقى فقط، كما يأتى توضيحه فى التعليقه الآتیه.

والحاصل: أنّ الحكم لأب البائع بأخذ ابن الوليده لا يصح، إلا إذا كان الأخذ المزبور لقيمه الولد فقط، أو مع قيمه ما استوفاهها المشتري من سائر منافع الجاريه.

ثم لا يكون إرساله بعد إجازة البيع إلا على مذهب الكشف دون النقل، فإنه على النقل لا تسقط قيمه الولد أو قيمه سائر المنافع التى استوفاهها عن عهدته المشتري؛ ليتعين على أب البائع إرسال الولد، بخلاف القول بالكشف حقيقياً كان أو حكماً.

وأما وجه تعلق المشتري بالبائع الفضولى فلعله باعتبار ضمانه الثمن المدفوع إليه، فإنه كما كان يبعه فضولياً كان قبضه الثمن فضولياً، سواء كان المدفوع إليه نفس الثمن أو وفاءه، وأنه إذا أجاز المولى الوليده يبعها كانت إجازته إجازة للقبض المزبور أيضاً، وقد سأل المشتري هذه الإجازة عنه بقوله: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني.

واحتمال أنّ البائع كان مديوناً للمشتري ببذل الثمن بمقتضى ضمانه والمشتري كان مديوناً للمولى بقيمه الولد وقيمه منافع الجاريه فلعل الإجازة معتبره بنحو النقل، وأن إرسال المولى ولد المشتري وإرسال المشتري البائع أى ابن المولى كان لإسقاط المولى دين المشتري فى مقابل دين الابن البائع لا يمكن المساعده عليها؛ لأنّ هذا الإسقاط لا يحتاج إلى إجازة بيع الجاريه. وظاهر الروايه أنّ إرسال الولدين كان علاجه

ملك سائر الورثه كان العزل مخالفاً لقاعده «تسلط الناس على أموالهم» بإطلاق الحكم بالعزل منضمّاً إلى عموم «الناس مسلطون على أموالهم» [١]

الشرح:

بإجازة البيع، ولا تكون إجازته علاجاً إلا إذا اعتبر الإجازة بنحو الكشف، وأن تكون بحيث تعم إجازة قبض الثمن أيضاً.

[١] المراد من إطلاق الحكم بالعزل عدم تقييده بصورة رضا الورثه، وهذا الإطلاق بانضمامه إلى عموم «الناس مسلطون على أموالهم» (١) المقتضى لسلطنه سائر الورثه لجميع حصصهم من تركه الزوج الميت يفيد مسلك الكشف الحقيقي، حيث بناءً على هذا المسلك لا يكون لزوم عزل نصيب الزوجه تخصيصاً لعمومه، بخلاف مسلك النقل أو الكشف الحكمي فإنه بناءً عليهما يكون المقدار المعزول ملكاً لسائر الورثه واقعاً، وقد منعوا عن التصرف في ملكهم بتعين العزل عليهم.

أقول: لا يمكن المساعدة على الاستظهار المزبور، وذلك لما تقرر في الأصول من بحث العام والخاص أنه إذا علم عدم شمول حكم العام لشيء ودار أمر عدم الشمول بين أن يكون بنحو التخصيص أو بنحو التخصيص فلا يمكن التمسك بعموم العام في اثبات كون الخروج بنحو التخصيص لا- التخصيص. كما إذا قام دليل على عدم لزوم الاجتناب عن غسله الاستنجاء ودار أمر الغسالة بين كونها تخصيصاً في خطاب كون الماء المتنجس منجساً وبين أن يكون خروجها عن الخطاب المزبور بالتخصيص بأن تكون الغسالة المزبوره طاهره، فإنه لا يمكن إثبات طهارتها بالأخذ بعموم خطاب كون الماء المتنجس منجساً، هذا أولاً.

وثانياً: أنه على الكشف الحقيقي يكون تعيين عزل سهم الزوجه أيضاً تخصيصاً في خطاب اعتبار الاستصحاب، فالتعيين أن العزل حكم ظاهري واحتياط في الوقعه التي

ص: ٤٠٧

الشرح:

هي من الشبهه الموضوعيه، كوجوب عزل نصيب الحمل وجعله أكثر ما يحتمل عادة.

والحاصل: أن الحكم بتعيين عزل نصيب الزوجه مع احتمال إجازتها بعد بلوغها منضمّاً إلى عموم خطاب الاستصحاب مقتضاه عدم الكشف الحقيقي، وقد أورد بعض الأعظم (١) على دلاله الصحيحه على اعتبار الإجازة بنحو الكشف أو غيره بأنه لم يظهر أن التزويج المزبور فيها فضولى، وأنّ رضاء الصبى والصبيه به بعد بلوغهما إجازة لذلك التزويج الفضولى، بل ظاهرها أن النكاح المزبور قد وقع من الوليين، وأن ذلك النكاح جائز، أى صحيح، ولكن يكون لكل منهما بعد بلوغهما الخيار فى فسخه وإقراره، وأن من شرط التوارث بين الزوجين المزبورين رضا كل منهما بالنكاح المزبور، أى فسخه وإقراره. وإذا مات أحدهما بعد رضاه به وقبل بلوغ الآخر يكون الإرث مشروطاً برضاء الآخر بعد بلوغه، وهذا ظاهر الروايه أى ظاهر جواز النكاح وفرض صدوره من الوليين ولا موجب لحملها على نكاح الفضولى ثم حمل الرضا الوارد فيها على الإجازة والاستظهار يكون اعتبارها بنحو الكشف. نعم، قوله عليه السلام فى ذيلها: «فإن كان أبوها هو الذى زوجها» (٢) ظاهر فى أن نكاح الأب لا يكون كنكاح غيره، ولا يعتبر فى نكاحه خيار الفسخ، بل يلزم ويثبت التوارث. ولو قيل: بأن الاب يعمّ الجد أى أب الاب يكون نكاح الجد كنكاح الأب فيختص صدرها بنكاح غير الأب والجد، هذا مع أن الذيل معارض بصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام عن الصبى يزوّج الصبيه، قال: «إذا كان أبواهما اللذان زوّجاهما فنعم جائز، ولكن لهما الخيار إذا أدركا فإن رضيا بعد ذلك فإنّ المهر على الأب، قلت: فهل يجوز طلاق الأب على ابنه فى

ص: ٤٠٨

١- (١) نقله السيد الخوئى قدس سره عن الشيخ النائينى رحمه الله فى مصباح الفقاهه ٢: ٧٨٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦: ٢١٩، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث الأول.

يفيد أنّ العزل لاحتمال كون الزوجه الغير المدركه وارثه فى الواقع، فكأنه احتياط فى الأموال قد غلبه الشارع على أصاله عدم الإجازة كعزل نصيب الحمل وجعله أكثر ما يحتمل.

بقى الكلام فى بيان الثمره بين الكشف باحتمالاته والنقل.

فقول: أما الثمره على الكشف الحقيقى [١] بين كون نفس الإجازة شرطاً

الشرح:

صغره؟ قال: لا (١).

وكذا معارض بذيل صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام: «الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه فى صغره، أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أما تزوجه فهو صحيح إلى أن قال: فإن ماتت أو مات؟ قال: يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقى، ثم يحلف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالنكاح» (٢).

أقول: إذا تسلم رحمه الله أن قوله عليه السلام فى ذيل صحيحه أبى عبيده الحذاء يكون دالاً على نفوذ نكاح الأب وثبوت التوارث معه وأن الأب يعم الجد فيلزم عليه أن يحمل الولتين فى صدرها على غير الأب والجد، ومن الظاهر أن غير الأب والجد لا يكون ولياً شرعياً فيكون نكاحه فضولياً لا محاله، وحمل الولتين على خصوص الوصى مع أن ولايته على نكاح الصغيره غير محرزه حمل بعيد، وأبعد منه حمله على نكاح الحاكم الشرعى لضروره الطفل. وأما معارضه ذيلها بصحيحه محمد بن مسلم وصحيحه الحلبي فلا تضر بالاستدلال، فإنه لا يمكن العمل بمثلها فى مقابل غير واحد من الروايات الداله على نفوذ نكاح الأب والجد وعليه شهره أصحابنا قديماً وحديثاً، وتمام الكلام فى ذلك موكول بكتابى النكاح والإرث.

[١] لا تظهر الثمره على الكشف الحقيقى بين كون الشرط فى صحه المعامله

ص: ٤٠٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢٠ : ٢٧٧، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦ : ٢٢٠، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٤

وكون الشرط تعقب العقد بها ولحوقها له، فقد يظهر فى جواز تصرف كل منهما فيما انتقل إليه بانشاء الفضولى إذا علم إجازة المالك فيما بعد.

وأما الثمره بين الكشف الحقيقى والحكمى [١] مع كون نفس الإجازة شرطاً

الشرح:

تعقبها بالإجازة أو تكون الإجازة بنفسها شرطاً متأخراً، وأنه يجوز لكل من المالك المجيز والأصيل التصرف فيما انتقل إليه قبل حصول الإجازة على تقدير إحراز حصولها فيما بعد، سواء كان التصرف أمراً خارجياً أو اعتبارياً، ويأتى الاعتراف بذلك من المصنف فى بيان الثمره بين الكشف الحقيقى والكشف الحكمى.

[١] إذا وطئ المشتري الجارية التى اشتراها من الفضولى قبل إجازة المالك فأولدها ثم أجاز الشراء مالكةا فعلى القول بالكشف الحقيقى يكون الوطء المزبور حلالاً واقعياً؛ لوقوعه فى الملك واقعاً، كما أنه حرام واقعاً على الكشف الحكمى، وتكون الجارية المزبوره أم ولد للمشتري على الكشفيين. وهذا بناءً على الكشف الحقيقى ظاهر؛ لحدوث الوطء فى الملك الواقعى للمشتري، وعلى الحكمى باعتبار أنه بعد الإجازة يملك المشتري الجارية حتى بالإضافة إلى الأزمنه السابقه ومنها زمان الوطئ، واحتمل رحمه الله عدم كونها أم ولد بذلك؛ لأن الاستيلاء لم يحدث فى الملك وإن حكم بملكه الجارية فى ذلك الزمان للمشتري، ولكن لا يخفى ما فى الاحتمال من الضعف فإن مقتضى اعتبار الجارية ملكاً للمشتري زمان الاستيلاء مقتضاه كون الجارية أم ولد.

وذكر السيد الخوئى رحمه الله أنه لا يحكم على الأمه بناءً على الكشف الحكمى بأنها أم ولد (١)؛ لأن ظاهر ما دل على أنها لا تباع أو غيره من الأحكام ترتبها على أمه يحدث استيلاءها فى ملك الواطئ، وعلى الكشف الحكمى يكون الاستيلاء بقاءً فى ملكه،

ص : ٤١٠

يظهر في مثل ما إذا وطئ المشتري الجارية قبل إجازة مالكها فأجاز، فإنَّ الوطء على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً لأصالة عدم الإجازة، حلالاً واقعاً لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه. ولو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقي والحكمي، لأنَّ مقتضى جعل العقد الواقع، ماضياً ترتب حكم وقوع الوطء

الشرح:

نظير ما شرع في صلاته بقراءة سورة ثم تركها في الأثناء بالعدول إلى سورة أخرى فإنه بالعدول وإتمام السورة الثانية وإن تكون الأولى زائده إلا أنها لا تحسب زيادة في الصلاة، ولا يعمه قوله عليه السلام: «من زاد في صلاته فعليه إعادتها»^(١)، فإن ظاهرها إحداث الزائد لا جعل الحادث سابقاً زائداً فيما بعد.

أقول: إذا فرض مبدأ الملكيه المجمعوله هو الزمان السابق يكون الاستيلاء بحدوثه محكوماً بوقوعه في الملك لا محاله، ولا يقاس بمسأله الزيادة في الصلاة فإن مبدأ اتصاف القراءة السابقه بالزيادة من حين العدول إلى السوره اللاحقه نظير ما أخبر القائل بأنه يفعل كذا صباح الغد، مع بنائه على الفعل المزبور، ثم بدا له صباح الغد فلم يفعله يكون اتصاف الكلام المزبور بالكذب بحسب نظر المتكلم من حين البدء له، بل يقاس بما إذا اغتسل المكلف بماء مشكوك طهارته أخذاً بأصالة طهارته، ثم بعد الاغتسال والصلاه علم بأن الماء المزبور كان متنجساً قبل الاغتسال وشك في وقوع المطهر عليه قبل اغتساله، فإنه لا إشكال في أن الماء إلى حين حصول هذا العلم والشك كان محكوماً بالطهاره، وبعد حصولهما يحكم على الماء المزبور حتى بالإضافة إلى حين الاغتسال بالنجاسه، مع أنه يلزم عليه رحمه الله الحكم بصحة الاغتسال، ولا أقل بعدم وجوب قضاء صلاه صلاها بذلك الغسل؛ لأنهما مقتضى قاعده الطهاره السابقه أو أصاله عدم وجوب قضائها.

ص: ٤١١

١- (١) وسائل الشيعه ٨: ٢٣١، الباب ١٩ من أبواب الخلل الواقع في الصلاه، الحديث ٢.

فى الملك؁ وىحتمل عدم تحقّق الاستىلاء على الحكمى؁ لعدم تحقّق حدوث الولد فى الملك؁ وإن حكم بملكىته للمشترى بعد ذلك. ولو نقل المالك [أمّ الولد عن ملكه] [١] قبل الإجازة فأجاز؁ بطل النقل على الكشف الحقيقى؁ لانكشاف

الشرح:

[١] وحاصله: أنه لو اشترى الأمه فضولاً فأولدها ونقلها مالكةا عن ملكه ثم أجاز الشراء المزبور فعلى الكشف الحقيقى يحكم بطلان النقل المزبور وبصحة الشراء؛ لأن الإجازة تكشف عن وقوع نقله فى ملك المشتري واقعاً؁ ويحتمل بطلان إجازة الشراء؛ لأن النقل سابقاً بمنزله رده الشراء المزبور؁ وسيأتى أن من شرط نفوذ الإجازة عدم سبقها بالرد؁ هذا على الكشف الحقيقى.

وعلى الكشف الحكمى فيحكم بصحة النقل المزبور؁ وعلى المالك المميز أداء عوض الأمه أى قيمتها إلى المشتري؁ جمعاً بين صحة النقل المزبور وبين المعاملة مع الجارية المزبورة بعد الإجازة معاملة ملك المشتري بالإضافة إلى الأزمنة الماضيه؁ ويكون المقام نظير ما إذا فسخ ذو الخيار العقد مع نقل المال عن ملكه قبل ذلك فإن بعد فسخه عليه بدل المال؁ جمعاً بين نفوذ نقله ورجوع ذلك المال بالفسخ إلى مالكة الأول.

والحاصل: أن ضابط الكشف الحكمى أنه ترتب آثار الملكيه بالإضافة إلى الأزمنة السابقه بعد حدوث الإجازة؁ فإن كان الجمع بين تلك الآثار وتصرف المالك قبل إجازته ممكناً فهو؁ وإلا- كما إذا أتلّف المالك المال حقيقةً أو شرعاً كالعق بطلت الإجازة؛ لفوات محلها وإن يحتمل الرجوع إليه بالبدل مع الإلتلاف أيضاً؁ جمعاً بخلاف الكشف الحقيقى فإنه بالإجازة ينكشف كون المال ملكاً للغير واقعاً من حين عقد الفضولى؁ فيبطل كل تصرف من المالك لاحق بالعقد المزبور.

أقول: مجرد تلف المال أو العتق لا يوجب التنافى بينه وبين إجازة عقد الفضولى؁

وقوعه في ملك الغير مع احتمال كون النقل بمنزله الردّ وبقي صحيحاً على الكشف الحكمي، وعلى المجيز قيمتها، لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه. ومقتضى صحّته النقل الواقع قبل حكم الشّارع بهذا الجعل كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلّقه بنقل لازم.

الشرح:

فإنه بعد إجازته يرجع الأصيل إلى المالك المجيز ببدل المال المتلف أو المعتق، كما في مسأله البيع بشرط الخيار للمشتري فإنه إذا تلف المبيع في يد المشتري أو أعتقه فيرجع إليه البائع بعد الفسخ ببدل التالف أو المعتق، بل التنافي بين الإجازة والتصرف من المالك المجيز يتصوّر في موارد لا يكون فيها الرجوع إلى المالك المجيز بالبدل، كما إذا زوج الفضولي المرأة من زيد ثم المرأة مع جهلها بالحال زوجت نفسها من عمرو فإنه لا يمكن الجمع بين نفوذ النكاح الثاني وإجازة النكاح الأول. وفي مثل ذلك لا ينبغى الريب في نفوذ النكاح الثاني وفساد النكاح الأول، وذلك فإنّ النكاح الثاني بحصوله يعمه ما دل على مشروعيه النكاح ونفوذه ومع هذا الشمول لا تفيد إجازتها النكاح الأول، حيث لا يمكن أن يعمه ذلك الدليل، بل يمكن أن يقال: الأمر كذلك حتى على الكشف الحقيقي، لا لكون النكاح الثاني ردّاً للنكاح الأول، حيث نفرض وقوع النكاح الثاني غفله عن النكاح الأول، بل لأنّ الإجازة المصححة للنكاح الأول إجازة الخليه لا إجازة ذات البعل.

وأما إذا لم يكن تصرف المالك المجيز منافياً لصحة عقد الفضولي بإجازته فقد يقال، كما عن المصنف رحمه الله وغيره، بأنّه يجمع بين التصرف الثاني وعقد الفضولي بإجازته برجوع الأصيل إلى المالك المجيز ببدل ذلك المال، نظير رجوع من عليه الخيار إلى المشتري بعد فسخ الشراء ببدل المبيع التالف حقيقةً أو حكماً.

ولكن لا يخفى أنه لا يمكن مساعدته على الجمع بذلك في المقام، بل المتعين

وضابط الكشف الحكمى: الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكية المشتري من حين العقد، فإن ترتب شىء من آثار ملكية المالك قبل إجازته كإتلاف النماء، ونقله ولم يناف الإجازة جمع بينه وبين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل وإن الشرح:

هو الالتزام بأن تصرف المالك فى المبيع ونقله إلى الغير أو إتلافه يوجب أن لا يبقى مورد للإجازة، لا لكون التصرف المزبور رداً فعلياً لعقد الفضولى؛ ليقال بأن تصرفه مع غفلته عن جريان العقد فضولاً على ماله لا يكون من الرد الذى هو من الإنشائيات ولا- يحصل بدون القصد، سواء كان بالفعل أو بالقول، بل لأنّ المعتبر فى الإجازة أن تكون موجهة لاستناد عقد الفضولى إلى المالك المميز بأن يصح أن يقال: إنه باع ماله أو أجره أو صالحه . . . إلى غير ذلك. ولا تكون الإجازة مع التصرف المزبور مصححة لذلك؛ لأن نفوذ ذلك التصرف يوجب كون المالك أجنبياً عن المال المزبور، ولا تكون إجازته موجهة لأن يقال: إنه باع داره وأجرها أو صالحها . . . إلى غير ذلك.

وهذا هو السر فيما يأتى من أنّ من شرط الإجازة أن يكون المميز مالكاً للمال الذى جرى عليه العقد فضولاً لولا إجازته.

وبتعبير آخر: المصحح لاستناد عقد الفضولى إلى المميز بإجازته كونه مالكاً للمال لولاها، والمفروض أنّه مع التصرف المزبور لا يكون مالكاً لتكون إجازته باعتباره مصححة للاستناد، بل الأمر كذلك فى صورته تلف المال، فإنّ المال بعد تلفه فى يد مالكة لا يعتبر ملكاً له. ولا يقاس بما إذا اشترى متاعاً بشرط الخيار له وتصرف فى ذلك المال بالنقل أو تلف فى يده فإنه يكون له فسخ الشراء ويرجع البائع إليه ببدل المبيع، وذلك فإنّ الخيار حق له متعلق بالعقد الواقع والتصرف فى المبيع إذا لم يكن بقصد إسقاط الخيار لا يوجب سقوطه فيكون له فسخه ويتعين عليه بعد الفسخ دفع البدل، والإجازة فى المقام ليست من قبيل الحق المتعلق بالعقد؛ ولذا لا يكون للمالك

نافى الإجازة كإتلاف العين عقلاً أو شرعاً كالعققات محلّها، مع احتمال الرجوع إلى البدل، وسيجيء. ثم إنهم ذكروا للثمره بين الكشف والنقل مواضع.

منها: الثماء فإنّه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين، وعلى الثقل لمن انتقلت عنه وللشّهد الثّاني في الرّوضه عبارته توجيه المراد منها [١] كما فعله بعض أولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر.

الشرح:

المجيز إسقاطها، بل اعتبارها لكونها مصححه لاستناد عقد الفضولي إليه، ووجه التصحيح ما ذكرنا من كونه مالكا للمال لولا الإجازة.

فتحصل مما ذكرنا: أنّه على الكشف الحكمي يكون تلف المال أو تصرف مالكة بنقله إلى الغير أو عتقه موجبا لانقضاء مورد الإجازة، فيصحّ تلك التصرفات وبلغى عقد الفضولي.

بل يمكن أن يقال: إن الحال كذلك حتى على الكشف الحقيقي، فإنّ المعقول منه هو الالتزام بكون الإجازة شرطا متأخرا أو أن الشرط تعقب العقد بالإجازة، وما هو شرط متأخر أو لحوقه بشرط هي إجازة المالك لولاها، لا مجرد إجازة المالك حال العقد، ويأتي بقيه الكلام في ذلك في بحث اشتراط كون المجيز مالكا.

[١] قال في «الروضه»: «وتظهر الفائدة يعنى فائده القولين الكشف والنقل في النماء، فإن جعلناها كاشفه فالنماء المنفصل للمبيع المتخلل بين العقد والإجازة للمشتري ونماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها ناقله فهما للمالك المجيز» (١). انتهى.

وذكر المصنف رحمه الله أنّ توجيه المراد من هذه العبارة بأن تحمل هذه العبارة على خلاف ظاهرها أولى من الأخذ بظاهرها، والتكلف في تطبيق ذلك الظاهر على القواعد.

وتوضيح ذلك: أن نماء المبيع المتخلل بين العقد والإجازة للمشتري ونماء

ص: ٤١٥

ومنها: أن فسخ الأصل لإنشائه قبل إجازته الآخر مبطل له [١] على القول

الشرح:

عين الثمن للبائع على الكشف الحقيقي أو الحكمي والنماء المزبور يكون للمالك الأصلي على النقل. ومراد الشهيد من المالك المجيز هو المالك الأصلي الشامل لمالك المبيع ومالك الثمن مع فرضه الفضولي في العقد من الطرفين، فيصح أن يقال: إنه بناءً على النقل يكون نماء كل من المبيع والثمن للمالك المجيز، أي لمالكهما الأصلي، وهذا الحمل أولى من الأخذ بظاهرها بأن يقال: إذا كان العقد فضولياً من طرف البائع مثلاً يكون نماء المبيع والثمن له على النقل؛ أما نماء المبيع فظاهر، حيث إن المبيع لا يخرج عن ملكه قبل الإجازة على الفرض، وأما نماء الثمن له فلا لأن الأصل بإقدامه على المعاملة الفضولية قد رفع يده عن الثمن وعن نمائه من حين العقد.

والأولى المذكور في كلام المصنف رحمه الله من قبيل الأولى في آية إرث أولى الأرحام، وذلك فإن تعليل ظاهر كلام الشهيد الثاني بما ذكره ضعيف غايته، ومجرد إقدام المشتري الأصل على المعاملة الفضولية لا يوجب خروج الثمن عن ملكه حين العقد حتى يتبعه نماءه، بل قد لا يعلم المشتري بأن البيع من البائع المزبور فضولي.

[١] يعني: إذا فسخ الأصل العقد ثم أجاز المالك فعلى الكشف الحقيقي يحكم ببطلان فسخ الأصل، فإنه بناءً عليه يعلم بوقوع فسخه بعد تمام العقد، بخلاف ما إذا قيل بالنقل فإنه بناءً عليه يحكم ببطلان الإجازة وكونها لغواً؛ لأن لكل من المتعاقدين إلغاء إنشائه قبل تمام العقد جزءاً أو شرطاً بالإجماع.

أقول: ينبغي أن يذكر هذا ثمره بين الكشف الحقيقي المبني على كون الشرط في تمام العقد تعقبه بإجازة المالك وبين غيره، سواءً قيل بالنقل أو بالكشف الحكمي أو الحقيقي المبني على كون الإجازة بنفسها شرطاً متأخراً، فإنه بناءً على جميع ذلك يكون تمام العقد بنفس الإجازة فيكون الفسخ المزبور قبل تمامه، فلا تفيد الإجازة بعده.

الشرح:

ولكن نوقش في الثمره، كما تعرض لها المصنف رحمه الله بما حاصله: أنه لا أثر لفسخ الأصيل، وأنه يتم العقد بلحوق الإجازة على الكشف والنقل، وذلك فإنَّ العقد سبب للنقل مع حصول شرطه والشرط في المقام بناءً على النقل أو الكشف على بعض فروضه هي الإجازة، وإذا حصلت يترتب الأثر على العقد السابق؛ لتمام السبب معها. وترتب الأثر على تمام السبب من أحكام الوضع، يعنى غير موقوف على إرادته أحد المتعاقدين؛ ليكون فسخه موجباً لبطلان هذا الترتب، ولكن المناقشه ضعيفه؛ لأن من شرط صحه العقد وترتب الأثر عليه عدم تخلل الفسخ قبل تمام السبب، ومع تخلل الفسخ كما ذكر لا يتم العقد بشرطه ليرتب عليه أثره.

اللهم إلا- أن يمنع عن هذا الاشتراط بعدم ثبوت الإجماع المدعى ومقتضى الإطلاقات عدم اعتباره، مثلاً: إذا أنشأ البائع البيع وفسخه قبل قبول المشتري أو قبل حصول شرطه، فمقتضى عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) بطلان الفسخ المزبور.

وذكر النائينى رحمه الله أنه فرّق بين فسخ الإيجاب قبل القبول وبين الفسخ بعد الإيجاب والقبول وقبل حصول سائر الشرائط، فإن فسخ الإيجاب قبل القبول لا بأس به، حيث لا يتم عنوان العقد إلا بعد القبول، بخلاف الفسخ بعد الإيجاب والقبول وقبل حصول سائر الشرائط فإن الفسخ المزبور غير جائز، كما هو مقتضى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

نعم، إذا قام فى مورد دليل خاص على جواز الفسخ قبل حصول سائر الشرائط أيضاً يلتزم به، كما فى الهبه والوقف قبل القبض، وأما مع عدم قيامه فمقتضى خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وجوب إنهاء العقد وعدم جواز فسخه، وهذا حكم تكليفى انحلالى يتعلق بكل من البائع والمشتري وليس من النقل والانتقال الذى هو من قبيل الحكم

ص: ٤١٧

بالتقل دون الكشف، بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة. كان فسخ الأصل كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغياً لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفه، فإن العقد تام من طرف الأصل غايه الأمر تسلط الآخر على فسخه. وهذا مبنئ على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه، بل قبل تحقق شرط صحه العقد كالقبض في الهبه والوقف والصدقه فلا يرد ما اعترضه الشرح:

الوضعي، والحكم التكليفي المزبور يترتب على العقد وإن لم يترتب عليه الحكم الوضعي باعتبار عدم حصول بعض الشرائط، والإجازة في المقام شرط للحكم الوضعي، حيث لا يحصل النقل والانتقال بدون حصولها.

والحاصل: وجوب الوفاء وعدم جواز الفسخ موضوعه العقد الذي يحصل بالإيجاب والقبول، وعلى ذلك فلا يجوز للأصيل فسخ العقد قبل إجازة المالك المجيز، سواء قيل بأن إجازته كاشفه عن تمام العقد قبله أو قيل بالنقل، ولا يقاس الفسخ على القول بالنقل بفسخ الموجب إيجابه قبل قبول المشتري.

أقول: وجوب الوفاء بالعقود لا يمكن أن يكون حكماً تكليفيّاً بالإضافة إلى مثل البيع والإجاره من المعاملات، فإنّ الوفاء بالعقد، بمعنى عدم فسخه، لا يرد من تحريمه حرمة مجرد التكلم بلفظ: «فسخت» ونحوه، مع قصد انحلال العقد مع بقاء العقد بحاله، فتحريم الفسخ يمكن فيما إذا كان الفسخ مقدوراً وحاصلاً بالإنشاء المزبور، وإذا فرض حصول الفسخ في موارد حرمة لا يكون خطاب «أوفوا بالعقود» دالاً على لزومها وعدم انحلالها بالفسخ، كما يتمسك هو رحمه الله وغيره بالخطاب المزبور لإثبات لزوم المعاملات، فالمتعين أن يكون وجوب الوفاء بالعقود بالإضافة إلى مثل البيع حكماً وضعياً وإرشاداً إلى لزومها، ومن الظاهر أن العقد المحكوم باللزوم في مثل البيع والإجاره مما يكون من العهد المشدود هو العقد المنتسب إلى المالكين، وما لم تحصل الإجازة لم يتحقق ذلك العهد ولا يترتب الحكم باللزوم، سواء قيل بأن الإجازة

بعض: من منع جواز الإبطال على القول بالنقل معللاً بأن ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري فيه.

وفيه: أنّ الكلام في أنّ عدم تخلل الفسخ بين جزئى السبب شرط، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجد في وجود المسبب، فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحه العقود ولزومها، ولا يخلو عن إشكال.

ومنها: جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناءً على النقل [١]. وإن قلنا بأنّ الشرح:

ناقله أو كاشفه بكشف حكمى أو حقيقى، بمعنى كون الإجازة بنفسها شرطاً متأخراً.

نعم، إذا قيل بعدم كون الإجازة بنفسها شرطاً، بل الشرط تعقب العقد بالإجازة فيمكن أن يقال: إنه لا يكون لفسخ الأصيل أثر لوقوع ذلك الفسخ بعد تمام العقد؛ لأن وصف التعقب يحصل للعقد من حين إنشائه.

فتحصّل عمياً ذكرنا أنّ مع تخلل الفسخ بين العقد والإجازة لا يحصل بالإجازة عنوان العقد المشدود المنسوب إلى المالكين، نظير تخلله بين إيجاب مالك المبيع وقبول المشتري، بل الأمر كذلك فيما إذا تخلل الفسخ بعد حصول العقد المشدود وقبل حصول بعض الشرائط المعتمده في ترتب الأثر على ذلك العقد، كما إذا فسخ البائع بيع الصرف قبل حصول القبض في المجلس فإنّ الحكم على العقد باللزوم باعتبار مدلوله الممضى شرعاً وما لم يحصل إمضاء مدلوله بحصول ذلك الشرط لا يحكم عليه باللزوم، وإذا حصل الفسخ قبل حصوله لا يحصل العقد المشدود بحصول الشرط؛ لأنّ المفروض إلغاؤه قبل حصوله.

[١] هذه أيضاً ثمره بين القول بالكشف الحقيقى وبين غيره من النقل والكشف الحكمى، فإنّه بناءً على النقل أو الكشف الحكمى يجوز للأصيل التصرف فيما انتقل

فسخه غير مبطل لإنشائه، فلو باع جاريه من فضوليّ جاز له وطؤها، وإن استولدها صارت أم ولد، لأنّها ملكه.

وكذا لو زوجت نفسها من فضوليّ جاز لها التزويج من الغير، فلو حصل الإجازة في المثالين لغت، لعدم بقاء المحلّ قابلاً.

والحاصل: أنّ الفسخ القولي وإن قلنا: إنه غير مبطل لإنشاء الأصيل، إلا أنّ له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محلّ الإجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك. وربما احتُمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضاً، ولعلّه لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حقّ الأصيل وإن لم يجب في الطرف الآخر، وهو الذي يظهر من المحقّق الثاني في مسأله شراء الغاصب بعين المال المغصوب، حيث قال: لا يجوز للبائع ولا للغاصب التصرف في العين لإمكان الإجازة، سيّما على القول بالكشف، انتهى.

الشرح:

عنه ولو بتصرف ينافي انتقال المال عنه، وذلك فإنّ المال بناءً عليهما قبل الإجازة ملكه فيجوز له ترتيب آثاره تكليفاً ووضعاً، فلو باع جاريه من فضوليّ فللبائع الأصيل وطؤها قبل الإجازة، وإن استولدها صارت أم ولد فيفوت محلّ الإجازة، باعتبار أنّه لا يجوز بيع أم الولد، وكذا إذا زوجت نفسها من آخر فضولاً يجوز لها التزويج من غيره ويخرج نكاح الفضولي عن جواز لحوق الإجازة به إلى غير ذلك.

والحاصل: أنّه بناءً على النقل والكشف الحكمي لا يحصل تمام الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد قبل الإجازة؛ ليمنع وجوبه على الأصيل عن ترتيب آثار بقاء ملكه، فلا يصحّ ما يظهر من المحقّق الثاني من عدم جواز هذا النحو من تصرف الأصيل حتى بناءً على النقل، حيث ذكر في بيع العين بالثمن المغصوب أنه لا يجوز تصرف البائع الأصيل ولا المشتري الغاصب تلك العين؛ لاحتمال حصول الإجازة، سيّما على

وفيه: أنّ الإجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً أو شرطاً، فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين، لأنّ الأمور بالوفاء به هو العقد المقيّد الذي لا يوجد إلّا بعد القيد. هذا كلّ على النقل.

وأما على القول بالكشف، فلا يجوز التصرف فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعه، كالعلامة والسيد العميدى والمحقق الثانى وظاهر غيرهم. وربما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف، لأنّ مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع، لا يقدر في السلطنة الثابتة له، ولذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقاً.

نعم، إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرفٍ منافٍ لانتقال المال إلى المجيز، فيأخذ المال مع بقائه، وبدله مع تلفه. قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف، انتهى.

الشرح:

القول بالكشف. انتهى.

وربما يقال بجواز التصرفات للأصيل ظاهراً حتى على الكشف باعتبار أنه لا يعلم حصول الإجازة وانتقال المال عنه واقعاً، ومقتضى أصاله عدم انتقاله وبقائه في ملكه جوازها.

نعم، حصول الإجازة فيما بعد كاشف عن بطلان تلك التصرفات فيأخذ المالك المجيز العين مع بقائها وبدلها مع تلفها.

ولكن منع المصنف رحمه الله عن ذلك وذكر أنه بناءً على الكشف، أى الحقيقى منه، لا يجوز للأصيل التصرف المنافى للإجازة حتى مع علمه بعدم حصول الإجازة، وذلك فإنه بناءً على هذا الكشف يكون الموضوع لوجوب الوفاء وهو نفس العقد حاصلًا فيجب على الأصيل الوفاء به، وهذا الوجوب يمنعه عن ترتيب آثار بقاء الملك إلى أن يحصل الرد من المالك المجيز، حيث يكون إلغاء العقد وإبطاله برده فقط.

ص: ٤٢١

أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء: وجوبه على الأصيل ولزوم العقد وحرمة نقضه من جانبه، ووجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازه المالك، بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك، ومن هنا يظهر أنه لا فائده في أصله عدم الإجازة، لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف: من كون العقد مشروطاً بتعقبه بالإجازة، لعدم إحراز الشرط مع الشك، فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين.

وأما على المشهور في معنى الكشف: من كون نفس الإجازة المتأخره شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذى يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، وقد تحقق، فيجب على الأصيل الالتزام به وعدم نقضه إلى أن ينقض، فإن رد المالك فسح للعقد من طرف الأصيل، كما أن إجازته إمضاء له من طرف الفضولى.

الشرح:

لا- يقال: كيف لا يجوز للأصيل التصرف في المال المحتمل بقاؤه في ملكه ولا يجوز له التصرف في المال الآخر، مع أنه لو لم يجز له التصرف في الأول واقعاً لجاز التصرف في الآخر بمقتضى المبادله بينهما.

فإنه يقال: لا- يجوز له التصرف المنافى فيما كان ملكاً له كما لا يجوز له التصرف في المال الآخر مطلقاً، وذلك فإن العقد الموضوع لوجوب الوفاء به وإن كان بمعنى مطلق العهد الحاصل بالإيجاب والقبول، إلا أن التكليف بالوفاء قرينه على أن المراد هو العهد على نفسه وما هو عهد المكلف على نفسه هو انتقال ماله إلى ملك المشتري، أى صاحب الثمن، والتكليف بالوفاء به يمنع عن التصرف في ماله بما ينافى الإجازة المتوقعه والتصرف في المال الآخر لا يعمه وجوب الوفاء ولا يناسبه، حيث إنه لا يكون من العهد على نفسه.

لا يقال: قد تقدم جواز هذه التصرفات للأصيل بناءً على النقل والكشف

والحاصل: أنه إذا تحقّق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف، المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمه شيء شرطاً أو شرطاً: حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً، فكلّ تصرّف يعدّ نقضاً لعقد المبادله بمعنى عدم اجتماعه مع صحّة العقد فهو غير جائز.

ومن هنا تبين فساد توهم: أنّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرّفه فيما انتقل إليه، لأنّ مقتضى العقد مبادله المالكين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافي مقتضى العقد، أعني المبادله.

توضيح الفساد: أنّ الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادله: حرمة نقضه والتخطي عنه، وهذا لا يدلّ إلاّ على حرمة التصرف في ماله، حيث التزم بخروجه عن ملكه ولو بالبدل.

الشرح:

الحكمي، مع أن العهد على نفسه موجود عليهما أيضاً.

فإنه يقال: قد مرّ أنّ تمام الموضوع لوجوب الوفاء هو نفس العقد بناءً على الكشف الحقيقي فلا يجوز للأصيل نقضه، بخلاف النقل أو الكشف الحكمي فإنّ الموضوع له لا يكون العقد فقط، بل العقد مع قيد الإجازة حتى لو قيل في تصحيح الكشف الحقيقي بكون الشرط تعقبه الإجازة ويجب الوفاء به مع الشرط المزبور لكان مقتضى أصله عدم حصول الشرط في صورته الشك في الإجازة جواز التصرف ظاهراً، بخلاف ما لو قيل بأن الإجازة في المستقبل كاشفه عن كون العقد من الأول تمام الموضوع لوجوب الوفاء.

لا- يقال: انتقال المال عن الأصيل ودخوله في ملك الآخر وإن كان عهداً على نفسه، إلاّ أنه مشروط بحصول أمر وهو انتقال الثمن عن الآخر إليه بإزاء ماله، ولا يعلم

وأما دخول البدل في ملكه فليس ممّا التزمه على نفسه، بل ممّا جعله لنفسه، ومقتضى الوفاء بالعقد حرمه رفع اليد عمّا التزم على نفسه، وأمّا قيد كونه بإزاء مالٍ فهو خارج عن الالتزام على نفسه وإن كان داخلاً في مفهوم المبادله، فلو لم يتصرّف في مال صاحبه لم يكن ذلك نقضاً للمبادله، فالمرجع في هذا التصرف فعلاً وتركاً إلى ما يقتضيه الأصل، وهي أصاله عدم الانتقال.

الشرح:

هذا الشرط غالباً؛ لاحتمال عدم حصول الإجازة فيكون المقام نظير النذر المشروط في ماله، حيث ذكروا أنّه يجوز للناذر التصرف في المال المزبور قبل حصول الشرط.

فإنه يقال: فرق بين النذر المشروط والمقام، فإن العهد في باب النذر كما هو قضيه الشرطيه في قول الناذر معلق ومراعى، بخلاف المقام حيث يكون احتمال الإجازة وانتقال المال إليه داعياً له إلى تمليك ماله بإزاء المال الآخر، كما هو ظاهر قول البائع: بعتك هذا المال بذلك، فلا يكون حصول الشراء من الآخر ولو احتمالاً شرطاً وتقديراً في الإيجاب المزبور.

أقول: ما ذكر رحمه الله من أنّه على الكشف لا يجوز للأصيل التصرف المنافي للإجازة حتى مع إحرازه عدم الإجازة مستقبلاً بدعوى أن وجوب الوفاء بالعقد يمنعه عن التصرف المزبور ضعيف، وذلك فإن كون الإجازة كاشفه عن الملكيه وتعلق الوفاء بالعقد من الأول مرجعه إلى اعتبار الإجازة بنحو الشرط المتأخر، بأن يكون الموضوع لوجوب الوفاء وهو العقد، له قيد وظرف تحقق ذلك القيد هو الاستقبال، وإذا لم يحرز حصولها في المستقبل فأصاله عدم حصولها مقتضاها جواز تصرف الأصيل في ماله، ولو حصلت بعد ذلك تكون كاشفه عن بطلان ذلك التصرف ووقوعه على ملك الغير، كما مر.

ومما ذكرنا يظهر ضعف ما ذكر في «القواعد»^(١) من ترتب أحكام المصاهره على

ص: ٢٢٤

ودعوى: أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة ودخول البدل في ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه، فهو كالنذر المعلق على شرط، حيث حكم جماعه بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه، فكما أن التصرف حينئذ لا يعدّ حثاً، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا يعدّ نقضاً لما التزمه، إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقاً.

الشرح:

التزويج فضولاً، هذا أولاً.

وثانياً: أن وجوب الوفاء بالعقد إما تكليف بعدم جواز نقضه عملاً بأن يتصرف في المال الذي ملكه الغير، وهذا التكليف من جهه حرمة التصرف في مال الغير والإمساك به لا يكون إلا بعد حصول الملكيه لذلك الغير، وإما إرشاد إلى لزوم العقد وعدم نفوذ فسخه، والموضوع في اللزوم وعدم لزوم الفسخ هو العقد المنسوب إلى المالكين الذي لا يحصل إلا بعد الإجازة.

وبعبارة أخرى: وجوب الوفاء حتى على القول بكونه تكليفاً انحلالياً يعم كلاً من الأصيل والمالك الآخر، ويكون الموضوع لحكم كل منهما العقد المنسوب إليهما، فقبل إجازة الطرف الآخر لا يتم الموضوع حتى في حق الأصيل، وعلى ذلك فيجوز لكل منهما التصرف المنافي قبل الإجازة، بل يجوز لهما التصرف المنافي بعد تمام الإيجاب والقبول المنتسبين للمالكين وقبل حصول تمام شرائط صحته، كالتصرف في بيع الصرف والسلم قبل القبض. وذلك فإن خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) ظاهره لزوم العقد وعدم جواز نقضه بعد الفراغ عن تمامه، فما لم يحصل الشرط المعتبر فيه فلا يتم العقد.

لا يقال: على ذلك لا يمكن الحكم بلزوم العقد فيما إذا لم يكن في البين خطاب

ص: ٢٢٥

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

مدفوعه بعد تسليم جواز التصرف في مسأله التذر المشهوره بالإشكال : بأن الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الإجازة، وإنما التزم بالمبادله متوقعاً للإجازة، فيجب عليه الوفاء به، ويحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة، أو ينتقض التزامه برد المالك. ولأجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقص بما يعدّ من التصرفات منافياً لما التزمه الأصيل على نفسه، دون غيرها

الشرح:

آخر دال على تمامه وامضائه حدوثاً، مثلاً: مقتضى قوله: «أحلّ الله البيع» (١) ظاهره إمضاء كل بيع، فيمكن عند الشك في لزوم بيع وجوازه كالمعاطاه التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقود والحكم بلزومها، وأما إذا لم يكن خطاب على إمضاء عقد فلا يمكن التمسك المزبور.

والحاصل: يلزم على ما ذكر أن لا يصلح خطاب «أوفوا بالعقود» للتمسك به في صحه عقد وفساده.

فإنه يقال: لا بأس بالتمسك بخطاب وجوب الوفاء لإثبات صحه عقد ولزومه، فإن الموضوع لوجوب الوفاء وإن كان هو العقد التام، إلا أن المراد هو التام بحسب اعتبار العقلاء، كما أن الموضوع للحليه في خطاب حل البيع هو البيع بحسب اعتبارهم، حيث إنه ليس للعقد والبيع حقيقه شرعيه. وإذا كان العقد التام بحسب نظرهم محكوماً باللزوم يكون محكوماً بالصحه أيضاً لا محاله، غاية الأمر إذا ثبت شرط لتام العقد شرعاً كاعتبار القبض في بيع الصرف يكون ذلك تقييداً لموضوع وجوب الوفاء ولو بلسان الحكومه، بمعنى أن تمام العقد في مورده يكون بعد القبض.

والمتخصّل مما ذكرنا: أنه يجوز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه على النقل والكشف الحكمي ويخرج عقد الفضولي مع التصرف المنافي عن القابليه للحوق

ص: ٤٢٦

١- (١) سورة البقره : الآيه ٢٧٥ .

قال في القواعد في باب النكاح: ولو تولّى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حقّ المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان زوجاً حرمت عليه الخامسة والأخت والّأمّ والبنّت، إلّا إذا فسخت على إشكال في الأمّ [١].

الشرح:

الإجازة، ولا- يجوز على الكشف الحقيقي، سواءً كان الشرط تعقب الإجازة أو نفس الإجازة بنحو الشرط المتأخر فيما إذا علم بالإجازة فيما بعد، وأما إذا لم يعلم يكون جواز التصرف حكماً ظاهرياً.

وأما الفسخ فيجوز للأصيل، سواء كان قولياً أو فعلياً حتى على الكشف الحقيقي الذي يلتزم فيه بكون الإجازة شرطاً متأخراً، كما تقدم.

لا يقال: كيف يمكن على الكشف استصحاب عدم الإجازة والحكم للأصيل بجواز تصرفه فيما انتقل عنه ولو بما ينافي الإجازة، مع أن المستفاد من صحيحه أبي عبيدة الحذاء (١) المتقدمه الأمره بعزل حصه المزوجه فضولاً من زوجها المتوفى عدم الاعتبار باستصحاب عدم الإجازة.

فإنه يقال: المستفاد من الصحيحه المشار إليها عدم الاعتبار بالاستصحاب لتجوز تصرف سائر الورثه في جميع التركة، وأما عدم الاعتبار به بالإضافة إلى تصرفات الأصيل فينكاح الفضولي فضلاً عن تصرفات الأصيل في سائر العقود فلا دلالة لها عليه كما لا يخفى.

[١] يعني: يجوز للمباشر أي للأصيل نكاح الخامسة وأخت المنكوحه فضولاً وأمها بعد ردّ المنكوحه ولكن في جواز نكاح أمها إشكال، ووجه أن نكاح البنت في زمانٍ ما ولو مع عدم المدخول بها كاف في حرمة أمها إلى الأبد، بخلاف نكاح الخامسة أو نكاح أخت المنكوحه فإنّ حرمة الخامسة أو الأخت مادام زوجاته الأربع أو الأخت في حباله،

ص: ٤٢٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٤: ٢١٩، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١.

وفى الطلاق نظر [١] لترتبته على عقد لازم فلا يبيح المصاهرة وإن كانت زوجه لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ، والطلاق هنا معتبر، انتهى.

الشرح:

ومع رد المنكوحه فضولاً لا يكون دخول، كما أنها تخرج عن حباله فلا يحرم عليه بنتها.

[١] يعنى: لو أراد الزوج الأصيل طلاق المنكوحه فضولاً- قبل إجازتها أو ردّها ليجوز له بالطلاق المزبور نكاح الخامسة أو التزويج بأختها أو بنتها أو أمها ففى الطلاق المزبور إشكال، حيث إنها إزاله علقه الزوجيه فيكون بعد تمام النكاح لا قبلها. نعم، لو كان النكاح فضولياً من ناحيه الزوج دون الزوجه فلا يجوز للزوجه نكاح نفسها من شخص آخر قبل ردّ الزوج أو إجازته، ولو أراد الزوج المزبور طلاق الزوجه المزبوره فلا إشكال فى صحته؛ لأن طلاقه كاشف عن إجازته النكاح، فيكون الطلاق بعد تمام النكاح وحصول الزوجيه كما لا يخفى.

بقى الكلام فى مسأله النذر المشروط فنقول: إن كان الشرط المزبور فيه قيداً لأصل النذر والتعهد، كما إذا قال: «إن جاء ولدى من سفره فله على التصدق بمالى هذا»، فلا ينبغى الإشكال فى جواز تصرف الناذر فى نذره قبل حصول الشرط؛ لأنه مادام لم يحصل الشرط لم يجب عليه التصدق بالمال المزبور حتى لا يجوز ضده الخاص، وبعد حصوله لا يكون التصدق المزبور مقدوراً حتى يجب عليه، من غير فرق بين أن يكون حال التصرف عالماً بحصول الشرط فيما بعد أو عدمه. ودعوى عدم جواز التصرف قبل حصول الشرط مع العلم بحصوله مستقبلاً؛ لكونه تفويتاً لملاك ملزم لا يمكن المساعدة عليها، فإنه لا طريق لنا إلى تحصيل العلم بالملاك الملزم غير الأمر بالفعل، ومع عدمه قبل حصول الشرط كما هو الفرض لم تصح دعوى تفويته. وبتعبير آخر: يكون التصدق بالمال المزبور نظير سائر الواجبات المشروطه أو المؤقته فى عدم وجوب حفظ القدره عليها قبل حصول الشرط والوقت.

وعن كشف اللثام نفى الاشكال. وقد صرح أيضاً جماعه بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل وفرعوا عليه تحريم المصاهره.

وأما مثل النظر إلى المزوجه فضولاً- وإلى أمها. مثلاً، وغيره ممّا لا يعدّ تركه نقضاً لما التزم العاقد على نفسه فهو باقٍ تحت الأصول لأنّ ذلك من لوازم علاقه الزوجيه الغير الثابته، بل المنفيّه، بالأصل، فحرمه نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقف على ثبوت نتيجته العقد أعنى علاقه الملك أو الزوجيه بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمه النقض من الطرفين.

الشرح:

وإن كان الشرط قيماً للمنذور بأن كان النذر فعلياً والتقدير للمنذور نظير الواجب المعلق، كما إذا قال: «لله عليّ التصدق بمالي هذا عند مجيء ولدي»، يكون وجوب الوفاء بالنذر فعلياً، ومقتضى فعليته إبقاء المال مع العلم بحصول الشرط، وأما إذا احتمله لم يجب عليه الإبقاء، بل يجوز التصرف أخذاً بأصالة عدم حصول الشرط. فإن القيد الاستقبالي في الواجب المعلق على ما هو التحقيق يرجع إلى شرط الوجوب بنحو الشرط المتأخر، وأصالة عدم حدوثه في ظرفه يثبت عدم وجوب ذلك الفعل. نعم، إذا كان في هذه الصورة وفي الصورة السابقه قصد الناذر إبقاء المال إلى زمان يحتمل حصول الشرط لزم الوفاء بنذره على ما هو عليه قصده.

ثمّ إنّه إذا تصرف في المال المنذور بما ينافي الوفاء بالنذر، فإن كان في موارد جوازه فلا إشكال في صحّه ذلك التصرف ونفوذه، وأما إذا تصرف فيه في مورد كون وجوب الوفاء فعلياً أو لزم إبقاء المال يكون التصرف المنافي غير جائز تكليفاً، لا لحرمة نفسه؛ لعدم اقتضاء الأمر بالنذر النهي عنه، بل باعتبار ترك الوفاء بالنذر معه، ولكن المعامله نافذه وضعاً؛ لأن النهي عن معاملة لا يقتضى فسادها، فضلاً عما إذا لم يتعلق بها نهى كما ذكرنا. ودعوى فسادها باعتبار تعلق الحق بالمال أو لعدم التمكّن

ص: ٤٢٩

ثم إنَّ بعض متأخري المتأخرين [١] ذكر ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبه بها وبما يمكن أن يقال عليها:

الشرح:

على تسليم ذلك المال إلى الطرف مع وجوب الوفاء بالندر لا- يمكن المساعدة عليها، فإنه لا يوجب النذر حقاً للمنذور له بالإضافة إلى المال؛ ولذا لا يسقط وجوب الوفاء بالندر بإسقاط المنذور له، مع أنه لا دليل على أن تعلق كل حق بالمال يمنع عن التصرف فيه. فإن ما في كلمات الأصحاب في شرائط العوضين كون ملكهما طلقاً تعبير عن موارد خاصة قد تعلق النهي فيها بالبيع، كما في بيع الوقف وأم الولد ونحوهما، فلا يجرى في موارد لم يكن فيها ذلك النهي، وأنه بعد التصرف لا مانع من شمول خطابي حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد لذلك التصرف؛ لسقوط وجوب الوفاء بالندر بخروج المال عن ملك الناذر، كما هو مقتضى الخطابين.

والحاصل: أنَّ القدره على التسليم المعتبره في ظرفه وهو تمام المعامله، حاصل في المقام أيضاً؛ لأنَّ تسليم المال المنذور إلى مشتريه كبيعه منه لا- يكون في نفسه محرماً وإنما الحرام ترك الوفاء بالندر؛ ولذا لا يفرق في فرض ترك الوفاء بالندر بين أن يبيع المال من الغير ويسلمه إليه أو أن لا- يبيع أصلاً، بل لو كان يبيعه حراماً، كما إذا حلف على ترك بيعه، لم يكن حرمة البيع تكليفاً موجباً لفساده وانتفاء القدره على تسليمه، فإنه يكفي في صحه البيع التمكن على التسليم ولو بنفس إنشاء البيع وإمضائه كما لا يخفى.

[١] حكى عن كاشف الغطاء (١) أنه ذكر ظهور الثمره بين القول بالكشف والنقل في موارد: الأول: ما إذا خرج أحد المتبايعين ونفرضه الأصيل بعد العقد وقبل الإجازة عن قابليه كونه مالكاً؛ لموته أو عروض الكفر، كما إذا ارتدّ، سواء كان ارتداده عن فطره أو غيرها، مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً فيضع على الكشف دون

ص: ٤٣٠

الشرح:

النقل، وكون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً قيد للارتداد غير الفطرى فقط، وكان المرتد الفطرى لا يملك شيئاً بعد ارتداده فتنقل أمواله التى كانت له قبل ارتداده إلى ورثته، فخروجه عن قابليه كونه مالكاً يعم كل مبيع. وأما المرتد غير الفطرى فلا يملك العبد المسلم والمصحف ويملك سائر الأموال، واحتمال رجوع القيد إلى مطلق الارتداد ضعيف، وإلا لكان الأنسب أن يقول بعروض كفر، كما إذا ارتد مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً لا كون عدم القابليه لتملك المصحف أو العبد المسلم من أحكام الكفر معروف، فلا حازه إلى التصريح بالتعميم لقسمى الارتداد، فالتصريح بالتعميم قرينه على التفصيل المزبور.

ولكن ذكرنا فى كتاب الإرث أن غايه ما دلت عليه الروايات انتقال أموال المرتد الفطرى إلى ورثته بارتداده، وأما ما يملك ويكسبه بعد ارتداده فلا دلالة لها على حكمه، ومقتضى عموم أدله إمضاء المعاملات وإطلاقاتها جواز التكبس له وضعاً وتكليفاً كسائر الناس.

ثم إن بطلان البيع على النقل فى فرض موت الأصيل مختص بما إذا كان العوض كلياً بذمته، وإلا فلو كان كلا العوضين عيناً خارجيه يكون العقد قابلاً للإجازة، غايه الأمر على الكشف تثبت المعامله لمن كان مالكاً حال العقد، وعلى النقل تقع على ملك الورثه فتحتاج إلى إجازتهم. وكذا الحال فى الخروج عن القابليه بالارتداد الفطرى، فإنه إذا كان الثمن كلياً بذمته يصح البيع له بناءً على كون الإجازة كاشفه ولا يمكن أن يصح له ولا للورثه على النقل، بخلاف ما إذا كان العوض عيناً خارجيه فإنه يكون معه البيع بناءً على النقل فضولياً حتى بالإضافه إلى الورثه فيحتاج إلى إجازتهم.

نعم، لا يعتبر كون الثمن كلياً على العهده فى غير الفطرى؛ لأن الثمن الشخصى

منها ما لو انسلخت قابليته الملك عن أحد المتبايعين بموته قبل إجازته الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطري أو غيره مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مُصَحَّفاً، فيصح حينئذٍ على الكشف دون النقل، وكذا لو انسلخت قابليته المنقول بتلف أو عروض نجاسه له مع ميعانه إلى غير ذلك، وفي مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد كما لو تجددت الثمره وبدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة وفيما قارن العقد فقد الشروط، ثم حصلت وبالعكس وربما يعترض على الأول: بإمكان دعوى ظهور الأدلة [١] في اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الشرح:

لا ينتقل بارتداده إلى ورثته، فيكون بيع المصحف منه بإزاء الثمن المزبور غير قابل للإجازة على مسلك النقل.

المورد الثاني: ما إذا خرج أحد العوضين بعد العقد وقبل الإجازة عن قابلية المعامله عليه، فبناءً على الكشف يصح البيع السابق بالإجازة، حيث يثبت الملك بالإضافة إلى زمان كانت فيه العين قابله له، بخلاف مسلك النقل.

والثالث: ما إذا طرأت القابلية على أحد العوضين أو على أحد المتبايعين بعد ما كان غير قابل في زمان العقد، كما إذا أسلم الكافر الذي اشترى العبد المسلم أو المصحف حال كفره فإنه يصح بالإجازة على النقل دون الكشف، ومثل ذلك ما إذا قارن العقد فقد بعض شرائط الصحه وتجدد الشرط المزبور قبل الإجازة.

[١] المعترض هو صاحب «الجواهر» رحمه الله (١)، فإنه اعترض على الثمره في الموارد الثلاثة بأنه يحكم ببطلان البيع فيها على كلا المسلكين؛ أما في المورد الأول: فإن ظاهر الأدلة اعتبار استمرار قابلية الأصيل للملك إلى حين الإجازة؛ لتكون كاشفه عن حصول المالك له من حين العقد إلى حينها. وأما في المورد الثاني: فإنه يعتبر أيضاً

ص: ٤٣٢

الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً إلى حين الإجازة.

وفيه: أنه لا وجه لاعتبار استمرار قابليه، ولا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، كما لو وقعت بيوع متعدده على ماله فإنتهم صرّحوا بأنّ إجازة الأوّل توجب صحّه الجميع مع عدم بقاء مالكيه الأوّل مستمراً وكما يشعر بعض أخبار المسأله المتقدّمه حيث إنّ ظاهر بعضها وصريح الآخر عدم اعتبار حياه الشرح:

بقاء العوضين قابلاً للملك إلى حين الإجازة، حيث يعتبر في إجازة المالك أن يكون مالكاً لولا الإجازة، ومع خروج المال عن قابليه الملك لا تكون الإجازة عن المالك المزبور. وأما في المورد الثالث: فإنّ العقد المزبور غير قابل للإجازة على الكشف والنقل؛ لفقد شرط صحّه العقد، مع قطع النظر عن رضا المالك على الكشف وكون إنشاء العقد في مورد غير قابل له على النقل.

وتسلم المصنف رحمه الله الاعتراض على المورد الثالث ومنعه في الأوليين، حيث قال في المورد الأول: إنه ليس في البين ما يدل على اعتبار بقاء قابليه المتبايعين للمالكيه إلى حين الإجازة، بل الأمر بالعكس، فإنّ بعض الروايات ظاهره وبعضها صريحه في عدم اعتبار بقاء القابليه. والمراد من بعض الروايات الظاهره ما ورد في اتجار العامل في المضاربه بغير متاع اشترط مالك رأس المال الاتجار به، حيث لم يستفصل فيها بين بقاء الطرف في تجاره العامل على الحياه حين الإجازة وعدمه، ونحوها ما ورد في الاتجار بمال اليتيم. ومراده من بعض الصريح روايه ابن اشيم(١) الوارده في العبد المأذون الذي اشترى أباه واعتقه، ويدل على عدم الاعتبار فحوى الخبر الوارد في تزويج الصغيرين، وذلك فإنّ كلاً من الزوجين في النكاح كالعوضين والبيع ركن، وإذا

ص: ٤٣٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨٠ ، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١ .

المتعاقدين حال الإجازة مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذى يصلح ردّاً لما ذكر فى الثمره الثانيه [١] أعنى: خروج المنقول عن قابليته تعلق إنشاء عقد أو إجازة به، لتلف وشبهه فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين فى فوات أحد ركنى العقد مضافاً إلى إطلاق روايه عروه [٢] حيث لم يستفصل النبى صلى الله عليه وآله الشرح:

دلت الروايه على عدم اعتبار بقاء الركن إلى حين الإجازة كان عدم اعتبار بقاء المتبايعين على القابليه أولى؛ لعدم كونهما ركنين فى البيع.

وأيضاً يدفع اعتبار كون الإجازة كاشفه عن تملك الممتلك واستمراره إلى حين الإجازة ما ذكره فى مسأله ترتب العقود على مال المالك من أن إجازة السابق من العقود تكون موجباً لصحته وصحة اللاحق، فإن تملك الأول فى الفرض المكشوف عنه بالإجازة غير باق إلى حينها، كما هو مقتضى صحة العقود المترتبه عليه.

أقول: يمكن أن يقال: دعوى صاحب «الجواهر» اعتبار بقاء الأصيل على قابليه المالكه؛ لتكون الإجازة كاشفه عن تملكه المنقول إليه واستمرار ذلك التملك إلى حينها لولا- نقله إلى الغير، وفى فرض ترتب العقود على مال المجيز يكون عدم البقاء لنقل الأصيل لا لسقوطه عن قابليه المالكه.

[١] الموصول مع صلته وصف لخبر تزويج الصغيرين لا- للفحوى، يعنى الخبر المزبور صالح لرد ما ذكر صاحب «الجواهر» فى اعتراضه على الثمره فى المورد الثانى، ووجه صلاحه له أن الزوجين فى عقد النكاح بمنزله العوضين فى عقد البيع. وإذا دل الخبر المزبور على صحة النكاح بالإجازة فى فرض خروج أحدهما بالموت عن قابليه الزواج كان مقتضاه صحة البيع أيضاً بالإجازة فى فرض خروج أحد العوضين عن قابليه الملك بالتلف ونحوه.

[٢] وهذا وجه ثان لرد ما ذكر صاحب «الجواهر» رحمه الله فى اعتراضه على الثمره

الشرح:

الثانيه من اعتبار بقاء العوضين على الماليه إلى حين الإجازة، ووجه الردّ أن إطلاق روايه عروه البارقي(١)، يعنى عدم استفصال النبي صلى الله عليه و آله منه حين إجازته عن بقاء الشاه التي باعها عروه بدينار واحد أو تلفها، دليل على عدم اعتبار بقائها حال الإجازة.

أقول: ما ذكر رحمه الله من ظهور بعض الروايات وصريح بعضها الآخر غير تام، لفظاً ولا دلالة كما تقدم في ما ورد في المضاربه والاتجار بمال اليتيم على حكم الفضولى أصلاً كما أن روايه ابن اشيم المزبور فيها دفع المال إلى العبد المأذون لم يفرض فيها موت الأصيل الذي هو مولى العبد المعتق بالفتح ولا موت المالك المجيز الذي هو المورث. وأما الدافع فلم يكن طرفاً في عقد الفضولى أصلاً.

وروايه عروه البارقي وارده في قضيه خاصه، فلعل النبي صلى الله عليه و آله كان يعلم بقاء الشاه المبيعه فضولاً ولبعد تلف الشاه في تلك المده القصيره، وخبر تزويج الصغيرين باعتبار تضمّنه لحكم تعبدى وهو لزوم الحلف على المجيز بأنّ إجازتها لا تكون لأجل الميراث، غير صالح للتعدى منه إلى غير مورده فضلاً إلى سائر العقود.

ثم إنّ اعتراض النائيني رحمه الله (٢) على الثمره في المورد الثاني بأنه يحكم بفساد عقد الفضولى وعدم صحّته بالإجازة، سواءً على الكشف أو النقل؛ أما على النقل فظاهر، وأما على الكشف فهو مقتضى فساد البيع بتلف المبيع قبل القبض. ولكن لا يخفى ما فيه، فإن تلف أحد العوضين قبل الإجازة لا يلزم كونه قبل القبض، حيث يمكن كون العين المبيعه فضولاً عند مشتريها بنحو العاربه أو إجازتها من مالكتها ثم اشترائها

ص: ٤٣٥

١- (١) أنظر سنن البيهقي ٦ : ١١٢ ، وعوالى اللآلى ٣ : ٢٠٥ ، الحديث ٣٦ .

٢- (٢) حاشيه المحقق النائيني رحمه الله على المكاسب ٢ : ٩٠ ، ونقله السيد الخوئي قدس سره في محاضرات في الفقه الجعفري

عن موت الشاه أو ذبحه وإتلافه.

نعم ما ذكره أخيراً من تجدد القابليه بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمره للمسأله: لبطلان العقد ظاهراً على القولين.

وكذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط.

وبالجملة، فباب المناقشه وإن كان واسعاً إلا أن الأرجح في النظر ما ذكرناه، الشرح:

من بائعها فضولاً وتلفها قبل إجازة مالكةا، ويصح هذا الشراء بإجازته على الكشف دون النقل.

فقد تحصل من جميع ما تقدم أنه لا يمكن الأخذ بالأخبار الخاصه في إثبات الثمره في الموارد الثلاثه المتقدمه أو عدم ثبوتها، والصحيح أنه يمكن إثبات الثمره بين النقل والكشف في الموردین الأولین بالأخذ بإطلاق حل البيع و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فان مقتضاهما تمام بيع الفضولى بالإجازة على الكشف الحقيقى. ولا- يمكن تصحيحه بها على النقل والكشف الحكمى؛ لأن مع سقوط الأصيل عن قابليه المالكه لا- يمكن جعل المالكه له حال الإجازة ولو كان مبدأ المالكه من السابق، وكذا فى صورته سقوط الشىء عن قابليه الملك.

وبتعبير آخر: الموضوع للحليه أو وجوب الوفاء هو البيع والعقد المنتسب إلى المالكين، ومع سقوط الأصيل عن صلاحية الانتساب أو سقوط أحد العوضين عن المالكه لا- يكون حال إجازة العقد المنتسب إليهما أو تملك مال بعوض. وأما المورد الثالث فالثمره غير تامه بإطلاقها، فإنه لا يعتبر فى جميع الشروط حصولها من حين العقد، بل الشرائط مختلفه، ويكفى فى بعضها حصولها بعد العقد فلا بد من ملاحظه اعتبار كل منها، سواء قيل بالنقل أو الكشف.

وربّما يقال بظهور الثّمرة فى تعلق الخيارات [١] وحقّ الشّفعة [٢] واحتساب مبدأ الخيارات [٣] ومعرفة مجلس الصرف والسلم والأيمان والنّدور [٤] المتعلّقه بمال البائع أو المشتري، وتظهر الثّمرة أيضاً فى العقود المترتبه على الثّمن أو المثلن، وسيأتى إن شاء الله تعالى.

الشرح:

[١] كما إذا تغيّرت القيمة السوقية أو تعيّب المبيع بعد العقد وقبل الإجازة ولم يعلم به المشتري الأصيل حتّى أجاز المالك، فإنّه على النقل يثبت له خيار الغبن أو خيار العيب؛ لكون المبيع عند تحقق البيع معيوباً أو مشتريه مغبوناً، بخلاف القول بالكشف الحقيقى، بمعنى كون الشرط فى تمام البيع تعقّب للإجازة كما لا يخفى.

[٢] كما إذا باع الفضولى نصف الأرض المملوكة للغير من زيد بنحو المشاع، ثم باع مالكةا نصف تلك الأرض من آخر، ثم أجاز بيع الفضولى فإنه بناءً على مسلك الكشف لا يثبت حق الشفعة لمن اشترى نصفها المشاع من مالكةا، حيث إنّ تملك المشتري من البائع الفضولى نصف الأرض كان قبل تملكه، بل يثبت حق الشفعة للمشتري من البائع الفضولى، بخلاف القول بالنقل فإنه عليه تثبت الشفعة للمشتري من المالك.

[٣] أمّا خيار الحيوان فإنّ مبدأه على النقل حين الإجازة؛ لأنّ مشتري الحيوان يصير حينها صاحباً له، بخلاف الكشف الحقيقى فإن كونه صاحباً له من زمان العقد. وأما مبدأ خيار المجلس أو القبض المعتبر فى بيع الصرف أو السلم فبناءً على أن الإجازة شرط متأخر يكون تحقق البيع بشرائطه حين الإجازة، كما هو الحال على النقل والكشف الحكى.

والحاصل: أنّ مجلس البيع أو القبض مجلس حصول الإجازة، إلّا على الكشف الحقيقى، بمعنى كون الشرط فى تمام البيع هو تعقبه للإجاره فإنه على ذلك الكشف يكون مجلس البيع مجلس العقد كما لا يخفى.

[٤] فإنه إذا حلف المشتري الأصيل التصدّق بالمبيع قبل الإجاره ثم أجاز المالك

وينبغى التنبيه على أمور:

الأول: أنّ الخلاف فى كون الإجازة كاشفه أو ناقله ليس فى مفهومها اللغوى [١] ومعنى الإجازة وضعاً أو انصرافاً، بل فى حكمها الشرعى بحسب الشرح:

فإنه يبطل الحلف المزبور على النقل ويصحّ على الكشف .

[١] وحاصله: أنّ الخلاف فى كون الإجازة كاشفه أو ناقله ليس خلافاً فى معنى قول المالك: «أجزت العقد» أو «رضيت به» أو نحوهما، بل الخلاف فى أنّ الملكيه وغيرها من أحكام المعامله تترتب من حين العقد؛ لكون الإجازة معتبره بنحو الكشف أو أنها تترتب من حين الإجازة، ويرجع ذلك إلى البحث عن نحو اعتبار رضا المالك وأنه معتبر بنحو الشرط المقارن أو الأعم منه ومن الشرط المتأخر، أو أنّ المعتبر تعقب العقد بالإجازة. وكيفيه الاعتبار يظهر بملاحظه أدله اعتبار الرضا ووجوب الوفاء بالعقود، والروايات الحاصله التى مدليلها لا ترتبط بمعنى الإجازة.

بل يمكن أن يقال: إنه على الكشف تترتب تلك الأحكام من حين العقد حتّى فيما إذا كان مراد المالك من قوله: «أجزت» ونحوه، الرضا بالعقد من حين الإجازة، وعلى النقل تترتب تلك الأحكام من حين الإجازة حتّى فيما إذا أراد المجيز الرضا بالعقد من حين العقد.

أقول: الصحيح هو التفصيل، وذلك لما ذكرنا سابقاً أنّ العقد مدلوله النقل من حينه ولو بضميمه قرينه خارجيه وهى عدم إمكان الإهمال فى الأمر الاعتبارى من جهه المبدأ، وحيث إنّ الإجازة عبارته عن إظهار الرضا بالنقل المزبور يكون مقتضى أدله الإمضاء هو الكشف الحكمى. ولو أظهر المالك رضاه بالنقل من حين إظهاره الرضا لا من حين العقد فلا يكون ذلك رضاءً بمضمون ذلك العقد؛ ليكون موجباً لتمامه وشمول أدله الإمضاء له.

ملاحظه اعتبار رضا المالك وأدله وجوب الوفاء بالعقود وغيرهما من الأدله الخارجيه فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل. ففي صحتها وجهان:

الثاني: أنه يشترط في الإجازة أن يكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحة العرفيه كقوله «أمضيت» و«أجزت» و«أنفذت» و«رضيت» وشبه ذلك. وظاهر روايه البارقي وقوعها بالكنايه [١]، وليس ببعيد إذا اتكل عليه عرفاً. والظاهر أن الفعل الكاشف [٢] عرفاً عن الرضا بالعقد كافٍ، كالتصرف في الثمن، ومنه إجازة البيع الواقع عليه كما سيجيء وكتمكنين الزوجه من الدخول بها إذا زوجت فضولاً كما صرح به العلامة رحمه الله .

وربما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ، بل نسب إلى صريح جماعه وظاهر آخرين، وفي النسبه نظر. واستدل عليه بعضهم: من أنه كالبيع في استقرار الملك وهو يشبه المصادره. ويمكن أن يوجه بأن الاستقراء في النواقل الاختياريه اللازمه الشرح:

والحاصل: أن الإجازة لا تصح عقد الفضولي، إلا إذا تعلق بمضمون العقد ومدلوله. نعم، بناءً على أن مضمونه مطلق النقل أو من حين تمام ماله الدخل في المعامله كما هو مقتضى مسلك النقل تكون إجازة العقد من حين العقد رضاً بمضمونه بالإضافة إلى جميع الأزمنه التي منها زمان حصول الإجازة، فيصح.

[١] المراد بالكنايه ذكر شبه اللازم وإرادته الملزوم أو بالعكس، وفي قوله صلى الله عليه وآله لعروه: «بارك الله» (١) تبريك له في بيعه، وهذا لا يكون إلا بعد فرض وقوع البيع وتمامه.

[٢] بأن يكون الفعل المزبور كاشفاً نوعياً عن إرادته المالك ثبوت العقد وتمامه،

ص: ٤٣٩

١- (١) مرّ سابقاً .

كالبیع وشبهه يقتضى اعتبار اللفظ. ومن المعلوم: أنّ الثقل الحقيقى العرفى من المالك يحصل بتأثير الإجازة، وفيه نظر [١]، بل لولا شبهه الإجماع الحاصل من الشرح:

فيكون من الأماره المعبره من باب الكشف النوعى.

[١] يعنى: فى تماميه الاستقراء المزبور تأمّل، بل لولا- شبهه الإجماع على اعتبار الإنشاء فى الإجازة لكان الأقوى كفايه رضا المالك بأى وجه علم حصوله.

أقول: قد ذكرنا سابقاً أنّ العقد ربما يكون فضولياً باعتبار عدم رضا من يعتبر رضاه فى صحّه العقد وتمامه، وهذا القسم يكفى فيه إحراز الرضا بأى وجه كان، نظير رضا السيد بنكاح عبده أو رضا العمه والخاله بنكاح بنت الأخ أو بنت الأخت، بل لو انكشف الرضا بوجه معتبر قبل العقد لم يكن فضولياً. وربما يكون العقد فضولياً باعتبار عدم انتساب العقد إلى من يعتبر فى شمول دليل الاعتبار له انتسابه إليه، وهذا القسم لا يكفى فيه العلم بحصول الرضا مطلقاً، بل يعتبر إنشاء رضاه بالعقد ليتم انتسابه إليه، سواء كان الإنشاء بفعله أو قوله، وليس فيما ذكر المصنف من الوجوه دلالة على كفايه مجرد إحراز الرضا فى هذا القسم.

ويظهر أيضاً حال الفسخ أو الردّ وأنه لا يكفى فيهما مجرد إحراز عدم الرضا، بل يعتبر الإنشاء وإلغاء العقد بفعل أو قول عمّن له ولايه الفسخ أو الردّ.

لا يقال: كيف يعتبر فى الفسخ أو الردّ أو الإجازة الإنشاء ولا يكفى فيها مجرد عدم الرضا، مع أنهم ذكروا أنه لو حلف على نفى الإذن فى المعامله التى أوقعها الوكيل انفسخت المعامله، حيث إن غايه مايدل عليه الحلف المزبور عدم الرضا بتلك المعامله ولا يدل على قصد الحالف بإلغائها. وذكر عليه السلام فى بعض أخبار خيار الحيوان: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثه أيام فذلك رضى منه فلا شرط، قيل

عبارة جماعه من المعاصرين تعين القول بكفايه نفس الرضا إذا علم حصوله من أى طريق، كما يستظهر من كثير من الفتاوى والنصوص. فقد علل جماعه عدم كفايه السكوت فى الإجازة بكونه أعم من الرضا فلا يدل عليه، فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصریح فيما ذكرنا. وحكى عن آخرين: أنه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعامله فحلف انفسخت، لأن الحلف يدل على كراهتها.

الشرح:

له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء» (١). حيث ظاهرها أن مجرد الرضا ببقاء العقد مسقط للخيار ولا يحتاج معه إلى قصد الإسقاط. وفى صحيحه ابن بزيع قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأه ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً فى سكرها، ثم أفادت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هو لها أم التزويج فاسد؛ لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال: إذا أقامت معه بعدما أفادت فهو رضا منها. قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها، فقال: نعم» (٢). فإنه يتعين حملها على صورته التزويج بالوكالة، حيث إن إنشاء العقد لا يتحقق من السكران الفاقد للقصد، فيكون توكيلها فى حال السكر موجباً لكون الزواج فضولياً ورضاهما بعد إفاقتها بالنكاح إجازة.

أقول: أمياً قولهم بانفساخ البيع بحلف الموكل فلا بد من أن يراد به عدم تمام تلك المعامله فتكون فضوليه، وإلا فلا- مورد للانفساخ حقيقه فى الفرض، حيث إن حقيقته بطلان المعامله بقاءً بعد تمامها حدوثاً. وأما ما ورد فى خيار الحيوان فلا مشاحه بأن إظهار الرضا بإبقاء العقد إلى تمام الثلاثه بالفعل كإظهاره بالقول عبارة أخرى عن إسقاط

ص: ٤٤١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٣، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٠ : ٢٩٤، الباب ١٤ من أبواب النكاح، الحديث الأول.

وذكر بعض: أنه يكفي في إجازة البكر للعقد الواقع عليها فصولاً سكوتها.

ومن المعلوم: أن ليس المراد من ذلك أنه لا يحتاج إلى إجازتها، بل المراد كفايه السكوت الظاهر في الرضا وإن لم يفد القطع، دفعاً للحرص عليها وعلينا.

ثم إن الظاهر أن كل من قال بكفايه الفعل الكاشف عن الرضا كأكل الثمن وتمكين الزوجه اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به، لا من جهة سببه الفعل تعديداً. وقد صرح غير واحد بأنه لو رضى المكره بما فعله صح، ولم يعتبروا بالإجازة. وقد ورد فيمن زوجت نفسها في حال الشكر: أنها إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فذلك رضا منها. وعرفت أيضاً استدلالهم على كون الإجازة كاشفه بأن العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك، فإذا حصل عمل السبب التام عمله.

وبالجملة، فدعوى الإجماع في المسألة دونها خرط القتادا! وحينئذ فالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولي السالمة عن ورود مخصص عليها، عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في حل ماله وانتقاله إلى الغير ورفع سلطنته عنه أقوى حججاً في المقام.

مضافاً إلى ما ورد في عدّه أخبار من أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه، وما دل على أن قول المولى لعبده المتزوج بغير إذنه: «طلق»، يدل على الرضا بالنكاح فيصير إجازته، وعلى أن المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى التي ترتفع بالرضا، وما دل على أن التصرف من ذى الخيار رضا منه، وغير ذلك.

بقي في المقام: أنه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ، وكفايه مطلق الرضا أو الفعل الدال عليه، فينبغي أن يقال بكفايه وقوع مثل ذلك مقارناً للعقد أو سابقاً، فإذا فرضنا أنه علم رضا المالك بقول أو فعل يدل على رضاه ببيع ماله كفى في اللزوم، لأن ما يؤثر بلحوقه يؤثر بمقارنته بطريق أولى.

والظاهر أنّ الأصحاب لا يلتزمون بذلك، فمقتضى ذلك: أن لا يصح الإجازة إلا بما لو وقع قبل العقد كان إذناً مخرجاً للبيع عن بيع الفضولى.

ويؤيد ذلك: أنّه لو كان مجرّد الرضا ملزماً، كان مجرّد الكراهه فسخاً، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولى مع نهى المالك، لأنّ الكراهه الحاصله حينه وبعده ولو آنأ ما تكفى فى الفسخ، بل يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلاً، إلا أن يلتزم بعدم كون مجرّد الكراهه فسخاً وإن كان مجرّد الرضا إجازة.

الثالث: من شروط الإجازة أنّ لا يسبقها الردّ [١] إذ مع الردّ يفسخ العقد،

الشرح:

الخيار على كلام يأتى التعرض له فى بحث الخيارات، وأما صحيحه ابن بزيع فالمفروض فيها إظهار الرضا بالفعل كما لا يخفى.

[١] وحاصل ما ذكره رحمه الله فى هذا الأمر: هو أنه يعتبر فى نفوذ الإجازة وتمام العقد بها لا يسبقها الردّ، والوجه فى ذلك مع ظهور الإجماع، بل تصريح بعض بالإجماع، أنّ المجيز بإجازته يكون أحد طرفى العقد، فإن كان مالكا للمبيع يكون بائعاً، وإن كان مالكا للثمن يكون مشترياً. وتقدم سابقاً أنّ تخلل الإلغاء من أحد طرفى العقد قبل تمامه يوجب ارتفاع عنوان العقد الذى بمعنى المعاهده والعهد المشدود، وأيضاً تأثير الردّ قبل الإجازة فى إلغاء العقد السابق وجعله كالعدم مقتضى قوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم» (١)؛ لأن مقتضى سلطنه المالك على ماله أن تقطع علاقه الأصيل عن ملكه.

أقول: دعوى الإجماع التعيىدى فى المقام كما ترى، وأيضاً عدم صدق عنوان العقد على الإيجاب والقبول الصادرين عن الأصيل والفضولى بإلغاء المالك ممنوع، ولا يقاس بصوره إلغاء البائع إيجابه قبل قبول المشتري أو إلغاء المشتري قبوله قبل حصول شرط تمام البيع، فإن انتفاء عنوان العقد مع الإلغاء المزبور لو لم يكن مقطوعاً

ص: ٤٤٣

فلا- يبقى ما يلحقه الإجازة والدليل عليه بعد ظهور الإجماع بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا : أنّ الإجازة إنّما تجعل المجيز أحد طرفي العقد وإلا- لم يكن مكلفاً بالوفاء بالعقد لما عرفت من أنّ وجوب الوفاء إنّما هو في حقّ العاقدين أو من قام مقامهما.

وقد تقرّر أنّ من شروط الصّيغ أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة. هذا مع أنّ مقتضى سلطنه الناس على أموالهم تأثير الردّ في قطع علاقه الطرف الآخر عن ملكه فلا يبقى ما يلحقه الإجازة، فتأمل.

الشرح:

فلا- ينبغي في عدم إحراز عنوان العقد معه، وأيضاً لا- يكون قبل تمام عقد الفضولي بإجازة المالك علاقه للأصيل في مال المالك المجيز؛ ليجوز للمجيز قطع تلك العلاقه؛ لأنّ العلاقه وهي الملك للأصيل غير حاصل قبل الإجازة، ولا علاقه أخرى حتّى يقطعها المالك. وكون عقد الفضولي بحيث لو انضمت إليه إجازة المالك لتملك الأصيل ماله ليس من تعلق حق الأصيل بذلك المال، بل هو مقتضى تحقق بعض الموضوع للحكم فيمورد كما لا يخفى.

ومع الإغماض عن ذلك فإثبات جواز قطع علاقه الأصيل عن ملك صاحبه كإثبات صحّه مطلق العقد فضولاً بإجازة المالك خارج عن مدلول الروايه كما ذكرنا في بحث المعاطاه، فإن مدلولها السلطنه على التصرفات المشروعه المتعلقة بالإموال من المعاملات ونحوها، وأنها ثابتة لملاكها، وأما أنّ أيّ تصرف في المال مشروع فليست وارده في مقام بيان ذلك، ولعله إلى ذلك أشار في ذيل كلامه بقوله: «فتأمل».

وعن النائيني رحمه الله : أنه كما لا يصحّ الردّ بعد الإجازة كذلك لا تصحّ الإجازة بعد الردّ. (1)

ص: ٤٤٤

١- (١) حاشيه المحقق النائيني رحمه الله على المكاسب ٢ : ١٢٥ ، ونقله السيد الخوئي قدس سره في محاضرات في الفقه الجعفري ٢ : ٣٨٢ .

نعم الصحيحه الوارده فى بيع الوليده[١] ظاهره فى صحه الاجازه بعد الرد اللهم إلا أن يقال: إن الرد الفعلى كأخذ المبيع مثلاً غير كاف بل لا بد من إنشاء الفسخ.

ودعوى: أن الفسخ هنا ليس بأولى من الفسخ فى العقود اللازمه. وقد صرحوا بحصوله بالفعل يدفعها: أن الفعل الذى يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطء والعرق ونحوهما لا مثل أخذ المبيع.

وبالجملة: فالظاهر هنا وفى جميع الالتزامات: عدم الاعتبار بالإجازة الواقعه عقيب الفسخ، فإن سلم ظهور الروايه فى خلافه فليطرح أو يؤول.

الشرح:

وفيه: أن القياس مع الفارق، فإن بالإجازة يتم العقد وينتقل المال إلى ملك الطرف الآخر، وخروج المال ثانياً عن ملكه وعوده إلى مالكة الأول يحتاج إلى سبب ناقل أو موجب لفسخ العقد، ولم يثبت أن الرد سبب ناقل، بل مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود لزوم العقد وعدم جريان الرد والفسخ فيه، بخلاف الرد السابق على الإجازة فإن كونه موجباً لإلغاء عقد الفضولى بحيث لا يتم موضوع النقل والانتقال بالإجازة اللاحقه يحتاج إلى دليل.

[١] قد ذكرنا عند التعرض لها فى أدله صحه عقد الفضولى بإجازة المالك أنه لا ظهور للصحيحه(١) فى نفوذها مع سبق الرد، فراجع.

وأما الاستدلال على عدم قدح الرد قبل الإجازة بصحيحه ابن بزيع المتقدمه فلا يخفى ما فيه؛ لعدم الملازمه بين إنكار النكاح ورده، فإنه قد تقدم تعيين حملها على وقوع النكاح بنحو التوكيل باعتبار أن إنشاء النكاح كإنشاء سائر العقود لا يقع من

ص: ٤٤٥

١- (١) وهى صحيحه محمد بن قيس، وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١.

الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله

الرابع: الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله [١] فموضوعها المالك، فقولنا: «له أن يبيعه» والكُلّ راجع إلى أنّ له أن يتصرّف. فلو مات المالك لم يورث الإجازة، وإنّما يورث المال الذى عقد عليه الفضولى، فله الإجازة، بناءً على ما سيجىء من جواز مغايره المجيز والمالك حال العقد فى من باع مال أبيه فبان ميثاً والفرق بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر بالتأمل.

الخامس: إجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن، ولا لإقباض المبيع، ولو أجازهما الشرح:

السكران الفاقده للقصده والالتفات، وحيث إنّ التوكيل المزبور وقع حال السكر يكون النكاح المزبور فضولياً، وإنكار الزوجه بعد إفاقتها يمكن أنّ يكون لعدم التفاتها إلى وقوع النكاح بتوكيلها، وبعدهما استيقنت بوقوعه أقامت مع الزوج المزبور؛ لتوطن نفسها للرضا به. ولو حمل الترويج المزبور على الترويج بالمباشرة؛ لكون سكرها خفيفاً لا ينافى القصد والالتفات، فيخرج النكاح المزبور عن الفضولى ولا يرتبط الوارد فيها بمسأله الإجازة بعد الردّ، بل يكون حكماً تعبدياً، وأنّه يعتبر فيمن زوجت نفسها حال السكر الخفيف رضاها بذلك النكاح بعد ارتفاع ذلك السكر.

[١] وبتعبير آخر: نفوذ العقد وتمامه بالإجازة كسائر آثار الملك من الأحكام، وإذا فرض إرث المبيع فضولاً تكون إجازة الورثه البيع موجه لتمام ذلك البيع باعتبار كونهم مالكين للمبيع ويثبت فى حقهم ما ثبت لسائر الملاك، ويأتى عدم اعتبار اتحاد المجيز مع المالك حال العقد فى نفوذ الإجازة، والفرق بين إرث الإجازة ونفوذ إجازتهم؛ لكونهم مالكين، يظهر فيما إذا لم يرث بعضهم من المال المزبور، كما إذا كان المبيع فضولاً عقاراً، حيث إنّ الزوجه لا ترث من العقار فلا تكون لها إجازة بيع الفضولى أو ردّه.

وأيضاً لكل من الورثه أن يجيز البيع فى حصته؛ لأنها ملكه، بخلاف ما إذا قيل

إجازة البيع ليست إجازة للقبض

صريحاً أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مضت الإجازة، لأنّ مرجع إجازة القبض إلى إسقاط [١] ضمان الثمن عن عهده المشتري، ومرجع إجازة الإقباض إلى الشرح:

يارث الإجازة بدعوى أنها كحقي الخيار والشفعة من الحقوق القابلة للإرث، فإنه بناءً عليه يكون الموروث حقاً واحداً، فكل من سبق من الورثة إلى أعمال ذلك الحق ينفذ فيصح البيع الواقع على تمام المال أو يعتبر إجتماعهم على الردّ أو الإجازة.

وقد يقال: إنّ إجازة الورثة بما أنهم ملاك المال لا لإرثهم الإجازة حتّى وإن قلنا بأنّ الإجازة كالخيارات من الحقوق، إلاّ أنها تختلف عن الخيارات في أن الخيارات تورث والإجازة لا تورث، وذلك فإنّ الورثة بما أنهم ملاك المال لهم حق إجازة العقد الواقع على مالهم بالأصالة، وإذا كان لهم بالأصالة هذا الحق فلا يعقل أن يكون لهم الإجازة يارثها؛ لأنّ حق الإجازة لا يتعدد لشخص واحد بالإضافة إلى عقد واحد، ولا يقاس بتعدّد الخيار لشخص واحد في بيع واحد، كما إذا اشترى حيواناً بشراء غبن فإن للمشتري المزبور خيار المجلس والحيوان والغبن، وهذا لا مانع عنه؛ الخيارات لاختلاف أحكامها متعدّده، بخلاف الإجازة.

والحاصل: أنّ الإجازة وإن قيل بأنها من الحقوق، إلاّ- أنها كحقّ القسم للزوجه غير قابله للإرث، وفيه ما لا يخفى فإنّ الورثة لا يمكن لكل منهم إجازة بيع الفضولي الواقع على المال إلاّ- بالإضافة إلى حصته من المال، فإنه غير مالك لتمام المال، بخلاف الإجازة الموروثه فإنها حق واحد ثابت لطبيعي الورثة أو لمجموعهم، حيث كان لمورثهم حق واحد ولا تتبعض على كلّ تقدير.

[١] المراد من ضمان الثمن ضمان تسليمه فإنه على عهده المشتري، فلا يجب عليه بعد إجازة القبض أخذ ذلك الثمن من البائع الفضولي ودفعه إلى المجيز، وذلك فإنّ تسليم الثمن إلى المجيز حق للمجيز على المشتري فيجوز له رفع يده عن حقه

حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع، فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع. لكن ما ذكرنا إنما يصح في قبض الثمن المعين. و أمّا قبض الكلي وتشخصه به فوقعه من الفضولي على وجه تصحّحه الإجازة يحتاج إلى دليل معمم [١] لحكم عقد الفضولي لمثل القبض والإقباض، وإتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبه.

وعن المختلف: أنه حكى عن الشيخ رحمه الله: أنه لو أجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالثمن. ثمّ ضعّفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض.

الشرح:

بإجازته القبض المزبور، ومرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع بيد المشتري برضاه.

وبتعبير آخر: إجازة الإقباض إظهار للرضا بحصول المبيع في يد المشتري وأنه لا يكون بين المبيع والمشتري أيّ مانع، فيترتب على حصوله بيده ما يترتب على القبض الصحيح، كعدم جواز استرداده ليتسلّم الثمن، وأن تلفه في يد المشتري بعد ذلك لا يكون من تلف المبيع قبل القبض.

[١] يعني: إذا كان الثمن في العقد فضولاً. كلياً على عهده المشتري وفرض قبض البائع الفضولي ذلك الكلي ففي نفوذ إجازة المالك بالإضافة إلى القبض المزبور إشكال، ووجهه أنّ المدفوع إلى البائع فضولاً كان بعنوان الوفاء (بما) على الذمه لا بعنوان مبادله ما على ذمته بالمدفوع ليكون الدفع معاملة أخرى قابله للحقوق الإجازة بها، والكلي على العهده إنما يتعين في المدفوع فيما أخذه المستحق مباشرة أو تسيباً، كما في موارد ولاية القابض أو وكالته، والمفروض في المقام عدم ولاية القابض أو وكالته عن المالك المجيز.

أقول: إجازة القبض في الحقيقة إذن للبائع فضولاً. في الإمساك بما دفع إليه ثمناً أو وفاءً بالثمن فيكون إمساكه بقاءً من قبض المستحق، ولا يعتبر في القبض الموجب لتعين الثمن بالمدفوع كون القبض بحدوثه من قبض المستحق، ألا ترى أنه لو كان لزيد

وعلى أى حال فلو كان إجازته العقد دون القبض لغواً كما فى الصّرف والسّلم بعد قبض الفضولى والتفرّق كان إجازته العقد إجازةً للقبض: صوتاً للإجازة عن اللغويه. ولو قال: أجزت العقد دون القبض، ففى بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان[١]

الشرح:

عنده ألف دينار أمانه وباع متاعاً من زيد بألف دينار بذمته وقال للبائع: الألف الذى لى عندك خذه بحساب الثمن، فإنه لا ينبغى الريب فى تمام القبض بذلك.

والحاصل: أنّ إجازته القبض فى الحقيقة توكيل، فىكون البائع الفضولى مأذوناً فى استيفاء الثمن والإمساك به، وهذا بخلاف ما إذا كان الأثر مترتباً على الفعل الحدوثى فإنه لا يفيد فيه الإجازة اللاحقه، مثلاً: للحاج ذبح هديه بالاستنابه كما إذا أمر الآخر بذبحه، وأما إذا ذبح الآخر هديه بتخيل أنه هدى نفسه أو عدواناً أو بقصد النياه عن مالكة فلا يجدى إجازته المالك فى إسقاط وجوب الهدى عن نفسه.

ثم إنّ إجازته القبض التى فى الحقيقة توكيل تكون كسائر العقود الإذنيه فى عدم تعقّل الكشف فيها، حيث إنّ الإذن لا يحصل إلّا حال الإجازة، وإذا تحققت الإجازة يحكم بتمام عقد الفضولى فيما إذا كان القبض شرطاً فى صحه ذلك العقد، كما فى الهبه فإنها تدخل العين الموهوبه فى ملك الموهوب له المجيز من حين إجازته القبض. أو كان القبض الخاص شرطاً، كما فى بيع الصرف والسّلم، فإن مع رضا المالك المجيز يكون الثمن فى يد البائع فضولاً. يحصل القبض فى مجلس انتساب البيع إلى المجيز، هذا مع بقاء المعوّض والعوض إلى زمان إجازته البيع وإجازته القبض، وأما مع تخلّل تلفهما أو تلف أحدهما قبلها فيدخل المقام فى المسأله المتقدّمه من تلف أحد العوضين أو كلاهما قبل الإجازة كما لا يخفى.

[١] هذا استشهاد لما ذكره فى أول التنبيه من أنّ إجازته العقد لا تكون إجازته للقبض والإقباض.

السادس: الإجازة ليست على الفور [١] للعمومات ولصحيحه محمد بن قيس وأكثر المؤيّدات المذكورة بعدها. ولو لم يجز المالك، ولم يردّ حتى لزم تضرّر

الشرح:

لا يقال: كيف لا تكون إجارته إجازة لإقباض المبيع مع فرض حصوله بيد المشتري، وتملكه إياه بالإجازة.

فإنه يقال: يجوز للمالك المجيز مع إجارته البيع أخذ المبيع من يد المشتري؛ ليتسلم منه الثمن، وبإجازته الإقباض يسقط هذا الحق.

[١] يتعين في الفرض الحكم ببطلان البيع، فإنه لا مجال لصون إجارته عن اللغويه أو حملها على الإجازة النافذة مع تصريحه بخلافها وعدم اعترافه إلا بالبيع الفاسد والبيع اللغو، وقد ظهر ممّا ذكرنا إلى هنا أنه إذا وقع التقابض في بيع الصرف بين الأصيل والفضولي في إجازة المالك البيع والقبض يتم البيع، وكذا في قبض الثمن في بيع السلم.

لا يقال: كيف يعتبر التقابض في مجلس البيع مع عدم اقتضاء الإجازة حصوله في ذلك المجلس.

فإنه يقال: المراد من التقابض في ذلك المجلس عدم تأخره إلى ما بعد مجلس العقد لا حدوثه فيه، ولو كان مال كلّ من المتبايعين عند الآخر من قبل وقال أحدهما للآخر في مجلس آخر: «بعت ما عندك بما عندي»، وقال الآخر: «قبلت»، يتم بيع الصرف.

لا- يعتبر في تمام العقد بالإجازة وقوعها في أول أزمته الإمكان، بل في أيّ زمان فرض حصولها يكون العقد داخلاً في أدلّه الإمضاء ووجوب الوفاء بالعقود، وهذا هو المراد من اقتضاء العمومات عدم الفوريه.

وأما صحيحه محمد بن قيس (١) فدلالته على عدم الفوريه باعتبار أنّ مقتضى

ص: ٤٥٠

الأصيل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه و إليه على القول بالكشف فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك [١] على أحد الأمرين.

الشرح:

نفوذ الإجازة فيها بعد امتناع المالك عنها، وإلحاق المشتري وإلجائه إلى على عليه السلام وتعليمه طريق الوصول إلى إجازة المالك كما لا يخفى.

وأما المؤيّدات المذكورة بعد الصحيحه فمقتضى إطلاقها نفوذ الإجازة حتّى مع لحوقها بالعقد فى آخر أزمته إمكانها، فإن ما ورد فى المضاربه والاتجار بمال اليتيم مطلق لم يستفصل فيهما عن رضا مالك رأس المال أو ولى الطفل بتجاره العامل أو المتصرف فى مال الطفل بمجرد اطلاعها أو بعده كما لا يخفى.

[١] قد مرّ آنفاً أنّ الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد التام والبيع قبل انتسابه إلى كلا الطرفين لا يكون عقداً، حيث إنه عهد مشدود، وعليه فلا يجب على الأصيل قبل إجازة المالك شىء؛ ليجبر ضرر تأخير المالك فى ردّه وإجازته بخيار أو جواز إجبار المالك على الإجازة أو الردّ، بل لا مجال للخيار أو الإجبار على تقدير لزوم العقد على الأصيل فيما إذا كان مقدماً على المعامله الفضوليه. وفى فرض عدم إقدامه، كما إذا كان جاهلاً- بكون البائع فضولياً يرتفع لزوم العقد عليه؛ لكونه ضرورياً فيجوز له التصرف فيما انتقل عنه، ومعه يخرج عقد الفضولى عن قابليه لحوق الإجازة به؛ لأنّ مع التصرف يتلف أحد العوضين، وهو مخرج للعقد عن قابليه لحوقه على النقل والكشف الحكمى كما تقدم.

والحاصل: أنّ حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه لم تكن لخروجه عن ملكه على النقل والكشف الحكمى، بل باعتبار أنها مقتضى لزوم العقد عليه وإذا انتفى اللزوم جازت تصرفاته، بل إلغاؤه البيع كما لا يخفى.

ص: ٤٥١

- الأُمور المعتبره فى إنشاء البيع ٥٠٠ ٥
- فى أن العقود أسباب توقيفيه ١٤٠٠٠ ١٤
- الأُمور المعتبره فى إنشاء البيع ٢٠٠٠٠ ٢٠
- فى تقديم الايجاب على القبول ٢٥٠٠٠ ٢٥
- الموالاه بين ايجاب العقد وقبوله ٣٧٠٠٠ ٣٧
- اعتبار التنجيز فى العقد ٤١٠٠٠ ٤١
- التعليق فى العقود ٤٥٠٠٠ ٤٥
- اعتبار التطابق بين إيجاب العقد وقبوله ٥٥٠٠٠ ٥٥
- الشرائط المعتبره فى المتعاقدين ٥٩٠٠٠ ٥٩
- اختلاف المتعاقدين فى شروط الصيغه ٦٣٠٠٠ ٦٣
- تبعيض العقد فى الصحه والفساد ٦٥٠٠٠ ٦٥
- العقد عند اختلاف المتعاقدين ٦٨٠٠٠ ٦٨
- ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ٦٩٠٠٠ ٦٩
- قاعده ما يضمن بصحيحه ٧٣٠٠٠ ٧٣
- المدرك للضمان ٨١٠٠٠ ٨١
- لا فرق فى الضمان بين جهل الدافع بالفساد وعلمه به ٨٧٠٠٠ ٨٧
- ضمان العين فى الإجاره الفاسده ٨٨٠٠٠ ٨٨
- ما يمكن به نقض القاعده ٩١٠٠٠ ٩١
- عدم ضمان الأمين ٩٦٠٠٠ ٩٦

وجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد... ٩٧

ص: ٤٥٣

ضمان المنافع في المقبوض بالعقد الفاسد ... ١٠٠

الضمان بالمثل أو قيمه ... ١١٠

في المثلى والقيمي ... ١١٣

ما هو الاصل فيما يشك في كونه مثلياً أو قيمياً ... ١١٨

ضمان المثلي بالمثل ... ١٢١

الضمان في المثلي والقيمي ... ١٢٤

إذا لم يوجد المثل إلاً باكثر من ثمن المثل ... ١٢٥

جواز المطالبه في بلد التلف وغيره ... ١٢٨

تعذر المثل في المثلي ... ١٢٨

ضمان القيمي بالقيمه ... ١٤٥

صحيحه أبي ولّاد ... ١٥٢

محلّ الاستشهاد في صحيحه أبي ولّاد ... ١٥٣

تعيين القيمه ... ١٥٨

بدل الحيلولة ... ١٦٨

حكم معامله الصبي ... ١٨٨

عمد الصبي وخطؤه سيان ... ١٩٥

حكم معامله الصبي ... ٢٠٠

في اعتبار قصد مدلول العقد ... ٢٠٩

في اعتبار تعيين من له البيع ... ٢١٣

في تعيين من يكون له البيع والشراء ... ٢١٥

الاختيار والإكراه ... ٢٢٢

اعتبار الاختيار وعدم الإكراه فى المعاملات ... ٢٢٧

بيع المكره ... ٢٣٠

المعتبر فى صدق الإكراه ... ٢٣٤

عدم اعتبار العجز عن التوريه ... ٢٣٥

ص: ٤٥٤

الإكراه والتمكن على التوريه ٢٣٨

الإكراه وإمكان التخلّص عن ضرره ٢٤٣

الإكراه على أحد الفعلين ٢٤٧

إكراه أحد الشخصين على فعل واحد ٢٥٣

صور تعلق الإكراه ٢٥٤

الإكراه على بيع عبد من عبيدين ٢٥٧

الإكراه على الطلاق ٢٦١

لحوق الاجازه بعقد المكره ٢٦٥

الرضا المتأخر ناقل أو كاشف ٢٧٦

هل يكفي في صحه بيع المكره لحوق رضاه به باطناً أو لا؟ ٢٧٩

بيع الفضولى ٢٨٣

عدم خروج العقد عن الفضوليه بالرضا الباطنى ٢٨٥

المناقشه فى الاستدلال بقضيه عروه البارقى ٢٩٢

الاستدلال بصحيحه محمد بن قيس ٢٩٥

المناقشه فى الاستدلال بصحيحه محمد بن قيس ٢٩٨

المناقشه فى الاستدلال بفحوى صحّه نكاح الفضولى ٣٠٠

الاستدلال لصحه بيع الفضولى بما ورد فى المضاربه ٣٠٥

ما ورد فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم ٣١٢

التأييد بروايه ابن أشيم لصحه بيع الفضولى ٣١٦

التأييد بصحيحه الحلبي لصحه بيع الفضولى ٣١٨

موثقه عبدالله ... ٣٢٠

الاستدلال باخبار تحليل الخمس ... ٣٢٢

المناقشه فى الاستدلال بآيه التجاره عن تراض ... ٣٢٧

الاستدلال بالروايات لبطلان بيع الفضولى ... ٣٣٠

المناقشه فى الاستدلال بالروايات ... ٣٣٢

ص: ٤٥٥

المناقشه فى دليل العقل ... ٣٣٨

كلام المحقق النائىنى قدس سره ... ٣٤١

الوجه المنسوب إلى السيد بحر العلوم ... ٣٤٣

بيع الفضولى مع سبق المنع عنه ... ٣٤٤

بيع الفضولى لنفسه ... ٣٤٧

جريان الفضولى فى بيع الكلى ... ٣٧٠

جريان الفضولى فى المعاطاه ... ٣٨٠

إنّ المعاطاه منوطه بالتراضى وقصد الإباحه أو التملك ... ٣٨٢

الإشكال على جريان الفضولى فى المعاطاه بناءً على الاباحه ... ٣٨٣

الإجازة وحكمها ... ٣٨٦

اعتبار الإجازة بنحو الكشف أو النقل ... ٣٩٨

ثمره على الكشف الحقيقى ... ٤٠٩

ثمره بين الكشف الحقيقى والحكمى ... ٤١٠

ثمره بين الكشف والنقل ... ٤١٥

النذر المشروط وحكمه ... ٤٢٨

ثمرات ذكرها كاشف الغطاء وما يرد عليها ... ٤٣٠

ثمره بين الكشف والنقل ... ٤٣٤

فى الإجازة ... ٤٣٨

حكم الإجازة المسبوقه بالرد ... ٤٤٣

الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك على ماله ... ٤٤٦

إجازة البيع ليست إجازة للقبض ... ٤٤٧

الإجازة ليست فوريه ... ٤٥٠

ص: ٤٥٦

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 الإخصائيين 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