

اَشْيَاءُ الطَّالِبِ

فِي شَرَحِ الْمَكَايِبِ

كِتَابُ الْبَيْتِ

الْجُزْءُ الثَّالِثُ

تَأْلِيفُ

سَيِّدِ احْتِرَاقِ الدُّعَا الْعُظْمَى
السَّيِّدِ الْبَيْتِ زَيْدِ الْبَيْتِ زَيْدِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الموسم النبوي الشريف في القرن الثاني عشر

إرشاد الطالب

في شرح المكاسب

كتاب البيع

الجزء الثالث

المؤسسة الفقهية للميزان للتبليغ

إرشاد الطالب

في شرح المكاسب

كتاب البَيْع



المجلد الثالث



تأليف

سميحة آيت الله العظمى
الشيخ الميرزا جواد الدين بن علي
(قدس)

سرشناسه :	نبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.
عنوان فراردا دی :	المکاسب، شرح
عنوان و نام پدیدآور :	ارشاد الطالب فی شرح المکاسب/ تالیف جواد تبریزی.
وضعیت ویراست :	ویراست ۲.
مشخصات نشر :	قم: دارالتفسیر، ۱۴۳۳ ق. = ۲۰۱۱ م. = ۱۳۹۰ -
مشخصات ظاهری :	ج. ۷
شابک :	دوره : 7-289-964-535-978 : ج. 7-292-964-535-978
وضعیت فهرست نویسی :	فبا
یادداشت :	عربی.
یادداشت :	کتابنامه.
مندرجات :	ج. ۱. کتاب المکاسب المحرمه
موضوع :	انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۸۱-۱۳۱۴ ق. المکاسب -- نقد و تفسیر
موضوع :	معاملات (فقه)
شناسه افزوده :	انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۳۱۴-۱۳۸۱ ق. المکاسب
رده بندی کنگره :	۱۲۹۰ ۷۰۲۱۲۸م۸/۱۹۰/۱BP
رده بندی دیویی :	۳۹۷/۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی :	۲۴۵۷۵۵۹



منشورات دارالتفسیر

ارشاد الطالب

فی شرح المکاسب / ۳

آية الله العظمى الميرزا جواد التبریزی (قَدِّسَ)

الطبعة : الاولى / ۱۳۹۰ هـ. ش = ۱۴۳۲ هـ. ق

المطبعة : نغین

ردمک الدورة : ۷-۲۸۹-۵۳۵-۹۶۴-۹۷۸

ردمک ج/ ۳ : ۷-۲۹۲-۵۳۵-۹۶۴-۹۷۸

عدد المطبوع : ۱۰۰۰ نسخه

قم - خیابان معلم - میدان روح ا... - تلفن: ۷۷۴۴۲۱۲ - تلفاکس: ۷۷۴۱۶۲۱

مقدمة

في خصوص ألفاظ عقد البيع

قد عرفت أنَّ اعتبار اللفظ في البيع - بل في جميع العقود - ممَّا نقل عليه الإجماع وتحقَّق فيه الشَّهرة العظيمة مع الإشارة إليه في بعض النُّصوص [١] لكنَّ هذا يختصُّ بصورة القدرة. أمَّا مع المعجز عنه كالآخرس فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الإشارة مقامه، وكذا مع

[١] المراد الروايات المتقدمة في المعاطاة التي ذكر ﷺ أن فيها ظهوراً وإشعاراً إلى اعتبار اللفظ في البيع اللازم كرواية: «إنما يحلُّ الكلام ويحرَّم الكلام»^(١).
أقول: لازم ما ذكر ﷺ في هذا الأمر من عدم جريان حكم المعاطاة على المعاملة المنشأة باللفظ غير المعتبر مع ما سيأتي منه ﷺ من اعتبار اللفظ في البيع اللازم وعدم كفاية الكتابة مع التمكن على التلفظ، أن يحكم بالفساد فيما إذا كان إنشاء البيع بالكتابة مع التمكن على التلفظ بأن لا يجري عليه حكم المعاطاة أيضاً، ولا أظن إمكان الالتزام ببطلان المعاملات الدارجة بين العقلاء من المشرعة وغيرهم التي يكون إنشاؤها بالكتابة.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

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

[١] يعني الاشتراط مقتضى استصحاب بقاء الملك بحاله وعدم حدوث الانتقال، ولكن لا يخفى أن هذا الأصل لا تصل النوبة إليه في مقابل إطلاق أدلة المعاملات وعموماتها، فإن اعتبار اللفظ فيها على تقديره شرط زائد على أصل حصول عناوينها فيكون مع الشك في الاعتبار مقتضى الإطلاق أو العموم عدمه، كما مر تفصيل ذلك في بحث المعاطاة وذكرنا عدم الفرق في صحة هذا التمسك في موارد الشك بين القول بإفادة المعاطاة الملك أو الإباحة، فعلى كلا التقديرين يكون القدر المتيقن من التخصيص أو التقييد صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ، وأما مع عدمها فلا تخصيص ولا تقييد.

فما يظهر من كلام المصنف رحمته الله من أن الأخذ بالعموم أو الإطلاق موقوف على القول بإفادة المعاطاة الملك لا يمكن المساعدة عليه.

لا يقال: ما وجه افتراق المقام عن موارد دوران الأمر بين الأقل والأكثر الارتباطيين، حيث إن المقرر هناك جريان البراءة عن كون الشيء شرطاً أو جزءاً أو مانعاً وتكون باعتبار كونها معينة لم تتعلق الأمر حاكمية على استصحاب الوجوب، وفي المقام تكون أصالة عدم في ناحية اعتبار اللفظ مثلاً في حلية البيع ووجوب الوفاء به معينة لكون الموضوع لهما ذات البيع.

وبالجملة: لا فرق في جريان البراءة بين مورد الحكم التكليفي والوضعي، يكون جريانها في ناحية عدم القيدية معينة لموضوع الحكم الوضعي ومع تعينه لا يبقى مجال لاستصحاب الحكم، يعني عدم حدوث الأثر.

فإنه يقال: لا تجري البراءة في نفي الشرط أو القيد للموضوع أو المتعلق، إلا فيما

في طلاق الآخرس [١] فإنَّ حملهُ على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على

إذا كان الحكم المجعول واحداً ودار الأمر بين تعلقه بذات المطلق أو به مقيداً بقيد كما في مسألة دوران الأمر بين الأقل والأكثر الارتباطيين، وأما إذا كان الحكم انحلالياً كما في المقام فلامورد للبراءة عن القيد، لأن ثبوت الحكم للأفراد الواحدة للقيد محرز والشك في ثبوت حكم آخر للفرد الفاقد، ومقتضى الأصل عدم جعل ذلك الحكم له كما لا يخفى.

وذكر السيد الخوئي رحمته الله أن عدم الرجوع إلى البراءة باعتبار أنَّ الشرطية أو المانعية غير أخذ الشيء الوجودي أو العدمي في متعلق الأمر أو موضوع الحكم وليس أخذ الشيء الوجودي أو العدمي في نفسه تكليفاً لتجري البراءة عنه، وما يكون في موارد الأقل والأكثر الارتباطيين مجرى البراءة هو الوجوب المتعلق بالأكثر ولا يعارض بالوجوب المتعلق بالأقل، حيث إنَّ أصالة البراءة لا تعم مورداً لا يكون جريانها فيه امتناناً وجريانها في ناحية الأقل خلاف التوسعة ولا يكون في رفعه امتنان، ومن الظاهر أنه لا تكليف في المقام، بل ثبوت الأثر للمعاطاة الفاقدة للشرط المحتمل غير محرز والأصل عدمه.

أقول: ليس لنا سبيل إلى أنَّ مجرى البراءة لا بد من أن يكون تكليفاً، بل كل ما يكون قابلاً للرفع والوضع فالبراءة ترفعه وأخذ الشيء في متعلق التكليف فيه كلفة زائدة، حيث يترتب عليه حكم العقل بلزوم رعايته في المأتي به فأصالة البراءة تجري في ناحيته ولو مع عدم كونه تكليفاً، والصحيح في توجيه أصالة الفساد في المعاملة ما ذكرنا، فتأمل.

[١] وتقديره أنَّ الطلاق يعتبر في إنشائه الصيغة الخاصة فلا يكفي فيه مطلق اللفظ، فضلاً عن غير اللفظ ومع ذلك قد ورد أن طلاق الآخرس يكون بالإشارة

الفرد النادر، مع أَنَّ الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب.

ثم لو قلنا: بأنَّ الأصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بإفادتها الملكية، فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ. والظاهر أيضاً: كفاية الكتابة مع المعجز عن الإشارة، لفحوى ما ورد من النص على جوازها في الطلاق، مع أَنَّ الظاهر عدم الخلاف فيه.

وأما مع القدرة على الإشارة فقد رجَّح بعض الإشارة.

ولعلَّه لأنَّها أصرح في الإنشاء من الكتابة.

وفي بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس، وإليه ذهب الحلبي رحمته الله هناك.

ثمَّ الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ: تارة يقع في مواد الألفاظ من حيث إفادة المعنى بالصراحة والظهور والحقيقة والمجاز والكناية، ومن حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة. وأخرى في هيئة كل من الإيجاب والقبول، من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية، وكونه بالماضي. وثالثة في هيئة تركيب الإيجاب والقبول من حيث الترتيب والموالاة.

أما الكلام من حيث المادة، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنائيات. قال في التذكرة: الرابع من شروط الصيغة: التصريح، فلا يقع بالكناية بيع البتة، مثل قوله: أدخلته في ملكك، أو جعلته لك، أو خذه مني بكذا، أو سلطتك عليه بكذا، عملاً بأصالة بقاء الملك، ولأنَّ المخاطب لا يدري بمَ خطوب، انتهى.

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

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

وربما يدل هذا باشتراط الحقيقة في الصيغة، فلا ينعقد بالمجازات، حتى صرح بعضهم: بعدم الفرق بين المجاز القريب والبعيد.

والمراد بالصريح، - كما يظهر [١] من جماعة من الخاصة والعامة في باب الطلاق، وغيره -: ما كان موضوعاً لعنوان ذلك العقد لغة أو شرعاً، ومن الكناية: ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع، فيفيد إرادة نفسه بالقرائن، وهي على قسمين عندهم: جليلة وخفية. والذي يظهر من التصوص المتفرقة في أبواب العقود اللازمة والفتاوى المتعرضة لصيغها في البيع بقول مطلق وفي بعض أنواعه وفي غير البيع من العقود اللازمة، 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 جماعة من متأخري المتأخرين.

أقول: لا يمكن استفادة عدم لزوم التوكيل في مطلق غير التمكن على مباشرة اللفظ من رواية طلاق الأخرس، بل غاية الأمر أن يقال بجواز إشارة الأخرس في سائر العقود والإيقاعات أيضاً إلحاقاً لها بالطلاق بالفحوى، وأما إذا كان عدم التمكن لعدم المعرفة باللغة العربية - مثلاً - فلا يمكن القول بجواز طلاق غير العارف بغير الصيغة المخصوصة ليتعدى منه إلى سائر العقود والإيقاعات، بل اللازم التوكيل أخذاً بما دل على أن الطلاق لا يكون إلا بالصيغة الخاصة.

[١] وخلاصة ما ذكره الله أن المراد بالصريح: التعبير عن المعاملة بلفظ يكون ذلك اللفظ موضوعاً لتلك المعاملة لغة وشرعاً، كما أن المراد بالكناية اللفظ الموضوع لمعنى يكون ذلك المعنى لازماً لتلك المعاملة فتكون دلالة على اللازم بالوضع وعلى

وحكي عن جماعة ممن تقدّمهم كالمحقّق على ما حكي عن تلميذه كاشف الرّموز، أنّه حكي عن شيخه المحقّق -: أنّ عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص، وأنّه اختاره أيضاً.

وحكي عن الشهيد عليه السلام في حواشيه: أنّه جوّز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه، مثل: «سلمت إليك»، و«عاضُتُك» وحكاه في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين. بل هو ظاهر العلامة عليه السلام في التحرير، حيث قال: إنّ الإيجاب اللفظ الدالّ على النّقل، مثل: «بعتك» أو «ملكتك»، أو ما يقوم مقامهما. ونحوه المحكي عن التبصرة والإرشاد وشرحه لفخر الإسلام. فإذا كان الإيجاب هو اللفظ الدالّ على النّقل، فكيف لا ينعقد بمثل «نقلته إلى ملكك»، أو «جعلته ملكاً لك بكذا»؟! بل ربما يدعى: أنّه ظاهر كلّ من أطلق اعتبار الإيجاب والقبول فيه من دون ذكر لفظ خاصّ، كالشيخ وأتباعه، فتأمّل. وقد حكي عن الأكثر: تجويز البيع حالاً بلفظ السّلم. وصرّح جماعة أيضاً في بيع «التولية»: بانهقاده بقوله: «وليتك العقد» أو «وليتك السّلع»، والتّشريك في المبيع بلفظ: «شركتك».

الملزم، أي تلك المعاملة بالقرينة، كانت تلك القرينة جلية أو خفية، والقول باعتبار الصراحة بهذا المعنى في العقود اللازمة، وعدم كفاية الكناية سواء كانت القرينة جلية أو خفية فلا تساعد عليه الروايات المتفرقة في أبواب العقود وكلمات الأصحاب النّاطرة إلى بيان صيغ مطلق البيع أو بعض أفراده كبيع السلم وصيغ سائر العقود، فإن مقتضاها الاكتفاء في الإنشاء بكلّ لفظ يكون ظاهرّاً في المعاملة المقصودة، سواء كان ظهوره فيها بالوضع أو بالقرينة.

وقد اختار ذلك جماعة من المتأخّرين وحكوه عن جماعة أخرى، وبما أنّ ملاحظة كلمات الفقهاء في أبواب العقود تقتضي بعدم اعتبار الصراحة بالمعنى

وعن المسالك - في مسألة تقبل أحد الشريكين في النخل حصّة صاحبه بشيء معلوم من الثمرة -: أنّ ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التّقييل، مع أنّه لا يخرج عن البيع أو الصّحّ أو معاملة ثالثة لازمة عند جماعة. هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع.

وأما في غيره، فظاهر جماعة في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاصّ، فجوّزوه بقوله: «تصرّف فيه - أو انتفع به - وعليك ردّ عوضه»، أو «خذه بمثله»، و«أسلفتك»، وغير ذلك ممّا عدّوا مثله في البيع من الكنايات، مع أنّ القرض من العقود اللّازمة على حسب لزوم البيع والإجارة. وحكي عن جماعة في الزّهن: أنّ إيجابه يؤدّي بكلّ لفظ يدلّ عليه، مثل قوله: «هذه وثيقة عندك»، وعن الدّروس تجويزه بقوله: «خذه»، أو «أمسكه بمالك». وحكي عن غير واحد: تجويز إيجاب الضّمان الذي هو من العقود اللّازمة بلفظ «تعهدت المال» و«تقلّدته»، وشبه ذلك. وقد ذكر المحقّق وجماعة ممّن تأخّر عنه: جواز الإجارة بلفظ العارية، معلّين بتحقيق القصد. وتردّد جماعة في انعقاد الإجارة بلفظ بيع المنفعة.

وقد ذكر جماعة: جواز المزارعة بكلّ لفظ يدلّ على تسليم الأرض للمزارعة، وعن مجمع البرهان - كما في غيره -: أنّه لا خلاف في جوازها بكلّ لفظ يدلّ على المطلوب، مع كونه ماضياً، وعن المشهور: جوازها بلفظ «أزرع».

المتقدم، ومع ذلك اشتهر عنهم بعدم العبرة في المعاملات بالمجازات فقد جمع المحقّق الثاني بين الأمرين بحمل المنع على المجازات البعيدة.

ثم ذكر الله أن الأحسن من هذا الجمع حمل المنع على ما إذا لم تكن القرينة الدالة على المقصود أو تعيينه لفظاً، فإن مع عدم القرينة اللفظية تخرج المعاملة عن كون إنشائها والدلالة عليها باللفظ.

وقد جَوَز جماعة: الوقف بلفظ: «حَرَمْتُ» و«تَصَدَّقْتُ» مع القرينة الدالة على إرادة الوقف، مثل: «أن لا يباع ولا يورث»، مع عدم الخلاف -كما عن غير واحد- على أنهما من الكنايات [١].

و جَوَز جماعة: وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع أنه ليس صريحاً فيه. ومع هذه الكلمات، كيف يجوز أن يسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، وأنه لا يجوز بالألفاظ المجازية؟! خصوصاً مع تعميمها للقريبة والبعيدة كما تقدّم عن بعض المحققين. ولعلّه لما عرفت من تنافي ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازية في العقود اللازمة، مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في أكثرها بالألفاظ الغير الموضوعة لذلك العقد، جمع المحقّق الثاني -على ما حكى عنه في باب السلم والنكاح- بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة، وهو جمع حسن، ولعلّ الأحسن منه: أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة اللفظيّة الوضعيّة، سواء كان اللفظ الدالّ على إنشاء العقد موضوعاً له بنفسه أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينة لفظ موضوع آخر، ليرجع الإفادة بالأخرة إلى الوضع، إذ لا يعقل الفرق في الوضوح -الذي هو مناط الصراحة- بين إفادة لفظٍ للمطلب بحكم الوضع، أو إفادته له بضميمة لفظٍ آخر يدلّ بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللفظ.

وهذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد، فإنّ الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين -وإن كان من المجازات القريبة جدّاً- رجوع عمّا بني عليه من عدم العبارة بغير الأقوال في إنشاء

[١] أي لا يباع ولا يوهب من الكنايات بالإضافة إلى الوقف فإن من لوازم الوقف، -يعني أحكامه- عدم جواز بيعه وهبته، فيكون ذكرهما وإرادة الوقف من الكناية.

المقاصد، ولذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة ولو مع سبق مقال أو افتران حال تدل على إرادة البيع جزماً. ومما ذكرنا يظهر الإشكال في الاختصار على المشترك اللفظي اتكالاً على القرينة الحالية المعينة، وكذا المشترك المعنوي.

ويمكن أن ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم في عبارة التذكرة بقوله ﷻ: «لأن المخاطب لا يدري بمَ خوطب»، إذ ليس المراد: أن المخاطب لا يفهم منها المطلوب ولو بالقرائن الخارجية، بل المراد أن الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزوم - لأن اللازم الأعم، كما هو الغالب بل المطرد في الكنايات، لا يدل على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد المجامع مع الملزوم الخاص - فالخطاب في نفسه محتمل، لا يدري المخاطب بمَ خوطب، وإنما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم.

والمفروض - على ما تقرّر في مسألة المعاطاة - أن النية 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 ذكرناه من أمثلة الكناية، ثم إنه ربّما

[١] أي حمل المنع في كلماتهم على ما إذا لم تكن القرينة لفظية لا يمكن في جميع كلمات الأصحاب، فإن العلامة ذكر في التذكرة^(١) عدم جواز البيع بمثل قوله: «أدخلته في ملك فلان بكذا»، مع أن كل ذلك من تملك العين بعوض، والدلالة عليه تكون باللفظ فإن قوله: «جعلته لك»، دال على التملك وذكر العوض بقوله: بكذا، دال على كون التملك بعنوان المعاوضة بين المالكين، فتم الدال اللفظي على البيع.

أقول: بل الجمع المزبور في نفسه غير صحيح فإن رعاية القرينة الحالية مثلاً في الدلالة، لا تخرج الدلالة على المعاملة وإنشائها عن كونها باللفظ، فلاحظ مثلاً من رأى

يَدْعَى: أَنَّ العقود المؤثرة في النقل والانتقال أسباب شرعية توقيفية [١] - كما حكى عن الإيضاح - من أن كل عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة بالاستقراء، فلا بد من الاختصار على المتيقن.

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

بطلاً شجاعاً في الحمام وذكر عند خروجه أن في الحمام أسداً، فإنه يصح القول بأنه أخبر عن وجود بطل في الحمام، والزائد على هذه الدلالة اللفظية غير معتبر في إنشاء العقود، حيث إن مع القرينة المزبورة يكون إنشاء الملك واعتباره بالتلفظ، بخلاف المعاوضة التي تكون باعتبار الملك وإنشاؤه بالفعل.

نعم لا يكفي ذلك في مثل الطلاق لاعتبار الصيغة الخاصة فيه، لا لكون القرينة حالية، بل لو كانت مقالية أيضاً لا تكفي.

والحاصل: أن غاية ما يمكن الالتزام به هو اعتبار إنشاء المعاملة في العقود اللازمة باللفظ وكون اللفظ المزبور دالاً على تلك المعاملة بوجه معتبر، بحيث يكون له ظهور عرفي، سواء كان بطور الحقيقة أو المجاز والكناية وكانت القرينة حالية أو مقالية، وذلك للزوم الأخذ بالإطلاق أو العموم في أدلة العقود في غير مورد اليقين بالتخصيص والتقييد، وهو ما إذا خلت المعاملة عن اللفظ رأساً، بأن كان إنشاؤها بالفعل أو نحوه.

[١] وملخص ما ذكر أنه لا ينبغي الريب في عدم جعل الشارع سبباً خاصاً لكل معاملة يراد بها النقل والانتقال كالبيع والإجارة، ليكون الحكم بكون الشيء سبباً لهما محتاجاً إلى ورود خطاب الشرع عليه.

نعم لابد من رعاية تعبير الشارع عن المعاملة بلفظ خاص أو ألفاظ مخصوصة، بأن ينشأ تلك المعاملة بذلك اللفظ أو بتلك الألفاظ أو ما يرادفها لغة أو عرفاً، فإن تعبير

وأما ما ذكره الفخر^١، فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغة شرعاً، هي: اشتمالها على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به في كلام الشارع، فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل والمرأة معبراً عنها في كلام الشارع بالنكاح، أو الزوجية، أو المتعة، فلا بد من اشتمال عقدها على هذه العناوين، فلا يجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك، وهكذا الكلام في العقود المنشأة للمقاصد الأخر كالبيع والإجارة ونحوهما. فخصوصية اللفظ من حيث اعتبار اشتمالها على هذه العنوانات الدائرة في لسان الشارع، أو ما يرادفها لغة أو عرفاً، لأنها بهذه العنوانات موارد للأحكام الشرعية التي لا تحصى.

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

الشارع عنها بتلك الألفاظ مقتضاه ترتب الآثار على المدلول المنشأ بها، وإذا كان الإنشاء بغير تلك الألفاظ وغير مرادفها وقصد المعنى الآخر كلفظ الهبة، بأن يكون قصد المرأة منها في قولها للرجل: وهبتك نفسي، معنى التسليط مجاناً، فيحكم بالفساد باعتبار أنه لم يتحقق إنشاء النكاح الذي رتب الشرع عليه الآثار، وإن لم يقصد باللفظ الآخر إلا العنوان المقصود في الألفاظ الواردة في خطاب الشرع ففساده باعتبار دخول الفرض في الكناية التي لا اعتبار بها؛ لخروجها عن الدلالة اللفظية.

أقول: يلحق بدعوى أن العقود المؤثرة في النقل والانتقال أسباب شرعية توقيفية، الالتزام برعاية التعبير عنها بالألفاظ الواردة في خطاب الشرع أو بمرادفاتها من سائر اللغات، وذلك فإن اللازم أن يكون الكلام المستعمل دالاً على العنوان المترتب عليه الأثر، سواء كانت دلالاته عليه بنحو تعدد الدال والمدلول أو المجاز والكناية. وإذا قالت المرأة للرجل: «وهبتك نفسي وجعلتها لك بمنزلة حواء من آدم»،

المرأة إلا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدة للاستمتاع - لم يترتب عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجية الدائمة أو المنقطعة. وإن كان بقصد هذه العناوين دخلت في الكناية التي عرفت أن تجويزها رجوع إلى عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال. فما ذكره الفخر^{رحمته} مؤيد لما ذكرناه واستفدناه من كلام والده^{رحمته}. وإليه يشير - أيضاً - ما عن جامع المقاصد: من أن العقود متلقاة من الشارع، فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه.

وما عن المسالك: من أنه يجب الاختصار في العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغة، ومراده من «المنقولة شرعاً»، هي: المأثورة في كلام الشارع.

وعن كثر العرفان - في باب النكاح - : أنه حكم شرعي حادث فلا بد له من دليل يدل على حصوله، وهو العقد اللفظي المتلقى من النص. ثم ذكر لإيجاب النكاح ألفاظاً ثلاثة، وعللها بورودها في القرآن.

ولا يخفى أن تعليله هذا كالصريح فيما ذكرناه: من تفسير توقيفية العقود، وأنها متلقاة من الشارع، ووجوب الاختصار على المتيقن. ومن هذا الضابط تقدر على تمييز الصريح المنقول شرعاً المعهود لغة - من الألفاظ المتقدمة في أبواب

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

وثانياً: أن قول المرأة - كما ذكر - مع قصدھا الزوجية يكون من الكناية التي لا تكون خارجة عن الدلالة اللفظية، وهو من قبيل التعبير عن الإجارة ببيع المنفعة أو بيع سكنى الدار كما في بعض الروايات، والمساواة في الدلالة بين الإجارة وبين البيع المضاف إلى المنفعة في الصراحة وعدمها لا تكون دائرة مدار ورود اللفظ والتعبير في كلام الشارع وعدم ورودهما كما لا يخفى.

العقود المذكورة - من غيره. وأن الإجارة بلفظ العارية غير جائزة، وبلفظ بيع المنفعة أو السكنى - مثلاً - لا يبعد جوازه، وهكذا. إذا عرفت هذا، فلنذكر ألفاظ الإيجاب والقبول.

منها: لفظ «بعت» في الإيجاب، ولا خلاف فيه فتوى ونصاً، وهو وإن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع والشراء، لكن كثرة استعماله في وقوع البيع تعينه. ومنها: لفظ «شريت» لوضعه له، كما يظهر من المحكي عن بعض أهل اللغة، بل قيل: لم يستعمل في القرآن الكريم إلا في البيع.

وعن القاموس: شراء يشريه ملكه بالبيع [١] وباعه كاشترى فيهما ضد، وعنه أيضاً كل من ترك [٢] شيئاً وتمسك بغيره فقد اشتراه وربما يستشكل فيه بقلة استعماله عرفاً في البيع وكونه محتاجاً إلى القرينة المعينة وعدم نقل الإيجاب به في الأخبار وكلام القدماء، ولا يخلو عن وجه.

[١] بالتخفيف، يعني اشتراه، وقوله: باعه، يعني ملكه بالتشديد، ومثل الشراء الاشتراء في كونه أيضاً بمعنى ملكه بالبيع وباعه، وقوله: فهما - يعني الشراء والاشتراء - ضدان يحتمل كل منهما في فعل البائع والمشتري، ومقتضى ذلك أن يكونا من الألفاظ المشتركة لفظاً.

[٢] وظاهر الحكاية كون لفظ الاشتراء مشتركاً معنوياً بين فعل البائع والمشتري. أقول: يحتمل أن يكون لفظ الشراء أيضاً كذلك.

ولعل القائل أراد أن لفظ التملك معناه الحقيقي هي الهبة، فيكون استعماله في البيع من إنشائه بالمجاز أو بما لا ظهور له في البيع، والجواب: أن التملك مشترك معني بين البيع وغيره، فإن كان في البين ذكر العوض للمال الذي تعلق به التملك بحيث كانت المعاوضة بين المالكين فهو بيع لا غير، وإن لم يذكر العوض للمال المزبور فيكون

ومنها لفظ «ملكت» - بالتشديد - والأكثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الإرشاد الاتفاق حيث قال: إنه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كـ «بعت» و«ملكت»، ويدل عليه ما سبق في تعريف البيع من أن التملك بالعوض المنحل إلى مبادلة العين بالمال هو المرادف للبيع عرفاً ولغةً كما صرح به فخر الدين حيث قال: إن معنى «بعت» في لغة العرب: ملكت غيري، وما قيل من أن التملك يستعمل في الهبة [١] بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها. فيه: أن الهبة إنما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض، لا من مادة التملك فهي مشتركة معنى بين ما يتضمن المقابلة وبين المجرد عنها، فإن اتصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركب - بمقتضى الوضع التركيبي - البيع، وإن تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكية المجانية.

وقد عرفت سابقاً أن تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي فلو أراد منه الهبة المعوضة أو قصد المصالحة بني صحة العقد به على صحة عقد بلفظ غيره مع النية. ويشهد لما ذكرنا قول فخر الدين في شرح الإرشاد أن معنى «بعت» في لغة العرب: ملكت غيري.

ظاهراً في الهبة وفي تملك المال مجاناً، سواء كان لنفس التملك عوض - كما في الهبة المعوضة - أو لا. ولو قال: ملكت بكذا، وأراد به الهبة المشروطة أو المصالحة، كانت صحتها مبتنية على جواز إنشاء العقد بالمجازات، حيث إن تملك العين بالعوض هو البيع لا غير، بخلاف ما إذا قال: ملكت هذا على أن تملكني كذا، فإنه هبة معوضة بلا خلاف، حيث إن التملك الآخر في الهبة المعوضة عوض عن التملك الأول.

[١] لأنه لو كان المراد خصوص لفظ شريت لكان الأنسب أن يقال: إيجاب البيع

«بعت» و«ملكت» و«شريت».

وأما الإيجاب بـ«اشترت»، ففي مفتاح الكرامة أنه قد يقال بصحته كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة، والمنقول عنها في نسختين من تعليق الإرشاد. أقول: وقد يستظهر ذلك من عبارة كل من عطف على «بعت» و«ملكت» شبههما أو ما يقوم مقامهما إذ إرادة خصوص لفظ «شريت» من هذا بعيد جداً [١] وحمله على إرادة ما يقوم مقامهما في اللغات الأخر للعاجز عن العربية أبعد، فيتعين إرادة ما يرادفهما لغة أو عرفاً، فيشمل «شريت» و«اشترت»، لكن الإشكال المتقدم في «شريت» أولى بالجريان هنا، لأن «شريت» استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه إلا فيه، بخلاف «اشترت».

ودفع الإشكال في تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدال على كونه إيجاباً - إمّا بناءً على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وإمّا لغلبة ذلك - غير صحيح، لأن الاعتماد على القرينة الغير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه، إلا أن يدعى أن ما ذكر سابقاً من اعتبار الصراحة مختص بصراحة اللفظ من حيث دلالة على خصوص العقد، وتميزه عما عداه من العقود. وأمّا تميز إيجاب عقد معين عن قبوله الزاجع إلى تميز البائع عن المشتري فلا يعتبر فيه الصراحة، بل يكفي استفادة المراد، ولو بقرينة 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«ملكت» مخففاً.

[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 نزعهما من موارد التحالف.

وأما «بعت»، فلم ينقل إلّا من الجامع، مع أنّ المحكي عن جماعة من أهل اللغة: اشتراكه بين البيع والشراء، ولعلّ الإشكال فيه كإشكال «اشتريت» في الإيجاب.

واعلم أنّ المحكي عن نهاية الأحكام والمسالك: أنّ الأصل في القبول «قبلت»، وغيره بدل، لأنّ القبول على الحقيقة ممّا لا يمكن به الابتداء، والابتداء بنحو «اشتريت» و«ابتعت» ممكن، وسيأتي توضيح ذلك في اشتراط تقديم الإيجاب. ثمّ إنّ في انعقاد القبول بلفظ الإمضاء والإجازة والإنفاذ وشبهها، وجهين. فرع: لو أوقعا العقد [١] بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول ثمّ اختلفا في تعيين الموجب، والقابل إمّا بناءً على جواز تقديم القبول، وإمّا من جهة اختلافهما في المتقدّم فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثمّ عدم ترتّب الآثار المختصّة بكلّ من البيع والاشتراء على واحد منهما.

مسألة: المحكي عن جماعة منهم السيّد عميد الدّين والفاضل المقداد، والمحقّق والشهيد الثانيان اعتبار العربية في العقد؛ للتأسي [٢] - كما في جامع

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

[٢] لا يخفى أنّ البيع وغيره من المعاملات التي وقعت مورد الإمضاء وسائر الأحكام أمور اعتبارية يعرفها أبناء الملل وسائر الأقوام، وليست أموراً توقيفية ليقع فعل النبي أو الأئمة عليهم السلام مورد التأسي، واختيارهم العربية في إنشاءاتهم باعتبار أن

المقاصد - ولأنَّ عدم صحَّته بالعربي الغير الماضي يستلزم عدم صحَّته بغير العربي بطريق أولى، وفي الوجهين ما لا يخفى وأضعف منهما منع صدق العقد على غير العربي. فالأقوى صحَّته بغير العربي.

وهل يعتبر عدم اللحن من حيث المادَّة والهيئة بناءً على اشتراط العربي؟ الأقوى ذلك بناءً على أنَّ دليل اعتبار العربية هو لزوم الاختصار على المتيقِّن من أسباب النُّقل، وكذا اللحن في الإعراب [١].

وحكي عن فخر الدِّين: الفرق بين ما لو قال: «بعتك» - بفتح الباء - وبين ما لو قال: «جوزتك» بدل «زوّجتك»، فصَحَّ الأوَّل دون الثَّاني إلَّا مع العجز عن التعلُّم والتوكيل. ولعلَّه لعدم معنى صحيح في الأوَّل إلَّا البيع، بخلاف التجويز، فإنَّ له معنى آخر، فاستعماله في التزويج غير جائز. ومنه يظهر أنَّ اللغات المحرَّفة لأبأس بها إذا لم يتغيَّر بها المعنى.

المعاملات كانت من مراداتهم التي كان تفهيمها وتفهمها في عرفهم بالعربية. وبالجملة: مقتضى إطلاقات المعاملات وعموماتها عدم اعتبار شيء من العربية والماضوية أو تقديم القبول وغير ذلك مما لا دخل له عند العقلاء في صدق العقد وعنوان المعاملة من البيع والإجارة والنكاح وغير ذلك، وأما ما قيل من عدم صحة البيع بغير الماضي من العربية يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق أولى، فلا يخفى ما فيه؛ لأنَّ إنشاء البيع وغيره بغير الماضي صحيح، وصحته بغيره أيضاً مقتضى الإطلاق والعموم. وثانياً ما الوجه في كون العربية بغير الماضي أولى من غير العربية، ومثل ذلك دعوى عدم صدق العقد على غير العربي مع التمكن على العربي؟

[١] إذا كان اللفظ ظاهراً في المعاملة المقصودة في عرف المتكلم، سواء كان مع اللحن في الإعراب أو المادة أم لا، بحيث يصدق معه في عرفه أنه باع أو تزوج أو غير

ثم هل المعتبر عربية جميع أجزاء الإيجاب والقبول، كالثمن والمثمن، أم يكفي عربية الصيغة الدالة على إنشاء الإيجاب والقبول، حتى لو قال: «بعتك اين كتاب را به ده درهم» كفى؟

الأقوى هو الأول، لأن غير العربي كالمعدوم، فكأنه لم يذكر في الكلام. نعم، لو لم يعتبر ذكر متعلقات الإيجاب - كما لا يجب في القبول - واكتفي بانفهامها ولو من غير اللفظ، صح الوجه الثاني، لكن الشهيد رحمته الله في غاية المراد - في مسألة تقديم القبول - نص على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب. ثم إنه هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ، بأن يكون فارقاً بين معنى «بعث» و«أبيع» و«أنا بائع»، أو يكفي مجرد علمه بأن هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟

الظاهر هو الأول، لأن عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد المتكلم منه المعنى الذي وضع له عند العرب، فلا يقال: إنه تكلم وأدى المطلب على طبق لسان العرب، إلا إذا ميز بين معنى «بعث» و«أبيع» و«أوجدت البيع» وغيرها. بل على هذا لا يكفي معرفة أن «بعث» مرادف لقوله: «فروختم»، حتى يعرف أن الميم في الفارسي عوض تاء المتكلم، فيميز بين «بعثك» و«بعث» - بالضم - و«بعث» - بفتح التاء - فلا ينبغي ترك الاحتياط وإن كان في تعينه نظر، ولذا نص بعض على عدمه.

مسألة: المشهور - كما عن غير واحد -: اشتراط الماضوية، بل في التذكرة:

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

الإجماع على عدم وقوعه بلفظ «أبيعك» أو «اشترِ مِنِّي» ولعلّه لصراحته في الإنشاء، إذ المستقبل أشبه بالوعد، والأمر استدعاء لا إيجاب، مع أن قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف.

وعن القاضي في الكامل والمهذب: عدم اعتبارها، ولعلّه لإطلاق البيع والتجارة وعموم العقود، وما دلّ في بيع الآبق واللبن في الضرع: من الإيجاب بلفظ المضارع، وفحوى ما دلّ عليه في النكاح. ولا يخلو هذا من قوّة لو فرض صراحة المضارع في الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينة المقام، فتأمل.

مسألة: الأشهر - كما قيل -: لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وبه صرح في الخلاف والوسيلة والسرائر والتذكرة، كما عن الإيضاح وجامع المقاصد، ولعلّه للأصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة، كإطلاق «البيع» و«التجارة» في الكتاب والسنة. وزاد بعضهم: أن القبول فرع الإيجاب فلا يتقدّم عليه، وأنه تابع له فلا يصحّ تقدّمه عليه.

وحكى في غاية المراد عن الخلاف: الإجماع عليه، وليس في الخلاف في هذه المسألة إلا أن البيع مع تقديم الإيجاب متفق عليه فيؤخذ به، فراجع.

خلافًا للشيخ في المبسوط في باب النكاح، وإن وافق الخلاف في البيع إلا أنه عدل عنه في باب النكاح، بل ظاهر كلامه عدم الخلاف في صحته بين الإمامية، حيث إنه - بعد ما ذكر أن تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح بأن يقول الرجل: «زوّجني فلانة» جائز بلا خلاف - قال: أمّا البيع، فإنه إذا قال: «بعنيها» فقال: «بعتكها» صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال قوم منهم: لا يصحّ حتّى يسبق الإيجاب، انتهى.

نعم فيما إذا اعتبرت صيغة خاصة كالطلاق، فاللحن في المادة يوجب بطلانه باعتبار عدم حصول تلك الصيغة مع اللحن.

وكيف كان، فنسبة القول الأول إلى المبسوط مستند إلى كلامه في باب البيع، وأما في باب النكاح فكلامه صريح في جواز التقديم، كالمحقق رحمته الله في الشرائع والعلامة في التحرير والشهيدان في بعض كتبهما وجماعة ممن تأخر عنهما، للعمومات السليمة عما يصلح لتخصيصها، وفحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار، مثل خبر أبان بن تغلب [١] - الوارد في كيفية الصيغة - المشتمل على صحة تقديم القبول بقوله للمرأة: «أَتَزَوَّجُكِ مَتَعَةً عَلَى كِتَابِ اللَّهِ وَسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ» - إلى أن قال - : فإذا قالت: «نعم»، فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها. ورواية سهل الساعدي المشهور في كتب الفريقين - كما قيل - : المشتملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ «زَوَّجْنِيهَا».

[١] وفي سنده إبراهيم بن الفضل قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول إذا خلوت بها؟ قال: «تقول: أَتَزَوَّجُكِ مَتَعَةً عَلَى كِتَابِ اللَّهِ وَسُنَّةِ نَبِيِّهِ، لَا وَاثَةَ وَلَا مَوْرُوثَةَ كَذَا وَكَذَا يَوْمًا... وتسمي 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 رواية سهل الساعدي^(٢) من قبيل الاستيجاب والإيجاب، ولكن في جعل الاستيجاب قبولاً في القضية المزبورة كلام تأتي الإشارة إليه.

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

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

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

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

وإمّا أن يكون بلفظ «اشتريت» و«ملكيت» مخففاً و«ابتعت». فإن كان بلفظ «قبلت» فالظاهر عدم جواز تقديمه، وفاقاً لمن عرفته في صدر المسألة، بل المحكي عن الميسية والمسالك ومجمع الفائدة: أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ «قبلت»، وهو المحكي عن نهاية الأحكام وكشف اللثام في باب النكاح، وقد اعترف به غير واحد من متأخري المتأخرين أيضاً، بل المحكي هناك عن ظاهر التذكرة: الإجماع عليه.

- كما في المصالحة - حيث إنها تسالم إنشائي على أمر ما من المتصالحين، وفي مثل ذلك يصح لكل منهما إنشاء المعاملة وإيجابها أولاً، وقد يكون فعل أحدهما ممتازاً عن الآخر كما في الإجارة، حيث إن فعل المؤجر تملك المنفعة بالعوض، وهذا لا يصح إنشاؤه من المستأجر إلا وكالة أو فضولاً، والنكاح من قبيل الأول والبيع من قبيل الثاني، وعليه فقول الرجل للمرأة: أتزوّجك، إنشاء نكاح وليس قبولاً مقدماً.

[١] تعرض ﷺ في المقام لتقديم قبول البيع على إيجابه أولاً، ولتقديم قبول سائر العقود على إيجاباتها ثانياً، وملخص ما ذكر ﷺ في 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 في ذلك أنه يعتبر اشتغال قبول البيع على أمرين: أحدهما: الرضا بإيجاب البائع، والثاني: تملك المشتري ماله للبائع عوضاً عن المبيع، بمعنى إنشاء ملكية مال البائع لنفسه جاعلاً ماله عوضاً عن المبيع.

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

ويدلّ عليه مضافاً إلى ما ذكر، وإلى كونه خلاف المتعارف من العقد:- أنّ القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه، وليس المراد من هذا القبول الذي هو ركن للعقد مجرد الرضا بالإيجاب حتّى يقال: إنّ الرضا بشيء لا يستلزم تحقّقه قبله، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل، بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضيّة، لأنّ المشتري ناقل كالبائع، وهذا لا يتحقّق إلّا مع تأخّر الرضا عن الإيجاب، إذ مع تقدّمه لا يتحقّق النّقل في الحال، فإنّ من رضي بمعاوضة ينشئها الموجب في المستقبل لم ينقل في الحال ماله إلى الموجب، بخلاف من رضي بالمعاوضة التي 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 في ردّ الدليل المذكور -وهو كون القبول فرعاً للإيجاب وتابعاً له- وهو: أنّ تبعيّة القبول للإيجاب ليس تبعية اللفظ للفظ، ولا القصد للقصد حتّى يمتنع تقديمه، وإنّما هو على سبيل الفرض والتّنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولاً لما يلقي إليه من الموجب،

«اشتريت»، وإخراج ماله عوضاً ثانياً، كما هو مدلول قوله: بكذا، وهذا عكس إنشاء البائع فإنّه 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 تأخيرها عن الإيجاب يدل على الرضا وعلى الإنشاء المزبور ولو بالالتزام، وأما مع تقديمه على الإيجاب فلا دلالة له إلّا على الرضا بما يفعله البائع في المستقبل، وأما الإنشاء فعلاً بأن ينشئ المشتري ملكية مال البائع لنفسه فعلاً جاعلاً ماله عوضاً عنه، فلا دلالة على ذلك حتى بالالتزام.

والموجب مناوئاً، كما يقول السائل في مقام الإنشاء: «أنا راض بما تعطيني وقابل لما تمنحني» فهو متناول، قدّم إنشاءه أو أخر، 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 في المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه، ليس فيه إنشاء نقل من القابل في الحال، بل هو رضا منه بالانتقال في الاستقبال، وليس المراد أنّ أصل الرضا بشيء تابع لتحققه في الخارج أو لأصل الرضا به حتى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال، بل المراد الرضا الذي يعدّ قبولاً وركناً في العقد.

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

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

نعم إذا كان القبول بلفظ «اشتريت» و«ابتعت» و«ملكتم» ونحوها، فمع تقديمها أيضاً يتحقق كلا الأمرين، فإن القبول مع الألفاظ المزبورة ظاهر في الرضا بالإيجاب، وفي أن القابل قد أنشأ ملكية مال صاحبه لنفسه فعلاً جاعلاً ماله عوضاً عنه.

والحاصل: يكون مدلول مثل لفظ «اشتريت» حتى مع تقديمه على الإيجاب قبولاً، وليس المراد بـ«اشتريت» متضمن لمعنى المطاوعة التي هي ملاك تحقق القبول حقيقة، والمراد بالمطاوعة أن ينشئ الإنسان التزامه بما حصل من إيجاب الغير المعبر عن ذلك بقبول الأثر، واشترت أو نحوه من الألفاظ لا يتضمن هذه المطاوعة إلّا مع تأخيرها عن الإيجاب؛ ولذا يقال: الأصل في القبول لفظ «قبلت» وغيره بدل، بل المراد أنه لا دليل على

وأما فحوى جوازه في النكاح، ففيها -بعد الإغماض عن حكم الأصل، بناءً على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر هو القبول، لاحتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبي ﷺ، ويؤيده أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول - منع الفحوى، وقصور دلالة رواية أبان، من حيث اشتغالها على كفاية قول المرأة: «نعم» في الإيجاب.

ثم اعلم: أن في صحّة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً بين كلمات الأصحاب، فقال في المبسوط: إن قال: «بعنيها بألف» فقال: «بعتك»، صحّ، والأقوى عندي أنه لا يصحّ حتّى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت»، واختار ذلك في الخلاف. وصرّح به في الغنية، فقال: واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري، حذراً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، وهو أن يقول: «بعني بألف»، فيقول: «بعتك» فإنّه لا ينعقد حتّى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» أو «قبلت»، وصرّح به أيضاً في السرائر والوسيلة. وعن جامع المقاصد: أن ظاهرهم أن هذا الحكم اتفاقي.

وحكي الإجماع أيضاً عن ظاهر الغنية أو صريحها. وعن المسالك: المشهور، بل قيل: إن هذا الحكم ظاهر كلّ من اشترط الإيجاب والقبول.

اعتبار المطاوعة في تحقق قبول البيع فإن المعتبر في صدق الشراء إنشاء الملكية على ما تقدم مع إظهار الرضا بالإيجاب، فتكون النتيجة جواز تقديم القبول بمثل «اشتريت». ومما ذكر ظهر عدم جواز تقديم القبول بالاستيجاب والأمر، بل لا بد من قبول البيع بعد تحقق الإيجاب، حيث إن الأمر والاستيجاب يدلان على الرضا ببيع البائع وأما إنشاء الملكية فهو خارج عن مدلولها، والاستدلال على جواز قبول البيع بهما بفحوى ما ورد في النكاح من رواية 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 - بقرينة السياق - إلى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال: إذا تعاقدنا، 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: «زوجنيها» فقال: «زوجتكها» صح وإن لم يعد 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.

وحكي جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضي في الكامل، بل يمكن نسبة هذا الحكم إلى كل من جاز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق، وتمسك له في النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج، إلا أن المحقق رحمته الله مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب صرح بجواز تقديم القبول على الإيجاب.

وذكر العلامة رحمته الله الاستيجاب والإيجاب، وجعله خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب والقبول كالمعاطاة وجزم بعدم كفايته، مع أنه تردد في اعتبار تقديم القبول.

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

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

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

ثمّ إنّ هذا كلّ بناءً على المذهب المشهور بين الأصحاب: من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم وعدم القول بكفاية مطلق الصّيغة في الملك.

وأما على ما قوّيناه سابقاً في مسألة المعاوضة: من أنّ البيع العرفي موجب للملك وأنّ الأصل في الملك اللزوم، فاللازم الحكم باللزوم في كل مورد لم يقم إجماع على عدم اللزوم، وهو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللفظ رأساً، أو كان اللفظ المنشأ به المعاملة 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، وحكي عن الكامل أيضاً، فتأمّل. وإن كان التّقديم بلفظ «اشتريت» أو «ابتعت» أو «تملّكت» أو «ملّكت هذا بكذا» فالأقوى

فعلّمها إياه»^(١).

ويؤيد هذا الاحتمال وقوع الفصل الطويل بين الاستيجاب والإيجاب بما جرى بينه وبين رسول الله ﷺ من أخذٍ وردٍّ، وخبر أبان قاصر الدلالة على جواز التقديم من حيث دلالته 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، يعني النكاح يكون التعدي إلى البيع بالأولوية ممنوعاً، فإنه يمكن أن يكون تجويز قبول النكاح بالاستيجاب للتوسعة، فإن

(١) عوالي اللآلي ٢: ٢٦٣ / ٨، سنن البيهقي ٧: ٢٤٢، وانظر وسائل الشريعة ٢٠: ٢٦٢، الباب الأول من أبواب

جوازه، لأنه أنشأ ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة أنشأ المعاوضة كالبائع إلا أن البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، والمشتري ينشئ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، ففي الحقيقة كل منهما يُخرج ماله إلى صاحبه ويدخل مال صاحبه في ملكه، إلا أن الإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض وفي القبول مفهوم من نفس الفعل، والإخراج بالعكس. وحينئذ 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 المطاوعة ومفهوم القبول، أطلق عليه القبول، وهذا المعنى مفقود في الإيجاب المتأخر، لأن المشتري إنما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً، والبائع إنما ينشئ انتقال المثلث إليه كذلك، لا بمبدل الصيغة.

وقد صرح في النهاية والمسالك - على ما حكى -: بأن «اشترت» ليس قبولاً حقيقة، وإنما هو بدل، وأن «الأصل» في القبول «قبلت»، لأن القبول في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به، ولفظ «اشترت» يجوز الابتداء به. ومرادهما: أنه بنفسه لا يكون قبولاً، فلا ينافي ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تمليك البائع، كما أن «رضيت بالبيع» ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلا إذا وقع متأخراً، ولذا منعنا عن تقديمه. فكل من «رضيت» و«اشترت» بالنسبة إلى إفادة نقل المال [١] ومطاوعة البيع عند التقدّم والتأخر متعاكسان.

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

[١] يعني لفظ رضيت مع التقديم لا يدل على إنشاء الملكية، بل يدل على

فإن قلت: إن الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله: «اشترت» حتى يقع قبولاً، لأن إنشاء ملكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تملك الغير له يتحقق فيه معنى الانتقال وقبول الأثر، فيكون اشترت متأخراً التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدم، فإن مجرد إنشاء الملكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول، كما لو نوى تملك المباحات أو اللقطة، فإنه لا قبول فيه رأساً. قلت: المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطوعة 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: صحة تقديم القبول إذا كان بلفظ «اشترت» وفاقاً لمن عرفت، بل هو ظاهر إطلاق الشيخ في الخلاف، حيث إنه لم يتعرض إلا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب والإيجاب، وقد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه والمنع عن تقديم مثل «اشترت»، وكذا السيد في الغنية، حيث أطلق اعتبار الإيجاب والقبول، واحترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة وبالإيجاب، وكذا ظاهر

المطوعة، أي الرضا بما يفعله البائع، ولفظ اشترت مع التقديم يدل على إنشاء الملكية دون المطوعة.

أقول: دلالة لفظ «اشترت» على المطوعة بمعنى الرضا بفعل البائع متحققة التزاماً حتى في صورة تقديمه، وإنما لا يكون فيه المطوعة بمعنى إنشاء الالتزام بقبول الأثر، وهذه المطوعة لا تكون في لفظ رضى أيضاً مع تقديمه؛ ولذا قيل: إن القبول حقيقة لا يمكن أن يتقدم على الإيجاب، ويأتي منه ﷻ عدم جواز تقديم قبول الرهن على إيجابه لاعتبار المطوعة في قبوله.

إطلاق الحلبي في الكافي، حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد. والحاصل: أن المصريح بذلك -فيما وجدت من القدماء- الحلبي وابن حمزة، فمن التعجب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف على تقديم الإيجاب، مع أنه لم يزد على الاستدلال لعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب بأن ما عداه مجمع على صحته، وليس على صحته دليل. ولعمري أن مثل هذا مما يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول، وقد نبهنا على أمثال ذلك في مواردنا. نعم، يشكل الأمر بأن الممهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب، ولا فرق بين المتعارف هنا وبينه في المسألة الآتية، وهو الوصل بين الإيجاب والقبول، فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال.

ثم إن ما ذكرنا جارٍ في كل قبول [١] يؤدي بإنشاء مستقل كالإجارة التي يؤدي

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

وحاصله: أنه لو كان القبول المعتبر في العقد مثل قبول البيع في اعتبار دلالة على الرضا بالإيجاب وتضمنه لإنشاء مغاير لإنشاء الموجب كما في قبول الإجارة بلفظ «تملكت المنفعة» لجاز فيه التقديم. ولو قال المستأجر: «ملكته» أو «تملكت المنفعة الفلانية بالأجرة الكذاية»، وقال المؤجر بعد ذلك: «ملكته بها»، ونحو ذلك كفى. ويجوز أيضاً تقديمه على الإيجاب في كل عقد لا يعتبر في قبوله إلا الرضا بالإيجاب كما في قبول الرهن والقرض والهبة والوكالة والعارية ونحوها، إلا أن الظاهر عدم كفاية القبول في الرهن والقرض والهبة كذلك، بل يعتبر في قبولها المطاوعة، بمعنى إنشاء الالتزام بالأثر حتى يصدق معه عنوان الارتهان أو الاقتراض أو الاتهاب، وقد تقدم أنفاً أن تحقق المطاوعة يكون بتأخر القبول فقط.

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

قبولها بلفظ «تملكت منك منفعة كذا» أو «ملكت»، والنكاح الذي يؤدي قبوله بلفظ «أنكحت» و«تزوجت». وأما ما لا إنشاء في قبوله إلا «قبلت» أو ما يتضمنه كـ «ارتفعت» فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه، إذ لا التزام في قبوله بشيء كما كان في قبول البيع التزام بنقل ماله إلى البائع، بل لا ينشئ به معنى غير الرضا بفعل الموجب، وقد تقدم أن الرضا يجوز تعلقه بأمر مترقب كما يجوز تعلقه بأمر محقق، فيجوز أن يقول: «رضيت برهناك هذا عندي» فيقول: «رهن». والتحقق: عدم الجواز، لأن اعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرفوع. ولا يخفى أنه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلا بعد تحقق الرهن، لأن الإيجاب إنشاء للفعل، والقبول إنشاء للانفعال.

فإنه يمكن إنشاء هذه المصالحة من كل منهما بقوله: «صالحت مالي بمالك»، وحيث إن المصالحة 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 معاً، وهذا بخلاف المصالحة على ملك المال مجاناً أو على الإبراء، فإن الإيجاب فيها يكون من مالك المال والمبرئ - بالكسر -

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

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 لغة 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 زوجية، وإما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب. والأول على قسمين، لأنّ الالتزام الحاصل من القابل: إما أن يكون نظير

هذا ملخص كلامه ﷺ في المقام وفيه موارد للنظر، منها ما ذكره من اعتبار المطاوعة، بمعنى الانفعال وإنشاء الالتزام بالأثر في قبول القرض والهبة والرهن، فإني لأظنه ﷺ أو غيره بالالتزام بعدم كفاية قبول القابل إذا قال للواهب: «تملكت مالك مجاناً»، وقال الواهب بعد ذلك: «وهبتك إياه» أو «ملكته إياه»، وكذا الحال في القرض بأن قال المقرض: «تملكت منك مئة دينار مع الضمان»، وقال المقرض: «خذها»، أو قال المرتهن: «أخذت مالك الفلاني رهناً على دينك»، وقال الراهن: «أرهنت». ومنها ما

الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة، أو متغافراً كالاقتراض. والثاني أيضاً على قسمين، لأنه: إمّا أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان والانتهاج والاقتراض. وإمّا أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة والعارية وشبههما. فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كلّ من القسمين.

ثم إن مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار عرفي، فكلّ من التزم بنقل ماله على وجه العوضيّة لمال آخر يسمّى مشترياً، وكلّ من نقل ماله على أن يكون عوضه مالاً من آخر يسمّى بائعاً.

وبعبارة أخرى: كلّ من ملك ماله غيره بعوض فهو البائع، وكلّ من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري، وإلا فكلّ منهما في الحقيقة يملك ماله غيره بإزاء مال غيره، ويملك مال غيره بإزاء ماله.

ذكره ﷺ 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 المعتبر في القبول مع ذكر المالين بنحو ما ذكروا. ثالثاً: لا يبعد أن لا يعتبر في تحقق عنوان المعاملات إلا إنشاء الرضا بها قبل الإيجاب أو بعده.

والحاصل: أن المعتبر في حصول عنوان العقد هو إنشاء الرضا بالإيجاب، والمحصل من جميع ما ذكرنا: أن المتبع في المعاملات هو الإطلاق أو العموم في أدلة إمضاءها من غير فرق بين تقدم قبولها على إيجابها أو تأخره عنه، ودعوى الانصراف إلى الثاني يدفعها تتبع المعاملات العرفية وأنه لا دخل في صدق عناوينها كيفية إنشائها من جهة تقديم الإيجاب أو تأخره.

ومن جملة شروط العقد: الموالة بين إيجابه وقبوله ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع، ثم العلامة والشهيدان والمحقق الثاني، والشيخ المقداد. قال الشهيد في القواعد: الموالة معتبرة في العقد ونحوه، وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه، وقال بعض العامة: لا يضر قول الزوج بعد الإيجاب: الحمد لله والصلاة على رسول الله، قبلت نكاحها ومنه الفورية في استتابة 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 قراءة غيرها، وكذا التشهد ومنه تحريم المأمومين في الجمعة [٣] قبل الركوع، فإن تعمّدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعة واعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة ومنه الموالة في التعريف [٤] بحيث لا ينسى أنه تكرر والموالة في سنة التعريف، فلو رجع في أثناء المدة استؤنفت ليتوالى، انتهى.

أقول: حاصله أن الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتصالية في العرف فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصالية

[١] أي من اعتبار الاتصال وجوب الفورية في توبة المرتد، حيث يجب عليه المبادرة إليه بعد طلب التوبة منها، وقيل: عليه الإجابة إلى ثلاثة أيام.

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

[٣] يعني من اعتبار الاتصال لزوم دخول المأمومين في صلاة الجمعة قبل ركوع الإمام.

[٤] يعني من اعتبار الاتصال لزوم الموالة في تعريف اللقطة، بأن تعرف على نحو لا ينسى في كل مرة أنه تكرر للتعريف السابق.

فالعقد المركَّب من الإيجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمتزلة كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض فيصدق تخلُّل الفصل المخلَّ بهيته الاتصالية، ولذا لا يصدق التعاقد إذا كان الفصل مفرداً في الطول كسنة أو أزيد، وانضباط ذلك إنَّما يكون بالعرف فهو في كلِّ أمر بحسبه فيجوز الفصل بين كلِّ من الإيجاب والقبول بما لا يجوز بين كلمات كلِّ واحد منهما ويجوز الفصل بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف كما في الأذان والقراءة.

وما ذكره حسن لو كان حكم الملك وال لزوم [١] في المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً كما هو مقتضى التمسك بأية الوفاء بالعقود وبإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم، بل الملك أمّا لو كان منوطاً بصدق البيع أو التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد. وأمّا جعل المأخذ في ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه فلاّته منشأ الانتقال إلى هذه القاعدة، فإن أكثر الكليات إنَّما يلتفت إليها من التأمل في مورد خاص، وقد صرح في القواعد مكرراً بكون الأصل في هذه القاعدة، كذا ويحتمل بعيداً أن يكون الوجه فيه أن الاستثناء أشدَّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق لخروج المستثنى منه معه عن حدّ الكذب إلى

[١] أقول: لافرق بين عنوان العقد وعنواني البيع والتجارة وغيرهما، فإن المعاملات مركبات اعتبارية لها صور اتصالية عند العقلاء، فإن لم يصدق عنوان العقد مع الفصل الطويل لا يصدق عنوان البيع أيضاً هذا أولاً.

وثانياً: إن المولاة 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 بملاحظة المعاملات الجارية بين العقلاء من الأقوام والملل بالكناية والمخبرة أو حتى بإيصال المال فإن إيصال المال بقصد تملكه بالعوض إلى آخر في بلد آخر إيجاب، وليس الإيجاب هو الإيصال إلى زمان الوصول كما ذكر

الصّدق. فصدقه يتوقّف عليه، فلذا كان طول الفصل هناك أقيح فصار أصلاً في اعتبار الموالة بين أجزاء الكلام، ثمّ تُعدّي منه إلى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظاً [١] أو معنى أو من حيث صدق عنوان خاصّ عليه لكونه عقداً أو قراءة أو ذاتاً ونحو ذلك، ثمّ في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء كمسألة توبة المرتدّ. فإنّ غاية ما يمكن أن يقال في توجيهه [٢] إنّ المطلوب في الإسلام الاستمرار فإذا انقطع فلا بدّ من إعادته في أقرب الأوقات.

وأما مسألة الجمعة فلاّن هيئة الاجتماع في جميع أحوال الصّلاة من القيام والرّكوع والسّجود مطلوبة، فيقدح الإخلال بها وللتأمل في هذه الفروع وفي صحة تفريعها على الأصل المذكور مجال.

ثمّ إنّ المعيار في الموالة موكول إلى العرف - كما في الصّلاة والقراءة والأذان ونحوها - ويظهر من رواية سهل السّاعدي - المتقدّمة في مسألة تقديم

النائي ^(١) وادعى أن الإيجاب هو أمر واحد مستمر إلى حين القبض الذي يعتبر قبولاً، وذلك فإن الإيصال بحدوثه بقصد التملك بالعوض إيجاب وقبض الآخر قبول، ويشهد لذلك مراجعة بناء العقلاء. نعم رد الإيجاب والغاؤها يجعله في اعتبار العقلاء بحيث لا يلتزم 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 استتابة المرتد إلى ثلاثة أيام، فإن تاب إلى تمامها فهو وإلا يقتل.

القبول - جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبي بناءً على ما فهمه الجماعة من أنَّ القبول فيها قول ذلك الصحابي «زَوَّجْنِيهَا» والإيجاب قوله ﷺ بعد فصل طويل «زَوَّجْتُكُمَا بِمَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ»، ولعلَّ هذا موهن آخر [١] للزَّوَاية، فافهم.

والحاصل: أن التوبة وإن كانت واجبة بعد الاستتابة إلا أنها ليست باعتبار المولاة بينها وبين التوبة، بل باعتبار أن الإسلام في كل زمان مطلوب حتى حال الاستتابة وقبلها كما لا يخفى. وكذلك يجب على المأمومين في صلاة الجمعة التكبير قبل ركوع الإمام لا اعتبار المولاة بينها وبين تكبير الإمام، بل باعتبار أنه لا يكون إدراك الصلاة إلا بذلك؛ ولذا لو كبر الإمام والمأمومين دفعة واحدة كفى.

[١] الموهن الأول: ما تقدم أنفاً 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 قضية شخصية لبيان جواز جعل تعليم القرآن مهراً.

والموهن الثاني: لزوم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول. ولكن لا يخفى ما فيه، فإن قبول الإيجاب ليس استدعاءه الأول؛ ليقال بتخلل الفصل الطويل بينه وبين إيجاب النكاح، بل أنه قد كرر استدعاءه بعد نداء رسول الله ﷺ.

ثانياً وثالثاً، وقد سأله رسول الله ﷺ في الثالثة عن عرفانه القراءة 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 (١).

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

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

ومَنْ صرَّح بذلك: الشيخ والحلي والعلامة وجميع من تأخر عنه، كالشَّهيدَيْنِ والمحققِ الثاني وغيرهم (قدَّسَ اللهُ تعالى أرواحهم). وعن فخر الدِّين - في شرح الإرشاد في باب الوكالة -: أنَّ تعليق الوكالة على الشرط لا يصحَّ عند الإمامية، وكذا غيره من العقود، لازمة كانت أو جائزة.

وذكر النائي رحمته (١) وجهاً آخر لاعتبار المولايين: 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 ملاحظة العقود حتى التمليكية كبيع الكلي بالذمة فضلاً عن مثل عقد النكاح أو المضاربة 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 الشبهة المصدقية.

[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

(١) حاشية المكاسب للمحقق الثاني ١: ٢٩٠، نقله السيد الخوئي رحمته في محاضرات في الفقه الجعفري

وعن تمهيد القواعد: دعوى الإجماع عليه، وظاهر المسالك - في مسألة اشتراط التّجيز 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 التّجيز في الوكالة، مع كونه من العقود الجائزة التي يكفي فيها كلّ ما دلّ على الإذن، حتّى أنّ العلامة ادّعى الإجماع - على ما حكى عنه - على عدم صحّة أن يقول الموكل: «أنت وكيلني في يوم الجمعة أن تبيع عبيدي»، وعلى صحّة قوله: «أنت وكيلني، ولا تبع عبيدي إلّا في يوم الجمعة»، مع كون المقصود واحداً.

وفرق بينهما جماعة - بعد الاعتراف بأنّ هذا في معنى التعلّيق -: بأنّ العقود لما كانت متلقّاة من الشارع أنيطت بهذه الضوابط، وبطلت فيما خرج عنها وإن أفادت فائدتها. فإذا كان الأمر كذلك عندهم في الوكالة فكيف الحال في البيع؟ وبالجمله، فلا شبهة في اتّفاقهم على الحكم. وأمّا الكلام في وجه الاشتراط، فالذي

القضية الشرطية كقوله: «إذا كان يوم الجمعة فأنت وكيلني في بيع داري»، أم لا كقوله: «أنت وكيلني يوم الجمعة في بيع داري»، فإن يوم الجمعة بحسب الظهور العرفي قيد لنفس الوكالة المنشأة وبذلك يفترق عن قوله: «أنت وكيلني ولا تبع إلّا يوم الجمعة»، فإن يوم الجمعة في هذا بحسب الظهور قيد لمتعلق الوكالة، يعني بيع الدار لنفس الوكالة، فيكون الفرق بينه وبين سابقه كالفرق بين الواجب المشروط والمعلق، فالقيد في الأول نظير ما في الواجب المشروط قيد لمضمون الجزاء، يعني الحكم، وفي الثاني قيد للمتعلق.

ولا يخفى أن الشرط في المعاملات المحكوم بجوازه ليس بمعنى تعلّيق العقد عليه، بل هو إلزام والتزام آخر زائد على أصل العقد فلا يكون مثل قوله: «بعت هذا بكذا على أن تخطط لي هذا الثوب»، بمعنى تعلّيق البيع المزبور على الخياطة، فإن شرطها التزام الطرف بخياطته زائداً على أصل البيع، وتوضيحه موكول إلى باب الشروط.

صرّح به العلامة في التذكرة: أنّه مناف للجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم ثمّ فرّع عليه عدم جواز التعليق. قال: الخامس من الشروط: الجزم، فلو علّق العقد على شرط لم يصحّ وإن شرط المشيئة، للجهل بشيئها حال العقد وبقائها مدّته، وهو أحد قولَي الشافعي، وأظهرهما عندهم: الصّحة، لأنّ هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد، لأنّه لو لم يشأ لم يشتر، انتهى كلامه.

وتبعه على ذلك الشَّهيد رحمته الله في قواعده، قال: لأنّ الانتقال بحكم الرّضا ولا رضا إلّا مع الجزم، والجزم ينافي التعليق، انتهى.

ومقتضى ذلك: أنّ المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول، كما صرّح به المحقّق في باب الطّلاق. وذكر المحقّق والشَّهيد الشانيان في الجامع والمسالك - في مسألة «إن كان لي فقد بعته» -: أنّ التعليق إنّما ينافي الإنشاء في العقود والإيقاعات حيث يكون المعلّق عليه مجهول الحصول.

وكيف كان، فقد يظهر من كلام العلامة ^(١) والشَّهيد رحمته الله ^(٢) أنّ الوجه في اشتراط التنجيز في العقود وكون التعليق فيها مبطلاً هو اعتبار الجزم فيها، وهو مقابل التردد بأن يكون العاقد عالماً بحصول المنشأ في نظره، وإذا قال: «إن جاء ولدي من سفره هذا اليوم فقد بعثك المال بكذا»، فلو سئل القائل المزبور عن حصول الملكية للطرف في نظره وبحسب إنشائه فيجيب بلا أدري، وهذا التردد مانع عن صحة العقد.

ولا يخفى أنّه لو كان وجه الاعتبار ما ذكر فلازمه عدم البأس بالتعليق فيما إذا كان المعلق عليه وصفاً إلى ما يكون حصوله ولو في المستقبل محرّزاً إذ مع الإحراز لا يكون للعاقد تردّد، واعتذار الشَّهيد رحمته الله بأنّ العبرة في فساد العقد بجنس الشرط

(١) التذكرة ١: ٤٦٢.

(٢) القواعد والفوائد ١: ٦٥، القاعدة ٣٥.

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

حيث إن جنس الشرط في معرض عدم الحصول ولا عبرة ببعض أنواعه كما ترى.
[١] يعني لازم ما ذكر من اعتبار الجزم وعدم جواز التعلُّيق أن لا يصح قول البائع
للمشتري: إن كان المتاع لي فقد بعته بكذا، كما إذا اشترى المشتري المزبور المتاع من
قبل بثمن بذمته وادعى على الآخر أنه اشتراه له وكالة فالمتاع له والثمن على عهده،
فأنكر الآخر الوكالة وقال للوكيل المزبور: إن كان المتاع لي فقد بعته بكذا بمثل الثمن
المزبور، حيث ذكر جماعة أن بيع الموكل المزبور بهذه الطريقة على نحو الاحتياط،
ليكون المال ملكاً واقعياً للوكيل المزبور، فيثبت الثمن بذمته. وكذا فيما إذا زوجه
شخص امرأة بدعوى الوكالة منه فأنكر الزوج الوكالة أو ادعت المرأة أنها زوجة 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: التعلُّيق إنما يكون مانعاً فيما إذا أمكن إطلاق العقد وتنجيذه،
وأما إذا كان العقد بحيث لا يمكن جعله منجزاً مع دخالة المعلق عليه في ذلك وعدم
تماميته بدونه فلا بأس بالتعلُّيق عليه.

لا يقال على ذلك فيصح القول: «إن ملكت المال الفلاني فقد بعته منك بكذا»، أو
«إن تزوجتُ بالمرأة الفلانية فهي طالق».

أو مصاحب له لا معلق عليه الوقوع، وكذا لو قال في صورة إنكار وكالة التزويج وإنكار التزويج حيث تدعيه المرأة، «إن كانت زوجتي فهي طالق»، انتهى كلامه ﷺ.
وعلل العلامة في القواعد صحة «إن كان لي فقد بعته» بأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضطرّ 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، فإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل وعلى التقادير، فإما أن يكون الشرط ممّا يكون مصححاً للعقد ككون الشيء ممّا يصحّ تملكه شرعاً أو ممّا يصحّ إخراجه عن الملك كغير أمّ الولد وغير الموقوف ونحوه وكون المشتري ممّن يصحّ تملكه شرعاً كأن لا يكون عبداً، وممّن يجوز العقد معه بأن يكون بالغاً، وإما أن لا يكون كذلك.

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 ﷺ 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 صحة العقد وتمايمته على حصوله أولاً، ويستفاد من كلامه ﷺ الحكم بالصحة في خمس صور منها والبطلان في ثلاث، فإنه إن كان المعلق عليه أمراً حالياً محرزاً حصوله فلا بأس بالتعليق عليه، سواء كانت صحة العقد موقوفة 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 صحة العقد وتمايمته كقبض الثمن في المجلس في بيع السلم فلا بأس به، كما تقدم عن الشهيد ويأتي في

ثمّ التعلّيق إمّا مصرّح به وإمّا لازم من الكلام كقوله «ملّكتك هذا بهذا يوم الجمعة» وقوله في القرض والهبة «خذ هذا بعوضه» أو «خذه بلا عوض يوم الجمعة» فإنّ التملّيك معلق على تحقّق الجمعة في الحال أو في الاستقبال ولهذا احتمل العلامة في النهاية، وولده في الإيضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظنّ حياته معللاً بأنّ العقد وإن كان منجزاً في الصّورة إلّا أنّه معلق والتّقدير إن مات مورثي [١] فقد بعثك فما كان منها معلوم الحصول حين العقد فالظاهر أنّه غير قادح وفاقاً لمن عرفت كلامه - كالمحقّق والعلامة والشّهيدين والمحقّق الثّاني والصيّري -.

وحكي أيضاً عن المبسوط والإيضاح في مسألة 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 بالصفة - 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

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

وإذا لم يكن الأمر الاستقبالي المحرز حصوله دخیلاً في صحة العقد ويعبر عنه بالوصف فالتعلّيق عليه مبطل بالإجماع، وإن كان المعلق عليه مشكوك الحصول ولم تكن صحة العقد موقوفة عليه فالتعلّيق عليه مبطل أيضاً، سواء كان أمراً حالياً أو استقبالياً، بل هذا هو المتيقن من صور التعلّيق المبطل، وإن كان المشكوك حصوله مما يتوقف عليه صحة العقد أمراً حالياً أو استقبالياً فالظاهر من كلام الشيخ رحمته الله^(٢) في مسألة «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

ونحوه الشهيد الثاني فيما حكى عنه، بل يظهر من عبارة المبسوط في باب الوقف كونه ممّا لا خلاف فيه بيننا، بل بين العامة: فإنّه قال: إذا قال الواقف: «إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته» لم يصح الوقف بلا خلاف، لأنّه مثل البيع والهبة. وعندنا مثل العتق أيضاً، انتهى.

فإنّ ذيله يدلّ على أنّ مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختصّ بالإمامية. نعم مماثلته للعتق مختصّ بهم وما كان منها مشكوك الحصول وليست صحة العقد معلّقة عليه في الواقع - كقدوم الحاج - فهو المتيقّن من معقد اتّفاقهم، وما كان صحّة العقد معلّقة عليه - كالأمثلة المتقدّمة - . فظاهر إطلاق كلامهم يشملهم، إلّا أنّ الشّيخ في المبسوط حكى في مسألة «إن كان لي فقد بعته» قولاً من بعض النّاس بالصّحة، وأنّ الشرط لا يضرّه، مستنداً بأنّه لم يشترط إلّا ما يقتضيه إطلاق العقد، لأنّه إنّما يصحّ البيع لهذه الجارية من الموكل [١] إذا كان أذن له في الشراء، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضرّ إظهاره وشرطه، كما لو شرط في البيع تسليم الثمن أو تسليم المثلثين أو ما أشبه ذلك، انتهى.

الفلائي فقد بعته منك بكذا»، أو «لو زوجت فلانة فهي طالق»، بل المراد «إن كان مورثي ميتاً بالفعل فقد بعث المال»، وهذا من التعليق الذي ذكره الشهيد رحمه الله بعدم البأس به باعتبار توقف صحة العقد عليه، وسيأتي وجه جوازه في كلام الشّيخ رحمه الله أيضاً في مسألة: «إن كان لي فقد بعته». ولا يخفى أن هذا التعليق إنّما يتصور فيما إذا لم يقع البيع من الوارث بعنوان الفضولي أو نظير بيع الغاصب حيث يرى نفسه في بنائه مالكاً، وإلّا فلا معنى لتعليق البيع، كما أنه لا تعليق فيه لفظاً.

[١] فرض المسألة ما إذا اشترى جارية بمال على الذمة وادّعى على آخر أنه كان وكيلاً عنه في شرائها فالجارية له والثمن على عهده فإنكر الآخر الوكالة وقال لمدّعيا: إن كانت الجارية 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 يضرّ اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه، كذلك لا يضرّ تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع، فتعليقه ببعض مقدماته كالإلزام ببعض غاياته فكما لا يضرّ الإلزام بما يقتضي 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 وظيفة 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 الشيخ له كافٍ في عدم الظنّ بتحقيق الإجماع عليه مع أن ظاهر هذا التوجيه لعدم قبح التعليق يدلّ على أن محلّ الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه وعدمه فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم.

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 صحة دعوى الوكالة.

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

ويؤيد ذلك: أَنَّ الشَّهيد في قواعده جعل الأصَحَّ صحَّة تعليق البيع على ما هو شرط فيه، كقول البائع «بعتك إن قبلت» ويظهر منه ذلك أيضاً في أواخر القواعد، ثم إنَّك قد عرفت أَنَّ العمدَة في المسألة هو الإجماع [١] وربَّما يتوهم أَنَّ الوجه في اعتبار التنجيز [٢] هو عدم قابلية الإنشاء للتعليق، وبطلانه واضح، لأنَّ المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام، فالتعليق غير متصوَّر فيه إلَّا أنَّ الكلام ليس فيه. وإن كان الكلام في أَنه كما يصحَّ إنشاء الملكية المتحقَّقة على كلِّ تقدير فهل يصحَّ إنشاء الملكية المتحقَّقة 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 أَنه

[١] إحراز كون الإجماع تعدياً لا مدركياً مشكل جداً، فإن مع ذكر الوجوه المذكورة 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 أدلة المعاملات عن التعليق في الصور الثلاث المتقدمة فالحكم فيها البطلان، لقصور دليل الإمضاء لآلِمانع خارجي؛ ولذا لا يصح البيع بتملك الشيء لآخر مستقبلاً حتى فيما كان الجعل بنحو الواجب المعلق، حيث إن تملك العين مؤقتاً غير معهود عند العقلاء، بخلاف تملك المنفعة كما لا يخفى. مع أَنه لا يبعد أن يكون تعليق البيع على مثل مجيء الولد حالاً أو استقبالاً موجباً لكون البيع غريباً، ولكن هذا لا يجري 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 أَنه إن أُريد بالإنشاء نفس الاعتبار والجعل الذي يكون مدلول الهيئة في قول البايع: «بعت» أو «ملكك المال بكذا»، فإنه وإن لم يتصور التعليق فيه بأن لا يكون للقول المزبور مدلول إلَّا على تقدير حصول المعلق

أمرٌ متصوّر واقع في العرف والشرع كثيراً في الأوامر والمعاملات من العقود والإيقاعات ويتلو هذا الوجه في الضعف ما قيل من أنّ ظاهر [١] ما دلّ على سببية العقد ترتب مسيئه عليه حال وقوعه، فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك.

وفيه -بعد الغض عن عدم انحصار أدلة الصحة وال لزوم في مثل قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، لأنّ دليل حلية البيع وتسلّط 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 التعليق فترقّب تحقّق المعلّق عليه في تحقّق المعلّق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد.

عليه ولكن الكلام في المقام ليس في التعليق المزبور، بل الكلام في تعليق المعتبر والمنشأ، أي الملكية في المثال بأن يكون المجعول الملكية على تقدير وهذا واقع عند العرف والعقلاء، فيقع البحث في وجه عدم جوازه وكونه موجباً لبطلان العقد.

[١] يعني أن يكون العقد بحيث يترتب عليه وجوب الوفاء بعد تماميته، وإذا كان في البين تعليق يتخلل العقد ووجوب الوفاء به بانتظار حصول المعلق عليه، فأجاب عليه السلام عن ذلك بوجوه: أولاً: عدم انحصار دليل صحة البيع مثلاً بآية ^(١) وجوب الوفاء بالعقود حتى لا يمكن التمسك بها في صورة تعليق العقد، بل يمكن الأخذ في الحكم بصحة البيع على وجه التعليق بآية: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» ^(٢) أو حديث: «الناس مسلطون على أموالهم» ^(٣).

لا يقال: كما أنّ ما دل على ترتب وجوب الوفاء بالعقد مقتضاه عدم التخلّل بين

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

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

والحاصل: أنه إن أريد بالمسبب هو مدلول العقد، فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهيات التي لا يعقل خلافها، وإن أريد به الأثر الشرعي وهو ثبوت الملكية، فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكية المنجزة، بل هو مطلق الملك، فإن كان البيع غير معلق كان أثره الشرعي الملك الغير المعلق، وإن كان معلقاً فأثره الملكية المعلقة، مع أن تخلف الملك عن العقد كثير جداً. مع أن ما ذكره لا يجري في مثل قوله: «بعثك إن شئت أو إن قبلت»، فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه. مع أن هذا لا يجري في الشرط المشكوك المتحقق في الحال، فإن العقد حينئذ يكون مراعى لاموقفاً. مع أن ما ذكره لا يجري في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى، وليس الكلام في خصوص البيع، وليس على هذا الشرط في كل عقد دليل على حدة.

العقد ووجوب الوفاء به كذلك آية حل البيع مقتضاها عدم الفصل بين البيع وحليته ونفوده، وكذا الأمر في حديث السلطنة.

فإنه يقال: الظاهر من البيع معناه الاسم المصدري كما ذكرنا سابقاً، ومعناه كذلك لا يتم إلا بعد حصول المعلق فلا يتخلل بين تمام المعنى الاسم المصدري ونفوده فصل هذا على تقدير كون المراد من الحلية الوضع وعلى تقدير كونها تكليفاً فالأمر أوضح، فإن الحلية التكليفية ترخيص في إيجاد البيع أو في التصرفات المترتبة عليه فتكون ثابتة للبيع قبل إنشائه لا ثابتة له على تقدير إنشائه كما في دليل وجوب الوفاء بالعقد، حيث آية وجوب الوفاء بالعقد لا تقتضي وجوب نفس البيع والعقد، بل مقتضاها وجوب الوفاء به على تقدير حصوله، بخلاف: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^(١) فإنها ترخيص في نفس البيع وفي التصرفات المترتبة عليه.

ومما ذكرنا يظهر الحال في حديث السلطنة. نعم ذكرنا سابقاً أنه لا يمكن

ثم الأضعف من الوجه المتقدم: التمسك في ذلك بتوقيفية الأسباب الشرعية الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن، وليس إلا العقد العاري عن التعليق. إذ فيه: أن إطلاق الأدلة - مثل حلية البيع، وتسلب الناس على أموالهم، وحل التجارة عن تراض، ووجوب الوفاء بالعقود، وأدلة سائر العقود - كافٍ في التوقيف. وبالجمله، فإثبات هذا الشرط في العقود مع عموم أدلتها ووقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققاً أو منقولاً مشكلاً.

التمسك بحديث السلطنة إلا في مورد الشك في ولاية المالك على التصرف المشروع في نفسه لا في مورد الشك في مشروعية نفس التصرف كما في المقام، لأن الكلام في مشروعية تعليق العقد وعدمها.

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

وبالجمله، 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 الملكية فيهما مشروط بحصول القبض، بل كالبيع في الصرف والسلم قبل حصول القبض في المجلس وكالبيع 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.

ثم إن القاذح هو تعليق الإنشاء، وأما إذا أنشأ من غير تعليق صحّ العقد وإن كان المنشئ متردداً في ترتب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً، كمن ينشئ البيع وهو لا يعلم أن المال له، أو أن المبيع ممّا يتموّل، أو أن المشتري راضٍ حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك ممّا يتوقف صحّة العقد عليه عرفاً أو شرعاً، بل الظاهر أنّه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الأثر عليه إذا تحقّق القصد إلى التملك العرفي.

وقد صرح بما ذكرنا بعض المحققين، حيث قال: لا يخلّ زعم فساد المعاملة ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد. نعم، ربّما يشكل الأمر في فقد الشّروط المقومة [١]

وخامساً: بأن الدليل المزبور لا يجري 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. ويتعبير آخر: يكون وجوب الوفاء في تلك الموارد مراعى بانكشاف الحال لا موقوفاً على حصول أمر بعد ذلك.

وسادساً: بأن الدليل المزبور لا يجري في الموارد التي ثبت فيها عدم ترتب الوفاء على العقد كالوصية التمليلية، فإن الملك فيها للموصى له يحصل بعد موت الموصي فلا مانع في تعليق الوصية على أمر آخر أيضاً غير موت الموصي.

[١] يعني ما يكون معتبراً في صحة العقد شرعاً كملكية المبيع للبايع كشرط في انتقاله إلى المشتري، فالعلم بانتفاء ذلك فضلاً عن التردّد فيه لا يكون موجباً لانتفاء قصد الإنشاء أو التعليق في العقد، وما يكون دخيلاً في تحقّق عنوان المعاملة حتى مع الإغماض عن حكم الشارع بصحتها، بحيث لا يكون للعنوان المزبور تحقّق عند العرف بلا حصوله كما في الزوجية، بالإضافة إلى الطلاق فإنه لا يكون لعنوان الطلاق وقوع بالخارج إلّا في مورد ثبوت علقّة الزوجية، وكالعتق فإنه لا يتحقّق إلّا في مورد الرقية ففي مثل ذلك لا يمكن الإنشاء، يعني قصد الطلاق أو العتق مثلاً بدون إحراز الزوجية أو الرقية 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 وحيثئذ إذا مسّت الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه فلا بدّ من إبرازه بصورة التنجيز وإن كان في الواقع معلّقاً أو يوكل غيره الجاهل بالحال بإيقاعه؛ ولا يقدح فيه تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكل مالكاً للفعل؛ لأنّ فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن إلّا أنّ ظاهر الشّهاد في القواعد الجزم بالبطلان، فيما لو زوّجه امرأة يشكّ في أنّها محرّمة عليه أو محلّلة فظهر حلّها وعلل ذلك بعدم الجزم حال العقد.

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

مثل هذه الموارد فلا بد من الطلاق أو العتق منجزاً. ولكن يظهر من الشّهاد (١) في القواعد أن العقد حتى بصورة التنجيز مع عدم الجزم باطل، وقد ذكر أنه لو تزوج بامرأة يشكّ في كونها محرّمة عليه فظهر حلّها فالتّكاح باطل، لعدم الجزم حال العقد. ثمّ أزدف على ذلك الإيقاعات كما لو خالغ امرأة 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 مسألة بيع الوارث المال لظن حياة مورثه فإنه صحيح فيما لو ظهر موت المورث، وذلك فإن قصد التملك من الوارث حاصل جزماً كان هو المالك أو مورثه، غاية الأمر يكون التملك في الثاني فضولياً وتكون صحته فعلاً على تقدير موت المورث، ونظير هذا البيع تزويج أمة أبيه من آخر فظهر موت أبيه حال تزويجها، فإن

(١) القواعد والفوائد ٢: ٢٣٨، القاعدة ٢٣٨.

ثم قال: ويخرج من هذا البيع مال مورثه لظنه حياته، فبان ميتاً، لأنّ الجزم هنا حاصل، لكن خصوصية البائع غير معلومة وإن قيل بالبطلان امكن لعدم القصد إلى نقل ملكه، وكذا لو زوج أمة 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 خثنين فظهر رجلين أمكن الصحة وكذا بحضور من يظنه فاسقاً فظهر عدلاً ويشكلان في العالم بالحكم لعدم قصدهما إلى طلاق صحيح، انتهى.

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

القصد والجزم بالنكاح حاصل، غاية الأمر يكون النكاح على تقدير حياة أبيه فضولياً.

[١] المراد من طرفي الطلاق تزويج امرأة يشك في أنها محرمة عليه فبان حلها وتولية نائب الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليته للقضاء فبان أهلاً، والوجه في الفرق بينهما وبين الطلاق أن عنوان الطلاق لا يحصل إلا مع الزوجية كما مر، بخلاف النكاح فإن عدم كون المرأة محرمة عليه شرط شرعي في النكاح كما أن عدالة القاضي - مثلاً - شرط شرعي لتولي منصب القضاء، فيمكن إنشاؤهما مع الجزم وبلا تعليق.

أقول: بل لا فرق بينهما وبين بيع مال مورثه، لظنه حياته فبان ميتاً، وحكم الشهيد عليه السلام ^(١) ببطلانهما وبصحة بيع مال المورث لا يمكن المساعدة عليه.

[٢] اختلاف الإيجاب والقبول في المضمون: إما باختلاف في الملك كما إذا قال البائع: «بعتك هذا المال بكذا»، وقال غير المخاطب: «قبلت»، وإما باختلاف في

المشتري أو المثلث 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 لنفسي» لم ينعقد، ولو قال: «بع هذا من موكلك» فقال الموكل الغير المخاطب: «قبلت» صح.

العوضين كما إذا قال: «بعتك هذا المال بدينار»، فقال: «قبلت بعشرة دراهم»، وإما بالاختلاف في الشرط في المعاملة كما إذا قال: «بعتك هذا بكذا على أن تخط لي هذا الثوب»، فقال: «قبلت بلا شرط». والاختلاف في كل مورد من الموارد الثلاثة موجب لعدم حصول عنوان البيع والمعاودة، 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 منسوبة إلى موكله فاختلاف الإيجاب والقبول ب خطاب الوكيل والموكل لا يضر كما إذا قال خطاباً للوكيل بما هو وكيل: «بعتك هذا المال بكذا»، وقال: «قبلت لموكلتي»، 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 بذمة شخص ويقدم على المعاملة معه ولا يرضى بتملكه على عهدة الآخر، وعلى ذلك فلا يكون تملك ماله لأحد بإزاء مال ذمته وقبول شخص آخر بمثل ذلك العوض بيعاً. نعم إذا كان العوضان عينيّن خارجيتين فالمبادلة بينهما مقتضاها دخول إحداها في ملك من تخرج عن ملكه الأخرى فلا يضر الخطأ في تشخيص مالهما، بأن قال لأحد: «بعتك هذا المال بذلك»، زاعماً أنه مالك العوض، قال مالكه الأصلي: «قبلت»، فلا يضر الخطأ المزبور بتمام المعاملة وصدق البيع.

ومما ذكرنا في 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.

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 رحمته الله ^(١) 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 البائع يده عن شرطه. وفيه: أن البائع لو مات قبل إلغاء شرطه أو إقراره فلازم ما ذكر من خروج الشرط عن أصل المعاملة هو الحكم بدخول المبيع في ملك المشتري غاية الأمر يقوم ورثة البائع مقامه في فسخ المعاملة أو إلغاء الشرط، ولا أظن الالتزام منه أو من غيره بذلك.

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

وكذا لو قال: «بعتك العبد بمئة درهم»، فقال: «اشتريته بعشرة دينار»، ولو قال للاثنين: «بعكما 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 بمئة» فقال المشتري: «اشتريت كلّ نصف منه بخمسين»، وفيه إشكال.

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

[١] ولو قال لاثنين: «بعكما هذه العين بألف»، وقبل أحدهما بيع نصفها بخمسمئة ولم يقبل الآخر بيع النصف الآخر يكون البيع في النصف غير تام أيضاً 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 أيضاً النصف الآخر بخمسمئة في المثال الأول، أو قال المشتري في المثال الثاني: «اشتريت كل نصف بخمسمئة»، فالظاهر تمام البيع لا يخلو عن إشكال.

أقول: لا إشكال في الصحة لحصول التطابق بين الإيجاب والقبول بالإضافة إلى جزء المبيع وكله.

نعم الأظهر الحكم بالبطلان فيما لو كان القبول من واحد في المثال الأول أو قبول النصف فقط في المثال الثاني، والوجه في ذلك أن بيع المضاف إلى الكل ينحل إلى بيع أبعاضه المشاعة من النصف والثلث والرابع إلى غير ذلك بنسبة ذلك البعض إلى الثمن، سواء كان ذلك الكل يعدّ عرفاً واحداً خارجياً أو كان ينظرهم اثنين كما إذا جمع كتابي الرسائل والمكاسب وباعهما صفقة واحدة، غاية الأمر يكون في هذا القسم للبيع انحلال آخر وهو بيع كل من الكتابين بما يخصه من ذلك الثمن، وإذا كانت القيمة

ومن جملة الشُّروط في العقد: أن يقع [١] كلٌّ من إيجابه وقبوله في حالٍ يجوز لكلٍّ واحد منهما الإنشاء فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الإيجاب، لم ينعقد.

ثمَّ إنَّ عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب - كالموت والجنون والإغماء بل التَّوم - فوجه الاعتبار عدم تحقُّق معنى المعاقدة والمعاودة حينئذٍ.

السوقية للرسالة ثلث قيمة المكاسب يكون الانحلال إلى بيعها بربع الثمن وبيع المكاسب بثلاثة أرباعه.

وما عن بعض الأعاظم عليه السلام من اختصاص الانحلال بهذا القسم فقط ولا يجري بالإضافة إلى الأجزاء المشاعة للمبيع فضعه يظهر بالرجوع إلى بناء العقلاء، فإنه إذا ظهر ثلث الدار المبيعة ملكاً لغير البائع لا يرون فساد البيع رأساً بل فساده بالإضافة إلى ذلك الثلث.

وعلى كل فلا ريب في انحلال البيع بالإضافة إلى الأجزاء المشاعة للمبيع، غاية الأمر يكون التزام البائع أو المشتري بالوفاء ببيع كل من تلك الأجزاء موقوفاً 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 في المثال الأول، أو سكت المشتري عن قبول النصف الآخر في المثال الثاني، فهو بمنزلة 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] يعني أن الأمور المعتبرة في صحة التخاطب بحيث لا يكون الشخص مع فقدها قابلاً له، كالحياة والعقل وعدم الإغماء، يجب حصولها لكل من البائع والمشتري

وأما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصي، فهو شرط حقيقة، لا ركن، فإن حقيقة الوصية الإيصاء، ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، ولو ردّ جاز له القبول بعد ذلك. وإن كان لعدم الاعتبار برضاها، فلخروجه أيضاً عن مفهوم التعاقد والتعاقد، لأنّ المعتبر فيه عرفاً رضا كلّ منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه، كمن يعرض له الحجر بفلس أو سفّه أو رقّ - لو فرض - أو مرض موت. والأصل في جميع ذلك: أنّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق،

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 الوصية بقبول الموصى له بعد موت الموصي.

فإنه يقال: الوصية حتى التملكية منها لا تكون من العقود، بل هي في حقيقتها إيقاع، غاية الأمر صحة الإيقاع ونفوذه مشروط بعدم رد الموصى له، ففي أي 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 فإنّه لا يصح فيها ذلك.

وكذا الحال في الأمور التي تعتبر في صحة تصرفات المالك ورضاه كعدم السفه 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، يعني ما يعلم منه اعتبار الرضا كذلك من كل منهما إلى تمام القبول أنه لو فسخ البائع إيجابه قبل تمام قبول المشتري لغى الإيجاب فإن هذا الفسخ إبراز لعدم رضاه بتمام العقد، ولو لم يكن حين قبول القابل رضا الموجب معتبراً بل كان المعتبر رضا 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 المعاقدة، فإذا لم يكن هذا المعنى قائماً في نفس أحدهما، أو قام ولم يكن قيامه معتبراً، لم يتحقق معنى المعاقدة.

لا يقال: على ذلك فكيف يصح بيع المكره مع حقوق رضاه به إذا كان لحقوق الرضا كافياً يكون الرضا بعد الإيجاب وعند القبول أولى بالكفاية.

فإنه يقال: يمكن القبول بأن كفاية الرضا المزبور في مورد الإكراه للإجماع. انتهى. أقول: الأمور المعتمدة في المتعاقدين على نحوين قسم منها ما لا يصدق مع فقد عنوان البيع أو نحوه عرفاً، بل يصح عندهم أن يقال: لا بيع كالالتفات والقصد في كل من المتعاقدين حال الإنشاء، وفي هذا القسم يعتبر ما هو ملاك الصدق فلا يضر عدم الالتفات من القابل إلى إنشاء الموجب حال إيجابه، بل لو علم إيجابه مقارناً لتمامه أو بعده فقال مع عدم فوت الموالاة المعتمدة: «قبلت»، يحصل البيع.

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

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

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

(١) نقله السيد الخوئي رحمته الله في محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٤١.

ثم إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضا ببيع 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 القاعدة لأجل الإجماع.

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 وتمام القبول غير قادح كما ذكر السيد الخوئي رحمته الله (١).

والنحو الآخر ما يكون معتبراً في صحة البيع ووقوعه مورد الإمضاء عند العقلاء والشرع كاعتبار المالكية في كل من البائع 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 المعتبرة في كلا القسمين في كل من الموجب والقابل من حين العقد إلى تمام القبول كما هو ظاهر المصنف رحمته الله، وتصريح النائيني رحمته الله بكونه من القضايا التي قياساتها معها (٢)، ضعيف.

ولذا يذكر رحمته الله فيما يأتي أن صحة 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 المعتبر من رضا البائع في تأثير العقد رضاه عند تمام البيع أو بعده، ومع وقوع الفسخ قبل تمامه ينتفي موضوع الحكم بالصحة.

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٤١.

(٢) حاشية المكاسب للمحقق النائيني ١: ٢٩٣.

فرع: لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة، فهل يجوز أن يكتفي كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه، ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً في الثقل - كما لو فرضنا أنّه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب وجواز العقد بالفارسي - أردوها أخيراً [١] والأولان مبنيان على أنّ الأحكام الظاهرية - المجتهد فيها - بمنزلة الواقعية الاضطرارية، فالإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحّته عند من يراه باطلاً بمنزلة إشارة الأخرس وإيجاب العاجز عن العربية وكصلاة المتيّم بالنسبة إلى واجد الماء أم هي أحكام عذرية لا يعذر فيها إلّا من اجتهد أو قلّد فيها؟

[١] ووجه كونه أردوها أنه إذا قيل بأن الحكم الظاهري في حق أحد كالحكم الاضطراري في كونه واقعياً ثانوياً وأنّ الإيجاب بالفارسية مثلاً كإشارة الأخرس، وتقديم القبول مع اعتقاد القابل جوازه كتأخيره في تمام العقد، يصبح العقد المزبور تاماً في حقهما معاً ولو بحسب الحكم الواقعي الثانوي.

وهذا بخلاف ما ذكره الله في الموالاة والتنجيز وعدم بقاء البائع 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 صحة الإيجاب بناءً على مسلك السببية وكونه كإشارة الأخرس موجباً لصحة القبول من المشتري الذي يرى بطلان قبوله باعتبار كونه معلقاً، وكذا الحال في فقد الموالاة، حيث إنّ مع فقدها بين الإيجاب والقبول يكون فعل من يعتبرها باطلاً ولا يجدي في صحتها صحة فعل الآخر، ولكن قد يقال: إنّ المعاملة لا يمكن تفكيكها في

والمسألة محرّرة في الأصول، هذا كلّ إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر كالصرّاحة والعريّة والماضوية والترتيب.

الصحة بالإضافة إلى المتعاقدين، فإن معنى صحة البيع مثلاً حصول ملكية المبيع للمشتري بالعوض، وصحة النكاح بمعنى حصول الزوجية بين المتعاقدين وهكذا. وإذا كانت المعاملة التي يرى الموجب مع فقد الموالاة صحيحة، فصحتها واقعاً تحصل بحصول ملكية المبيع واقعاً للمشتري بإزاء الثمن كما هو مقتضى إطلاق دليل الاعتبار بناءً على مسلك السببية، ولا يمكن مع حصولها كذلك فسادها وعدم حصول الملكية لها بالإضافة إلى المشتري، وكذا الحال في النكاح وغيره من المعاملات. ولو أمكن التفكيك في الصحة أمكن أيضاً فيما كان فعل أحدهما في نظره صحيحاً وفعل الآخر فاقداً للشرط فقط، كما إذا أنشأ الإيجاب باللغة الفارسية في النكاح ويرى القابل بطلان عقد النكاح بغير العربية فإنه يمكن معه دعوى أن صحة الإيجاب باللغة الفارسية بالإضافة إلى الموجب فقط، لا حتى بالإضافة إلى القابل المزبور.

والمتحصل أن الأحكام التكليفية التي تكون موضوعاتها الأفعال الخارجية فيمكن فيها أن يكون فعل خارجي موضوعاً لحكم تكليفي بالإضافة إلى مكلف ولا يكون موضوعاً لذلك الحكم بالإضافة إلى مكلف آخر، كما إذا سافر المكلف إلى أربعة فراسخ ورجع في يومه فيمكن على القول بالسببية التبعض بأن يكون السفر المزبور موضوعاً لوجوب القصر واقعاً بالإضافة إلى مكلف ولا يكون موضوعاً بالإضافة إلى آخر.

وكذا الحال في الأحكام الوضعية التي تكون موضوعاتها الأعيان الخارجية أو الأفعال الخارجية فيمكن أن تكون عين موضوعاً واقعاً للنجاسة بالإضافة إلى مكلف ولا تكون موضوعاً لها بالإضافة إلى آخر.

وأما المعاملات فلا يمكن فيها التفكيك في الصحة والفساد، بأن تصح بالإضافة إلى طرف دون الطرف الآخر. وفيه: أنه بناءً على مسلك السببية يكون العقد المفروض

وأما الموالاة والتنجز وبقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر العقد. فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع لأنّ بالإخلال بالموالاة أو التّنجيز أو البقاء على صفات صحّة الإنشاء يفسد عبارة من يراها شروطاً، فإنّ

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 موجباً لتقديم الصحة فلازمه أن يحكم بالصحة فيما إذا أتى المجتهد الذي يرى اعتبار العربية بالإيجاب بغيرها وأتى المجتهد الثاني أيضاً 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 السببية الإيجاب الواقع من المجتهد الأول باطل واقعاً حتى بنظر المجتهد الثاني، كما هو مقتضى مسلك السببية، حيث إن عدم اعتبار العربية بناءً على ذلك المسلك مختص بمن يرى عدم اعتبارها. وعلى ذلك فإذا أتى المجتهد الأول بالإيجاب بالعربية وأتى الثاني القبول بغيرها يكون العقد بناءً على ذلك المسلك صحيحاً واقعاً بحسب نظر كلا المجتهدين، فأما المجتهد الثاني فلائنه لا يرى اعتبار العربية، وأما بنظر المجتهد الأول فلائن ذلك مقتضى سقوط العربية عن الشرطية في القبول الصادر عن المجتهد الثاني.

والحاصل: أن مقتضى مسلك السببية تعين صحة العقد لا تردّه بين أن يحكم بالصحة لكلا الطرفين أو بالفساد كذلك، ليكون تقديم الصحة على الفساد ترجيحاً بلامعين، ومما ذكرنا يظهر صحة التفصيل الذي ذكره المصنف رحمته الله فإنه إذا أتى بالإيجاب ممن يرى اعتبار الموالاة في العقد ثم بعد فواتها قبل القابل الذي لا يرى اعتبارها يكون قبول ذلك القابل صحيحاً حتى عند الموجب، بناءً على مسلك السببية

الموجب إذا علّق مثلاً، أو لم يبقَ على صفة صحة الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروعية ذلك، لم يجز من القائل ببطلان هذا تعقيب هذا الإيجاب بالقبول، وكذا القابل إذا لم يقبل إلا بعد فوات الموالة بزعم صحّة ذلك فإنّه يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالة، فتأمل.

ولكن إيجاب نفسه باطل، حيث إن الموالة معتبرة في الإيجاب الذي فعله حتى بناءً على مسلك السببية، فتدبر.

هذا كله بناءً على السببية، وأما بناءً على مسلك الطريقة فيقع الكلام تارة في المعاملة من شخصين يرى أحدهما بحسب اجتهاده أو تقليده صحة فعله ويرى الآخر بطلانه، كما إذا كان البائع مقلداً لمن يقول ببطلان المعاطاة وقبل المشتري الإيجاب بنحو المعاطاة فهل يحكم بفساد البيع أم لا؟ وأخرى في أنه هل يجوز لشخص آخر من غير المتعاملين ترتيب آثار الصحة على المعاملة الصادرة التي يرى الآخر بحسب اجتهاده أو تقليده بطلانها، كما إذا أراد شراء مال يعلم أن بايعه تملكه بالمعاطاة التي لا يرى من يريد الشراء صحتها. ونظير ذلك ما إذا أراد شراء أرض من امرأة يعلم أنها تملكها من زوجها بالإرث، مع أن هذا الشخص يرى أن الزوجة لا ترث من العقار، فنقول في المقام الأول: لا ينبغي الريب في أن المعاملة الواحدة لا تتبع في الصحة والفساد بالإضافة إلى المتعاملين، حيث لا تبدل في الشرائط المعتبرة في المعاملة.

وأنه يكفي في بطلانها واقعاً الإخلال بتلك الشرائط ولو من أحدهما، ولكن التفكيك بين المتعاملين في صحة المعاملة وفسادها بالحكم الظاهري أمر ممكن، حيث لا بعد في قيام حجة عند أحدهما بصحة المعاملة المفروضة وعند الآخر على بطلانها فيعمل كل منهما على طبق الحجة القائمة 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،

لا اعتبار 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 عليه السلام وهو: أن من لا يرى اعتبار أمر في معاملة يرى الآخر اعتباره فيها لو كان مستنداً إلى أصل عملي من أصالة الطهارة أو الحلية أو استصحابهما أو البراءة عن الشرطية - مثلاً - يلزم من الطرفين ترتيب آثار الصحة عليها، وإلا كان الأمر كما تقدم، ونتعرض لهذا التفصيل في المقام الثاني إن شاء الله تعالى.

وأما المقام الثاني، فلا ينبغي الريب أيضاً في أنه للآخر ترتيب آثار الصحة فيما إذا كان الصادر نكاحاً يرى المتعاقدان صحته، بل يجب على الآخرين ترتيب آثار الصحة حتى مع علمهم بطلانه واقعاً بحسب حكم الشارع فإن على ذلك سيرة المسلمين، وتدل عليها أيضاً معتبرة أبي الحسن الحذاء، قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فسألني رجل: ما فعل غريمك؟ قلت: ذاك ابن الفاعلة، فنظر إلي أبو عبد الله عليه السلام نظراً شديداً. قال: فقلت: جعلت فداك، إنه مجوسي أمه أخته، فقال: «أو ليس ذلك في دينهم نكاحاً»^(١).

ومقتضى هذه المعتبرة أنه لا يجوز للابن نكاح زوجة أبيه - مثلاً - حتى فيما إذا علم الابن فساد ذلك النكاح، نعم لولا هذه المعتبرة والسيرة 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 الطرقية يكون مستثنى في المقام الثاني دون المقام الأول، فإنه إذا أنشأت المرأة النكاح بإيجاب يرى القابل بطلان ذلك

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

(٢) سورة النساء: الآية ٢٢.

.....

الإيجاب فلا يحكم بصحة النكاح واقعاً ولا ظاهراً بالإضافة إلى الزوج.

وقد يقال: إن المتعاقدين المختلفين إن كانت صحة فعل أحدهما مقتضى الأصل كأصالة الحلية أو الطهارة أو استصحابها أو البراءة فلا بد من الحكم بصحة العقد؛ لأن الأصل المزبور مسقط لما يعتبره الآخر عن الشرطية بالإضافة إلى الأول، كما إذا رأت المرأة صحة النكاح المنشأ بغير العربية وذكرت إيجابها بالفارسية وقبله الرجل بالعربية مع اعتقاده اعتبارها، فإن العقد المزبور يكون صحيحاً عندهما، أما عند المرأة فظاهراً، وأما عند الرجل فإن أصالة البراءة الجارية عند المرأة على اعتبار العربية قد أسقط اعتبارها عند الإيجاب، ويكون المقام نظير ما كان المأموم مخالفاً لإمامه في جزء الصلاة أو شرطها كما إذا كان الإمام معتقداً عدم وجوب السورة بعد الحمد في الركعتين الأوليتين فتركها والمأموم معتقداً وجوبها، فإنه يجوز له الاقتداء.

ومما ذكر يظهر الحال فيما إذا رأى المتعاقدان صحة 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 بلافق بين كون منشأ اعتقاد الإمام صحة صلاته أصلاً عملياً أو أمارة، والسرفي ذلك أن مثل حديث: «لا تعاد»^(١) يقضي بصحة صلاة 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»

(١) وسائل الشريعة ١: ٣٧١، الباب ٣ من أبواب الوضوء، الحديث ٨

مسألة أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

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

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

والحاصل: لا خصوصية للأصل العملي ولا لباب الصلاة، بل يعم ما ذكر كل مورد سقط فيه الاعتبار الأولي سقوطاً واقعياً للجهل أو غيره، ومفاد الأصل كالأمانة لا يكون إلا حكماً طريقياً والحكم الطريقي شأنه التنجيز والتعذير، لا حكماً نفسياً ليكون حاكماً على أدلة الاشتراط، ويرتفع موضوع وجوب التدارك مع كشف الخلاف بعد ذلك. ألا ترى أنه لو جرت أصالة الطهارة أو استصحابها في ماء غسل به المتنجس ثم انكشف نجاسة ذلك الماء لا يحكم بطهارة ذلك المغسول مع أنه على الحكومة 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 فساد من جهة خصوص الأمور المعتبرة 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 برواية: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١)، التي رواها العامة وذكرها بعض أصحابنا في كتبهم الفقهية. ومفادها ضمان المال المقبوض وخسارة تلفه على عهدة الآخذ كما هو مقتضى إسناد الظرف إلى المال، كما أن إسناد الظرف إلى فعل ظاهره الوجوب تكليفاً.

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

عدم الملك، فلاّنه مقتضى فرض الفساد. وأمّا الضّمان بمعنى كون تلفه عليه - وهو أحد الأمور المتفرّعة على القبض بالعقد الفاسد - فهو المعروف، وأدعى الشيخ في باب الزّهن، وفي موضع من البيع: الإجماع عليه صريحاً، وتبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد وفي السّرائر: أنّ البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب في الضّمان، وفي موضع آخر نسبته إلى أصحابنا.

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

أقول: الرواية لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها، ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يخفى ما فيها، لقوة استنادهم في حكمهم بالضمان إلى ما نذكر من جريان سيرة 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 مسروقة، قال: «يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته»^(١)، وهذه وإن كانت مرسلة إلّا أن مضمونها وارد في البعض الآخر من الروايات المعتمدة.

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

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

ويدلّ عليه: النبوي المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى». والخدشة في دلالة: بأن كلمة «على» ظاهرة في الحكم التكليفي فلا يدلّ على الضمان، ضعيفة جداً، فإنّ هذا الظهور إنّما هو إذا اسند الظرف إلى فعل من أفعال المكلفين، لا إلى مال من الأموال، كما يقال: «عليه دين»، فإنّ لفظة «على» حينئذٍ لمجرّد الاستقرار في العهدة، عينا كان أو ديناً.

الأصل بطريق أولى، ولكن يمكن المناقشة في الاستدلال بوجوه.

منها: أن يأخذ المشتري ولده بقيمته حكم تعبدى لا تقتضيه قاعدة ضمان التلف فإن الولد تابع للأب فالولد حر، وفرضه رقاً وإعطاء قيمته لمالك الجارية عوضاً عما فات من منفعتها عند المشتري وهي قابلية رحمها للاستيلاء تعبد، غاية الأمر يكون الفرض مثل ما إذا زرع إنسان أرض الآخر فعليه عوض منفعة تلك الأرض الفاتئة بيده، أي أجرة مثلها.

ودعوى أن عليه قيمة الزرع المزبور يعطيها لصاحب الأرض خارجة عن قانون ضمان التلف.

وبالجملة: بما أن الحكم في الرواية تعبد فلا يمكن التعدي إلى ضمان تلف الجارية، فضلاً عن كونه بالأولوية.

ومنها: أن الرواية لا دلالة لها على الضمان في تلف المال فيما إذا كان وضع اليد عليه بالمعاملة الفاسدة مع مالكة كما هو محل الكلام أو دخل فيه وإنما تدل على الضمان في مورد فساد البيع بالغصب وعدم كون بايعه مالكاً والضمان في هذه لا يلزم الضمان في الأولى.

ومنها: ما أشار إليه عليه السلام بقوله: «فليس استيلاها من قبيل إتلافها... إلخ»، وحاصل المناقشة أن المفروض في الرواية من قبيل إتلاف المنفعة فيكون ضمانها ضمان إتلاف

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

ويدلّ على الحكم المذكور أيضاً: قوله ﷺ في الأمة المبتاعة إذا وُجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري: «إنّه يأخذ الجارية صاحبها، ويأخذ الرّجل ولده بالقيمة»، فإنّ ضمان الولد بالقيمة - 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 كالتّلف لا المتلف، فافهم.

ثمّ إنّ هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» وهذه القاعدة أصلاً وعكساً وإن لم أجدها بهذه العبارة في كلام من تقدّم على العلامة، إلّا أنّها تظهر من كلمات الشّيخ ﷺ في المبسوط، فإنّه علّل الضّمان في غير واحد من العقود الفاسدة: بأنّه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه.

لا ضمان التلف، كما هو مورد الكلام في المقام.

وأجاب ﷺ: أن استيلاذ الأمة 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 كالتّلف لا المتلف بفعل المشتري.

أقول: قد ذكرنا أن الولد لا يكون من نماء الرحم الذي يكون لصاحب الجارية، بل ملكه قابلية رحمها للاستيلاذ التي استوفاهها المشتري باستيلاذها، فالضمان في المورد من ضمان المنفعة المتلفة على مالك الجارية كما لا يخفى.

وحاصله: أن قبض المال مقدماً على ضمانه بعوض واقعي أو جعلي موجب للضمان، وهذا المعنى يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحيحها. وذكر أيضاً في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد: أن صحيحه لا يوجب الضمان فكيف يضمن بفاسده؟ وهذا يدل على العكس المذكور. ولم أجد من تأمل فيها عدا الشهيد في المسالك فيما لو فسد عقد سبق في أنه يستحق السابق أجرة المثل أم لا؟

وكيف كان، فالمهم بيان معنى القاعدة أصلاً وعكساً، ثم بيان المدرك فيها. فنقول ومن الله الاستعانة: إن المراد بـ«العقد» أعم من الجائز واللازم، بل مما كان فيه شائبة الإيقاع، أو كان أقرب إليه [١] فيشمل الجمالة والخلع.

نعم لا حاجة في الحكم بضمان اليد إلى الرواية فإن الضمان في غير موارد الاستيمان المالكي أو الشرعي قد جرت عليه سيرة العقلاء ولم يردع عنها الشرع، فيكون الضمان في ذلك نظير سائر الأحكام التي يكون الدليل عليها السيرة العقلانية. [١] الأول: كما في الجمالة، حيث قيل إنها من الإيقاع وإنها تتم بالإيجاب من الجاعل فقط، وإن العمل من العامل لا يكون قبولاً، ولذا يكون رد الضالة ولو بعد زمان تفوت معه الموالاة بين الإيجاب والقبول موجباً لاستحقاق الراد الجعل، وكذا يستحق ذلك الجعل حتى الصبي الراد للضالة مع عدم الاعتبار بقبوله. وكيف ما كان، فلو تم القول بأنها عقد يكفي في قبولها العمل حتى مع الفصل المزبور، فيكون فيها شائبة الإيقاع واحتماله.

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

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

ثم تداركه من ماله، تارة يكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضى هو والمالك على كونه عوضاً وأمضاه الشارع، كما في المضمون بسبب العقد الصحيح. وأخرى بأداء عوضه الواقعي وهو المثل أو القيمة وإن لم يتراضيا عليه.

وثالثة بأداء أقل الأمرين من العوض الواقعي والجعلي، كما ذكره بعضهم في بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض.

[١] وحاصل ما أفاده عليه السلام: أن الضمان عبارة عن كون درك المال وخسارة تلفه على الشخص، بأن يجب عليه تداركه من ماله بأداء البدل منه، والتدارك بالبدل إما أن يكون بأداء العوض المسمى كأداء الثمن في ضمان المبيع والأجرة المسماة في ضمان المنفعة أو يكون بأداء البدل الواقعي، يعني المثل أو القيمة أو أقل الأمرين من العوض المسمى والبدل الواقعي. وإطلاق الضمان وعدم تقييده بالعوض المسمى أو بأقل الأمرين مقتضاه ثبوت العوض الواقعي، ولذا يحمل إطلاقه على ذلك في الضمان المشروط في مثل العارية أو فيما ورد في أدلة المضمونات من المغصوبات وغيرها.

وبالجملة: فالتفكيك في الضمان بين فرض فساد البيع بحمله على العوض الواقعي وبين فرض صحته بحمله على الثمن المسمى باعتبار القرينة في الثاني، وإطلاقه في الأول لا باعتبار أن ضمان المبيع - مثلاً - بالثمن المسمى ينافي فرض الفساد، فإنه يمكن فرض فساد المعاملة ومع ذلك يكون المال عند تلفه ملكاً له، كما مر نظير ذلك في ملزمات المعاطة على القول بالإباحة.

فإذا ثبت هذا، فالمراد بالضمان بقول مطلق، هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي، لأن هذا هو التدارك حقيقة، ولذا لو اشترط ضمان العارية لزوم غرامة مثلها أو قيمتها. ولم يرد في أخبار ضمان المضمونات -من المغصوبات وغيرها- عدا لفظ «الضمان» بقول مطلق.

وأما تداركه بغيره فلا بد 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 المسمى -نظير الضمان في العقد الصحيح- ضعيف في الغاية، لا لأن ضمانه بالمسمى يخرج من فرض الفساد، إذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة وإن كان عند تلف أحدهما يتعين الآخر للعوضيّة -نظير المعاوضة على القول بالإباحة- بل لأجل ما

أقول: لا يخفى أن الضمان في صحيح البيع مثلاً ضمان معاوضي يثبت ملك الثمن للبائع 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 العارية صحيحة أو فاسدة، فلا بد من أن يراد بالضمان المعنى العام وهو ثبوت البدل للمال، والمعنى أن كل مورد ثبت فيه ملك بدل المال لمالكه مع صحة العقد، سواء كان ثبوت ملك البدل معلقاً على تلف المال كما في مورد ضمان عارية الذهب والفضة ونحوهما، أو مطلقاً كما في ضمان المشتري الثمن للبائع ويثبت البدل مع فرض فساد العقد، غاية الأمر يكون البدل في فرض الفساد من ضمان التلف دائماً.

والحاصل: أن ما ذكره المصنف رحمته الله في المراد بالضمان في القاعدة وهو: كون

عرفت من معنى الضمان، وأن التدارك بالمسمى في الصحيح لإمضاء الشارع ما تواطئنا على عوضيته، 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 أفرادها مثل البيع والصلح والإجارة ونحوها، لجواز كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان، وإنما المقتضي له بعض أصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف، مثلاً الصلح بنفسه لا يوجب الضمان، لأنه قد لا يفيد إلا فائدة الهبة الغير المعوضة أو الإبراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على

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

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

[١] يعني أن الضمان يراد به كون خسارة المال ودركه عليه بتداركه من ماله وإفادة كون التدارك بالعوض المسمى يكون بتعدد الدال والمدلول، ومع عدم الدال الآخر يكون مقتضى إطلاق الضمان هو التدارك بالعوض الواقعي، يعني المثل أو القيمة، وقد ظهر أن لفظ الضمان في القاعدة المزبورة لم يستعمل إلا في معنى واحد بالإضافة إلى صحيح العقد وفاسده، فلا يلزم فيها التفكيك بينهما.

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

المعاوضة، فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضاً، ولا يلتفت إلى أن نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً فلا يضمن بفاسده، وكذا الكلام في الهبة المعوضة، وكذا عارية الذهب والفضة.

نعم، ذكروا في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم: أن صحيح العارية لا يوجب الضمان فينبغي أن لا يضمن بفاسدها، ولعل المراد عارية غير الذهب والفضة، وغير المشروط ضمانها.

في فاسدها ضمان أيضاً، وقد لا يكون لنوع آخر موجباً للضمان بمعنى أنه لا يكون في أفراده الصحيحة ضمان كالوديعة فتكون أفرادها الفاسدة أيضاً كذلك، وثالثة لا يكون النوع موجباً للضمان مع ثبوته في بعض أصنافه كالعارية فإن نوعها لا يوجب الضمان ويكون الضمان في مثل عارية الذهب والفضة.

وعلى ذلك فلو كان العموم في القاعدة بحسب الأنواع فقط أصلاً وعكساً لكان مفادها عدم الضمان في فاسد عارية الذهب والفضة باعتبار أنه لا يكون في نوع العارية ضمان، وعلى ذلك فلا بد من كون العموم في القاعدة بلحاظ الأنواع والأصناف بأن يكون مفادها أن كل نوع من العقد أو صنف من نوعه كان في صحته ضمان ففاسده أيضاً يكون تابعاً لصحته في الضمان، فيكون الضمان في العارية المزبورة 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 الله في عبارته بقوله: وربما يحتمل في العبارة... إلخ، وعلى ذلك فلو باع البائع متاعه بلائمن بأن قال: «بعتك بلائمن» وقبله المشتري فلا يثبت في ذلك ضمان المبيع؛ لأن هذا البيع على

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفساد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكاً بهذه القاعدة إشكال، كما لو استأجر إجارة فاسدة واشترط فيها ضمان العين، وقلنا بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفاسد لأن صحيحه يضمن

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

فإنه يقال: ظاهر عبارة القاعدة تبعية 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 العبارة فعلية القسمين لا تقديرهما، فيكون مفادها ثبوت الضمان في المثالين المتقدمين باعتبار ثبوت الضمان في جميع الأفراد الصحيحة لنوع البيع أو الإجارة.

أقول: الظاهر عدم الفرق في النتيجة بين إرادة النوع أو الصنف أو الأشخاص وأنه لا يثبت الضمان في المثالين المتقدمين باعتبار أن البيع بمعناه لا ينطبق على المعاملة المزبورة، حيث إن مفاد قوله: «بعتك بلا ثمن»، إرادة التملك مجاناً، وهذا في حقيقته هبة مجانية قد عبر عنها بلفظ البيع فلا ضمان فيها ولا يبعد صحتها، إذ لا يعتبر في إنشاء الهبة لفظ خاص. وكذا الحال في قوله: «أجرتك بلا أجر»، فإنه من تملك المنفعة مجاناً فلا ضمان فيه.

به ولو لأجل الشرط، أم لا؟ وكذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة. ويظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها مطلقاً [١] تبعاً لظاهر المسالك. ويمكن جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل بناءً على أنها هبة مشروطة لامعاوضة.

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 لأجرة كما اختاره الشهيدان أو باع بلا ثمن كما هو أحد وجهي العلامة في القواعد، ويضعف بأن الموضوع هو العقد الذي يوجد له بالفعل صحيح وفاسد لا ما يفرض تارة صحيحاً وأخرى فاسداً فالمتعين بمقتضى هذه القاعدة الضمان في مسألة البيع، لأن البيع الصحيح يضمن به.

نعم ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة بأنه أقدم على العين مضمونة عليه لا يجري في هذا الفرع لكن الكلام في معنى القاعدة لا في مدركها. ثم إن لفظة «الباء» [٢] في «بصحيحه» و«بفاسده»، إمّا بمعنى «في»، بأن يراد: كل ما تحقق الضمان في صحيحه تحقق في فاسده، وإمّا لمطلق السببية الشامل للناقصة لا العلة التامة، فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض، كما في السلم والصرف، بل مطلق البيع، حيث إن المبيع قبل القبض مضمون على البائع، بمعنى أن ذكره عليه، ويتداركه برد الثمن، فتأمل، وكذا الإجارة والنكاح والخلع، فإن المال في ذلك كله مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلمه من انتقل إليه.

[١] أي بفاسد الإجارة، سواء كان الضمان له شرط أم لا.

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

وأما العقد الفاسد، فلا يكون علة تامّة 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 علّل الضمان الشيخ وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونة 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 سببية الضمان ويقال: كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؟ وقد ظهر من ذلك أيضاً: فساد توهم أن ظاهر القاعدة عدم توقّف الضمان في الفاسد على القبض، فلا بدّ من تخصيص القاعدة بإجماع ونحوه.

كون المراد بها الدخالة ولو بشرط القبض، وأنه إذا كان صحيح العقد دخیلاً 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 القاعدة 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 بضمان الزوج المهر المسمى أو بضمان المستعير تلف الذهب أو الفضة، ومع فرض فساد النكاح أو العارية ينتفي 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 بالأدلة العامة فلا بد من التكلم في تلك الأدلة بدلاً عن التكلم في القاعدة فيرى أن تلك الأدلة تعم العقود الفاسدة أم لا.

ثم إن المدرك لهذه الكلية [١] - على ما ذكره في المسالك في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل - هو إقدام الآخذ على الضمان [٢]، ثم أضاف إلى ذلك قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى». والظاهر أنه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط، حيث علل الضمان في موارد كثيرة - من البيع والإجارة الفاسدين - بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى، فإذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة.

[١] ولعل مراد المسالك ^(١) في تعرضه للقاعدة في مسألة الشروط هو: أن كون العين المرهونة 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 أن العين المرهونة في الرهن الصحيح ليست مضمونة على المرتهن فلا تكون مضمونة في فاسده أيضاً، هذا بالإضافة إلى قبل انقضاء الأجل والبناء على أن الشرط المزبور فاسد ومفسد للرهن، وأما بعد انقضاء الأجل فتدخل العين المرهونة في ضمان المرتهن، حيث إن صحيح البيع فيه ضمان فيكون الضمان بفاسده أيضاً، والمفروض تحققه بفعالية المعلق عليه بمقتضى شرط النتيجة، فيكون المشتري - يعني المرتهن - ضامناً للعين المرهونة بعدها.

[٢] قد ذكر في أدلة الضمانات أمور: منها قاعدة الإقدام على الضمان، وأورد عليها

المصنف عليه السلام بوجهين:

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

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

هذا كله، مع أن مورد هذا التعليل أعم من وجه من المطلب، إذ قد يكون

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

والثاني: أن النسبة بين الإقدام وثبوت الضمان العموم من وجه، فلأنه 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 متاعاً 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 الإجارة بلا أجر.

أقول: الأولى في المثال للضمان مع عدم الإقدام فيما إذا أخذ العين الموهوبة له مجاناً فبانت ملك لآخر فإنه بقبوله الهبة من غير مال كها مع جهله بالحال لم يقدم على الضمان أصلاً.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من المثال لثبوت الضمان مع عدم الإقدام فيمكن المناقشة فيه بعدم ثبوت الضمان في مثالي البيع بلا ثمن أو الإجارة بلا أجر كما مر، وأما مسألة شراء المتاع بثمن معين بشرط كون ضمان تلفه على البائع حتى بعد القبض فالشرط المزبور باعتبار فساده يكون ملغى، ويصح أصل البيع ويثبت الضمان المعاملي فيجب على المشتري دفع الثمن عند أخذه المبيع.

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

نعم، قوى الشهيدان في الأخير عدم الضمان، واستشكل العلامة في مثال البيع في باب السلم.

وبالجملة، فدليل الإقدام - مع أنه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله - منقوض طرداً وعكساً.

وأما خبر «على اليد» فدلالته [١] وإن كانت ظاهرة وسنده منجبراً إلا أن مورده مختص بالأعيان فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة، اللهم إلا أن يستدل على الضمان فيها بما دلّ على احترام مال المسلم وأنه لا يحلّ مال امرئ إلا عن طيب نفسه، وأن حرمة ماله كحرمة دمه وأنه لا يصلح ذهاب حق أحد مضافاً إلى أدلة نفي الضرر فكلّ عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره

[١] قد تقدم أن الحديث نبوي^(١) ضعيف ذكر في بعض الكتب الفقهية أخذاً من العامة.

ودعوى انجبار ضعفه بعمل المشهور مدفوعة بأنه لم يحرز استنادهم في حكمهم بالضمان، ويكفي في ذلك ملاحظة كلام الشيخ عليه السلام^(٢) واستدلّاه على الضمان بالإقدام دون الحديث، وفي دلالته أيضاً على ضمان المنافع قصور فإن الذيل فيه قرينة على انحصار مدلوله بما إذا كان المأخوذ قابلاً للردّ إلى مالكه كما في العين، وأما المنافع فهي غير قابلة للرد المستوفى منها أو غيرها، حيث إنها تفوت بمرور الزمان وهذا بالإضافة إلى منافع الأعيان التي تؤخذ بتبع أخذ تلك الأعيان، وأما الأفعال كالخياطة

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

(٢) المبسوط ٦: ٣٠٢.

وتحصيلاً لفرضه، فلا بدّ من أداء عوضه لقاعدتي الاحترام ونفي الضرر.
ثمّ إنّّه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ [١] ومن تبعه من الاستدلال على الضمان

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

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

وبعبارة أخرى: لا بد من تقييد إطلاق الذيل بذكر العدل وهو رد البدل والمنافع
كالأعيان التالفة قابلة للرد ببدلها، وأما ما دل على احترام مال المسلم فمقتضاه الضمان
مع الإتلاف أو الاستيفاء لا ضمان التلف سواء كان المتلف عيناً أو منفعة، فإن عدم
الضمان في المأخوذ بالبيع الفاسد الذي تلفت عينه ومنفعته بأفة سماوية لا ينافي قاعدة
الاحترام، خصوصاً 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 إلا بطيب نفسه»^(٢) لا يدل على
الضمان أصلاً، بل مدلوله حرمة التصرف في مال الغير من دون رضاه.

وأما قاعدة اللاضرر^(٣) فلا حكومة لها في المقام، فإن مقتضاها انتفاء الأحكام
الموجبة 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 خارجة عن مدلول القاعدة.

[١] وحاصله أن الموجب للضمان في مورد تلف العين أو المنفعة هي قاعدة

(١) عوالي اللآلي ٣: ٤٧٣، الحديث ٤.

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

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

بالإقدام والدخول عليه: بيان أن العين والمنفعة اللذين تسلمهما الشخص لم تسلمهما مجاناً وتبرعاً حتى لا يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض، كما في العمل المتبرع به والعين المدفوعة مجاناً أو أمانة، فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال واحترام الأعمال. نعم في المسالك ذكر كلاً من الإقدام واليد دليلاً مستقلاً فيبقى عليه ما ذكر سابقاً من النقض والاعتراض.

ويبقى الكلام حيثئذ في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى الضامن ولم يقع بأمره كالسبق في المسابقة الفاسدة حيث حكم الشيخ والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق أجره المثل خلافاً لآخرين ووجهه: أن عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر ولم يقع بأمره أيضاً.

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

أقول: الصحيح أن يقال: إن وضع اليد على مال الغير، من دون إلغاء ماله حرمة ذلك المال كما في الهبة مجاناً أو الإذن في إتلافه كذلك، ومن دون جعل المالك قابض المال أميناً موجب لكون ضمان تلفه عليه، سواء كان المال المزبور عيناً أو منفعة؛ لأن وضع اليد على المنفعة يكون بوضعها على العين، وهذا الضمان في الموارد المشار

(١) المبسوط ٦: ٣٠٢.

(٢) المسالك ٣: ١٥٤ و ٤: ٥٦.

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

إليها مما جرت عليه سيرة العقلاء ولم يردع عنها الشرع فتكون كسائر الأحكام التي يكون الدليل عليها السيرة العقلانية في موارد.

ثم إنه ربما يحكم الشارع بكون القابض أميناً ولا يكون له ضمان التلف كما في أخذ اللقطة، وربما يحكم بالضمان في مورد الأمانة المالكية كما في عارية الذهب والفضة فيكون المال في الأول أمانة شرعية، وفي الثاني مضموناً بتضمين شرعي، وهذا كله بالإضافة إلى ضمان التلف في الأعيان والمنافع التابعة لها، وأما في الأعمال فإن لم يكن للعمل مالية عند العقلاء فلا يكون العمل موجباً للضمان على أحد إلا إذا كان ضماناً معاملياً أمضاه الشارع، كما في ضمان السبق في عقده، ومع البطالان لا يكون ضماناً؛ أما المعاملي فلفساد المعاملة، وأما ضمان الاحترام فالمفروض عدم المالية له. وأما الأعمال التي لها مالية عند العقلاء فإن كان العامل متبرعاً بها وهذا معنى إسقاطه حرمة عمله فلا ضمان على أحد، وكذا إذا لم يكن عمله بالمعاملة مع الغير أو بأمر ذلك الغير أو إذنه في العمل بالأجرة وأما إذا كانت في البين معاملة فإنه يثبت معها ضمان الأجرة المسماة مع صحتها، ويثبت مع فسادها أجرة المثل، وكل ذلك للسيرة الدارجة 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 حرمة ماله، وعلى ذلك فلو ظهر أن العين الموهوبة مجاناً كانت ملكاً للغير ضمن المتهم ضمان تلفه ولو مع إقدامه عليه. نعم، في الأعمال مجرد عدم إقدام الشخص على ضمانها كافٍ في عدم ثبوت أجرة المثل عليه.

ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد [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 أمانة مالكية، لأنه دفعه على أنه ملك المدفوع إليه، لأنه أمانة عنده أو عارية، ولذا لا يجوز له التصرف فيه والانتفاع به، وسيأتي تنمة ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري. هذا كله في أصل الكلية المذكورة.

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 والمضاربة والعارية الغير المضمونة، بل المضمونة - بناءً على أن المراد

[١] ذكر 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 يقتضي الضمان في كلا الفرضين، كما أن الفتوى بالضمان في فاسد العقد مطلق يعمهما.

نعم ربما يستدل على عدم الضمان في صورة علم الدافع بوجهين:
الأول: أن الدافع مع علمه بفساد المعاملة وعدم كون مال الطرف عوضاً عن ماله يكون دفعه تسليطاً للطرف بماله وتمليكاً 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 المعاملة أو جاهلاً، حيث إن أخذه المال في كلا الفرضين مجاني، ولا يمكن دفع هذا الوجه بإطلاق حديث: «على اليد»^(١) فإن موارد

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

بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع في مثته -
وغير ذلك من العقود اللازمة والجائزة [١].

إلغاء المالك حرمة ماله بالتسليط المجاني ونحوه خارجة عن ذلك الحديث.
والوجه الثاني: كون الدافع مع علمه بفساد المعاملة غاراً لدفعه المال إلى القابض
الجاهل بالحلال، فيكون القابض مغروراً، وضمان التلف والإتلاف على الغار، 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 المعاوضة، فلا يكون مغروراً، ولا يقاس بالضيف
لإقدامه على أكل الطعام مجاناً، مع أن قاعدة الغرور لا تنفي الضمان، سواء 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 تمليكاً مجاناً، بل وفاءً بالمعاملة السابقة، ودفعاً للمال إلى الآخر ليقبض
عوضه، وعلمه بعدم استحقاقه العوض شرعاً كعلمه بعدم استحقاق الطرف المال
المدفوع لا ينافي الدفع وفاءً بالمعاوضة المعتبرة عنده؛ ولذا لو باع الغاصب بالمعاطاة
وأجاز المالك يصح البيع للمالك ولا يكون علم الغاصب بعدم صحة المعاوضة
موجباً لكون إعطائه تمليكاً مجاناً، لتكون إجازة المالك مصححة للهبه كما لا يخفى.

[١] يعني سائر العقود التي لا ضمان في صحيحها، سواء كانت لازمة كالإجازة
بالإضافة إلى العين المستأجرة، أو جائزة كما في العارية، وعلى ذلك فمقتضى عكس
القاعدة عدم ضمان العين في الإجازة الفاسدة لعدم ضمانها في صحيحها، بل مقتضاه
عدم ضمانها في الفاسدة حتى مع اشتراط الضمان، فإن الضمان في صحيحها على
تقدير الاشتراط كان للشرط، لا لاقتضاء العقد.

ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً، لأن صحيح الإجارة غير مفيد ل ضمانها كما صرح به في القواعد والتحرير وحكي عن التذكرة وإطلاق الباقي، إلا أن صريح الرضا بالحكم بالضمان، وحكي فيها عن بعض نسبه إلى المفهوم من كلمات الأصحاب، والظاهر أن المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة.

وما أبعد ما بينه وبين ما عن جامع المقاصد، حيث قال في باب الغصب: إن الذي يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة، والذي ينساق إليه النظر هو الضمان، لأن التصرف فيه حرام، لأنه غصب فيضمنه، ثم قال: إلا أن كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها منافي لذلك، فيقال: إنه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً والأصل براءة الذمة من الضمان فلا تكون العين بذلك مضمونة، ولولا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الزمن، لأن استيلاءه بغير حق وهو باطل، انتهى.

وبتعبير آخر: ثبوت الضمان مع الاشتراط باعتبار نفوذ الشرط ولا يكون الشرط مع فساد العقد نافذاً، بل يكون تابعاً للعقد في الفساد، وبهذا يظهر الحال في العارية الفاسدة المشروط فيها ضمان العين.

ومع كل ذلك فقد ذكر في جامع المقاصد^(١) بعد بيان ظاهر عدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة حتى مع استيفاء منفعتها، أن الصحيح ثبوت الضمان في الإجارة الفاسدة حتى مع عدم اشتراط الضمان باعتبار أن وضع المستأجر يده على العين مع عدم كونه مالكا لمنفعتها عدوان بالإضافة إلى العين والمنفعة، ولكن هذا الضمان مخالف لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه.

وأجاب المصنف رحمه الله عن المخالفة بوجهين:

ولعلّ الحكم بالضّمان في المسألة: إمّا لخروجها عن قاعدة «ما لا يضمن»، لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد، ومورد العقد في الإجارة المنفعة، فالعين يُرجع في حكمها إلى القواعد، وحيث كانت في صحيح الإجارة أمانة 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، فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان. وإمّا لأنّ قاعدة ما لا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد. والأقوى: عدم الضّمان، فالقاعدة المذكورة غير مخصّصة بالعين المستأجرة، ولا متخصّصة.

الأول: تخصيص قاعدة ما لا يضمن بصحيحه في الإجارة الفاسدة بالإضافة إلى العين المستأجرة بحديث: «على اليد»^(١) فإن الحديث المزبور يعم العين فيها. نعم لو كانت الإجارة صحيحة كانت العين باعتبار كونها أمانة مالكية في يد المستأجر وقد أمضاها الشارع خارجة عن عموم الحديث. والثاني: أن القاعدة المزبورة ناظرة إلى بيان الضمان وعدمه في مورد العقد ومورد المعاملة في صحيح الإجارة وفاسدها المنفعة لا العين. وبعبارة أخرى: ضمان العين أو عدمه في الإجارة خارج عن أصل القاعدة وعكسها بالتخصيص، ولكنه ﷺ ذكر في آخر كلامه عدم ضمان العين في الإجارة الفاسدة وأنها باقية في عكس القاعدة وليست خارجة عنها، لا بالتخصيص كما هو مقتضى الوجه الأول، ولا بالتخصيص بأن يكون المراد من الضمان وعدمه في أصل القاعدة وعكسها هو ضمان مورد المعاملة وعدمه كما هو مقتضى الوجه الثاني. أقول: دفع العين المستأجرة إلى المستأجر في موارد تعارف دفعها إنّما هو بشرط

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

ثمَّ إنَّه يشكّل أطراد القاعدة في موارد:

منها الصّيد الذي استعاره المحرم [١] من المُحِلّ، بناءً على فساد العارية فإنَّهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة مع أنَّ صحيح العارية لا يضمن به، ولذا ناقش الشَّهيد الثَّاني في الضَّمان على تقديرِي الصَّحة والفساد. إلَّا أن يقال إنَّ وجه ضمانه - بعد البناء على أنَّه يجب على المحرم إرساله وأداء قيمته - : أنَّ المستقرَّ عليه قهراً

ضمني ارتكازي في عقد إجارتها، وهذا في حقيقته شرط جعل العين أمانة في يد المستأجر ليستوفي منها ملكه ومع اشتراط الأمانة ينتفي موضوع الضمان، سواء كانت الإجارة صحيحة أولاً، لما ذكرنا من أنه لا سيرة على الضمان في 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 المستأجرة أمانة عند المستأجر من مقتضيات نفس عقد الإجارة لينافيه اشتراط الضمان، لأن الذي من مقتضيات الإجارة في مثل البيوت هو وضع البيت تحت يد المستأجر إما بطور الأمانة أو التضمين، فهو تابع للاشتراط.

وعلى ذلك فلو اشترط التضمين في الإجارة الفاسدة يثبت الضمان أيضاً للسيرة المشار إليها، وأن وضع اليد على مال الغير لا بطور الاستيمان ومن غير هدر ذلك الغير حرمة ماله موجب للضمان.

[١] ذكر المحقق عليه السلام في «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 فينافي هذا الضمان عكس قاعدة ما يضمن. ونقل

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

(٢) شرايع الإسلام ٢: ٤٠٨، كتاب العارية، الثاني في المستعير.

بعد العارية هي القيمة لا العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلّف بسبب وجوب الإتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلّ عقد، لا بسبب التلّف.

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

وقال رحمته الله: «ظاهر ذلك ضمان الإتلاف، فإن إرسال الصيد إتلافه»، والكلام في قاعدة ما يضمن أصلاً وعكساً في ضمان التلف لا في ضمان الإتلاف فلا مخالفة للقاعدة. أقول: إضافة «ثم أرسله» إلى عبارة «الشرايع» باعتبار وقوعه في عبارة «الجواهر» ^(٢) فزعم أنه من عبارة المتن، أي «الشرايع».

كيف كان، فذكر المصنف رحمته الله أيضاً أن الحكم بالضمان في المسألة لا ينافي القاعدة، فإن الضمان فيها للإتلاف، حيث إن حكم الشارع على المحرم بإرسال الصيد إيجاب إتلافه، وهذا الإيجاب إتلاف تعدي يوجب الضمان.

وفيه: أن إيجاب الإتلاف ما لم يقع الإتلاف خارجاً لا يوجب الضمان، ولذا لو لم يأكل من يجب عليه أكل طعام الغير لدفع هلاك نفسه من الجوع فمات لم يكن مديوناً لصاحب الطعام بمثل الطعام أو قيمته، كما لا يصح القول بأن إيجاب الأكل عليه تحفظاً على نفسه من الهلاك إتلاف لطعام الغير، وعلى ذلك فلو لم يرسل الصيد حتى أخذه صاحبه لم يكن على المستعير شيء.

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

(١) حاشية المكاسب للمحقق الطباطبائي: ٩٤، ونقله السيد الخوئي رحمته الله في محاضرات في الفقه الجعفري

ويشكل أطراد القاعدة أيضاً في البيع فاسداً بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها [١] فإن هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح مع أنها مضمونة في العقد الفاسد إلا أن يقال: إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح والفاقد. وفيه نظر: لأن نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد الصحيح، لأن الثمن إنما هو بإزاء العين دون المنافع.

ويمكن نقض القاعدة [٢] أيضاً بحمل المبيع فاسداً، على ما صرح به في

والأولى نقض عكس القاعدة بعارية الصبي ماله من آخر فإنه يثبت على الآخر ضمان تلف ماله، مع أنه لا ضمان في صحيح العارية.

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

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

[١] وربما يقال - كما عن السيد الخوئي رحمته الله (١) -: بأنه لا وجه لتقييد المنافع بغير المستوفاة، فإن المستوفاة وغيرها كلاهما غير مضمون في البيع الصحيح فضمانهما ينافي القاعدة. وفيه: أن ضمان المستوفاة لا ينافي القاعدة، لا بأصلها ولا بعكسها فإنها ناظرة إلى ضمان التلف لا الإتلاف والاستيفاء، وإتلاف، وعدم ضمان المنافع المستوفاة مع صحة البيع لكونها تابعة لملك العين، فاستيفاؤها إتلاف لملك نفسه لا لملك الغير ليضمن، بخلاف صورة فساد البيع.

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

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٦٠.

المبسوط والشرائع والتذكرة والتحريم: 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 القاعدة.

ويمكن النقض أيضاً بالشركة الفاسدة [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 الأولوية. وحاصلها: أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده؟

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

والحاصل: الضمان المعاملي يجري 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 النقض أن مع صحة عقد الشركة وجواز تصرف كل من الشريكين في المال المشترك يكون المال المزبور في يد كل منهما كالمال في يد الوكيل أمانة مالكية فلا يضمن، بخلاف صورة فساد عقدها والبناء على عدم جواز التصرف في مال الشريك فإنه تكون يده على مال صاحبه يد عدوان فيضمن، وهذا ينافي القاعدة المزبورة 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: أن الصحيح من العقد إذا لم يقتضِ الضمان مع إصاء الشارع له، فالفساد الذي هو بمنزلة عدم لا يؤثر في الضمان، لأن أثر الضمان إما من الإقدام على الضمان والمفروض عدمه، وإلا لضمن بصحيحه، وإما من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، والمفروض أنها لا تؤثر شيئاً [١].

ووجه الأولوية: أن الصحيح إذا كان مفيداً للضمان أمكن أن يقال: إن الضمان من مقتضيات الصحيح، فلا يجري في الفاسد لكونه لغواً غير مؤثر، على ما سبق تقريبه: من أنه أقدم على ضمان خاص، والشارع لم يَمْضِهِ فيرتفع أصل الضمان، لكن يَخْدَشُهَا: أنه يجوز أن يكون صحة الزهن والإجارة المستلزمة لتسلط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً مؤثرة في رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلطاً لهما على العين. فلا أولوية.

الشريكين في المال المشترك، حيث إن الضمان وعدمه في القاعدة أصلاً وعكساً هو ضمان التلف لا الإتلاف، وفيما إذا لم يكن تلف المال مستنداً إلى تصرف أحدهما، كما إذا سرق المال المشترك من يد أحدهما فلا موجب للضمان، لأن المال مع صحة الشركة كان في يده أمانة مالكية وكذلك مع فسادها، والأمانة المالكية خارجة عن حديث: «على اليد»^(١)، ولا يعمها السيرة المشار إليها سابقاً، بل لا ضمان فيما إذا تلف المال المشترك بتصرف أحد الشريكين، كما إذا اشترى به متاعاً ثم نزلت القيمة السوقية للمتاع فباعه بالأقل، حيث إن بطلان عقد الشركة لا يوجب بطلان الإذن في التصرف، بل البطلان يوجب عدم ترتب الأثر الخاص لصحة العقد، كما هو الحال في بطلان سائر العقود الإذنية.

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

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

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، وهي عموم ما دلَّ على أنَّ من لم يضمنه المالك - سواء ملكه إياه 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] - أعني الهبة - فالدليل المخصَّص لقاعدة الضمان عموم ما دلَّ على أنَّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك أن تتَّهمه.

وأما في الهبة الفاسدة 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 بطريق أولى. والتقييد بالمجانبة لخروج التسليط المطلق بالعوض كما في المعاوضات فإنَّه عين التضمنين.

فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن [٢]: أنَّ من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي - أعني المثل أو القيمة - ولا جعلي، فليس عليه ضمان.

عليه لا عدم ترتب حكم شرعي أصلاً كضمان المال.

[١] المستأمن - بالفتح - مبني على المفعول، يعني حاصل أدلة عدم ضمان الأمين أن من دفع إليه المالك ماله على وجه لا يضمنه - بالتشديد -، يعني لا يجعله ضامناً بعوض واقعي أو جعلي، فليس عليه ضمان.

[٢] يعني الدليل على عدم الضمان في غير الهبة الفاسدة من موارد الاستيوانات

الثّاني: من الأمور المتفرّعة على عدم تملك 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 مؤنة الردّ على المشتري لوجوب ما لا يتمّ الردّ إلّا به وإطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مؤنة كثيرة إلّا أن يقيّد بغيرها بأدلة نفي الضرر. ويدلّ عليه: أنّ الإمساك أنّما 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 ﷺ «لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه» حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في يده.

إطلاق ما دلّ على عدم ضمان الأمين كموثقة غياث بن ابراهيم^(١)، حيث إن دعوى اختصاصها بالأمانة المالكية الصحيحة ضعيفة، كما أن الدليل على نفي الضمان في الهبة الفاسدة فحوى ما دلّ على عدم ضمان الأمين، فإن الاستيمان مع عدم التسليط المطلق في مواردّه إذا كان موجّباً لنفي الضمان يكون التسليط المطلق مجاناً كذلك بطريق أولى، نعم التسليط بالعوض مساوق للتضمنين.

[١] يعني 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 تخلصاً من الإمساك المزبور، والظاهر عدم جواز التصرف في المقبوض بلافق بين علم الدافع بفساد البيع وعدمه.

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١٣٩، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجارة، الحديث الأول.

(٢) مجمع الفائدة ٨: ١٩٢.

وأما توهم: أن هذا بإذنه حيث إنه دفعه باختياره فمندفع: بأنه إنما ملكه إياه عوضاً، فإذا انتفت صفة العوضية باعتبار عدم سلامة العوض له شرعاً، والمفروض أن كونه على وجه الملكية المجانية مما لم ينشئها المالك وكونه مالاً للمالك وأمانة في يده أيضاً مما لم يؤذن فيه ولو أذن له فهو استيداع جديد، كما أنه لو ملكه مجاناً كانت هبة جديدة.

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 لغاية التسليم إليه ليس على المشتري مع فساد البيع إلا التخلية بين المقبوض وبين بائعه ولو بإخباره أن ماله عنده فله أخذه؛ لفساد المعاملة وبقائه على ملكه، وفي المبيعات التي يكون المتعارف فيها تخلية البائع وأخذ المشتري المال من عند البائع يجب فيها على المشتري رد المال بإيصاله إلى بائعه ولا يكفي التخلية المزبورة، بل لو كانت في إيصاله مؤونة كانت على المشتري، وحديث: «لا ضرر»^(١) لا يجري في المقام، باعتبار أن حبس المال على بائعه ضرر على البائع.

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

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

هذا ولكن الذي يظهر من المبسوط: عدم الإثم في إمساكه. وكذا السرائر ناسباً له إلى الأصحاب وهو ضعيف والنسبة غير ثابتة، ولا يبعد إرادة صورة الجهل لأنه لا يعاقب.

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

ثم لا يخفى أن الرد لا يكون وجوبه نفسياً حتى في الأمانات المالكية عند مطالبة مالِكها، بل وجوبه كما أشرنا إليه غيري تخلصاً من حرمة الإمساك بالمال، كما يظهر ذلك بملاحظة ما دل عليه كصحيحة زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام «أن رسول الله ﷺ وقف بمنى حين قضى مناسكها، إلى أن قال: اللهم أشهد ألا من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة 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 الصحيحة، وقد يقال: إن حديث: «على اليد»^(٢)، يدل على كل من الضمان وجوب الرد؛ إما لأن ضمان العين قبل تلفها يستلزم وجوب الرد، فلا معنى له غير وجوب الرد، أو لأن كلاً من الضمان وجوب الرد مدلول مطابق للحديث ومستفاد من كون المال على العهدة.

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

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

(٢) مرّ سابقاً.

الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهها المشتري [١] قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور، بل ظاهر ما تقدّم من السرائر، من كونه بمنزلة المفصوب: الاتفاق على الحكم.

الحديث محتاج إلى إسناد الظرف إلى فعل مقدر أيضاً، 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 العهدة من غير التكليف برده، كما في الديون التي تعتبر على عهدة 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 والمستفادة من مثل صحيحة زيد الشحام لما كان للحديث: «على اليد»، دلالة عليه. ولو تنزلنا عن ذلك وبنينا على دلالة على وجوب الرد فلا قرينة على كون المراد بالرد هو خصوص الإيصال، بل يعم التخلية في الموارد التي أشرنا إليها، فتدبر.

[١] لو كان للمبيع بالبيع الفاسد منفعة استوفاهها المشتري يكون عليه ضمانها زائداً على ضمان العين على المشهور بين أصحابنا، بل ظاهر ما في السرائر (من أن المأخوذ بالبيع الفاسد كالمفصوب عند المجتهدين من أصحابنا) ^(١) أنه عندهم مثله في عدم جواز التصرف والضمان، ويقضي هذا الضمان قاعدة احترام مال المسلم المستفادة من مثل موثقة غياث بن إبراهيم ^(٢) المتقدمة، وكما ذكرنا سابقاً أن استيفاء

(١) السرائر ٢: ٢٨٥ و ٣٢٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٣٩، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجارة، الحديث الأول.

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

منفعة المبيع إتلاف لملك الغير فيوجب الضمان، وأما الاستدلال بقوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئٍ مسلم إلا 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 حمزة 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: أن مقتضاه عدم الضمان في المنافع المستوفاة وغيرها. وذكر المصنف رحمه الله أن هذا المعنى مستفاد من الأخبار الكثيرة، مثل قوله ﷺ في الاستشهاد على كون منافع المبيع للمشتري في بيع الخيار: «ألا ترى أنه لو أحرقت

(١) عوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

(٢) الوسيلة: ٢٢٥.

(٣) عوالي اللآلي ١: ٢١٩، الحديث ٨٩.

والحاصل: أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، ومرجه إلى أن الغنيمة والفائدة بإزاء الغرامة، وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة، مثل قوله عليه السلام في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري: «ألا ترى أنها لو أحرقت كانت من مال المشتري؟» ونحوه في الزهن وغيره.

وفيه: أن هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بإزائه، وإنما هو أمر قهري حكم به الشارع كما حكم بضمن المقبوض بالسوم والمغصوب.

فالمراد بالضمان الذي بإزائه الخراج: التزام الشيء على نفسه وتقبله له مع إمضاء الشارع له. وربما ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية بالعارية المضمونة، حيث إنه أقدم على ضمانها، مع أن خراجها ليس له، لعدم تملكه للمنفعة، وإنما تملك الانتفاع الذي عيّنه المالك، فتأمل.

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 ضامناً لماله، وبما أن المبيع في بيع الخيار كسائر البيوع ملك المشتري ولا يكون ثبوت الخيار للبائع موجباً لبقائه في ملكه، فلا يكون لضمان المشتري معنى ليكون ضمانه في مقابل المنافع أو سبباً لكون المنافع له، بل ظاهره استشهاد الإمام عليه السلام لدخول المنافع تبعاً للعين في ملك المشتري بكون هلاك العين وتلفها في ملكه.

والحاصل: أنه ليس في البين ما يكون وجهاً لما ذهب إليه ابن حمزة غير النبوي المرسل، وناقش المصنف عليه السلام فيه مع الإغماض عن ضعف سنده بضعف دلالة على المقام،

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٠، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣، ولفظ الحديث: «أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار، دار المشتري؟». ومثله في الدلالة الحديث الأول من هذا الباب.

والحاصل: أن دلالة الزاوية لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه وعدم حله إلا عن طيب النفس.

فإن مدلوله أن مع ثبوت الضمان الإقدامي بالإضافة إلى العين وإمضاء الشارع له تكون منافعها للضامن كما في البيع الصحيح، فإن ثبوت الضمان المعاملي بالإضافة إلى المبيع تكون منافعه للمشتري، والضمان مع فساد البيع لا يكون ضماناً إقدامياً، بل كالضمان في المقبوض بالسوم حكم شرعي مستفاد من حديث: «على اليد» ونحوه، وثبوت هذا الضمان بالإضافة إلى العين لا يوجب كون المنافع للضامن كما في ضمان المغصوب. بل ربما يقال - كما هو الصحيح -: لا يكون مجرد الضمان الإقدامي موجباً لكون المنافع للضامن حتى مع إمضاء الشارع وكون منافع المبيع للمشتري باعتبار دخول العين في ملكه لا لمجرد ضمان العين، ولذا لا تكون المنافع ملكاً للضامن باشتراط الضمان على المرتهن أو على المستعير، فإن الثابت للمستعير حتى في مورد ضمان العين جواز الانتفاع، وجوازه بإذن المالك يعبر عنه بملك الانتفاع وأما المنفعة فهي باقية على ملك المعير، ولذا لو مات المستعير لا تنتقل المنفعة إلى ورثته، بل تبطل العارية ولا يجوز للورثة الانتفاع بالعين، بخلاف موارد ملك المنفعة فإنه بموت المستأجر تنتقل المنفعة المملوكة له إلى ورثته.

والحاصل: يمكن أن يراد بالضمان في النبوي ضمان العين بالضمان المعاملي لا مجرد الالتزام بضمانها، وضمان المبيع في مقابل الثمن مع صحة البيع المعاملي كما هو مورد، فتكون المنافع للمشتري بذلك الضمان، فإن عمر بن عبدالعزيز قضى في عبد أشتري واستعمل ثم ظهر كونه معيباً بأن عمله للبائع، فروى عليه عروة عن عائشة أنه وقع مثله في حياة رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: عمله للمشتري؛ لأن الخراج بالضمان.^(١)

وربما يرد هذا القول [١] بما ورد في شراء الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد وعوض اللبن بل عوض كل ما انتفع.

وفيه: أن الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة أن مالك العين جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن، لاما كان فساد من جهة التصرف في مال الغير، وأضعف من ذلك [٢] رده بصحيفة أبي ولاد المتضمنة لضمان منفعة المنصوب المستوفاة رداً على أبي حنيفة القائل بأنه إذا تحقق ضمان العين ولو بالغصب سقط كراها، كما يظهر من تلك الصحيفة.

[١] يعني يرد قول ابن أبي حمزة بما ورد فيمن اشترى أمة وأولدها فوجدها أنها مسروقة من مالكة، حيث إن مشتريها ضامن لمالكها بقيمة ولدها وعوض لبنها، بل عوض كلما انتفع بها^(١) ولكن هذا الرد ضعيف، فإن مورد كلام ابن أبي حمزة ما إذا كان ضمان العين بتضمين مالكة وعدم تضمينه منافعها، ومثل الأمة المفروضة خارج عن ذلك، فإنه ليس فيها تضمين العين من مالكة وجعل منافعها بلاثمين، بل الضمان فيها من قبيل ضمان الغصب، حيث إن بايعها لم يكن مالكا لها.

[٢] ووجه كونه أضعف من الرد السابق أن ضمان بيع الأمة المسروقة يكون بالإضافة إلى العين فقط، حيث يجعل الثمن بإزاء المبيع، ولكن بما أن جعل المنافع مجانياً كان من البائع غير المالك فلم يؤثر في ارتفاع الضمان، ولا يقتضي ضمان العين ضمان المنافع فيما إذا كان الجعل المزبور باتفاق المالكين، وهذا بخلاف صحيفة أبي ولاد. الدالة على ضمان المنافع، فإن موردها إجارة العين التي تكون المنافع فيها مضمونة بتضمين مالكة فالضمان في مورد الصحيفة لا يقتضي ضمان المنافع التي لا يكون فيها تضمين، كما هو مورد الكلام في المقام.

(١) أنظر وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٤-٢٠٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٢-٥.

نعم لو كان القول المذكور موافقاً لقول أبي حنيفة في إطلاق القول بأن الخراج بالضمان انتهضت الصّحيحة وما قبلها ردّاً عليه هذا كله في المنفعة المستوفاة. وأمّا المنفعة الفائتة بغير استيفاء، فالمشهور فيها أيضاً الضمان.

وقد عرفت عبارة السرائر المتقدمة. ولعله لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين فهي مقبوضة في يده، ولذا يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر ويتحقّق قبض الثمن في السّلم بقبض الجارية المجمعول خدمتها ثمناً، وكذا الدار المجمعول سكنها ثمناً مضافاً إلى أنّه مقتضى احترام مال المسلم إذ كونه في يد غير مالكة مدّة طويلة من غير أجره منافٍ للاحترام لكن يشكل الحكم - بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة - بأنّ مجرد ذلك لا يكفي في تحقّق الضمان، إلّا أن يندرج في عموم «على اليد ما أخذت» ولا إشكال في عدم شمول صلة الموصول [١] للمنافع وحصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ، ودعوى: أنّه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة.

نعم لو فرض أن دعوى الوسيلة هو عدم ضمان المنافع أصلاً، وأن ضمانها لا يجتمع مع ضمان العين حتى في موردي الغصب والإجارة، فيصح الرد عليه بالرواية والصّحيحة. [١] وحاصله: أن المنفعة وهي قابلية العين للاتّفاع بها لا تكون قابلة للأخذ وتناول اليد، بل القابل له هو العين فقط.

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

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

وأما احترام مال المسلم فإنما يقتضي عدم حل التصرف فيه وإتلافه بلا عوض، وإنما يتحقق ذلك في الاستيفاء بالحكم بعدم الضمان مطلقاً - كما عن الإيضاح - أو مع علم البائع بالفساد - كما عن بعض آخر - موافق للأصل السليم مضافاً إلى أنه قد يدعي شمول قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» له. ومن المعلوم أن صحيح البيع لا يوجب ضماناً للمشتري للمنفعة، لأنّها له مجاناً ولا يتقسط الثمن عليها وضمانها مع الاستيفاء لأجل الإتلاف، فلا ينافي

المصنف رحمته الله من كون الأخذ بمعنى الاستيلاء مُشكّلاً، ضعيف، وإلا لم تصدق الصلة المزبورة على وضع اليد بمثل البساتين والأشجار ونحوهما من الأعيان التي لا تكون قابلة للنقل الخارجي وتناول اليد.

نعم، قيل: إن الحديث لا يعم المنافع، باعتبار أن الذيل فيه وهو قوله: «حتى تؤدي» قرينة على اختصاص صدره بالأعيان فإنها القابلة للأداء دون المنافع، ولكن أجبت عنه بأن الأداء في الذيل يعم أداء المأخوذ بنفسه ورده ببدله، حيث ينتهي الضمان بكل من رد العين والبدل، ومع ذلك لا يمكن الاعتماد على الحديث؛ لضعفه سنداً، وكذا لا يمكن التثبت في الحكم بضمان المنافع غير المستوفاة بما في موثقة غياث وصحيحة زيد الشحام^(١) من قوله رحمته الله 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 المستوفاة، حيث إن عدم ضمانها لا ينافي احترام المال وإنما ينافي احترامه عدم ضمان الإتلاف، كما هو الحال في الدم فإن احترامه لا يوجب ضمان التلف، بل يوجب ضمان الإتلاف.

والعمدة في الضمان في تلك المنافع أيضاً السيرة العقلانية فإنه لا فرق عندهم

(١) مرّ سابقاً.

(٢) عوالي اللآلي ٣: ٤٧٣ / ٤.

القاعدة المذكورة؛ لأنها بالنسبة إلى التلّف لا الإلتلاف، مضافاً إلى الأخبار الواردة في ضمان [١] المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبعة، الساكنة من ضمان غيرها في مقام البيان.

وكذا صحيحة محمد بن قيس الواردة في من باع وليدة أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: «الحكم أن يأخذ الوليدة وابنها» وسكت عن المنافع الفاتنة، فإنّ عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى.

بين المنافع الفاتنة تحت يده وبين المنافع المستوفاة.

ودعوى أنها غير محرزة في مورد فوت المنفعة تحت اليد من غير استيفاء مدفوعة بملاحظة موارد الغصب، كما في وضع اليد على دار لم يسكنها أو على بستان لم ينتفع منه وهكذا، ولا وجه لما قد يقال: من أنه لا موجب في الغصب لضمان المنافع غير المستوفاة فيما إذا كانت تلك المنافع شأنية، كمن يكون عنده مراكب لا يركبها نادراً، ولو وضع الغير يده على تلك المراكب يوماً ولكن لم يركبها لا يضمن للمالك أجره المثل، بخلاف ما إذا وضع اليد على مراكب يركبها صاحبها غالباً أو يؤجرها للركوب كذلك، وذلك فإنه لا يرى في سيرتهم الفرق بين كون المالك ممن يستعمل المركب كل يوم أولاً. نعم إذا لم يمكن عادة ركوب المركب في زمان لا لمانع شخصي، بل نوعي، كنزول الثلج أو المنع العام من الخروج من البلد وغيره مما لا يعد معه المركب ذا منفعة، فلا يكون ضمان باعتبار عدم فوت المنفعة في يده.

[١] كرواية زرارة قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء الرجل فيقيم البيّنة على أنها جاريته لم تبع ولم توهب، فقال: يرّد إليه جاريته ويعوّضه بما انتفع»^(١).

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٤، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبد والأماء، الحديث ٢.

والإتصاف: أنَّ للتوقُّف في المسألة - كما في المسالك - تبعاً للدروس والتنقيح - مجالاً. وربما يظهر من القواعد في باب الغصب - عند التعرض لأحكام البيع الفاسد -: اختصاص الإشكال والتوقُّف بصورة علم البائع على ما استظهره السيد العميد والمحقق الثاني من عبارة الكتاب، وعن الفخر: حمل الإشكال في العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء.

فتحصَّل من ذلك كلُّه: أنَّ الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة: الأول: الضَّمان، وكأنه للأكثر.

الثاني: عدم الضَّمان، كما عن الإيضاح.

الثالث: الضَّمان إلّا مع علم البائع، كما عن بعض من كتب على الشرائع.

الرابع: التوقُّف في هذه الصُّورة، كما استظهره جامع المقاصد والسيد العميد من عبارة القواعد.

الخامس: التوقُّف مطلقاً، كما عن الدروس والتنقيح والمسالك ومحتمل القواعد، كما يظهر من فخر الدِّين. وقد عرفت أنَّ التوقُّف أقرب إلى الإتصاف، إلّا أنَّ المحكي من التذكرة ما لفظه: إنَّ منافع الأموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جارية أو عقاراً

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

(١) المصدر السابق: الحديث ٤.

أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه - سواء أتلّفها بأن استعملها، أو فأت تحت يده بأن بقيت مدة في يده لا يستعملها - عند علمائنا أجمع. ولا يبعد أن يراد به اليد العادية، مقابل اليد الحقّة، فيشمل يد المشتري في ما نحن فيه، خصوصاً مع علمه، سيّما مع جهل البائع به. وأظهر منه ما في السرائر - في آخر باب الإجارة -: من الاتفاق أيضاً على ضمان منافع المفضوب الفائتة، مع قوله في باب البيع: إنّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمزلة الشيء المفضوب إلّا في ارتفاع الإثم عن إمساكه، انتهى.

وعلى هذا، فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة، وإن كان المتراءى من ظاهر صحيحة أبي ولّاد [١] اختصاص الضمان في المفضوب بالمنافع المستوفاة من

المنافع الفائتة فإنه لم يفرض فيها فوت منفعة، بل مقتضى العادة في مثل الأمة المزبورة استيفاء منافعها.

وأما صحيحة محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة أبيه^(١) فليس فيها بيان ضمان المنافع أصلاً، لا المستوفاة 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 الجهة ليرفع اليد عن إطلاقها بالإضافة إلى المنافع المستوفاة بقرينة ما تقدم، ويتمسك بها في نفي ضمان غيرها.

والحاصل: إنّ الإطلاق مقامي موهوم في الصحيحة وليس الإطلاق لفظي ليتمكن إحرازه بالإصل العقلاني، وإثبات الإطلاق المقامي 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 منفعة بلا استيفاء، كما إذا

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

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

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

نعم بالإضافة إلى ضمان الأجرة المسماة في مورد مخالفة عقد الإجارة كلام موكل إلى كتاب الإجارة، وظاهر الصحيحة عدم ضمان المستأجر تلك الأجرة فلاحظ.

[١] المعروف أن التالف في يد المشتري مضمون بالمثل في المثليات، خلافاً لما يحكى عن الإسكافي^(٢)، حيث ذكر: أن التالف يكون مضموناً بالقيمة مطلقاً، والكلام فعلاً في ضابط كون التالف مثلياً، حيث ذكر جماعة: أنه ما يتساوى أجزاءه من جهة القيمة^(٣)، والمراد بالأجزاء الأفراد، حيث تصدق الحقيقة على كون واحد منها وتساويها من حيث القيمة بالنسبة: أي بإضافة بعضها إلى بعضها الآخر من حيث المقدار، فإذا كانت حنطة مساوية للأخرى في الكم تكون مساوية لها في القيمة أيضاً.

(١) يشير إلى صحيحة أبي ولاد المذكورة في المتن، وسائل الشيعة ١٩: ١١٩، الباب ١٧ من أبواب الإجارة، الحديث الأول.

(٢) حكاها العلامة في المختلف ٦: ١٣١، والشهيد في غاية المراد: ١٣٥، وغيرهما.

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

عن ظاهر الإسكافي. وقد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلي، فالشيخ وابن زهرة وابن إدريس والمحقق وتلميذه والعلامة وغيرهم (قدس الله أسرارهم)، بل المشهور -على ما حكى- أنه: ما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة.

وعلى ذلك فيلزم على ما ذكر الشهيد عليه السلام^(١) من كون المسبوك من الذهب قيمة، فإنه إذا انفصل وكانت قطعة منه نصف مسبوك آخر، فلا تكون قيمته نصف قيمة ذلك المسبوك؛ لدخالة الهيئة في قيمته، وكذا يلزم أن لا يكون الدرهم مثلياً، فإن الدرهم إذا كسر وصار قطعاً تكون تلك القطع مساوية 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 الحنطة مثلياً لا ينافي عدم كونها مثلاً بالإضافة إلى قطع الحنطة المعبر عنها بالجريش، ويلتزم كما عن الشهيد عليه السلام بأن المسبوك من الذهب أو الفضة قيمى.

ثم إن لازم التعريف والتوضيح أن لا يكون مثل الحنطة مثلياً، فإنه ربما تكون حنطة ضعف الأخرى في المقدار ومع ذلك تكون قيمتها مساوية له كالممن من الحنطة الجيدة مع المنين من الرديئة، فيلزم أن لا يكون الحنطة مثلية، بل المثلي أصنافها، وهذا لا يناسب كلماتهم حيث يجعلون الحنطة مثلية. وعلى ذلك فلو تلف أو أتلف فرداً من صنفها يجب عليه الخروج من ضمانه بدفع فرد آخر من ذلك الصنف، ويبقى أن إطلاق المثلي على الجنس بلحاظ مثلية أصنافها وإن لم يكن بعيداً، إلا أن تطبيق تعريف المثلي في كلماتهم على الجنس بلحاظ أفراد أصنافه بعيد.

والمراد بأجزائه: ما يصدق عليه اسم الحقيقة. والمراد بتساويها من حيث القيمة: تساويها بالنسبة، بمعنى كون قيمة كلٍّ بعض بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار، ولذا قيل في توضيحه: إنَّ المقدار منه إذا كان يستوي قيمة، فنصفه يستوي نصف تلك القيمة.

ومن هنا رجَّح 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 قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع، إلّا أن يقال: إنَّ الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه. وهو الصحيح، ولذا لا يعدّ الجريش مثلاً للحنطة، ولا الدقاقة مثلاً للأرز.

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

فلا يرد ما قيل: من أنّه إن أريد التساوي بالكلية، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المَعْرِف، إذ ما من مثليٍّ إلّا وأجزاؤه مختلفة في القيمة كالحنطة، فإنَّ قفيزاً من حنطة يساوي عشرة ومن أخرى يساوي عشرين. وإن أريد التساوي في الجملة، فهو في القيمي موجود، كالثوب والأرض، انتهى.

وأبعد منه القول بأن قولهم: الحنطة 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 رعاية الخصوصيات الصنفية التي كانت في التالف. ووجه كون هذا أبعد أنه لا وجه لرعاية الخصوصيات بعد فرض عدم اشتغال الذمة بها، كما أن مع وجوب رعايتها لا وجه لعدم اعتبارها على الذمة.

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

لكن الإنصاف: أن هذا خلاف ظاهر كلماتهم، فإنهم يطلقون المثلي على جنس الحنطة والشعير ونحوهما، مع عدم صدق التعريف عليه، وإطلاق المثلي على الجنس باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه وإن لم يكن بعيداً، إلا أن انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جداً، إلا أن يهتموا خصوصيات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها، كما التزمه بعضهم. غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيات عند أداء المثل عوضاً عن التالف، أو القرض، وهذا أبعد.

هذا، مضافاً إلى أنه يشكل أطراد التعريف بناءً على هذا [١] بأنه إن أريد

وبالجملة: لا موجب لاعتبار الجنس مثلياً، مع كون المثلي نوعه أو صنفه.

[١] يعني لا يتم التعريف المزبور حتى بناءً على كون المراد من تساوي أفراد الحقيقة تساوي أفراد كل واحد من أصنافها، ووجه عدم التمامية أنه إن أريد تساوي تلك الأفراد من جميع الجهات الموجبة لرغبة الناس التي تكون بها زيادة القيمة ونقصانها، فهذا النحو من التساوي غير حاصل حتى في أفراد الصنف الواحد. وإن أريد من التساوي التقارب بين تلك الأفراد في تلك الجهات، فهذا حاصل في أفراد الصنف من القيميات أيضاً كأصناف الغنم والبقر وغيرهما من الحيوان، مع كونه قيمياً عندهم. نعم التقارب كذلك في أصناف القيمي قليل وفي أصناف المثلي كثير، ولكن القلة والكثرة تصلحان لملاك الحكم بضمان القيمة في الأول وبضمان المثل في الثاني، ولا توجب أن كون التعريف المزبور مانعاً عن الغير.

تساوي 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 الموجبة لزيادة الرّغبة ونقصانها كما لا يخفى.

وإن أريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة وإن لم يتساو حقيقة، تحقّق ذلك في أكثر القيميّات، فإنّ لنوع الجارية أصنافاً متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي القيمة وبهذا الاعتبار يصحّ السّلم فيها [١] ولذا اختار العلامة في باب القرض [٢] من التذكرة - على ما حكى عنه - أن ما يصحّ فيه السّلم من القيميّات مضمون في القرض بمثله.

وقد عدّ الشيخ في المبسوط الرّطب والفواكه من القيميات مع أنّ كلّ نوع منها مشتمل على أصناف متقاربة في القيمة بل متساوية عرفاً، ثمّ لو فرض أنّ الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيميّة عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثلية لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف. نعم يوجب ذلك الفرق بين النوعين في

وبالجملة، فالتعريف المزبور للمثلي شامل للقيمي أيضاً.

[١] أي باعتبار تقارب أفراد القيمي أيضاً في الصفات الموجبة للمالية يجوز السلم في القيمي، حيث يعبر في السلم أن لا يكون توصيف المبيع موجباً لندرة وجوده.

[٢] وهذا أيضاً استشهد لما ذكره من أنّ تقارب الأفراد في الجهات الموجبة للمالية لا يختص بالمثليات، وبيانه أنه لو كان تقارب الأفراد فيها مختصاً بها لم يكن للعلامة الحكم على القيمي في السلم بأنه مضمون في مورد القرض بالمثل.

والحاصل: حكمه ﷺ بأن ما يصح فيه السلم من القيميات إذا وقع مورد القرض

حكمة الحكم بضمنان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة، ثم إنّه قد عُرّف المثلي بتعاريف آخر أعمّ من التعريف المتقدم أو أخصّ:

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

وعن الدّروس و الرّوضة: أنّه المتساوي الأجزاء [٢] والمنفعة، المتقارب الصفات. وعن المسالك والكفاية: أنّه أقرب التعريفات إلى السلامة.

وعن غاية المراد: ما تساوى أجزاؤه [٣] في الحقيقة النوعية. وعن بعض العامة: أنّه ما قدّر بالكيل أو الوزن.

يكون مضموناً بالمثل، فرض لوجود المثل للقيمي.

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

[٢] وهذا^(٢) بظاهره أخص من التعريف المتقدم، حيث أخذ فيه مع تساوي الأفراد تساويها في المنفعة وتقاربها في صفاتها، اللهم إلّا أن يقال: تقييد التساوي في التعريف المتقدم بالقيمة في قوة ذكر تساويها في المنفعة وتقاربها في الصفات، وعليه فيرد على هذا التعريف ما أورد به على سابقه.

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

(١) يشير ﷺ إلى ما في التحرير كما في المتن، حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٢، وانظر التحرير ٢: ١٣٩.

(٢) يشير ﷺ إلى ما في الدروس والروضة كما في المتن، الدروس ٣: ١١٣، عنه الروضة البهية ٧: ٣٦.

(٣) يشير ﷺ إلى ما في غاية المراد كما في المتن، غاية المراد: ١٣٥.

وعن آخر منهم زيادة: جواز بيعه سلماً.

وعن ثالث منهم زيادة: جواز بيع بعضه ببعض، إلى غير ذلك مما حكاه في التذكرة عن العامة.

ثم لا يخفى أنه ليس للفظ «المثلي» حقيقة شرعية ولا متشرعية، وليس المراد معناه اللغوي، إذ المراد بالمثل لغة: المماثل، فإن أُريد من جميع الجهات فغير منعكس، وإن أُريد من بعضها، فغير مطرد. وليس في النصوص حكم يتعلّق بهذا العنوان حتى يبحث عنه.

نعم، وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم على أنّ المثلي يضمن بالمثل، وغيره بالقيمة، ومن المعلوم أنّه لا يجوز الاتكال في تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين. وحينئذٍ فينبغي أن يقال: كلّ ما كان مثلياً باتفاق المجمعين فلا إشكال في ضمانه بالمثل، للإجماع، ويبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم، كالذهب والفضة الغير المسكوكين، فإنّ صريح الشيخ في المبسوط كونهما من القيمات، وظاهر غيره كونهما مثليين، وكذا الحديد والنحاس والرصاص، فإنّ

والقيمات فإن الأفراد فيهما مشتركة في الحقيقة النوعية، كما أن ما ذكره بعض العامة من أن المثلي ما قدر بالكيل والوزن^(١) غير تام، فإن التقدير بهما ربما يكون في القيمي كبعض الفواكه، والتقدير بالعد أيضاً يكون في المثلي كالثوب، ومثله ما عن بعض آخر منهم من جواز بيعه سلماً^(٢)، فإن القيمي أيضاً يجوز بيعه سلماً فيما لا يكون التوصيف موجباً لندرة وجوده، وكذا ما عن ثالث منهم من إضافة بيع بعضه ببعض، فإن جواز هذا البيع لا يختص بالمثليات.

(١) بداية المجتهد ٢: ٣١٧، المغني لابن قدامة ٥: ٢٣٩ - ٢٤٠، المحلى ٦: ٤٣٧.

(٢) أنظر مغني المحتاج ٢: ٢٨١.

ظواهر عبائر المبسوط والغنية والسرائر كونها قيمية. وعبارة التحرير صريحة في كون أصولها مثلية وإن كان المصوغ منها قيماً. وقد صرح الشيخ في المبسوط: يكون الرطب والعنب قيماً، والتمر والزبيب مثلياً. وقال في محكي المختلف: إن الفرق إشكالاً، بل صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب والعنب مثليين. وقد حكي عن موضع من جامع المقاصد: أن الثوب مثلي، والمشهور خلافه. وأيضاً فقد مثّلوا للمثلي بالحنطة والشعير، ولم يعلم أن المراد نوعهما أو كلّ صنف؟ وما المعيار في الصنف؟ وكذا التمر.

أقول: الأظهر أن يقال: ضمان التالف إما بالمثل أو القيمة، والأول في موارد عدم ندرة المثل للتالف غالباً، والثاني في موارد ندرته كذلك، والمراد بالمثل هو القريب إلى التالف في الأوصاف التي تكون بها المالية أو زيادتها، لاسائر الخصوصيات التي قد يتعلق غرض شخصي بالشيء باعتبارها، وربما يزيد بها الثمن عند شرائه ولكن لا تكون الخصوصية المزبورة منظورة مقصودة للعقلاء الراغبين في الشيء المزبور.

ولو أحرز أن المال بالإضافة إلى التالف كذلك ولم يكن وجوده عزيزاً نوعاً، بحيث لا يعد الظفر به من الاتفاق فالمال مثلي، وفي صورة عزة وجوده وندرة الظفر به فالمال قيمي، كبعض الجواهر، فلو تراضى المالك والضامن في الأول على القيمة فهو، وإلا فلا يستحق المالك غير المطالبة بالمثل، كما أنه في الثاني لا يستحق إلا المطالبة بالقيمة. وليس له إلزامه بدفع المثل وإن اتفق تيسر تحصيله، فإن عمدة الدليل على الضمان في مورد الكلام سيرة العقلاء، ومقتضى سيرتهم في موارد ضمان التلف والإتلاف ما ذكرنا، فلاحظ.

والحاصل: أن موارد عدم تحقق الإجماع على المثلية فيها كثيرة، فلا بد من ملاحظة أن الأصل الذي يرجع إليه [١] عند الشك هو الضمان بالمثل، أو بالقيمة، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل والقيمة؟ ولا يبعد أن يقال: إن الأصل هو تخيير الضامن، لأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره، فإن فرض إجماع على خلافه فالأصل تخيير المالك، لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك، مضافاً إلى عموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» فإن مقتضاه عدم ارتفاع الضامن بغير أداء العين، خرج ما إذا رضي المالك بشيء آخر.

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

[١] أقول: مقتضى القاعدة في مورد دوران التالف بين المثلي والقيمي هو تخيير الضامن، وبيان ذلك أن العلم الإجمالي الحاصل للضامن تكون ذمته مشغولة إما بالمثل أو القيمة وإن كان من قبيل العلم الإجمالي بالتكليف بين المتبائنين، إلا أنه لا ينبغي الريب في أنه لا يجب على الضامن دفع المثل أو القيمة معاً، لعدم وجوب هذا الاحتياط في الماليات. وليس دوران الأمر بين استحقاق المالك القيمة أو المثل من دوران الأمر بين الأقل والأكثر، بأن يكون الثابت في ذمته مطلق مالية التالف أو ماليته في ضمن المثل، ليكون دفع المثل احتياطاً ودفع القيمة عملاً بأصالة البراءة، وذلك لأن المراد بالمالية في المقام ليست هي القيمة ضمن أي شيء، بل بالنقود المتعارفة للأثمان كالدرهم والدنانير، ودوران الأمر بين القيمة كذلك وبين المثل من قبيل المتبائنين، وبعد فرض عدم وجوب الموافقة القطعية في المقام بدفع القيمة والمثل معاً تصل النوبة إلى الموافقة الاحتمالية باعتبار العلم بعدم جواز إهمال الموافقة 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، أعني: تعيّن المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة ولا للضامن الامتناع، وتعيين القيمة كذلك، فلا متيقّن في البين، ولا يمكن البراءة اليقينية عند التشاخ، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى، فتأمل.

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إنّ القاعدة المستفادة من إطلاقات الضمان في المغصوبات والأمانات المفرّط فيها، وغير ذلك، هو الضّمان بالمثل، لأنّه أقرب إلى التالف من حيث الماليّة والصفات، ثم بعده قيمة التالف من النّقدين وشبههما،

المدفوع إليه غير ما يستحقه.

فإنه يقال: دفع الضامن واحداً من المثل أو القيمة 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 تقاصاً لماله على تقدير كونه غير ما يستحقه على الضامن، لأن الضامن لا يدفع إليه ذلك المال.

ودعوى تخيير المالك، فإنه مقتضى قاعدة الاشتغال الجارية في حق الضامن، حيث إن المالك إذا رضي بالمثل فدفعه إليه مبرئ لزمة الضامن قطعاً، فإنه إن كان عين ما يستحقه عليه فهو، وإن كان ما يستحقه عليه هي القيمة فقد رضي المالك منها بالمثل على الفرض، وهذا بخلاف ما إذا رفع إليه غير ما اختاره فإنه يحتمل عدم فراغ ذمته مدفوعة بأنه لم يتم دليل على وجوب تفريغ الذمة في الفرض على الضامن؛ لعدم تنجّز التكليف المعلوم بالإجمال بوجوب موافقته القطعية. وإنما الثابت في حقه في الفرض لزوم الموافقة الاحتمالية حتى لا يمنع الغير قطعاً عما يستحقه عليه؛ ولذا لو طالب المالك بغير المثل أو القيمة في الفرض بأن رضي عن عوض التالف المرّدّد بين كونه

لأنهما أقرب من حيث المالية، لأن 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 نص الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلها - إلا ما شذّ ونذر - قد أطلق فيها الضمان، فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان. وقد استدلل في المبسوط والخلاف على ضمان المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمة بقوله تعالى: «فَمَنْ آغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَآغْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» بتقريب: أن مماثل «ما اعتدى» هو المثل في المثلي، والقيمة في غيره، واختصاص الحكم بالتلف عدواناً لا يقدح بعد عدم القول بالفصل.

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

وبالجملة: كما لا يجب على الضامن في المقام الموافقة القطعية بدفعه القيمة والمثل معاً كذلك لا يجب عليه تحصيل رضا المالك، بل الثابت في حقه الموافقة الاحتمالية، بل إذا أخذ المالك ما دفع إليه يحصل فراغ ذمة 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 القيمة في صورة 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 المتباينين. وعن السيد الخوئي رحمته الله (١): أنه يقرع عند دوران التالف بين كونه مثلياً أو

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

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

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنه لا اعتبار بالقرعة في الشبهات الحكمية ومنها المقام، سواء أمكن فيها الاحتياط أم لا؛ ولذا لم يذكر هو ولا غيره في دوران الأمر بين المحذورين في موارد الشبهة الحكمية تعيين القرعة.

[١] ولعل مراد القائل: إن كلمة (ما) في قوله سبحانه: ﴿بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى﴾^(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 المناقشة غير تامة، فإن صدر الآية قرينة 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 إلا القتل بالسيف لا بالحرق أو الخنق. ولعله ﷺ أشار إلى ذلك بقوله: «وفيه نظر»، ولكن مع ذلك لا دلالة للآية على الضمان حتى في مورد الإتلاف عمداً فضلاً عن التعدي إلى سائر الموارد، وذلك فإن المراد بالاعتداء في قوله سبحانه هو الجزاء على المعتدي - بالكسر - وإطلاق الاعتداء عليها بهذا الاعتبار نظير ما ورد في بعض روايات الاستصحاب من

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

نعم، الإتصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليه - بالقول المشهور، لأن مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة والمالية، وهذا يقتضي اعتبار المثل حتى في القيمات، سواء وجد المثل فيها أم لا. أما مع وجود المثل فيها، كما لو أتلّف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات، فإن مقتضى العرف والآية: إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك - ولو بأضعاف قيمته - ودفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أن القائل بقيمة الثوب لا يقول به.

وكذا لو أتلّف عليه عبداً وله في ذمة المالك - بسبب القرض أو السلم - عبد موصوف بصفات التآلف، فإنهم لا يحكمون بالتهاتر القهري، كما يشهد به ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من عبيدين.

نعم، ذهب جماعة - منهم الشَّهيدان في الدُّروس والمسالك - إلى جواز ردّ العين المقرضة إذا كانت قيمة، لكن لعلّه من جهة صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهة ضمان القيمي بالمثل، ولذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها وإن كان مماثلاً لها من جميع الجهات.

قوله عليه السلام: «ولكنه ينقض الشك باليقين»^(١)، فإن إطلاق النقض في مورد الشك مع أنه لا إبرام ولا استحكام في الشك باعتبار المقابلة لليقين، حيث يطلق فيه النقض لإبرامه واستحكامه، فالمستفاد من الآية أنه لو أتلّف الغير مال أحد عدواناً يجوز له استيفاء مثل المال المزبور من المتعدي، بأن يتملك ذلك المثل من المتعدي بالأخذ منه ولو بالمقاصة أو قهراً عليه، والمناسب لذلك إرادة المماثلة ولو في المقدار فقط. ومن الظاهر أن جواز أخذ هذا المثل لا يرتبط بضمان المتعدي المثل بالمعنى المتقدم أو

(١) وسائل الشيعة ٨: ٢١٦-٢١٧، الباب ١٠ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة، الحديث ٣.

وأما مع عدم وجود المثل للقيمي التالف، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمة 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، لاقتضاءهما اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية، مع أنَّ المشهور - كما يظهر من بعض - إلزامه به وإن قوّى خلافه بعض، بل ربّما احتمل جواز دفع المثل ولو سقط من القيمة بالكلية وإن كان الحقّ خلافه. فتبيّن: أنَّ النسبة بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآية عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين ولا يضمن به عند المشهور، كما في المثاليين المتقدمين [١]. وقد ينعكس الحكم كما في المثال الثالث [٢] وقد يجتمعان

القيمة بالنقود المتعارفة، بل لا يرتبط بأصل الضمان أيضاً بأن يكون المتعدى عليه مالاً على ذمة المعتدي المال، فإنه يمكن الالتزام بجواز الأخذ من مال المعتدي وتملكه ولو قهراً عليه، نظير تملك اللقطة من دون اشتغال ذمة المعتدي كما لا يخفى. [١] أي مثال الإتلاف من الكرياس المنسوخ بنحو واحد ومثال إتلاف عبدٍ وله بذمة مالكة عبد موصوف بصفات التالف.

أقول: قد مرَّ أن وجدان المثل نادر بحيث يكون الظفر به من المصادفة والاتفاق لا يعتبر عند العقلاء، فدعوى انصراف إطلاق الضمان إليه في بعض ما ورد في التلف والإتلاف ضعيفة.

[٢] أي ما إذا فرض نقصان المثل عن التالف نقصاناً فاحشاً بتنزّل القيمة السوقية، حيث إن مقتضى العرف والآية تعيين قيمة التالف عند تلفه، مع أن المشهور على ضمان التالف بالمثل.

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

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

[١] والوجه في تعيين الضمان بالمثل في مورد التسالم على كون التالف مثلياً، وفي تعيين الضمان بالقيمة في مورد التسالم على كونه قيمياً هو الأخذ بالإجماع، فإن مقتضاه الضمان في المثلي بالمثل حتى فيما إذا نقصت مالية التالف بتنزل القيمة السوقية.

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 المالية رأساً، لكون موادها فضة، ولكنه مع إمكان الخدشة في سنده معارض بغيره مما يدل أن على المديون الدراهم التي روجها السلطان بعد إسقاط الأولى.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٠٦، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الحديث ٢.

الاتفاق على ذلك - وإن وجد مثله أو كان مثله في ذمة الضامن وما شك في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلي 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 تردد، انتهى.

وفي موارد عدم التسالم يرجع إلى الاستفادة 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 النسبة بين مفاد الآية ومنصرف الضمان وبين ما عليه المشهور.

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

وأما موافقته القطعية فغير لازمة في الفرض، لحكومة قاعدة نفي 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 بقاعدة الإضرار منافياً للامتنان على المالك؛ لأن الضرر على المالك يكون بحسب المالية والمفروض أن مالية التالف متدركة بالمثل أو القيمة.

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

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

وفي المبسوط: يشتره بأي ثمن كان إجماعاً، انتهى.

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

الشراء تردد^(١). انتهى.

وذكر المصنف رحمه الله صورتين: الأولى: ما إذا كانت زيادة قيمة المثل باعتبار تغيير القيمة السوقية واختار في هذه وجوب تحصيل المثل، فإن مقتضى عموم ما دل على ضمان المثلي بالمثل كآية 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 المالية بسقوط سكنتها عن الاعتبار ولكن تنقص مآليتها، وإذا كان ضمان المثلي بالمثل مع نقص قيمته كان ضمانه به مع زيادتها أيضاً؛ لأن احتمال الفرق بعيد.

الصورة الثانية: أن لا تكون زيادة في قيمته السوقية، بل الزيادة باعتبار قلة وجود

(١) القواعد ١: ٢٠٤.

وأما إن كان لأجل تعدد المثل وعدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز، بحيث يعدّ بذل ما يريد مالكة بإزائه ضرراً عرفاً - والظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارة القواعد، لأنّ الثمن في الصورة الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، وإنّما زاد على ثمن التالف يوم التلف - وحينئذٍ فيمكن التردّد في الصورة الثانية كما قيل: من أنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم، كالرقبة في الكفارة والهدي، وأنّه يمكن معاندة البائع وطلب أضعاف القيمة، وهو ضرر.

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

أقول: لا يبعد القول بانتقال الأمر إلى قيمة المثل أو الصبر إلى أن يوجد المثل بالقيمة السوقية، فإن تكليف الضامن بتحصيل المثل ولو بأضعاف قيمته السوقية يكون إجحافاً وإضراراً عليه. وبعبارة أخرى: الزائد على القيمة السوقية بشراء المثل بأضعاف قيمته ضرر على الضامن فينفي وجوبه بقاعدة لا ضرر كما ينفي به وجوب شراء الرقبة أو الهدى بأضعاف قيمتهما.

ودعوى إقدام الضامن على الضمان لا يعمه قاعدة اللا ضرر^(١)، فإنها مدفوعة: 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 المطالبة بالمثل.

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

ولكن الأقوى مع ذلك: وجوب الشراء، وفقاً للتحرير كما عن الإيضاح والدروس وجامع المقاصد، بل إطلاق السرائر، ونفي الخلاف المتقدم عن الخلاف، لعين ما ذكر في الصورة الأولى. ثم إنه لا فرق في جواز مطالبة المالك [١] بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره، ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف، أم لا، وفقاً لظاهر المحكي عن السرائر والتذكرة والإيضاح والدروس وجامع المقاصد. وفي السرائر أنه الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلة وأصول المذهب، وهو كذلك لعموم «الناس مسلطون على أموالهم». هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة، وأما مع تعذره فسيأتي حكمه في المسألة السادسة.

السادس: لو تعذر المثل في المثلي فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة [٢]

[١] قد ذكرنا سابقاً في بيان المثلي أنه ليس المأخوذ في المثل جميع خصوصيات التالف، بل الخصوصية التي لها دخل في المالية من الزيادة والنقصان، وعليه فلو كان قبض التالف في مكان تكون العين فيها أرخص بكثير من مثلها الموجود في بلد آخر تكون خصوصية كونها في بلد التالف مأخوذاً في مثلها، ولو طالب المالك الضامن في بلد آخر يكون المطالب به هو المثل في بلد التالف فعلى المالك الصبر إلى دفع المثل في ذلك البلد أو الأخذ في بلد المطالبة بقيمة المثل الموجود في بلد التالف.

وهذا كما ذكرنا مع اختلاف البلاد في القيمة بالفاحش، وأما مع عدمه فلا يؤخذ في المضمون خصوصية بلد القبض أو غيره فيكون للمالك المطالبة بالمثل في كل بلد لا يختلف مع بلد التالف في القيمة.

[٢] يقع الكلام في المقام في جهتين: الأولى: جواز مطالبة المالك مع تعذر المثل بالقيمة، والثانية: تعيين القيمة التي يستحق المالك المطالبة بها. وذكر المصنف رحمته الله في الجهة الأولى أن جواز مطالبة المالك بقيمة المثل مقتضى الجمع بين أمرين: حق

مع مطالبة المالك، لأنَّ منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر، فوجب القيمة جمعاً بين الحقيقتين، مضافاً إلى قوله تعالى: ﴿فَاغْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ فَإِنَّ الضَّامِنَ إِذَا أُلْزِمَ بِالْقِيَمَةِ مَعَ تَعَذُّرِ الْمِثْلِ لَمْ يَعْتَدَ عَلَيْهِ أَزِيدَ مِمَّا اعْتَدَى.

المالك في عدم جواز منعه عن وصوله إلى حقه، وعدم إلزام الضامن بالمثل مع عدم تمكنه أو كون تحصيله حرجاً، مع أن المستفاد من آية الاعتداء^(١) جواز مطالبة 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 رحمته الله أن للمالك حق المطالبة بالخصوصيات والجهات الموجبة للمالية في المال المفروض تلفه، وإذا رفع يده عن حقه هذا بمطالبته بأصل مالية 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 المالية بالنقود أمر مباين لأداء المثل وحق المالك هي المطالبة بالثاني دون الأول، ولذا لا يجب في المثلي إعطاء القيمة مع مطالبة 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 مطالبة المالك المثل بقيمته عند تعذره أو تعسره بسيرة العقلاء الجارية في موارد الضمانات، حيث إن بناءهم على أن للمالك حق المطالبة بالقيمة أو الصبر إلى وجدان المثل لم يردع الشرع عن ذلك.

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

وأما مع عدم مطالبة المالك فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة لأن المتيقن أن دفع القيمة علاج لمطالبة المالك وجمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبة. وحق الضامن بعدم تكليفه بالمعذور أو المعسور، أما مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقه عن المثل.

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

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

[١] يعني يؤيد أن المطالبة بالقيمة عند تعذر المثل حق للمالك وليس للضامن إجباره على أخذها ما عن الأكثر في باب القرض أن المعتبر في المثلي المتعذر قيمته يوم المطالبة^(١)، فإن هذا الكلام يشير إلى أنه لو لم يطالب المالك لما تعيّن دفع القيمة. نعم ذكر بعضهم أن المعتبر في المثل المتعذر قيمته يوم الدفع^(٢)، ولا إشارة في ذلك إلى كون المطالبة حقاً للمالك وليس للضامن إجباره على أخذ القيمة، وذكر الله في الجهة الثانية أن المثل لا يسقط عن عهدة الضامن بمجرد تعذره، بل المثل المتعذر كالدين في عدم سقوطه عن عهدة المديون بعدم تمكنه على الأداء.

(١) حكاة السيد المجاهد في المناهل : ٨.

(٢) عبّر به العلامة في المختلف : ٥ : ٣٩٢.

وكيف كان، فلنرجع إلى حكم المسألة فنقول: المشهور أن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع، لأن المثل ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان، ولا دليل على سقوطه بتعذره، كما لا يسقط الدين بتعذر أدائه.

وقد صرح بما ذكرنا المحقق الثاني، وقد عرفت من التذكرة والإيضاح ما يدل عليه. ويحتمل اعتبار وقت تعذر المثل، وهو للحلي في البيع الفاسد، وللحرير في باب القرض، ومحكي عن المسالك، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة. ويضعفه: أنه إن أريد بالانتقال انقلاب ما في الذمة إلى القيمة في ذلك الوقت، فلا دليل عليه، وإن أريد عدم وجوب إسقاط ما في الذمة إلا بالقيمة، فوجوب الإسقاط بها وإن حدث يوم التعذر مع المطالبة، إلا أنه لو أخر الإسقاط بقي المثل في الذمة إلى تحقق الإسقاط، وإسقاطه في كل زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان، وليس في الزمان الثاني مكلفاً بما صدق عليه الإسقاط في الزمان الأول.

ولو كان تعذر المثل الموجب لسقوطه واشتغال الذمة بالقيمة لكان المتعين قيمة المثل يوم تعذره فإنه يوم الانتقال إلى القيمة، ويترتب على بقاء المثل على عهد الضامن أنه على تقدير مطالبة المالك تتعين قيمة المثل يوم الدفع، حيث إن دفعها دفع للمثل بماليته، ولكن أورد الله على بقاء المثل في العهدة بأن آية الاعتداء^(١) وانصراف الضمان الوارد في بعض الموارد مقتضاهما انقلاب العهدة بتعذر المثل إلى القيمة، حيث إن مقتضاهما تعين أداء أقرب الأموال إلى التالف. وكما تكون القيمة أقرب الأموال إلى التالف عند تعذر المثل من أول الأمر كذلك تكون أقرب الأموال إليه بالتعذر فيما بعد، والفرقة بين تعذر المثل من الابتداء وطريان التعذر عليه فيما بعد تحكم.

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

هذا ولكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدّم سابقاً: من الآيّة، ومن أنّ المتبادر من إطلاقات الضّمان هو وجوب الرّجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذّر المثل، توجه القول بصيرورة التالف قيمياً بمجرد تعذر المثل، إذ لا فرق في تعذّر المثل بين تحقّقه ابتداءً كما في القيميّات، وبين طرّوه بعد التمكن، كما في ما نحن فيه.

أقول: المثل للتالف على ما تقدم عبارة عن البذل الذي يقارب التالف في الجهات التي كانت موجبة لماليتيه زيادةً أو نقصاناً، ويقال للتالف المثلي فيما إذا كان وجدان البذل له كذلك نوعياً ولا يعتبر كونه دائماً، كما أنه يقال للتالف القيمي - باعتبار كون البذل له كذلك - نادراً لا نوعياً.

وعليه ففي مورد تلف المثلي في اليد أو إتلافه يكون اشتغال الذمة بالمثل، ولو كان المثل متعذراً لما ذكرنا من أن الاعتبار في اشتغال الذمة 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 العهدة، بل تبقى مشغولة به ولازمة أدائه بقيمة يوم الدفع، حيث إن أداءها أداءً للمثل بماليتيه.

وعن السيد اليزدي (طاب ثراه) أن نفس العين في موارد ضمانها تكون على العهدة ولا يعتبر في اشتغال الذمة بها التمكن على أدائها بلافراق بين كونها قيمة أو مثلية، ولا يصح ما عليه المشهور من انتقال المثل إلى العهدة في المثلي والقيمة في القيمي، بل يكون إعطاء القيمة 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 العهدة لأمثله ولا قيمته، وعلى ذلك

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

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

ثم إن في المسألة احتمالات أخر [١] ذكر أكثرها في القواعد، وقوى بعضها في الإيضاح، وبعضها بعض الشافعية. وحاصل جميع الاحتمالات في المسألة مع مبانيها، أنه: إمّا أن نقول باستقرار المثل في الذمة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة، وهو الذي اخترناه - تبعاً للأكثر - من اعتبار القيمة عند الإقباض، وذكره في القواعد خامس الاحتمالات.

فتعتبر القيمة يوم الدفع، حيث إن أداء القيمة المزبورة أداء للعين بماليتها.

أقول: حديث «على اليد» لضعفه لا يمكن الاعتماد عليه كما مرّ، والضمان في بناء العقلاء يكون باشتغال الذمة بالمثل أو القيمة وشاهد ذلك ملاحظة مورد القرض، فإن القرض في حقيقته تملك العين للآخر، مع اعتبار اشتغال عهدة الآخر بمثلها أو قيمتها لا بنفس تلك العين، حيث إنها صارت ملكاً للمقترض ولا يتفاوت الضمان في اعتبار العقلاء بين مورد القرض وسائر موارده من موارد الإتلاف أو التلف.

[١] ذكر في القواعد^(١) في المثلي المتعذر مثله احتمالات، وعن ولده في «الإيضاح»^(٢) تقوية بعضها، وعن بعض الشافعية^(٣) بعضها الآخر.

وأضاف المصنف رحمه الله إليها بعض الاحتمالات الأخرى مع الإشارة إلى مبانيها، والاحتمالات كما تلي: الاحتمال الخامس - على ما في «القواعد» - هو اعتبار قيمة المثل يوم تفرغ الذمة، وهذا مبني على بقاء المثل على العهدة وعدم سقوطه بالإعواز، أي

(١) قواعد الأحكام ١: ٢٠٣-٢٠٤.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ١٧٥.

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

وإما أن نقول بصيرورته قيمياً عند الإعواز، فإذا صار كذلك، فإما أن نقول: إن المثل المستقر في الذمة قيمى، فتكون القيمة صفة للمثل بمعنى أنه لو تلف وجب قيمته. وإما أن نقول: إن المنصوب انقلب قيمياً بعد أن كان مثلياً. فإن قلنا بالأول، فإن جعلنا الاعتبار في القيمي يوم التلف - كما هو أحد الأقوال - كان المتعين قيمة المثل يوم الإعواز، كما صرح به في السرائر في البيع الفاسد، والتحرير في باب القرض، لأنه يوم تلف القيمي.

وإن جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان - كما هو القول الآخر في القيمي - كان المتجه اعتبار زمان تلف العين، لأنه أول أزمنة وجوب المثل في الذمة المستلزم لضمائه بقيمته عند تلفه، وهذا مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الأكثر.

تعذره. والاحتمال الثاني - في كلام «القواعد» - مبني على انقلاب المثل إلى القيمي بالتعذر مع ضمان أعلى قيم المثل من زمان ضمانه - يعني زمان تلف العين - إلى زمان تلف المثل وهو زمان إعوازه وتعذره، ولو قيل في القيمي بقيمة يوم الضمان تعين قيمة المثل يوم تلف العين، فإن زمان تلفها زمان ضمان المثل. كما أنه لو قيل في القيمي بكون العبرة بزمان التلف، فالعبرة بقيمة المثل يوم إعوازه فإنه زمان تلف المثل.

والاحتمال الأول في كلام القواعد مبني على انقلاب العين التالفة إلى القيمي بعد كونها مثلياً فيعتبر أعلى القيم من يوم غصب تلك العين إلى زمان تلفها، ويحتمل ضمان يوم غصبها.

أقول: فات المصنف رحمته الله إضافة احتمال قيمة يوم تلف العين.

والاحتمال الثالث في كلام «القواعد» مبني على انقلاب الجامع بين العين التالفة والمثل المتعذر إلى القيمي، والمراد ضمان المالية التي تحصل بالعين والمثل، فيجري

وإن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلّف - كما حكى عن جماعة من القدماء في الغصب - كان المتّجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان الإعواز، وذكر هذا الوجه في القواعد ثاني الاحتمالات. وإن قلنا: إنّ التالف انقلب قيمياً، احتل الاعتبار بيوم الغصب - كما في القيميّ المغصوب - والاعتبار بالأعلى منه إلى يوم التلّف، وذكر هذا أوّل الاحتمالات في القواعد.

وإن قلنا: إنّ المشترك بين العين والمثل صار قيميّاً، جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذر المثل، لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان، إمّا للعين وإمّا للمثل، فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التلّف، وهذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات.

واحتل الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب إلى دفع المثل، ووجهه في محكي التذكرة والإيضاح: بأنّ المثل لا يسقط بالإعواز، قالوا: ألا ترى أنّه لو صبر المالك إلى وجدان المثل، استحقّه؟ فالمصير إلى القيمة عند تغريمها. والقيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم.

وحاصله: أنّ وجوب دفع قيمة المثل يعتبر [١] من زمن وجوبه أو وجوب مبدله - أعني العين - فيجب أعلى القيم منها، فافهم. إذا عرفت هذا، فاعلم: أنّ

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

والاحتمال الرابع مبني على ضمان الجامع بين المثل والعين التالفة مع عدم تبدل المثل إلى القيمة مع التعذر، بل يبقى المثل على العهدة إلى زمان دفعه بالقيمة؛ ولذا لو صبر المالك إلى وجدان المثل استحقّه.

[١] يعني يعتبر في القيمة المدفوعة على الاحتمال الرابع أعلاها من زمان وجوب دفع المثل وهو زمان مطالبة المالك بالقيمة إلى زمان حدوث ضمان العين - أي

المناسب لإطلاق كلامهم [١] لضمان المثل في المثلي هو أنه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة، غاية الأمر يجب إسقاطه مع مطالبة المالك، فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل، فلا عبرة بالقيمة إلا يوم الإسقاط وتفرغ الذمة.

وأما بناءً على ما ذكرنا - من أن المتبادر من أدلة الضمان التفرغ بالأقرب إلى التالف بالأقرب - كان المثل مقدماً مع تيسره، ومع تعذره ابتداءً كما في القيمي، أو بعد التمكن كما فيما نحن فيه، كان المتعين هو القيمة، فالقيمة قيمة للمغضوب من حين صار قيمياً، وهو حال الإعواز، فحال الإعواز معتبر من حيث إنه أول أزمته صيرورة التالف قيمياً، لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين، فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيمي توجه ما اختاره الحلّي رحمته الله.

زمان غضبها - فيعتبر دفع أعلى القيم المفروضة في هذه المدة، ولا يخفى أن مقتضى ذلك اعتبار أعلى القيم من زمان غضب العين إلى زمان مطالبة المالك، لا إلى زمان دفع القيمة كما هو المدعى، ولعله رحمته الله أشار إلى ذلك بقوله: «فافهم».

[١] هذا تعرض للصحيح من الاحتمالات المتقدمة.

وحاصله: أن مقتضى الالتزام ببقاء المثل على العهدة حتى بعد تعذره هو قيمة يوم الدفع ومقتضى آية الاعتداء^(١) وانصراف الضمان إلى أقرب الأموال إلى التالف هو صيرورة نفس التالف قيمياً عند تعذر المثل، فيكون الاعتبار بقيمة العين التالفة يوم إعواز المثل؛ إذ قبل ذلك اليوم كانت العين التالفة مثلية ولا تعتبر القيمة في المثلي، وعلى مسلك أعلى القيم يكون الاعتبار بأعلى القيم من زمان ضمان العين إلى صيرورة تلك العين قيمياً.

ولو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف - كما عليه جماعة من القدماء - توجه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإعواز، إذ كما أن ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذر أدائه المتدارك لارتفاع القيم، كذلك بشرط تعذر المثل في المثلي، إذ مع رد المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية، وحيث كانت العين فيما نحن فيه مثلية كان أداء مثلها عند تلفها كرد عينها في إلغاء ارتفاع القيم، فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين والمثل.

فإن قلنا: إن تعذر المثل يسقط المثل كما أن تلف العين يسقط العين توجه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعواز، وهو أصح الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل.

والى ذلك أشار المصنف رحمه الله بقوله: «ولو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم...»، يعني بناءً على اعتبار أعلى القيم من زمان غصب العين إلى زمان تلفها، توجه فيما نحن فيه ضمان أعلى القيم من حين ضمان العين التالفة، أي من زمان غصبها إلى زمان إعواز مثلها، والوجه في حساب أعلى القيم إلى زمان إعواز المثل مع فرض تلف العين قبل ذلك ما أشار إليه رحمه الله بقوله: «كما أن ارتفاع القيمة... إلخ» يعني كما أن زيادة القيمة قبل تلف العين مضمونة بشرط تعذر رد العين، حيث إن 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، فكذا رد المثل في المثليات متدارك - بالكسر - ضمان ارتفاع القيمة من يوم غصب العين إلى زمان تلفها.

وبالجملة: ارتفاع القيمة في المثلي مضمون بشرط عدم رد العين وعدم رد المثل فيكون رد المثل متداركاً لارتفاع القيمة في المثلي، وإذا تعذر المثل يكون الارتفاع مضموناً مطلقاً فتعتبر قيمة العين إلى هذا الزمان، باعتبار أن العين ولو كانت تالفة قبل

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

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

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

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

ذلك إلّا أن كونها قيمية حدثت في الزمان المزبور.

هذا مع القول بانقلاب المثلي إلى القيمي بتعذّر المثل، وأما بناءً على بقاء المثل على العهدة حتى بعد تعذّره تكون زيادة القيمة مضمونة إلى زمان تفرّغ الدّمة بدفع القيمة.

أقول: لا يخفى بناءً على صيرورة العين التالفة قيمية وكون الاعتبار في القيمي بيوم التلف يكون اعتبار القيمة يوم إعواز المثل ولكن المعتبر قيمة 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 أنَّه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة لم يكن له المطالبة ولا أظنَّ أحدًا يلتزمه، وفيه تأمل.

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

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

وبالجملة: اشتبه على المصنف رحمته الله ظرف الاعتبار بظرف المعبر.

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

وبعبارة أخرى: تكون العين المزبورة كسائر القيميات، ولا يكون في الفرض اشتغال الذمة بالمثل وبقائه على الذمة إلى زمان أدائه بماليتها كما ذكرنا في صورة 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 مطالبة المثل؛ لأن المفروض حدوث الضمان بالقيمة من الأول كسائر القيميات.

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

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

وزاد في المسالك قوله: ممّا ينقل عادة منه إليه كما ذكروا في انقطاع المسلّم فيه.
وعن جامع المقاصد: الرجوع فيه إلى العرف. ويمكن أن يقال: إنّ مقتضى
عموم وجوب أداء مال الناس وتسليطهم على أموالهم - أعياناً كانت أم في الذمة -
وجوب تحصيل المثل - كما كان يجب ردّ العين أينما كانت - : ولو كانت في
تحصيله مؤنة كثيرة، ولذا كان يجب تحصيل المثل بأيّ ثمن كان وليس هنا تحديد
التكليف بما عن التذكرة.

نعم لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعيّن ما عن جامع
المقاصد كما أنّ المجمعين إذا كانوا بين معبر بالإعواز ومعبر بالتعذر كان المتيقّن
الرجوع إلى الأخصّ وهو التعذر لأنّه المجمع عليه. نعم، ورد في بعض أخبار
السلم أنّه إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه تخيّر المشتري.
ومن المعلوم أنّ المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلي المتوقّف على
استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفاً ما عن التذكرة، وهذا يستأنس به
للحكم فيما نحن فيه.

وعلى ذلك فإن كان في البين تعذر أداء المثل بالإضافة إلى الضامن أو كان تحصيله
حرجاً أو إجحافاً عليه، فمقتضى قاعدة اللائحة أو اللاضرر سقوط حق المالك فعلاً
عن المطالبة بالمثل إلّا بقيمته، ولو لم يكن ذلك فمقتضى حرمة 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 مطالبة المالك بالمثل وتمكن الضامن عليه بلا حرج أو

(١) التذكرة ٢: ٣٨٣.

(٢) جامع المقاصد ٢: ٢٠٨.

ثم إنَّ في معرفة قيمة المثل [١] مع فرض عدمه إشكالاً: من حيث إنَّ العبرة بفرض وجوده ولو في غاية العزّة - كالفاكهة في أوّل زمانها أو آخره - أو وجود المتوسط؟ الظاهر هو الأوّل لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه وشرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغني عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله الرّاغبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم.

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

إجحاف فعليه رد المثل، سواء كان في العرف إعواز أم لا، فإن العبرة بتمكن شخص الضامن لإعوازه في العرف كما هو الحال في سائر التكاليف المشروطة بالتمكن، وعلى ذلك فلولم يكن مثل التالف إلا 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 لابد من

كونه يباع بالقيمة السوقية وألا تكون الوظيفة دفعه بقيمته السوقية، كما إذا كان عند من لا يبيعه إلا بأضعاف قيمته السوقية، وتقدم أن الميزان في قيمة المثل بيوم الدفع فيتعين في الفرض إعطاء قيمته السوقية التي حال عزة وجوده، وأما إذا لم يكن للمثل وجود أصلاً فلا بد في تعيين قيمته السوقية من فرض وجوده في السوق ثم دفع القيمة. ولا موجب في حساب قيمته بفرض عزة وجوده فإن مع وجود المثل يكون رده موجباً

ثم إنَّك قد عرفت أنَّ للمالك [١] مطالبة الضامن بالمثل عند تمكُّنه ولو كان في غير بلد الضمان وكان قيمة المثل هناك أزيد وأما مع تعدُّره وكون قيمة المثل في بلد التِّلْف مخالفاً لها في بلد المطالبة. فهل له المطالبة بأعلى القيمتين أم يتعيَّن قيمة بلد المطالبة. أم بلد التِّلْف؟ وجوه.

وفصل الشيخ في المبسوط - في باب الغصب: - بأنَّه إن لم يكن في نقله مؤنة - كالتقدين - فله المطالبة بالمثل سواء أكانت القيمتان مختلفتين أم لا وإن كان في نقله مؤنة فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضاً لأنَّه لا ضرر عليه في ذلك، وإلَّا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التِّلْف أو يصبر حتَّى يوفِّيه بذلك البلد. ثم قال: إنَّ الكلام في القرض كالقلام في الغصب.

لارتفاع الضمان ولو كانت له في الأول عزة الوجود، وباعتبارها كانت قيمته السوقية أزيد وعند دفعه لم يكن بتلك العزة وكان في قيمته نقصان، وإذا كان دفع المثل بنفسه كذلك فما الوجه في فرض عزة الوجود له في دفع ماليته يوم لا يكون في السوق مثل أصلاً؟ وبعبارة أخرى: لا يوجب دفع الأزيد لقيمة المثل في الفرض إلا أن يكون ذلك للاحتياط أو استصحاب عدم فراغ العهدة بدفع الأقل، فتدبر.

[١] وحاصله: أن مع تعذر المثل في بلد تلف العين ووجدانه في بلد آخر يجوز للمالك المطالبة بالمثل فيه، سواء كانت قيمة المثل في ذلك البلد مساوياً للمثل في بلد الضمان أو زائدة عليها، وهل مع تعذر المثل في ذلك البلد للمالك المطالبة بقيمة ذلك البلد فيحتمل تعين قيمة بلد الضمان وقيمة المثل لبلد المطالبة وتخيير المالك بينهما فيجوز له المطالبة بالأزيد منهما؟

وعن الشيخ رحمته الله في مبسوطه ^(١) في باب الغصب أنه مع عدم المؤونة في نقل المثل

وحكي نحو هذا عن القاضي أيضاً فتدبر. ويمكن أن يقال: إن الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم - على القول به - مع الإطلاق لانصراف العقد إليه وليس في

إلى بلد المطالبة من بلد التلف فله المطالبة بالمثل، ولو كانت القيمة في بلد المطالبة أزيد، وأما إذا كانت في نقله إليه مؤونة يكون له المطالبة بها بشرط تساوي القيمتين، ومع عدم تساويهما فلا يجوز له إلا المطالبة بقيمة بلد التلف أو الصبر إلى أداء المثل بنفسه فيه. أقول: قد تقدم منع أصل الحكم الذي ذكره المصنف رحمته الله وأنه مع وجدان المثل في بلد المطالبة وتفاوت قيمته مع قيمة بلد التلف لا يكون الموجود في بلد المطالبة - مثلاً - ليستحق المالك المطالبة به، ومع عدمه المطالبة بقيمته، بل عليه الصبر إلى وجدان المثل في بلد العين أو المطالبة بقيمة المثل في ذلك البلد، وإلى ذلك يرجع ما ذكر الشيخ رحمته الله في مبسوطه في كتاب الغصب.

وبالجملة: الاختلاف الفاحش بقيمة الشيء باختلاف البلدان يوجب أن لا يكون الأزيد قيمة في بلد مثلاً للتالف يحسب بقيمة في بلد آخر، وكذا التفاوت في القيمة في بلد بحسب الأزمنة، أي باعتبار الفصول غير معتبر، كما إذا تلف المثلي في زمان كانت قيمته أقل ثم زادت فإنه يجب في القرض أداء المثل ومع تعذره أداؤه بقيمته يوم الأداء، ولا عبرة باختلاف قيمته بحسب زماني الضمان والأداء.

نعم يعتبر بقاء أصل المالية في المثل، ولو سقط عن المالية رأساً أو كان كسقوط النقوط المرسومة فعلاً فإنها بعد سقوطها عن الاعتبار تكون عند العقلاء تالفة، ولا يكون رد العين موجباً لارتفاع الضمان فضلاً عن أداء مثله.

والسر في ذلك أن الضمان في اعتبارهم في الأشياء في موارد التلف والإتلاف باعتبار ماليتها، ومع سقوط الشيء عن المالية يكون الشيء المزبور من القيميات التي يأتي الكلام في كون العبرة فيها بالقيمة يوم الضمان أو التلف أو الأداء.

باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف، بقي الكلام في أنه هل يعدّ من تعدّر المثل خروجه عن القيمة - كالماء على الشاطئ [١] إذا أتلّفه في مفازة والجَمَد في الشتاء إذا أتلّفه في الصّيف - أم لا؟ الأقوى بل المتعيّن هو الأوّل بل حكى عن بعض نسبه إلى الأصحاب وغيرهم. والمصرّح به في محكي التذكرة والإيضاح والدروس قيمة المثل في تلك المفازة ويحتمل آخر مكان أو زمانٍ سقط المثل فيه عن المالية.

فرع: لو دفع القيمة في المثلي المتعدّر مثله، ثمّ تمكّن من المثل فالظاهر عدم عود المثل في ذمّته وفاقاً للعلامة رحمته الله. ومن تأخّر عنه ممّن تعرّض للمسألة؛ لأنّ المثل كان ديناً في الذمّة سقط بأداء عوضه مع التراضي فلا يعود، كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده، هذا على المختار، من عدم سقوط المثل عن الذمّة بالإعواز. وأمّا على القول بسقوطه وانقلابه قيمياً.

فإن قلنا بأنّ المغضوب انقلب قيمياً عند تعدّر مثله فأولى بالسقوط لأنّ المدفوع نفس ما في الذمّة.

وإن قلنا: إنّ المثل بتعدّره - النازل منزلة التلف - صار قيمياً احتمل وجوب المثل عند وجوده. لأنّ القيمة حيثنّ بدل الحيلولة [٢] عن المثل، وسيأتي أنّ حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة.

[١] قد ذكرنا سابقاً أنه تؤخذ خصوصية المكان في المثل فيما إذا كانت تلك الخصوصية دخيلة في المالية، وعليه فالماء على الشاطئ لا يكون مثلاً للتالف في المفازة ليتوهم ارتفاع الضمان بدفعه.

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

[٢] لا يخفى أنه بناءً على تصوير بدل الحيلولة فهو في المقام غير محتمل إلا على

السابع: لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً [١]، فقد حكى: الاتفاق على كونه

مسلك بقاء المثل على العهدة حتى بعد إعوازه ليكون دفع القيمة من قبيل بدل الحيلولة بين المالك وماله، وهذا بخلاف ما إذا قيل بالانقلاب إلى القيمة، سواءً كانت القيمة بدلاً عن العين أو عن المثل فإنه على الانقلاب يتعين حق المالك في القيمة ولا يكون مالكاً إلا القيمة التي تسلمها بعد تعذر المثل، وليس له حق آخر على العهدة ليقال بأن له المطالبة به. [١] الضمان في القيميات، بمعنى اعتبار قيمة التالف ديناً على عهدة الضامن في مقابل المثلي الذي يكون الدين على عهده هو المثل.

وقد ذكرنا سابقاً أن الاعتبار في كون التالف مثلياً ليثبت المثل على العهدة وجدان المثل نوعاً ولا يعتبر وجدانه دائماً فلا يضر على اعتبار المثل على العهدة عدم وجدانه أحياناً، ويعتبر في كون التالف قيمياً عدم وجدان المثل له نوعاً وإن وجد أحياناً بحيث يكون الظفر عليه من الاتفاق.

وما ذكر المصنف رحمه الله من أن المتيقن من إطلاقات الضمان الدالة على اعتبار القيمة صورة تعذر المثل لا يمكن المساعدة عليه، فإن الشارع لم يتصرف في طور الضمان في المثلي أو القيمي، ولا موجب لانصراف الإطلاق في بعض ما ورد بضمان القيمة إلى صورة تعذر المثل، كيف وقد جرت سيرة العقلاء على اعتبار الدين قيمةً في مال لا يوجد له مثل نوعاً.

ويقتضيه أيضاً الإطلاق في صحيحة أبي ولاد الآتية الدالة على ضمان البغل بقيمته^(١) فإنها تعم ما إذا كان للبغل المفروض مثل أولاً، وكذا قوله عليه السلام في رواية عتق الحصنة من العبد المشترك^(٢)، وما ورد في ضمان الرهن بتفريط المرتهن^(٣).

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١١٩، الباب ١٧ من كتاب الإجارة، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٣: ٣٧، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٥.

(٣) وسائل الشريعة ١٨: ٣٩١، الباب ٧ من كتاب الرهن، الحديث ٣.

مضموناً بالقيمة، ويدلّ عليه: الأخبار المتفرقة في كثير من القيمات، فلا حاجة إلى التمسك بصحیحة أبي ولاد الآتية في ضمان البغل، ولا بقوله عليه السلام: «مَنْ أَعْتَقَ شَقْصاً مِنْ عَبْدٍ قَوْمٍ عَلَيْهِ» بل الأخبار كثيرة، بل قد عرفت أَنَّ مقتضى إطلاق أدلة الضمان في القيمات هو ذلك بحسب المتعارف، إلا أَنَّ المتيقن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذراً، بل يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الواردة في خصوص بعض القيمات - كالبغل والعبد ونحوهما - لصورة تعذر المثل، كما هو الغالب.

فالمرجع في وجوب القيمة في القيمي وإن فرض تيسر المثل له - كما في مَنْ أتلّف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه، وكما لو أتلّف عليه ذراعاً من مئة ذراع كرباس منسوج على طريقة واحدة لا تفاوت في أجزائه أصلاً - هو الإجماع، كما يستظهر.

وعلى تقديره، ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل،

وما ذكر المصنف عليه السلام في وجه اعتبار القيمة 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 السيرة أو بعض الروايات المشار إليها كما لا يخفى.

وقد ظهر أيضاً ضعف ما نسب إلى الإسكافي ^(١) وحكي عن الشيخ عليه السلام والمحقق في «الخلاف» ^(٢) و«الشرايع» ^(٣) من اعتبار المثل على العهدة في المضمونات مطلقاً، غاية الأمر يكون دفع المثل بقيمته عند تعذره فإن السيرة أو الروايات المشار إليها كافية في الظهور المزبور.

(١) و (٢) و (٣) حكى عن الاسكافي وعن ظاهر الشيخ والمحقق السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٣،

وانظر الخلاف ٣: ١٧٥، المسألة ٢٨٧، والشرايع ٢: ٦٨.

خصوصاً مع الاستدلال عليه - كما في الخلاف وغيره - بقوله تعالى: «فَاغْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ»، بناءً على أن القيمة مماثلة للتالف في المالية، فإنَّ ظاهر ذلك جعلها من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذُّر المثل.

وعن السيد البزدي رحمته الله ^(١) بقاء العين التالفة على العهدة في المثلي والقيمي، وأنَّ انتقال المثل أو القيمة على العهدة لأساس له، بل يكون دفعهما موجباً لفرار الذمة عن عهدة العين، وذكر أن هذا مقتضى حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» ^(٢)، وليس في الروايات ما ينافي ذلك، أما في الأخبار الدالة على الضمان فواضح، فإنه ليس فيها دلالة على اعتبار القيمة أو المثل على العهدة.

وأما الأخبار الدالة على القيمة فليست لها دلالة إلا على وجوب دفع القيمة لا اشتغال الذمة بها، كما في صحيحة أبي ولاد ^(٣) أو الرواية في تقويم العبد.

نعم، في سقوط الدين بحساب الرهن عند تلفه دلالة على ثبوت قيمة الرهن على العهدة، وإلا لم يكن سقوط الدين بمجرد تلف الرهن، ولكن لم أعر على هذا الخبر.

أقول: قد تقدم دلالة صحيحة أبي ولاد على ضمان القيمة حتى مع التمكن على مثل البغل المفروض فيها ويأتي بيانه تفصيلاً عند التعرض لها، كما أن ظاهر موثقة سماعة ضمان القيمة قال: «سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، فقال: هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمة ويضمن الثمن الذي أعتقه، لأنه أفسده على أصحابه» ^(٤). فإنه لولا ضمان العبد بالقيمة لم يكن مجرد تقويمه مصححاً لضمان الثمن

(١) نقله السيد الخوئي رحمته الله في مصباح الفقاهة ٢: ٤٥١.

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

(٣) وسائل الشريعة ١٩: ١١٩، الباب ١٧ من أبواب الإجارة، الحديث الأول.

(٤) وسائل الشريعة 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 القيمة عندهم بدلاً عن المثل حتى يترتب عليه وجوب قيمة يوم دفعها - كما ذكروا ذلك احتمالاً في مسألة تعيين القيمة متفرعاً على هذا القول - فإداه إطلاقاً الروايات الكثيرة في موارد كثيرة: منها: صحيحة أبي ولاد الآتية.

ومنها: رواية تقويم العبد. ومنها: ما دلّ على أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمته بحساب ذلك، فلولا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف.

ومنها: غير ذلك من الأخبار الكثيرة. وإن أرادوا أنه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن بعيداً، نظراً إلى ظاهر آية الاعتداء ونفي 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 المسألة.

بالعتق الذي عبر عنه في الموارد بالإفساد على المالك، بل لا بد من التعبير بضمان نفس العبد، ونحوها غيرها.

وفي موثقة ابن بكير قال: «سألت أبا عبد الله 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 أدّى إليه صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن سواء فليس عليه شيء»^(١). فإن ظاهرها ضمان الرهن بالقيمة؛ ولذا ذكر عدم ثبوت شيء على عهدة المديون أو المرتهن مع تساوي الدين والرهن.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٩١، الباب ٧ من أبواب الرهن، الحديث ٣.

ثم إنهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد. فالمحكي في غاية المراد عن الشيخين وأتباعهما: تعين قيمة يوم التلف، وعن الدروس والروضة نسبته إلى الأكثر.

والوجه فيه - على ما نبه عليه جماعة، منهم العلامة في التحرير -: أن الانتقال إلى البدل إنما هو يوم التلف، إذ الواجب قبله هو رد العين. وربما يورد عليه: أن يوم التلف [١] يوم الانتقال إلى القيمة، أما كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا. ويدفع: بأن معنى ضمان العين عند قبضه: كونه في عهده، ومعنى ذلك وجوب تداركه ببذله عند التلف، حتى يكون عند التلف كأنه لم يتلف، وتداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه. ومما ذكرنا ظهر أن الأصل في ضمان التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف، فإن خرج المغصوب من ذلك - مثلاً - فبدليل من خارج.

[١] الإبراد صحيح، فإن اشتغال الذمة بقيمة العين يحدث يوم تلفها، ولكن القيمة التي تكون على العهدة قيمة ذلك اليوم أو غيرها فلا بد من التعيين واحتمال اشتغال الذمة بالقيمة بحيث يكون المعتبر في كل زمان إلى تفريغ الذمة قيمة العين في ذلك الزمان حتى تتعين قيمة يوم الدفع، مدفوع بأنه لا عبرة بالأزمة بعد تلف العين؛ ولذا لو سقطت العين عن المالية بعد ذلك بحيث لو كانت باقية لما كانت لها قيمة يتعين أيضاً على الضامن دفع القيمة، ولو كان المعيار بالقيمة يوم الدفع لسقط الضمان بانقضاء المالية، فافهم.

ولكن مع ذلك لا يلزم اعتبار قيمة يوم التلف، بل يحتمل كون المعتبر في زمان تلف العين قيمة يوم غصبها أو أعلى القيم من يوم دخولها في الضمان إلى زمان تلفها. وبذلك يظهر ما في قوله ﷺ: «ومما ذكرنا ظهر أن الأصل في ضمان التالف ضمانه

نعم، لو تمّ ما تقدّم عن الحلّي في هذا المقام: من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسداً بمنزلة المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم، ألحقناه بالمغصوب إن ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل، بل يمكن أن يقال: إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغضب - كما هو ظاهر صحيحة أبي ولّاد الآتية - كشف ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف، إذ يلزم حينئذٍ أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغضب غير واجب التدارك عند التلف، لما ذكرنا من أنّ معنى التدارك التزام بقيمته يوم وجوب التدارك.

يوم التلف... إلخ، فإنه كما ذكرنا ليس في البين ما يقتضي كون المعتبر على العهدة من القيمة قيمة يوم التلف.

نعم، حدوث الاعتبار يكون ذلك اليوم كما مر، ولا يمكن إثبات قيمة ذلك اليوم بالسيرة العقلانية أيضاً، حيث لم يحرز استقرارها على تلك القيمة، بل لو ثبت قيمة يوم الغضب بصحيحة أبي ولّاد الآتية فيمكن التعدي إلى سائر موارد الضمان في القيميات إما باعتبار الاتفاق على عدم الفرق بين الضمان في مورد الغضب وبين المقبوض بالعقد الفاسد كما ادعاه الحلّي رحمته الله (١)، أو أنه لا يحتمل إلغاء ضمان زيادة القيمة من يوم الضمان إلى يوم التلف في مورد الغضب وعدم إلغائها في غيره.

وعن السيد اليزدي رحمته الله (٢) أن العبرة بقيمة يوم الدفع باعتبار بقاء نفس العين على العهدة إلى فراغها، وعلى تقدير الانقلاب تكون العبرة بيوم التلف، فإن ضمان قيمته على القاعدة، ولا دلالة لصحيحة أبي ولّاد على ضمان قيمته يوم الغضب، وعلى تقديرها تكون مختصة بباب الغضب، بل يمكن الاستدلال على ضمان يوم التلف بما

(١) السرائر ٢: ٣٢٦.

(٢) نقله السيد الخوئي رحمته الله في مصباح الفقاهة ٢: ٤٥١.

نعم، لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم، أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك مؤاخذه له بأشَقِّ الأحوال. فالمهم - حيثئذ - صرف الكلام إلى معنى الصحيحة بعد ذكرها، ليلحق به البيع الفاسد، إمّا لما ادّعاه الحلّي، وإمّا لكشف الصحيحة عن معنى التدارك والغرامة في المضمونات، وكون العبرة في جميعها بيوم الضمان، كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد. وحيث إنّ الصحيحة مشتملة على أحكام كثيرة وفوائد خطيرة، فلا بأس بذكرها جميعاً وإن كان الغرض متعلقاً ببعضها. فروى الشيخ في الصحيح عن أبي ولّاد،

ورد في تقويم العبد المشترك المعتقد من بعض مواليه.

وفي صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «من كان شريكاً في عبد أو أمة قليل أو كثير، فأعتق حصته وله سعة فليشتره من صاحبه فيعتقه كله، وإن لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم أعتق، ثم يسعى العبد في حساب ما بقي حتى يعتق»^(١). وفي صحيحته الأخرى: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في عبد كان بين رجلين فحرّر أحدهما نصفه وهو صغير وأمسك الآخر نصفه حتى كبر الذي حرّر نصفه، قال: يقوم قيمة يوم حرّر الأول، وأمر الأول أن يسعى في نصفه الذي لم يحرّر حتى يقضيه»^(٢).

وفيه ما تقدم في دعوى كون قيمة التلف على القاعدة، ولا دلالة في الروايتين على اعتبار قيمة ذلك اليوم فإن الضمان فيهما من جهة الائتلاف كما في بعض الروايات المروية في ذلك الباب، من تعليل ضمان المعتقد القيمة لباقي الشركاء مع يساره بأنه لما أفسده على أصحابه أو ضيعه عليهم، ولا يختلف فيه حدوث الضمان والائتلاف في الزمان فيحتمل أن يكون تعيين قيمة يوم الإفساد باعتبار كونها زمان حدوث الضمان

(١) وسائل الشيعة ٢٣: ٣٦، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٣٧، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٤.

قال: «اكرتيت 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 النبل خُبرت أنه توجه إلى بغداد، فأتبعتة فظفرت به وفرغت فيما بيني وبينه، ورجعت إلى الكوفة، وكان ذهابي ومجئني خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري، وأردت أن أتحلل منه فيما صنعت وأرضيه، فبذلت 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 اكرته إلى قصر بني هبيرة فخالف فركبه إلى النبل وإلى بغداد، فضمن قيمة البغل وسقط الكرى، فلما رد البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكرى. قال: فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممّا 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 السماء 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

فلا يمكن استظهار قيمة 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 أمانة مالكية أو شرعية، ولا يكون الشخص مأذوناً في إتلافه مجاناً قبل التلف.

[١] قيل إن النبل قرية 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 فلي عليه علفه، قال: لا لأنك غاصب، فقلت: رأيت لو عطب [١] البغل أو نفق أليس كان يلزمني [٢]؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال: عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه عليه، قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت و هو إماماً أن يحلف هو على القيمة فيلزمك فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا فيلزمك، قلت: إنّي أعطيته دراهم ورضي بها وحلّني قال ﷺ إنّما رضي بها فأحلّك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم ولكن إرجع إليه فأخبره بما افتيتك به، فإن جعلك في حلٍّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك... الخبر.

ومحلّ الاستشهاد فيه فقرتان:

الأولى: قوله «نعم قيمة بغل يوم خالفته» إلى ما بعد، فإنّ الظاهر أنّ اليوم قيد للقيمة إمّا بإضافة [٣] القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً، يعني قيمة يوم المخالفة للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة، لا لأنّ ذا القيمة بغل غير معيّن، حتّى توهم الرّواية مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل، والقيمة إنّما

وحساب الرجوع من بغداد إلى الكوفة تفاوت أجره المثل بالإضافة إلى الذهاب والإياب المفروضين.

[١] عطب ونفق كضرب بمعنى هلك ومات، والعقر بمعنى الجرح، والدبر - بالتحريك - قرحة الدابة.

[٢] من المجرد بمعنى يثبت عليّ.

[٣] ليس المراد إضافة القيمة إلى كل من البغل ويوم المخالفة بحسب التركيب

هي قيمة المثل. وإما بجعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل.

وأما ما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله: «نعم» القائم مقام قوله عليه السلام: «يلزمك» - يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل - فبعيد جداً، بل غير ممكن، لأنّ السائل إنّما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، كما يدلّ عليه: «أرأيت لو عطب البغل، أو نفق أليس كان يلزمني؟» فقلوه: «نعم» يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته. وقد أطنب بعض في جعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه، ولم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوي، ولا المتفاهم العرفي.

الكلامي، بل المراد إضافة القيمة إلى البغل ثم إضافة البغل إلى يوم المخالفة؛ ولذا ذكر سقوط حرف التعريف من البغل للإضافة، ولو كانت القيمة مضافاً والبغل مضافاً إليه فقط لم يكن وجه لسقوط الألف واللام عن الثاني.

وحيث إن المضاف إليه - يعني يوم المخالفة - لا يصح كونه قيداً للبغل، فإن البغل لا ينسب إلى الأيام فيكون اليوم المزبور قيداً للمضاف، أي القيمة، فتنسب القيمة المنسوبة إلى البغل أولاً إلى يوم المخالفة ثانياً، والمعنى: نعم يلزمك قيمة يوم المخالفة للبغل.

وهذا مراد من ذكر أن مقتضى الحديث الاعتبار في الضمان بقيمة يوم الغصب وحدوث الضمان، دون يوم التلف أو أعلى القيم.

وقيل: إن يوم المخالفة ظرف للفعل المستفاد من حرف الجواب، يعني لفظة «نعم»، فإنها بعد السؤال المزبور قائم مقام قوله: «يلزمك»، أي يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل، فيكون الجواب ناظراً لبيان حدوث الضمان يوم المخالفة وأن قبلها لم يكن

الثانية: قوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا»، فإنّ إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لاجدوى فيه، لعدم الاعتبار به، فلا بدّ أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة، بناءً على أنّه يوم الاكتراء، لأنّ الظاهر من صدر الرواية أنّه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة.

ومن المعلوم أنّ اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنّما يكون يوم الخروج، أو في عصر اليوم السّابق. ومعلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة.

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

ضمان، لأنّ المعتمد في الضمان هي القيمة بحسب يوم المخالفة.

وأورد على ذلك المصنف ﷺ أن هذا لا يناسبه ظاهر الرواية ولا الفهم العرفي، بل هذا الاحتمال غير صحيح؛ لأنّ السائل لم يسأل عن حدوث أصل الضمان بمخالفته لمقتضى الإجارة، بل كان هذا معلوماً 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 المخالفة، كيف ولو كان السؤال عن تعيين ما يضمن به بعد الفراغ عن أصل الضمان لكان الأمر كذلك بالإضافة إلى ضمان الوصف أيضاً، مع أنه ﷺ سلّم أن

ويحتمل أن يكون قيداً له «الغيب»، والمراد: الغيب الموجود في يوم الرد، لاحتمال ازدياد الغيب إلى يوم الردّ فهو المضمون، دون الغيب القليل الحادث أولاً، لكن يحتمل أن يكون الغيب قد تناقص [١] إلى يوم الردّ، والعبرة حينئذٍ بالغيب الموجود حال حدوثه، لأنّ المعيب لو ردّ إلى الصّحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع على مقتضى الفتوى.

قوله عليه السلام: «عليك قيمة ما بين الصحة والغيب يوم ترده عليه»^(١) بيان لأصل الضمان بالإضافة إلى وصف الصحة. والمعنى: عليك أداء الأرش يوم ردّ البغلة، وأما الأرش فتعيينه بحسب يوم الغصب أو التلف أو الرد فلا نظر له إليه.

والصحيح أن يقال: إن قيد يوم المخالفة راجع إلى القيمة لأصل الضمان فإن القيمة لا تثبت على العهدة يوم المخالفة مع فرض بقاء العين، بل ثبوتها على العهدة يكون زمان التلف ولا وجه لدعوى أن تقييد الضمان بيوم المخالفة للتنبيه بعدم الضمان بقيمة يوم التلف قبلها.

فإنه مضافاً إلى كونه خلاف الظاهر تنافيه الفقرة الثانية، يعني قوله عليه السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكثري كذا وكذا»^(٢)، حيث إنه لا ينبغي الرب في أن ظاهرها كون «حين اكثري» قيداً للقيمة، وسيأتي أنه لا يختلف في مثل مورد الرواية قيمة زمان الغصب عن قيمة يوم الاكتراء، كما أن ظاهرها كون المراد بالبغل الإشارة إلى المفروض في السؤال فلا مورد لتوهم أن مدلول الرواية الضمان بقيمة طبعي البغل.

[١] الظاهر أن مع تناقص الغيب أو براء الحيوان لا يوجب الضمان فإنه لم يتلف

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١١٩ - ١٢٠، الباب ١٧ من كتاب الإجارة، الحديث الأول.

(٢) المصدر السابق.

فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف أيضاً، فتعين تعلقه بقوله عَلَيْكَ: «عليك». والمراد بـ«قيمة ما بين الصّحة والعيب» قيمة التّفاوت بين الصّحة والعيب، ولا تعرّض في الرواية ليوم هذه القيمة، فيحتمل يوم الغصب، ويحتمل يوم حدوث العيب الذي هو يوم تلف وصف الصّحة الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضّمانات والمعاوضات، وحيث عرفت ظهور الفقرة السّابقة عليه واللاحقة له في اعتبار يوم الغصب، تعين حمل هذا أيضاً على ذلك.

نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصّحيحة بأنّه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم في الرواية على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة

على المالك شيء ليكون على الضامن تداركه، ولم أظفر على الفتوى التي أشار إليها من ضمان العيب حتى مع براء الحيوان ورده إلى مالكه سالماً.

والحاصل: يحتمل كون الظرف - يعني يوم الرد - ظرفاً للعيب وقيداً له، بل هذا الاحتمال أظهر، فإنه لو كان الظرف متعلقاً بـ«عليك» لكان ذكره بلا فائدة، مع أن تعلقه بـ«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 قيمة العين يوم غصبها عشرة دراهم ثم زادت وصار معها عشرين وصحيحها خمسين فيكون على الضامن ثلاثين درهماً وهو تفاوت قيمة العيب الموجود حال الرد، وهذا لا يعطي الاحتمال بأن يكون على الغاصب على تقدير تلف العين عشرة دراهم وعلى تقدير عيبها ثلاثون درهماً.

فإنه يقال: اعتبار العيب الموجود حال الرد لا يلزم منه تقويم العيب بقيمة زمان الرد، بل مقتضى تبعية ضمان الوصف لضمان العين أن يكون على الضامن في الفرض ستة دراهم من عشرة دراهم، بأن يكون تقويم العيب الموجود حال الرد بحسب قيمة

البغل في مدّة خمسة عشر يوماً، ويكون السرّ في التعبير بـ«يوم المخالفة» [١] دفع ما ربّما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوامّ: أنّ العبرة بقيمة ما اشترى به البغل وإن نقص بعد ذلك لأنّه خسره المبلغ الذي اشترى به البغلة ويؤيده: التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بـ«يوم الاكتراء»، فإنّ فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفة من حيث إنّ يوم المخالفة. إلّا أن يقال [٢]: إنّ الوجه في التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء لكون البغل فيه غالباً بمشهد من الناس وجماعة من المُكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث إنّ زمان المخالفة. فتغيّر التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبيّنة كاليمين في مقابل قول السائل «ومن يعرف ذلك؟» فتأمّل.

يوم الغصب. وحيث إن التفاوت بين الصحيح والمعيب ثلاثون درهماً، يعني ثلاثة أخماس قيمة العين صحيحاً فيؤخذ بذلك من قيمة يوم الغصب.

[١] يعني أن يوم المخالفة قيد للقيمة ولكن القيد ليس للاحتراز عن قيمة يوم التلف، بل للاحتراز عن قيمة يوم الاشتراء، حيث يكون المرتكز في ذهن مثل صاحب البغل مطالبة الضامن بقيمة شراء البغل يزعم أنه المبلغ الذي خسره.

وبعبارة أخرى: يوم المخالفة قيد احترازي للقيمة ولكن لا مطلقاً، بل بالإضافة إلى قيمة يوم الشراء.

[٢] يعني: أن يقال في تأييد الاعتبار بقيمة يوم الغصب، ووجه التأييد أن ذكر يوم الاكتراء ليس من جهة عدم الاهتمام بيوم المخالفة في تقويم العين، بل للتنبيه بطريق سهل إلى معرفة قيمة يوم المخالفة للبغل المفروض في الرواية وأن إقامة البيّنة على تلك القيمة كتعيينها باليمين سهل، حيث إن البغل المزبور يكون يوم الاكتراء بمرأى

ويؤيده أيضاً [١] قوله ﷺ فيما بعد في جواب قول السائل: «وَمَنْ يَعْرِفُ ذَلِكَ؟» قال: «أَنْتَ وَهُوَ، إِمَّا أَنْ يَحْلِفَ هُوَ عَلَى الْقِيَمَةِ فَيَلْزِمَكَ، فَإِنْ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَيْكَ فَحَلَفْتَ عَلَى الْقِيَمَةِ لَزِمَهُ. أَوْ يَأْتِيَ صَاحِبَ الْبَغْلِ بِشُهُودٍ يَشْهَدُونَ عَلَى أَنْ قِيَمَةَ الْبَغْلِ يَوْمَ اكْتَرَى كَذَا وَكَذَا، فَيَلْزِمَكَ... الْخَبَرُ»، فَإِنَّ الْعَبْرَةَ لَوْ كَانَ بِخُصُوصِ يَوْمِ الْمَخَالَفَةِ لَمْ يَكُنْ وَجْهٌ لَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَالِكِ مَعَ كَوْنِهِ مُخَالَفًا لِلْأَصْلِ.

ومشهد من الناس والمكاريين، ولا يتفاوت عادة قيمته إلى يوم المخالفة التي يكون الفصل بينها وبين يوم الاكتراء بيوم أو أقل منه.

[١] يعني: يؤيد عدم العبارة بيوم المخالفة في ضمان القيمة ظاهر قوله ﷺ في الجواب عن كيفية معرفة القيمة بكون الحلف على القيمة حقاً لصاحب البغل فإنه يصح ذلك بناءً على اعتبار قيمة يوم التلف، دون ما إذا كان الاعتبار بيوم المخالفة فإنه إذا أحرزت القيمة قبل يوم التلف وكان دعوى الضامن نقصانها عن تلك القيمة يوم تلف العين فيتوجه اليمين إلى صاحب البغل باعتبار كونه منكراً لدعوى النقصان، كما أن إقامة صاحب البغل البينة فيما إذا كان اختلافهما في قيمة البغل بلا اتفاق سابق.

أقول: التأييد عليل، فإنه يمكن توجيه اليمين إلى صاحب البغل مع كون الاعتبار بقيمة يوم الغصب، كما إذا اتفقا على قيمة البغل سابقاً قبل غصبها بشهر وكان دعوى الضامن نقصان القيمة يوم اكترائه وغصبه، بل الظاهر من الحلف هو الحلف المتعارف عند عامة الناس الذي يرضى به المحلوف له ابتداءً ورداً.

والمتحصل: من جميع ما ذكرنا أن قوله ﷺ في الجواب عن السؤال عن تلف الدابة يرجع إلى أنه لو عطب البغل ونفق فعليك قيمة يوم المخالفة للبغل، وحيث إن ظاهر القضية الشرطية كون الجزاء مقارناً لتحقيق الشرط كما هو شأن الشرط المقارن يكون مفادها حدوث الضمان بالقيمة عند فعلية التلف لا حدوثه يوم المخالفة فإن يوم

ثم لا وجه لقبول بيئته لأن من كان القول قوله فالبينة بيئته صاحبه. وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له ويصدق فيه من دون محاكمة - والتعبير برده اليمين على الغاصب من جهة أن المالك أعرف بقيمة بغله، فكأن الحلف حقاً له ابتداءً - خلاف الظاهر، وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلّف [١]، فإنه يمكن أن يحمل توجه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا في

المخالفة قيد للقيمة على ما تقدم، فيكون الاعتبار بقيمة يوم الضمان مطلقاً إلحاقاً للضمان في غير مورد الغصب بالغصب بالتقريب المتقدم.

وأما احتمال أن يكون الجواب بـ «نعم» نفيًا لما فرض في السؤال أنه لا يضمن البغل بقيمة يوم المخالفة، على ما أفتى به أبو حنيفة، إذ لو كان الجواب إثباتاً لذكر الجواب بكلمة «بلى»، على ما ذكره علماء الأدب فلا يمكن المساعدة عليه فإن العرف العام لا يفرق بين الجواب بـ «نعم» أو بكلمة «بلى» في استعمالاتهم وإنما يراعى ما ذكر في الكلام الفصيح، كالكتاب المجيد، والأخبار الواردة في بيان الأحكام هي على طبق الاستعمالات في العرف العام ولم يلاحظ فيها إعمال الفصاحة ورعاية البلاغة.

وقد ذكر الفقهاء في باب الإقرار أنه لا فرق بين الجواب بـ «نعم» أو «بلى» في العرف العام في حمله على الإثبات، كما لو سئل: «أليس لزيد عليك درهم؟» فأجاب: بـ «نعم»، فإنه يعتبر من الإقرار بالدين.

ويشهد لما ذكرنا من عدم الفرق بينهما في العرف العام فهم أبي ولاد اشتغال الذمة بقيمة 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 صورة اختلافهما في نقصان القيمة يوم التلّف عما كانت عليه يوم المخالفة من الحمل

تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما أو الاطلاع من الخارج على قيمته سابقاً، ولا شك حينئذ أن القول قول المالك، ويكون سماع البيّنة في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقاً مع اتفاقهما على بقاءه عليها إلى يوم التلف، فتكون الرواية قد تكفّلت بحكم صورتين من صور تنازعهما، ويبقى بعض الصّور، مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة، ولعلّ حكمها - أعني حلف الغاصب - يعلم من حكم عكسها المذكور في الرواية.

وأما على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة، فلا بد من حمل الرواية على ما إذا اتّفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة، أو اللاحق له وأدعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة، ولا يخفى بعده. وأبعد منه: حمل النصّ على التعبد، وجعل الحكم في خصوص الدابة المغصوبة أو مطلقاً مخالفاً للقاعدة المتفق عليها نصّاً وفتوى: من كون البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر، كما حكى عن الشيخ في بابي الإجارة والغصب.

وأضعف من ذلك: الاستشهاد بالرواية 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.

على الصورة النادرة، فإنه كما لا تختلف قيمة البغل في خمسة عشر يوماً غالباً، كذلك اختلاف صاحب البغل والضامن في النقصان المزبور نادر، وإذا فرض جواز حمل الجواب على الصورة النادرة فليحمل على ما ذكرنا من فرض اتفاقهما على قيمة البغل سابقاً واختلافهما في نقصان تلك القيمة يوم المخالفة. ولا وجه للمناقشة في هذا الحمل دون الأول، كما هو ظاهر المصنف رحمته الله في قوله بعد ذكر الاحتمال الذي ذكرنا: «ولا يخفى بعده، وأبعد منه حمل النص على التعبد».

نعم، استدّلوا على هذا القول [١] بأنّ العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته.

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

وإن أُريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلاً وإن تنزّلت بعد ذلك، فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين.

وإن أُريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو وإن لم يخالف الاتفاق إلّا أنّه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل، عدا ما حكاه في الرياض عن خاله العلامة (قدس الله تعالى روحهما) من قاعدة نفى الضرر الحاصل على المالك.

[١] اختار الله عدم دلالة الصحيحة على أن الملاك في الضمان بقيمة يوم الضمان، بل يرجع في تعيينها إلى القاعدة الأولية وهي قيمة يوم التلف؛ لأن ذلك زمان اشتغال العهدة بالقيمة، وعلى ذلك فلا بد من النظر في وجه القول بأن العبرة في الضمان بأعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف، حيث يتعين الرجوع إلى القاعدة 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 عهدة جميع تلك الضمانات؛ لدخول الأقل في الأكثر، بخلاف ما إذا أدّى قيمة زمان التلف أو غيره فإنه لا يخرج بأداء تلك القيمة عن ضمان العين حين كانت قيمتها أكثر.

وأجاب الله عن ذلك بأنه إن أُريد من ضمان العين في جميع الأزمنة التي منها علو قيمتها أنه على تقدير تلفها فيه كانت العهدة مشغولة بتلك القيمة فهذا صحيح، ولكن المفروض أنّها لم تتلف فيه.

وفيه نظر، كما اعترف به بعض من تأخر.

نعم، يمكن توجيه الاستدلال المتقدم - من كون العين مضمونة في جميع الأزمنة -: بأنّ العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان وصار ماليتها مقومة بتلك القيمة، فكما أنّه إذا تلفت حينئذٍ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها وبين المالك حتّى تلفت، إذ لا فرق مع عدم التمكن منها بين أن تلف أو تبقى.

نعم، لو ردّت تُدارك تلك المالّة بنفس العين، وارتفاع القيمة السّوقيّة أمر اعتباري لا يضمن بنفسه، لعدم كونه مالاً، وإنّما هو مقوم لمالية المال، وبه تمايز الأموال كثرة وقلة.

وإن أُريد اشتغال العهدة 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 أُريد اشتغال العهدة 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 قاعدة نفي الضرر دليل على اشتغال العهدة 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 قاعدة نفيه ضمانها ولكنه ﷺ أشار إلى ضعف هذا الاستدلال بقوله: «وفيه نظر».

(١) الرياض ٢: ٣٠٤، والمراد بـ«خاله العلامة» الوارد في المتن، هو العلامة الأكبر الأغا محمد باقر الوحيد البهبهاني رحمته الله.

والحاصل: أنَّ للعين في كلِّ زمان من أزمته تفاوت قيمته مرتبة من المالية، أزيلت يد المالك منها وانقطعت سلطته عنها، فإن رُدَّت العين فلا مال سواها يضمن، وإن تلفت استقرَّت عليها تلك المراتب، لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة، حيث إنَّه يضمن الأعلى منها. ولأجل ذلك

ووجهه أنه قد تقدم أن مفاد قاعدة نفي الضرر نفي الأحكام التي يكون العمل بها موجباً لتضرر الشخص، وأما تدارك الضرر الواقع خارجاً فلا يثبت بها.

ثم إنه ﷺ وجه الاستدلال المتقدم على ضمان أعلى القيم بأن مالية العين في كل زمان ومنها ماليتها زمان علو قيمتها تكون مضمونة في ضمن النقود أو مال آخر؛ إذ ليست المالية بنفسها أمراً قابلاً للضمان، وعلى ذلك فإن كانت العين باقية وردّها إلى مالِكها فلا يكون للمالك مال آخر غير العين لتكون زيادة القيمة مضمونة 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: سيأتي أنه لأساس لبطل الحيلولة وإنما الثابت بحسب الأدلة بدل التلف وبدل التلف يثبت على العهدة بتلف العين، أو زوال ماليتها رأساً الملحق بالتلف عند العقلاء ولا يثبت في غير ذلك، وليست القيمة السوقية للعين بحسب الأزمنة كالمنافع المتضادة للعين في زمان واحد، فلا يقاس الأول بالثاني.

وذلك فإن المنافع المتضادة يمكن استيفاء كل منها بشرط ترك غيرها فيفوت على المالك المنفعة الأزيد في ذلك الزمان، بخلاف القيم في الأزمنة المتعددة؛ لأن العين لا تكون تالفة على مالِكها ما دامت باقية لتضمن بقيمتها في ذلك الزمان.

استدلّ العلامة في التحرير [١] للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: لأنّه زمان إزالة يد المالك.

ونقول في توضيحه: أنّ كلّ زمان من أزمّة الغصب قد أزيلت فيه يد المالك من العين على حسب مالّيته، ففي زمانٍ أزيلت، من مقدار درهم، وفي آخر عن درهمن، وفي ثالث عن ثلاثة، فإذا استمرّت الإزالة إلى زمان التّلف وجبت غرامة أكثرها، فتأمّل.

واستدلّ في السرائر وغيرها على هذا القول بأصالة الاشتغال [٢] لاشتغال ذمّته بحقّ المالك، ولا يحصل البراءة إلّا 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 إنّّه حكى عن المفيد والقاضي والحلي: الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساد من جهة التفويض إلى حكم المشتري، ولم يعلم له وجه، ولعلّهم يريدون به يوم القبض، لغلبة اتحاد زمان البيع والقبض، فافهم.

[١] يعني: حيث إنّ العين في جميع الأزمنة إلى أن تتلف مضمونة بوقوع الحيلولة في كل من تلك الأزمنة بين العين ومالكها، علل العلامة^(١) ضمان قيمة يوم الغصب بأنّه أول زمان أزيلت يد المالك عن عين ماله، فإنّه لو لم يكن مجرد إزالة يد المالك عن العين موجباً لضمانها بأن يتوقف الضمان على التلف لما صحّ التعليل المزبور.

[٢] إنّ كان الاشتغال في القيميات بالقيمة، كما هو الفرض يكون المرجع عند دوران كون القيمة المضمونة أعلى القيم أو قيمة يوم التلف فتؤخذ البراءة عن الزيادة^(٢).

(١) التحرير ٢: ١٣٩.

(٢) هذا رده عليه لما ورد عن السرائر وغيرها كما في المتن، السرائر ٢: ٤٨١، الرياض ٢: ٣٠٤، المناهل: ٢٩٩.

ثم إنّه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال، إلّا أنّه تردّد فيه في الشرائع، ولعلّه -كما قيل- من جهة احتمال كون القيمي مضموناً بمثله، ودفع القيمة إنّما هو لإسقاط المثل. وقد تقدّم أنّه مخالف لإطلاق النصوص والفتاوى.

ثم إنّ ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة، وأمّا إذا كان بسبب الأمكنة، كما إذا كان في محلّ الضمان بعشرة، وفي مكان التلف بعشرين، وفي مكان المطالبة بثلاثين، فالظاهر اعتبار محلّ التلف [١] لأنّ مالية الشيء تختلف بحسب الأماكن وتداركه بحسب ماليته.

ثم إنّ جميع ما ذكرنا من الخلاف [٢] إنّما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئة

وأما ما ذكره المصنف رحمته الله من أنّه لو كان النظر إلى الضمان المستفاد من حديث: «على اليد»^(١)، يكون المقام في مورد استصحاب الضمان لا الرجوع إلى البراءة، فلعل مراده ضمان نفس العين بكون نفسها على العهدة، على ما ذكره السيد اليزدي^(٢) (طاب ثراه) ولكن قد تقدم عدم كون ذلك معنى ضمانها.

[١] هذا بناءً على كون العبرة في القيمي بقيمة يوم التلف، وأما بناءً على ما استظهرناه من صحیحة أبي ولّاد من اعتبار قيمة يوم الغصب فالمتعين ملاحظة مكان العين في ذلك اليوم فيما إذا كان لمكانها دخل في زيادة قيمتها، ولو كان قيمتها في مكان التلف أزيد فيدخل وصف كونها في ذلك البلد في الزيادة العينية الحادثة زمان الغصب.

[٢] إذا لم يكن للحيوان التالف زيادة عينية -كالسمن- ثم حصلت له هذه الزيادة فإن ظاهر كلماتهم ضمان الزيادة حتى لو فرض عدم تلف العين، كما لو ردّها بعد زوال

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

(٢) نقله السيد الخوئي رحمته الله في مصباح الفقاهة ٢: ٤٥١.

من تفاوت رغبة الناس. وأما إذا كان حاصلًا من زيادة في العين. فالظاهر - كما قيل - عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم، وفي الحقيقة ليست قيم التالف مختلفة وإنما زيادتها في بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العينية الحاصلة فيه النازلة منزلة الجزء الفائت. نعم، يجري الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة وأن العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم، ثم إن في حكم تلف العين في

تلك الزيادة الحادثة، وذلك فإن العين مملوكة فتكون الزيادة الحادثة ملكاً لمالكها. والمفروض أن اليد على العين يد ضمان فيكون الوصف أيضاً تابعاً للعين، سواء كان حادثاً من الأول أو من أيام غضبها، غاية الأمر تكون تلك الزيادة محسوبة بقيمة يوم حدوثها. بمعنى أنه يعين قيمة العين في ذلك اليوم مع تلك الزيادة، كما لو كانت قيمتها في ذلك اليوم مع الزيادة عشرة دراهم ومع عدمها ثمانية، فيكون الوصف المزبور مضموناً بدرهمين.

ولو فرض تلف نفس العين بعد حدوث تلك الزيادة فيها فيلاحظ قيمة العين بدون الزيادة يوم غضبها فيضمن نفس العين أيضاً بتلك القيمة، كما هو ظاهر صحيحة أبي ولاد على ما تقدم.

والحاصل: أن غاية ما يستفاد من الصحيحة ضمان ما يوضع اليد عليه مع تلفه بقيمة يوم وضع اليد، يعني حدوث الضمان، فتكون الزيادة الحادثة في يد الغاصب داخلة في ضمانه بقيمة يوم حدوثها؛ لأنه أول زمان بالإضافة إلى ضمان تلك الزيادة. وما يقال بأن مقتضى إطلاق صحيحة أبي ولاد ضمان العين بقيمتها عند غضبها وأنه لا اعتبار بزيادة قيمتها بعد ذلك، سواء كانت زيادتها باعتبار تغير القيمة السوقية أو حصول الزيادة العينية لا يمكن المساعدة عليه؛ لأن الحكم المزبور وارد في البغل المعد للكراء وحدوث الزيادة العينية الفاحشة الموجبة لتغير قيمته السوقية في 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، لمادّل على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونة. وهل يقيد ذلك بما إذا حصل اليأس [١] من الوصول إليه، أو بعدم رجاء وجدانه، أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدة طويلة يتضرر المالك من انتظارها، أو ولو كانت قصيرة؟ وجوه. ظاهر أدلة ما ذكر من الأمور: الاختصاص بأحد الأولين، لكن ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير، كما يظهر من إطلاقهم أن اللوح المغصوب في السفينة إذا خيف من نزع غرق مالٍ لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل.

خمسة عشر يوماً فرض نادر، بل غير واقع؛ لأن البغل لو لم يخرج بالمشي إلى المسافة البعيدة في خلالها إلى الهزال فلا أقل من عدم زيادته عما كان عليه يوم اكتراه.

[١] يعني: 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 مدة طويلة أو حتى ما لو كانت قصيرة، ظاهر ما ورد في الأمانات المضمونة اختصاص استحقاق المالك بمطالبة المثل أو القيمة بأحد الأولين، أي 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 السفينة أنه إذا خيف من نزع غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى القيمة إلى أن يبلغ الساحل، فإنهم لا يقيدون ذلك بما إذا كان البلوغ إلى الساحل محتاجاً إلى زمن طويل. أقول: لا موجب لضمان القيمة بمجرد عدم تيسر الوصول إليها ما لم تعد العين تالفة في اعتبار العقلاء، كما إذا علم حصولها في اليد بعد حين، خصوصاً إذا كانت

ويؤيده: أن فيه جمعاً بين الحقيين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين، فإن تسلط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده يقتضي جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذر نفسه، نظير ما تقدم في تسلطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذر في المثلي. نعم، لو كان زمان التعذر قصيراً جداً، بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة والتدارك على أداء القيمة، أشكل الحكم.

المدة قليلة فلا يحق للمالك مطالبة الضامن ببديها.

نعم، إذا كانت لها منفعة فيها أجرة فله المطالبة بتلك المنفعة الفاتئة، كما في مسألة اللوح المغصوب، والاستدلال على استحقاق المالك ببذل العين بكونه جمعاً بين الحقيين، قد ذكرنا ما فيه سابقاً أن العين بالإضافة إلى قيمتها أو مثلها ليست من قبيل الأكثر إلى الأقل ليرفع المالك يده عن الزيادة ويطلب بالأقل، بل بالإضافة إلى بدلها من المتباينين؛ ولذا لا يحق له المطالبة ببذل العين مع بقائها وتيسر ردّها.

وكذا لا يمكن التمسك في إثبات استحقاق المالك المطالبة بالبدل في مورد عدم تلف العين بحديث: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١)، فإنه مضافاً إلى ضعف سند مدلوله سلطنة المالك على التصرف في ماله وأنه ليس محجوراً عليه، وتغريم شخص آخر بمطالبة البدل ليس من التصرف في ذلك المال.

وبالجملة: لم يثبت للمالك استحقاق مطالبة البدل مع عدم كون ماله تالفاً في اعتبار العقلاء، كما إذا كان رده عليه محتاجاً إلى السعي في مقدماته فإنه لا يحق له مطالبة الضامن ببذل العين كما هو ظاهر كلام المصنف رحمته الله.

والاستدلال على ذلك بقاعدة نفي الضرر ضعيف، فإن قاعدة نفيه لا يقتضي تدارك الضرر، وعلى تقديره فتداركه مع بقاء العين وعدم عدها تالفة بتدارك منافعها

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨.

ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعي في مقدّماته لم يسقط القيمة زمان السعي، لكن ظاهر كلمات بعضهم: التعبير بالتعذر، وهو الأوفق بأصالة عدم تسلّط المالك على أزيد من إلزامه بردّ العين، فتأمل، ولعلّ المراد به التعذر في الحال وإن كان لتوقّفه على مقدمات زمانية يتأخّر لأجلها ذو المقدّمة.

ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها 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، ويدلّ عليه قاعدة تسلّط الناس على أموالهم [١]

الفائدة 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 تعدّ تالفة على مالكة فالبديل بدل لها، ومع عدم كونها تالفة كذلك فلا موجب لاستحقاق مالكة بدلها حيلولة كانت أو غيرها.

نعم، لمالكها مطالبة البديل بالإضافة إلى منافعها الفائتة، وعلى ما ذكرنا فيسقط جميع ما يتفرع على الالتزام بالبديل الحيلولة، وإذا كانت العين بحيث تعدّ تالفة يكون للمالك على الضامن البديل، ولو أخذ البديل واتفق الوصول إلى العين بعد مدة فلا يستحق المالك إلّا ما أخذه وليس له إلزام الضامن باسترجاع البديل، حيث يأتي أن إعطاء البديل من قبيل المعاوضة القهرية بينه وبين المستبدل.

[١] يعني: أن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم جواز امتناع المالك عن بدل

الحيلولة ومطالبته بعين ماله ولو بعد حين.

وكما أنَّ تعذّر ردّ العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم، ثمَّ إنّ المال المبذول [١] يملكه المالك بلا خلاف، -كما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر- وظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين، ولعلّ الوجه فيه: أنَّ التدارك لا يتحقّق إلّا بذلك. ولولا ظهور الإجماع وأدلة الغرامة في الملكية لاحتملنا أن يكون مباحاً له إياحة مطلقاً وإن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها، ويكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين، وحكي الجزم بهذا الاحتمال عن المحقّق القمي رحمته الله في أجوبة مسائله. وعلى أيّ حال، فلا ينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه ودخول العين في ملكه، وليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض والمعوض، فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البدل له. وقد استشكل في ذلك المحقّق والشهيد الثانيان:

[١] وحاصله: أنَّ ظاهر كلماتهم^(١) كون المبذول للمالك بعنوان بدل الحيلولة ملكاً له ويقتضيه ما ورد في موارد الضمانات، فإنّ ظاهره كون البدل المعطى للمالك في موارد الحيلولة كإعطائه في موارد التلف في صيرورته ملكاً له. نعم، لو لم يكن الإجماع المشار إليه وظاهر أدلة الضمان والغرامة لأمكن القول بأنّه لا يملكه بمجرد الإعطاء، بل يجوز التصرف في البدل المزبور إلى أن يدخل في ملكه بتلف المبدل، وسواء قلنا بدخول البدل في ملك المالك من الأول أو بعد تلف المبدل فلا يدخل ذلك المبدل في ملك الضامن بدفعه البدل.

ونتيجة ذلك اجتماع البدل والمبدل في ملك المالك لا ضير فيه؛ لأنّ دفع البدل

(١) وهي ظاهر كلمات صاحب المبسوط ٣: ٩٥، والخلاف ٣: ٤١٢، المسألة ٢٦، والغنية: ٢٨٢، والسرائر ٢: ٤٨٦، الواردة في المتن.

قال الأول في محكي جامعه: إنَّ هنا إشكالاً، فإنَّه كيف يجب القيمة ويملكها الآخذ ويبقى العين على ملكه؟ وجعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه، انتهى.

وقال الثاني: إنَّ هذا لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض والمعوَّض على ملك المالك من دون دليل واضح، ولو قيل بحصول الملك لكلَّ منهما متزلاً، وتوقَّف تملك المصنوب منه للبدل على اليأس من العين وإن جاز له التصرّف، كان وجهاً في المسألة، انتهى. واستحسنه في محكي الكفاية.

أقول: الذي ينبغي أن يقال هنا: إنَّ معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، ولازم ذلك إقامة مقابلة من ماله مقامه، ليصدق ذهابها من كيسه.

إلى المالك ليس من المبادلة بين المالين ليمتنع اجتماعهما في ملكه، بل دفعه في المقام نظير دفعه مع تلف المال في عدم المبادلة، والوجه في عدم المبادلة مع التلف أيضاً أن المبادلة تقتضي وجود طرفيها ولا تعقل بين الموجود والمعدوم، ولكن مع ذلك ناقش المحقق^(١) والشهيد الثانيان^(٢) في بدل الحيلولة باجتماع البدل والمبدل في ملك المالك. وأضاف الشهيد الثاني رحمه الله بأنه لا بد من الالتزام بدخول البدل في ملك المالك وخروج المبدل إلى ملك الضامن ولكن متزلاً 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 المناقشة ناشئة عن زعم أن البدل في المقام نظير البدل مع تلف العين بدل عن نفس العين، والزعم غير صحيح؛ لأن البدل يعطى للمالك بعنوان الغرامة ومن الظاهر أن مع تلف العين تكون الغرامة تداركاً لما

(١) جامع المقاصد ٦: ٢٦١.

(٢) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢١٠.

ثم إنَّ الذَّهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي، أو العرفي، المخرج للعين عن قابليَّة الملكية عرفاً، وجب قيام مقابله من ماله مقامه في الملكية، وإن كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه وفوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية، وجب قيام مقابله مقامه في السلطنة، لا في الملكية، ليكون مقابلاً وتداركاً للسلطنة الفاتئة، فالتدارك لا يقتضي ملكية المتدارك في هذه الصُّورة.

نعم، لما كانت السُّلطنة المطلقة المتدركة للسلطنة الفاتئة متوقِّفة على الملك، لتوقف بعض التصرفات عليها، وجب ملكيته للمبذول تحقيقاً لمعنى التدارك والخروج عن العهدة.

وعلى أيِّ تقدير: فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالِكها، إنَّما الكلام في البدل المبذول، ولا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالإباحة وبالسُّلطنة المطلقة عليها، وبعد ذلك فيرجع محضُّ الكلام حيثنَّذ إلى أنَّ إباحة جميع التصرفات حتَّى المتوقِّفة على الملك هل تستلزم الملك من حين الإباحة، أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف؟ وقد تقدَّم في المعاطاة بيان ذلك. ثمَّ إنَّه قد تحصَّل ممَّا ذكرنا [١] أنَّ تحقُّق ملكية البدل أو السُّلطنة المطلقة عليه مع بقاء العين

فات عن المالك من نفس العين، والفاتت عن المالك في الفرض ليس نفس العين، بل السلطنة على التصرفات فيها، فلا بد من قيام البدل مقامها في هذه الجهة والقيام كذلك لا يقتضي دخول البدل في ملك المالك المبدل ابتداءً، بل يقتضي جواز تصرفاته في ذلك البدل.

نعم، لو كان التصرف موقوفاً على الملكية فلا بد من الالتزام بدخول البدل في ملك المتصرف من ذلك الحين، نظير ما تقدم في المعاطاة.

[١] وحاصله أن ما ذكر من بقاء العين على ملك مالِكها ودفع البدل بعنوان الغرامة

على ملك مالكها، إنما هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعدّ بذل البدل غرامة وتداركاً، أما لو لم يفت إلّا بعض ما ليس به قوام الملكية، فالتدارك لا يقتضي ملكه ولا السلطنة المطلقة على البدل. ولو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذٍ لم يبعد انكشاف ذلك عن انتقال العين إلى الغارم، ولذا استظهر غير واحد أنّ الغارم لقيمة الحيوان الذي وطأه يملكه، لأنّه وإن وجب بالوطء نفيه عن البلد وبيعه في بلد آخر، لكن هذا لا يعدّ فواتاً لما به قوام المالية.

هذا كله مع انقطاع السلطنة عن العين مع بقائها على مقدار ملكيتها السابقة.

عما فات من سلطنة المالك ينحصر بما إذا كان الفات على المالك معظم الانتفاعات حتى يوصف المدفوع بكونه غرامة، وأما إذا ثبت البدل مع بقاء سلطنة المالك على معظم الانتفاعات، كما في تغريم واطي الحيوان بدفع قيمته فلا يبعد أن يستكشف عن إيجاب دفع البدل دخول المبدل في ملك الغارم بالدفع، حيث إنه وإن وجب نفي الحيوان عن ذلك البلد وبيعه في بلد آخر، إلّا أن هذا لا يوجب سقوط الحيوان عن المالية، غاية الأمر يكون ذلك عيباً في الحيوان وإذا حكم الشارع بدفع تمام قيمته إلى مالكة يستفاد أن دفعها مبادلة شرعية بينها وبين الحيوان.

وهذا بخلاف ما إذا خرج الشيء عن المالية فإن خروجه عنها موجب لفوت سلطنة المالك على معظم انتفاعه فلا يكون دفع البدل إليه موجباً لخروج المبدل عن ملكه؛ لما تقدم من أن البدل غرامة لتلك السلطنة الفاتية وللخروج عن المالية.

ويترتب على ذلك أنه لو التفت قبل تمام غسل اليدين وقبل المسح في الوضوء إلى كون الماء غصباً لا يرضى مالكة بالتصرف فيه فلا يكون المسح بالبلل الباقي بيديه ولو بعد دفع البدل الموجب لتمام الوضوء؛ لأن غرامة البدل لا يوجب دخول الماء في ملكه حتى يجوز له التصرف فيه بمسح أعضاء الوضوء بالرطوبة الباقية بيديه.

أما لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية، فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة، مع بقاء العين على ملك المالك، لأن القيمة عوض الأوصاف أو الأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن التقويم، لا عوض العين نفسها، كما في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإن بقاءها على ملك مالِكها لا ينافي معنى الغرامة، لفوات معظم الانتفاعات به، فيقوى عدم جواز المسح بها إلا بإذن المالك ولو بذل القيمة. قال في القواعد - في ما لو خاط ثوبه بخيوط مغمصوبة -: ولو طلب المالك نزعها وإن أفضى إلى التلف وجب، ثم يضمن الغاصب النقص، ولو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة، انتهى.

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 أيضاً غرامة العيب أو المالية.

أقول: خلاصة الكلام في ضمان التالف أن مجرد التلف حقيقة أو حكماً وثبوت البدل على عهدة الضامن لا يوجب انتقال العين التالفة إلى ملك الضامن، حيث إن ثبوت البدل على العهدة تغريم وليست مبادلة ويترتب على ذلك كون بقايا العين التالفة ملكاً للمالك.

نعم، إذا دفع الضامن العين التالفة والبدل المزبور يكون الدفع موجباً لدخول تلك العين في ملك الضامن، وكل ذلك بالسيره العقلانية التي اعتمدنا عليها في إثبات الضمان، فإنهم لا يرون للمالك استحقاق المطالبة بالبقايا بعد أخذه البدل، بخلاف ما لم يأخذ البدل فإنه ما دام لم يدفع تكون البقايا ملكاً لمالكها الأول حتى مع ملكه البدل على عهدة الضامن.

(١) جامع المقاصد ٦: ٣٠٤-٣٠٥.

وعطف على ذلك في محكي جامع المقاصد قوله: ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أنَّ جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين، ولو استوعبت القيمة أخذها ولم تدفع العين، انتهى.

ويوضح ذلك خير إيضاح ما ورد في ضمان الواطي قيمة الحيوان الذي وقع عليه وهي موثقة سدير^(١)، حيث البائع المفروض فيها هو الواطي بعد دفعه القيمة إلى مالك الحيوان فيكون الحيوان الموطوء ملكاً له بدفعه قيمته.

وما ذكر المصنف رحمته: من أنه في صورة تلف المال أيضاً لا يكون دفع البديل مبادلة قهرية بين العين التالفة والبديل؛ لاقتضاء المبادلة وجود طرفيها. يدفعه: أنَّ اعتبار المبادلة حال تلف العين لا بأس به كما يعتبر مثلها في موارد فسخ المعاملة بالخيار ونحوه مع تلف أحد العوضين.

ويترتب على اعتبارها أنه لو رجع المالك في مسألة تعاقب الأيدي 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 ينتهي استقرار الضمان إلى من تلف المال بيده، فإن الدافع بدفعه البديل يملك التالف على من تسلم المال منه على وجه الضمان إلى أن ينتهي قرار الضمان إلى من تلف المال بيده.

ومما ذكرنا يظهر أنه لا يجوز لمن توضع غفلة بماء الغير والتفت إلى ذلك قبل المسح، إتمام وضوئه بالمسح بالرطوبة الموجودة بيديه فإنها ملك الغير كما ذكرنا، فلا يجوز التصرف فيها بلا رضاه.

(١) وسائل الشريعة ٢٨: ٣٥٨، الباب الأول من أبواب نكاح البهائم، الحديث ٤.

وعن المسالك في هذه المسألة: أنه إن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج بذلك عن ملك مالكة كما سبق، فيجمع بين العين والقيمة.

لكن عن مجمع البرهان - في هذه المسألة -: اختيار عدم وجوب النزاع، بل قال: يمكن أن لا يجوز ويتعين القيمة، لكونه بمنزلة التلف، وحينئذ يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط، إذ لا غضب فيه يجب ردّه، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد إكمال الغسل وقبل المسح، انتهى.

واستجوده بعض المعاصرين، ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه، لصيرورته عوضاً شرعاً.

وفيه: أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء، وأدلة الضمان قد عرفت أن محلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي، أو كان الذاهب السلطنة عليها التي بها قوام 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 الملكية عرفاً. وعلى الثاني: السلطنة المطلقة على البدل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين، وهذا

نعم، إذا دفع البدل قبل جفاف يديه واستحق الرطوبة فلا بأس بالمسح بها، وكذلك لو طالب المالك نزاع الخيوط في فرض «جامع المقاصد»، وأنه مع دفع الضامن بدل الخيوط فلا يستحق مالكة طلب نزاعها؛ لدخولها بدفع البدل في ملك الضامن.

هذا مع تلف الخيوط وسقوطها عن المالية بالنزع، وأما مع تعيينها بحيث يكون على الضامن أرش العيب فيجب عليه - مع عدم رضا المالك - نزاعها وردّها إليه مع الأرش.

معنى بدل الحيلولة. وعلى الثالث: فالمبذول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقويم، لا عن نفس العين، فالمضمون في الحقيقة هي تلك الأوصاف التي تقابل بجميع القيمة، لا نفس العين الباقية، كيف! ولم تتلف هي، وليس لها على تقدير التلف أيضاً عهدة مالية؟ بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال، بل لو استلزم رده ضرراً مالياً على الغاصب أمكن سقوطه، فتأمل.

ولعل ما عن المسالك: من أن ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المصنوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج، فتعين القيمة فقط، محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشبة، كما لا يأبى عنه عنوان المسألة، فلاحظ، وحينئذٍ فلا تنافي ما تقدم عنه سابقاً: من بقاء الخيط على ملك مالكة وإن وجب بذل قيمته.

ثم إن هنا قسماً رابعاً [١] وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق

[١] لا يقال: ما الفرق بين هذا القسم الذي تسقط العين فيه عن المالية والملكية معاً وبين القسم الثالث الذي ذكره الله أن فوات أجزاء العين وأوصافها يكون موجباً لسقوطها عن المالية فقط، مع بقائها على الملكية.

فإنه يقال: الموجب لسقوط العين عن المالية في القسم الثالث فوات منافعها المقصودة التي تكون بها ماليتها، ومع فواتها فوجود بعض المنافع المحللة لها؛ لعدم كونها مقصودة، لا توجب ماليتها كالأوراق الممزقة التي ينتفع بها في الإحراق وبعض الحبات من الحنطة، حيث يمكن الانتفاع بها بطحنها في ضمن سائر الحنطة، ولكن مثل هذا الانتفاع يوجب اعتبار الملكية في العين.

وهذا بخلاف القسم الرابع الذي لا تكون العين فيه قابلة للانتفاع فعلاً، لا مقصوداً ولا غير مقصود، ولذا تسقط عن الملكية أيضاً، كما في الخل المنقلب إلى الخمر.

الأولوية فيه كما لو صار الخلّ المغصوب خمرًا، فاستشكل في القواعد وجوب ردّها مع القيمة، 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 عرفي، ولذا كان الوجوب مذهب جماعة منهم الشهيدان والمحقق الثاني، ويؤيّد أنّه لو عاد خلًّا ردّت الى المالك بلا خلاف ظاهر.

ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة [١] على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين وضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع، سواء كان للسوق أو للزيادة المتّصلة بل المنفصلة - كالثمرة - ولا يضمن منافعه، فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد

نعم، تكون العين في الفرض مورداً لحق الأولوية الثابتة ببناء العقلاء دون الاستصحاب؛ ليقال بعدم جريانه باعتبار أن الأولوية سابقاً كانت بمعنى الملك وبعد الانقلاب إلى الخمر ينعدم الملك، والأولوية بمعنى الملك ليست لها حالة سابقة ومع ذلك عدم إمكان الانتفاع فعلاً يوجب سقوط الشيء عن الملكية، فتأمل.

نعم، لا إشكال فيه فيما إذا لم يمكن الانتفاع به أصلاً ولو فيما بعد.

[١] فإنّ دفع بدل الحيلولة بمنزلة دفع بدل التلف في كونه تداركاً وغرامة، وكما يخرج بالثاني عن ضمان العين ومنافعها وزيادة قيمتها كذلك بالأول، غاية الأمر أن دفع بدل الحيلولة متزلزل 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 أنّه لو كانت المنافع على العهدة حتى بعد دفع البدل فكيف يتصف المدفوع بكونه بدلاً وتداركاً لما يفوت عن المالك.

ذلك. وعن التذكرة وبعض آخر: ضمان المنافع، وقوَاهُ 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 القيمة - يقتضي عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع، كالحاصل بعد التلف، لكن مقتضى القاعدة 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 عهدة الضامن في هذه المدة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، أو أعلى القيم إليه، أو يوم الغصب، على الخلاف.

[١] وحاصله أنه كما لا يثبت على الضامن زيادة القيمة السوقية بعد زمان تلف العين كذلك لا يثبت عليه زيادتها بعد تعذر ردّها فيتعين في بدل الحيلولة قيمة يوم تعذر ردّها أو أعلى القيم أو قيمة يوم الغصب، وهذا مقتضى إلحاق تعذر ردّ العين في كلماتهم بتلفها، ولكن لا يخفى الفرق بينها فإنه مع التلف تكون قيمتها ديناً على عهدة الضامن فيجري فيها قيمة يوم التلف أو يوم الغصب أو أعلى القيم.

وهذا بخلاف صورة التعذر فإن العين بنفسها مضمونة، بمعنى أنه لا تثبت قيمتها بمجرد تعذر ردّها؛ ولذا يكون للمالك الامتناع عن قبول البدل والمطالبة بنفس العين فيما بعد، نظير ما تقدم في استحقاق المالك المطالبة بالقيمة في المثلي المتعذر مثله. ثم إنه لا يجتمع الحكم بأن تعذر ردّ العين بمنزلة تلفها مع الحكم باستحقاق المالك أجرة 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 بمنزلة التلف تكون المنافع بعد تعذر ردّها كمنافعها بعد تلفها في عدم الضمان بالإضافة إليها.

والحاصل: أن قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة في عهدة الضامن، فلا عبرة بيوم التعذر، والحكم يكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الأجرة والنماء إلى دفع البدل وإن تراخى عن التعذر، مما لا يجتمعان ظاهراً، فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر في المثلي.

ثم إنه لا إشكال في أنه إذا ارتفع تعذر رد العين وصار ممكناً، وجب ردّها إلى مالكة - كما صرح به في جامع المقاصد - فوراً، وإن كان في إحضارها مؤونة، كما كان قبل التعذر، لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، ودفع البدل لأجل الحيلولة إنما 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 الغرامة.

وسقوط وجوب الرد حين التعذر للعذر العقلي، فلا يجوز استصحابه، بل مقتضى الاستصحاب والعموم هو الضمان المدلول عليه بقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت» المغنياً بقوله: «حتى تؤدى».

وهل الغرامة المدفوعة تعود ملكه [١] إلى الفارم بمجرد طرؤ التمكن، فيضمن

نعم، إذا قيل بالفرق بين التعذر والردّ بثبوت القيمة يوم التلف في الأول وبقاء نفس العين على العهدة في الثاني تعين الحكم بضمان المنافع والنماء، بل زيادة القيمة السوقية للعين إلى زمان دفع بدل الحيلولة كما مر.

[١] وحاصله: أنه لو تجدد للضامن التمكن من ردّ العين فيحتمل رجوع بدل الحيلولة بمجرد ذلك إلى ملكه، فيكون ضامناً للعين بضمان جديد بحيث لو تلف ثبت بذمته بدل التلف، ويحتمل بقاء بدل الحيلولة في ملك المالك إلى حين وصول

العين من يوم التمكن ضماناً جديداً بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم، أو أنها باقية على ملك مالك العين، وكون العين مضمونة بها لا بشيء آخر في ذمة الغاصب، فلو تلفت استقرّ ملك المالك على الغرامة، فلم يحدث في العين إلا حكم تكليفي بوجوب ردّه، وأمّا الضمان وعهدة جديدة فلا؟ وجهان: أظهرهما الثاني، لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة، وعدم طرؤ ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضماناً جديداً، ومجرد عود التمكن لا يوجب عود سلطنة المالك حتّى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض والمعوض.

غاية ما في الباب قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفاتنة المبدلة عنها بالغرامة ووجوبها عليه. وحسبنا، فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكية المالك للغرامة.

العين بيده بحيث لو تلفت العين قبل وصولها بيده لا يكون ضمان آخر على الضامن، بل يملك المالك بدل الحيلولة منجزاً بعد ما كان مالاً له متزلزلاً كما تقدم. ومقتضى الاستصحاب بقاء بدل الحيلولة على حاله، وعدم حدوث ضمان جديد بتجدد تمكن الضامن.

لا يقال: بدل الحيلولة كان عوضاً عن سلطنة المالك على العين وبعد تجدد تمكن الضامن على ردّ العين يكون ملك المالك البديل مع ملكه العين من الجمع بين العوض والمعوض.

فإنه يقال: تمكن الضامن على ردّ العين على مالكها لا يوجب عود سلطنة المالك على العين؛ ولذا لو امتنع الضامن عن ردّ العين لا يتمكن مالكها على بيعها أو إيجارتها من شخص آخر إلى غير ذلك من التصرفات، وإنما تعود سلطنة المالك بعود العين

وتوهم: أن المدفوع كان بدلاً عن القدر الفائت من السلطنة في زمان التعذر فلا يعود لعدم عود مبدله، ضعيف في الغاية، 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 مطالبة الغرامة أولاً، إذ ما لم يتحقق السلطنة لم يعدّ الملك إلى الغارم، فإنّ الغرامة عوض السلطنة لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك، فتأمل.

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 مالکها يرجع بدل الحيلولة إلى ملك الضامن، فلو كان نفس ذلك البدل باقياً يأخذه، وإن كان تالفاً أو خارجاً عن ملك المالك بعقد لازم أو جازين يأخذ الضامن بدله من المثل أو القيمة ونماء بدل الحيلولة المتخلل بين أخذ المالك ورجوعه إلى ملك الضامن للمالك؛ لأن الأصل -يعنى بدل الحيلولة- كان في تلك المدة 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 موجباً لعود سلطنته، والفائتة منها كانت متداركة بسلطنته على بدل الحيلولة قبل ذلك.

نعم للمالك مطالبة عين ماله [١] لعموم «الناس مسلطون على أموالهم»، وليس ما عنده من المال عوضاً من مطلق السلطنة حتى سلطنة المطالبة، بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك، ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة.

ومما ذكرنا يظهر أنه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك القيمة، كما اختاره في التذكرة والإيضاح وجامع المقاصد. وعن التحرير: الجزم بأن له ذلك، ولعلّه لأن القيمة عوض إمّا عن العين، وإمّا عن السلطنة عليه، وعلى أي تقدير فيتحقق الترادف، وحينئذٍ فلكل من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما يبيد الآخر.

[١] يعني: حيث إنّ العين لم تخرج عن ملك المالك في مورد بدل الحيلولة فيكون له مطالبة بها حين تجدد تمكن الضامن على ردّها وجواز المطالبة مقتضى قوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١)، وليس بدل الحيلولة في يد المالك عوضاً عن جميع السلطنة المتصورة للمالك ليقال بانه ليس له سلطان على مطالبة العين؛ لأن بدل الحيلولة عوض عن هذه السلطنة أيضاً، وألا 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 سلطنة المالك التي تجدد له بوصول العين بيده وبعد وصولها بيده يخرج بدل الحيلولة عن ملكه

(١) عوالي اللآلي: ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨، و ٢: ١٣٨، الحديث ٣٨٣، و ٣: ٢٠٨،

وفيه: أنَّ العين بنفسها ليست عوضاً ولا معوضاً، ولذا تحقّق للمالك الجمع بينها وبين الغرامة، فالمالك مسلّط عليها، والمعوض للغرامة السلطنة الفاتئة التي هي في معرض العود بالترادّ.

اللّهم إلّا أن يقال: له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامة وهي السلطنة الفاتئة. والأقوى: الأول.

ثم لو قلنا بجواز الحبس [١] لو حبسه فتلفت العين محبوساً، فالظاهر أنّه لا يجري عليه حكم المغصوب، لأنّه حبسه بحقّ، نعم يضمنه، لأنّه قبضه لمصلحة نفسه.

برجوعه إلى ملك الضامن، ففي ذلك الحين يكون له المطالبة به.

اللهم إلّا أن يقال: يجوز للضامن حبس العين حتى يسترجع البدل من المالك؛ لأن حبسه العين يكون حبساً لسلطنة المالك التي عوض عنها ببدل الحيلولة، ولكن لا يخفى ما فيه، فإنه مادام لم يرجع العين إلى يد المالك ولم تتجدد سلطنته عليها لا يرجع البدل إلى ملك الضامن ليكون له سلطنة على ماله بالمطالبة أو غيرها.

[١] يعني إذا قيل: إنه يجوز للغاصب حبس العين بعد تجدد تمكنه على ردّها؛ ليسترجع بدل الحيلولة، لا يجري على العين التي بيده في زمان جواز حبسها حكم الغصب.

نعم، يضمن العين؛ لأن حبسها يكون لمصلحة نفسه لا للإحسان إلى مالكها، وعلى ذلك فلو تلفت بيده يتعين عليه دفع قيمة يوم تلفها بناءً على أن الأصل في كل مضمون قيمة 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 بقيمة 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 فتلف محبوساً، فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع القيمة الأولى.

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

ثم إن أكثر ما ذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغصب، لكن الظاهر أن أكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه مضموناً، إذ ليس في الغصب خصوصية زائدة. نعم، ربّما يفرّق من جهة نصّ في المغصوب مخالف لقاعدة الضمان، كما احتمل في الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحيحة أبي ولّاد أو أعلى القيم على ما تقدّم من الشهيد الثاني دعوى دلالة الصحيحة عليه، وأمّا ما اشتهر من أن الغاصب مأخوذ بأشقّ الأحوال، فلم نعرف له مأخذاً واضحاً.

ويقرب من ذلك قول العلامة في «القواعد»: إنه لو حبس العين فتلفت فعليه ضمان قيمتها من الآن^(١)، وليس المراد من قيمة الآن خصوص قيمة حين التلف، بل القيمة بعد حدوث الضمان.

فلو قيل في القيميات بقيمة يوم التلف يتعين في المقام قيمة يومه، وإن قيل بأعلى القيم يتعين أعلاها من حين حبسها إلى يوم تلفها فإنه ينقطع حكم الغصب بدفع بدل الحيلولة وبحبس العين يحدث ضمان جديد.

ولنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد وإن بقي منه أحكام آخر أكثر مما ذكر، ولعل بعضها يجيء في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى.

أقول: هذا ينافي ما تقدم منه من 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 يلزم حبس سلطنة المالك على العين والمالك قد تسلم بدل الحيلولة الذي عوض عن هذه السلطنة، وليس وجه الجواز خروج البدل إلى ملك الغاصب بمجرد التمكّن على ردّ العين ليجوز له حبس العين؛ لاسترداد ملكه من مالكة، فلاحظ وتدبر.

الكلام في شروط المتعاقدين

مسألة: المشهور - كما عن الدروس والكفاية - بطلان عقد الصبي [١] بل عن الغنية: الإجماع عليه وإن أجاز الولي.

[١] ويستدل على اعتبار البلوغ في المتعاقدين برفع القلم عن الصبي حتى يحتلم، كما في مضمرة ابن ظبيان^(١).

وأورد المصنف رحمه الله على الاستدلال المزبور بوجوه:

أولاً: احتمال أن يكون المرفوع هو قلم المؤاخذة بأن لا يكتب عليه سيئة بما يصدر عنه حال صباوته، وكذا لا يثبت في حقه نظير القصاص والحدود من الأحكام المجعولة مؤاخذة على بعض الأفعال، وهذا لا يقتضي عدم تعلق الحرمة والوجوب فضلاً عن سائر الأحكام بأفعال الصبي ومعاملاته، بل مقتضى عموم أدلة الأحكام وإطلاقاتها ثبوتها في حقه أيضاً فيستحق الثواب على امتثال تلك الأحكام ولكن لا يثبت في حقه استحقاق العقاب، نظير القصاص والحد وسائر ما يكون من قبيل المؤاخذة.

وبالجملة: كما تثبت حرمة شرب الخمر على البالغين تثبت في حق الصبي أيضاً ولكن لا يؤاخذ على شربها، وكذا يثبت في حقه وجوب الصلاة وسائر الواجبات ولكن لا يؤاخذ على تركها، وهذا يوافق الالتزام بشرعية عبادات الصبي.

وأورد رحمه الله ثانياً: أنه لو فرض رفع الأحكام التكليفية عن الصبي فالأحكام الوضعية نظير الملكية المترتبة على بيعه غير مرفوع.

وبتعبير آخر: يكون بيعه موجباً لانتقال المبيع إلى المشتري والتمن إلى البائع،

(١) وسائل الشيعة ١: ٤٥، الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات، الحديث ١١.

وفي كثر العرفان: نسبة عدم صحة عقد الصبي إلى أصحابنا، وظاهره إرادة التعميم لصورة إذن الولي. وعن التذكرة: أَنَّ الصغير محجور عليه بالنص والإجماع سواء كان مميزاً أو لا - في جميع التصرفات إلا ما استثنى، كعباداته وإسلامه وإحرامه وتدييره ووصيته وإيصال الهدية وإذنه في الدخول، على خلاف في ذلك، انتهى. واستثناء إيصال الهدية وإذنه في دخول الدار، يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله، لأن الإيصال والإذن ليسا من التصرفات القولية والفعلية، وإنما الأول آلة في إيصال الملك كما لو حملها على حيوان وأرسلها، والثاني كاشف عن موضوع تعلق عليه لياحة الدخول، وهو رضا المالك.

غاية الأمر لا يثبت حكم تكليفي على الصبي إلى بلوغه فيجب بعد بلوغه الوفاء بالعقد الذي أنشأه حال صباه كما يجب عليه الاغتسال من الجنابة التي حصلت بوطئه زوجته أو الأجنبية حال صباه، وهذا يوافق ما يقال من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين.

وأورد ثالثاً: أنه مع فرض كون المرفوع عنه جميع الأحكام التكليفية والوضعية فمقتضاء عدم صحة عقد الصبي فيما إذا كان الصبي أحد طرفي العقد، وأما إذا كان إنشاؤه العقد بالوكالة كما إذا وكله الزوجان في إجراء عقد الزواج بينهما أو إجراء عقد البيع بين مالیهما، فلا دلالة لحديث رفع القلم^(١) على بطلان عقده، بمعنى كونه مسلوب العبارة فإنه ليس على الصبي في مورد الوكالة حكم سواء كان عقده صحيحاً أم فاسداً، ونظير وكالته بإجراء العقد فضولاً مع إجازة المالك.

أقول: ما ذكر المصنف رحمته الله من احتمال كون المرفوع عن الصبي هو قلم المؤاخذة غير صحيح، بل ظاهر الحديث رفع الأحكام والتكاليف بقرينة رفع القلم عن المجنون

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٠٩، الحديث ٤٨.

واحتج على الحكم في الغنية بقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ»، وقد سبقه في ذلك الشيخ - في المبسوط في مسألة الإقرار - وقال: إن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم.

ونحوه الحلّي في السرائر في مسألة عدم جواز وصية البالغ عشرين، وتبعهم في الاستدلال به جماعة، كالعلامة وغيره.

والنائم، فإنه لا يمكن الالتزام بأن أحكام الشريعة وتكاليفها مجعولة بنحو تعم المجانين، وأنه يكون المرفوع عن المجنون خصوص قلم المؤاخذه والحديث المزبور ضعيف.

ولكن رفع القلم وارد في موثقة اسحاق بن عمار، ومقتضاه عدم جواز استقلال الصبي بالمعاملة، لا كون إنشاؤه لغواً محضاً حتى في فرض وكالته عن الغير وإذنه للصبي في إجراء عقد أو معاملة تكون موضوعاً للحكم على البالغين.

والحاصل: أن المرفوع عن الصبي لا يختص بالأحكام التكليفية، بل يعم الوضعية، وجوب الاغتسال عليه بعد بلوغه من الجنابة حال صباه أو وجوب دفع البدل عما أتلفه في ذلك الحال ليس باعتبار عموم الأحكام الوضعية لغير البالغين، بل باعتبار أن الموضوع لوجوب الاغتسال على البالغ هو الوطني 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 بإذن الغير، بل مثل رواية حمزة بن حمران أيضاً لا يقتضي بطلانه، قال أبو جعفر عليه السلام فيها: «والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع،

واستدلوا أيضاً بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر عليه السلام: «إنَّ الجارية إذا زوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم، ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء، والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء ولا يخرج عن اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة... الحديث».

ولا يخرج من اليتم 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 إضافة 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 مطلوبية 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 مالكيها لا رضا الطفل وإذنه. وعليه فلو كان إذنه موجباً للاطمينان إلى رضا مالكيها كما هو الغالب فهو، وإلا فلا يجوز التصرف فيها بالدخول أو ما شابهه.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤١٠، الباب ٢ من أبواب الحجر، الحديث الأول.

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

لكن الإنصاف: أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف، لأن الجواز مرادف للمضي، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولي غير ماض، بل موقوف. ويشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار [١] بقوله: «إلا أن يكون سفيهاً»، فلا دلالة لها حيث تدل على سلب عبارته، وأنه إذا ساوم وليه متاعاً وعين له قيمته وأمر الصبي بمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلاً، وكذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه.

وأما حديث رفع القلم، ففيه:

أولاً: أن الظاهر منه قلم المؤاخذه، لا قلم جعل الأحكام، ولذا بنينا -كالمشهور- على شرعية عبادات الصبي.

وثانياً: أن المشهور على الألسنة أن الأحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ وحرمة تمكينه من مس المصحف.

[١] كما في رواية أبي الحسين الخادم ببيع اللؤلؤ عن أبي عبد الله عليه السلام^(١)، ووجه الشهادة أن عدم نفوذ أمر السفيه عبارة عن عدم مضي معاملته في صورة استقلاله بها، لا كونها لغواً محضاً بأن يكون السفيه مسلوب العبارة، وعلى ذلك فالحكم بعدم جواز أمر الصبي وجواز أمره بعد بلوغه إلا أن يكون سفيهاً لا يناسب، إلا أن يكون المراد بالجواز وعدمه هو المضي لا كون عبارته لغواً. وبعبارة أخرى: ظهور الاستثناء فيها في

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤١٢، الباب ٢ من كتاب الحجر، الحديث ٥.

وثالثاً: لو سلمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة في حق البالغين، فيكون الفاعل -كسائر غير البالغين- خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ.

وبالجملة، فالتمسك بالرواية ينافي ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبي، وما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين.

فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الإجماع [١] المحكي، المعتضد بالشهرة العظيمة، وإلا فالمسألة محل إشكال، ولذا تردّد المحقق في الشرائع في إجارة المميز بإذن الولي بعد ما جزم بالصحة في العارية، واستشكل فيها في القواعد والتحرير.

وقال في القواعد: وفي صحة بيع المميز بإذن الولي نظر، بل عن الفخر في شرحه: أن الأقوى الصحة، مستدلاً بأن العقد إذا وقع بإذن الولي كان كما لو صدر عنه -ولكن لم أجده فيه- وقواه المحقق الأردبيلي على ما حكى عنه.

ويظهر من التذكرة عدم ثبوت الإجماع عنده، حيث قال: وهل يصح بيع المميز وشراؤه؟ الوجه عندي: أنه لا يصح. واختار في التحرير: صحة بيع الصبي في مقام اختبار رشد.

وذكر المحقق الثاني: أنه لا يبعد بناء المسألة على أن أفعال الصبي وأقواله شرعية أم لا، ثم حكم بأنها غير شرعية، وأن الأصح بطلان العقد.

عدم الانقطاع قرينة على كون المراد بالجواز هو المضي.

[١] لا يخفى عدم إمكان الاعتماد على حكاية الإجماع، فإنه لو كان إجماعاً

محضاً لم يصح الاعتماد عليه؛ لاحتمال كون وجه اتفاقهم سائر الوجوه المذكورة لسلب عبارة الصبي، فكيف فيما إذا كان منقولاً أو مع الخلاف.

وعن المختلف أنه حكى - في باب المزارعة - عن القاضي كلاماً يدل على صحة بيع الصبي.

وبالجملة، فالمسألة لا تخلو عن إشكال، وإن أطنب بعض المعاصرين في توضيحه حتى ألحقه بالبديهيات في ظاهر كلامه.

فالإنصاف: أن الحجة في المسألة هي الشهرة المحققة والإجماع المحكي عن التذكرة، بناءً على أن استثناء الإحرام - الذي لا يجوز إلا بإذن الولي - شاهد على أن مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة، لا نفي الاستقلال في التصرف، وكذا إجماع الغنية [١] بناءً على أن استدلاله بعد الإجماع بحديث «رفع القلم» دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولي. وليس المراد نفي صحة البيع المتعقب بالإجازة حتى يقال: إن الإجازة عند السيد غير مجدية في تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل. ولو كان غير مسلوب العبارة كالبائع الفضولي. ويؤيد الإجماعين ما تقدم عن كثر العرفان.

[١] يعني: كما أن الإجماع المحكي عن «التذكرة»^(١) يعم ما إذا لم يكن الصبي مستقلاً في إنشاء المعاملة كذلك إجماع «الغنية»^(٢)، حيث إن استدلال «الغنية» على عدم الاعتبار بمعاملته بعد الإجماع بحديث رفع القلم قرينة على العموم المزبور، فإنه سيأتي أن مقتضى ذلك الحديث بطلان معاملة الصبي، سواء كان مستقلاً في إنشائها أو لم يكن.

وأيضاً المراد بالإجازة في قول ابن زهرة: «عقد الصبي باطل بالإجماع وإن أجاز الولي»، ليس خصوص الإجازة المعروفة في باب عقد الفضولي ليقال: إن عقد الفضولي

(١) التذكرة ٢: ٧٣.

(٢) الغنية: ٢١٠.

نعم لقائل أن يقول: إنَّ ما عرفت من المحقِّق والعلامة وولده والقاضي وغيرهم خصوصاً المحقِّق الثاني - الذي بنى المسألة على شرعية أفعال الصبي - يدلُّ على عدم تحقُّق الإجماع وكيف كان: فالعمل على المشهور ويمكن أن يستأنس له أيضاً بما ورد [١] في الأخبار المستفيضة من أنَّ «عمد الصبي وخطأه واحد» كما في صحيحة ابن مسلم وغيرها، والأصحاب وإن ذكروها في باب الجنائيات، إلَّا أنَّه لا إشعار في نفس الصحيحة - بل وغيرها - بالاختصاص بالجنائيات، ولذا تمسَّك بها الشيخ في المبسوط والحلي في السرائر، على أنَّ إخلال الصبي المحرَّم بمحظورات الإحرام - التي تختص الكفارة فيها بحال التعمد - لا يوجب كفارة على الصبي، ولا على الولي، لأنَّ عمده خطأ.

عند ابن زهرة باطل حتى وإن لحقته الإجازة، فحكمه ببطلان عقد الصبي ولو مع إجازة وليه لا يقتضي حكمه ببطلان معاملته مع إذن وليه، بل مراده بالإجازة ما يعم الإذن. [١] وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «عمد الصبي وخطؤه واحد»^(١)، وذكر المصنف رحمته الله ما حاصله أن مثل هذه الصحيحة وإن وقعت روايتها في أبواب الجنائيات ولكن لا دلالة لذلك على اختصاصها بتلك الموارد.

نعم، في مثل موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام كان يقول: «عمد الصبي خطأ يحمل العاقلة»^(٢)، وحمل الدية على العاقلة بعد قوله: «عمد الصبي خطأ» قرينة على كون المراد بالعمد والخطأ مورد الجنائية، ولكن لا يكون ذلك موجباً لرفع اليد عن إطلاق مثل الصحيحة الأولى، فإنه لا منافاة بين ثبوت الإطلاق والتقييد معاً؛ لعدم وحدة الحكم وكونهما متوافقين؛ ولذا أخذ الشيخ رحمته الله بالإطلاق في

(١) وسائل الشيعة ٢٩: ٤٠٠، الباب ١١ من أبواب العاقلة، الحديث ٢.

(٢) المصدر المتقدم: ٤٠٠، الباب ١١ من أبواب العاقلة، الحديث ٣.

وحينئذٍ فكل حكم شرعيّ تعلّق بالأفعال التي يعتبر في ترتّب الحكم الشرعيّ عليها القصد - بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد - فما يصدر منها عن الصبي قصداً بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد الصبي وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخاطئ وإيقاعاتهم.

بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون والصّبي استظهار المطلب من حديث «رفع القلم» وهو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبي البخري، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام، أنّه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفقه، والصبي الذي لم يبلغ: «عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم».

فإن ذكر «رفع القلم» في الذيل ليس له وجه ارتباط إلّا بأن تكون علّة لأصل الحكم، وهو ثبوت الدية على العاقلة، أو بأن تكون معلولة لقوله: «عمدهما خطأ»، يعني أنّه لما كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع وفي الواقع رفع القلم عنهما.

«المبسوط»^(١) والحلي في «السرائر»^(٢) فذكرا أنه لا تجب الكفارة على الصبي بارتكابه محظورات الإحرام التي يختص وجوبها بصورة التعمد، حيث إن عمد الصبي خطأ. وعلى ذلك فإذا كان عمد الصبي وقصده ملغى شرعاً تكون جميع إنشاءاته باطلة لا يترتب عليها أي أثر حتى فيما إذا كان إنشاءه بإذن وليه، حيث لا ينبغي الرب في اعتبار القصد في ترتّب الأثر على العقود والإيقاعات، بل قوامهما به؛ لأن حصول الإنشاء والاعتبار بلا قصد أمر غير معقول، بل يمكن استفادة ذلك، أي كون جميع إنشاءات الصبي ملغاة حتى فيما إذا كان الإنشاء بإذن وليه من حديث رفع القلم عنه.

(١) المبسوط ١: ٣٢٩.

(٢) السرائر ١: ٦٣٦ - ٦٣٧.

ولا يخفى أن ارتباطها بالكلام على وجه العلية أو المعلولية للحكم المذكور في الزاوية - أعني عدم مؤاخذه الصبي والمجنون - بمقتضى جنائية العمد وهو القصاص، ولا بمقتضى شبه العمد - وهو الدية في مالهما - لا يستقيم إلا بأن يراد من «رفع القلم» ارتفاع المؤاخذه عنهما شرعاً من حيث العقوبة الأخروية والدنيوية المتعلقة بالنفس كالقصاص - أو المال - كفرامة الدية - وعدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمد إليها مما لو وقع من غيرهما مع القصد والتعمد لترتبت عليه غرامة أخروية أو دنيوية. وعلى هذا، فإذا التزم على نفسه مالا بإقرار أو معاوضة 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 إلا لسلب قصده وعدم العبرة بإنشائه، إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله وحجره عن الالتزامات على نفسه، لم يكن عدم المؤاخذه شاملاً بصورة إذن الولي، وقد فرضنا الحكم مطلقاً، فيدل بالالتزام على كون قصده في إنشاءه وإخباراته مسلوب الأثر.

وبيان ذلك أنه قد ورد في رواية أبي البختری عن جعفر عن أبيه عن علي بن الحسين أنه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفقه والصبي الذي لم يبلغ: «عمدهما خطأ تحمله العاقلة، وقد رفع عنهما القلم»^(١)، فإن المذكور في هذه الرواية أمور ثلاثة: الأول: الحكم بأن دية جنائية الصبي والمجنون دية خطأ تحمله العاقلة. 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 المعاملة لا تكون ذات حكم، بل لا تكون إلا مع القصد

(١) وسائل الشيعة ٢٩: ٩٠، الباب ٣٦ من أبواب القصاص، الحديث ٢.

ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة -بناءً على كونها علة 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» علة 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.

بها، ومقتضى ذلك بطلان معاملة الصبي ولو كانت بإذن وليه؛ إذ لا يحصل قصد من الصبي بالإذن المزبور، بل مقتضى إطلاق نفي القصد عنه يعم الصورة المزبورة. وإما أن يكون رفع القلم علة لعدم ثبوت حكم العمد ولا شبه العمد، لجناية الصبي ولكون قصده كالخطأ.

وعلى ذلك أيضاً يحكم ببطلان معاملة 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 الرواية هو الاحتمال الأول، يعني تنزيل عمدته منزلة الخطأ موجب لرفع قلم المؤاخذة عنه، فإنه لو كان رفع قلم المؤاخذة علة لتنزيل عمدته منزلة الخطأ لما كان عليه الضمان في إتلافه، حيث إن رفع قلم المؤاخذة كما يقتضي تنزيل عمدته منزلة الخطأ كذلك يقتضي عدم الضمان في إتلافه، حيث إن الضمان من قبيل المؤاخذة كما لا يخفى.

أقول: مثل الصحيحة لا تكون دالة على بطلان إنشاءات الصبي وكونها ملغاة حتى مع إذن وليه أو كانت بالوكالة 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 والكفارة على

ثم إنّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي، كالتعزير.

ارتكاب المحظورات حال الإحرام، فإنه اعتبر في ترتب كل واحد من الأحكام المزبورة القصد إلى تلك الأفعال.

والحاصل: أن مدلول الصحيحة ومقتضى إطلاقها انتفاء تلك الأحكام وعدم ترتبها على فعل الصبي 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 للصحيحة على نفي تلك العناوين وعدم تحققها عن الصبي.

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 فإنّ ظاهر الصحيحة نفي الأثر الشرعي يكون مترتباً على نفس القصد والتعمد إلى الفعل لا نفي الأثر عن عنوان ليكون القصد موجباً لحصول ذلك العنوان، كما في العقود والإيقاعات فإن المعاملات كلها من العناوين القصدية التي يكون القصد مقوماً ومحصلاً لها.

ولذا لا تكون مشروعية صلاة الصبي وصومه وسائر عباداته وتحتيته وغيرها من العناوين القصدية تخصيصاً في حديث: «عمد الصبي خطأ»^(١).

بل يمكن دعوى أن الصحيحة 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 خطأ موضوعاً لحكم آخر،

والحاصل: أن مقتضى ما تقدّم من الإجماع المحكي 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 تصرّفاته 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

كما في مورد الجنائية، فلا يعم ما إذا كان الحكم مترتباً على عنوان التعمد إلى الفعل فقط، كما في مورد وجوب الكفارة وبطلان الصوم ونحوهما فإن المذكور في الصحيحة أن «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 الصحيحة.

[١] يعني: ولو كان قبول الهبة المزبورة من ولي الصبي، حيث إن أخذ الصبي الهبة حتى مع قبول وليه لا يوجب حصول القبض المعتبر فيها.

[٢] يعني: 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

ضمان على الصبي لأن المالك ضيعه حيث دفعه إليه وبقي الدين لأنه في الذمة ولا يتعين إلا قبض صحيح كما لو قال: إرم حقي في البحر [١] فرمى مقدار حقه، بخلاف ما لو قال للمستودع سلم مالي إلى الصبي أو ألقه في البحر: لأنه امتثل أمره في حقه المعين، ولو كانت الوديعة للصبي فسلمها إليه ضمن وإن كان بإذن الولي إذ ليس له تضييعها بإذن الولي.

وقال أيضاً لو عرض الصبي ديناراً على الناقد لينقذه أو متاعاً إلى مقوم ليقومه فأخذه. لم يجز له رده إلى الصبي بل إلى وليه إن كان. فلو أمره الولي بالدفع

بتوكيل ذلك الغير.

[١] يعني: كما أنه لا يتعين الدين بإلقاء المديون مقداره في البحر فيما إذا قال له مستحقه: ارم حقي في البحر، كذلك لا يتعين قبض الصبي فيما إذا قال مستحقه: سلم حقي إلى هذا الصبي.

نعم، إذا كان المال متعيناً، كما في الوديعة بأن يقول صاحبها: سلمها إلى هذا الصبي، فسلمها المستودع إليه برئ من ضمانها، كما يبرأ إذا قال له: ارمها في البحر، فرماها، وذلك فإن المال في نفسه متعين لا يحتاج في تعينه إلى قبض صحيح.

نعم، لو كانت الوديعة من مال الصبي فلا يجوز دفعها إليه حتى مع إذن وليه، فإنه من التعدي فيها ولا يفيد في جواز التعدي وعدم ثبوت الضمان إذن الولي، حيث إنه لا ولاية له فيما لا صلاح فيه للطفل.

وبالجملة: لا يصح توكيل الصبي، فلا يكون المدفوع إليه قبضاً للمستحق ليتعين به الدين، ولكن لا يبعد أن يكون المثلان من توكيل المديون في تعيين الدين فيتعين عند الإلقاء في البحر أو الدفع إلى الصبي.

أقول: قد تقدم عدم إلغاء قصد الصبي 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 وتقابضا وأتلف كل واحد منهما ما قبضه فإن جرى بإذن الوليتين 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 المهدي 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 اليسيرة أو الخطيرة لما عرفت من عموم النص والفتوى حتى أن العلامة في التذكرة لمّا ذكر حكاية «أن 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 أن الأظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة دفعا للحرص، انتهى.

فإن الحرج ممنوع سواء أراد أن الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقرات والتزام مباشرة البالغين لشرائها، أم أراد أنه يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء الناس عن نصب الصبيان للبيع والشراء في الأشياء الحقيرة.

به الدين، كما يخرج بقبضه وكالة البائع من ضمان المبيع إلى غير ذلك، فلاحظ وتدبر.

[١] لما مر من ثبوت ضمان الإتلاف على الصبي أيضاً.

[٢] يعني: قد رد الحكاية^(١) بعدم ثبوت الشراء لعدم اعتبار الحكاية المزبورة هذا أولاً، وثانياً لاحجية في شراء أبي الدرداء، حيث إن فعله ليس من فعل المعصوم

(١) يشير الشيخ إلى حكاية العلامة في التذكرة المذكورة 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 اليسيرة، فالظاهر كونه مخالفاً للاجماع. وأما ما ورد في رواية السكوني [١] عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ونهى النبي ﷺ عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده»، معللاً بأنه «إن لم يجد سرق»، فمحمول على عوض كسبه من التقاط، أو أجرة عن إجاره أوقعها الولي أو الصبي بغير إذن الولي، أو عن عمل أمر به من دون إجاره فأعطاه المستأجر أو الأمر أجرة المثل، فإن هذه كلها مما يملكه الصبي، لكن يستحب للولي وغيره اجتنابها إذا

ليكون كاشفاً عن إباحة الفعل، وثالثاً ذكر توجيهاً يخرج به الشراء عن معاملة الصبي. [١] كأن هذا جواب عن سؤال مقدر، وهو أن رواية السكوني ^(١) المزبورة ظاهرة في صحة معاملة الصبي فان المراد بكسب الصبي فيها المال الذي اكتسبه، فيكون مقتضى تقييد الصغير بالذي لا يحسن صناعة أن كسبه لا بأس به مع عرفانه الصناعة، بل مقتضى التعليل الوارد فيه كون المال الذي اكتسبه الصبي المزبور مالاً مشتبهاً، ولو كانت معاملته باطلة لكان حرمة المال الذي اكتسبه معلوماً.

وأجاب الله عن ذلك بأن ملك الصبي المال لا يلزم صحة معاملاته، حيث يمكن أن يحصل المال من التقاطه حيث يصير المال بالتقاط ملكاً له؛ لما تقدم من عدم إلغاء قصده في مثل الحيازة والسبق إلى الشيء المباح، كما يمكن كونها أجرة في إجاره أوقعها الولي، فإن إيقاع الولي يملك الصبي الأجرة على المستأجر، فيتعين المدفوع إلى الصبي في الأجرة بوصولها إلى يد وليه، ويمكن إيقاع الصبي الإجاره فيستحق على المستأجر أجرة المثل، أو كان عمل الصبي باعتباره أمر شخص آخر بذلك العمل فيستحق الصبي في الفرض أجرة المثل على العمل. وفي هذه الصور ونحوها لا يكون

(١) وسائل الشيعة ١٧: ١٦٣، الباب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

لم يعلم صدق دعوى الصبي فيها، لاحتمال كونها من الوجوه المحرمة، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممن لا يبالي بالمحرّمات.

وكيف كان، فالقول المذكور في غاية الضعف. نعم، ربّما صحّ سيّد مشايخنا -في الرّياض- هذه المعاملات إذا كان الصبي بمنزلة الآلة لمن له أهلية التصرف، من جهة استقرار السيرة واستمرارها على ذلك.

وفيه إشكال، من جهة قوّة احتمال كون السيرة ناشئة من عدم المبالاة في الدّين، كما في كثير من سيرهم الفاسدة.

ويؤيد ذلك: ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميّزين وغيرهم، ولا بينهم وبين المجانين، ولا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي أصلاً، ومعاملتهم لأوليائهم على سبيل الآلية، مع أنّ هذه ممّا لا ينبغي الشكّ في فسادها [١] خصوصاً الأخير.

مع أنّ الإحالة على ما جرت العادة به كالإحالة على المجهول، فإنّ الذي جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كلّ صبيّ ما هو فطنّ فيه، بحيث لا يغلب في المساومة عليه، فيكّلون إلى من بلغ ستّ سنين شراء باقّة بقل، أو بيع بيضة دجاج بقلّس، وإلى من بلغ ثمانية سنين اشتراء اللحم والخبز ونحوهما، وإلى من بلغ أربع عشرة سنة شراء الثياب، بل الحيوان، بل يكّلون إليه أمور التّجارة في الأسواق والبلدان، ولا يفرّقون بينه وبين من أكمل خمس عشرة سنة، ولا يكّلون إليه شراء مثل القرى والبساتين وبيعها إلّا بعد أن يحصل له التّجارب، ولا أظنّ أنّ القائل بالصّحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التّفصيل.

ملك الصبي ملازماً لصحة معاملته ولو مع إذن وليه كما لا يخفى.

[١] يعني: لا ينبغي الشك في فساد سيرتهم في عدم فرقهم بين معاملة المميّزين وغيرهم، خصوصاً الأخير، أي سيرتهم على عدم فرقهم بين معاملة الأطفال لأنفسهم

وكيف كان، فالظاهر أن هذا القول أيضاً مخالف لما يظهر منهم. وقد عرفت حكم العلامة في التذكرة بعدم جواز رد المال إلى الصبي إذا دفعه إلى الناقد لينقده، أو المتاع الذي دفعه إلى المقوم ليقومه، مع كونه غالباً في هذه المقامات بمنزلة الآلة للولي، وكذا حكمه بالمنع من رد مال الطفل إليه بإذن الولي، مع أنه بمنزلة الآلة في ذلك غالباً.

وقال كاشف الغطاء رحمته الله - بعد المنع عن صحة عقد الصبي أصالة ووكالة - ما لفظه:

نعم، ثبت الإباحة في معاملة المميزين إذا جلسوا مقام أوليائهم، أو تظاهروا على رؤوس الأشهاد حتى يظن أن ذلك من إذن الأولياء خصوصاً في المحقرات. ثم قال: ولو قيل بتملك الآخذ منهم لدلالة مأذونيته في جميع التصرفات فيكون موجباً قابلاً، لم يكن بعيداً، انتهى.

أقول: أما التصرف والمعاملة بإذن الأولياء [١] - سواء كان على وجه البيع أو المعاطاة - فهو الذي قد عرفت أنه خلاف المشهور والمعروف حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطاة، لأنها تصرف لامحالة وإن لم تكن بيعاً، بل ولا معاوضة.

بحيث لا يطلع أولياؤهم على معاملاتهم، وبين المعاملة لأوليائهم.

[١] كأن هذا جواب عما ذكره كاشف الغطاء رحمته الله (١) من حصول الإباحة من معاملة الطفل الجالس مقام وليه، وحاصله: إن أراد كاشف الغطاء حصول الإباحة بنفس تصرف الطفل ومعاملته بأن كانت معاملة الطفل مفيدة للإباحة، سواء كانت المعاملة بنحو البيع العقدي أو المعاطاة، فهذا خلاف المشهور حتى عند القائلين بعدم اعتبار شرائط البيع

وإن أراد بذنك أن إذن الولي ورضاه المنكشف بمعاملة الصبي هو المفيد للإباحة، لانفس المعاملة - كما ذكره بعضهم في إذن الولي في إعارة الصبي - فتوضيحه ما ذكره بعض المحققين من تلامذته، وهو: أنه لما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتفق، وكانت مفيدة لإباحة التصرف خاصة - كما هو المشهور - وجرت عادة الناس بالتسامح في الأشياء اليسيرة والرضا باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الأمارات المفيدة للظن بالرضا في المعاوضات، وكان الغالب في الأشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي تعيين القيمة، أو الاختلاف الذي يتسامح به في العادة، فلأجل ذلك صح القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع والشراء مع الشروط المذكورة، كما يعتمد عليه في الإذن في دخول الدار وفي إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات الصدق، بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه، وقد استند فيه في التذكرة إلى تسامح السلف.

وبالجملة، فالاعتماد في الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ والإعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف، لا على قول الصبي ومعاملته من حيث إنه كذلك، وكثيراً ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد، من غير وجود ذي يد أصلاً، مع شهادة الحال بذلك، كما في دخول الحمام ووضع الأجرة وعوض الماء التالف في الصندوق، وكما في أخذ الخضر الموضوعة للبيع،

في المعاطاة، فإنها على ذلك المسلك وإن لم تكن مشروطة بشروط البيع، إلا أنها تصرف في المال فلا يصح من الصبي. وإن أراد أن وصول المال إلى يد الأخذ وإذن الولي ورضاه في تصرفه هو الموجب للإباحة، ومعاملة الصبي تكون كاشفة عن هذا الرضا ويعتمد عليها في الكشف عنه كما يعتمد في كشف رضا مالك الدار ومالك الهدية بإذن الصبي في الدخول في الدار وإيصال الهدية، كما أوضحه بعض المحققين

وشرب ماء السقائين ووضع القيمة المتعارفة في الموضع المعدّ لها، وغير ذلك من الأمور التي جرت العادة بها، كما يعتمد على مثل ذلك في غير المعاوضات من أنواع التصرفات.

فالتحقيق: أن هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب ولا منافياً له، ولا يعتمد على ذلك أيضاً في مقام الدعوى ولا فيما إذا طالب المالك بحقه وأظهر عدم الرضا، انتهى.

وحاصله: أن مناط الإباحة ومدارها في المعاطاة ليس على وجود تعايط قائم بشخصين، أو بشخص منزّل منزلة شخصين، بل على تحقّق الرضا من كلّ منهما بتصرّف صاحبه في ماله، حتّى لو فرضنا أنّه حصل مال كلّ منهما عند صاحبه باتّفاق - كإطارة الرّيح ونحوها - فتراضيا على التصرّف بإخبار صبيٍّ أو بغيره من الأمارات كالكتابة ونحوها - كان هذه معاطاة أيضاً، ولذا يكون وصول الهدية إلى المُهدّي إليه على يد الطفل - الكاشف إيصاله عن رضا المُهدّي بالتصرّف بل التملّك - كافياً في إياحة الهدية، بل في تملّكها.

وفيه: أن ذلك حسن، إلّا أنّه موقوف أولاً على ثبوت حكم المعاطاة من دون إنشاء إياحة وتمليك، والاكتفاء فيها بمجرد الرضا. ودعوى حصول الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبي، مدفوعة: بأنّه إنشاء إياحة لشخص غير معلوم، ومثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة، مع العلم بخروجه عن موضوعها. وبه يفرق بين ما نحن فيه ومسألة إيصال الهدية بيد الطفل، فإنّه يمكن فيه دعوى كون دفعها إليه للإيصال إياحة أو تمليكاً، كما ذكر أنّ إذن الولي للصبي في الإعارة إذن في انتفاع المستعير، وأمّا دخول الحمام وشرب الماء ووضع الأجرة والقيمة، فلو حكم بصحّتهما - بناءً على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالية عن الإنشاء - انحصرت صحة وساطة الصبي فيما يكتفى فيه بمجرد وصول العوضين،

دون ما لا يكتفى فيه.

والحاصل: أنَّ دفع الصبي وقبضه بحكم العدم، فكلُّ ما يكتفى فيه بوصول كلِّ من العوضين إلى صاحب الآخر بأيِّ وجه اتَّفَق فلا يضرُّ مباشرة الصبي لمقدمات الوصول. ثم إنَّ ما ذكر مختصَّ بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبي ولياً كان أم غيره. وأمَّا ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً: من صيرورة الشخص موجباً قابلاً، ففيه: أولاً: أنَّ تولي وظيفة الغائب -وهو مَنْ أذن للصغير- إن كان بإذن منه، فالمفروض انتفاؤه، وإن كان بمجرد العلم برضاه، فالإكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل، بل ممنوع.

وثانياً: أنَّ المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيابة عمَّن أذن للصبي. ثمَّ إنَّه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآلية بالصبي، ولا بالأشياء الحفيرة، بل هو جارٍ في المجنون والسكران بل البهائم، وفي الأمور الخطيرة، إذ المعاملة إذا كانت في الحقيقة بين الكبار وكان الصغير آلة، فلا فرق في الآلية بينه وبين غيره. نعم، من تمسَّك في ذلك بالسيرة من غير أن يتجشَّم لإدخال ذلك تحت القاعدة، فله تخصيص ذلك بالصبي، لأنَّه المتيقَّن من موردها، كما أنَّ ذلك مختصَّ بالمحقرات.

مسألة: ومن جملة شرائط المتعاقدين: قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفَّظان به. واشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقد بل في تحقُّق مفهومه ممَّا لا خلاف

من تلاميذه^(١)، فهذا مبني على كفاية مجرد وصول المالكين إلى يد كل من المالكين مع رضاهما في حصول الإباحة بالمعاطاة، وقد تقدم الكلام فيه في بحث المعاطاة.

(١) هو المحقِّق التستري رحمته الله، مقابس الأنوار: ١١٣.

فيه ولا إشكال، فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كما في الغالط. أو إلى المعنى -لا بمعنى [١] عدم استعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلّق إرادته وإن أوجد مدلوله بالإشياء، كما في الأمر الصوري فهو شبيه الكذب في الإخبار -كما في الهازل. أو قصد معنى يفاير 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 عبارة خاصة. ثم إنه ربما يقال بعدم تحقّق 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 المتحقّق في صدق مفهوم العقد، مضافاً إلى ما سيجيء في أدلّة الفضولي، وأمّا معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار.

[١] وحاصله أنه يعتبر في المتعاقدين القصد إلى اللفظ فلا عقد مع التلفظ بلا قصد، كما في الغالط بأن كان قصده التلفظ بلفظ فاشتبه 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 حقيقة، 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.

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، أن في المسألة أوجهاً وأقوالاً، وأن المسألة في غاية الإشكال، وأنه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب - قدس الله أرواحهم - في تضاعيف أبواب الفقه.

ثم قال: وتحقيق المسألة: أنه إن توقف تعيين المالك على التعيين حال العقد، لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعاً، اعتبر تعيينه في النية، أو مع اللفظ به أيضاً كبيع الوكيل والولي العاقد عن اثنين في بيع واحد، والوكيل عنهما والولي عليهما في البيوع المتعددة، فيجب أن يعين من يقع له البيع أو الشراء، من نفسه أو غيره، وأن يميز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كل منهما.

فإذا عين جهة خاصة تعينت، وإن أطلق: فإن كان هناك جهة بصرف 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 أنه لولا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك معين في نفس الأمر وأن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان ولا بشيء من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك، وفساد

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 المعاملة، حيث لا يكون البيع أو غيره من المعاملة في مثل مورد الإنشاء هزلاً.

[١] يعني: لو لم يكن هناك جهة بصرف إليه الإطلاق كان العقد لغوياً.

ذلك ظاهر ولادليل على تأثير [١] التعيين المتعقّب، ولا على صحة العقد المبهّم، لانصراف الأدلة إلى الشائع الممهود من الشريعة والعادة، فوجب الحكم بعدمه.

وعلى هذا، فلو شرى الفضولي لغيره في الذمة، فإن عيّن ذلك الغير تعيين ووقف على إجازته، سواء تلفّظ بذلك أم نواه، وإن أبهم مع قصد الغير بطل، ولا يوقف إلى أن يوجد له مجيز - إلى أن قال -: وإن لم يتوقّف تعيين المالك على التعيين حال العقد بأن يكون عوضان معيّنين، ولا يقع العقد فيهما على وجه يصحّ إلّا لهما، ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، وعدمه فيصحّ، أو جه، أقواها الأخير، وأوسطها الوسط، وأشبهها للأصول الأوّل. وفي حكم التعيين ما إذا عيّن المال [٢] بكونه في ذمة 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 في

[١] كأن هذا دفع لما يقال: من جواز عدم جهة يصرف إليها الإطلاق، وجواز عدم تعيين للمالك في العقد وتعيينه بعد ذلك فلا اشتراط.

[٢] يعني: إذا عين العاقد في عقده المال بكونه بذمة زيد يجري على هذا المعين على العهدة حكم المعين خارجاً في كون التصريح بالخلاف مبطلاً أولاً، كما لو اشترى لنفسه بثمن بذمة زيد.

[٣] يعني: باع مال نفسه؛ ليكون البيع عن الغير لا عن نفسه بأن يدخل الثمن في ملك ذلك الغير.

[٤] يعني: باع مال زيد؛ ليكون البيع عن عمرو لا عن زيد، بأن يدخل الثمن في ملك عمرو.

المقاييس] زيد صحَّ عنه وإلا وقف على إجازته. ولو اشترى لنفسه بمال في ذمة زيد [١] فإن لم يكن وكيلاً عن زيد وقع عنه وتعلّق المال بذمته لا عن زيد ليقف على إجازته، وإن كان وكيلاً فالمقتضى لكلّ من العقدين منفرداً موجود، والجمع بينهما يقتضي إلغاء أحدهما ولما لم يتعيّن احتمال البطلان للتدافع. وصحّته عن نفسه لعدم تعلّق الوكالة بمثل هذا الشراء وترجيح جانب الأصالة، وعن الموكل لتعيّن العوض في ذمة الموكل فقصّد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعين. ولو اشترى عن زيد بشيء في ذمته فضولاً [٢] ولم يجز فأجاز عمرو لم يصح عن

[١] بأن يكون قصده دخول المبيع في ملكه في مقابل الثمن المعتبر بذمة 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 بذمة زيد، فلا يكون البيع فضولياً ليجتاح في تمامه إلى إجازة زيد.

ويظهر من كلامه أن الوجه في ذلك عدم ثبوت المقتضي لوقوعه لزيد، وهذا بخلاف صورة وكالته عنه حيث ذكر فيها احتمالات ثلاثة: بطلان البيع وعدم وقوعه لواحد منهما؛ لأن المقتضي لوقوعه لكل منهما موجود فالبطلان للتدافع وقوعه لنفسه؛ لعدم المقتضي لوقوعه لزيد؛ لأن التوكيل لا يشمل مثل هذا الاشتراء بأن يقصد دخول المبيع في ملكه مع خروج الثمن عن ملك موكله ولأقل من ترجيح جانب الأصالة، ووقوعه عن زيد؛ لما مر من أن تعيين المال بذمة زيد في حكم الثمن المعين الخارجي في كون التصريح بخلاف مقتضاه لغواً.

[٢] يعني: لو اشترى لزيد بثمان في ذمته ولم يجز زيد الاشتراء فأجازة عمرو فلا يصح، لا من زيد فإن المفروض عدم إجازته، ولا من عمرو؛ لعدم إنشاء المعاملة عنه وعدم اعتبار الثمن في ذمته.

أحدهما. وقس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب ولا فرق على الأوسط - في الأحكام المذكورة - بين النية المخالفة والتسمية ويفرق بينهما على الأخير وببطل الجميع على الأول، انتهى كلامه رحمه الله.

أقول: مقتضى المعاوضة والمبادلة [١] دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر، وإلا لم يكن كل منهما عوضاً وبدلاً. وعلى هذا، فالقصد إلى العوض وتعيينه يغني عن تعيين المالك، إلا أن ملكية العوض وترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك، فإن من الأعواض ما يكون متشخصاً بنفسه في الخارج كالأعيان.

ومنها ما لا يتشخص إلا بإضافته إلى مالك كـ «ما في الذم»، لأن ملكية الكلبي لا يكون إلا مضافاً إلى ذمة، وإجراء أحكام الملك على ما في ذمة الواحد المردّد بين شخصين فصاعداً غير معهود. فتعيين الشخص في الكلبي إنما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكية ما في الذم على تعيين صاحب الذمة. فصحّ على ما ذكرنا أن تعيين المالك مطلقاً غير معتبر سواء في العوض المعين أو في الكلبي، وأن اعتبار التّعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشقّ الأوّل من تفصيله إنما هو لتصحیح ملكية العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا، فإن من اشترى لغيره في الذمة إذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكاً، لأن ما في الذمة ما لم يضاف إلى شخص معيّن لم يترتب عليه أحكام المال: من جعله ثمناً أو مثنياً.

[١] وحاصل ما ذكر المصنف رحمه الله في المناقشة على الكلام المزبور هو عدم اعتبار تعيين المالكين أصلاً، بل المعتبر في البيع قصد المعاوضة بأن يخرج المبيع إلى ملك من يكون خروج الثمن منه؛ إذ لو صار المبيع إلى غير ملكه لم يتحقق عنوان المعاوضة

وكذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين، فإنه إذا جعل العوضين في الذمة بأن قال: «بعت عبداً بألف»، ثم قال: «قبلت» فلا يصير العبد قابلاً للبيع، ولا الألف قابلاً للاشتراء به حتى يُسند كلياً منهما إلى معيّن، أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعيّن، 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 الحقيقية التي قد عرفت أنّ من لوازمها العقلية دخول العوض في ملك مالك المعوّض تحقيقاً لمفهوم العوضيّة والبديّة، فلا حاجة إلى تعيين من يُنقل عنهما وإليهما العوضان، وإذا لم يقصد المعاوضة الحقيقية فالبيع غير منعقد. فإن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوّض فقال: «ملكك فرسي هذا بحمار عمرو»، فقال المخاطب: «قبلت»، لم يقع البيع لخصوص

بين المالكين، بل يكون تملك كل منهما مجاناً. وعلى ذلك فلو فرض قصد المعاوضة من المتعاقدين فلا محالة يتعين مالك المبيع، والتمن واقعاً بلا حاجة إلى التعيين.

نعم، لا بد في موارد كون أحد العوضين كلياً في الذمة من تعيين من يضاف إلى ذمته المال ولا يكون تعيينه معتبراً بما هو هو، بل باعتبار أن الكلي مالم يكن مضافاً إلى ذمة معين لا يعتبر مالياً 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 واقعاً، بل يكون التصريح على خلاف مقتضى المعاوضة راجعاً إلى فائدة البيع والشراء، كما إذا قال: «بعت مالي عن زيد»، فإنه مع قصد المعاوضة يكون المفاد إرجاع فائدة البيع، بمعنى تملك الثمن لزيد ثانياً. وإذا قال: «بعت مال زيد عن نفسي»، فمع قصده المعاوضة يكون قيد عن نفسي لغواً؛ ولذا ذكروا أنه لو أجاز زيد

المخاطب، لعدم مفهوم المعاوضة معه، وفي وقوعه اشتراء فضولياً لعمره كلام يأتي.

وأما ما ذكره من مثال «مَنْ باع مال نفسه عن غيره» فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره، والظاهر وقوعه عن البائع ولغوياً قصده عن الغير، لأنه أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقة، 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 حيثنذ بين بيعه عن نفسه أو عن ماله. فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً ووجوده كعدمه.

إلا أن يقال: إنَّ وقوع بيع مال نفسه لغيره إنَّما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية، لِمَ لا يجعل هذا قرينة على عدم إرادته من البيع المبادلة الحقيقية، أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع - كما سيأتي أنَّ المعاوضة الحقيقية في بيع الغاصب لنفسه لا يتصور إلا على هذا الوجه -؟ وحيثنذ فيحكم ببطالان المعاملة، لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي. ومن هنا ذكر العلامة 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 صحة المعاملة المذكورة [١] ولغوياً القصد المذكور، لأنه راجع إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير، لا جعله أحد ركني المعاوضة.

البيع يقع له كما أنه لو ملك البائع المال فأجاز البيع المزبور يقع له، لا من جهة إضافة البيع إلى نفسه، بل بناءً على صحة الإجازة في مسألة 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 المعاملة بيع ماله عن غيره فإن قصد كونه عن غيره لغو، حيث

وأما حكمهم ببطلان البيع في مثال الزهن واشتراء الطعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا أن المخاطب إذا قال: «بعته لنفسي»، أو «اشتريته لنفسي» لم يقع لمالكة إذا أجازته.

وبالجملة، فحكمهم بصحة بيع الفضولي وشرائه لنفسه، ووقوعه للمالك، يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك. ثم إن ما ذكرنا كله حكم وجوب تعيين كل من البائع والمشتري من يبيع له ويشترى له.

إن القيد المزبور لإرجاع فائدة البيع إلى ذلك الغير، أي تملك الثمن لذلك الغير قبل تملكه فيكون لغواً لا جعله أحد ركني المعاوضة، وحكمهم ببطلان البيع عكس المسألة، أي فيما إذا قال للمرتهن: «بيع مالي لنفسك»، أو قال للمدفع إليه مالاً: «اشتر لنفسك بهذا المال طعاماً»، لا ينافي ذلك باعتبار أن مرادهم بالبطلان عدم وقوع البيع أو الشراء للمرتهن أو المدفع إليه، لأنه لا يصح عن المالك مع إجازته.

كان الكلام إلى الآن في 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 كفي.

وقد ظهر أنه لا بد من التفصيل بين موارد تعلق البيع أو الشراء بالمعين خارجاً وبين تعلقه بالكلي على العهدة، والكلام فعلاً في أمرين:

الأول: أنه لو كان المشتري هو المخاطب بمقتضى تعيين الموجب وقصده فهل يجوز للمخاطب المزبور الشراء وقبول الإيجاب لغيره أم لا؟

الثاني: أنه هل يتعين على كل منهما تعيين الطرف الآخر في المعاملة بأن يعتبر

وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب، والقابل لخصوص البائع، فيحتمل اعتباره، إلا فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين - كما في غالب البيوع والإجازات - فحينئذ يرد من ضمير المخاطب في قوله: «ملكك كذا - أو منفعة كذا - بكذا» هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكا حقيقيا أو جعليا - كالمشتري الغاصب - أو من هو بمنزلة المالك بإذن أو ولاية.

ويحتمل عدم اعتباره إلا فيما علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين، كما في النكاح، والوقف الخاص، والهبة، والوكالة، والوصية. والأقوى هو الأول، عملاً بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية، وتبعية العقود للقصود. وعلى فرض القول بالثاني، فلو صرح بإرادة خصوص المخاطب اتبع 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 والسيرة إلا أنه مبني على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام.

فيها تعيين المشتري للموجب وأنه المخاطب أو أنه موكله مثلاً، وكذا يعتبر تعيين البائع للقابل وأنه الموجب أو موكله مثلاً؟

وذكر 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 الممتلك للمبيع بالأصالة أو الوكالة.

وبعبارة أخرى: إذا كان ظاهر الكلام تعيين خصوص المخاطب في القصد فلا بد من اتباعه باعتبار أن العقود تابعة للقصود.

وقد يقال في الفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح: إن الزوجين في النكاح كالموشرين في سائر العقود، ويختلف الأغراض باختلافهما، فلا بد من التعيين وتوارد الإيجاب والقبول على أمر واحد، ولأن معنى قوله: «بعتك كذا بكذا» رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، والمشتري يطلق على المالك ووكيله، ومعنى قولها: «زوّجتك نفسي» رضاها بكونه زوجاً، والزوج لا يطلق على الوكيل، انتهى.

ويرد على الوجه الأول من وجهي الفرق: أن كون الزوجين كالموشرين إنما يصحّ وجهاً لوجوب التعيين في النكاح، لا لعدم وجوبه في البيع، مع أن الظاهر أن ما ذكرنا من الوقف وإخوته كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة أو الفضولي، فلا بد من وجه مطرد في الكل.

ويظهر ذلك من كلام «التذكرة»^(١) حيث ذكر أن في صحة بيع الفضولي بإجازة المالك مع جهل الطرف الآخر بالحال إشكالاً، ووجه الظهور كون الإشكال من جهة أن قصد الجاهل تعلق بتملك الفضولي أو التملك منه، فوقع الملك للمالك المجيز غير مقصود للجاهل، وهذا الإشكال وإن كان ضعيفاً باعتبار أن تعلق قصد الجاهل بنقل المال إلى الفضولي وانتقاله منه ليس إلا لكونه صاحب المتاع أو الثمن لا لخصوصية له، فلا ينافي 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 الأولي في البيع إلغاء قصد الخصوصية في كل من الطرفين، بحيث يجوز للقابل المخاطب القبول عن الغير، ولو كان إنشاء الموجب تملك المتاع إياه بإزاء الثمن بأن قال: «ملككت المتاع بكذا»، فقال: «قبلت لزيد»، تم البيع إلا في مورد تصريح الموجب أو قيام القرينة الخارجية بأنه

(١) التذكرة ١: ٤٦٣.

وعلى الوجه الثاني: أن معنى «بتك» في لغة العرب - كما نصّ عليه فخر المحققين وغيره - هو ملكتك بعوض، ومعناه جعل المخاطب مالكا، ومن المعلوم أن المالك لا يصدق على الولي والوكيل والفضولي. فالأولى في الفرق ما ذكرنا من أن الغالب في البيع والإجارة هو قصد المخاطب لا من حيث هو، بل بالاعتبار الأعم من كونه أصالة أو عن الغير، ولا ينافي ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيل - فتأمل - بخلاف النكاح وما أشبهه، فإن الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث إنه ركن للعقد، بل ربما يستشكل في صحة أن يراد من القرينة 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

لا يريد البيع إلا من القابل المزبور.

وتعرض عليه السلام للأمر الثاني بقوله: «وقد يقال في الفرق بين البيع وشبهه... إلخ»، وحاصله أنه في الموارد التي يكون من له العقد مقوماً لعنوان العقد، كما في النكاح فإن الزوجين فيه بمنزلة المالين فلا بد من التعيين؛ ليكون بين الإيجاب والقبول تطابق؛ ولأن عنوان المشتري يصدق على الوكيل أو الولي.

هذا ولكن كلا الوجهين ضعيف.

أما الوجه الأول، فلأن مقتضاه لزوم تعيين الزوج والزوجة في النكاح لا عدم لزوم تعيين البائع والمشتري، كيف ولا يكون الموقوف عليه أو الموصى إليه أو المتهب ركناً في الوقف والوصية والهبة مع أنه لا بد من تعيينهم كالنكاح، والوجه في عدم كونهم ركناً أن كلاً من العقود المزبورة نظير البيع تمليك، والملك لا يكون بلامالك لا محالة. وأما الوجه الثاني، فإن عنوان المشتري أيضاً لا يصدق حقيقة على الوكيل في

يقال للوكيل: الزوج، ولا الموقوف عليه، ولا الموصى له، ولا الوكيل، بخلاف البائع والمستأجر، فتأمل، حتى لا يتوهم رجوعه إلى ما ذكرناه سابقاً واعتراضنا عليه [١]

إجراء عقد الصيغة وقد نص فخر المحققين وغيره بأن معنى البيع في لغة العرب: جعل المخاطب مالكاً، ومقتضى ذلك أن مع عدم جعل الملك إلا للموكل لا يكون الوكيل القابل مشترياً.

[١] ما ذكر سابقاً هو صدق عنوان المشتري على الوكيل في الشراء حقيقة وعدم صدق عنوان الزوج على الوكيل في قبول الزواج.

واعترض رحمته الله عليه بأنه لا فرق بينهما وأن المشتري بمعناه الحقيقي لا يصدق على الوكيل في قبول الإيجاب كعدم صدق عنوان الزوج على الوكيل في قبول إيجاب النكاح.

نعم، التزم رحمته الله بقوله: «ولعل الوجه عدم تعارف...» إلخ، بأنه قد يطلق عنوان المشتري بالعناية على الوكيل في قبول إيجاب البيع، كما يتعارف إرادة الأعم من الأصالة من ضمير الخطاب في مثل قوله: «ملكك»، بخلاف الضمير في قول المرأة: «زوجتك»، وبخلاف عنوان الزوج فإن الإطلاق بنحو العناية في عنوان الزوج أو إرادة الأعم من ضمير الخطاب في قول المرأة غير متعارف.

وعلى ذلك فلا بأس بأن يقول البائع: «ملكك المال بكذا»، ويقول القابل: «قبلت عن فلان»، بخلاف النكاح فإنه لا يصح في قبول قول المرأة: «زوجتك نفسي»، أن يقول المخاطب: «قبلت عن فلان». وجواز الإطلاق وإرادة الأعم من الضمير في البيع بنحو العناية لا ينافي تقديم مدعى الأصالة عند اختلافهما في أن قبول الإيجاب كان بنحو الوكالة أو الأصالة؛ لأن مقتضى ظهور العقد أو أصالة عدم النيابة هو التقديم المزبور، وتعارف الاستعمال بنحو العناية لا ينافي كونه خلاف الأصل كما أن تعارف المجاز في

سائر الألفاظ لا ينافي حملها على الحقيقة مع عدم إحراز العناية في الاستعمال.
 أقول: قد مر أن مع كون العوضين معيّنين لا حاجة إلى تعيين المالك وتمييز من
 يكون له البيع أو الشراء، بل يكون تمام البيع بقصد المعاوضة بين المالكين وإنشائها بين
 العوضين، ولو اعتقد البائع مثلاً أن الثمن المفروض ملك المخاطب وقال له: «ملكك
 مالي بذلك المال»، وقبله المخاطب عن مالك الثمن بالوكالة أو الولاية تم البيع.
 وبالجمله: الخطأ والاشتباه في المال المفروض كونه شخصاً لا يوجب انتفاء
 التطابق المعتبر بين الإيجاب والقبول، فإن قصد المعاوضة مقتضاه اعتبار النقل
 والانتقال عن المالك واقعاً.

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 الخالي عنه، فإن الإيجاب المزبور بمنزلة أن
 يقول البائع: «بعثك هذا المال على أن الثمن المفروض موصوفاً بكذا»، فيقول القابل:
 «قبلت بلا شرط»، فالبطان باعتبار عدم التطابق من ناحية الشرط، فإن شرط كون فلان
 مالاً للثمن المزبور كسائر الشروط والأوصاف المعتبرة فيه التي يكون إلغاؤها في
 القبول موجباً لانتفاء التطابق.

ولو وقع في هذا الفرض بعد تمام العقد الاختلاف في اعتبار خصوصية المالك
 في ناحية الثمن أو المثلث فالأصل عدم اشتراطها ويكون القول قول منكرها، وأما إذا
 كان العوضان بنحو الكلي على العهدة فاللازم تعيين صاحب العهدة في العقد؛ لما
 مرّ من أن الكلي مع عدم إضافته إلى عهدة المعين لا تقع عليه المبادلة فإن ما على عهدة
 المعتبر غير ما على عهدة الآخر، فلو قال البائع للوكيل: «بعثك المال بكذا من الدراهم

مسألة: ومن شرائط المتعاقدين: الاختيار [١] والمراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس، في مقابل الكراهة وعدم طيب النفس، لا الاختيار

على عهدة زيد»، وقبل الوكيل المال بالدرهم على عهدة عمرو، لم يتم البيع؛ لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول في ناحية الثمن.

نعم، لو قال: «بعثك المال بكذا من الدراهم»، وقال: «قبلت لموكلي»، صح فيما إذا كان المراد بضمير الخطاب الأعم من الأصالة والنيابة، ويكون مع الاختلاف في الأصالة والنيابة في هذا الفرض الترجيح لقول من يدعي الأصالة أخذاً بأصالة الظهور.

وقد ظهر مما ذكرنا حكم ما لو كان أحد العوضين في المعاملة شخصاً والآخر كلياً على العهدة فإنه يجري على الكلي ما ذكر للكلي، وعلى الشخصي ما ذكر للشخصي.

[١] فسر الله الإكراه بما يقابل الاختيار الذي يكون المراد به في المقام القصد إلى حصول مضمون العقد وطيب النفس به، ومقتضى المقابلة أن يكون الإكراه هو القصد إلى مضمون العقد عن كراهة وبلا طيب النفس به.

وبعبارة أخرى: ليس المراد بالاختيار هنا مقابل الجبر الذي لا يكون في مورده قصد من المباشر أصلاً، أو يكون مقهوراً في قصده وفعله بحيث لا يصح معه إسناد الفعل إلى المباشر حقيقة، كأفعال العباد على مسلك الجبر.

والحاصل: أن الاختيار المعتبر في 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 التجارة بكونها عن تراض مقتضاه اعتبار طيب النفس بها، وبقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»^(٢). وبحديث

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) عوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩. وقريب منه في تحف العقول: ٣٤، عنه في وسائل الشيعة ٥: ١٢٠،

الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١ و ٣.

في مقابل الجبر. ويدلّ عليه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِنَاءً عَنْ تَرَاضٍ﴾. وقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه». وقوله ﷺ في الخبر المتفق عليه بين المسلمين: «رُفِعَ - أو وُضِعَ - عن أمتي تسعة أشياء - أو ستة -... ومنها: ما أكرهوا عليه».

الرفع، حيث ورد فيه: «رفع عن أمتي ما استكرهوا عليه»^(١).

والحديث وإن كان ظاهره بقرينة وحدة السياق نفى المؤاخذه فإن نفيها مراد في قوله: «رفع عن أمتي ما لا يعلمون والطيرة والحسد»^(٢) إلا أنه يرفع اليد عن الظهور بقرينة ما في بعض الروايات كصححة البزنطي من استشهاده ﷺ على بطلان الحلف بالطلاق والعناق بفقرة: «رفع عن أمتي ما استكرهوا عليه»^(٣). والمراد بالحلف بالطلاق والعناق أن يقول الحالف مثلاً: إن فعلت كذا فإمرأتي طالق أو أمتي حرة، وهذا الحلف وإن كان باطلاً ولا يقع به طلاق أو عناق ولومع عدم الإكراه، إلا أن استشهاده ﷺ لبطلانه بالحديث قرينة على عدم اختصاصه برفع المؤاخذه.

أضف إلى ذلك ما ورد في بطلان طلاق المكره بضميمة عدم احتمال الفرق بين الطلاق وسائر العقود والإيقاعات في البطلان وعدمه مع الإكراه.

ثم تعرض ﷺ لما ذكره الشهيدان^(٤) من كون المكره - بالفتح - قاصداً 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 واقعية.

(١) و(٢) وسائل الشريعة ١٥: ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١.

(٣) وسائل الشريعة ٢٣: ٢٢٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ١٢.

(٤) أنظر الدروس ٣: ١٩٢، والمسالك ٣: ١٥٦، والروضة البهيّة ٣: ٢٢٦-٢٢٧.

وظاهره وإن كان رفع المؤاخضة، إلا أن استشهد الإمام (عليه السلام) به في رفع بعض الأحكام الوضعية يشهد لعموم المؤاخضة فيه لمطلق الإلزام عليه بشيء ففي صحيحة البزنطي، عن أبي الحسن (عليه السلام): «في الرجل يستكره على اليمين» فيحلف بالطلاق والعناق وصدقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال (عليه السلام): لا، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه، وما لم يطبقوا، وما أخطأوا». والحلف بالطلاق والعناق وإن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، إلا أن مجرد استشهد الإمام (عليه السلام) في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أكرهوا عليه، يدل على أن المراد بالنبوي ليس رفع خصوص المؤاخضة والعقاب الأخروي.

هذا كله، مضافاً إلى الأخبار الواردة في طلاق المكره بضميمة عدم الفرق. ثم إنه يظهر من جماعة - 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

وإن شئت قلت: ولو كان قصد المكره - بالفتح - بقوله: «بعت كذا بكذا»، إنشاء الملكية إلا أن إنشاءها لا يكون لغاية حصولها خارجاً، بل بداعي دفع الضرر المتوعد به، وليس المراد أنه لا ينشئ الملكية أصلاً، كما توهمه بعض من كلامهما، فإنه مع عدم الإنشاء لا يكون قوله: «بعت كذا بكذا»، بيعاً، أو قوله: «هي طالق»، طلاقاً.

وبالجملة: الخالي عن قصد الاستعمال والإنشاء هو الذي يتلفظ تقليداً أو تلقيناً، كما في الطفل الجاهل بالمعاني، ولا يكون المكره - بالفتح - كذلك فمرجع كلام الشهيدان إلى أن إنشاء المكره ليس بداعي تحقيق الشيء بحيث يترتب عليه الأثر، بل لغرض التخلص عن الوعيد. فالفرق بين المكره - بالفتح - وغيره أن إنشاء الملكية في الأول لا يكون بداعي حصولها خارجاً، بل بداعي التخلص عن وعيد المكره وضرره، بخلاف بيع المختار فإن إنشاء الملكية منه يكون بداعي حصولها خارجاً.

إلى مجرد التكلّم، كيف! والهازل -الذي هو دونه في القصد- قاصد للمعنى قصداً
 صورياً، والخالي عن القصد إلى غير التكلّم هو من يتكلّم تقليداً أو تلقيناً، كالطفل
 الجاهل بالمعاني. فالمراد بعدم قصد المكره: عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد
 في الخارج، وأنّ الدّاعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج، لأنّ
 كلامه الإنشائي مجرد عن المدلول، كيف! وهو معلول للكلام الإنشائي إذا كان
 مستعملاً غير مهملاً.

وهذا الذي ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في معنى الإكراه لغة
 وعرفاً وأدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب في فروع الإكراه -التي لا تستقيم مع ما
 توهمه، من خلوّ المكره عن قصد مفهوم اللفظ- وجعله مقابلاً للقصد، وحكمهم
 بعدم وجوب التّورية [١] في التّفصي عن الإكراه وصحّة بيعه بعد الرضا واستدلالهم

[١] ذكره الله كما مر أن إنشاء البيع -مثلاً- بداعي التخلص عن الوعيد لا لغاية تحقيقه
 خارجاً هو المراد من عدم قصد المكره -بافتح- مدلول العقد، وكون هذا هو المراد من
 عدم قصده لا يكاد يخفى على من تأمل في معنى الإكراه لغة وعرفاً، وعلى من تتبع فيما
 ذكره الأصحاب في فروع الإكراه فإن تلك الفروع لا تناسب توهم خلوّ المكره
 -بافتح- عن القصد بأن لا يستعمل قوله: بعث كذا بكذا، في إنشاء الملكية ليكون
 الإكراه مقابلاً للقصد، أي استعمال اللفظ في المعنى.

وقوله ﷺ: وحكمهم بعدم وجوب التّورية^(١) وبصحّة بيع المكره بعد الرضا^(٢)،
 واستدلالهم على بطلان بيع المكره بالأخبار الواردة في طلاق المكره بضميمة عدم

(١) أنظر الروضة البهية ٦: ٢١، والمسالك ٩: ٢٢، ونهاية المرام ٢: ١٢، والجواهر ٣٢: ١٥.

(٢) كما أدع عن الاتفاق ظاهراً في الحقائق ١٨: ٣٧٣، والرياض ١: ٥١١، وفي مفتاح الكرامة ٤: ١٧٣،

والجواهر ٢٢: ٢٦٧ نسبتها إلى المشهور.

الفرق بين الطلاق وسائر العقود والإيقاعات، وبما ورد أنه لا طلاق إلا مع الإرادة^(١). واستدلّهم أيضاً على بطلان بيع المكره بما ورد في بطلان من يكون طلاقه مداراة بأهله^(٢)، بأن ينشئ الطلاق لا لحصوله واقعاً، بل لأن يوهّم زوجته الأخرى - مثلاً - بأنها زوجته الوحيدة الباقية في علقته؛ لتترك نشوزها، كل ذلك معطوف على ما ذكره الأصحاب في قوله: «أدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب»، ويكون عطفها تفسيرياً فإنها من الفروع التي يكون التتبع في المذكور فيها موجباً 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 قرينة جلية 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 سيأتي من عدم لزوم التورية على المكره وتمايم بيع المكره بلحوق الرضا، وإن كانت الملكية بنظر العقلاء أو اعتبار الشرع فهذه الملكية أجنبية عن قصد العاقد فإن اعتبار الغير يترتب على تمام موضوعها، سواء قصدتها العاقد أم لا.

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٠، الباب ١١ من أبواب مقدّمات الطلاق.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٨٧، الباب ٣٨ من أبواب مقدّمات الطلاق.

(٣) أنظر المسالك ٣: ١٥٦، والروضة البهية ٣: ٢٢٦ - ٢٢٧.

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 في اعتبار العقلاء والشرع المعبر عنها بالأثر فلا يعتبر في حصول البيع قصد حصولها، بل قد لا يكون قصد حصولها في بيع المختار أيضاً كما إذا اعتقد فقد شرط صحة البيع، وقد يقصدها المكره بالفتح كما إذا اعتقد صحة بيعه ونفوذه، كبيع المختار.

والحاصل: إن كلام الشهيدين غير تام، بل لا نجد فرقاً بين بيع المكره، أي إنشائه ملكية المثلث بإزاء الثمن وبين بيع المختار إلا في جهة واحدة وهي انطباق عنوان الإكراه على البيع في الأول دون الثاني.

لا يقال: الفرق بينهما في حصول طيب النفس والتراضي في الثاني دون بيع المكره.

فإنه يقال: التراضي المعتبر في المعاملات موجود في بيع المكره أيضاً، فإذا أكرهه الجائر على دفع مقدار من المال وتوقف تحصيل ذلك المال على بيع داره يصح البيع ولا يكون ذلك إكراهاً على البيع، بخلاف ما إذا أكرهه على بيع تلك الدار فإنه لا يصح لوقوعه مكرهاً عليه، مع أن في الرجوع إلى الوجدان كفاية بأنه لو لم يكن إكراه الجائر لم يكن البيع في الموردين، فإن الداعي إلى بيعها في الفرضين التخلّص من وعيد الجائر وضرره.

وقد بيّنا في بحث المقدمة من الأصول أن الداعي إلى الإتيان بذی المقدمة بعينه دأع إلى الإتيان بمقدمته، وإذا كان دفع المال إلى الجائر في الفرض الأول للتخلّص من

(١) أنظر الدروس ٣: ١٩٢، والمسالك ٣: ١٥٦، والروضة البهية ٣: ٢٢٦-٢٢٧.

وعنده يكون الداعي إلى مقدمته أيضاً، يعني بيع الدار للتخلص المزبور.

وبهذا يظهر أن ما ذكره المصنف عليه السلام في توجيه كلام الشهيد من أن الداعي إلى البيع من المختار لا يكون التخلص من وعيد الغير وضرره، بخلاف صورة الإكراه فإن الداعي إليه التخلص المزبور غير صحيح، كما أن دعوى حصول الرضا وطيب النفس بالبيع في صورة الإكراه على دفع المال الذي يتوقف تحصيله على بيع المكره داره، وعدم حصوله في صورة الإكراه على بيع داره، تحكم.

وما ذكر أيضاً في الفرق بين مورد الإكراه على البيع والبيع لدفع الضرر بقوله: «والحاصل أن الفاعل قد يفعل لدفع الضرر لكنه مستقل في 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 فرضاً أن الفرق بين موارد البيع لدفع الاضطرار إلى ثمنه وبين البيع لدفع ضرر إبعاد الغير تام، فكيف يصح الفرق بين الإكراه - مثلاً - على بيع داره والإكراه على دفع مال يتوقف تحصيله على بيع داره بأن يقال بحصول طيب النفس والرضا بالبيع في الثاني دون الأول، بل ذكرنا عدم الفرق بينهما في طيب النفس أصلاً وإنما الفرق بينهما في صدق الإكراه على بيع الدار في الأول دون الثاني. والموجب لصدقه عليه في الأول أمر الجائر ببيعها ووعيده على تركه، بخلاف الثاني 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 مكرهاً عليه.

(١) وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١.

فتحصل مما ذكرنا أن الموجب لصدق الإكراه على البيع أو غيره تعلقه بنفس البيع أو غيره من الإنشائات، 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 يقتضي الحكم ببطلان البيع في مورد الاضطرار إلى ثمنه، وذلك فإن رفعه كرفع غيره من المذكورات في الحديث للامتنان والتوسعة على الأمة، ولا امتنان في نفي البيع والحكم بفساده في مورد الاضطرار، بخلاف الحكم بالفساد في مورد الإكراه على بيع شيء، فإن فيه توسعة على المكروه - بالفتح - كما لا يخفى.

ثم إن الحكم ببطلان بيع المكروه ونحوه من المعاملات لا يحتاج إلى ضمنية صحيحة البنظري المتقدمة ليقال: إن استشهاده عليه السلام ببطلان الحلف بالطلاق والعتاق عند الإكراه عليهما بحديث: «رفع» يمكن أن يكون جدلياً مبنياً على اعتقاد العامة بأن حديث الرفع لا يختص برفع المؤاخذه، ووجه عدم الحاجة أن المراد بالمكروه عليه هو الفعل، حيث لا يتعلق الإكراه والاضطرار إلا 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 المكروه عليه من الأفعال الخارجية يكون المرتفع الحكم التكليفي، وإذا كان من المعاملات فالمرتفع الحكم الوضعي، يعني إمضاء الشارع أو هو مع الحكم التكليفي على اختلاف الموارد.

ومما ذكرنا يظهر أن حديث «الرفع» لا يرفع الأحكام التي لا تكون موضوعاتها الأفعال، بل يثبت بالأفعال باعتبار حصول موضوعاتها بها بعضاً، كما إذا أكرهه على

له بالأخبار الواردة في طلاق المكره وأنه لا طلاق إلا مع إرادة الطلاق حيث إن المتني صحة الطلاق لا تحقق مفهومه لغةً وعرفاً وفي ما ورد فيمن طلق مداراةً بأهله إلى غير ذلك. وفي أن مخالفة بعض العامة في وقوع الطلاق إكراهاً لا ينبغي

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 جنباته أو كون المكلف مريضاً أو مسافراً ونحو ذلك مما لا يكون من قبيل الإفطار، وهذا بخلاف وجوب الكفارة فإن موضوعه الفعل، يعني الإفطار أو الجماع في نهار شهر رمضان فيرتفع وجوبها عند الإكراه عليهما.

لا يقال: لا حاجة في الحكم ببطالان بيع المكره ونحوه من المعاملات بحديث الرفع أصلاً، فإن أدلة إمضاء البيع وجوب الوفاء بالعقود منصرف عن مثل البيع المكره عليه فإن البيع المزبور لا يكون مورد الإمضاء حتى في اعتبار العقلاء، فالحكم ببطالانه لقصور أدلة الإمضاء لا لوجود حاكم أو مخصص لها.

فإنه يقال: لا وجه لدعوى انصراف: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^(١) ونحوه عن بيع المكره؛ لأن الموضوع للإرضاء الشرعي 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 صحة إطلاق البيع عليه بلا عناية.

وبعبارة أخرى: إذا كان تملك عين بعوض بيعاً عند العرف ولكن غير ممضى من

أن تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذي لا يسمّى خبراً ولا إنشاءً وغير ذلك مما يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد ومضمونه في الواقع وعدم طيب النفس به لعدم إرادة المعنى من الكلام ويكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني من أن المكره والفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله.

ناحيتهما فهو داخل في مثل موضوع: «أَحَلَّ اللَّهُ التَّبَيْعَ»^(١) فلا بد في رفع اليد عن إطلاقه من وجود مقيد، نظير قوله: «لا بيع إلا في ملك»^(٢)، ويترتب على كون الموضوع لإمضاء الشرع نفس البيع أنه لو باع اللقطة بعد تعريفها سنة وتملكها حتى مع احتمال الظفر بمالكها ثم ظهر المالك، فلا يستحق المالك المطالبة بعين اللقطة حتى مع بقائها بيد المشتري، فإن هذا مقتضى: «أَحَلَّ اللَّهُ التَّبَيْعَ»^(٣) و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٤)، مع أن العقلاء لا يمتصون البيع من البائع في الفرض ولا يفرقون بين هذا البيع وبيع مال الغير اشتباهاً واعتقاداً بأنه ماله ثم ظهر أنه مال لغير.

وما ذكر من سيرة العقلاء على عدم لزوم بيع المكره تكون هذه السيرة كاشفة عن عدم إمضاء الشرع، وإلا ورد الردع عنها برادع خاص ولا يكفي فيها الإطلاق والعموم، ففيه: أن سيرة 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 بيعاً لغواً، بل

(١) و(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) عوالي اللآلي ٢: ٢٧، الحديث ١٦.

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

نعم ذكر في التحرير والمسالك في فروع المسألة ما يوهم ذلك قال في التحرير: لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق إذ لا إكراه على القصد، انتهى.

يرتبون عليه الأثر كما يظهر ذلك لمن تتبع سيرتهم. والمتحصل أن العمدة في الحكم بالبطان 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 وقبحة من أخيها أو أبيها أو غيرها فالتجأ إلى طلاقها، ولا تكون كراهته قلباً موجباً لبطانته.

وبالجملة: المعتبرة في صحة البيع وغيره من المعاملات التراضي المعاملي وهو موجود في موارد الإكراه فإنه مساوق للإنشاء، وقد ذكر المفسرون أن قوله سبحانه: ﴿عَنْ تَرَاظٍ﴾ في قوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١) خبر بعد خبر، وهذا شاهد على أن التراضي المعاملي يعم جميع المعاملات، وأن التجارة أحد أفرادها. ولو كان المدرك لا اعتبار طيب النفس قوله ﷺ «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفسه»^(٢) بدعوى أنه

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) عوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، وانظر الوسائل ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي،

الحديث ١، تحف العقول: ٣٤.

وبعض المعاصرين [صاحب الجواهر] بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهم كلامهم فردّ عليهم بفساد المبنى، وعدم وقوع الطلاق في الفرض المزبور، لكن المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك وسيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به.

يعم تملك مال الغير بالبيع ونحوه مع ظهور طيبها في الطيب القلبي والرضا الواقعي كما لا يبعد، فلا بد من رفع اليد عن عمومها في المعاملات بما تقدم.

نعم، لا يبعد اعتبار طيب النفس بذلك المعنى في التصرف في مال الغير، كما إذا أقام في بيته تعزية كعزاء خامس أهل بيت العصمة عليه السلام ودخل في البيت بتلك المناسبة 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 المعاملة، كما إذا وهب المال للسائل تحفظاً على كرامته، فإن دليل نفوذ الهبة أو غيرها مع عدم حكومة في البين من حديث رفع الإكراه أو الاضطراب، مقتضاه دخول العين الموهوبة في ملك المتهم فلا يكون الموهوب مالاً للغير حتى لا يجوز التصرف فيه بلا طيب نفس مالكة، وما يتعارف في الألسنة من أن المأخوذ حياءً كالمأخوذ غصباً 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.

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٠، الباب ١١ من أبواب مقدمات الطلاق.

ثم إن حقيقة الإكراه لغةً وعرفاً^[١] حمل الغير على ما يكرهه، ويعتبر في وقوع الفعل عن ذلك الحمل: اقترانه بوعيد منه معلنون الترتب على ترك ذلك الفعل، مضرّاً بحال الفاعل أو متعلّقه نفساً أو عرضاً أو ماله.

فإنه يقال: لم يظهر أن الروايات المشار إليها قد وردت في طلاق المكره وبيان بطلانه، بل لا يبعد كونها نازرة إلى ما يصدر عن الزوج أحياناً لتخويف زوجته من الإتيان بصورة الطلاق جلباً لطاعتها وفي مثله لا يكون إنشاء الفرقة بينه وبين زوجته حقيقة، فمدلول تلك الروايات أن لا أثر للتكلم التخويفي المزبور الذي هو في حقيقته تلفظ بصيغة: 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 - بصيغة الإيجاب في الطلاق ونحوه من غير قصد الإنشاء، وهذا لا يترتب عليه ما سنذكر من تمام البيع بلحوق الإجازة وغيرها من الأحكام.

ويشهد لعدم نظر تلك الروايات إلى صورة الإكراه على الطلاق أن صاحب «الوسائل»^(١) أوردها في باب اشتراط الطلاق بالقصد لا في باب اشتراط الاختيار في الطلاق، بل في حسنة يحيى بن عبد الله بن الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سمعتة يقول: لا يجوز طلاق في استكراه، ولا تجوز يمين في قطيعة رحم - إلى أن قال - وإنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه»^(٢)، وهذه الحسنة قرينة واضحة على أن المراد بإزادة الطلاق بغير الإكراه.

[١] لا يخفى أن المعتبر في صدق الإكراه هو الأمر بالبيع أو غيره بحيث تكون مخالفة الأمر مظنة الضرر بحاله أو بحال متعلقه، وقد يكون الفعل من الفاعل لمجرد

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ٣٠، الباب ١١ من أبواب مقدمات الطلاق.

(٢) وسائل الشريعة ٢٢: ٨٧، الباب ٣٧ من أبواب الطلاق، الحديث ٤.

فظهر من ذلك: أن مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يدخله في «المكره عليه»، كيف والأفعال الصادرة من العقلاء كلها أو جلها ناشئة عن دفع الضرر، وليس دفع مطلق الضرر الحاصل من إبعاد شخص يوجب صدق «المكره» عليه، فإن من أكره على دفع مال وتوقف على بيع بعض أمواله، فالبيع الواقع منه لبعض أمواله وإن كان لدفع الضرر المتوقع به على عدم دفع ذلك المال ولذا يرتفع التحريم عنه لو فرض حرمة عليه لحلف أو شبهه -، إلا أنه ليس مكرهاً عليه. فالمعيار في وقوع الفعل مكرهاً عليه: سقوط الفاعل - من أجل الإكراه المقترن بإبعاد الضرر - عن الاستقلال في التصرف، بحيث لا تطيب نفسه بما يصدر منه ولا يعتمد إليه عن رضا وإن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره، دفعاً للضرر أو ترجيحاً لأقل الضررين، إلا أن هذا المقدار لا يوجب طيب نفسه به، فإن النفس مجبولة على كراهة ما يحمله غيره عليه مع الإبعاد عليه بما يشق تحمله. والحاصل: أن الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنه مستقل في فعله ومخلّى وطبعه فيه بحيث يطيب نفسه بفعله وإن كان من باب علاج الضرر، وقد يفعل لدفع ضرر إبعاد الغير على تركه، وهذا ممّا لا يطيب النفس به، وذلك معلوم بالوجدان. ثم إنه هل يعتبر في موضوع الإكراه [١] أو حكمه [٢] عدم إمكان التفصي عن

دفع ذلك الضرر، وأما الوعيد من الأمر فلا يعتبر اقتران أمره به، كما يظهر ذلك من ملاحظة موارد الإكراه على المعاملة أو غيرها من الأفعال.

[١] بأن يكون عدم إمكان التفصي بالتورية أو غيرها مقوماً لعنوان الإكراه.

[٢] بأن لا يكون البيع أو غيره محكوماً بالفساد مع إمكان التفصي عن إنشائه

بالتورية أو غيرها، ولو مع صدق الإكراه عليها.

ذكر ﷺ بما حاصله أن ظاهر الروايات وفتاوى الأصحاب عدم اعتبار العجز عن

الضّر المتوعّد به بما لا يوجب ضرراً آخر - كما حكى عن جماعة - أم لا؟
الذي يظهر من النصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية، لأنّ حمل
عموم رفع الإكراه وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه ومعاهد
الإجماعات والشهوات المدّعاة في حكم المكره على صورة العجز عن التورية
لجهل أو دهشة، بعيد جداً، بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد، كما لا
يخفى على من راجعها، مع أنّ القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفاً.

التفصي بالتورية، فإن حمل عموم حديث رفع الإكراه والروايات الدالة على عدم صحة
الأثر للطلاق باستكراه أو عتاق أو حلف كذلك على صورة عدم إمكان التفصي بالتورية
من جهة غفلة المكره - بالفتح - عنها ونسيانها؛ لدهشته أو جهله بكيفيتها بعيد، حيث إنه
من حمل المطلق على الفرد النادر، بل لا يمكن هذا الحمل في مورد بعض الروايات.
والمراد ما ورد في قضية عمار^(١)؛ لما سيأتي أنه لو كان عدم إمكان التفصي بالتورية
معتبراً في رفع الإكراه لذكر عليه السلام لعمار أن عليه أن يوري فيما إذا ابتلي بمثل الواقعة،
لأن يقول له: «إن عادوا فعد».

بل يظهر من بعض الروايات عدم اعتبار التفصي بغير التورية أيضاً، كرواية
عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا يمين في غضب ولا في قطيعة رحم ولا
في جبر ولا في إكراه. قلت: أصلحك الله، فما فرق بين الجبر والإكراه؟ قال: الجبر من
السلطان، ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب، وليس ذلك بشيء»^(٢). ووجه
الظهور أنه يمكن التفصي عادة في إكراه الأم والأب، وقوله عليه السلام على ما في الرواية:
«وليس ذلك بشيء» المراد أن اليمين في الموارد المزبورة لا يكون موجباً لوجوب

(١) وسائل الشيعة ١٦: ٢٢٥ - ٢٢٦، الباب ٢٩ من أبواب الأمر والنهي، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٣٥، الباب ١٦ من كتاب الأيمان، الحديث الأول.

هذا، وربما يستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار المعجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية أيضاً في صدق الإكراه، مثل رواية ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يمين في قطيعة رحم، ولا في جبر، ولا في إكراه، قلت: أصلحك الله! وما الفرق بين الجبر والإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب، وليس ذلك بشيء».

الوفاء وعدم جواز الحنث، ويؤيد عدم اعتبار التفصي بغير التورية أيضاً عدم الفرق بينها وبين التفصي بغيرها، فإنه لو كان إمكان التفصي بغير التورية موجباً لانتفاء عنوان الإكراه لكان إمكان التفصي بها كذلك؛ لأن المصحح لعنوان الإكراه انحصار التخلص عن الضرر المتوقع به بارتكاب ما أكره عليه كما هو الفرض، فلا فرق بين التخلص بكلام آخر أو فعل آخر أو إرادة المعنى الآخر.

ودعوى أن مع إمكان التورية وأن لا يكون إكراه حقيقة كإمكان التفصي بغيرها، إلا أن الشارع قد وسع حكم الإكراه مع إمكان التورية مدفوعة بعدم الشاهد لها. ثم إنه عليه السلام قد وجه الدعوى المزبورة بأنه يعتبر في صدق الإكراه خوف ترتب الضرر على مخالفة المكره - بالكسر - ومع إمكان التفصي بغير التورية لا يحصل الخوف في مخالفة المكره، حيث إن الضرر مع إمكان التفصي يترتب على ترك الفعل المكره عليه وترك التفصي معاً وليس التفصي مكرهاً عليه ولا بدلاً عنه، حيث لم يأمر به الجائر لا تعييناً ولا تخييراً ليكون نظير ما إذا أكرهه على شرب الخمر أو فعل القمار، بل الفعل المتفصي به مسقط للإكراه، يعني رافع موضوعه، وكون التفصي مسقطاً للإكراه يجري في مورد إمكان التفصي بالتورية أيضاً، إلا أن الشارع قد رخص في مورد إمكان التفصي بالتورية في تركها، حيث لم يعتبر التورية تفصيماً. ويستفاد ذلك من إطلاق الروايات الواردة في طلاق المكره وعتقه، ومما دل على جواز الحلف بالله كاذباً

ويؤيده: أنه لو خرج عن الإكراه عرفاً بالقدرة على التفصي بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها، لأنَّ المناط حينئذٍ انحصار التخلص عن الضرر المتوعد به في فعل المكروه عليه، فلا فرق بين أن يتخلص عنه بكلام آخر أو فعل آخر، أو بهذا الكلام مع قصد معنى آخر. ودعوى: أن جريان حكم الإكراه مع القدرة على التورية تعبدية لا من جهة صدق حقيقة الإكراه، كما ترى.

عند الخوف والإكراه فإن حمل الإطلاق على صورة العجز عن التورية - كما تقدم - حمل على الفرد النادر، بل لو كان العجز عن التورية معتبراً لأشير إليها في تلك الأخبار، خصوصاً في قضية عمار، فإن تنبيه رسول الله ﷺ عمار على التورية وإن لم يكن واجباً إلا أن شفقتة ﷺ لعمار تقتضي ذلك؛ لما رأى ﷺ من اضطرابه وتأثره من تكلمه بكلمة الكفر إلى أن قال له: «وإن عادوا عليك فعد»^(١).

ولعل وجه عدم وجوب التنبيه أن المورد من قبيل الإرشاد إلى الموضوع مع غفلة المكلف عنه، حيث لا بد من فرض أن عمار قد نسي التورية وغفل عنها عند إكراهه على الاعتراف بالشرك، لأن تركه التورية كان لجهله بالحكم وعدم علمه بوجوب التورية في هذه الموارد، كما هو الحال في ترك بعض الناس أو جلهم، فإن عدم رعاية 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: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقُلُوبُهُ مَطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾^(٢).

ثم إنه ﷺ قد فصل أخيراً بين التورية وغيرها بأن التمكن على التفصي بالتورية لا يتنافى صدق الإكراه على العمل، بخلاف غير التورية، فإن التمكن على التفصي به

(١) وسائل الشيعة ١٦: ٢٢٥، الباب ٢٩ من أبواب الأمر والنهي، الحديث ٢.

(٢) سورة النحل: الآية ١٠٦.

لكن الإنصاف: أن وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقق إلا مع العجز عن التفصي بغير التورية، لأنه يعتبر فيه أن يكون الداعي عليه هو خوف ترتب الضرر المتوعد به على الترك، ومع القدرة على التفصي لا يكون الضرر مترتباً على ترك المكروه عليه، بل على تركه وترك التفصي معاً، فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين: من فعل المكروه عليه، والتفصي، فهو مختار في كل منهما، ولا يصدر كل منهما إلا باختياره، فلا إكراه.

يمنع عن صدق الإكراه، وذلك فإن ترتب الضرر على مخالفة المكروه لا يترتب على المخالفة الواقعية، بل على اعتقاد المكروه -بالكسر- بها، بمعنى أنه لو أحرز مخالفة المكروه -بالفتح- لأضرّبه. وهذه القضية الشرطية صادقة مع تمكّن المكلف على التورية، حيث إن المكروه -بالكسر- لو أحرز أن المكروه -بالفتح- ورى في نفسه ولم ينشئ العقد لأضرّبه، بخلاف التفصي بغير التورية، فإن الجائر لا يتمكن على إضرار المكروه -بالفتح- مع تفصيه بغير التورية، كما إذا تفصى بالسفر إلى بلاد أخرى لا يصل إليه فيها يد الجائر، وعلى ذلك لا يعتبر العجز عن التورية في صدق الإكراه ويعتبر العجز عن التفصي بغيرها في صدقه.

أقول: ما ذكره رحمته من أن حمل رفع الإكراه وما ورد في بطلان الطلاق والعتق عن استكراه على صورة العجز عن التورية بعيد لا يمكن المساعدة عليه، فإن حديث رفع الإكراه لا يختص بالعقود والإيقاعات ليقال: إن التمكن على التورية فيهما غالبى باختصاصه بصورة العجز عن التورية حمل لعموم رفعه على الموارد النادرة، بل يعم عموم الإكراه على فعل الحرام وترك الواجب مما لا دخل في موردهما للتورية وعدمها. أضف إلى ذلك أنه لا يوجب اعتباره حمل المطلق على فرد النادر حتى فيما ورد في بطلان الطلاق أو العتق أو الحلف كاذباً عن إكراه، وذلك فإن الذي لا يمكن هو حمل

وليس التفصي من الضرر أحد فردَي المكره عليه، حتَّى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الإكراه عنهما، كما لو أكرهه على أحد الأمرين، حيث يقع كلٌّ منهما حينئذٍ مكرهاً، لأنَّ الفعل المتفصّي به مسقط عن المكره عليه، لا بدّل له، ولذا لا يجري أحكام المكره عليه إجماعاً، فلا يفسد إذا كان عقداً.

وما ذكرناه وإن كان جارياً في التّورية، إلّا أنّ الشّارع رخص في ترك التّورية بعد عدم إمكان التفصّي بوجه آخر، لما ذكرنا من ظهور التّصوص والفتاوى، وبُعد حملها على صورة العجز عن التّورية، مع أنّ العجز عنها لو كان معتبراً لأشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوّزة للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه، خصوصاً في قضية عمار وأبويه، حيث أكرهوا على الكفر، فأبى أبواه فقتلا، وأظهر لهم عمار ما أرادوا، فجاء باكيّاً إلى رسول الله ﷺ فتزلت الآية: «مَنْ كَفَرَ بِاللّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ» فقال له رسول الله ﷺ: «إن عادوا عليك فعد». ولم ينهه على التّورية، فإنّ التنبيه في المقام وإن لم يكن واجباً، إلّا أنّه لا شكّ في رجحانه، خصوصاً من النبي ﷺ باعتبار شفقتة على عمار، وعلمه بكراهة تكلم عمار بالفاظ الكفر من دون تورية، كما لا يخفى.

المطلق على فردة النادر مع ورود الحكم في الخطاب على ذلك المطلق، كما إذا ورد في الخطاب: أقتلوا الضال المضل، فإن حمله على خصوص مدعي النبوة - مثلاً - حمل للمطلق على فردة النادر.

وأما بيان الحكم في الخطاب للمطلق الذي لا يوجد له أفراد كثيرة، بل توجد أفراد نادراً، كما إذا ورد في الخطاب: اقتلوا المتنبي، فالالتزام بمدلوله مع قلة أفراده لا محذور فيه، والأمر في المقام كذلك؛ لأنّ الإكراه على الطلاق والعتاق لا يصدق إلّا مع العجز عن التفصي بالتّورية أو بغيرها، حيث إن المعبر في صدق الإكراه على فعل

هذا، ولكن الأولى: أن يفرّق بين إمكان التفصي بالتورية وإمكانه بغيرها، بتحقيق الموضوع في الأول دون الثاني، لأنّ الأصحاب -وفقاً للشيخ في المبسوط- ذكروا من شروط تحقيق الإكراه: أن يعلم أو يظنّ المكره -بالتفح- أنّه لو امتنع ممّا أكره عليه وقع فيما توعّد عليه، ومعلوم أنّ المراد ليس امتناعه عنه في الواقع ولو مع اعتقاد المكره -بالكسر- عدم الامتناع. بل المعيار في وقوع الضّرر: اعتقاد المكره لامتناع المكره. وهذا المعنى يصدق مع إمكان التورية، ولا يصدق مع التمكن من

خوف ترتب الضرر على المخالفة، والمفروض في موارد إمكان التفصي أنه يترتب على المخالفة وترك ذلك التفصي معاً.

والحاصل: أن ما ورد في بطلان طلاق المكره وعتاقه^(١) وجواز الحلف كاذباً^(٢) مع الإكراه من قبيل ورود الحكم في الخطاب على المطلق الذي لا يوجد له فرد إلا نادراً. هذا، مع أن العجز عن التورية للغفلة عنها؛ لدهشته ونحوها، كثيرة ولا يكون من الفرض النادر، وأما قضية عمار فيمكن أن يقال: إن التورية فيها لا يكون من التفصي أصلاً؛ ولذا لم يأمر بها رسول الله ﷺ، وذلك فإن إظهار الكفر والاعتراف به محرم حتى فيما إذا كان بنحو التورية في مقابل وجوب إظهار الحق والاعتراف بالتوحيد. وبعبارة أخرى: إذا كان التكلم بكلمة الكفر والشرك مع نصب القرينة على أن التلفظ بها ليس للإنكار والعناد، كما إذا قال: يقول اليهود: إن محمداً ليس بنبي، فلا بأس به، فإنه نقل قولٍ وحكاية كفرٍ عن الآخرين.

وأما إذا لم ينصب قرينة على ذلك فالتلفظ بها حرام، ورى في نفسه أولاً، فإن التكلم المزبور إعزاز للشرك والكفر وإذلال ووهن للإسلام، ونظيره موارد السب فإن

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٨٦، الباب ٣٧ من أبواب مقدّمات الطلاق.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٢٤، الباب ١٢ من كتاب الأيمان.

التفصي بغيرها، لأنَّ المفروض تمكُّنه من الامتناع مع إطلاع المكره عليه وعدم وقوع الضرر عليه.

والحاصل: أنَّ التلازم بين امتناعه ووقوع الضرر الذي هو المعتبر في صدق الإكراه موجود مع التمكُّن بالتورية، لا مع التمكُّن بغيرها، فافهم.

التلفظ بكلمة تكون ظاهرة في سب المؤمن حرام ولو كان بنحو التورية، حيث إنَّ وهن المؤمن ونقص حرمة يترتب على السب، ورى في نفسه أم لا.

والحاصل: لا يخرج الفعل في مثل هذه الموارد بالتورية عن عنوان الحرام؛ لتجب التورية ولا يكون معها من الإكراه على الحرام، وكذا لا يمكن المساعدة على استظهاره ﷺ عدم اعتبار العجز عن التفصي بغير التورية أيضاً من رواية عبد الله بن سنان^(١)، وذلك فإنه مع الإغماض عن سندها أن الإكراه فيها لا يكون بمعنى الإكراه الوارد في حديث الرفع ونحوه مما يكون طريانه موجباً لارتفاع حكم الفعل ليجعل شاهداً؛ لعدم اعتبار التفصي 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 الزوجة والأم والأب ضرب من العناية والتجوز.

وما ذكره ﷺ أخيراً من صدق الإكراه حتى مع التمكُّن على التورية وعدم صدقه مع التمكُّن على التفصي بغيرها غير صحيح، فإنه يعتبر في صدق الإكراه خوف المكره -بالمفتح- من المخالفة، وهذا لا يكون إلا مع احتماله اطلاع المكره -بالكسر- على حاله، وإذا علم عدم إمكان اطلاعه على توريته فكيف يحصل له خوف الضرر

(١) وسائل الشريعة ٢٣: ٢٣٥، الباب ١٦ من كتاب الأيمان، الحديث ١.

ثم إنَّ ما ذكرنا من اعتبار العجز [١] عن التفصّي إنّما هو في الإكراه المسوّغ للمحرّمات، ومناطه توقّف دفع ضرر المكره على ارتكاب المكره عليه، وأمّا الإكراه الرافع لأثر المعاملات، فالظاهر أنّ المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة. وقد يتحقّق مع إمكان التفصّي، مثلاً من كان قاعداً في مكان خاصّ خالٍ عن الغير متفرّغاً لعبادة أو مطالعة، فجاءه من أكرهه على بيع شيء ممّا عنده وهو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره وهو كاره للخروج عن ذلك المكان. لكن لو

المصحح لصدق الإكراه؟

ولو كان الميزان في صدق الإكراه مجرد القضية الشرطية المزبورة 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 التورية في أنه لو اطلع 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 بالتورية أو غيرها لا يكون إكراه ليقال بأنه يقتضي رفع التكليف أو الوضع.

[١] وحاصله أن ما ذكر من اعتبار العجز عن التفصّي بغير التورية يختص بالإكراه المسوّغ للمحرّمات، وأمّا الإكراه في المعاملات فيشمل موارد إمكان التفصّي، سواء كان بالتورية أو غيرها، وذلك فإن الملاك في فسادها فقد طيب النفس وربما لا يطيب النفس بالمعاملة مع إمكان التفصّي، كما إذا كان قاعداً في مكان خالٍ عن معاونيه، متفرّغاً بنفسه للعبادة 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 المكره ولكن لا يريد الخروج لثلا تزول الخلوة مع

خرج كان له في الخارج خَدَمٌ يكفونه شرَّ المكره، فالظاهر صدق الإكراه حينئذٍ، بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء، بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده، وتوقف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خَدَمه بدفعه وطرده، فإنَّ هذا لا يتحقق في حقَّه الإكراه، ويكذب لو ادَّعاه، بخلاف الأول إذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل. ولو فرض في ذلك المثال إكراهه على محرَّم لم يعذر فيه بمجرّد كراهة الخروج عن ذلك المنزل.

وقد تقدّم الفرق بين الجبر والإكراه في رواية ابن سنان. فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات، هو: الإكراه بمعنى الجبر المذكور في الرواية، والزّافع لأثر المعاملات هو: الإكراه الذي ذكر فيها أنّه قد يكون من الأب والولد والمرأة.

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، فإنَّ هذا لا يتحقق في حقّه الإكراه، بمعنى عدم طيب النفس؛ ولذا يكذب لو ادَّعاه، بخلاف المثال الأول فإنه يصدق فيه.

هذا في الإكراه على المعاملات، وأما المحرمات فإنه لا يحل الحرام لافي المثال الثاني ولا في المثال الأول، فإنَّ الإكراه على الحرام لا يتحقق إلّا إذا توقف دفع الضرر على ارتكاب ذلك الحرام بأن كان المكلف مضطراً 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، لامن 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 المعاملة كما في مورد إمكان التفصي بغير التورية، إكراهاً في

والمعيار فيه: عدم طيب النفس فيها، لا الضرورة والإلجاء وإن كان هو المتبادر من لفظ الإكراه، ولذا يحمل الإكراه في حديث الرّفع عليه، فيكون الفرق بينه وبين الاضطراب -المعطوف عليه في ذلك الحديث- اختصاص الاضطراب بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع والعطش والمرض.

لكن الدّاعي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أنّ العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس، حيث استدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿تَجَاوَزَ عَنْ تَرَاضٍ﴾، و «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»، وعموم اعتبار الإرادة في صحّة الطلاق، وخصوص ما ورد في فساد طلاق من طلق للمدارة مع عياله.

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 النسبة بين المنطابقين بحسب الاجتماع والافتراق العموم من وجه، فمورد اجتماعهما الإكراه على المعاملة أو الحرام مع العجز عن التفصي عنهما، ومورد تحقق الإكراهي المعاملي فقط هو فرض الإكراه على المعاملة أو الحرام مع إمكان التفصي 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 في مسألة توقف علاج مرضه إلى بيع داره.

ثم إنه ﷺ استشهد على افتراق ملاك الإكراه المجوز للحرام عن ملاك الإكراه الموجب لفساد المعاملة بأنه لا إشكال ولا خلاف في أن الإكراه على أحد الفعلين المفروض حرمة كل منهما يكون موجباً لجواز ارتكاب أحدهما، بمعنى أي منهما اختاره المكلف دفعاً لضرر مخالفة الجائر يكون جائزاً ومباحاً، فالفعل المختار وإن

فقد تلخص ممّا ذكرنا: أنّ الإكراه الزّافع لأثر الحكم التكليفي أخصّ من الرافع لأثر الحكم الوضعي. ولو لوحظ ما هو المناط في رفع كل منهما، من دون ملاحظة عنوان الإكراه كانت النسبة بينهما العموم من وجه، لأنّ المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضّرر، وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الإرادة وطيب النفس.

لا يكون بخصوصه مكرهاً عليه إلّا أن ملاك جوازه دفع الضرر لا خصوصية عنوان الإكراه. وأما إذا كانا عقدين فأكرهه الجائر على إنشاء أحدهما، كما إذا أمره بطلاق إحدى زوجتيه، فإنه ربما يستشكل في الحكم ببطلان الطلاق باعتبار أن من يختار طلاقها منهما ليس بخصوصه مكرهاً 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 زوجتيه مبهمه فطلق إحداها معينة. وكيف كان، فهذا الكلام يعني تصحيح الطلاق في الفرض وإن كان مخدوشاً، بل ممنوعاً، إلّا أنه شاهد على أن الملاك في الإكراه الموجب لحلية الفعل غير الإكراه الموجب لفساد المعاملة، والوجه في منعه أن اختيار إحدى الزوجتين بطلاقها باعتبار أن الطبيعي المكره عليه المفروض هو عدم الرضا وطيب النفس بإنشائه ولا يكون إلّا في ضمن خصوصية، واختيار الخصوصية باعتبار الإكراه على الجامع لا الرضا به، ولو كان اختيار الخصوصية في مثل المقام موجباً لخروج المقام وخروج المعاملة عن الإكراه عليها لما كان في المعاملات مورد للإكراه، فإن المعاملة تكون مقارنة بخصوصية لم يتعلق بها الإكراه لا محالة.

وعلى ما ذكر يكون اختيار المشتملة على تلك الخصوصية بالرضا بها فتكون صحيحة.

(١) القواعد ٢: ٦٠.

(٢) نقله المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١١٨ عن بعض الأجلة، ولكن لم نتحقّقه من هو.

ومن هنا لم يتأمل أحد في أنه إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لابعينه، فكلّ منهما وقع في الخارج لا يتّصف بالتحريم، لأنّ المعيار في رفع الحرمة دفع الضرر المتوقّف على فعل أحدهما، أمّا لو كانا عقدين أو إيقاعين [١]

أقول: قد تقدم عدم الفرق بين الإكراه على الحرام وبين الإكراه على المعاملة في أنه لا يتحقق الإكراه عليهما مع إمكان التفصي بالتورية أو غيرها، وأنّ 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، وأنّ المراد بالتراضي في قوله سبحانه: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١) هو التراضي المعاملي من المالين، فيخرج بالقيّد ما إذا اشترى متاعاً من بائع يبيعه عدواناً وقهراً على مالكة كما في الغاصب، أو من بائع يبيعه من غير إذن مالكة، كما في الفضولي الجاهل والوكيل الخارج عن المقدار المأذون له في تجارته، وذكرنا احتمال أن يكون ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ خبراً بعد خبر، لا قيداً للتجارة.

والحاصل: لولا تحقق عنوان الإكراه وصدقه لا يحكم بجواز ارتكاب الحرام ولا بفساد المعاملة المنشأة.

نعم، ذكرنا عند التكلم في جواز الكذب والحلف كاذباً في مورد دفع ضرر الغير به أنه لا يعتبر في جوازهما العجز عن التورية أو التفصي بغيرها، لالصدق الإكراه والاضطرار إلى الكذب والحلف ليجري في المقام أيضاً، بل ببعض الروايات الخاصة بالمقتضية لعدم اعتبار التفصي في الجواز، فراجع.

[١] ومحصّل كلامه في المقام أن الإكراه على الجامع الذي له أفراد متعددة يعتبر

كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، فقد استشكل غير واحد في أن ما يختاره من الخصوصيةين بطيب نفسه ويرجحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الإكراه، مكره عليه باعتبار جنسه، أم لا؟ بل أفنى 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 مدخلة طيب النفس في اختيار الخصوصية وإن كان الأقوى سافراً لكل من تعرض للمسألة - تحقق الإكراه لغةً 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.

إكراهاً 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 إكراهاً على تلك الخصوصية ليرتفع محذورها.

والسر في ذلك أن تلك الخصوصية اختيارية فيستحق الذم والتوبيخ عليها في هذه الصورة، بخلاف صورة 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 والفساد فإنه إذا اختار البيع الصحيح لا يحكم بطلانه بحديث رفع الإكراه؛ لأن الإكراه لم يتعلق بخصوصه، بل تعلق بالجامع الذي لا يكون له حكم شرعي ليرتفع بالإكراه.

نعم، هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية، وإن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى أن وجوده الخارجي ناشٍ عن إكراه واختيار، ولذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل، ويستحقه باعتبار الخصوصية. وتظهر الثمرة فيما لو ترتب أثر على خصوصية المعاملة الموجودة، فإنه لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك، مثلاً لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر، لم يرتفع تحریم الخمر، لأنه مختار فيه، وإن كان مكرهاً في أصل الشرب، وكذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد، فإنه لا يرتفع أثر الصحيح، لأنه مختار فيه وإن كان مكرهاً في جنس البيع، لكنه لا يترتب على الجنس أثر يرتفع بالإكراه.

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 رحمته الله في المثال أنه لو حكم ببطلان البيع في 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 ملازمة بين الأمرين، فإن الإكراه المزبور حتى مع اعتباره إكراهاً على أداء الدين، حيث إنه إكراه بحق، لا يعمه حديث الرفع، ثم ذكر أنه لو أكرهه على بيع ماله أو أداء مال غير مستحق يعتبر البيع كأداء ذلك المال مكرهاً عليه، فأَيُّ 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 في إيجادها فإنه ليس بمحرم تكليفاً، بخلاف شرب الخمر فإنه محرم، وإذا أنشأ البيع يحكم بفساده، فإن البيع المزبور بالإضافة إلى حكمه الوضعي يعتبر مكرهاً عليه، حيث إنه أنشئ لدفع ضرر الإكراه مع المحذور في الفرد الآخر.

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، وإلا لوقع الإيفاء أيضاً باطلاً، فإذا اختار البيع صحَّ، لأنَّ الخصوصية غير مكره عليها، والمكره عليه - وهو القدر المشترك - غير مرتفع الأثر. ولو أكرهه على بيع مال أو أداء مال غير مستحق،

أقول: يبقى على المصنف رحمته 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 يسري من متعلقه إلى غيره، مثلاً ما يختاره المكلف من صلاة الظهر خارجاً ليس بمتعلق الوجوب وإنما هو مسقط له وإنما يتعلق الوجوب 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

(١) وسائل الشريعة ١٥: ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١.

كان إكراهاً، لأنه لا يفعل البيع إلا فراراً من بدله أو وعيده المضرّين، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر، فإن ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأخرى يبدله أو التضرر الدنيوي بوعيده.

الخمر^(١) أو القمار^(٢) كما ذكر بقرينة كون مصلحة رفع الإكراه تخلص المكلف من ضرر مخالفة الجائر ثبوت الترخيص في أحد الفعلين، وتعلق الحرمة بشرب كل خمر أو قمار بوجود السعي إلا في مورد الإكراه على شرب أحدهما أو ثبوت الإكراه على شربها أو فعل القمار، فإن الحرمة في مورده تتعلق بشرب أحدهما لا بعينه، أو تتعلق بشرب واحد من الخمر أو القمار.

ويترتب على ذلك أن المكروه عليه لو شربهما دفعة أو شرب الخمر وقامر دفعة فلا يستحق العقاب على فعل أحدهما لا بعينه ويستحق على فعل الآخر لأن الإكراه يتعين في الوجود الأول بما هو الوجود الأول حتى لا يستحق العقاب على ارتكابهما دفعة باعتبار أن ارتكابهما دفعة وجود أول للعنوان المكروه عليه.

والحاصل: كما لا يكون في الفرض لمتعلق الإكراه في مرحلة تعلقه تعين أصلاً كذلك لا يكون لمتعلقه في مرحلة موافقته بارتكابهما دفعة تعين.

نعم، قد يتعين في مرحلة الموافقة كما في ارتكابهما تدريجاً، وفي كلتا صورتين المكروه عليه المرخص فيه شرعاً بقرينة 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

في الفرض لرفع اليد عن عموم تحريم الخمر بعد ملاحظة أن رفع الإكراه ملاكه تخلص المكلف من ضرر مخالفة الجائر، فلا يجري فيه حديث رفع الإكراه؛ لأنه يمكن للمكلف مع موافقته تحريم الخمر التخلص من ضرر مخالفة الجائر باختياره شرب الماء. وكذا لو أكرهه على شرب الخمر أو بيع ماله فإن بيع ماله -بمعنى إنشائه- لا محذور فيه تكليفاً، وإنشائه يتخلص من ضرر مخالفة المكروه، 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 الذي منع عنه الشرع والضرر الذي لا يمكن الفرار منه إلا بإنشائه، وليس نفي صحته برفع الاضطرار منافياً للامتنان كما في سائر موارد الاضطرار إلى بيع ماله كما لا يخفى.

فقد تحصل من جميع ما ذكرنا أنه لا يلزم في موارد رفع الإكراه أو الاضطرار أن يكون العنوان المتعلق به الإكراه أو الاضطرار بنفسه موضوعاً أو متعلقاً للحكم في الخطاب الشرعي؛ 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 المكروه 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

ثم إن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد - بمعنى إلزامه عليهما كفاية [١] وإيعادهما على تركه - كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كل منهما مكرهاً.

جواز الارتكاب بشرب أحد الخمرين أو البطلان للاضطراب بالإضافة إلى ما اختاره، فإنه لا فرق في الاضطراب 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 إكراهاً 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 محالة؛ لأن الإتيان به لدفع الضرر المترتب على تركه.

لا يقال: الإكراه على فعله أو فعل صاحبه يعتبر كالواجب الكفائي، فيجري 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 الاضطراب بالإضافة إليه.

ولذا لا يقاس الإكراه في الفرض على الواجب الكفائي فإن المعبر في الواجب

واعلم أن الإكراه [١] قد يتعلّق بالمالك والعاقّد كما تقدّم، وقد يتعلّق بالمالك دون العاقّد كما لو أكره على التوكيل في بيع ماله، فإنّ العاقّد قاصد مختار والمالك مجبور وهو داخل في العقد الفضولي بعد ملاحظة عدم تحقّق الوكالة مع الإكراه. وقد ينعكس كما لو قال «بيع مالي - أو طلق زوجتي - وإلا قتلتك» والأقوى هنا الصّحة لأنّ العقد هنا من حيث أنّه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره إذا كان عاقداً، والرّضا المعتبر من المالك موجود بالفرض، فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضي لاحقاً.

الكفائي صرف الوجود من أيهما أولاً، فلا يكون الوجود الثاني مصداقاً للواجب، بخلاف المقام فإن الوجود الأول قد لا يكون مصداقاً للمكره عليه بما هو مكره عليه، كما إذا أحرز أن الآخر يأتي بالعمل المزبور على كل تقدير أو على تقدير تركه حتى فيما إذا سبق الآخر في العمل. ولو أتى في 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 العاقّد، كما إذا أكره المالك على التوكيل بأن يوكل الجائر أو غيره في بيع داره فوكله، فإن التوكيل باعتبار الإكراه عليه كالعدم فيكون بيعه عن الوكيل المزبور فضولياً، حيث إن الموجب لخروج البيع عن الفضولية 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 في حق العاقّد دون المالك، كما إذا أكره المالك الآخر على إجراء العقد على ماله، فالظاهر صحة هذا العقد فإن المعتبر من العاقّد قصد مضمون

واحتمل في المسالك عدم الصحة نظراً إلى أنّ الإكراه يُسَقِّط حكم اللفظ كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلقها، ثمّ قال: والفرق بينهما أنّ عبارة المجنون مسلوّبة

العقد بإنشائه والمفروض حصوله.

وأما عدم الإكراه على المالك ورضاه بالمعاملة فالمفروض حصول كل ذلك في المقام، ونظير ذلك لو وكل الآخر في 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 بالصحة مع الإكراه على العاقد في الفرضين، فإن مقتضى حديث رفع الإكراه أن لا يثبت للمعاملة أو الإيقاع المزبور أثر.

فإنه يقال: لا تكون المعاملة ذات أثر بالإضافة إلى العاقد ليرتفع ذلك الأثر بالإضافة إليه، بل أثرها المطلوب في المقام إنما هو بالإضافة إلى المالك أو الزوج والمفروض أن المعاملة بالإضافة إليهما ليست بالإكراه، ويؤيد الحكم بالصحة في الفرضين حكم المشهور بصحة بيع المكره بلحوق الرضا. ووجه التأييد أن لحوق الرضا معناه الرضا بمضمون العقد، وإلا فالإنشاء لا يمكن تغييره بعد وقوعه عن إكراه، والرضا بالمضمون من المالك أو الزوج حاصل في الفرضين من الأول، فيكون الفرضان أولى بالصحة من العقد المكره الذي يلحق به الرضا.

لا يقال: لا يمكن في الفرضين الحكم بتمام المعاملة أو الطلاق فإن العاقد والمنشئ مكره فيهما ولا يمكن للمالك أو الزوج إحراز أن العاقد قد قصد إنشاء المعاملة أو الطلاق، فإنه من المحتمل أن لا يقصدهما بأن يتلفظ بالإيجاب والقبول أو بصيغة الطلاق بلا قصد الإنشاء أو بقصد المعنى الآخر.

فإنه يقال: فرض عدم قصد العاقد أو احتماله خارج عن مورد الكلام فإن الكلام

بخلاف المكره، فإنَّ عبارته مسلوقة لعارضٍ تخلّف القصد [١] فإذا كان الأمر قاصداً لم يقدح إكراه المأمور، انتهى.

وهو حسن. وقال أيضاً: لو أكره الوكيل على الطلاق، دون الموكل، ففي صحته وجهان أيضاً: من تحقّق الاختيار في الموكل المالك، ومن سلب عبارة المباشر، انتهى.

وربّما يستدلّ على فساد العقد في هذين الفرعين بما دلّ على رفع حكم الإكراه.

وفيه: ما سيجيء من أنّه إنّما يرفع حكماً ثابِتاً على المكره لولا الإكراه، ولا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلّم به لولا الإكراه. ومما يؤيد ما ذكرنا: حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، ومن المعلوم أنّه إنّما يتعلّق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمرّ، وهو النقل والانتقال، وأمّا التلفظ بالكلام الذي صدر مكرهاً فلا معنى للحقوق الرضا به، لأنّ ما مضى وانقطع لا يتغيّر عمّا وقع عليه ولا ينقلب.

أنه لا يمنع صدور العقد عن العاقد إكراهاً 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 بصورة عدم الإكراه؛ ولذا يقتنع المكره - بالكسر - بسماع الإيجاب والقبول، ولولم يكن البناء المزبور لم يكن يقتنع بمجرد سماعهما كما لا يخفى.

[١] المراد بالقصد الاختيار المقابل للإكراه كما فسرهُ الله بذلك عند التعرض لقوله من أن المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله، والمراد أن الفرق بين عبارة المجنون والمكره - بالفتح - ظاهر، فإن عبارة المجنون لا تكون إنشاءً؛ لأنه يتكلم لغواً،

نعم، ربّما يستشكل هنا في الحكم المذكور: بأنّ القصد إلى المعنى - ولو على وجه الإكراه - شرط في الاعتناء بعبارة العقد، ولا يعرف إلّا من قبل العاقد، فإذا كان مختاراً أمكن إحرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الاختيارية، دون المكره عليها. اللهم إلّا أن يقال: إنّ الكلام بعد إحراز القصد وعدم تكلم العاقد لاغياً أو مؤزّياً ولو كان مكرهاً، مع أنّه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً، فتأمل.

فروع

لو أكرهه على بيع واحد غير معيّن من عبيدين فباعهما أو باع نصف أحدهما، ففي التذكرة إشكال.

أقول: أمّا بيع العبيدين، فإن كان تدريجاً، فالظاهر وقوع الأول مكرهاً دون الثاني [١] مع احتمال الرجوع إليه في التعيين سواء ادّعى العكس أم لا، ولو باعهما دفعة احتمل صحّة الجميع لأنّه خلاف المكره عليه، والظاهر أنّه لم يقع شيء منهما عن إكراه وبطلان الجميع لوقوع أحدهما مكرهاً عليه، ولا ترجيح والأوّل أقوى. ولو أكرهه على بيع معيّن فضمّ إليه غيره وباعهما دفعة، فالأقوى الصحّة في غير ما أكرهه عليه.

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 بصحّة كلا البيعين على الأصح.

وبيان ذلك أنّه مع الإكراه على بيع أحد عبديه فإن باع أحدهما للتخلص الضرر من وعيد المكره فلا يمكن الحكم بصحته؛ لأنّ إمضاء الشارع ذلك البيع وضع للإكراه المزبور على المالك، فحديث نفي الإكراه ينفي ذلك الوضع فيرفع اليد عن إطلاق حل

البيع بالإضافة إليه. ولو باعه لقصده إلى بيعه مع قطع النظر عن الإكراه فيحكم بصحته؛ لأن الإكراه على البيع إنما يكون رافعاً لحكمه وموجباً لبطلانه فيما إذا كان إنشأؤه بالإكراه على المالك لا بإرادة 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 بها 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 يبيع 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 جداً.

وحاصله: أن مع وقوع بيعهما دفعةً يكون الواقع خارجاً خلاف المكروه عليه، حيث إن المكروه عليه كان بيع أحدهما لا بيعهما فيكون ظاهر بيعهما كونه بطيب نفس المالك ورضاه، ويحتمل بطلان البيع بالإضافة إلى الجميع؛ لأن البيع بالإضافة إلى كل من المالين 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 ضرراً أو حرجاً عليه، كما في الحيوان وولده أو كأحد مصراعي الباب، فيحكم ببطلان بيعهما باعتبار أن الحكم ببطلان بيع أحدهما مقتضى رفع

الإكراه، والحكم ببطلان الآخر مقتضى رفع الإضطراب إليه؛ لأنه لو لم يقدم على بيع الآخر يتوجه الضرر أو الحرج، بل يمكن أن يقال: إن الإكراه على بيع أحدهما في الفرض يعتبر إكراهاً على بيع الآخر أيضاً وإن كان بيعهما لمجرد التخلص عن ضرر وعيد المكروه باعتبار أن مع بيعهما أيضاً لا يتوجه إليه ضرر وعيده، فلا يمكن الحكم بصحة البيعين معاً؛ لأن الحكم بصحتهما كذلك وضع للإكراه على المالك.

وأما بالإضافة إلى صحة أحدهما فربما يقال: إنها مقتضى الجمع بين خطاب حل البيع على نحو العموم بين حديث رفع الإكراه، نظير ما تقدم في الإكراه على شرب أحد الخمرين، فيرجع في تعيين بيع الصحيح إلى القرعة؛ لأنها لكل أمر مجهول أو مشكل، وتمييز الصحيح عن الفاسد في المقام كذلك.

ولا يعتبر في مورد القرعة أن يكون للمجهول أو المشكل تعيين واقعي، كما يظهر ذلك لمن راجع الموارد التي حكم الأصحاب فيها بالقرعة، كما إذا كان له زوجات ثلاث وتزوج بامراتين أخريين؛ أحدهما مباشرة والأخرى بتزويج وكيله وكان التزويج في زمان واحد فإنه ذكر جماعة أنه يرجع في تعيين الرابعة إلى القرعة.

بل ذكر السيد الخوئي^(١) (طاب ثراه) أنه في المقام لا حاجة إلى القرعة، بل تعيين المبيع يكون بتخيير المالك وتعيينه، فإن المورد من موارد البيع الكلي في المعين؛ لأن البيع بالإضافة إلى ما تطيب نفس المالك به من الكلي في المعين فيعين بتعيينه.

أقول: الصحيح الحكم بالبطلان بالإضافة إلى بيع كل من العبدین، فإن عموم حل البيع لا يمكن الأخذ به بالإضافة إلى بيع كل منهما فإنه مقتضى وضع الإكراه وشموله

وأما مسألة النِّصْف، فإن باع النِّصْف بقصد بيع النصف الآخر امتثالاً للمكره بناءً على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين فلا إشكال في وقوعه مكرهاً عليه، وإن كان لرجاء أن يقع المكره بالنِّصْف كان أيضاً إكراهاً لكن في سماع دعوى البائع [١] ذلك مع عدم الأمارات نظر.

لأحدهما المعين بلامرّجّح، وبيع أحدهما بنحو الكلّي في المعين غير منشأ؛ ليكون مقتضى الجمع بين خطاب عموم حل البيع وحديث رفع الإكراه إمضاءه، ومجرد طيب نفس المالك ببيع أحدهما كذلك لا يصحح إنشاءه.

وبهذا يفرق مسألة شرب الخمرين دفعة مع الإكراه على شرب أحدهما عن بيع العبدین مع الإكراه على بيع أحدهما.

وأما الرجوع إلى القرعة فمرجهه إلى أن الإخراج بالقرعة معين؛ لما يعمه عموم حل البيع بعد الإخراج، وهذا لا يستفاد من عمومات الرجوع إلى القرعة في كل مجهول أو مشكل، بل يحتاج إلى النصّ في الموارد، كبعض موارد الرجوع إليها فإن قبل الإخراج لا يعم حل البيع شيئاً من البيعين ليكون ذلك المشمول داخلاً في عنوان المجهول والمشتبه، فإن شموله لأحدهما معيناً ترجيح بلامرّجّح. وأما بيع المبردد الخارجي فلائنّ المردّد الخارجي غير موجود أصلاً ليصح بيعه، وأما بنحو الكلّي في المعين فلائنّ بيعه غير منشأ.

ولذا ذكروا أنه لو تزوج بالأثم وبنّتها بعقد واحد بطل النكاح بالإضافة إلى كل منهما، فراجع.

[١] لا يبعد كون الإكراه المزبور أمانة على صدور البيع لدفع ضرر الوعيد بعد فرض أنّ متعلّق الإكراه يعم بيع كل نصف في بيع مستقل، كما هو ظاهر بيع الشيء بالإضافة إلى بيع أجزائه المشاعة.

بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير قال في التحرير: لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق، انتهى.
ونحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ ومجرد النية لا حكم لها، وحكي عن سبطه في نهاية المرام أنه نقله قولاً [١] واستدل

ونظير المقام ما إذا أكرهه على بيع داره وطلاق زوجته وباع الدار فقط، برجاء اقتصار الجائز به في رفع يده عن إضراره.

[١] يعني: نقل عدم وقوع الطلاق في الفرض قولاً، واستدل على القول المزبور بعموم رفع الإكراه والإجماع، وذكر بعض الأجلة 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» رحمته الله (١) أن حكم العلامة بصحة الطلاق فيما إذا نواه المكروه - بالفتح - مبني على أن المكروه - بالفتح - لا يقصد الإنشاء، وأنه لا يتلفظ إلا بالألفاظ المجردة عن الاستعمال، وإذا استعملها في إنشاء الطلاق فالأقرب صحته، ولكن المبني غير صحيح، وأن المكروه كالمختار يستعمل الألفاظ في الإنشاء فيكون الحكم على الطلاق المزبور بالصحة ضعيفاً.

وذكر المصنف رحمته الله في توضيح الفرع المزبور ستة فروض:

الأول: أن لا يكون الإكراه دخیلاً في طلاق زوجته، لا بنحو الداعي المستقل ولا منضمماً إلى غيره من الدواعي، ولا ريب في الفرض في صحة الطلاق ولا يكون

عليه بعموم ما دلّ من النصّ والإجماع على بطلان عقد المكره - والإكراه يتحقّق هنا، إذ المفروض أنّه لولاه لما فعله - ثمّ قال: والمسألة محلّ إشكال، انتهى.

وعن بعض الأجلّة: أنّه لو علم أنّه لا يلزمه إلّا اللفظ وله تجريده عن القصد، فلا شبهة 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، وبناء على أنّ المكره لا قصد له أصلاً، فردّه بثبوت القصد للمكره، وجزم بوقوع الطلاق المذكور مكرهاً عليه.

الفرع المزبور من التحرير محمولاً على هذا الفرض.

الثاني: أن يكون الإكراه دخیلاً في الطلاق المزبور ولكن منضمّاً إلى غيره، بأن يكون المجموع من الإكراه وغيره من حيث المجموع داعياً.

وجعل ﷺ 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 وإلا 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 شفقة المكره - بالفتح - على المكره - بالكسر - أو على الزوجة التي يطلقها من جهة وقوعهما في معصية الزنا، واستشكل ﷺ في الحكم

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 شرك 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 الأجلة: من أنه إن علم بكفاية مجرد اللفظ المجرد عن النية فنوى اختياراً صح، لأن مرجع ذلك إلى وجوب التورية على العارف بها المتفطن لها، إذ لا فرق بين التخلص بالتورية وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً، وقد عرفت أن ظاهر الأدلة والأخبار الواردة في طلاق المكره وعتقه: عدم اعتبار العجز عن التورية.

وتوضيح الأقسام المتصورة في الفرع المذكور: أن الإكراه الملحق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به، إما أن لا يكون له دخل في الفعل أصلاً، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس، بحيث لا يكون الداعي إليه هو الإكراه، لبنائه على تحمّل الضرر المتوقع به، ولا يخفى بدهاء وقوع الطلاق هنا، وعدم جواز حمل الفرع المذكور عليه، فلا معنى لجعله في التحرير أقرب، وذكر احتمال عدم

بصحة الطلاق في الفرض وسابقه من جهة طيب النفس فيهما وعدمه، ولكن الأظهر الحكم بالصحة؛ لعدم كون الإكراه فيهما من قبيل الضرر اللاحق على المكره - بالفتح - . نعم، في مثل المثالين مما يعد الضرر على الولد أو على الزوجة 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 موجباً لتوطين نفسه على الطلاق؛ لتخيّله أن الخلاص من ضرر المكره - بالكسر - لا يكون إلا بإنشاء الطلاق، فيطلق كطلاق المختار.

الوقوع في المسالك، وجعله قولاً في نهاية المرام واستشكاله فيه، لعموم النص والإجماع. وكذا لا ينبغي التأمل في وقوع الطلاق لو لم يكن الإكراه مستقلاً في داعي الوقوع، بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل. وإن كان الداعي هو الإكراه، فإما أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوقع به، بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره - بالكسر - كمن قال له ولده: «طلق زوجتك وإلا قتلتك أو قتلت نفسي» فطلق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه، أو قتل الغير له إذا تعرض لقتل والده، أو كان الداعي على الفعل شفقة دينية على المكره - بالكسر - أو على المطلقة، أو على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجة لثلاً يقع الناس في محرم.

والحكم في الصورتين لا يخلو عن إشكال. وإن كان الفعل لداعي التخلص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكره أن الحذر لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقة، لغفلته عن أن التخلص غير متوقف على قصد إلى وقوع أثر الطلاق وحصول البينة، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة والإعراض عنها، فيوقع الطلاق قاصداً، وهذا كثيراً ما يتفق للعوام.

السادس: ما إذا كان الإكراه موجباً لتوطين نفسه عليه؛ لاعتقاده حصول الطلاق شرعاً حتى في موارد الإكراه عليه، واستشكل في الحكم في الفرض وسابقه ولكن مع ترجيح وقوع الإكراه.

أقول: لا ينبغي الريب في حصول الإكراه فيهما؛ لأن الموجب لحصوله - كما تقدم - ليس فقط الرضا وطيب النفس، بل باعتبار حصول المعاملة بداعي الخوف عن مخالفة أمر الجائر، وهذا حاصل في الفرضين كما لا يخفى.

وقد يكون هذا التوطين والإعراض من جهة جهله بالحكم الشرعي أو كونه رأى مذهب بعض العامة فزعم أن الطلاق يقع مع الإكراه، فإذا أكره على الطلاق طلق قاصداً لوقوعه، لأنّ القصد إلى اللفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سبباً مستقلاً في وقوع البينة يستلزم القصد إلى وقوعها، فيرضى نفسه بذلك ويوطنها عليه، وهذا أيضاً كثيراً ما يتفق للعوام. والحكم في هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال، إلا أن تحقق الإكراه أقرب.

ثمّ المشهور بين المتأخرين: أنه لو رضى المكره بما فعله صحّ العقد، بل عن الرياض تبعاً للحدائق أن عليه اتفاقهم، لأنه عقد حقيقي، فيؤثر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع، وهو طيب النفس.

ودعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد، خالية عن الشاهد، مدفوعة بالإطلاقات. وأضعف منها دعوى اعتبارها في مفهوم العقد [١] اللازم منه عدم كون عقد الفضولي عقداً حقيقة وأضعف من الكل [٢] دعوى اعتبار طيب نفس العاقد

[١] يعني: دعوى اعتبار مقارنة طيب النفس من مالك المال في تحقق عنوان العقد، ولازم ذلك أن لا يكون العقد الفضولي عقداً فإنه لا يكون فيه طيب نفس المالك مقارناً لإنشاء العقد.

[٢] يعني: الأضعف من دعوى مقارنة طيب نفس المالك في صحة العقد، ومن اعتبار مقارنة نفس المالك في تحقق عنوان العقد اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده، ولازم ذلك أن لا يكون بيع المكره بحق بيعاً حقيقة، بل بيعاً تعبدياً، أي صورة بيع يكون موضوعاً لأكل ماله وتملكه لالتأثيره في النقل والانتقال كسائر العقود والبيوع. والوجه في كونها أضعف أنه لا موجب لاعتبار طيب نفس العاقد في صحة العقد، فإن الدليل إنما اعتبر الرضا وطيب نفس المالك لا طيب نفس الأجنبي الذي

في تأثير عقده اللازم منه عدم صحة بيع المُكرَه بحق، وكون إكراهه على العقد تعبدياً لا لتأثير فيه.

ويؤيده: فحوى صحّة عقد الفضولي [١] حيث إنّ المالك طيب النفس بوقوع أثر العقد وغير منشئ للنقل بكلامه، وإمضاء إنشاء الغير ليس إلّا طيب النفس بمضمونه، وليس إنشاءً مستأنفاً، مع أنّه لو كان فهو موجود هنا، فلم يصدر من المالك هنالك إلّا طيب النفس بانتقاله متأخراً عن إنشاء العقد.

وهذا موجود فيما نحن فيه مع زائد، وهو إنشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد، لما عرفت من أنّ عقده إنشاء حقيقي.

صدر منه العقد.

[١] يعني: يؤيد الحكم بالصحة في المقام فحوى الحكم بصحة عقد الفضولي بإجازة المالك، ووجه التأيد بالفحوى أن قصور عقد الفضولي في جهتين؛ عدم استناد العقد الواقع إلى المالك، وعدم طيب نفسه بمضمونه، والقصور في عقد المكره يكون في جهة واحدة وهي عدم طيب نفس المالك بمضمون العقد، وأما استناد العقد إلى المالك فهو موجود من الأول بإنشاء المالك البيع ولو مكرهاً. وإذا كانت الإجازة يتدارك بها الجهتان في عقد الفضولي فالجهة الواحدة في العقد المكره أولى بالتدارك بها، وإجازة المالك في عقد الفضولي لا تكون عقداً جديداً، بل هي إمضاء ورضاء بمضمون العقد الواقع سابقاً، وهذا حاصل في إجازة المالك، بل لو كانت عقداً جديداً جرى مثله في إجازة العقد من المكره كما لا يخفى.

هذا، ويستدل على عدم كفاية لحوق رضا المالك المكره بوجهين آخرين أشار إليهما المصنف رحمته الله:

الأول: دعوى اعتبار صدور العقد عن رضا المالك، كما هو ظاهر قوله تعالى: ﴿لَا

وتوهم: أن عقد الفضولي واجد لما هو مفقود هنا - وهو طيب نفس العاقد بما

ينشئه -.

مدفوع: بالقطع بأن طيب النفس لا أثر له، لا في صدق العقدية، إذ يكفي فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، ولا في النقل والانتقال، لعدم مدخلية غير المالك فيه.

نعم، لو صح ما ذكر سابقاً: من توهم أن المكره لا قصد له إلى مدلول اللفظ أصلاً، وأنه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت - كما صرح به بعض - صح أنه لا يجدي تعقب الرضا، إذ لا عقد حينئذٍ، لكن عرفت سابقاً أنه خلاف المقطوع من النصوص والفتاوى، فراجع.

تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ^(١)، وإجازة المالك المكره لا يوجب انقلاب العقد إلى كونه عن تراض.

والجواب عن ذلك: أنه لا ظهور للآية في ذلك، فإن الاستظهار منها إن كان بلحاظ الحصر فيها، يعني حصر جواز تملك مال الغير بالتجارة الصادرة عن رضاه، فهذا الحصر لا يستفاد منها؛ لأن الاستثناء في الآية منقطع، حيث إن النهي عن أكل مال الغير وتملكه بوجه باطل لا يعم المعاملات الدارجة عند العقلاء ومنها التجارة عن تراض؛ ليكون النهي عن التملك بالباطل مع استثناء أحدها إدراجاً لباقيها في النهي في المستثنى منه، بل حمل الآية على الحصر يوجب تخصيص الأكثر، فإن التجارة هو البيع والشراء بقصد حصول الربح وانحصار سبب تملك مال الغير بها، فضلاً عن انحصاره بما إذا كان صدورها برضا المالك، غير محتمل، حيث إن أسباب التملك عند العقلاء والشرع كثيرة.

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

فظهر ممّا ذكرنا ضعف وجه التأمل في المسألة - كما عن الكفاية ومجمع الفائدة تبعاً للمحقق الثاني في جامع المقاصد -. وإن انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» الدالّ على اعتبار كون العقد عن التراضي مضافاً إلى النبوي المشهور الدالّ على رفع حكم الإكراه، مؤيداً بالتقصص بالهازل، مع أنهم لم يقولوا بصحّته بعد لحوق الرضا. والكلّ كما ترى، لأنّ دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي إمّا بمفهوم الحصر وإمّا بمفهوم الوصف، ولا حصر كما لا يخفى، لأنّ الاستثناء منقطع غير مفرغ، ومفهوم الوصف - على القول به - مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في «رَبَائِبُكُمْ أَلَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ».

والحاصل: أنّ المستفاد من الآية حكمان؛ عدم جواز تملك مال الغير بالوجوه التي تكون في بناء العقلاء من الأكل بالباطل، وجواز التملك بالتجارة عن تراض، وأما سائر المعاملات، ومنها التجارة مع لحوق التراضي بها، فلم تعرض الآية لها نفيّاً ولا إثباتاً. وأما احتمال اتصال الاستثناء في الآية بدعوى أنّ المنهي عنه هو مطلق أكل المال والمراد بالباطل هو الباطل الشرعي فتكون التجارة عن تراض خارجة عن الأكل، فإنه لولا إخراجها لدخلت فيه، والمعنى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ» فإنّ أكلها باطل شرعاً، إلّا أن يكون الأكل تجارة عن تراض، كما عن السيد اليزدي وتبعه السيد الخوئي^(١) (طاب ثراه)، لا يمكن المساعدة عليه. فإن الباطل قيد للأكل، كما هو مقتضى دخول الجار عليه وتعلقه بالأكل، وليس حكماً على الأكل، ولو كان المراد بالباطل مع كونه قيداً للأكل، الباطل الشرعي، لكان الكلام لغواً، بخلاف إرادة الباطل في اعتبار

(١) محاضرات في الفقه الجعفري: ٣١٩.

ودعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة، وسيجيء زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضي في بيع الفضولي.

وأما حديث الرّفع، ففيه: أولاً: أنّ المرفوع فيه هي المؤاخذه والأحكام المتضمنة 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 المدة 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.

العرف والعقلاء فإنه مدلوله بمقتضى كون النهي عن المعاملة إرشاداً إلى فسادها أن أكل الأموال بالنحو الباطل عند العقلاء واعتبار العرف باطل عند الشرع أيضاً فلا يدخل فيه التجارة عن تراض، فيكون الاستثناء منقطعاً لا محالة. وإن كان استظهار بطلان عقد المكره مع لحوق الرضا به من مفهوم الوصف، يعني تقييد التجارة بكونها عن تراض، فلا دلالة للوصف على ذلك، فإن المراد من التجارة تجارة المالك وتجارته تكون غالباً برضاه، والوصف في مثل ذلك من موارد الإتيان به لرعاية الغلبة لا يوجب رفع اليد عن الإطلاق أو العموم المقتضي لثبوت الحكم لفاقد القيد أيضاً.

والحاصل: القيد المزبور ولا يكون موجباً لرفع اليد عن إطلاق: ﴿أَحْلَ اللَّهُ التَّبِيعَ﴾^(١)، وعموم: ﴿أَوْقُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، بل مقتضى مفهوم الوصف أن لا تكون التجارة

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

وثانياً: أنه يدُ على أَنَّ الحكم الثابت للفعل المكروه عليه لولا الإكراه يرتفع عنه إذا وقع مكراً عليه - كما هو معنى رفع الخطأ والنسيان أيضاً - وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه، لأنَّ أثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه، السببية المستقلة لنقل المال، ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه، وهذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإكراه حيث إنه جزء العلة التامة للملكية، لم يكن ثابتاً للفعل مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به، إذ المفروض أنَّ الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه، فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه؟

على إطلاقها موجبة لجواز التملك، وأما كونها موجبة له مع القيد الآخر ولحقوق الإجازة بها مثلاً، فلا ينافيه الوصف على ما ذكرناه في بحث مفهوم الوصف من علم الأصول.

الوجه الثاني: في الاستدلال على بطلان عقد المكروه رأساً وعدم كونه قابلاً للحقوق الإجازة حديث رفع الإكراه، فإن مقتضاه عدم ترتب أثر، على المعاملة المكروه عليها من حصول الملك ولو بعد لحوق الرضا وإجازة المالك.

وأجاب المصنف رحمته الله عن ذلك أولاً: بأن كون الإكراه رافعاً معناه عدم ترتب الأحكام الإلزامية والمؤاخذه على الفعل المكروه عليه الثابتة له لولا الإكراه، وكون المعاملة المكروه عليها بحيث يحصل بها الملك بإجازة المالك، ليس من إلزام المكروه - بالمفتح - ومؤاخذته، بل هذا من ثبوت الحق له. وإلزامه بإلغاء المعاملة أو إجازتها من تأخيرها وتهاونه في اختيار أحدهما، ليس إلزاماً عليه مترتباً على المعاملة المكروه عليها لولا الإكراه؛ ليرتفع بحديث الرفع، بل هو أثر ثبوت الحق، وقد فرض عدم ارتفاع هذا الحق بحديث الرفع.

لا يقال: المعاملة المزبورة موضوع لأثر إلزامي بالإضافة إلى الطرف الآخر، فإنه

وبعبارة أخرى: اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه هو اللزوم المنفي بهذا الحديث، والمدعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك، وهذا غير مرتفع بالإكراه.

لكن يرد على هذا: أن مقتضى حكومة الحديث على الإطلاقات هو تقيدها بالمسبوقية بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكره ووقوفه على الرضا اللاحق، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره، فيرجع إلى أصالة الفساد. وبعبارة أخرى: أدلة صحة البيع تدل على سببية مستقلة، فإذا قيدت بغير المكره لم يبق لها دلالة على حكم المكره، بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الأعم من السببية المستقلة كان دليل الإكراه حاكماً عليه مقيداً له فلا ينفع.

لو أكره على بيع داره وباعها من زيد فالبيع المزبور على تقدير كونه قابلاً للحقوق الإجازة لازم من ناحية المشتري، كما هو مقتضى قوله عز من قائل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، الجاري في حق 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 أن حديث رفع الإكراه^(٢) لا يرفع هذا الإلزام، فإن مقتضاه رفع الإلزام عن المكره لا رفعه عن طرفه المختار، كالمشتري في المثال.

وأجاب ثانياً بما ذكر في بحث البراءة من الأصول: أن الحديث المزبور إنما يوجب ارتفاع الآثار المجعولة للأفعال مع قطع النظر عن العناوين الرافعة، وأما الآثار

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) وسائل الشريعة ١٥: ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢.

اللَّهِمَّ إِلَّا أَنْ يَقَالَ: إِنَّ الْإِطْلَاقَاتِ [١] الْمَفِيدَةُ لِلْسَّبِيَةِ الْمُسْتَقْلَّةِ مَقِيدَةٌ بِحَكْمِ الْأَدْلَةِ الْأَرْبَعَةِ - الْمُقْتَضِيَةِ لِحَرَمَةِ أَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ وَمَعَ عَدَمِ طَيْبِ النَّفْسِ - بِالْبَيْعِ الْمَرْضِيِّ بِهِ، سَبَقَهُ الرِّضَا أَوْ لَحَقَهُ، وَمَعَ ذَلِكَ فَلَا حُكُومَةَ لِلْحَدِيثِ عَلَيْهَا، إِذْ الْبَيْعُ الْمَرْضِيُّ بِهِ سَابِقاً لَا يَعْقِلُ عَرُوضَ الْإِكْرَاهِ لَهُ.

وَأَمَّا الْمَرْضِيُّ بِهِ بِالرِّضَا الْلاحِقِ، فَإِنَّمَا يَعْرِضُهُ الْإِكْرَاهُ مِنْ حَيْثُ ذَاتُ الْمَوْصُوفِ، وَهُوَ أَصْلُ الْبَيْعِ، وَلَا نَقُولُ بِتَأْثِيرِهِ، بَلْ مُقْتَضَى الْأَدْلَةِ الْأَرْبَعَةِ مَدْخِلِيَّةُ الرِّضَا فِي تَأْثِيرِهِ وَوُجُوبِ الْوَفَاءِ بِهِ.

الناطقة لها بتلك العناوين فلا يقتضي ارتفاعها، فإن تلك العناوين موجبة لثبوتها فكيف ترتفع بطريان الإكراه، والسببية الناقصة، يعني حصول الملك بها بإجازة المالك، أثير للمعاملة 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: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢) المستفاد منه كون البيع تمام السبب للنقل والانتقال، مقيداً بالأدلة الأربعة الدالة 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 لينتفي 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.

(١) مر سابقاً.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكره عليه والرضا به لاحقاً، ولازمه بحكم العقل كون العقد المُكره عليه بعض المؤثر التام، وهذا أمر عقلي غير مجعول لا يرتفع بالإكراه، لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض، إلا أن يقال: إن أدلة الإكراه كما ترفع السببية المستقلة التي أفادتها الإطلاقات قبل التقييد، ترفع

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 السببية الناقصة لا يعقل نفيها بحديث الرفع، فإنها ثابتة للبيع بوصف كونه مكرهاً 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 ذكره الله من عدم جريان حديث رفع الإكراه في بيع المكره مبني على ما تقدم من اعتبار الرضا القلبي وطيب النفس في صحة البيع، فإن بيع المكره بناءً عليه من الأول غير داخل في موضوع حل البيع؛ إذ الموضوع لحله البيع بتراضي المالك وطيب نفسه، وهذا الموضوع يتم بعد إجازة المالك ورضاه فيعمه عموم الحل. وما ذكره الله من أن السببية الناقصة موضوعها البيع بوصف كونه مكرهاً عليه غير صحيح على مسلكه، فإن تلك السببية ثابتة لنفس البيع فالصحيح على ذلك المسلك في عدم ارتفاع هذه السببية بحديث رفع الإكراه^(١) هو القول بأنها ليست أثراً شرعياً قابلاً للرفع، بل هي حكم قهري يحصل بجعل السببية التامة للكل الذي لا يعمه حديث رفع الإكراه.

(١) مَرَّ سَابِقاً.

مطلق الأثر عن العقد المُكره عليه، لأنّ التأثير الناقص أيضاً استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعمّ من اللاحق، وهذا لا يفرق فيه أيضاً بين جعل الرضا ناقلاً أو كاشفاً، إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه، وعلى الثاني يكون الأمر المتزع منه العارض للعقد وهو تعقّبه للرضا.

ولكن قد ذكرنا فيما تقدم ضعف المسلك المزبور، وأنّ المعترف 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 المالك، 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 صحة بيع المكره بلحوق الرضا فضلاً عن كون الثاني أولى بالصحة.

ولكن لا يخفى ما في الفرق، فإننا قد ذكرنا في الأصول صحة التمسك بالإطلاق والعموم عند الشك في الخارج من الفرد، وكون خروجه إلى الأبد أو إلى زمان بلافرق 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.

بعد لحوق الرضا بالمعاملة المكره عليها بحلها ووجوب الوفاء بها ولا تصل النوبة إلى استصحاب حكم المخصص، وتمام الكلام في بحث الأصول.

بقي في المقام شيء، وهو أنه يستفاد من كلام المصنف رحمته 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 الإلزامية 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 المعاملة في الصحة والفساد بالإضافة إلى طرفيها بأن يكون البيع صحيحاً 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 تصرفاً في ملكه ونافاً.

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.

بقي الكلام في أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟ مقتضى الأصل وعدم حدوث حل مال الغير [١] إلا عن طيب نفسه هو الأول إلا أن الأقوى بحسب الأدلة النقلية [٢] هو الثاني، كما سيبيء في مسألة الفضولي [وهو مقتضى صحيحة محمد بن قيس]

[١] أقول: مقتضى استصحاب عدم حدوث ملكية الثمن والمثمن إلى الطرفين إلى زمان الإجازة هو النقل، وأمّا حديث^(١) عدم حل مال الغير إلا بطيب نفسه فظاهر المصنف عليه السلام أن مقتضاه أيضاً النقل؛ لأنه يدل على عدم جواز التصرف في المال تكليفاً إلى زمان الإجازة، ولكن لا يمكن المساعدة على ذلك فإن عدم جواز التصرف تكليفاً إلى زمان الإجازة يجتمع مع الكشف الحكمي أيضاً، حيث إن التصرفات الواقعة قبل إجازة المالك كلها محكومة على الكشف الحكمي أيضاً بعدم الجواز، واعتبار الملكية وجعل مبدئها من السابق بعد إجازة المالك لا يوجب خروج تلك التصرفات الواقعة قبل ذلك من الحرمة تكليفاً إلى الجواز.

[٢] يأتي استظهار الكشف من صحيحة أبي عبيدة الحذاء^(٢) الواردة في 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 إلا مع كون الإجازة كاشفة، بل لا يمكن في المورد المزبور الإجازة بنحو النقل، حيث إن حدوث علة الزوجية بين الميت والحي لغو محض. ونظيرها في الدلالة صحيحة محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة أبيه فضولاً^(٣)، حيث إن سقوط عوض البضع عن مشتري الجارية التي وطأها مع جهله بكون بائعها فضولياً، لا يكون إلا مع الكشف،

(١) وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١ و ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٦: ٢١٩، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبد، 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 بتحقيق 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.

وبما أن الفرق بين إجازة المالك في بيع الفضولي وبين إجازته في بيع المكره 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 للحلية 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.

فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك وإن كان بعد الرضا، إلا أن حكمه بذلك لما كان من جهة إمضائه للرضا بما وقع فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله. قلت: المراد هو الملك شرعاً، ولا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعي بالملك، وسيأتي توضيح ذلك في بيع الفضولي إن شاء الله.

وبعبارة أخرى: بالإجازة يتم الموضوع لاعتبار الملك، من الشارع، والملك يمكن جعل مبدأه الماضي كما يمكن جعل مبدئه المستقبل كما في الوصية التمليلية، ولا يجب اتحاد زمان الاعتبار مع زمان المعتبر، بل يمكن التفكيك بينهما بحسب الحال والماضي 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: الملكية التي تكون منشأة بالعقد لا تكن مهملة من جهة مبدئها في اعتبار العاقد، فإن العاقد يعتبر في إنشائه الملكية للطرف من حين فعلية ما يأخذه قيداً لها، كحصول القبول أو القبض أو غير ذلك.

لا يقال: كيف يكون مبدأ الملكية المعتبرة في البيع مثلاً حين تمام العقد، مع أنهمذكروا عدم دلالة الإنشاء على الزمان.

فإنه يقال: عدم دلالة إيجاب البيع على الزمان - مثلاً - لا ينافي الدلالة عليه بدالآخر، وهو في المقام عدم إمكان الإهمال في الملك المجمعول من جهة المبدأ، وأما تنظير المصنف رحمته الله الإجازة بالفسخ فهو غير صحيح، فإن الفسخ يقابل الإمضاء، فإمضاؤه عبارة عن إقرار العقد وعدم قطع استمراره كما يفعله ذو الخيار، كما أن فسخه إزالته وقطع استمراره. وهذا بخلاف الإجازة فإنها تقابل رد العقد، كما في المالك

وإن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد، فإنه وإن كان حلاً للعقد السابق وجعله كأن لم يكن، إلا أنه لا يرتفع به الملكية السابقة على الفسخ، لأن العبرة بزمان حدوثه لا بزمان متعلقه. ثم على القول بالكشف، هل للطرف الغير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره، أم لا؟ يأتي بيانه في الفضولي إن شاء الله.

مسألة: ومن شروط المتعاقدين: إذن السيد لو كان العاقد عبداً، فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلا بإذن سيده، سواء كان لنفسه في ذمته أو بما في يده، أم لغيره، لمعوم أدلة عدم استقلاله في أموره، قال الله تعالى: «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ». وعن الفقيه بسنده إلى زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام، قالوا: «المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيده. قلت: فإن كان

المجيز، حيث إنه يرد البيع تارة ويجيزه أخرى، وحيث إن رده عبارة عن إلغائه من الأول فتكون إجازته إقراراً له من الأول، وهو المراد بالكشف الحكمي ويأتي توضيحه في بيع الفضولي.

بقي في المقام أمر، وهو أنه هل يكفي في صحة بيع المكره مجرد لحقوق رضاه به باطناً أو لا يكفي، بل يعتبر إظهار رضاه بذلك البيع المعبر عن ذلك بالإجازة؟ ولا يبعد اعتبار الثاني، وذلك لأن البيع حال حدوثه كان مستنداً إلى إكراه المالك فلا بد في شمول دليل الإمضاء من أن يستند بقاءً إلى المالك لا عن إكراه عليه، ولم يحرز تحقق الإسناد كذلك بمجرد لحقوق الرضا باطناً.

نعم، لو كان هذا الرضا من الأول بحيث كان داعي المالك إلى إنشائه رضاه به لم يكن ذلك البيع شمولاً لدليل رفع الإكراه كما تقدم، ولكن بعد إنشائه بداعي الإكراه لا يحرز خروجه عن كونه بيعاً مكرهاً عليه إلا بإظهار الرضا به، وكأن الإجازة في اعتبار العقلاء إلغاءً لذلك الإسناد الحاصل من قبل، والله سبحانه هو العالم.

السيد زوجه، بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مُفْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ»، أفشيء الطلاق؟ والظاهر من القدرة -خصوصاً بقرينة 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 مدخلة المولى فهو شرعاً بمنزلة العدم، لا يترتب عليه الأثر المقصود منه، لا أنه لا يترتب عليه حكم شرعي أصلاً، كيف؟! وأفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار.

وكيف كان، فإتشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون إذن المولى، أما مع الإذن السابق فلا إشكال، وأما مع الإجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع، لأن 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 راجعة إلى نفس الإنشاء الصادر، وما صدر على وجه لا يتغيّر منه بعده.

وبتقرير آخر: إن الإجازة إنما تتعلّق بمضمون العقد وحاصله -أعني: انتقال المال بعوض- وهذا فيما نحن فيه ليس منوطاً برضا المولى قطعاً، إذ المفروض أنه أجنبي عن العوضين، وإنما له حقّ في كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده، فإذا وقع على وجه يستقل به العبد فلحوق الإجازة لا يخرججه عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً.

إلا أن الأقوى هو لحوق إجازة المولى، لعموم أدلة الوفاء بالعقود، والمخصص إنما دلّ على عدم ترتب الأثر على عقد العبد من دون مدخلة المولى أصلاً سابقاً ولا حقاً -لا مدخلة إذنه السابق، ولو شك أيضاً وجب الأخذ بالعموم في مورد الشك.

ويؤيد إرادة الأعم من الإجازة: الصّحيحة السابقة، فإن جواز النكاح يكفيهِ لحوق الإجازة، فالمراد بالإذن هو الأعم، إلا أنه 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 كراهة المولى كما يرشد إليه التعبير عن السؤال بقوله: «بيد من الطلاق؟»

ويؤيد المختار - بل يدلّ عليه -: ما ورد في صحة نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجاز، معللاً به - أنّه لم يعص الله تعالى وإنّما عصى سيّده، 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 الصّحة بأنّه: لم يعص الله تعالى... الخ، في قوّة أن يقال: «إنّه إذا عصى الله بعقد كالعقد على ما حرّم الله تعالى - على ما مثل به الإمام عليه السلام في روايات أخر واردة في هذه المسألة - كان العقد باطلاً»، لعدم تصوّر رضا الله تعالى بما سبق من معصيته. أمّا إذا لم يعص الله وعصى سيّده أمكن رضا سيّده فيما بعد بما لم يرض به سابقاً، فإذا رضي به وأجاز صحّ.

فيكون الحاصل: أنّ معيار الصّحة في معاملة العبد - بعد كون المعاملة في نفسها ممّا لم ينه عنه الشارع - هو رضا سيّده بوقوعه، سابقاً أو لاحقاً، وأنّه إذا عصى سيّده بمعاملة ثمّ رضي السيّد بها صحّ، وأنّ ما قاله المخالف: من أنّ معصية السيّد لا يزول حكمها برضاه بعده، وأنّه لا ينفع الرضا اللاحق - كما نقله السائل عن طائفة من العامة - غير صحيح، فافهم واغتنم.

ومن ذلك يعرف: أنّ استشهاده بعض بهذه الروايات على صحة عقد العبد وإن لم يسبقه إذن ولم يلحقه إجازة، بل ومع سبق النّهي أيضاً - لأنّ غاية الأمر هو عصيان العبد وإثمه في إيقاع العقد والتصرّف في لسانه الذي هو ملك للمولى، لكن النّهي مطلقاً لا يوجب الفساد خصوصاً النّهي الناشئ عن معصية السيّد كما يومئ إليه هذه الأخبار الدالّة على أنّ معصية السيّد لا يقدر بصّحة العقد - في غير محلّه،

بل الروايات ناطقة - كما عرفت - بأن الصّحة من جهة ارتفاع كراهة المولى وتبدّله بالرّضا بما فعله العبد، وليس ككراهة الله عزّ وجلّ بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السّابق، فكأنّه قال: «لم يعص الله حتّى يستحيل تعقّبه للإجازة والرّضا وإنّما عصى سيّده، فإذا أجاز جاز» فقد علّق الجواز صريحاً على الإجازة.

ودعوى: أنّ تعليق الصّحة 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. مدفوعة: بأنّ المنساق من الرّواية إعطاء قاعدة كلىّة: بأنّ رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفي في كلّ ما يتوقّف على مراجعة السيّد وكان فعله من دون مراجعة أو مع التّهيّ عنه معصية له، والمفروض أنّ نفس العقد من هذا القبيل.

ثمّ إنّ ما ذكره من عصيان العبد بتصرّفه في لسانه وأنّه لا يقتضي الفساد، يشعر بزعم أنّ المستند في بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى.

وفيه: أولاً: منع حرمة هذه التصرفات الجزئية، للسّيرة المستمرة على مكاملة العبيد، ونحو ذلك من المشاغل الجزئية.

وثانياً: بداهة أنّ الحرمة في مثل هذه لا توجب الفساد، فلا يظنّ استناد العلماء في الفساد إلى الحرمة.

وثالثاً: أنّ الاستشهاد بالرّواية لعدم كون معصية السيّد بالتكلم بألفاظ العقد والتصرّف في لسانه قادحاً في صحّة العقد، غير صحيح، لأنّ مقتضاه أنّ التكلم إن كان معصية لله تعالى يكون مفسداً، مع أنّه لا يقول به أحد، فإنّ حرمة العقد من حيث أنّه تحريك اللسان - كما في الصلاة والقراءة المضيقّة ونحوهما - لا يوجب فساد العقد إجماعاً.

فالتحقيق: أنَّ المستند في الفساد هو الآية المتقدمة، والروايات الواردة في عدم جواز أمر العبد ومضيه مستقلاً، وأنه ليس له من الأمر شيء.

فرع: لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صحَّ ولزم، بناءً على كفاية رضا المولى بالحاصل من تعريضه للبيع - من إذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجباً للإذن الضمني، ولا يقدح عدم قابلية المشتري للقبول في زمان الإيجاب، لأنَّ هذا الشرط ليس على حدِّ غيره من الشروط المعتمدة في كلِّ من المتعاقدين من أوَّل الإيجاب إلى آخر القبول، بل هو نظير إذن مالك الثمن في الاشتراء، حيث يكفي تحقُّقه بعد الإيجاب وقبل القبول الذي بنى المشتري على إنشائه فضولاً.

وعن القاضي: البطلان في المسألة، مستنداً عليه باتِّحاد عبارته مع عبارة السيد فيتَّحد الموجب والقابل.

وفيه - مع اقتضائه المنع لو أذن له السيد سابقاً -: منع الاتِّحاد أولاً، ومنع قدحه ثانياً. هذا إذا أمره الأمر بالاشتراء من مولاه، فإن أمره بالاشتراء من وكيل المولى، فعن جماعة - منهم المحقق والشَّهيد الثانيان -: أنه لا يصحَّ، لعدم الإذن من المولى. وربما قيل بالجواز حيثنَّذ أيضاً، بناءً على ما سبق منه من أنَّ المنع لأجل التَّهْيِ وهو لا يستلزم الفساد. وفيه: ما عرفت من أنَّ وجه المنع أدلَّة عدم استقلال العبد في شيء، لا منعه عن التصرُّف في لسانه، فراجع ما تقدَّم، والله أعلم.

مسألة: ومن شروط المتعاقدين: أن يكونا مالكيْن أو مأذونيْن من المالك أو الشارع. فعقد الفضولي لا يصحَّ [١] أي لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم.

[١] ذكرنا من شرائط المتعاقدين كونهما مالكيْن أو مأذونيْن كما في موارد الوكالة، أو

وهذا مراد من جعل الملك وما في حكمه شرطاً، ثم فرّع عليه أن بيع الفضولي موقوف على الإجازة كما في القواعد، فاعتراض جامع المقاصد: عليه بأن التفريع في غير محله، لعله في غير محله.

من الشارع كما في موارد الولاية، فلا يصح بيع الفضولي، يعني لا يترتب عليه ما يترتب على بيع المالك أو المأذون، لأنه يكون لغواً بحيث لا يفيد لحوق الإجازة به؛ ولذا ذكر العلامة في «القواعد»^(١) أن من شرط البيع كون العاقد مالكاً أو مأذوناً، وفرّع عليه وقوف بيع الفضولي على الإجازة فإن التفريع المزبور ظاهر فيما ذكرنا، فما ذكره في «جامع المقاصد»^(٢) من الاعتراض على عبارة «القواعد» من أن تفريع وقوف بيع الفضولي على الإجازة على اشتراط الملك غير صحيح، في غير محله.

ثم إن الفضولي وصف للعاقد، والمراد به من لا يكون مالكاً للتصرف، سواء كان مالكاً للمال، كما في مثال بيع الراهن والسفيه والعبد أم لا، وقد يوصف به العقد، ولعله تسامح من باب توصيف الشيء بوصف متعلقه.

وكيف كان فلا خلاف عندهم في بطلان الإيقاع فضولاً وعدم صحته بلحوق الإجازة أصلاً. وقد يقال: إن البطلان في الإيقاعات على القاعدة ولا يقاس أمرها بالعقود، وذلك فإن العقود بما أنها من فعل اثنين يعتبر لها بقاء؛ ولذا يتعلق بها الفسخ، مع أنه حل للعقد في جهة بقاءه كما تقدم، وعليه في إجازة المالك يتم تمام الموضوع؛ لوجوب الوفاء بها. وأما الإيقاع فإنه فعل واحد فيعتبر أمراً أنياً، فإن حصل ممن له سلطنة على ذلك الأمر فهو، وإلا فلا يحصل ذلك الأمر أصلاً، ولا يخفى أن ما ذكر لا يخرج عن حدود الدعوى المحضة، فإنه كيف يمكن الالتزام ببقاء العقد اعتباراً دون

(١) القواعد ١: ١٢٤.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٦٨.

وكيف كان، فالمهمّ التعرّض لمسألة عقد الفضولي التي هي من أهمّ المسائل، فنقول: اختلف الأصحاب وغيرهم في بيع الفضولي، بل مطلق عقده -بعد اتّفاقهم على بطلان إيقاعه كما في غاية المراد- على أقوال. والمراد بالفضولي -كما ذكره الشهيد^(١)-: هو الكامل الغير المالك للتصرّف ولو كان غاصباً. وفي كلام بعض العامة: أنّه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه. وقد يوصف به نفس العقد، ولعلّه تسامح.

الإيقاع، مع أنه لو لم يكن للإيقاع بقاء فكيف يجوز للزوج في الطلاق الرجعي إلغاء طلاقه، فإن الرجوع في الطلاق كالرجوع في الهبة إلغاء. نعم، لو صحّ أن الصّحة في العقود على خلاف القاعدة والالتزام بها للروايات الخاصة لأمكن أن يقال: إن النصوص كلها واردة في العقود ولا تعم الإيقاعات، ولكن يلزم على ذلك الاقتصار في الحكم بالصّحة بالعقود التي وردت الروايات في موردها. والحاصل: أنّه يبقى في التفرقة بين العقود والإيقاعات مجرد دعوى الإجماع كما لا يخفى.

ثمّ إن المصنّف^(٢) قد تعرّض أولاً لكون مجرد رضا المالك بحصول العقد دون إظهاره ذلك وإذنه فيه غير موجب لخروج العقد عن الفضولية 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 مالئاً للتصرف، ويظهر ذلك من كلماتهم، حيث اعتبروا كون العاقد مالئاً أو وكيلأً أو وليأً، ومجرد رضا المالك لا يوجب حصول شيء من هذه العناوين. وكذا يظهر من ذكر رواية عروة البارقي^(٣) دليلاً على تمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة، مع فرض تحقّق رضا المالك في موردها.

(١) عوالي اللآلي ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦، مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وكيف كان، فيشمل العقد الصادر من الباكرة الرشيدة بدون إذن الولي، ومن المالك إذا لم يملك التصرف، لتعلق حق الغير بالمال، كما يومئ إليه استدلالهم لفساد الفضولي بما دلّ على المنع من نكاح الباكرة بغير إذن وليها، وحينئذ فيشمل بيع الزاهن والسفيه ونحوهما، وبيع العبد بدون إذن السيد.

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 التجارة عن تراض وعموم وجوب الوفاء بالعقد وبحديث: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة 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 رواية عروة البارقي^(٣) من تمام البيع وجواز ترتيب الآثار عليه بمجرد إحراز رضا المالك، كما هو مقتضى إقباض العروة أحد الشاتين من المشتري وأخذ الدينار منه، فإنه لا يجوز في بيع الفضولي للعائد القبض والإقباض، وتقرير النبي ﷺ للعروة 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 مقارناً 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 أنا ما إجازة للعقد المزبور.

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

(٢) راجع الوسائل ٢١: ١١٧، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبد والإماء.

(٣) عوالي اللآلي ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦.

وكيف كان، فالظاهر شموله لما إذا تحقق رضا المالك للتصرف باطناً، وطيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحاً أو فحوى، لأنّ العاقد لا يصير مالكاً للتصرف ومسلطاً عليه بمجرد علمه برضا المالك.

أقول: ما ذكره رحمته لخروج عقد الأجنبي بمقارنة رضا المالك عن الفضولية من الوجوه ضعيف، أمّا التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقد^(١) أو إطلاق التجارة عن تراض^(٢) فإنّ مدلولهما بمناسبة الحكم والموضوع وجوب وفاء كل بعقده وجواز الأكل بتجارته، ولا يكون عقد الأجنبي عقد المالك وتجارته بمجرد الرضا باطناً، بل لابد في إضافة العقد والتجارة إليه، من إنشاء رضاه وإمضائه. وأمّا حديث عدم الحل فمفاده دخالة رضا المالك وطيب نفسه في حل ماله للغير وأنّ الحل لا يكون بدون، وأمّا أنّ الطيب والرضا تمام الموضوع للحل فلا، لاحظ قوله عليه السلام: «لا صلاة إلا بطهور»^(٣)، فإن مقتضاه عدم حصول الصلاة بدون الطهارة، لأنّ الطهارة تمام ما يحصل بها الصلاة.

وبما ذكر يظهر الجواب عن الاستدلال لكفاية الرضا باطناً بقوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم: «لا تشتريها إلا برضا أهلها»^(٤)، حيث إن مدلولها دخالة 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

(١) يعني الآية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائدة: الآية ١.

(٢) يعني الآية «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، سورة النساء: الآية ٢٩.

(٣) وسائل الشيعة ١: ٣٦٥، الباب الأول من أبواب الوضوء، الحديث الأول.

(٤) وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٤، الباب الأول من أبواب عقد البيع، الحديث ٣.

العقد لا لفقد استناده إلى المالك، كما في نكاح الرشيدة الباكرة فإنها هي التي تجعل نفسها زوجة للآخر، غاية الأمر يعتبر في هذا الجعل رضا أبيها أو جدها، ففي مثل ذلك يتم العقد بمقارنة الرضا أو لحوقه.

ومن هذا القبيل نكاح العبد ولحوق رضا مولاه به، وهذا بخلاف ما إذا كان فضولياً باعتبار عدم استناد العقد إلى المالك، كما في بيع الأجنبي مال شخص من آخر، حيث إن رضا المالك واقعاً ما دام لم يكن إظهار وامضاء لا يوجب استناد العقد إليه.

ومما ذكرنا يظهر أن ما ذكره عليه السلام من أن بقاء رضا المالك إلى ما بعد العقد ولو أنا ما إجازة له، مدفوع بأن الرضا الواقعي ما لم يكن إظهار من المالك لا يكون مصححاً للاستناد حتى ما بقي إلى الأبد، وقد يقال، كما عن بعض الأجلة عليه السلام بأنه لا يعتبر في صحة 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 عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢)، أوفوا بعقودكم، أو كان الأكل بتجارحكم 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 منتسباً إلى الموكل والإذن حقيقة؛ ولذا لو سئل الموكل عن أنك بعت دارك، فيقول: لا، بل باعها وكيلي، ومن الظاهر أن الأحكام الواردة في الخطابات على العناوين ظاهرها ثبوت تلك الأحكام على أفرادها الحقيقية.

والحاصل: أنه لا يعتبر في صحة البيع أو نحوه من العقود إلا كونه مع إذن المالك

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

ويؤيده: اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً أو مأذوناً أو ولياً، وفرعوا عليه بيع الفضولي. ويؤيده - أيضاً -: استدلالهم على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي مع أن الظاهر علمه برضا النبي ﷺ بما يفعله. وإن كان الذي يقوى في النفس - لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب - عدم توقّفه على الإجازة اللاحقة، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد، سواء علم به العاقد، أو انكشف بعد العقد حصوله حينه، أو لم ينكشف أصلاً، فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى إمضاء ما رضي به وترتيب الآثار عليه، لعموم وجوب الوفاء بالعقود، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، «ولا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»، وما دلّ على أن علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقرار منه، ورواية عروة البارقي الآتية، حيث أقبض المبيع وقبض الدينار، لعلمه برضا النبي ﷺ، ولو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يجز التصرف في المعوض والعوض بالقبض والإقباض، وتقرير النبي ﷺ له على ما فعل دليل على جوازه.

هذا، مع أن كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الفرض عن الفضولي وعدم وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحة: إن الشرائط كلّها حاصلة إلا رضا المالك، وقولهم: إن الإجازة لا يكفي فيها السكوت، لأنه أعم من الرضا، ونحو ذلك.

أو رضاه أو إجازته ولو لم ينتسب ذلك البيع إلى المالك، وقد تقدم بيان المراد بالتجارة عن تراخيص أن مقتضى مقابلتها بالأكل بالباطل اعتبار كونها أكلاً بحق لا لخصوصية؛ لصدورها عن تراخيص، وكون التجارة أكلاً بحق يعم البيع الفضولي مع لحوق الإجازة به أو تقارنه برضا المالك. انتهى.

أقول: الجواب عما ذكر تارة بالنقض وأخرى بالحل.

ثم لو سلم كونه فضولياً، لكن ليس كل فضولي يتوقف لزومه على الإجازة، لأنه لا دليل على توقفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة، كما هو أحد الاحتمالات في من باع ملك غيره ثم ملكه. مع أنه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آنفاً، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات.

ثم إنه لو أشكل في عقود غير المالك، فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد ولو لم يأذن له، لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار، وعدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف.

ثم اعلم: أن الفضولي 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 المتيقن من عقد الفضولي. والمشهور: الصحة، بل في التذكرة نسبة إلى علمائنا، تارة صريحاً، وأخرى ظاهراً بقوله: عندنا، إلا أنه ذكر عقيب ذلك: أن لنا فيه قولاً بالبطلان.

أما الأول: فإن القول المزبور يستلزم محاذير ولا أظن الالتزام بها:
منها: ما إذا أخبر المحرم بأن الأجنبية قد أجرى في حقه نكاحاً وأنه قد زوج بنت فلان منه وأن له أن يجيزه وذلك المحرم قد أخر إجازته إلى ما بعد إحرامه مع فرحته وابتهاجه باطناً من سماع الخبر، فلا بد من أن يلتزم بأن البنت المزبورة قد حرمت عليه مؤبداً، فإن فرحته بالنكاح المزبور قلباً موجب لتحقيق النكاح فيعمه قوله عليه السلام: «من تزوج امرأة في إحرامه فرق بينهما ولا تحل له أبداً»^(١).

ومنها: أنه لو أنشأ إيجاب البيع أو قبوله وكيله في مجرد إنشاء بيع الحيوان أو غيره فلا يكون له خيار المجلس ولا خيار الحيوان؛ لأن البائع أو المشتري حقيقة هو الوكيل،

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٤٤٠، الباب ١٥ من أبواب ترك الإحرام، الحديث ٤.

وفي غاية المراد: حكى الصّحّة عن العمّاني والمفيد والمرتضى والشيخ - في النّهاية - وسلار والحلي والقاضي وابن حمزة. وحكي عن الإسكافي، واستقرّ عليه رأي من تأخّر عدا فخر الدّين وبعض متأخري المتأخّرين، كالأردبيلي والسيد الداماد وبعض متأخري المحدثين. لعموم أدلّة البيع والعقود، لأنّ خلوه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه، واشتراط ترتّب الأثر بالرضا وتوقّفه عليه أيضاً لامجال للإكراه، فلم يبق الكلام إلّا في اشتراط سبق الإذن، وحيث لا دليل عليه فمقتضى الإطلاقات عدمه، ومرجع ذلك كلّ إلى عموم حل البيع وجوب الوفاء بالعقد، خرج منه العاري عن الإذن والإجازة معاً، ولم يعلم خروج ما فقد الإذن ولحقه الإجازة. وإلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم: بأنّه عقد صدر عن أهله في محله.

وقد ذكر في الروايات أن البيّعين بالخيار ما لم يفترقا^(١) وأن مشتري الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام^(٢)، والموكل لا يكون بائعاً ولا مشترياً في الحقيقة.

ومنها: أنه لو أخذ أظافير المحرم باستدعاء من المحرم أو حلق رأسه كذلك فلا بد من أن يلتزم بأن المحرم لم يفعل حراماً وليس عليه شيء؛ لأن قوله ﷺ: «من قلم أظافيره في إحرامه أو أخذ شعره»^(٣)، لا ينطبق على المحرم فإن التقليم في 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 اعتبارياً إلّا أن الخطابات الشرعية قد تكون بمناسبة الحكم والموضوع ناظرة إلى بيان الحكم

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ٧: ١٣، الباب ٢ من أبواب التقصير، الحديث الأول.

فما ذكره في غاية المراد: من أنه من باب المصادرات، لم أتَحَقَّق وجهه، لأن كون العاقد أهلاً للعقد من حيث إنه بالغ عاقل لا كلام فيه، وكذا كون المبيع قابلاً للبيع، فليس محلّ الكلام إلّا خلوّ العقد عن مقارنة إذن المالك، وهو مدفوع بالأصل، ولعلّ مراد الشهيد: أنّ الكلام في أهلية العاقد، ويكفي في إثباتها العموم المتقدم. وقد اشتهر الاستدلال عليه بقضية عروة البارقي، حيث دفع إليه النبي ﷺ ديناراً، وقال له: «اشتر لنا به شاة للضحية» فاشترى به شاتين، ثمّ باع أحدهما في الطريق بدينار، فأتى النبي ﷺ بالشاة والدينار، فقال له رسول الله ﷺ: «بارك الله لك في صفقة يمينك»، فإنّ بيعه وقع فضولاً وإنّ وجهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولي.

هذا، ولكن لا يخفى أنّ الاستدلال بها يتوقّف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي.

بهذا الانتساب ويجري ذلك حتى في الأفعال الخارجية، كقوله: «من بنى مسجداً بنى الله له بيتاً في الجنة»^(١)، والدعوى أنّ هذا الانتساب لا يعتبر ولا يصححه مجرد الرضا الباطني من المالك، بل لابد من إبرازه وإنشائه بالإذن أو بالإجازة، فتدبر.

وأما رواية عروة البارقي فالظاهر أنّ شراء الشاتين لا يكون من شراء الفضولي، حيث إن توكيل النبي ﷺ في شراء شاة بدينار بفحواه توكيل وإذن في شراء الزائد عن الواحدة بالمبلغ المزبور، وأما بيعه واحدة منهما بدينار فلا بعد في كونه بيعاً فضولياً يحتاج إلى الإجازة، ولكن يجوز معه القبض والإقباض فإن عدم جوازهما من الفضولي باعتبار كونهما تصرف خارجي في مال الغير ومع إحراز رضا المالك بهما فلا حرمة، بل قد يكون إجازة العقد بعد ذلك إجازة لذلك القبض أو الإقباض كما لا يخفى.

(١) وسائل الشيعة ٥: ٢٠٣، الباب ٨ من أبواب أحكام المسجد، الحديث الأول.

توضيح ذلك: أن الظاهر علم عروة برضا النبي ﷺ بما يفعل، وقد أقبض المبيع وقبض الثمن، ولا ريب أن الإقباض والقبض في بيع الفضولي حرام، لكونه تصرفاً في مال الغير، فلا بد: إما من التزام أن عروة فعل الحرام في القبض والإقباض، وهو مناف لتقرير النبي ﷺ. وإما من القول بأن البيع الذي يعلم بتعقبه [١] للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة، بناءً على كون الإجازة كاشفة وسيجيء ضعفه. فيدور الأمر بين ثالث، وهو جعل هذا الفرد من البيع - وهو المقرون برضاء المالك - خارجاً عن الفضولي كما قلناه. ورابع، وهو علم عروة برضاء النبي ﷺ بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن، وعلم المشتري بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة، وإلا فالفضولي ليس مالكاً ولا وكيلأً فلا يستحق قبض المال، فلو كان المشتري عالماً أنه يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال بخلاف ما لو كان جاهلاً. ولكن الظاهر هو أول الوجهين [٢]

[١] يعني: أن يقال بأن الإجازة معتبرة على نحو الكشف الحقيقي، وحيث كان عروة عالماً بحصولها وتعقب العقد بها وقع منه القبض والإقباض باعتبار إحرازه انتقال المالكين، وكون الشاة ملكاً للمشتري والدينار ملكاً للنبي ﷺ واقعاً، لكن اعتبار الإجازة بنحو الكشف الحقيقي ضعيف جداً كما سيأتي.

أقول: وأضعف منه احتمال كون عروة معتقداً لاعتبار الإجازة في عقد الفضولي بهذا النحو.

[٢] المراد أول الوجهين الأخيرين، وهو كون هذا النحو من العقد المقرون برضاء المالك خارجاً عن الفضولي، والمراد برضاء المالك الأعم الشامل لرضاه التقديري، أي بحيث لو التفت إلى العقد لرضي به.

أقول: لم يظهر جهة ظهور هذا الوجه مع قوة احتمال كون بيعه إحدى الشاتين

[الآخرين وهو القول الثالث] كما لا يخفى خصوصاً بملاحظة أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطة.

وقد تقدّم أن المناط فيها مجرد المراضاة ووصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر وحصوله عنده بإقباض المالك أو غيره ولو كان صبيّاً أو حيواناً فإذا حصل التقابض بين فضوليتين أو فضولي وغيره مقرونّاً برضا المالكين، ثم وصل كل من العوضين إلى صاحب الآخر وعلم برضاء صاحبه كفى في صحّة التصرف، وليس هذا من معاملة الفضولي لأن الفضولي صار آلة في الإيصال والعبارة برضاء المالك المقرون به.

فضولياً وحصول القبض والإقباض باعتبار علمه برضا النبي ﷺ وإطلاع المشتري بحال المعاملة، وهذا هو الوجه الرابع في كلام المصنف رحمه الله، وأما ما ذكره الله من أن الظاهر وقوع معاملة إحدى الشاتين على وجه المعاطة فعجيب، فإنه إن أراد حصول المعاطة بإقباض عروة الشاة وأخذة الدينار وأن هذا القبض والإقباض كان بعنوان المعاملة المعاطائية ولم يكن في البين إيجاب وقبول لفظاً، فلا سبيل لنا إلى إحراز ذلك. وإن أراد أن وصول الشاة إلى المشتري المزبور بإقباض عروة الشاة ووصول الدينار إلى النبي ﷺ مع تراضيهما محقق للمعاطة، فليس في البين بيع فضولي ليجتاز إلى الإجازة. ففيه:

أولاً: أنه يعتبر في حصول المعاطة من إنشاء الملك بالقبض ولا يكفي مجرد وصول المالكين، كما مر في بحث المعاطة.

ثانياً: نفرض كفاية ذلك في حصولها ولكن المعاطة لا تصحح إقباض عروة وقبضه، حيث إنهما من التصرف في مال الغير بلا رضاه.

واستدل له أيضاً - تبعاً للشهيد في الدروس - بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: ولدتني باعها ابني بغير إذني، فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليده وابنها، فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك، فلمّا رآه أبوه قال له: أرسل ابني. قال: لا والله! لأرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه... الحديث».

قال في الدروس: وفيها دلالة [١] على صحّة الفضولي وأن الإجازة كاشفة ولا يرد عليها شيء ممّا يوهن الاستدلال [٢] بها، فضلاً عن أن يسقطه. وجميع ما ذكر

وثالثاً: إن قول النبي صلى الله عليه وآله: «بارك الله في صفقة يمينك»^(١) ظاهرها حصول المعاملة من العروة، لأنه كان مجرد واسطة في وصول المالكين إلى الطرفين.

[١] أما دلالتها^(٢) على صحّة بيع الفضولي فلأن المفروض فيها وقوع البيع على مال الغير وقد حكم بتمام ذلك البيع بإجازة المالك، وأما دلالتها على اعتبار الإجازة بنحو الكشف فإن مقتضى استحقاق المشتري استرداد الغلام وسقوط قيمته عن عهده؛ إذ لو كانت الإجازة معتبرة بنحو النقل لم يكن وجه لسقوطها، حيث إن قيمة الولد تدارك لمنفعة البضع التي ألتفها 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 الوليدة وابنها بمجرد دعوى

(١) مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ١٨، من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) أي دلالة الحديث الذي في المتن، وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء،

فيها من الموهنات موهونة، إلا ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوقه بالرد، من جهة ظهور المخاصمة في ذلك، وإطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيين أخذ الجارية وأنها من المالك - بناءً على أنه لو لم يرد البيع وجب تقييد الأخذ بصورة اختيار الرد - ومناشدة المشتري للإمام عليه السلام وإلحاحه عليه في علاج فكاك ولده، وقوله: «حتى ترسل ابني» الظاهر في أنه حبس الولد ولو على قيمته يوم الولادة. وحمل إمساكه الوليدة على حبسها لأجل ثمنها - كحبس ولدها على القيمة - ينافية قوله عليه السلام: «فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع الولد».

والحاصل: أن ظهور الرواية في رد البيع أولاً مما لا ينكره المنصف، إلا أن الإتيان أن ظهور الرواية في أن أصل الإجازة مجدية في الفضولي - مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية في مورد الرواية - غير قابل للإكثار، فلا بد من تأويل ذلك الظاهر، لقيام القرينة - وهي الإجماع - على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد.

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 علي عليه السلام بأخذه الوليدة وابنها بمجرد الدعوى، كما أن حكمه عليه السلام بإمساك الولد يمكن كونه لحبسه على قيمته. وما ذكره المصنف عليه السلام من ظهور الرواية في كون الإجازة فيها مسبوقه بالرد أيضاً لا يمكن المساعدة عليه، فإن المخاصمة ودعوى أن الوليدة ملك له فعلاً؛ لوقوع البيع عليها بغير إذنه وأنه يريد أخذها من مشتريها، لا تكون قرينة 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 الوليدة وابنها باعتبار عدم تمام المعاملة

والحاصل: أن مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية من جهة اشتغالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة -بناءً على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتحدة نوعاً في الحكم الشرعي- كان ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبوق بالرد مانعاً عن الاستدلال بها، موجباً للاقتصار على موردها، لوجه عِلْمِهِ الإمام عليه السلام، مثل: كون مالك الوليدة كاذباً في دعوى عدم الإذن للولد، فاحتال عليه حيلة يصل بها الحق إلى صاحبه. أما لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الأمير عليه السلام في قوله: «خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع»، وقول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية: «فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه»، في أن للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه وينفذه، لم يقدح في ذلك ظهور الإجازة الشخصية في وقوعها بعد الرد، فيؤول ما يظهر منه الرد بإرادة عدم الجزم بالإجازة والرد، أو كون حبس الوليدة على الثمن، أو نحو ذلك. وكأنه قد اشتبه مناط الاستدلال على من

فعلاً لا لإلغاء إنشائها.

وبهذا يظهر أن أخذ أب البائع وإمساكه الوليدة وابنها لا يكشف إلا عن عدم إمضائه المعاملة 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 عليه السلام^(١) من أن الصحيحة تدل على نفوذ الإجازة حتى بعد رد المالك المعاملة برد فعلي وأنه يمكن الالتزام بذلك، فإن الإجماع على عدم نفوذ الإجازة بعد الرد دليل لُبِّي، والمتيقن منه عدم نفوذها بعد الرد القولي لا يمكن المساعدة عليه؛ لما ذكر من عدم الدلالة في الرواية على حصول الرد من مالك الجارية فعلاً أو قولاً، فلاحظ.

(١) نقله السيد الخوئي رحمه الله في مصباح الفقاهة ٢: ٦٥٦-٦٥٧.

لم يستدل بها في مسألة الفضولي، أو يكون الوجه في الإغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة، فإنها لا تزيد على الإشعار [١] ولذا لم يذكرها في الدروس

[١] والوجه في ذلك أن الحكم المذكور في الرواية حكم لواقعة خاصة لا إطلاق في الحكم المزبور ولا عموم، ولو لم يكن في الرواية فرض سبق الرد لكان التعدي منها إلى سائر موارد إجازة بيع الفضولي متعيناً باعتبار عدم احتمال الخصوصية في المفروض فيها ولكن ظاهرها لحوق الإجازة بالبيع بعد رده، والحكم بنفوذ الإجازة في الفرض يتعين توجيهه بمثل أن الأب كان كاذباً في نفيه الإذن في بيع ابنه، فقول علي عليه السلام للمشتري: «خذ ابنه... حتى ينفذ لك ما باعك»^(١) تعليم حيلة له حتى يصل إلى حقّه الواقعي.

والحاصل: أن الإجازة في فرض الرواية ليست مصححة للبيع واقعاً ليتمكن التعدي منها.

نعم، تعليق نفوذ البيع المزبور على إجازة الأب في قوله عليه السلام: «حتى ينفذ لك البيع» من تعليق الحكم على الوصف، ففيه إشعار بكون إجازة المالك مصححة للمعاملة الواقعة على ماله فضولاً.

أقول: قد ظهر مما ذكرنا عدم المجال لما ذكره المصنف عليه السلام من أنه إن كان النظر في الاستدلال على صحة بيع الفضولي بلحوق الإجازة إلى نفس القضية الشخصية فالإجازة فيها باعتبار كونها مسبقة بالرد لا تفيد صحة العقد، ولا بد من توجيه الحكم فيها بأن البائع كان كاذباً في دعواه فعلم الإمام عليه السلام المشتري حيلةً حتى يصل بها إلى حقّه الواقعي، ولا يمكن استفادة الحكم في البيوع الفضولية بلحوق الإجازة بها.

(١) وسائل الشريعة ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث الأول.

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 الوليدة أجاز البيع»^(٢)، فيمكن الاستفادة الحكم في سائر البيوع الفضولية وأنها تتم بلحوق الإجازة بها.

والوجه في عدم المجال أنه لم يذكر في الجواب حكم لمطلق بيع الفضولي ليؤخذ بإطلاقه ويقال: إن تطبيق ذلك الحكم الكلي على المفروض في السؤال، في غير موردته وذلك لتعليم الحيلة ولحصول المشتري حقه.

بل الجواب حكم لخصوص الواقعة المزبورة التي لا تصححها الإجازة ولا تفيد فيها شيئاً، فكيف يمكن الاستفادة الحكم في سائر البيوع الفضولية إلا بالإشعار الذي ذكرنا خروجه عن قسم الدلالات.

ثم إن في الرواية من جهة فقهاء إشكالين، سواء قيل باستفادة حكم بيع الفضولي بلحوق الإجازة منها أولاً.

الأول: أنه كيف حكم (سلام الله عليه) بأن السيد الأول يأخذ ابن الوليدة، مع أن الولد المزبور حر لا يدخل في الملك، والوجه في كونه حراً قول المشتري: «لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني»^(٣)، وأنه لو كان المشتري عالماً بأن بيع الوليدة فضولي لكان الولد باعتبار كونه من زنا راقاً لسيد الوليدة، ولما كان اعتناؤه عليه السلام بمناشدة المشتري وإلحاحه مناسباً، بل الأنسب أن يجري عليه الحد باعتبار كونه زانياً.

والحاصل: أنه لا موجب لأخذ الولد الحر حتى مع فرض امتناع المشتري عن

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والأماء، الحديث ١.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

في مسألة الفضولي بل ذكرها في موضع آخر لكن الفقيه في غنى عنه بعد العمومات المتقدمة، وربما يستدل أيضاً بفحوى صحة عقد النكاح [١] من الفضولي

دفع قيمته، ولو فرض جواز حبس الولد لقيمته لكان المتعين أن يحكم بأخذ الولد ولكن معلقاً على امتناع المشتري عن دفع قيمته لا مطلقاً.

والثاني: أنه كيف حكم للمشتري بأن يأخذ البائع الابن، وما قيل من أن أخذه لحبسه على استرداد ما أخذه من المشتري بعنوان ثمن الوليدة، حيث إن المديون الممتنع يحبس لدينه، يدفعه قوله عليه السلام: «خذ ابنه - يعني الذي باعك الوليدة - حتى ينفذ لك ما باعك»^(١)، فإنه على الاحتمال المزبور يلزم أن يحكم بأخذ ابنه حتى يسترد هو الثمن الذي أخذ منك أو يغرم أبوه ذلك الثمن، لأن يجعل غاية الأخذ إنفاذ البيع.

ولكن لا يخفى أن عجزنا عن فهم هذين الأمرين لا يضر بالاستدلال بها على أن بيع الفضولي يتم بلحوق الإجازة.

[١] ويستدل على صحة بيع الفضولي وتامه بإجازة المالك بفحوى ما ورد في تمام النكاح فضولاً بلحوق الإجازة به، كما إذا تزوج الصغير غير وليه فأجاز النكاح بعد بلوغه أو تزوج العبد بغير إذن مولاه فأجازه المولى، فإن صحة النكاح بلحوق الإجازة به، مع ما فيه من الاهتمام من كونه تحليل فرج وتمليك بضع، أي إن شاء حق الاستمتاع ويكون منه الولد يستلزم صحة بيع الفضولي بلحوق الإجازة به بالأولوية.

وأشار إلى هذا بالفحوى في «غاية المراد»^(٢)، واستدل بها في «الرياض»^(٣) وذكر أنه لولاها لكان الحكم بصحة بيع الفضولي بلحوق الإجازة به مشكلاً من جهة

(١) المصدر السابق.

(٢) أنظر غاية المراد: ١٧٨.

(٣) أنظر الرياض ١: ٥١٢.

في الحرّ والعبد، الثابتة بالنصّ والإجماعات المحكية، فإنّ تمليت بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تملك ماله أولى بذلك، مضافاً إلى ما علم من شدّة الاهتمام في عقد النكاح، لأنّه يكون منه الولد، كما في بعض الأخبار. وقد أشار إلى هذه الفحوى في غاية المراد، واستدلّ بها في الرياض، بل قال: إنّه لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكية على المنع. وهو حسن، إلّا أنّها ربّما توهم بالنصّ الوارد في الردّ على العامّة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه، بالصحة في الثاني، لأنّ المال له عوض، والبطان في الأوّل، لأنّ البضع ليس له عوض، حيث قال الإمام عليه السلام - في مقام ردّهم واشتباههم في وجه الفرق - «سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده، فإنّ النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه، لأنّه الفرج، ومنه يكون الولد... الخبر».

الإجماعات المنقولة على بطلان البيع المزبور.

وكيف كان، فقد ذكر المصنف رحمه الله أنّ هذه الفحوى حسنة، إلّا أنّه ربما يضعفها ما ورد في ردّ العامّة في مسألة تصرف الوكيل قبل بلوغ عزله إليه، فإنّ العامّة قالوا: إن تصرف الوكيل في النكاح قبل بلوغ عزله إليه باطل؛ لبطلان الوكالة فيه بالعزل واقعاً، بخلاف تصرف الوكيل في المعاوضة المالية فإنّه محكوم بالصحة، حيث لا تبطل وكالته فيها إلّا ببلوغ العزل. وعلّلوا الفرق بأنّ المال له عوض فلامانع من نفوذ التصرف فيه، بخلاف النكاح فإنّه لا عوض فيه بأن تقع المعاوضة بين البضع والمال فيقتصر في ثبوت ملك البضع على الأقل. وقد تصدّى الإمام عليه السلام في معتبرة علاء بن سيابة لإنكار هذا التفصيل وأنّه ما أجور هذا الحكم وأفسده! فإنّ النكاح أولى بالاحتياط فيه، فإنّه يكون منه الولد^(١)، والمستفاد من ردّه (سلام الله عليه) أنّ الحكم بالصحة في البيع

(١) انظر وسائل الشيعة ١٩: ١٦٣، الباب ٢ من كتاب الوكالة، الحديث ٢.

وحاصله: أنَّ مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع، من حيث الاحتياط المتأكد في النكاح دون غيره، فدلَّ على أنَّ صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى. خلافاً للعامة حيث عكسوا وحكموا بصحة البيع دون

يستلزم الحكم بها في النكاح بالأولوية دون العكس، وعلى ذلك فما ورد في صحة نكاح الفضولي بلحوق الإجازة به لا يدل على الصحة في البيع الفضولي بالفحوى. ثم تعرض عليه السلام لما يستفاد من الرواية من كون الحكم بصحة نكاح الوكيل قبل بلوغ عزله إليه احتياطاً، مع أنَّ في دوران المرأة بين كونها زوجة أو أجنبية فلا يكون ترتيب آثار الزوجية من الاحتياط، كما أنه لا يكون ترتيب آثار الملك في مورد دوران المال بين كونه ملكه لصحة البيع وملك غيره لفساد البيع من الاحتياط. ووجه عليه السلام ذلك بأن المراد منه الاحتياط بالإضافة، أي ما يكون محذور مخالفة الواقع فيه أخف لا الاحتياط المطلق، يعني التحفظ على الواقع على كل تقدير. وذلك فإنَّ الحكم ببطلان النكاح في مورد تردده بين الصحة والفساد قد يكون تفريقاً بين الزوجين فيتزوج الزوجة من آخر فيحصل الزنا بذات البعل، بخلاف ما إذا حكم بالصحة فإنه على تقدير عدم ثبوت الزوجية واقعاً يكون الوطي بالشبهة بغير ذات البعل، وهذا أهون من الأول.

أقول: لا يخفى أنَّ حكم العامة بصحة البيع لم يكن للاحتياط ليكون قوله عليه السلام: «فإن النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه؛ لأنه الفرج»^(١)، ناظراً إلى أنَّ الاحتياط في النكاح يحصل الحكم بصحته في مورد دورانه بين الصحة والفساد، فإن لازم ما ذكر البناء على صحة النكاح ورفع اليد عن أصالة الفساد في كل مورد تردد النكاح بين الصحة والفساد، حيث يكون البناء عليها أخف محذوراً من البناء على الفساد وعدم ثبوت الزواج.

(١) انظر وسائل الشريعة ١٩: ١٦٣، الباب ٢ من أبواب كتاب الوكالة، الحديث ٢.

النكاح، فمقتضى حكم الإمام عليه السلام: أن صحة المعاملة المالية الواقعة في كل مقام، تستلزم صحة النكاح الواقع بطريق أولى، وحينئذٍ فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في مسألة الفضولي إلى صحة البيع، لأن الحكم في الفرع لا يستلزم الحكم في الأصل في باب الأولوية، وإلا لم تتحقق الأولوية، كما لا يخفى. فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة من كون النكاح أولى بالبطلان، من جهة أن البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

بقي الكلام في وجه جعل الإمام عليه السلام الاحتياط في النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله، مستدلاً بأنه يكون منه الولد، مع أن الأمر في الفروج كالأموال دائر بين محذورين، ولا احتياط في البين.

ولا أظن أحداً 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 فرجاً يحتاج فيه لزوم إيقاع الطلاق أو تجديد العقد عند الشك في العقد السابق. والظاهر بقرينة حكاية الوجه الاستحساني المنقول عن العامة في حكمهم ببطلان النكاح وصحة البيع، وقرينة نقل الإمام عليه السلام قول علي عليه السلام في مسألة نكاح الوكيل قبل عزله إليه أن مراده عليه السلام بالاحتياط في الصحيحة هو طرح الوجه الاستحساني المزبور والأخذ بقول علي عليه السلام، حيث إن قوله عليه السلام لا يقصر عن قول ابن عباس وعبد الله بن عمر وغيرهما مما يأخذون به ويرفعون به اليد عن الوجه الاستحسانية.

وبعبارة أخرى: الحكم بصحة النكاح في مسألة عزل الوكيل احتياط من جهة طرح الاستحسان فيها والأخذ بقول علي عليه السلام، فلا يمنع ذلك عن الفحوى المتقدمة.

ويمكن أن يكون الوجه في ذلك: أن إبطال النكاح في مقام الإشكال والاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعاً، فتزوّج المرأة ويحصل الزنا بذات البعل [١] بخلاف إبقائه فإنّه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلا وطء المرأة الخالية عن المانع، وهذا أهون من وطء ذات البعل. فالمراد بالأحوط هو الأشدّ احتياطاً.

وكيف كان فمقتضى هذه الصحيحة أنّه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي لم يوجب ذلك التعدي إلى الحكم بصحة بيع الفضولي. نعم لو ورد الحكم بصحة البيع أمكن الحكم بصحة النكاح لأنّ النكاح أولى بعدم الإبطال كما هو نصّ الرواية.

ثمّ إنّ الرواية وإن لم يكن لها دخل بمسألة الفضولي إلا أنّ المستفاد منها قاعدة كلّية هي: أنّ إمضاء العقود الماليّة يستلزم إمضاء النكاح من دون العكس الذي هو مبني الاستدلال في مسألة الفضولي هذا.

اللهم إلا أن يقال: بمنع الفحوى، فإنّ أهمية النكاح وترغيب الشارع الناس إليه لقوام العالم بالتوالد والتناسل الموقوف عليه مع النهي عن مقابله، يعني الزنا والسفاح، يقتضي التوسعة في سببه حتى لا يكون ضيق السبب حائلاً بين الناس والوصول إليه. وهذا بخلاف البيع والشراء، فإنّ لتحصيل المال أسباب أخرى كالمصالحة والهبة المعوضة وغير ذلك، وعليه فلو حكم الشارع بصحة النكاح فضولاً بلحوق الإجازة فيحتمل كون ذلك للتوسعة في السبب في خصوص النكاح، ولا يمكن في هذا الاحتمال التعدي إلى البيع.

[١] هذا فيما إذا أحرزت المرأة أو زوجها الثاني صحة النكاح السابق أو تردده عندهم بين الصحة والفساد من غير معين للفساد أو الصحة، وإلا فلا يتحقّق عنوان الزنا

ثم إنه ربّما يؤيد صحة الفضولي بل يستدلّ عليها بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصّة مثل موثقة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل دفع إلى رجل مالاّ ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فاشتري غير الذي أمره، قال: هو ضامن والربح بينهما على ما شرطه» ونحوها غيرها الواردة في هذا الباب. فإنّها إن أبقيت على ظاهرها من عدم توقّف ملك الرّبح على الإجازة، - كما نسب إلى ظاهر الأصحاب وعدّه خارجاً عن بيع الفضولي بالنصّ [١] - كما في المسالك وغيره - كان فيها

كما لا يخفى.

[١] يعني مقتضى القاعدة الأولية أن لا يكون لبيع الفضولي صحة فعلية بدون إجازة المالك ويستثنى من ذلك ما يكون من العامل في المضاربة، كما إذا اشترط عليه في المضاربة شراء جنس فخالف واشترى آخر، فإنّ هذا الشراء ولو مع ظهور الربح فضولي ولكن محكوم بالصحة الفعلية حتى مع عدم إجازة المالك، وذلك استثناس لحكم بيع الفضولي، حيث يظهر منه أنه لا يعتبر في صحة بعض البيوع الإذن السابق. أقول: لا ترتبط هذه الأخبار بحكم بيع الفضولي ولا استثناس فيها، وذلك فإنّ شراء العامل الجنس الآخر وصحة ذلك الشراء بظهور الربح حتى مع عدم لحوق إجازة المالك لا يوجب أنساً لبيع الفضولي الذي يكون مصححه لحوق الإجازة به، بل في هذه الأخبار استثناس للموارد التي يكون التصرف فيها في مال الغير نافذاً بلا إذن ذلك الغير أو إجازته، كنفوذ التصديق بالمال المجهول مالكة وبيع الوكيل قبل بلوغ عزله إليه.

ولو قيل بدلالة الأخبار على نفوذ شراء العامل مع ظهور الربح باعتبار لحوق إجازة المالك، حيث إن المالك مع ظهور الربح يرضى بمعاملة العامل عادة، وإظهار هذا الرضا ولو بمطالبة الربح إجازة فلا يرتبط أيضاً مدلولها بصحة الفضولي بإجازة المالك، فإن مقتضى صحة البيع والشراء فضولاً انتقال تمام الربح إلى المالك، بل

ولا يستحق العامل المزبور في الفرض حتى أجرة المثل باعتبار وقوع عمله بلا أمر المالك وإذنه.

وقد يقال: في توجيه هذه الأخبار وتطبيق مدلولها على القواعد وجهان:

الأول: ما عن المحقق الإيرواني رحمته الله من أن اشتراط المالك على العامل جنساً أو عدم إخراج المال إلى بلد أو بيع المال نقداً وغير ذلك يكون باعتقاد المالك دخالة هذه الأمور في الربح، وكأن المالك اشترط على العامل المعاملة التي فيها ربح، فيكون الشراء المزبور داخلاً في المضاربة ويستحق العامل الحصة المعينة له من الربح.

أقول: اعتقاد المالك دخالة أمر في حصول الربح واشترطه على العامل لا يكون من اشتراط المعاملة التي فيها ربح، ولذا لو اشترى الوكيل ما عينه موكله ولم يحصل الربح كان شراؤه نافذاً، 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 الزوجة في تزويجها من زيد فزوجها الوكيل من عمرو باعتبار كون عمرو أصبح وجهاً وأملى مالاً لا يمكن الالتزام بلزوم هذا التزويج على المرأة، والسرف في ذلك أن الاعتقاد بدخالة شيء في حصول الربح يكون داعياً إلى اشتراط ذلك الشيء وتخلف الداعي وعدم صواب الاعتقاد لا يسقط الاشتراط، هذا أولاً.

وثانياً: لم يفرض في الرواية أن المال الذي شرط المالك على العامل شراؤه لم يكن فيه ربح، أو كان أقل ربحاً مما اشترى العامل؛ ليقال بأن صحة شراء العامل مقتضى اشتراط المعاملة التي فيها ربح أو ما يكون ربحه أكثر.

وثالثاً: ربما لا يكون غرض المالك مجرد إنماء المال حتى لو كان في إنمائه وقبعة عرفية، كما في اتجار عامله مع الكفار أو بشراء ما فيه حضاضة عرفية، بل قد يكون

غرضه الإنماء بتجارة لا تكون فيها هذه الواقعة ولو كانت ربحها أقل.

الثاني: كما عن السيد اليزدي عليه السلام وأوضحه بعض الأجلاء عليهم السلام أن هذه الروايات بعضها ظاهرة في موافقة القاعدة، كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى أن يخرج به فخرج، قال: يضمن المال، والربح بينهما»^(١). وبعضها الآخر محمول على موافقتها، كصحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فذهب فاشتري به غير الذي أمره، قال: هو ضامن، والربح بينهما على ما شرط»^(٢).

وبيان ذلك أن شرط عدم الخروج إلى بلد الفلاني في الصحيحة الأولى شرط خارج عن أصل المضاربة التي مقتضاها الشركة في الربح، والاشتراط المزبور مقتضاه ضمان العامل لرأس المال على تقدير مخالفة الشرط، وليس في ذلك أمر مخالف لمقتضى المضاربة ولا مقتضى الاشتراط، وتحمل الصحيحة الثانية على صورة اشتراط شراء ضرب من المتاع بنحو يكون زائداً على أصل المضاربة لأخذه في أصل المضاربة بنحو التقييد.

ولو قال: ضاربتك بهذا المال لشراء الغنم على المناصفة في الربح، كان شراء الغنم مأخوذاً بنحو التقييد، ولو قال: ضاربتك بهذا المال لتتجر به على المناصفة في الربح وعلى أن تشتري غنماً، فشراء الغنم يكون من الشرط الخارجي ولا يوجب مخالفته إلا ضمان العامل لرأس المال. وهذه الروايات وإن يكون مضمونها موافقة للقاعدة، إلا أنها أجنبية عن تمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة، وقد ذكر أن الشاهد

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١٥، الباب الأول من أبواب المضاربة، الحديث الأول.

(٢) المصدر السابق: ١٨، الحديث ٩.

لحمل الأخبار على صورة الاشتراط الخارجي هي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في المال الذي يعمل به مضاربة: «له من الربح وليس عليه من الوضعية شيء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال، فإن العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة، ويشترط عليهم أن ينزلوا بطن واحد لا يشتروا ذا كبد رطبة، فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن للمال»^(١). حيث فسر مخالفة أمر صاحب المال الوارد في المستثنى بما عن العباس من الشرط الخارجي.

والحاصل: أن المفروض في هذه الروايات ليس تقييد الإذن للعامل في التجارة، كما هو مقتضى نفس عقد المضاربة، بل إلزام خارجي على العامل بأن لا يشتري متاعاً خاصاً، أو أن لا يسافر أو أن لا يشتري من شخص، ويترتب على مخالفة هذا الإلزام ضمان العامل لرأس المال على تقدير مخالفته ما اشترط عليه.

ولذا وقع في حكاية قول العباس لعامله: «إن خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن المال».

والمتحصل: أنه يجب تكليفاً على العامل موافقة الشرط؛ لعموم قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»^(٢)، وعلى تقدير المخالفة يترتب عليه الضمان.

أقول: لا يخفى ما فيه: أما أولاً: فإنه يكون اشتراط العمل على أحد المتعاقدين خارجاً عن المعاملة فيما إذا كان مدلول المعاملة 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 عبارة عن تمليكه بعوض. وأما تصرف زيد

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٧، الباب الأول من أبواب المضاربة، الحديث ٧.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

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 أمراً لا يجتمع إطلاقاً مع إلزام الطرف بالالتزام بذلك العمل، كما في العقود الإذنية، 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 عاريته لا يكاد يعم اللبس أيام المطر؛ ولذا لا يصح أن يصرح المعير بأنني 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 العارية بصورة 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 صريحاً.

والسر في ذلك أن إلزام الطرف بترك فعل لا يجتمع مع الترخيص فيه، بل لا بد من رفع اليد عن الإلزام وعقد المضاربة من العقود الإذنية، حيث إن مدلولها الإذن للعامل في التجارة برأس المال على نحو المشاركة في الربح، وإذا اشترط على العامل متاعاً خاصاً بأن يقول: أذنت لك في التجارة بهذا المال على نحو المناصفة في الربح على أن لا تشتري الحيوان، فهو في الحقيقة إذن في التجارة بغير الحيوان؛ لأن إلزام العامل بالالتزام بترك تجارة غير الحيوان لا يجتمع مع الإذن في تجارة 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 عامله: بأن «لا يشتروا

ذا كبد رطبة»، لا يمكن حمله على الشرط الخارجي، فضلاً ما في صحيحة جميل^(١) وغيرها.

وأما ثانياً: فإنه فرق بين التفسير والاستشهاد على الحكم، فإن الأول من قسم الحكومة يوجب سقوط الإطلاق عن المفسر - بالفتح - بخلاف الثاني فإنه لا يوجب تقييداً أصلاً، فإنه يصح الاستشهاد على الحكم العام ببعض موارد ثبوته المعروف من قبل.

وما في صحيحة الحلبي من قوله عليه السلام: «إلا أن يخالف أمر صاحب المال»^(٢) مطلق يعم المخالفة فيما إذا كان أمره بنحو التقييد في متعلق المضاربة وفيما كان أمره بنحو الاشتراط، وقوله عليه السلام: «فإن العباس... إلخ، استشهاد على الحكم. وأن مخالفة أمر مالك رأس المال يوجب ضمان المال ولا فرق في الضمان بين اشتراط الترك أو تقييد متعلق المضاربة، ولعله لذلك ذكر السيد اليزدي رحمته الله بأن في الاستشهاد إشارة إلى صورة الشرط الخارجي، لأنه ظاهر في إرادته بخصوصه.

وأما ثالثاً: فنفرض أن الروايات كلها ناظرة إلى صورة الاشتراط الخارجي وأن الشرط في المقام لا يوجب تقييداً في متعلق المضاربة، فالحكم الوارد أيضاً لا ينطبق على القاعدة فإنه بعد كون العامل مأذوناً في شراء ما شرط عليه ترك شرائه يقع الشراء لمالك رأس المال، فكيف يكون خسارته على العامل؟ فإن النقض قد حصل في رأس المال بإذن مالكة فلا موجب لكونه على العامل، فإن الشرط مقتضاه انقلاب يد العامل على رأس المال بالمخالفة إلى يد ضمان فيضمن تلفه وهلاكه والخسارة غير التلف.

(١) مر في الصفحة ٣٠٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٦، الباب الأول من كتاب المضاربة، الحديث ٤.

استثناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك الى غيره [وفي بعض النسخ المصححة ضرب قلم بقوله إلى غيره] وإن حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة 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 المعاملة في الفضولي وصحّتها في خصوص المورد، وإن احتمل كونها للنص الخاص إلّا أنّها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

وفي صحيحة الحلبي الأخرى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في الرجل يعطي 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) الخسارة في مقابل هلاك المال، وحكم بأنّهما على العامل. والهاصل: أنّ ما ورد في هذه الروايات حكم تعبدية، ومع صحة إسنادها وتمام دلالتها يتعيّن الأخذ بمقتضاها، والله سبحانه هو العالم.

[١] لا يخفى أنّ روايات الباب حاکمة على النهي عن تملك مال الغير بالباطل، فإنّ مع ترخيص الشارع في التملك المزبور لا يكون الأكل أكلاً بالباطل، كما أنّها بالإضافة إلى ما دل على عدم حل المال بغير رضا صاحبه أخص مطلق فيرفع اليد بها عن إطلاقه. والوجه في كونها أخص ما تقدم من أن مقتضى إجازة المالك لمعاملة العامل انتقال تمام الربح إلى المالك فيكون تملك العامل الحصة من الربح تملك مال الغير بلا رضاه، كما أنّ 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.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٥، الباب الأول من كتاب المضاربة، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١ و ٣.

ومن هذا القبيل: الأخبار الواردة في اتّجار غير الوليّ [١] في مال اليتيم وأنّ الرّيح لليتيم، فإنّها إن حملت على صورة إجازة الوليّ - كما هو صريح جماعة تبعاً للشهيد - كان من أفراد المسألة وإن عمل بإطلاقها - كما عن جماعة ممّن تقدّمهم -

[١] وهذه الروايات لا تعم ما إذا اتّجر الوليّ للطفل، فإنّ تجارته نافذة في حق الطفل، وليس على الوليّ ضمان سواء كان ملياً أولاً، فإن التفصيل في تلك الروايات بين كون العامل له مال أولاً قرينة على ذلك؛ لأنّ اعتبار كون العامل ملياً لأجل أن يعوض عن مال الطفل في صورة تلفه أو الخسارة. وهذا لا يجري في صورة اتّجار الوليّ لمصلحة الطفل؛ لعدم الموجب لضمانه، بل يجري الضمان في صورة اتّجار الوليّ بمال الطفل لنفسه باستقراضه أو كان العامل بمال الطفل أجنبياً لم يكن له ولاية على مال الطفل أو وكالة فيه.

وبتعبير آخر: إذا كان ولي الطفل ملياً يجوز له الاستقراض بمال الطفل والاتّجار لنفسه، وفي صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل وليّ مال يتيّم، أيستقرض منه؟ فقال: إن عليّ بن الحسين قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك»^(١). ويرفع عن إطلاقها بمثل صحيحة ربعي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل عنده مال اليتيم، فقال: إن كان محتاجاً وليس له مال فلا يمسّ ماله، وإن هو اتّجر فالريح لليتيم وهو ضامن»^(٢). وفي رواية منصور الصيقل قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به قال: فقال: إذا كان عندك مال وضمّنته فلك الرّيح وأنت ضامن للمال، وإن كان لا مال لك وعملت به فالريح للغلام وأنت

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٢٥٨، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٢٥٧، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

ضامن للمال»^(١).

وكذا يجوز للمولى المضاربة بمال الطفل فيما إذا رأى ذلك صلاحاً للطفل، وهذا مقتضى ولايته على الطفل وماله، وذكرنا أن الروايات الواردة في كون الربح لليтим والخسارة والضمان للعامل لا تكون ناظرة إلى هذه الصورة بقريته اعتبار كون الولي ملياً، فإن ملاءته وعدمها لا دخل لهما في جواز المضاربة للطفل. وفي رواية أبي الربيع قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يتييم وهو وصيه، أ يصلح له أن يعمل به؟ قال: نعم، كما يعمل بمال غيره والربح بينهما. قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: لا، إذا كان ناظراً له»^(٢)، فإن ظاهرها عدم الضمان للولي فيما إذا كان اتجاره مراعيّاً لمال الطفل.

وأما رواية أسباط قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «كان لي أخ هلك فأوصى إلى أخ أكبر مني وأدخلني معه في الوصية، وترك ابناً صغيراً وله مال، أ يضرب به أخي؟ فما كان من فضل سلّمه لليتييم وضمن له ماله؟ فقال: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتييم إن تلف فلا بأس، وإن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتييم»^(٣)، فإنها غير ظاهرة في اعتبار الملاءة في الولي في صورة تجارته للطفل، بل ظاهرها اعتبارها في صورة استقراض الولي. ولا يكون فرض دفع الربح إلى اليتييم قرينة على كون تجارته لليتييم، مع أن الرواية ضعيفة سنداً، ولا يمكن الاعتماد عليها في رفع اليد عن القواعد العامة. لا يقال: يظهر من بعض الروايات جواز استقراض الولي من مال الطفل ولو مع

(١) وسائل الشيعة ٩: ٨٩، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، الحديث ٧.

(٢) وسائل الشيعة ٩: ٨٩، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، الحديث ٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٢٥٧، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

عدم الملاءة، وفي رواية البزنطي قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون في يده مال لأيتام فيحتاج إليه، فيمدّ يده فيأخذه وينوي أن يرده، فقال: لا ينبغي له أن يأكل إلا القصد ولا يسرف، فإن كان من نيّته أن لا يرده عليهم فهو بالمنزل الذي قال الله عز وجل: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا﴾»^(١).

فإنه يقال: مع ظهورها في الترخيص في الاستقراض لقوته لا للتجارة ونحوها، ومعارضتها بما هو من قبيل الحاكم بالإضافة إليها كرواية زرارة ومحمد بن مسلم معاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «مال اليتيم إن عمل به الذي وضع على يديه ضمن ولليتيم ربحه. قالوا: قلنا له: قوله: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ قال: «إنما ذلك إذا حبس نفسه عليهم في 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 أجنبياً يعمل بمال الطفل من غير ولاية ووكالة عن وليه. وثانيهما: ما إذا لم يكن وليه ملياً وقد استقرض مال الطفل واتجر به لنفسه، وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام «في 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 الولي الملي المستقرض مال الطفل والتجارة به لنفسه بما تقدم، وقد ذكر كون الربح لليتيم في صورة عدم ملاءة الولي في

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٢٥٩، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

(٢) المصدر السابق: ٢٥٨، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

(٣) المصدر السابق: ٢٥٧، الحديث ٢.

صحيحة رباعي المتقدمة.

ثم إنّه لا فرق قى كون تمام الربح لليتيم بين كون الاتجار بعين مال اليتيم أو أدى العامل به ما عليه من ثمن ما اشتراه بذمته، وفي صحيحة زرارة وبكير معاً عن أبي جعفر عليه السلام قال: «ليس على مال اليتيم زكاة، إلّا أن يتّجر به، فإن اتّجر به ففيه الزكاة والربح لليتيم وعلى التاجر ضمان المال»^(١)، فإنّ هذه أيضاً تعم ما إذا كان التاجر بمال الطفل ولياً أو غيره.

فتحصل من جميع ذلك: أنّ مفاد هذه الروايات أجنبني عن بيع الفضولي، بل ولا استثناس فيها له وأن الحكم الوارد فيها تعبدي وهو الحكم على المعاملة بكون ربحها للطفل حتى فيما إذا كان ذلك على خلاف القواعد، كما إذا اشترى غير الولي بثمن بذمته ودفع ما عليه من مال الطفل أو اشترى الولي غير الملى كذلك.

وبذلك يظهر أنّ ما قيل من أنّ حكم الشارع بثبوت الربح لليتيم إجازة للمعاملة الفضولية غير صحيح، فإن مقتضى الإجازة في المثالين وقوع المعاملة للمتّجر لا للطفل، كما ظهر أنّه لا يمكن تطبيق الروايات على القاعدة بدعوى أنّه إذا لم يجز للولي الاستقراض بمال الطفل وكان القرض محكوماً بالبطلان تكون المضاربة واقعة على مال الطفل فيكون الربح له. فإنّ ظاهرها كون تمام الربح لليتيم وهذا لا يناسب صحة المضاربة، كما أنّ كون الخسران على الذي وضع يديه بمال الطفل لا يناسبها، أضف إلى ذلك أنّه إذا كان اشتراء العامل بذمته ودفع مال اليتيم أداءً لما عليه لا تقتضي القاعدة إلّا بطلان الأداء لا دخول الربح في ملك اليتيم.

(١) وسائل الشيعة ٩: ٨٩ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، الحديث ٨

خرجت عن مسألة الفضولي، لكن يستأنس بها لها بالتقريب المتقدم. وربما احتمل دخولها في المسألة من حيث إن الحكم بالمضي إجازة إلهية لاحقة للمعاملة، فتأمل. وربما يؤيد المطلب أيضاً: برواية ابن أشيم [١] الواردة في العبد المأذون

[١] أقول: يحتمل كون العبد المأذون مأذوناً حتى من قبل الورثة بالبيع والشراء لهم بأن كان لهم عنده مال غير الألف الذي دفع إليه مورثهم، وعلى ذلك فمطالبتهم باب العبد المأذون ليس من إجازة شراء الفضولي ليؤيد بهذه الرواية^(١) صحة عقد الفضولي بلحق الإجازة به، ويحتمل كون دعوى الورثة من جهة أن العبد المعتقد - بالكسر - كان وكيلاً من قبل أبيهم لا وصياً عنه، حيث لم يصرح في الرواية بأنه أوصى إلى العبد المدفوع إليه المال، وبما أن الوكالة تبطل بموت الموكل فدعواهم أن الشراء كان بعين مالهم بمنزلة إجازة لشراء الفضولي.

ثم إن الحكم بعود المعتقد - بالفتح - رفاً لمولاه الأول باعتبار أن الورثة ومولى العبد المأذون ومولى العبد الحاج لا دعوى لهم على العبد المأذون بأن يطالبوه بحق لازم عليه، بل المخاصمة تكون بين ورثة الميت ومولى العبد المأذون ومولى العبد الحاج، وكل من الورثة ومولى العبد المأذون يدعي مالكية العبد الحاج بالشراء وكالة أو بإجازة شراء الفضولي وينكر ذلك عليهم مولاه، يعني مالكة الأول، والأصل المعتبر وهو استصحاب عدم الانتقال مقتضاه كون مالكة الأول منكراً.

لا يقال: لا مجال للاستصحاب المزبور، حيث إن أصالة الصحة في الشراء تكون حاکمة عليه.

فإنه يقال: إنما تجري أصالة الصحة مع إحراز تحقق أصل الشراء، كما إذا شك في بعض شروط صحته، وأما مع عدم إحراز وجود أصل المعاملة وتحقق عنوانها

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٨٠، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١.

الذي دفع إليه مال ليشتري به نسمة ويعتقها، ويُحجَّه عن أبيه، فاشتري أباه وأعتقه، ثم تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثة الدافع، وادَّعى كلَّ منهم أنَّه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر عليه السلام: «يُرَدُّ المملوك رِقاً لمولاه، وأيُّ الفريقين أقاموا البيِّنة بعد ذلك على أنَّه اشتراه بماله كان رِقاً له... الخبر»، بناءً على أنَّه لولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملُّك المبيع بعد مطالبته المتضمَّنة لإجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ولا إقامة البيِّنة عليها كافية في تملُّك المبيع.

فلا مورد لأصالة صحتها، والمقام كذلك فإنَّه على إنكار مولى المعتق -بافتح- لا يحصل الشراء أصلاً.

لا يقال: يؤخذ بإقرار العبد المأذون بأنه اشتري أباه بما دفعه إليه الرجل، كما هو مقتضى قاعدة من ملك شيئاً، أي تصرفاً، ملك الإقرار بذلك التصرف. فإنه يقال: لا مجرى في المورد للقاعدة أيضاً، حيث يقبل إقرار المالك بالعمل، أي إخباره عن وقوعه أولاً ووقوعه، مع إحراز أنه سلطان للعمل المزبور في زمان إخباره لا بعد انقضاء زمان سلطنته على ذلك التصرف، مثلاً إذا أخبر الزوج بالرجوع في زمان عدة زوجته فإن كان إخباره في زمان العدة يقبل منه وبعد انقضائها لا يقبل، وفي المقام إقرار العبد المأذون بأنه اشتري بالمال الذي دفعه إليه الرجل إقرار بعد انقضاء زمان وكالته عن المورث فلا يسمع.

أضف إلى ذلك أنَّ القاعدة المزبورة موردها اختلاف الوكيل مع موكله لا مورد دعوى موكله على الآخر أو بالعكس بأن يكون إخبار الوكيل موجِباً لثبوت حق موكله على الآخر أو العكس، كما إذا قال موكله: «باع وكيلي المتاع بمئة»، وقال المشتري: «بل اشتريته بثمانين»، فإن اعتراف الوكيل بكون الثمن مئة لا يوجب تعيين الثمن، بل يحسب الوكيل على تقدير عدالته شاهداً، وتفصيل الكلام موكول إلى محله.

ومما يؤيد «مطلب أيضاً: صحيحة 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 رده على

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 الأجرة 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 مواله ولكن حجه لتصرمه وانقضائه غير قابل للرد ضعيف، فإن ظاهر مضي الحج صحته، وظاهر عدم رده عدم جواز استرداده ما دفع إليه بعنوان الأجرة 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 مشروعية حج الإنسان عن نفسه أو غيره، بل عدم جوازه باعتبار اشتراط إذن مولاه في حجه، كما هو ظاهر قوله سبحانه: ﴿عَبْدًا مَّملُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾^(١)، وظاهر الروايات الواردة في حج العبيد والإماء فلاحظ. والذي يسهل الأمر ضعف الرواية سنداً فإن الشيخ رحمته 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 رحمته الله بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن أبي عمير عن حماد

(١) سورة النحل، الآية ٧٥.

(٢) التهذيب ٧: ٢٣٤، الحديث ١٠٢٣.

صاحبه الأول ما زاد». فإنَّ الحكم برّد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحة بيع الفضولي لنفسه.

عن الحلبي^(١)، وظاهرها أخذ الثوب بوضيعة الإقالة بتنقيص من ثمنه فيكون النهي عن الأخذ المزبور، كما هو مقتضى النهي عن المعاملة إرشاداً إلى بطلانها، وعلى ذلك فإذا باعه البائع ثانياً يكون بيعه من المشتري الثاني فضولياً. وحيث إنّ مشتريه الأول المالك للثوب واقعاً كاره للثوب يكون أخذه التفاوت عند ردّه عليه إجازة للبيع الثاني. وربما يقال: إنّ الرواية لا ترتبط ببيع الفضولي أصلاً، فإنه لم يفرض في الرواية أن المشتري الأول قد أجاز البيع الثاني، ولعله لا يرضى بالبيع الثاني بعد وقوعه؛ لزيادة القيمة السوقية للثوب بعد إقالته، ولو كان الحكم بصحة البيع الثاني باعتبار كونه فضولياً قد لحقت به الإجازة لزم رد تمام الثمن فيه على المشتري واسترداد المدفوع إليه بالإقالة الفاسدة، بل الظاهر أن البيع الثاني بيع تام يقع للمشتري الأول، حيث إن رده الثوب على بائعه بوضيعة إبراز منه لرضاه ببيعه بأكثر من ثمنه، ومع هذا الإبراز يقع البيع الثاني من البائع مقارناً لرضاه المبرز فيصح.

أقول: كيف يكون مع غفلة البائع والمشتري الأول عن بطلان الإقالة إبراز من المشتري الأول والإذن منه للبائع ببيعه بأكثر من ثمنه، نظير ما إذا باع متاعه ببيع فاسد شرعاً فإنه كيف يمكن الالتزام أن البيع المزبور مع الغفلة عن فساد توكيل للمشتري ببيعه بأزيد من الثمن المزبور؟

نعم، في مثل ما وكل الغير في بيع متاعه بالأقل باعتقاد أن متاعه لا يساوي أكثر من ذلك يكون ذلك توكيلاً بأكثر من المقدار المزبور، وقد ذكر نظير ذلك في توكيل رسول الله ﷺ عروة بشراء شاة واحدة بدينار فاشترى شاتين، فإن التوكيل المزبور يدل

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٧١، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١.

ويمكن التأييد له - أيضاً [١] - : بموثقة عبد الله عن أبي عبد الله 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 قرصاً فيبيع على صاحب الورق ما رضىه من الأمتعة، ويوفيه دينه. ولا ينافي هذا الاحتمال فرض السمسار في الرواية ممن يشتري بالأجر، لأن توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته وشغله، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية.

بالفحوى على توكيله في شراء شاتين بالمقدار المزبور.

والحاصل: الظاهر وقوع المعاملة المزبورة بنحو الفضولي وكراهة المشتري الثوب المزبور وأخذه ما زاد على المقدار المدفوع إليه عند رده عليه إجازة عملية للبيع المزبور، كما أن أخذ ذلك التفاوت مبادلة معاطاتية بين المدفوع إليه أولاً ومقدار مساويه والباقي بيد البائع ويتعين الالتزام بها، سواء كان البيع الثاني من البيع الفضولي أو من البيع التام باعتبار الرضا المبرز بالإقالة.

[١] لا يخفى أن حمل الموثقة^(١) على صورة 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 فشاؤه يخرج عن الفضولي لا محالة، وإن لم يأذن له في شرائه فالشراء وإن يكون فضولياً إلا أن لازم ذلك أن لا يكون للسمسار حق المطالبة بالأجرة على شرائه حتى بعد إجازة مالك الورق، فإن الموجب لاستحقاق الأجرة توكيله أو الإذن في الشراء والمفروض عدمهما.

(١) وسائل الشريعة ٢٠: ٧٤، الباب ٢٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

ويحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضي ويفسخه فيما كره. ويحتمل أن يكون فضولياً عن صاحب الورق، فيتخير ما يريد ويردّ ما يكره. وليس في مورد الرواية ظهور في إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافي كونه فضولياً، كما لا يخفى، فإذا احتل 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 الدالة [١] على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه، معللاً بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيّده.

وكذا لا تحمل على شراء السمسار لنفسه بأن يكون الورق المدفوع إليه قرضاً عليه فيشتري به المتاع لنفسه أو يوفّي به دينه، أي الثمن الكلي بذمته، فإن هذا لا يناسب توصيف السمسار بأن يشتري بالأجر فإنّ توصيفه به بمنزلة أنّه ذكر في فرض السؤال أيضاً يشتري بالأجر، وألا لم يكن للتوصيف المزبور معنى فإنّ السمسار هو الدلال شأنه أخذ الأجرة على شرائه وبيعه للغير.

وأيضاً أنّ السمسار مع شرائه لنفسه ثم بيعه لصاحب الورق لا يستحق على الشراء المزبور أجرة أصلاً، غايته أنّ له أن يبيع ما اشتراه بالأكثر فيتعين في فرض الرواية الشراء لصاحب الورق مع جعل الخيار له، ولعل نظر السائل ليس السؤال عن جواز هذا النحو من الشراء، بل عن عدم إعطاء صاحب الورق الأجرة على شراء السمسار في فرض عدم أخذه ما اشتراه السمسار.

وحاصل الجواب: أنه لا بأس بذلك بعد المقابلة بأنه لا يعطي أجرة على شراء متاع لا يريد أخذه، والله سبحانه هو العالم.

[١] وتوضيحه: أنّ مجرد إجراء النكاح وعقده لا يكون محرماً على العبد تكليفاً، فإن إجراء كسائر تكاليفه لا يكون من المحرمات ولو مع عدم إذن صاحبه، والمراد من

وحاصله: أن المانع من صحة العقد إذا كان لا يرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً وهو عصيان الله تعالى.

وأما المانع الذي يرجى زواله كعصيان السيد فيزواله يصح العقد، ورضا المالك من هذا القبيل، فإنه لا يرضى أولاً ويرضى ثانياً، بخلاف سخط الله عز وجل بفعله؛ فإنه يستحيل رضاه.

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، يعني من جهة فقد رضاه من يعتبر في نفوذها رضاه، فتمت تلك المعاملة بحصول ذلك الرضا ولو بعد زمان، وهذا بخلاف المعاملات التي يكون عدم نفوذها باعتبار عدم رضا الشارع بها، كالنكاح في العدة 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 أيضاً إلى المالك كما هو مورد كلامنا، فلا.

ويستدل على صحة بيع الفضولي بروايات تحليل الخمس للشيعة مطلقاً، أو في خصوص المناكح والمساكن والمتاجر فإن المراد بالمناكح الجواني التي تدخل في الرق بالأسر، فهن إما ملك للإمام 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 شيعياً من حقوق الإجازة بالشراء المزبور، فينتقل الخمس إلى بدلهن وهو الثمن الذي يأخذه البائع.

وكذا الأراضي التي تكون ملكاً للإمام عليه السلام كالتي تؤخذ من الكفار بالحرب من غير إذنه عليه السلام، أو التي يكون له فيها الخمس كالأرض المشتراة من الذمي فيما إذا تملكها باشرائها من المسلم فإنه إذا باعها الذمي من الشيعي يكون الشراء فضولياً بالإضافة إلى

هذا غاية ما يمكن أن يحتج ويستشهد به للقول بالصحة وبعضها وإن كان مما يمكن الخدشة فيه إلا أن في بعضها الآخر غنى وكفاية.

خمس الأرض، وتحليل تلك الأرض للمشتري إجازة لشرائها. والمراد بالمتاجر الأموال المشتراة 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 مطلقاً، سواء كان من قبيل المناكح والمساكن أو المتاجر بالمعنى المزبور أولاً، ومقتضى الجمع بينها وبين مثل صحيحة علي بن مهزيار الدالة على أن الخمس في كل ما يفيد الرجل، إلى أن قال: (أن يبلغ مواله 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 بالإضافة 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 متاعاً تعلق به الخمس في يد بائعه يملك تمام ذلك المتاع، كما هو مقتضى شمول أخبار التحليل للمشتري، ويتنقل الخمس بثمنه المدفوع، كما هو مقتضى عدم تحليل الخمس للبائع، وإذا وصل إلى يد الشيعي من غير معاوضة، 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 مجاناً، 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

(١) وسائل الشيعة ٩: ٥٠١، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه، الحديث ٥.

حل ما فيه الخمس للوارث والمورث لا يضمن الخمس، حيث إنه لم يدفعه ليضمن إتلافه، وهكذا.

ويشهد أيضاً على أن من وصله مألّ تعلق به الخمس مكلف بإخراجه صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل من أصحابنا يكون في لوائهم فيكون معهم فيصيب غنيمة، قال: يؤدّي خمسنا ويطيب له»^(١). وصحيحة حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «خذ مال الناصب حيثما وجدته وادفع إلينا الخمس»^(٢). وفي موثقة عمار عن أبي عبد الله عليه السلام «أنه سئل عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل؟ قال: لا، إلا أن لا يقدر على شيء يأكل ولا يشرب ولا يقدر على حيلة، فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه إلى أهل البيت»^(٣). وفي صحيحة ابن أبي نصر قال: «كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام: الخمس أخرجه قبل المؤنة أو بعد المؤنة، فكتب: بعد المؤنة»^(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 شبراء الفضولي بلحوق الإجازة به، بل قيل: إن التحليل إجازة بنحو الكشف كما هو مقتضى

(١) وسائل الشيعة ٩: ٤٨٨، الباب ٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ٨

(٢) المصدر السابق: ٤٨٧، الحديث ٦.

(٣) المصدر السابق: ٥٠٦، الباب ١٠ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ٢.

(٤) وسائل الشيعة ٩: ٥٠٨، الباب ١٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث الأول.

قول علي 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 واقعاً، 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 مصححاً 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 علي عليه السلام توكيلاً للشيعية 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 يصح استناد الشراء إلى الإمام عليه السلام، بل هو من قبيل إعطاء الولاية لمن ينتقل إليه ما فيه الخمس على المعاملة عليه، نظير إعطاء الموصي

(١) المصدر السابق: ٥٤٣، الباب ٤ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث الأول.

واحتج للبطلان بالأدلة الأربعة:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ دلّ بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على أن غير التجارة عن تراضٍ أو التجارة لا عن تراضٍ غير مبيح لأكل مال الغير وإن لحقها الرضا. ومن المعلوم أن الفضولي غير داخل في المستثنى.

الولاية على الوصي على التصرف في ثلثه بإجارته أو بيعه أو بيع منافعه.

وقد تقدم نظير ذلك في شراء الخراج وتقبل الأرض من السلطان، حيث ذكرنا أن تحليل الخراج المأخوذ منه وتحليل تلك الأرض إعطاء ولاية للمشتري والمتقبل في الشراء والتقبل.

لا يقال: تحليل الخمس للشيعي لا يلزم الحكم بصحة شراء الخمس ليتكلم في أنه بنحو التوكيل أو الإجازة أو من إعطاء الولاية، بل مقتضاه أنه يجوز للشيعي تملك ما فيه الخمس فإذا اشترى متاعاً 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 في ملك المشتري فيجوز له الامتناع من رفعه إلى البائع على تقدير تمكنه على الامتناع، وكذا في مورد اشتراء المتاع بثمن فيه الخمس فإنه يكون تمام الثمن ملكاً للبائع. وأما المتاع فخمسه يبقى في ملك البائع، فيجوز له الامتناع عن دفعه إلى المشتري، وعلى تقدير دفعه لا يدخل في ملك المشتري.

فإنه يقال: لسان أخبار التحليل أن التحليل لتسهيل الأمر على الشيعة في معاملاتهم ومناكحهم ومعاشرتهم، وهذا يناسب إمضاء المعاملة الجارية على مال الخمس أو إعطاء الولاية على تلف المعاملة، لا الإذن في تملك كل ما وقع بيده مما فيه

وفيه: أنَّ دلالته على الحصر ممنوعة [١]، لانقطاع الاستثناء - كما هو ظاهر اللفظ وصريح المحكي عن جماعة من المفسرين - ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه.

وأما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أخرى ككونه وارداً مورد الغالب كما فيما نحن فيه،

الخمس ولو كان ذلك الوقوع عدواناً على من تعلق الخمس بالمال في يده أو على أرباب الخمس.

[١] قد تقدم في بيان صحة بيع المكره بلحوق الإجازة به بيان كون الاستثناء في الآية منقطعاً فلا دلالة فيها على الحصر، وأن مقتضى تقييد التجارة بكونها عن تراض عدم كونها بإطلاقها موجبة لتملك مال الغير، وأما كون التجارة ناشئة عن التراضي بحيث لا ينفع لحوق الإجازة بها فلا يعتبر باعتبار أن القيد - كما ذكر - غالباً لا يمنع عن التمسك في صحتها، مع لحوق الإجازة بها بإطلاق حل البيع وعموم وجوب الوفاء بالعقد.

لا يخفى أنَّ المنسوب إلى أهل الكوفة قراءة تجارة بالنصب والباقي بالرفع، وعلى قراءة رفعها يكون عن تراض قيداً للتجارة أو خبراً عنها والخبر في معنى القيد لها، وأما على قراءة النصب فيحتمل أن يكون عن تراض خبراً بعد الخبر فمفاد الآية: لا تملكوا أموال الناس بالباطل، وتملكوها بالتجارة وبالتراضي والمصالحة. وعلى ذلك فلا يكون في الآية تقييد التجارة بكونها ناشئة عن التراضي ولكن غلبة توصيف النكرة - ومنها التجارة في الآية - بوجوب كون الظرف قيداً لا خبراً بعد خبر.

ثم إنه ﷺ قد قرب شمول الآية للعقد الفضولي بلحوق الإجازة به، وأن مقتضى الآية صحته حتى على تقدير كون القيد قيداً غير غالبى وأن له مفهوماً كسائر القيود. ووجه التقريب: أنَّ خطاب النهي متوجه إلى الملاك، وأنهم قد نهوا عن أن يأكل بعضهم

وفي قوله تعالى: ﴿وَرَبَّانِيكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ مع احتمال أن يكون «عن تراضٍ» خبراً بعد خبر لـ «تكون» على قراءة نصب «التجارة» لاقيداً لها، وإن كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد فيكون المعنى: إلا أن يكون سبب الأكل «تجارة» وتكون «عن تراضٍ».

مال بعض آخر بالوجه الباطل، بل يجوز التملك بتجارة الملاك الناشئة عن رضاهم، ومن الظاهر أن التجارة قبل إجازة المالك لا تكون تجارته، بل يتم استنادها إليه بإجازتها فتكون تجارته عن رضاه كما لا يخفى.

وقد ذكر اليزدي رحمته الله الصحيح في الجواب عن الاستدلال بالآية على بطلان بيع الفضولي هو كون خطاب النهي متوجه إلى المالك بالتقريب المزبور، وإلا فدعوى أن الاستثناء فيها منقطع فلا يدل على الحصر غير صحيحة؛ لأن الاستثناء المنقطع في نفسه مستحيل، فإنه لا يصح أن يقال: ما رأيت من العلماء أحداً إلا بطيخاً، وما جاءني زيد إلا عمرو. ومن الظاهر أنه لو كانت (إلا) في موارد استثناء المنقطع بمعنى (لكن) لصح كلا الاستعمالين، وعدم صحتهما كاشف عن أن (إلا) في جميع موارد استعمالها تستعمل في الاستثناء.

غاية الأمر يكون المراد من المستثنى منه ما يعم الاستثناء ادعاءً بأن يراد في قوله: ما جاءني من العلماء إلا خادهم، العلماء ومن يتعلق بهم، وعلى ذلك ففي 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 بشيء من الأسباب. والمعنى لا تأكلوا أموالكم بينكم بشيء من الأسباب فإنها باطلة، إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض، فقد حذف المستثنى منه وأقيم

و من المعلوم: أنَّ السبب الموجب لحلِّ الأكل في الفضولي إنما نشأ عن التراضي، مع أنَّ الخطاب لملاك الأموال، والتجارة في الفضولي إنما تصير تجارة المالك بعد الإجارة، فتجارته عن تراضٍ.

وقد حكى عن المجمع: أنَّ مذهب الإمامية والشافعية وغيرهم أنَّ معنى التراضي بالتجارة إمضاء البيع بالتفرق أو التّخاير بعد العقد، ولعلّه يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خيراً بعد خبر.

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 آية النهي عن الأكل بشيء من الآيتين في حذف الجزاء وقيام تعليله مقامه، فإن المذكور فيهما لا يصلح أن يكون جزاء مترتباً على الشرط الوارد فيهما ولكن الأمر في آية النهي عن الأكل ليس كذلك، وليس فيها تلك القرينة 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 السببية. فيكون المنهي عنه هو الأكل الخاص وهو الأكل بسبب الباطل، فيكون التجارة عن تراض من الاستثناء المنقطع، فإنه لولا الاستثناء لما تدخل في المستثنى منه.

وما قيل في وجه استحالة استثناء المنقطع وعدم كون (إلا) بمعنى (لكن) والاستشهاد بالمثاليين المتقدمين غير صحيح، غاية 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

(١) سورة آل عمران: الآية ٩٧.

(٢) سورة يوسف: الآية ٧٧.

وأما السنة [١]. فهي أخبار:

المجازي ليعم المستثنى، فإذا قيل: ما جاءني من العلماء إلا خادهم، فالمستثنى مع المستثنى منه يعد في العرف عائلة والأكل بالتجارة مع الأكل بالأسباب الباطلة يعد تملكاً بالسبب... وهكذا، فلاحظ وتدبر.

[١] الروايات التي ذكرها في المقام على طوائف.

الأولى: ما تضمن النهي عن بيع ما ليس عنده، وفي النبوي المحكي في أخبار العامة قوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»^(١) وفي رواية سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام ورواية حسين بن زيد عن الصادق عن آبائه في مناهي النبي ﷺ 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 في مكان يكون البائع فيه حال البيع.

وعلى ذلك فتكون هذه مساوية للطائفة الثانية، وهي: ما تضمن نفى البيع إلا إذا تعلق بملكه، كقوله في النبوي الآخر: «لا بيع إلا فيما يملك» بعد قوله: «لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك»، وهذا كما يظهر من الروايات المتعددة^(٣) إلغاء للبيع قبل الملك وإلغاء للطلاق قبل الزواج والعتق قبل الملك، ولو بأن يقول: «لو تزوجتك فأنت طالق»، أو «لو تملكك فأنت حر».

الثالثة: ما تضمن نفى الجواز عن بيع غير الملك، وفي التوقيع: «لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك»^(٤)، ولكن لا يخفى أن ظاهره

(١) راجع سنن البيهقي ٥: ٢٦٧، ٣١٧ و ٣٣٩.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٤٧ و ٤٨، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ و ٥.

(٣) كنز العمال ٩: ٦٤١، الحديث ٢٧٧٩، و راجع عوالي اللآلي ٢ و ٣: ٢٤٧ و ٢٥٥، الحديث ١٦ و ٣٨.

(٤) وسائل الشريعة ١٧: ٣٣٩، الباب ٢ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول.

منها: النبوي المستفيض، وهو قوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» فإن عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلطه على تسليمه، لعدم تملكه، فيكون مساوقاً للنبوي الآخر: «لا بيع إلا في ما يملك» بعد قوله ﷺ: «لا طلاق إلا في ما يملك، ولا عتق إلا في ما يملك»، ولما ورد في توقيع العسكري (صلوات الله عليه) إلى الصفار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك».

وما عن الحميري أن مولانا عليه السلام كتب في جواب بعض مسائله: «أن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكةا أو بأمره أو رضاً منه».

عدم نفوذ بيع ما لا يملكه بائعه.

وأما أنه لا يتم أيضاً لمالكة بإجازته فلا تتعرض له الصحيحة بقريئة الحكم في ذيلها بوجوب البيع ولزومه فيما يملك، فإن المقابلة المزبورة مقتضاها أن النفي والإثبات بالإضافة إلى البائع فقط.

الرابعة: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سأله رجل من أهل النبل عن أرض اشتراها بغم النبل، وأهل الأرض يقولون: هي أرضهم، وأهل الأستان يقولون: هي من أرضنا، فقال: لا تشتريها إلا برضا أهلها»^(١). ورواية الحميري أنه كتب إلى صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)، إلى أن قال: «فأجابه عليه السلام: الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالكةا أو بأمره أو رضى منه»^(٢). والرواية مرفوعة؛ لعدم ذكر الطبرسي سنده إلى الحميري، والمراد برضا المالك هو الرضا المحرز بإظهاره، وإلا فلا عبرة بالرضا المعلوم بغيره ولا يخرج العقد به عن الفضولية كما مر بيانه عند التعرض لقضية عروة البارقي، وكذا الحال في الرضا الوارد في صحيحة محمد بن

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٤، الباب الأول من أبواب عقد البيع، الحديث ٣.

(٢) المصدر السابق: ٣٣٧، الحديث ٨.

وما في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد في أرضٍ بفم النيل اشتراها رجل، وأهل الأرض يقولون: هي أرضنا، وأهل الأسياف يقولون: هي من أرضنا. فقال: «لا تشتريها إلا برضا أهلها».

وما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل «في رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، فكتب عليها كتاباً أنها قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيهما المال أم يمنعهما؟ قال: قل له: يمنعهما أشد المنع، فإنها باعت ما لم تملكه».

والجواب عن النبوي:

أولاً: أن الظاهر من الموصول [١] هي العين الشخصية للإجماع والنص على

مسلم واعتبار رضا أهل الأرض في تلك الصحيحة باعتبار أنهم ذو اليد عليها. والحاصل: مدلول الروایتين دخالة رضا المالك في تمام البيع والشراء، وهذا مما يقبله القائل بتمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة به، فإن إجازة المالك إظهار لرضاه بالبيع والشراء كما تقدم.

الخامسة: رواية محمد بن القاسم بن الفضل قال: «سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، وكتب عليها كتاباً بأنها قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيهما المال أم يمنعهما، قال: قل له: ليمنعها أشد المنع فإنها باعت ما لم تملكه»^(١). ولا يخفى ضعف الرواية سنداً؛ لعدم ثبوت توثيق لأبي عبد الله البرقي، مع أنها لا ترتبط بصحة بيع الفضولي بلحوق الإجازة وعدمها، فإن مدلولها عدم جواز القبض والإقباض للبائع غير المالك، وهذا أمر متسالم عليه بين القائلين بتمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة به وبين المنكرين له.

[١] المراد بما الموصولة في قوله عليه السلام العين الخارجيه، بقرينة ما ورد في صحة

بيع الكلبي على الذمة حالاً أو سلفاً ولو مع عدم تملك شيء منه حال البيع، وقد ورد في بعض الروايات الرد على العامة، حيث إنهم يجوزون بيع الكلبي سلفاً ولا يجوزون بيع الكلبي حالاً من غير أن يكون البائع مالئاً له حال البيع، كصحيحة عبدالرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً، قال: ليس به بأس، قلت: إنهم يفسدونه عندنا، قال: وأي شيء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأساً، يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود»^(١).

وهذا الرد منه عليه السلام مبني على مسلك العامة من أخذهم في الأحكام بالاستحسان والقياس إلى موارد النص، وبما أن جواز السلم مورد النص عندهم وأن تسليم المبيع منه يكون بعد مدة لا يعلم تمكن البائع فيه عليه فيكون بيع الكلبي حالاً مع إحراز التمكن على تسليمه أولى بالجواز.

وبعبارة أخرى: لو كان النهي عن بيع ما ليس عنده^(٢) أو ليس ما يملكه مطلقاً^(٣) فلا بد من رفع اليد عن إطلاقه وحمله على صورة كون المبيع عيناً خارجية، أو بنحو الكلبي في الخارج.

لا يقال: هذه الروايات مع ضعف إسنادها معارضة بمادل على جواز بيع الكلبي على الذمة حالاً، فتحمل لرعاية التقية؛ لوقوعها مورد التكذيب.

فإنه يقال: ليس في الروايات المشار إليها ما يدل على تكذيب المنقول عن النبي صلى الله عليه وآله، بل مدلولها جواز بيع الكلبي على الذمة حالاً أو سلفاً، فتكون مقيدة للنهي

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤٦، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

(٢) و (٣) مرّ سابقاً.

جواز بيع الكلّي، ومن البيع البيع لنفسه [١] لأن مالك العين، وحينئذٍ فإما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء، فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه، فلا يقع له ولا للمالك بعد إجازته. وإما أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه ثم يمضي ليشتره من ماله، قال: لأنّه ﷺ ذكره جواباً لحكيم بن حزام، حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضي ويشتره 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 ينافي أهليّته لتعقّب الإجازة من المالك.

المنقول ولا تصل النوبة مع الجمع العرفي بين المتعارضين إلى طرح أحدهما أو حمله على رعاية التقية، كما هو المقرر في بحث التعارض.

[١] والوجه في ظهوره في ذلك هو السؤال الوارد فيه، حيث سأل الحكيم النبي ﷺ عن بيع الشيء ثم اشترائه وتسليمه إلى مشتره. وعلى ذلك فالمحتمل فيه أحد أمرين:

الأول: كون النهي إرشاداً إلى فساد البيع الذي أنشأه البائع غير المالك لنفسه وكونه لغواً لا يقع له ولا لماله 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 ماله بإجازته. ويرجع إلى الاحتمال الثاني ما في روايتي خالد ويحيى الآيتين في مسألة بيع الفضولي لنفسه، أي مسألة وقوع بيع الفضولي لبائعه، كما إذا باع

وبعبارة أخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقه، فلا يدلّ على إلغائه بالنسبة إلى المالك حتّى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له، وهذا المعنى أظهر من الأوّل ونحن نقول به، كما سيحيي.

وثانياً: سلّمنا دلالة النبويّ على المنع، لكنّها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدّم من الأدلة الدالّة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكة إذا أجاز. وبما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالة قوله: «لا بيع إلّا في ملك»، فإنّ الظاهر منه كون المنفي هو البيع لنفسه، وأنّ النفي راجع إلى نفي الصّحة في حقه لا في حقّ المالك، مع أنّ العموم - لو سلّم - وجب تخصيصه بما دلّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز.

ثم ملك وأجاز، حيث إنّ الخبرين يذكّران في تلك المسألة وجهاً سابعاً من الوجوه المقتضية لبطلان ذلك البيع.

لا يقال: خصوص المورد في النبوي لا يكون موجباً لتخصيص عموم الجواب أو إطلاقه، وظاهر النهي عن بيع ما ليس عندك أو نفي البيع عنه عدم تمام ذلك البيع لا عن بايعه الفضولي ولا عن مالكة ولو بإجازته.

فإنه يقال: لو سلّم هذا الإطلاق أو العموم لزم رفع اليد عنه بالأخبار الخاصّة الواردة في عقد الفضولي والدالة على أنّ المعاملة الفضولية تتم للمالك مع إجازته، وليس المراد حمل إطلاق النهي أو عموم نفي البيع على ما ذكر، بقرينة وجوب الوفاء بالعقود^(١) أو دليل حل البيع^(٢)، فإنّ النهي أو النفي في النبوي بالإضافة إلى دليل وجوب الوفاء بالعقود أو دليل حل البيع خاص أو مقيد. ومن المقرر في محله أنّ إطلاق

(١) يعني الآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، سورة المائدة: الآية ١.

(٢) يعني الآية ﴿أَحْلَلْ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

المخصص أو المقيد يكون مقدماً على عموم العام وإطلاق المطلق، بل القرينة على حمل النبوي تلك الأخبار الخاصة الدالة على تمام بيع الفضولي لمالكة مع إجازته. وذكر المحقق الإيرواني في تعليقه^(١) أن النسبة بين الطائفتين، أي الأولى والثانية، وبين ما دل على تمام البيع فضلاً بلحوق الإجازة به عموم من وجه، فإن الطائفتين ظاهرتان في فساد البيع لنفسه، سواء أجازته المالك أولاً، فهاتان خاصتان من جهة قصد الفضولي البيع لنفسه وعامتان بلحوق الإجازة به وعدمه. وما دل على تمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة به خاصة من جهة لحوق الإجازة به، وعامة من جهة قصد الفضولي البيع لنفسه أو لمالكة، فيجتمعان فيما إذا قصد الفضولي البيع لنفسه مع لحوق الإجازة به، فمقتضى الطائفتين بطلانه ومقتضى ما ورد في تمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة صحته، فيتساقطان.

أقول: لا يخفى أن الكلام في المقام في المسألة الأولى من مسائل بيع الفضولي وهي ما إذا قصد الفضولي البيع عن مالكة مع لحوق الإجازة به، وإذا كان ذلك محكوماً بالصحة كما هو مقتضى كونه أحد موردي الافتراق، فيحكم بصحته بلحوق الإجازة به فيما إذا قصد الفضولي البيع لنفسه؛ لعدم احتمال الفرق بين المسألتين على ما سيأتي، مع أنه بعد تساقط الإطلاق من الجانبين يكون المرجع إطلاق حل البيع^(٢) وعموم وجوب الوفاء بالعقود^(٣).

أضف إلى ذلك أن النبوي مفاده عدم وقوع البيع للبائع الأجنبي، سواء أجازته المالك أم لا، وأما وقوعه للمالك بإجازته، سواء باع الفضولي لنفسه أو لمالكة، فهو مفاد

(١) حاشية المحقق الإيرواني رحمته الله على المكاسب: ١٢٢.

(٢) و (٣) مرّ سابقاً.

وأما الروايتان فدلالتهما على ما حملنا [١] عليه السابقين أوضح، وليس فيهما ما يدل - ولو بالعموم - على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز.

وأما الحصر في صحيحة ابن مسلم والتوقيع، فإنما هو في مقابلة عدم رضا أهل الأرض والضيعة رأساً، على ما يقتضيه السؤال فيهما.

وتوضيحه: أن التهي في مثل المقام وإن كان يقتضي الفساد إلا أنه بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه.

ومن المعلوم: أن عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه، ولذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً، ولذا عدّ في الشرائع والقواعد من شروط المتعاقدين، - أعني شروط الصحة - كون العاقد مالكا أو قائماً مقامه وإن أبيت إلا عن ظهور الروايتين [٢] في لغوية عقد الفضولي رأساً، وجب تخصيصهما بما تقدّم من أدلة الصحة. وأما رواية القاسم بن فضل، فلا دلالة فيها إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي، لأنه باع ما لا يملك، وهذا حق لا ينافي صحة الفضولي.

الروايات الخاصة الواردة في تمام بيع الفضولي بإجازة المالك فلا تعارض بينها وبين النبوي أصلاً، حيث إن المنفي في النبوي وهو وقوع البيع للبايع الفضولي لم يكن مورد الإثبات في تلك الروايات أصلاً.

[١] المراد بهما روايتا خالد^(١) ويحيى^(٢).

[٢] المراد بهما مكاتبة الحميري^(٣) وصحيحة محمد بن مسلم^(٤).

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشريعة ٥: ٥٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣.

(٣) وسائل الشريعة ١٧: ٣٣٧، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٨.

(٤) المصدر السابق: الحديث ٣.

وأما توقيع الصفار، فالظاهر منه نفي جواز البيع في ما لا يملك بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب وال لزوم، ويؤيده تصريحه عليه السلام بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك، فلا دلالة على عدم وقوعه لمالكه إذا أجاز.

وبالجملة: فالإنصاف أنه لا دلالة في تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز، ولا تعرض فيها إلا لنفي وقوعه للعائد.

الثالث: الإجماع على البطلان، ادّعاء الشيخ في الخلاف معترفاً بأن الصحة مذهب قوم من أصحابنا، معتذراً عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم، وادّعاء ابن زهرة أيضاً في الغنية، وادّعى الحلّي في باب المضاربة عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب.

والجواب: عدم الظن بالإجماع، بل الظن بعدمه، بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين والمفيد والمرضى والشيخ بنفسه في النهاية التي هي آخر مصنفاته على ما قيل وأتباعهم - على الصحة، وإطباق المتأخرين عليه، عدا فخر الدين وبعض متأخري المتأخرين.

الرابع: ما دلّ من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، فإن الرضا اللاحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف، ففي التوقيع المروي في الاحتجاج: لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه، ولا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً.

والجواب أن العقد [١] على مال الغير متوقفاً لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفاً فيه. نعم، لو فرض كون العقد علّة تامّة ولو عرفاً لحصول الآثار - كما في بيع المالك أو الغاصب المستقل - كان حكم العقد جوازاً ومنعاً حكم معلوله المترتب عليه.

[١] ذكر الله أولاً: بأن إجراء العقد على مال الغير إذا لم يقصد ترتيب الأثر

ثم لو فرض كونه تصرفاً، فمما استقلَّ العقل بجوازه مثل الاستضاءة والاصطلاء بنور الغير وناره، مع أنه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في هذا من المقال أو الحال، بناءً على أن ذلك لا يخرج عن الفضولي، مع أن تحريره لا يدل على الفساد، مع أنه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر عليه وعدم استقلاله في ذلك، ولا ينكره القائل بالصحة، خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقلة.

ومما ذكرنا ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري، بناءً على أن العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم، لأنفس القصد المقرون بهذا العقد. وقد يستدلّ للمنع بوجوه أخر ضعيفة، أقواها: أن

عليه بلا إجازة مالكة لا يكون تصرفاً في ذلك المال خارجاً ليكون محرماً تكليفاً، وقد مر سابقاً أن إجراءه لا يزيد على التكلم الذي لا يكون المتكلم متصرفاً إلّا في لسانه.

نعم، إذا كان البيع علة تامة 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 علة تامة أصلاً فإن 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 موجبة لحرمة نفس العقد الذي لا يخرج في حقيقته عن التكلم بالألفاظ وقصد المعاني منها. نعم، إذا كان البيع بنحو المعاطة يكون نفس القبض أولاً إقباض بقصد حصول البيع تصرفاً في ملك الغير، فيكون المحرم نفس القبض والإقباض لأحدهما بعنوان العقد كما لا يخفى. وذكر ثانياً: أنه لو فرض كون إجراء العقد على مال الغير تصرفاً ولكنه من قبيل

الاستضاءة بضوء الغير والاصطلاء بناره من قبيل التصرف الجائز عقلاً.

أقول: الاستضاءة والاصطلاء من قبيل الانتفاع بمال الغير الذي لا يكون فيه تصرف، وهذا الانتفاع محكوم في الشرع بالجواز؛ لعدم الدليل على حرمة، ومجرد

إجراء العقد على مال الغير فضولاً لا يكون من التصرف ولا من مجرد الانتفاع بمال الغير كما لا يخفى.

وذكر ثالثاً: بأنه لا ملازمة بين العقد فضولاً وبين حرمة حتى ما لو قلنا بحرمة التصرف والان تفاع بمال الغير، فإنه قد يعلم من الخارج وبالقرائن رضا المالك بإجراء العقد على ماله، وهذا لا يخرج عن الفضولية، كما مر في التكلم في قضية عروة البارقي^(١)، وعلى ذلك فلا يمكن الحكم بفساد العقد فضولاً في كل مورد بدعوى أنه محرم.

وذكر رابعاً: أنه على تقدير الملازمة بين فضولية العقد وحرمة فلا يمكن الحكم بفساده، فإن النهي عن المعاملة تكليفاً لا يقتضي فسادها.

وذكر خامساً: أنه على تقدير استفادة الفساد من الحرمة فالمستفاد فساد العقد من ناحية البائع الفضولي، بمعنى عدم كونه سبباً مستقلاً للنقل والانتقال لا الفساد حتى من جهة مالكة ولو مع إجازته بأن يكون العقد جزء السبب فيتم بإجازة المالك.

وبما ذكر ظهر أنه لو كان قصد العاقد الفضولي ترتيب الأثر على العقد وفرض سرية قبح هذا التجري إلى الفعل الخارجي، يعني العقد، فلا يكون قبح ذلك العقد أو حرمة من جهة التجري مقتضياً لفساده، إلا بمعنى عدم كونه سبباً تاماً.

أقول: ما ذكره - من أن حرمة بيع الفضولي على تقديرها لا تلازم فسادها، كما هو المقرر في محله من أن النهي عن المعاملة تكليفاً لا يقتضي فسادها - صحيح، وأما ما أفاده - من أنه على تقدير اقتضاء حرمتها فسادها لا يحكم أيضاً بفساد العقد الفضولي وأنه لا يتم بلحوق إجازة المالك؛ لأن مقتضى حرمة البيع فسادها، بمعنى عدم كونه سبباً

(١) مرّ سابقاً.

تأماً 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 رحمته الله ^(١) أن النهي عن معاملة إنمّا لا يقتضي فسادها فيما إذا تعلق النهي بالسبب، كما في النهي عن البيع وقت النداء، فإن مبغوضيته الإتيان بالإيجاب والقبول بما هو مَفَوّتٌ لصلاة الجمعة لا يقتضي مبغوضيته ملكية 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 سلطنة البائع على جعل ملكية المتاع للمشتري وعدم كونه محجوراً في هذا التصرف.

ولذا ذكر الفقهاء بطلان الإجارة في الواجبات المجانية، فإن إيجاب الشارع العمل على المكلف يوجب عدم سلطته على ذلك العمل وكونه محجوراً بالإضافة إليه. وكذا ذكروا بطلان بيع منذور الصدقة، فإن إيجاب الوفاء بالنذر والتصدق بذلك المال يوجب عدم كون المالك سلطاناً على التصرف وانتقاله إلى الآخر بالبيع ونحوه.

والحاصل: أن النهي عن المسبب باعتبار اقتضائه الحجر على المالك في جعل ملكية المتاع للغير يوجب بطلان البيع.

(١) فوائد الأصول ٢: ٤٥٨، ونقله عنه السيد الخوئي رحمته الله في محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٣٢٥.

أقول: المنع عن البيع بمعنى المسبب حقيقته المنع عن اعتبار ملكية المتاع للمشتري وهذه الملكية أمر يعتبرها البائع ومبغوضيتها من المالك، كما هو مدلول النهي عن المسبب، لا ينافي إمضاءها على تقدير حصولها.

ودعوى أن النهي يقتضي عدم تمكن المالك على إيجاده بالسبب، فإن أريد عدم تمكنه حقيقة فبطلانه أوضح من أن يذكر، وإن كان المراد عدم التمكن شرعاً فلا معنى له إلا مبغوضيته، كما هو فرض حرمة تكليفاً.

نعم، إذا كان النهي وضعياً فمفاده عدم إمضاء المسبب، وهذا خارج عن مورد الكلام. وبالجمله: النهي عن المعاملة بمعنى النهي عن السبب أو المسبب لا يقتضي فسادها. نعم، إذا كان متعلق النهي التحريمي عملاً يترتب على تمام البيع كحرمة القبض والإقباض، كما في بيع السلاح لأعداء الدين، حيث إن إقباضه شوكة لهم على المسلمين، فيمكن دعوى أن حرمة الإقباض تنافي صحة البيع المزبور، فإنه لا يمكن أن يعمه دليل حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد، فتأمل.

وأما مسألة نذر التصديق بالمال، فإن وجوب الوفاء بالنذر والتصديق بذلك المال لا يوجب خروجه عن ملك الناذر، كما أنه لا يوجب النهي عن سائر التصرفات المنافية للتصدق به؛ لأن الأمر بالشئ لا يقتضي النهي عن ضده الخاص.

وعليه فبيع المال المزبور وإن يلزم 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 بالمراجعة إلى كلماتهم.

نعم، إذا كان نذر الصدقة بمفاد نذر النتيجة لما صح بيع المال المنذور؛ لخروجه عن ملك الناذر بالنذر ودخوله في ملك المنذور لهم.

القدرة على التسليم معتبرة في صحة البيع، والفضولي غير قادر وأن الفضولي غير قاصد حقيقة [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 صحّة العقد مع الإجازة قدرة المجيز على تسليمه أو قدرة المشتري على تسلّمه على ما سيجيء، ويضعف الثاني بأنّ المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي والمكره، لا يزيد منه، بدليل الإجماع على صحّة نكاح الفضولي وبيع المكره بحق، فإنّ دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للإجماع كما ترى.

وأما مسألة الإجازة على الواجبات، فقد ذكرنا في ذلك البحث أنه لا مانع من أخذ الأجرة على الواجب، إلّا إذا كان متعلق الوجوب بالإتيان بالعمل مجاناً، بمعنى إلغاء المالية عن ذلك العمل، فإنه مع الإلغاء لم يصح أخذ الأجرة 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 صحة البيع إنشاء الملكية حقيقة بأن يرى العاقد بنظره ملكية المبيع للمشتري بإزاء الثمن، كما إذا كان العاقد مالكاً أو وكيلاً أو ولياً على المالك، وأما إذا كان العاقد فضولياً وبيع المال للمالك متوقفاً لإجازته، كما هو الفرض في المقام، فلا ريب في أنه لا يرى ملكية المبيع للمشتري بإزاء الثمن، فيكون كبيع الهازل في كونه لغواً.

والجواب: أنه إن أريد أنه يعتبر في صحة العقد أن يرى العاقد ملكية المبيع للمشتري بإزاء الثمن مطلقاً فاعتبار ذلك في حقيقة الإنشاء ممنوع، فإنه كيف يعتبره ملكاً للمشتري بإزاء الثمن ولو مع عدم قبول المشتري. وإن أريد اعتبارها ولو معلقاً

(١) نقله عنه السيد الخوئي^{رحمته} في محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٣٢٦.

المسألة الثانية: أن يسبقه منع المالك [١] والمشهور أيضاً صحته، وحكي 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 موله وكرهته، فإنه يقع باطلاً.

فهو موجود في العاقد الفضولي أيضاً، فإنه يرى ملكية المبيع للمشتري معلقاً على قبوله وإجازة 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 إجازة المالك^(١)، ويشير إلى ذلك كلام والده في «التذكرة»، حيث حمل النبوي: «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ - أَي زَانٌ -»^(٢) - بعد تضعيف سنده - على تزوجه بعد كراهة موله ومنعه^(٣)، ومقتضى إطلاقه عدم اعتبار لحوق الإجازة ورضا موله. 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 القرينة العامة وهي الغصب على عدم رضا المالك ببيعه^(٤). وكيف كان، قد ذكر المصنف رحمته الله في وجه عدم تمام هذا البيع بلحوق الإجازة أمرين:

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤١٧.

(٢) سنن البيهقي ٧: ١٢٧.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨٨.

(٤) جامع المقاصد ٤: ٦٩.

والظاهر أنه لا يفرق بين النكاح وغيره ويظهر من المحقق الثاني، حيث احتمل فساد بيع الغاصب، نظراً إلى القرينة الدالة على عدم الرضا وهي الغصب. وكيف كان، فهذا القول لا وجه له ظاهراً، عدا تخيّل: أن المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة المختصة بغير المقام، وأن العقد إذا وقع منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد - ولو أنا ما - كاف في الرد، فلا ينفع الإجازة اللاحقة، بناءً على أنه لا يعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطني بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد، لأن الحلف عليه أمانة عدم الرضا.

الأول: أن الدليل على صحة عقد الفضولي وتمامه بالإجازة رواية عروة البارقي^(١)، وهي لا تشمل صورة سبق المنع.

أقول: مقتضى ذلك أن يعتبر أيضاً في صحته بلحوق الإجازة رضا المالك به حال العقد واقعاً، كما هو المفروض في قضية عروة البارقي.

الثاني: أن بقاء النهي إلى ما بعد البيع وعدم نسخه إلى حصوله بمنزلة رد البيع. وفيه: أن النهي السابق كاشف عن عدم رضا المالك بالعقد، بمعنى كراهته له، وسيأتي إن شاء الله تعالى أن مجرد عدم الرضا بالبيع وكراهته له لا يكفي في رده، بل لا بد فيه من إلغاء إنشائه حتى لا ينفع لحوق الإجازة به. واستظهار كفايته من بعضهم^(٢) في مسألة حلف الموكل بعدم إذنه للوكيل في الشراء وبطلان الشراء بهذا الحلف ممنوع؛ لأن بطلان الشراء إنما هو فيما إذا كان للحلف ظهور في إلغاء الموكل الشراء

(١) أنظر سنن البيهقي ٦: ١١٢، وعوالي اللآلي ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦، ومستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) أنظر جامع المقاصد ٨: ٢٩٣، والمسالک ٥: ٣٠٠، ومفتاح الكرامة ٧: ٦٣٢.

هذا، ولكنّ الأقوى عدم الفرق، لعدم انحصار المستند حيثنّذ في رواية عروة، وكفاية العمومات، مضافاً إلى ترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس [١] وجريان فحوى أدلّة نكاح العبد بدون إذن مولاه مع ظهور المنع فيها ولو بشاهد الحال بين الموالي والعبيد. مع أنّ رواية إجازته صريحة في عدم قدح معصية السيّد، مع جريان المؤيّدات المتقدّمة له ببيع مال اليتيم والمغصوب ومخالفة العامل لما اشترط عليه ربّ المال الصّريح في منعه عمّا عداه [٢]

وأما ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد ولو أنّاً ما فلم يدلّ دليل على كونه فسخاً لا ينفع بعده الإجازة. وما ذكره في حلف الموكل غير مسلم، ولو سلّم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في ردّ البيع وعدم تسليمه له. ومما ذكرنا يظهر وجه صحّة عقد المكره بعد الرضا. وأنّ كراهة المالك حال العقد وبعد العقد لا تقدح في صحّته إذا لحقه الإجازة.

فعلاً، وإلا فالشراء المزبور أيضاً قابل للحقوق الإجازة.

والحاصل: أنّ ما دلّ على تمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة به في المسألة الأولى جارٍ مع مؤيّداته في هذه المسألة أيضاً، والتفصيل بين المسألتين بلا وجه.

[١] حيث إنّ الوارد فيها: «هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني»^(١)، والدعوى المزبورة - أي بيعها بغير إذنه - يصدق مع النهي السابق عنه وبدونه، وترك الاستفصال في الجواب مقتضاه عدم الفرق بين الصورتين وتامم البيع بلحوق الإجازة به، ولكن لا يخفى أنه لو كان قد نهى ابنه عن بيع الوليدة لكان الأنسب أن يذكره في دعواه لأن يدعى أنّ ابنه باعها بغير إذنه.

[٢] يعني: اشتراط ربّ المال على العامل صريح في منع العامل عن غير ما اشترط

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث الأول.

المسألة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب، وقد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع، كما في مورد صحيحة الحلبي المتقدمة في الإقالة بوضيعة [١].

والأقوى فيه: الصحة وفاقاً للمشهور، للعمومات المتقدمة بالتقريب المتقدم، وفحوى الصحة في النكاح [٢] وأكثر ما تقدم من المؤيدات مع ظهور صحيحة ابن قيس [٣] المتقدمة ولا وجه للفرق بينه وبين ما تقدم من بيع الفضولي للمالك إلا وجوه تظهر من كلمات جماعة بعضها مختص ببيع الغاصب، وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة.

عليه، كما لو اشترط عليه أن يشتري غير الحيوان، فإنه صريح في منعه عن شراء الحيوان. [١] حيث كان المفروض فيها إقالة البائع مع جهله بفسادها، ومعه يكون بيعه 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 الفضولية في النكاح لعدم رضا مولاه بالنكاح، وطرفا النكاح العبد والمرأة والمولى خارج عن طرفيه، وإنما يعتبر رضاه في حصوله وبعد الإجازة تثبت الزوجية المفروضة. بخلاف المقام، فإن الملكية المنشأة تكون للبائع الفضولي وبعد الإجازة تثبت للمالك، فلا يستفاد صحة هذه من فحوى النكاح. [٣] لم يظهر وجه ظهورها^(٢) في أن بيع الوليدة فيها من ابن مولاه كان بدعوى

(١) يشير رحمته إلى صحيحة الحلبي المتقدمة، وسائل الشيعة ١٨: ٧١، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١.

(٢) أي ظهور صحيحة ابن قيس المتقدمة، وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١.

منها: إطلاق ما تقدّم من النبويين: «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 تعرّض 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 قرينة عدم الرضا.
وفيه:

أولاً: أنّ الكلام في الأعمّ من بيع الغاصب.
وثانياً: أنّ الغصب أمانة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً، فقد يرضى
المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة [١] وتملّك 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 حقيقة المعاوضة
إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر. فالمعاوضة
الحقيقيّة غير متصوّرة، فحقيقته يرجع إلى إعطاء المبيع وأخذ الثمن لنفسه، وهذا
ليس بيعاً [٢].

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، يعني قد يرضى المالك ببيع الغاصب الذي باع المال
لرجاء أن يجيزه مالكة ويتملك ذلك المالك الثمن، وهذا يتصور في بعض صور
الاستيلاء على مال الغير على وجه الضمان.
[٢] يعني: تمليك مال الغير للطرف مجاناً وتملك الثمن لنفسه من حقيقة البيع

والجواب من ذلك. مع اختصاصه ببيع الغاصب [١] أن قسد المعاوضة الحقيقية مبني [٢] على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقياً، وإن كان هذا الجعل لا حقيقة له لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقة نظير المجاز الادعائي في الأصول. نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثلث ولا اعتقاد له، كانت المعاملة باطلة غير واقعة له ولا للمالك، لعدم تحقق معنى المعاوضة. ولذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل، ولم يقع له ولا لغيره. والمراد ما لو

المفروض كونه نوعاً من المعاوضة.

[١] يعني: ما ذكر من عدم قصد المعاوضة حقيقة يكون في بيع الغاصب، حيث مع علمه بأن المتاع ملك الغير لا يمكن له إنشاء المعاوضة والقصد بتملك الثمن لنفسه وإعطاء مال الغير، بل يكون تمليك المتاع من الهبة فضولاً وتملكه الثمن من المشتري تملكاً مجانياً. وأما غير الغاصب كالجاهل بفساد الإقالة في صحيحة الحلبي المتقدمة، فهو يقصد دخول الثمن في ملك من يخرج المتاع عن ملكه، غاية 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 المعاوضة حقيقة.

[٢] يعني: كما أن في مورد الاستعارة يكون اللفظ مستعملاً في معناه الحقيقي ويكون تطبيق ذلك المعنى بالعناية والادعاء، كذلك في مورد بيع الغاصب يكون إنشاء المعاوضة وقصدها بصيغة «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 المعاوضة، حيث يكون إنشاؤها بعد البناء المزبور كإنشاء المالك من غير فرق بينهما.

قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه. وقد تخيل بعض المحققين: أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام، وهو ما لو باع مال غيره لنفسه، لأنه عكسه وقد عرفت أن عكسه هو ما إذا قصد تملك الثمن من دون بناء ولا اعتقاد لتمكن المثلث لأن المفروض [١] الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز.

نعم، لو باع مال غيره لنفسه من دون البناء على كونه مالاً لم يحصل البيع لاله ولا للمالك حتى مع لحوق الإجازة؛ ولذاذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره بأن يقصد تملك الغير المبيع من بانه بإزاء ثمن يدفعه المشتري إلى البائع بطل، باعتبار أن مع القصد كذلك لا تتحقق المعاوضة.

وربما ذكر بعض المحققين أن 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، فإن هذا لا تنفعه الإجازة، بخلاف صورة 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 المالك، كما أنه لو فرض صحة 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 رحمته الله - كما عن المحقق الإيرواني ^(١) - من أن

(١) حاشية المحقق الإيرواني رحمته الله على المكاسب: ١٢٨.

المعاوضة المنشأة إذا كانت مبنية على الادعاء والتزليل لا تكون المعاوضة حقيقة، وخطاب حل البيع^(١) أو وجوب الوفاء بالعقد^(٢) ناظر إلى ما كان بيعاً حقيقياً وعقداً واقعياً.

وبتعبير آخر: بناء الغاصب على تملك المتاع الذي باعه، إما واسطة في العروض بأن يبيع المتاع لعنوان مالكة وادعى انطباق ذلك العنوان على نفسه، وهذا خلاف الوجدان؛ لما سيأتي من أن المتاع ملك للشخص لا للعنوان، ولا يحصل الإنشاء على العنوان المزبور. وإما واسطة في الثبوت بأن يبيع المتاع لنفسه بدعوى أنه مالك.

ويرد عليه أن هذا بيع صوري، وفي الحقيقة يخرج المتاع عن ملك مالكة، وقد قصد دخول العوض في ملك الغاصب، فيرجع المنشأ إلى تملكين مجانيين فلا يعمه خطاب حل البيع ولا خطاب وجوب الوفاء بالعقد، أي العقد البيعي.

ولكن لا يخفى ما في الإيراد، فإن بناء الفضولي على تملك المتاع لا واسطة في العروض ولا واسطة في الثبوت، وذلك فإن دخول العوض في ملك معطي المعوض من لوازم البيع ومقتضاه وليس بداخل في حقيقة البيع، حيث إن البيع عبارة عن تملك المال بالعوض، وإذا قصد خلاف مقتضى البيع بأن يكون معطي المعوض هو زيد ويدخل العوض في ملك عمرو، فلا يتمشى من العاقد مع هذا القصد إنشاء للبيع، نظير ما ذكره في اعتبار أن لا يكون الشرط في المعاملة 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 المطالبة بالمبيع والتصرف فيه أصلاً، فإن حق المطالبة بالمبيع والتصرف فيه وإن لم يدخل في مدلول البيع، إلا أن البناء على عدم حق

(١) يعني الآية ﴿أَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) يعني الآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، سورة المائدة: الآية ١.

المشتري في مطالبته بالمبيع والتصرف فيه إلى الأبد لا يجتمع مع قصد تملك المتاع منه، فإن جعل الملكية له مع القصد المزبور بلا معنى.

وعلى ذلك، فإذا باع الفضولي المتاع من زيد بقصد أن يتملك 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 يَمْضِيهِ الشرع، فإن أجاز المالك البيع المنشأ من الغاصب يترتب عليه مقتضاه الواقعي وهو دخول الثمن في ملك مالك المتاع، نظير بيع المتاع في الإقالة الفاسدة، كما هو مورد صحيحة الحلبي المتقدمة. فإن بناء البائع على كونه مالئاً 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) من أن مقتضى البيع دخول الثمن في ملك من يخرج منه المثل غير صحيح، بل حقيقة البيع ليس إلا الإعطاء اللامجان. ولو أعطى زيد المتاع للمشتري ليدخل الثمن في ملك شخص ثالث صح البيع؛ ولذا يصح بيع الكلبي على الذمة سلماً أو حالاً مع عدم كون ذلك الكلبي ملكاً للبائع، وكذا يصح بيع الأوقاف

(١) نقله عنه السيد الخوئي رحمه الله في محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٢٣٠.

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 الذمة فلا شهادة فيه على أنه لا يكون البيع هو التملك بعوض وأنه ليس مقتضاه دخول الثمن في ملك من يعطى المعوض للمشتري، وإنما يكون شاهداً على أنه ليس البيع في حقيقته إنشاء معاوضة ومبادلة بأن يعتبر في البيع كون المبيع ملكاً لبائعه، ولكن لا شهادة في بيع الزكوات والأوقاف أصلاً، فإن في بيع الزكاة 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 الثمانية 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 تقدّم أن البناء على كون المتاع مال الغير، والقصد إلى تملك الثمن من المعطى له لا يجتمع مع قصد إنشاء البيع فكيف يتم بإجازة المالك؟

وأما ما هو المتعارف من أن المشتري يقول لمالك المتاع: «سلمه إلى فلان بهذا الثمن»، فهو من الحقيقة توكيل للبائع في تملك المتاع إلى ذلك الشخص بعد دخوله في ملك المشتري، وكذا الحال فيما إذا قال للغير: «اشتر بمالي هذا كتاباً لنفسك»، فإنه أيضاً في الحقيقة توكيل للعائد في تملك المبيع لنفسه بعد الاشتراء أو تملك ذلك

ومنها: أَنَّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلّقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافياً لصحة العقد [١] لأنّ معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلثين بإجازته، وإن تعلّقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف، لا إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، والمجاز غير منشأ.

وقد أجاب المحقق القمي رحمته الله عن هذا - في بعض أجوبة مسائله - بأنّ الإجازة في هذه الصّورة مصحّحة للبيع، لا بمعنى حقوق الإجازة لنفس العقد - كما في الفضولي المعهود - بل بمعنى تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك ووقوع البيع عنه، وقال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه.

وقد صرح في موضع آخر: 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 تصوير - كما اعترف - معاوضة جديدة من طرف المجيز والمشتري، لأنّ المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور، لأنّ قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشتري إنّما رضي بذلك الإيجاب المغاير لمؤدّي الإجازة، فإذا التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد، وبعدم الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً، فقد

المال منه على أن يصرفه في شراء الكتاب.

[١] يعني: إجازة ما قصده الفضولي تكون منافية لصحة العقد؛ لأنّ معنى صحة العقد بالإجازة وقوع المعاملة للمالك بدخول الثمن في ملكه، وعقد الفضولي مدلوله دخول الثمن في ملك الفضولي لا المالك. وإن فرض تعلق الإجازة بغير المقصود، بأنّ

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: أنَّ الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل فهو بيع بغير لفظ البيع قائم مقام إيجاب البائع، وينضم إليه القبول المتقدم من المشتري. وهذا لا يجري 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، فالإكتفاء عنه بمجرّد إجازة البائع الرّاجعة إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه، التزام بكفاية رضا البائع وإنشائه

يكون مقتضى الإجازة دخول الثمن في ملك المالك لا الفضولي، فلازمه كون الإجازة عقداً مستأنفاً لإمضاء للعقد المنشأ سابقاً، حيث إن دخول الثمن في ملك المالك لم ينشأ لأصالة ولا فضولاً.

وأجاب عن الإشكال المحقق القمي^(١) في أجوبة بعض مسائله أنَّ إجازة المالك في هذه الصورة تكون مصححة للعقد السابق ولا تكون مجرد إمضاء لمضمونه، كما في المسألتين الأولى والثانية. والتصحيح هو صرف البيع عن الفضولي وإضافته إلى المالك، نظير ما في مسألة من باع شيئاً ثم ملك، فإنه كما تكون الإجازة في تلك المسألة صرفاً للبيع المزبور عن مالكة السابق إلى العاقد، كذلك في هذه المسألة تكون صرفاً لمضمون العقد عن العاقد فضولاً وإضافة له إلى المالك.

وهذا التصحيح كما صرح به المحقق القمي في موضع آخر^(٢)، في حقيقته عبارة

(١) جامع الشتات ٢: ٣١٩، غنائم الأيام: ٥٥٤.

(٢) راجع جامع الشتات ٢: ٢٧٦، وفي الصفحة 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 مغايرة ما وقع لما أجزى [١]

وتوضيحه: أن البائع الفضولي إنما قصد تملك المثلث للمشتري بإزاء الثمن، وأما كون الثمن مالا له أو لغيره، فأيجاب البيع ساكت عنه، فيرجع فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك مالك المعوض، تحقيقاً لمعنى المعاوضة والمبادلة. وحيث إن البائع يملك المثلث بانياً على تملكه له وتسلمته عليه عدواناً أو اعتقاداً، لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن والتسلط عليه، وهذا معنى قصد بيعه لنفسه. وحيث إن المثلث ملكاً لمالكه واقعاً فإذا أجاز المعاوضة

عن إنشاء تبديل في مضمون العقد، ولذا أورد عليه المصنف أن لازم ذلك أن تكون إجازة المالك عقداً مستأنفاً يتضمن الإيجاب والقبول لا إيجاباً مستأنفاً لينضم إلى القبول السابق فيلتم العقد؛ يمكن احتمالاه، كما حكاه كاشف الرموز عن شيخه^(١). وذلك فإن قبول العقد السابق إنما 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 المتقدم. وكون الإجازة بمنزلة العقد المستأنف وقيامها مقام الإيجاب والقبول خلاف الإجماع، وخلاف العقل الحاكم بعدم تمام المركب ومنه العقد إلا بأجزائه، وهي في المقام الإيجاب والقبول المزبور كون أحدهما فعلاً للبائع والآخر للمشتري.

[١] وحاصله أن ما قصده الفضولي أمران:

أحدهما: إنشاء البيع وحقيقته تملك المال بعوض لا مجاناً، ومقتضى ذلك أن يكون الثمن داخلاً في ملك من يعطى منه المبيع. وثانيهما: دخول الثمن في ملك

(١) أنظر كشف الرموز ١: ٤٤٥-٤٤٦.

انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتى يتردد الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين، بل مفهوم الإيجاب هو تملك الثمن بعوض من دون تعرض 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 مَلَكْتُ - هذا الثوب بهذه الدراهم، فإن مفهوم هذا الإنشاء هو تملك الفضولي للثوب، فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلا بد من التزام كون الإجازة نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأه الفضولي الغاصب.

العائد الفضولي، سواء كان غاصباً أو معتقداً بكونه مالكا للمبيع خطأ. وقصد الأمر الثاني لا ينافي الأول، حيث إن قصد المعاوضة - كما تقدم - لا يجتمع مع قصد دخول الثمن في ملك العائد فيما إذا لم يكن العائد 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: تملكك. فالمنشأ في هذه الصورة أمر واحد وهو تملك الفضولي، وهذا لا يصح للمالك بإجازته. وأجاب الله عن ذلك بأن إنشاء تملك الثوب لنفسه إنما هو باعتبار كونه مالكا للدراهم اعتقاداً أو بناءً، وإلا لم يثبت عنوان البيع والمعاوضة.

وبالجملة، فنسبة المتكلم الفضولي ملك المثلث 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 رحمته في التذكرة، حيث قال: لو باع الفضولي مع جهل الآخر فإشكال، من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد، ولا يتفرض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته، لأنه حينئذٍ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصلياً أو نائباً، ولذا يجوز مخاطبته وإسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائباً، وليس إلا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائباً، فإذا صحّ اعتباره نائباً صحّ اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائباً أو أصلياً، أما الفضولي فهو أجنبي عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار.

وبتعبير آخر: كونه مالكا للدراهم جهة تقييدية في تملكه الثوب فيكون تمليك الثوب بعنوان كونه مالكا للدراهم في الحقيقة تمليكا لعنوان مالك الدراهم، حيث إن الثابت لشيء من جهة تقييدية ثابت لنفس تلك الجهة، وعلى ذلك فتمت المعاملة لمالك الدراهم بإجازته.

أقول: إنشاء الملك لعنوان مالك الثمن ولو كان عنوانه جهة تقييدية 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.

والمتعين 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

وقد تفتّن بعض المعاصرين لهذا الإشكال في بعض كلماته، فالتزم تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه، مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى وأكثر النصوص المتقدمة في المسألة كما اعترف به أخيراً، وأخرى بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذة فيها. وفيه: أن حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الإشكال - أعني قول المشتري الغاصب: تملكّت 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.

قصد الفضولي من القرينة، كما في قول البائع الغاصب للمشتري: بعث هذا المال بكذا، وبين أن يكون المنشأ تملك الغاصب المال من الأصيل ويستفاد إنشاء المعاوضة بالتبع، كما في قول المشتري الغاصب: تملكّت 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 لتملك المال بعوض، وأما القبول فلا يكون ركناً للبيع ولا العقد، بل إمضاء لإيجاب البائع وتمليكه المال بعوض.

وبتعبير آخر: الإيجاب من المالك يتضمن التملك 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 فضولية 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 التفصي أن يقال: إن نسبة الملك إلى الفضولي العاقد لنفسه في 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، ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال بإزاء مال غيره، فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون إلا إذا كان مالكا حقيقياً أو إدعائياً، فلو لم يكن أحدهما وعقد لنفسه لم يتحقق المعاوضة والمبادلة حقيقة، فإذا قال الفضولي الغاصب المشتري لنفسه: «تملكت منك كذا بكذا» فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا من حيث هو، بل من حيث عدّ نفسه

في الحقيقة إيجاب، وإجازة المالك بعد ذلك قبول لذلك الإيجاب، وأما إنشاء الفضولي 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 لتملك المال أو تملكه بعوض، وأما القبول فهو إجازة للإيجاب فلا يحتاج إليه إلا إذا كان الإيجاب فضولياً من ناحية الثمن أو المثل.

والثاني: أنه لا يعتبر الموالاة بين الإيجاب والقبول، وإجازة المالك المجيز يعتبر قبولاً لإيجاب الأصل الذي يكون فضولياً من جهة الثمن أو المثل، فيكون الإيجاب المزبور أصلياً من جهة كلا العوضين، فيعمر إطلاق حل البيع أو عموم وجوب الوفاء. أقول: لا ينبغي الريب في 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 في أن يكون صدق العنوان على فعل شخص موقوفاً على صدور الفعل عن شخص آخر، ونظير ذلك في غير المعاملات ما ذكرناه في عنوان غيبة

مالكاً اعتقاداً أو عدواناً. وحيث إن الثابت للشيء من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية، فالمسند إليه التملك حقيقة هو المالك للثمن، إلا أن الفضولي لما بنى على أنه المالك المسلط على الثمن أسند ملك المثلث الذي هو بدل الثمن إلى نفسه، فالإجازة الحاصلة من المالك متعلقة بإنشاء الفضولي وهو التملك المسند إلى مالك الثمن، وهو حقيقة نفس المجيز، فيلزم من ذلك انتقال المثلث إليه. هذا،

المؤمن فإن غيبته عبارة 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 إن تمييز فعل البائع عن فعل المشتري يكون بالعرف، فإنه ليس للشراء حقيقة غير ما عند العقلاء، ولا ينبغي الرب في أن الاشتراء عندهم الذي يحصل بالقبول ليس بمعنى إجازة الإيجاب، فإن إجازة الإيجاب في مقابل رده يقوم مقام الإذن في الإيجاب؛ ولذا تحصل إجازة الإيجاب ورده في مورد لم يكن للموجب فيه سلطنة على الإيجاب. فمفاد القبول عندهم المصحح لإطلاق عنوان الاشتراء عليه في باب البيع عبارة عن إنشاء تملك المثلث بإزاء الثمن، ألا ترى أنه لم يعهد من أحد القول بأن انتقال الثمن إلى ملك البائع وانتقال المثلث إلى ملك المشتري يحصل من حين تمام الإيجاب، بل كلهم متفقون على أن حصول النقل والانتقال بعد تمام القبول؟

وقد ذكرنا أن الأمر كذلك حتى في نظر المتعاقدين، حيث إن الموجب يجعل ملكية متاعه للطرف من حين إنشاء الطرف تملكه، ولكن المشهور في بيع الفضولي يلتزمون بالكشف وأن مبدأ النقل والانتقال يكون من حين تمام العقد لا من حين

مع أنه ربما يلتزم صحة أن تكون الإجازة لعقد الفضولي [١] موجبة لصيرورة العوض ملكاً للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد، وتبعه غير واحد من أجلاء تلامذته.

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 الدارجة بين العقلاء يمكن له الجزم بأن اعتبار القبول في المعاملات ليس باعتبار أنه إجازة لجهة فضولية في الإيجاب، ألا ترى الهبة وهو تملك المال للغير مجاناً يحتاج إلى القبول، مع أنه ليس في الهبة تصرف في مال الغير أصلاً؟

وقد ظهر مما ذكر أنه لا يمكن حصول البيع بالايجاب فقط حتى فيما كان الموجب وكيلًا أو وليًا بالإضافة إلى مالك الثمن ومالك الثمن، فإن قوله: «بعت هذا بكذا»، إنشاء لتمليك المال بالعوض، وذكرنا أن مجرد ذلك لا يكون بيعاً، بل لابد 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 مبنيًا على أن صحة العقد بإجازة المالك مقتضاها وقوع المعاملة له بأن يكون الثمن - مثلاً - داخلًا في ملكه بإجازته. وقد نوقش في ذلك - كما مر - بأن الصحة 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 عقدًا مستأنفًا، لأنها إمضاء لمضمون العقد السابق.

والكلام فعلاً راجع إلى أن صحة عقد الفضولي يمكن أن تكون على طبق مضمون العقد بأن تكون إجازة المالك موجبة لوقوع المعاملة وتاميتها للعاقد.

وتقرير ذلك بوجهين:

وذكر بعضهم في ذلك وجهين:

أحدهما: أنَّ قضية بيع مال الغير عن نفسه والشراء بمال الغير لنفسه، جعل ذلك المال له ضمناً، حتَّى أنه على فرض صحّة ذلك البيع أو الشراء تملّكه قبل أن ينتقله 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 تمليك ضمّنّي حاصل ببيعه أو الشراء.

أحدهما: أنَّ العاقد الفضولي يعتبر المال ملكاً لنفسه أولاً؛ ليكون بيعه باعتبار ذلك موجباً لدخول العوض في ملكه، وكما أنَّ الإذن في هذا النحو من البيع في الحقيقة توكيل له في تملكه المال أولاً، ثم يبيعه؛ 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 المعاوضة دخول أحد المالين 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 المعاوضة.

وأورد المصنف رحمته الله على الوجه الأول، بأنّ بناء العاقد وقصده تملك المال قبل بيعه، لا يفيد شيئاً ولا يدخل بذلك المال في ملكه حتَّى فيما إذا كان بإذن المالك، فإنه لا بد في تملك المال من إنشاء تملكه قولاً أو فعلاً ولو بمثل ما إذا أنشأ ذلك بقوله: بعث هذا المال لنفسك بكذا، بأن قصد به جعل المال له أولاً، ثم تمليكه للآخر. ولكن المفروض في

ونقول في 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 تقضي بحصول الانتقال الذي يتضمنه البيع الصحيح، فتلك الإجازة اللاحقة قائمة مقام الإذن السابق، قاضية بتمليك المبيع، ليقع البيع في ملكه، ولا مانع منه. الثاني: أنّه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقِد في انتقال بدله إليه، بل يكفي أن يكون مأذوناً في بيعه لنفسه أو الشراء به، فلو قال: «بع هذا لنفسك» أو «اشتر لك بهذا»، ملك الثمن في الصّورة الأولى بانتقال المبيع عن مالكه إلى المشتري، وكذا ملك المثلث في الصّورة الثانية، ويتفرّع عليه: أنّه لو اتّفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك إلى مالكه، دون العاقِد.

أقول: وفي كلا الوجهين نظر:

أمّا الأوّل: فلأنّ صحّة الإذن في بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعة، كما تقدّم في بعض فروع المعاوضة، مع أنّ قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق، لأنّ الإذن في البيع يحتمل فيه أن يوجب - من باب الاقتضاء - تقدير الملك أنّاً ما قبل البيع، بخلاف الإجازة، فإنّها لا تتعلّق إلّا بما وقع سابقاً، والمفروض أنّه لم يقع إلّا مبادلة مال الغير بمال آخر.

مثل الغاصب أنّه يعتبر المال ملكاً قبل بيعه، ويكون بيعه مجرد التصرف في ماله. وبالجملة: فالإذن السابق لا يفيد في هذا النحو من التملك الذي يكون بمجرد البناء والقصد، فكيف إذا كان بالإجازة اللاحقة.

وبهذا يظهر الحال في مسألة ما إذا قال له: «بع مالي لنفسك» أو «اشتر لنفسك بمالي»، فإنه إذا حصل من المأذون إنشاء تملك المال لنفسه ولو مقارناً للتصرف فيه ببيعته من الغير فهو، وإلّا فلا يفيد الإذن المزبور شيئاً، ويكون بيعه واقعاً عن المالك لا محالة.

نعم، لما بنى هو على ملكية ذلك المال عدواناً أو اعتقاداً قصد بالمعاوضة رجوع البديل إليه، فالإجازة من المالك إن رجعت إلى نفس المبادلة أفادت دخول البديل في ملك المجيز، وإن رجعت إلى المبادلة منضمّة إلى بناء العاقد على تملك المال، فهي وإن أفادت دخول البديل في ملك العاقد، إلّا أنّ مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملك وإمضائه له، إذ بعد إمضائه يقع البيع في ملك العاقد فيملك البديل، إلّا أنّ من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة في تأثير ذلك البناء في تحقّق متعلّقه شرعاً، بل الدليل على عدمه، لأنّ هذا ممّا لا يؤثر فيه الإذن، لأنّ الإذن في التملك لا يؤثر التملك، فكيف إجازته؟

وأما الثاني: فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة، ولذا صرح العلامة رحمته - في غير موضع من كتبه - تارةً بأنّه لا يتصور، وأخرى بأنّه لا يعقل أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئاً بل ادّعى بعضهم في مسألة قبض المبيع: عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن: «اشتر لنفسك به طعاماً» وقد صرح به الشيخ والمحقق وغيرهما.

نعم، سيأتي في مسألة جواز تتبّع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب، أنّ ظاهر جماعة - كقطب الدين والشَّهيد وغيرهما -: أنّ الغاصب مسلّط على الثمن وإن لم يملكه، فإذا اشترى به شيئاً ملكه، وظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن ويملك المثلّث المشتري [١] إلّا أن يحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع

وأجاب رحمته عن الوجه الثاني بما تقدّم من أنّه لا يمكن في المعاوضة دخول أحد العوضين في ملك من لا يخرج المال الآخر عن ملكه، وإلّا كان تملك كل من المالين مجانياً.

[١] المشتري بصيغة المفعول صفة للمثلّث.

الغاصب للمثمن مطلقاً [١] كما نسبته الفخر رحمته إلى الأصحاب، أو أنا ما قبل أن يشتري به شيئاً تصحيحاً للشراء.

وكيف كان: فالأولى في التفصي عن الإشكال المذكور في البيع لنفسه ما ذكرنا. ثم إن مما ذكرنا - من أن نسبة ملك العوض حقيقة إنما هو إلى مالك المعوض لكتنه بحسب بناء الطرفين على مالكية الغاصب للعوض منسوب إليه - يظهر اندفاع إشكال آخر [٢] في صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتري وهو: أن المشتري

[١] المراد بالإطلاق تملك الغاصب الثمن من الأول في مقابل تملكه أنا ما قبل التصرف فيه^(١).

[٢] لا يخفى أن هذا الإشكال لا يدفع بالالتزام بجعل ملك العوضين لعنوان مالك الثمن والمثمن، بل يجري حتى بناءً على الالتزام المزبور، فإن حاصل الإشكال أنه في مورد بيع البائع الفضولي المال لنفسه وقبض الثمن من المشتري العالم بالحال لا يمكن أن تكون إجازة المالك نافذة؛ لاستلزام نفوذها كون البيع بلا ثمن. وبيان ذلك: أنه قد أورد على صحة البيع في المسألة الثالثة بإجازة المالك بوجه آخر، وهو أن المنسوب إلى الأصحاب عدم جواز رجوع المشتري الأصيل إلى البائع الغاصب بالثمن المدفوع إليه، مع العلم بالحال فيما إذا رد مالك المبيع البيع المزبور، وهذا الحكم كاشف عن صيرورة الثمن ملكاً للغاصب.

وعلى ذلك، فإجازة المالك لا تفيد شيئاً ولا يدخل الثمن في ملكه؛ لأن البيع في الفرض بلا ثمن، ولعل نظر العلامة رحمته إلى ذلك، حيث قال بعد الإشكال في صحة الفضولي مع جهل المشتري: «إن الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل»^(٢).

(١) نسبته الفخر إلى الأصحاب، كما في المتن، إيضاح الفوائد ١: ٤١٧.

(٢) التذكرة ١: ٤٦٣.

الأصيل إذا كان عالماً 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 الحقيقية، وإلا لكان ردّها موجباً لرجوع كلّ عوض إلى مالكه، 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 صحة بيع الفضولي مع جهل المشتري -: إن الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل، انتهى.

أقول: هذا الإشكال - بناءً على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردّ المالك وبقائه، وبعد تسليم أن الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديري الردّ والإجازة، لا التسليط المراعى بعدم إجازة البيع - إنما يتوجّه على القول بالنقل، حيث إنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

وأجاب المصنف رحمته الله عن ذلك بما توضّحه: أن ملك الثمن للغاصب لا يحصل بمجرد العقد، بل بالعقد يجعل ملك الثمن لمالك المبيع وملك المبيع لمالك الثمن، غاية الأمر يكون المشتري العالم بالحال دفعه الثمن إلى الغاصب تسليطاً للغاصب على الثمن مجاناً. فإنّ إجازة المالك البيع وقلنا بكون الإجازة كاشفة بكون 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 انمول بالكشف، فلا يتوجه إشكال أصلاً، لأنّ الردّ كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً له على مال نفسه، والإجازة كاشفة عن كونه تسليطاً له على ما يملكه غيره بالعقد السّابق على التّسليط الحاصل بالإقباض، ولذا لو لم يقبضه الثمن حتّى أجاز المالك أو ردّ، لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري أو المالك. وسيأتي في مسألة جواز تتبّع العقود للمالك تتمّة لذلك، فانتظر.

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 تملك المال مجاناً فكونه مراعى بعدم الإجازة يوجب بطلانه؛ لأنّه من التعليق في الهبة، فلا بد من أن يكون المراد منه هو الإذن في كلّ تصرف حتّى الموقوف على الملك بأن يملك المال أولاً، ثم يتصرّف فيه. وأن بطلان تسليط المشتري الغاصب على الثمن يبتنى على الكشف الحقيقي في الإجازة ولو بأن يكون الشرط في صحة 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 المثلث والثمن 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

ثم أعلم: أن الكلام في صحة بيع الفضولي [١] لنفسه - غاصباً كان أو غيره - إنما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز، وهو الذي لم يفرق المشهور بينه وبين الفضولي البائع للمالك، لا لنفسه.

وأما الكلام في صحة بيع الفضولي ووقوعه لنفسه إذا صار مالكا للمبيع وأجاز - سواء باع لنفسه أو المالك - فلا دخل له بما نحن فيه، لأن الكلام هنا في وقوع البيع للمالك، وهناك في وقوعه للعائد إذا ملك. ومن هنا يعلم: أن ما ذكره في الرياض من أن بيع الفضولي لنفسه باطل ونسب إلى التذكرة نفي الخلاف فيه في غير محله، إلا أن يريد ما ذكرناه، وهو خلاف ظاهر كلامه.

بقي هنا أمران:

الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عيناً أو ديناً في ذمة الغير، ومنه جعل العوض ثمناً أو مثنياً في ذمة الغير.

المالك المجيز، فيضمن له المشتري بدله على ما سيأتي.

هذا، مع أن أصل دعوى تسليط المشتري الغاصب على الثمن مجاناً غير صحيح؛ لأن دفعه إليه كان بعنوان كونه بدل المثل، وكما أن الغاصب كان بانياً على ملك المبيع وقد قصد تملك الثمن بإذائه كذلك يكون المشتري أيضاً بانياً عليه؛ ولذا قد دفع الثمن إلى البائع المزبور، فأين التسليط أو التملك المجاني؟

[١] ذكر في «الرياض»^(١) أن بيع الفضولي لنفسه باطل إجماعاً، كما صرح به جماعة كالعلامة في جملة من كتبه، «كالمختلف» و«التذكرة»، مدعيًا عدم الخلاف فيه^(٢)، وذكر المصنف رحمته الله أن الحكم بالبطلان في المسألة الثالثة في «الرياض» ونسبة

(١) الرياض ١: ٥١٢.

(٢) التذكرة ١: ٤٦٣، وحكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٨٦.

ثم إنَّ تشخيص ما في الذِّمة -الذي يعقد عليه الفضولي- إمَّا بإضافة الذِّمة إلى الغير، بأن يقول: «بعت كَرًّا من طعام في ذِمة فلان»، بكذا «أو بعت هذا بكذا في ذِمة فلان». وحكمه: أنَّه لو أجاز فلان يقع العقد له، وإن ردَّ بطل رأساً. وإمَّا بقصده العقد له، فإنَّه إذا قصده في العقد تعيَّن كونه صاحب الذِّمة، لما عرفت من استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر، إلَّا 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 ذِمة شخص خاص. وحينئذٍ فإن أجاز من قصد مالكيته وقع العقد، وإن ردَّ فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعاً، لأنَّ مقتضى ردَّ 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

دعوى عدم الخلاف فيه إلى العلامة اشتباه، وذلك فإن 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 العلامة 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 العلامة عدم الخلاف في بطلانه ولا يرتبط بالمسألة الثالثة، فما ذكر في «الرياض» اشتباه، إلَّا أن يريد البطلان في مسألة 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

في مورد جريان البيع على العين الخارجية أو الكلّي الثابت على الذمة من قبل، أو ملكاً بذلك العقد، كما في مورد بيع الكلّي الذي يثبت على الذمة بتمام البيع المزبور.

نعم، قد يستشكل في جريان الفضولية في الكلّي الذي يثبت على العهدة بالبيع، ووجه الإشكال أنّ العوضين في باب البيع يعتبر أن يكونا مالين قبل وقوع المعاملة، حيث إنه تملك مال بعوض. وإذا باع الأصل الكلّي بذمته يكون عرضه الكلّي المزبور للبيع موجباً لصيرورته مالاً، فإنه يذلل العقلاء بإزائه المال، فيقع البيع على ما صار مالاً بعرضه للبيع، بخلاف ما إذا كان البائع فضولياً واعتبر الكلّي على عهدة الغير فضولاً، فإنه لا يكون الكلّي بذلك مالاً، فلا يكون تملكه بعوض من تملك المال بالعوض.

وربما يجاب عن ذلك بأنّ تملك الفضولي الكلّي على عهدة الغير وإن لا يكون من قبيل تملك المال بالعوض قبل إجازة ذلك الغير، إلّا أنه بإجازته يصير مالاً، وهذا المقدار يكفي في تمام البيع. وقد أورد على هذا الجواب السيد الخميني (رحمة الله عليه)، بأن إجازة المالك لا تصحح كون الكلّي المزبور مالاً؛ لأن الإجازة إنشاء واحد وصيرورة الكلّي مالاً وتمليكه بعوض أمران مترتبان، حيث يتعين أن يكون المضمن والضمن مالين قبل إنشاء ملكية الأول بإزاء الثاني.

وذكر أنّ المتعين في الجواب عن الإشكال هو الالتزام بأنّ الكلّي مع قطع النظر عن إضافته إلى ذمة أحد في نفسه مال، فإنه يصح أن يقال: إن الكر من الحنطة يساوي عشرين ديناراً والمثقال من الذهب يساوي كذا من المال، وهذا شاهد لكون الكلّي مع قطع النظر عن إضافته إلى ذمة الأصل أو الأجنبي في نفسه مال يصح تقويمه. ويكون تملكه بعوض من تملك المال بالعوض، وإلّا فالإضافة لا توجب المالية، بل اعتباره في الذمة يوجب سلب ماليته، فإنه بالاعتبار في الذمة يكون من الكلّي العقلي الذي

.....

لا موطن له في الخارج.

أقول: لا يخفى أن إضافة الكلبي إلى ذمة أحد ليس بمعنى تقييد الكلبي الطبيعي الذي يصح اتصافه بالوجود والعدم بوجوده الذهني؛ ليقال: إنه بهذا الاعتبار كلبي عقلي لا موطن له في الخارج، ألا ترى أن الثمن في بيع النسيئة أو البدل في مورد القرض كلبي بالذمة من غير خلاف، وإن إعطاء الفرد منه للبائع أو الدائن خارجاً بقصد إفراغ ذمته أداءً لذلك الثمن ووفاءً للدين الذي على عهده. ولو كان المال على الذمة معناه تقييده بالوجود الذهني لما كان ما ذكر أداءً أو وفاءً، حيث إنّه لا موطن للموجود الذهني إلا الذهن، بل المراد من الذمة هو تعهد الشخص بذلك الكلبي بأن يطبقه على الخارج بأداء فردة ولو لم يكن لفردة وجود فعلاً، وهذا في مقابل إجراء المعاملة على الكلبي في المعين، بأن يكون مورد المعاملة الكلبي الذي يصلح تطبيقه على أحد الأفراد المعينة المملوكة فعلاً لبائعه.

ثم إن الكلبي القابل للاتصاف بالوجود والعدم لا يكون مالاً، حيث لا يساوي مالاً في اعتبار العقلاء، بل اتصافه بالمالية الفعلية وتساويه بالمال على تقدير الوجود فعلاً، كما هو الحال في بيع الفرد الفعلي أو الكلبي في المعين، أو على تقدير الالتزام بإعطائه والوفاء به ولو مستقبلاً وإن لم يكن موجوداً بالفعل وعليه فإن مع التزام البائع في بيع الكلبي بإعطائه وتسليمه، كما هو معنى اعتباره على ذمته، يكون بيعه بالعوض من تمليك المال بالعوض، وإن اعتبر الكلبي في عهدة الغير فضولاً وملكه بعوض فهذا الكلبي على تقدير إجازة الغير يصير مالاً، حيث إن معنى إجازته الالتزام بإعطائه.

وقد ذكرنا سابقاً أنه لا يعتبر في صدق عنوان البيع كون المبيع أو الثمن مالاً قبل إنشاء البيع أو حين إنشائه، وأن ما ذكر في تعريفه من أنه مبادلة مال بمال من قبيل شرح

الاسم، بل اعتبار المالية فيهما باعتبار أن لا يكون تملك أحدهما بإزاء الآخر من أكل المال بالباطل. وعلى ذلك فيإجازة من اعتبر العاقد الكلّي بذمته، يكون المبيع مالاً وقد ملك بعوض كما هو الفرض، فيخرج التملك المزبور عن كونه أكلاً للثمن بالباطل، وليس إجازة البيع في بيع الكلّي على الذمة إلاّ الالتزام بإعطاء ذلك الكلّي فيدخل الثمن في ملكه؛ لما تقدم من أن مقتضى البيع دخول الثمن في ملك من يعطى عنه المعوض. والمال في جميع ذلك مردّد بين بقائه على حالته الأولية كما في فرض عدم إجازة من ينتقل منه المال، أو انتقاله إلى من ينتقل إليه كما في فرض إجازته، وأما العاقد الفضولي فهو خارج عن طرفي المعاملة.

نعم، لو وقع بينه وبين الأصيل منازعة في 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 ذمة العاقد؛ لأصالة العاقد وصحة العقد.

والحاصل: أن مع إجراء البيع على مال الغير أو مع اعتبار المال على ذمة الغير أو إضافة البيع للغير فإن كان في البين إجازة من ذلك الغير فهو، وإلا يقع العقد باطلاً واقعاً، غاية الأمر على تقدير منازعة الأصيل والعاقد يثبت العقد للعاقد ظاهراً.

ولكن المنسوب إلى ظاهر جماعة في بعض فروع المضاربة وقوع العقد للعاقد واقعاً^(١)، قال في «الشرائع» في باب المضاربة: «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

(١) لم تنف على المناسب، أنظر القواعد ١: ٢٤٧، والرياض ١: ٦٠٧، والجواهر ٢٦: ٣٨٤.

في الذمة وقع الشراء للعامل، إلا أن يذكر رب المال^(١)، وظاهر ذلك وقوع الشراء للعاقدة واقعاً؛ لأنه لم يفرض في البين تنازع؛ ليحمل العبارة على الحكم الظاهري، وربما يذكر أنه إذا اتفق البائع والقابل على وحدة قصدهما ولكن قال البائع: «بعثك المال وقبلت لنفسك»، وقال المشتري: «بعث المال بضمن على عهدة زيد واشتريته له»، يكون المورد من موارد التحالف. وأما إذا لم يتفقا على ذلك بأن قال البائع: «بعثك 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 ذمة زيد، لا على نفي علمه بالقصد المزبور، كما هو ظاهر الشيخ^(٢)، لأن نفي علمه لا ينافي 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، وفي النتيجة يكون البيع كمورد التحالف محكوماً بالبطلان.

أقول: ظاهر كلام المصنف^(٣) وجماعة أنه يكفي في صحة البيع فيما إذا كان أحد العوضين كلياً في الذمة تعيين العاقدة صاحب الذمة بقصده فقط وإن لم يعينه عند إنشاء العقد بقرينة حالية أو مقالية، كما إذا قال البائع: «بعثك المال بعشرة دراهم»، وقال: «قبلت»، مع قصده كون عشرة دراهم على ذمة زيد، أو كون الشراء له الذي يكون بمعنى أن زيداً صاحب الذمة، فإن هذا مقتضى دخول المبيع إلى ملكه. ولكن صحة هذا البيع

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٨٦-٣٨٧، كتاب المضاربة.

(٢) أنظر المبسوط ٢: ٣٨٦ وغيره من المواضع.

لم یحتجّ إلى إجازة ووقع له، إلا أنّ الطرف الآخر لو لم یصدّقه على هذا القصد، وحلف على نفي العلم حکم له على الفضولي لوقوع العقد له ظاهراً، كما عن المحقّق وفخر الإسلام والمحقّق الكرکي والسيوري والشّهد الثاني.

وقد يظهر من إطلاق بعض الكلمات كالقواعد، والمبسوط وقوع العقد له واقعاً، وقد نسب ذلك إلى جماعة في بعض فروع المضاربة وحيث عرفت أنّ

لا یخلو عن تأمل، بل منع؛ لما ذكرنا من أنّ الكلّي ما لم یضف إلى ذمّة شخص لا یصلح جعله عوضاً.

وأیضاً المحتاج إلى تعین الذمّة هو ذمّة الغير لا ذمّة العاقد، فإن قول البائع: «بعت المال بعشرة دراهم»، وإن یم بیعه بالعشرة، سواء كانت بذمّة العاقد أو شخص آخر؛ ولذا یصحّ للمشتري أن یقول في قبوله: «قبلت لزید»، أو ما هو بمعناه، إلا أنّ مع عدم تعین الغير ینصرف إطلاق القبول المتضمن لإضافة القابل تملك المتاع إلى نفسه إلى كون الثمن بعهدته، والمفروض أنّ الذي ینصرف إليه الإطلاق غیر مقصود ولم یجعل عوضاً. وما قصده العاقد من كون الثمن بعهدته زید لم یذكر في العقد ولم ینصب علیه قرینة، فالشراء باعتبار عدم تعین العوض باطل.

وعلى ذلك، فلو اختلف البائع والقابل فقال البائع: «بعتك المال بعشرة على عهدتك»، فقال المشتري: «اشتريته» ولكن قصدت كون الثمن على عهدة زید، فیقدم قول البائع؛ لكون قوله على طبق ظهور القبول وقول المشتري قصده إلى كون الثمن على عهدة زید على خلاف الظهور المزبور فیکون مدعياً، فیتوجه إلى البائع الحلف على عدم علمه بقصد القابل إن ادعی علم البائع بقصده، ولا یتوجه إلى البائع حلف أصلاً إذا لم یدع القابل علم البائع بقصده. وعلى التقديرین یحکم بكون الثمن على عهدة المشتري، ولا دلیل في مثل الفرض على لزوم الحلف على المنکر، فضلاً عن

قصد البيع للغير أو إضافته إليه في اللفظ يوجب صرف الكلّي إلى ذمّة ذلك الغير كما أنّ إضافة الكلّي إليه يوجب صرف البيع أو الشراء إليه، وإن لم يقصده أو لم يصفه إليه ظهر من ذلك التنافي [١] بين إضافة البيع إلى غيره وإضافة الكلّي إلى نفسه أو قصده من غير إضافة، وكذا بين إضافة البيع إلى نفسه وإضافة الكلّي إلى غيره.

فلو جمع بين المتنافيين بأن قال اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي: أو اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمّة فلان. ففي الأوّل يحتمل البطلان، لأنّه

رده إلى المدعي، وتفصيل ذلك موكول إلى بحث القضاء.

ولو قيل بكفاية تعيين القابل صاحب الذمة بقصده في صحة الشراء ووقوعه لزيد يكون الأمر في مقام الاختلاف أيضاً كذلك، بل الأمر كذلك فيما إذا اختلفا في صورة العقد وقال البائع: «بعثك المال واشتريته»، وقال المشتري: «بل اشتريته لزيد بإضافة شرائي إليه أو بتعيينه صاحب الذمة» فيقدم قول البائع؛ لموافقه لأصل لفظي معتبر، وهي أصالة عدم ذكر المشتري القرينة على خلاف ظهور الشراء الذي أشرنا إليه، فيكون المشتري مدعياً؛ لادعائه خلاف الأصل المزبور، ويحلف البائع على نفي تعيين القابل كما لا يخفى.

[١] قد تقدّم أنّ وقوع الشراء للغير يكون بإضافته إلى الغير تارة، 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 بذمته.

والثانية: أن يضيف الشراء إلى نفسه ويعتبر الثمن على عهدة الغير.

وقد ذكر المصنف رحمته في الصورة الأولى أنه يحتمل بطلان الشراء؛ لأن قصد إنشاء الشراء لا يحصل من العاقد مع اعتباره العوض على عهدة الغير وقصده دخول

في حكم شراء شيء للغير بعين ماله، ويحتمل إلغاء أحد القيدین وتصحيح المعاملة لنفسه أو للغير. وفي الثاني يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير فيقع للغير بعد إجازته، لكن بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التملك في ذمة الغير اعتقاداً. ويحتمل الصحة بإلغاء قيد ذمة الغير لأن تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافة الذمة إلى الغير، والمسألة تحتاج إلى تأمل.

المعوض إلى ملكه، ويحتمل إلغاء أحد القيدین بالالتزام بحصول قصد إنشاء الشراء؛ إما بأن يكون قصده الشراء للغير لغواً فيصح الشراء للعاقدة، وإما أن يلغى اعتبار المال على عهده فيكون الشراء فضولياً.

وذكر في الصورة الثانية أنه لا يحتمل بطلان الشراء؛ لحصول قصد إنشائه، ويحتمل وقوع الشراء للغير؛ لأنه مع اعتبار الثمن على عهدة الغير يكون قصده الشراء لنفسه مبنياً على بنائه بأن ما على عهدة الغير ملك له عدواناً أو اشتباهاً، وهذا هو الفرق بين هذه الصورة والصورة الأولى.

ويحتمل وقوع الشراء لنفسه؛ لأن إضافته إلى نفسه أولاً مقتضاه اعتبار المال على عهده، فيكون قصده ثانياً الثمن على عهدة الغير لغواً.

أقول: لا فرق بين الاشتراء للغير بمال في ذمته، كما هو الحال في الصورة الأولى، وبين الشراء لنفسه بمال في ذمة الغير، كما هو الحال في الصورة الثانية، في أنه لا يمكن فيهما قصد إنشاء الشراء حقيقة، فإن مقتضاه - كما تقدم - دخول أحد العوضين في ملك من يعطى العوض الآخر.

وما ذكره الله في الصورة الثانية من احتمال وقوع الشراء للغير باعتبار أن كون الغير صاحب الذمة، مقتضاه دخول المعوض إلى ملكه وإضافة العاقدة الشراء إلى نفسه مبنياً على تملك ما في ذمة الغير غير صحيح، فإنه مع أنه لا يخرج عن الاحتمال أن البناء على

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 الذمة 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 لزمه، 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.

تملك ما بذمة الغير لا معنى له، ولا يقاس بالاستيلاء على عين خارجية مملوكة للغير كما لا يخفى.

والحاصل: أن الشراء في صورتين حقيقة غير محقق فيحكم ببطلانه، إلا إذا قيل بعدم كون مقتضاه دخول المعوض في ملك من يعطى عنه العوض، ولا تحتاج المسألة 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] يعني: لو اشترى المتاع بثمن بذمته وقصد كون الشراء للغير من غير ذكر ذلك في العقد، كما إذا قال، بعد قول البائع: بعت المال بعشرة 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 إضافة الشراء إليه في القصد، فيلغى اعتبار العاقد كون الثمن بذمته، كما أن الوجه في نفوذ الشراء

(١) يعني ^{ثبوت} مراد أبي حنيفة، كما في المتن، راجع المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٧.

وظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الردّ للمشتري واقعاً، كما يشعر به تعليقه بقوله: لأنّه تصرّف في ذمّته لا في مال الغير. لكن أشرنا سابقاً إجمالاً إلى أنّ تطبيق هذا على القواعد مشكل، لأنّه إن جعل المال في ذمّته بالأصالة، فيكون ما في ذمّته كعين ماله، فيكون كما لو باع عين ماله لغيره. والأوفق بالقواعد في مثل هذا: إمّا البطلان لو عمل بالنية، بناءً على أنّه لا يعقل في المعاوضة دخول عوض مال الغير في ملك غيره قهراً، وإمّا صحّته ووقوعه لنفسه لو ألغى النية، بناءً على انصراف المعاملة إلى مالك العين قهراً وإن نوى خلافه. وإن جعل المال في ذمّته، لا من حيث الأصالة، بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً، ففيه - مع الإشكال في صحّة هذا لو لم يرجع إلى الشراء في ذمّة الغير -: أنّ اللازم من هذا أنّ الغير إذا ردّ هذه المعاملة وهذه النيابة تقع فاسدة من أصلها، لا أنّها تقع للمباشر. نعم، إذا عجز المباشر من إثبات ذلك على البائع لزمه ذلك في ظاهر الشريعة، كما ذكرنا سابقاً ونصّ عليه جماعة في باب التوكيل.

وكيف كان، فوقوع المعاملة في الواقع مردّدة بين المباشر والمنويّ، دون التزامه خطر القتاد! ويمكن تنزيل العبارة على الوقوع للمباشر ظاهراً، لكنّه بعيد. الثاني: الظاهر أنّه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاة، بناءً على إفادتها للملك، إذ لا فارق بينها وبين العقد، فإنّ التقابض بين الفضوليين أو فضوليّ وأصيل إذا وقع بنية التملك والتملّك فأجازه المالك، فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة، فعموم مثل قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ شامل له.

على العاقد على تقدير ردّ ذلك الغير، هو كون الثمن بذمته فيلغى قصد كون الشراء للغير، ولا يضر في وقوعه عن العاقد بين وفاء العاقد ما بذمته بمال ذلك الغير أم لا.

ويؤيده رواية عروة البارقي [١] حيث إنَّ الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة. وتوهم الإشكال فيه: من حيث إنَّ الإقباض الذي يحصل به التملك محرم لكونه تصرفاً في مال الغير، فلا يترتب عليه أثر في غير محله، إذ قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة مع أنه قد يقع الإقباض مقرونًا برضا المالك بناءً على ظاهر كلامهم من أنَّ العلم بالرضا لا يخرج المعاملة

[١] قد ذكرنا سابقاً أنه ليس في تلك الرواية ما تكون قرينة على أنَّ بيع الشاة أو شراءها كان بالمعاطاة، والتمسك بإطلاق قوله ﷺ فيها: «بارك الله في صفقة يمينك»^(١) وعدم استفساله عن عروة بأنَّ بيع الشاة الواحدة بدينار كان بالإيجاب والقبول للفظيين أو بالمعاطاة، ومقتضى ذلك تمام المعاطاة الفضولية بالإجازة، يمكن دفعه بأنه يحتمل أن يكون عروة كان ملتفتاً إلى أنَّ بيعه الشاة بدينار فضولي يحتاج إلى إجازة النبي ﷺ. وحيث كان عالماً بأنه لا بد في تمام بيع الفضولي بالإجازة وقوعه بغير المعاطاة فباعها بالإيجاب والقبول للفظيين، ومع احتمال ذلك يكون حمل بيعه على الصحيح من غير جهة الإجازة مستغنياً عن الاستفصال؛ ولذا لم يسأل رسول الله ﷺ عن حصول سائر شرائط البيع وعدمه.

نعم، لا يجري ذلك في صحيحة محمد بن قيس^(٢)؛ لأن المفروض فيها عدم علم المشتري بكون البيع فضولياً، ومقتضى حمل فعله على الصحة من غير جهة إجازة المالك لا يقتضي الشراء بغير المعاطاة، ولو كان في تمام بيع الفضولي وقوعه بغير المعاطاة معتبراً لكان الاستفصال عنه في الجواب متعيناً.

(١) أنظر سنن البيهقي ٦: ١١٢، وعوالي اللآلي ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبد، الحديث ١.

عن معاملة الفضولي. مع أَنَّ النهي لا يدلّ على الفساد، مع أَنَّهُ لو دَلَّ لدَلَّ على عدم ترتّب الأثر المقصود [١] وهو استقلال الإقباض في السببية فلا ينافي كونه جزء سبب.

[١] قد تقدّم سابقاً أَنَّ النهي عن عقد الفضولي لو كان مقتضياً فساداً لما تمت صحته بإجازة المالك، وذلك فإن العقد لا يكون بنفسه سبباً تاماً للنقل، بل هو مع رضا المالك والنهي لا يتعلق برضا المالك وإنما يتعلق بنفس العقد، ومعنى صحته كونه جزء السبب للنقل. وإذا حكم بفساده باقتضاء النهي ينتفي كونه جزء السبب، فلا تثمر معه إجازة المالك.

وذكر النائي رحمته الله (١) وجهاً آخر؛ لعدم جريان تمام عقد الفضولي بإجازة المالك في المعاطاة الفضولية وهو أَنَّ إنشاء البيع بالإيجاب والقبول يكون له بقاء، وتعلق الإجازة بذلك الأمر الباقي، حيث إنّ تبديل المالكين في الإضافة الحاصلة بإنشاء البيع المعبر عن ذلك بالمعنى الاسم المصدري، أمر مغاير لإنشائه المعبر عنه بالمعنى المصدري الذي ينقضي بانقضاء التكلم، وتعلق الإجازة بذلك الأمر الاسم المصدري. وهذا بخلاف إعطاء المالكين، فإنه ليس للإعطاء اسم مصدر إلاّ العطاء المتحد مع الإعطاء خارجاً، والإعطاء عبارة أخرى عن تبديل المالكين من حيث المكان وتبديل المالكين من حيث المكان لا تتعلق به الإجازة.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنه المعاطاة ليست مجرد الإعطاء وتبديل المالكين مكاناً، بل بقصد تبديلهما في الملكية، والمفروض أَنَّ هذا التبديل أمر اعتباري منشأ بالفعل وتعلّق به الإجازة كالتبديل المنشأ باللفظ.

(١) نقله السيد الخوئي رحمته الله في محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٣٣٨، وانظر حاشية المحقق النائي رحمته الله

وربما يستدل على ذلك بأن المعاطاة منوطة [١] بالتراضي وقصد الإباحة أو التملك، وهما من وظائف المالك، ولا يتصور صدورهما من غيره ولذا ذكر الشهيد الثاني: أن المكره والفضولي قاصدان للفظ دون المدلول، وذكر: أن قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك - ومشروطة أيضاً بالقبض والإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارناً للأمرين، ولا أثر له إلا إذا صدر من المالك أو بإذنه.

وفيه: أن اعتبار الإقباض والقبض في المعاطاة عند من اعتبره فيها إنما هو لحصول إنشاء التملك أو الإباحة، فهو عندهم من الأسباب الفعلية - كما صرح الشهيد في قواعده - والمعاطاة عندهم عقد فعلي، ولذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها: أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي، وحيث فلا مانع من أن يقصد الفضولي بإقباضه: المعنى القائم بنفسه، المقصود من قوله: «ملكك». واعتبار مقارنة الرضا من المالك للإشياء الفعلية دون القولي - مع اتحاد أدلة اعتبار الرضا وطيب النفس في حل مال الغير - لا يخلو عن تحكّم.

هذا، مع ما تقدّم من أن البيع بمعنى اسم المصدر عين البيع بمعنى المصدر وتغايرهما بالاعتبار، وأن البيع بهذا الاعتبار قابل للبقاء اعتباراً؛ ولذا يتعلق به الفسخ بالخيار أو بالإقالة، كما ذكرنا تفصيل ذلك في تعريف البيع.

[١] وحاصله: أنه يعتبر في المعاطاة التراضي بالملك بناءً على كونها مفيدة للملك، أو التراضي بإباحة التصرف بناءً على كونها مفيدة للإباحة، ومن الظاهر أن التراضي بالملك أو الإباحة من شؤون المالك، ولا معنى لحصوله من غير المالك. ولذا ذكر الشهيد الثاني^(١): أن المكره والفضولي قاصد للفظ دون المدلول، وأيضاً يعتبر في المعاطاة حصول القبض والإقباض مقارناً بالتراضي على الملك أو

(١) أنظر القواعد والفوائد ١: ٥٠، القاعدة ١٧ و ١٧٨، القاعدة ٤٧.

وما ذكره من الشهيد الثاني لا يجدي فيما نحن فيه، لأنّا لا نعتبر في فعل الفضولي أزيد من القصد الموجود في قوله، لعدم الدليل، ولو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة في العقد القولي أيضاً، إلّا أن يقال: إنّ مقتضى الدليل ذلك، خرج عنه بالدليل معاملة الفضولي إذا وقعت بالقول. لكنك قد عرفت أنّ عقد الفضولي ليس على خلاف القاعدة.

نعم، لو قلنا: إنّ المعاطاة لا يعتبر فيها قبض ولو اتّفق معها، بل السبب المستقلّ هو تراضي المالكين بملكيّة كلّ منهما لمال صاحبه مطلقاً أو مع وصولهما أو وصول أحدهما، لم يعقل وقوعها من الفضولي.

نعم، الواقع منه إيصال المال، والمفروض أنّه لا مدخل له في المعاملة، فإذا رضي المالك بالملكيّة من وصل إليه المال تحقّقت المعاطاة من حين الرضا ولم يكن إجازة لمعاطاة سابقة، لكنّ الإنصاف أنّ هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاة وإنّما قصدتهم إلى العقد الفعلي.

هذا كلّ على القول بالملك، وأمّا على القول بالإباحة [١] فيمكن القول ببطان

التراضي على الإباحة، ومن الظاهر أن التراضي عليهما لأثر له إلّا إذا صدر عن المالك أو بإذن منه.

وأجاب عن ذلك المصنف رحمته الله من أن اعتبار القبض والإقباض في المعاطاة عند من اعتبرهما فيها لإنشاء الملك أو الإباحة كما يكون باللفظ كذلك يكون بالفعل، وكما أن في صورة إنشائهما باللفظ يمكن الإنشاء من غير المالك والوكيل فضولاً كذلك في صورة إنشائهما بالفعل، وكما أنه لا يعتبر رضا المالك مقارناً لإنشاء المالك أو الإباحة باللفظ كذلك لا يعتبر مقارنته لإنشائهما فيما إذا كان بالفعل، ودعوى اعتبار مقارنته لإنشاء الفعلي دون الإنشاء القولي تحكّم.

[١] لا يخفى أنّ الإباحة في المعاطاة على تقديرها شرعية لا مالكية، فإنّ

الفضولي لأن إفادة المعاملة المقصود بها الملك للإباحة خلاف القاعدة فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين، مع أن حصول الإباحة قبل الإجازة [١] غير ممكن، والآثار الأخر - مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف - إذا وقعت في غير زمان الإباحة الفعلية، لم تؤثر أثراً. فإذا أجاز حدث الإباحة من حين الإجازة، اللهم إلا أن يقال بكفاية وقوعها مع الإباحة الواقعية إذا كشف عنها الإجازة، فافهم.

المفروض في المعاطاة قصد الملك لا الإذن لصاحبه في التصرف في ماله، فالقائل بالإباحة لابد من أن يلتزم بورود التقييد في دليل إمضاء البيع ونفوذه بالإضافة إلى البيع المعاطاتي قبل حصول أحد الملزمات، ويكون حصول أحدها في ذلك البيع كالتقبض في بيع الصرف والسلم شرطاً لحصول الملك. وقبل حصول أحدها يكون كل من المالكين مباحاً للآخر، ومقتضى ذلك الاختصار في التقييد على مورد اليقين، وهي صورة تعاطي المالكين، وفي غيرها يرجع إلى إطلاق حل البيع ونفوذه، فتكون النتيجة أن المعاطاة فضولاً كالبيع اللفظي فضولاً في حصول الملك بالإجازة في كشفها عن الملك السابق. والحاصل: لا تكون في مورد المعاطاة فضولاً إلا حصول الملك لا الإباحة، ودعوى أن الإباحة في المعاطاة مالكية؛ لأنها وإن تكن بقصد الملك إلا أنها تتضمن الإباحة المالكية الضمنية، أمر لا أساس له، حيث إنه لا معنى للإباحة المالكية إلا الإذن في التصرف في ماله. ومن الظاهر أن جعل المالك ملكية ماله للطرف لا يجتمع مع الإذن له في التصرف في ماله، فإن معنى البيع نقل المال ومعنى الإباحة إبقاء المال في ملكه.

[١] هذا هو الوجه الثاني في عدم جريان الفضولي في المعاطاة على القول بالإباحة، وتقريره أن الإجازة معتبرة في بيع الفضولي بنحو الكشف، فتكون كاشفة عن صحة كل تصرف وقع من الأصيل في مال المالك قبل إجازته، وهذا الكشف بناءً على

القول في الإجازة والرد

أما الكلام في الإجازة: فيقع تارةً في حكمها، وشروطها وأخرى في المجيز وثالثة في المجاز.

أما حكمها فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي - بعد اتّفاقهم على توقّفها على الإجازة - في كونها كاشفة 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،

الإباحة غير ممكن؛ إذ لا يعقل الكشف في الإباحة المالكية ولا في الإباحة التي من الحكم التكليفي، فإنّ الأحكام التكليفية تكون للأفعال المستقبلية لا الماضية التي انتهت أمرها بالوجود أو العدم. مثلاً إذا باع الأصيل مال الآخر قبل إجازته فإنه بعد إجازته البيع الأوّل يحكم بصحة البيع الثاني أيضاً لاعتبار وقوعه في ملك الأصيل، وهذا على القول بالملك. وأما بناءً على حصول الإباحة فلا يحكم بصحة البيع الثاني حتّى بعد إجازة المالك؛ لما ذكرنا من أنّ الإجازة لا تكشف عن إباحة تصرفات الأصيل التي منها البيع الثاني؛ لتكون الإباحة بالإضافة إلى التصرفات الموقوفة على الملك ملازمة لحصول الملك للمتصرف قبل تصرفه أو مقارناً له.

والحاصل: لا تعقل في الإجازة على القول بالإباحة في المعاطاة إلّا النقل، أي الالتزام بحصول الإباحة من زمان الإجازة، ولعله إلى ذلك أشار الله بقوله: «فافهم»، بعد احتمالها تمام البيع الثاني من الأصيل، مع الإباحة الواقعية المكشوفة بالإجازة اللاحقة. نعم، هذا مبني على ما هو الصحيح من كون الإجازة معتبرة بنحو الكشف الحكمي، وأما بناءً على الكشف الحقيقي فلا مانع عن كشف الإجازة عن كون تلك التصرفات مباحة من حين وقوع المعاطاة فضولاً.

واستدلّ عليه - كما عن جامع المقاصد والروضة [١] - بأنّ العقد سبب تامّ في الملك

[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، ويقتضي وجوب الوفاء به حصول الملك، ويعلم تمام العقد الموضوع لوجوب الوفاء بإجازة المالك. وأورد عليه المصنف رحمه الله بأنّ العقد، أي 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 رضاه الفعلي في ذلك الزمان وهذا ظاهر، ولا عن رضاه التقديري بمعنى أنه لو كان ملتفتاً بالعقد لكان راضياً به، فإنه يمكن أن تكون إجازته لحصول البدء له وتغير اعتقاده إلى صلاح العقد بعد كونه جازماً بعد صلاحه.

نعم، لازم القول بصحة الفضولي هو الالتزام بأنّ إجازة المالك تقوم مقام رضاه المقارن لصدور العقد، وأنّ الإجازة أحد القيدتين المعتبرتين في العقد على سبيل التخيير، وعلى ذلك فكما يتم بالرضا المقارن الموضوع لوجوب الوفاء ويحصل به الملك كذلك بالإجازة اللاحقة.

وبعبارة أخرى: الإجازة يكون بها تمام الموضوع لأن تكون كاشفة 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 للاحقه.

(١) جامع المقاصد ٤: ٧٤-٧٥، والروضة البهية ٣: ٢٢٩، وحكاها عنهما السيد المجاهد في المناهل: ٢٩٠.

لا يقال: المراد بالشرط في المقام ما يكون لحوقه بالعقد موجباً لحصول الملك، بإطلاق الشرط على الرضا باعتبار أن المؤثر في الملك الحاصل بالعقد لحوقه لأنه 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 التجارة 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 كفاية وصف لحوقها صاحب الفصول والتزم به بعض المعاصرين^(١)، ويتفرع على دخالة 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 إنه لا بأس بالالتزام بما ذكر، وأن المراد بالشرط لحوقه في مثل اشتراط صوم المستحاضة بغسلها بعد الفجر أو للعشاءين بأن يقال بأن المعتبر في صحة صومها عند طلوع الفجر اتصاف إمساكها عند الفجر بلحوق الاغتسال ولو في الليلة الآتية، ويقال في الغسل يوم الخميس: إن 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 الزكاة عليه من أول شهر رمضان.

ولكن مع ذلك قد يقال بامتناع تحقق وصف التعقب فعلاً قبل حصول ذلك اللاحق، وأنه لا يمكن تصحيح مذهب الكشف بالالتزام بأن الشرط في حصول الملك

(١) أنظر الفصول الغروية: ٨٠، ومفتاح الكرامة ٤: ١٩٠، والمستند ٢: ٣٦٧.

بالعقد تعقبه بالرضا، وأن وصف التعقب حاصل حال العقد على تقدير حصول الإجازة فيما بعد فإن المتضايفين متلازمان في القوة والفعلية فاتصاف أحد بالأبوة لا ينفك عن اتصاف الآخر بالبنوة، وإتصاف شيء بالعلية لا ينفك عن اتصاف الآخر بالمعلولية، وعنوان التعقب والتقدم والتأخر من الإضافات.

والحاصل: أن إتصاف شيء بأحد الوصفين المتضايفين 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 متحدين زماناً يكون اتصاف أحدهما بوصف ملازماً لاتصاف الآخر بالوصف الآخر المقابل لا محالة لفعلية الموجود الآخر في ذلك الزمان أيضاً على الفرض، كما في وصفي العلية والمعلولية أو الأبوة والبنوة ونحوهما. وإن كان الموجودان في زمانين، كما في الموصوفين بوصفي التقدم والتأخر، فلا يمكن اتصاف أحدهما بوصف في زمان ملازماً لفعلية الموجود الآخر أو فعلية وصفه في ذلك الزمان فضلاً عن لزومها؛ لأنّ تحقّقه فيه خلف.

نعم، لا بأس بتوصيف ذلك الآخر بالوصف المقابل بلحاظ طرف وجوده ولو بملاحظته بالعنوان الإجمالي، ويكفي في انتزاع وصف التقدم للموجود المتقدم ملاحظة 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؛ لأنّ الموصوف بالتأخر في ظرف وجود المتقدم معدوم والموصوف

بالتقدم في ظرف فعلية المتأخر قد انقضى عنه الوجود، فأين فعلية الموصوفين وفعلية وصفيهما، هذا بالإضافة إلى الاعتبار العقلي؟

وأما جعل المتأخر موضوعاً لحكم مقدم فهو أمر ممكن لا استحالة فيه - كما يأتي - فتصوير الملكية للطرفين من زمان العقد وجعل موضوعها تحقق الإجازة مستقبلاً لا يوجب محالاً، فإن المراد بشرط الحكم قيد الموضوع ولا يفرق في ذلك بين موارد كون ذلك الحكم وضعياً كالملكية، كما في المقام، أو كونه حكماً تكليفاً. وقد يعبر عن قيد موضوع الحكم في الأحكام التكليفية بالسبب، كقولهم: دخول الوقت سبب لوجوب الصلاة والجنابة سبب لوجوب الغسل وطلوع الفجر سبب لوجوب الصوم.

وقد يعبر عنه بالشرط، كقولهم: الاستطاعة شرط لوجوب الحج، وبلوغ المال حد النصاب شرط لوجوب الزكاة، كما أنه يعبر عن قيد الحكم الوضعي بالشرط كما يقال: رضا المالك أو معلومية العوضين شرط في صحة البيع وحصول النقل والانتقال. وقد يعبر عنه بالسبب، كما يقال: التقاء الختانين أو خروج المنى سبب للجنابة وخروج البول أو غيره سبب للحدث... إلى غير ذلك.

ولكن، كما ذكرنا أن ذلك مجرد تعبير، والمراد في جميع ذلك قيد الحكم وموضوعه تكليفاً كان أو وضعياً، ومن الظاهر أن قيد الموضوع ومنه إجازة المالك ليس شرطاً بالاصطلاح الفلسفي في مقابل السبب والمانع من أجزاء العلة؛ ليقال بعدم إمكان تقديم المشروط على شرطه، فإنه من تقدم المعلول على علته زماناً، بل الشرط في المقام وهو قيد الموضوع تابع لجعل الحكم.

فإنه قد يكون الحكم متقدماً على موضوعه زماناً، وعليه فيمكن أن تكون إجازة

المالك شرطاً في العقد لحصول الملك بنحو الشرط المتأخر بأن يجعل الشارع ملكية المال للطرف الأصيل بالعقد مراعى بحصول الإجازة، بحيث تكون الإجازة مع كونها بنفسها شرطاً لحصول الملك كاشفة 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 قرينة خاصة.

لا يقال: إذا كان أمر شرطاً للحكم يكون له دخل في ذلك الحكم لا محالة، وإلا لكان جعله شرطاً بلاملاك، وإذا فرض دخالة 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 إيجاداً، وأما الإنشاء والمنشأ فهما متعددان.

مثلاً الملكية التي يعتبرها العاقد بعنوان البيع أو غيره منشأ، وقصد إبرازه بقوله: «بعت» أو «أجرت» ونحوهما إنشاء، وإذا كان في ملكية المال للطرف من حين العقد صلاح على تقدير إجازة المالك فيما بعد فيعتبرها الشارع كذلك، فلا تكون ملكية على تقدير عدم حصولها فيما بعد، فدخالة الإجازة في الملكية ليست نظير دخالة الشرط الفلسفي في مشروطه؛ لأن حصول الملكية يكون بالجعل والاعتبار على الفرض، والداعي للجاعل إلى جعلها اعتقاد الصلاح في المجعول، كما يأتي توضيحه.

والحاصل: أن دخالة الشرط وهي الإجازة في المقام عبارة عن كونها قيداً لموضوع الملكية المجعولة من الشارع، هذا في الأحكام الوضعية، وأما في الأحكام التكليفية - كالوجوب والحرمة - فإنهما أيضاً أمر إنشائي يحصل بالإبراز والإنشاء والجعل، فالاستطاعة في وجوب الحج - مثلاً - لا تكون دخيلة في حصول الوجوب،

لعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وتمامه في الفضولي إنما يعلم بالإجازة فإذا أجاز تبين كونه تاماً يوجب ترتب الملك عليه وإلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل به مع شيء آخر. وبأن الإجازة متعلقة بالعقد [١] فهي رضا بمضمونه، وليس إلا نقل العوضين من حينه.

نظير دخالة الشرط الفلسفي، بل باعتبار كونها قيداً لموضوع وجوب الحج، والداعي إلى جعل وجوبه اعتقاد الجاعل الصلاح في الحج عند حصول الاستطاعة. وحيث إن الصلاح والفساد في موارد الوجوب النفسي والحرمة النفسية يكون في متعلقهما، فلا محذور في ترتب الصلاح، أي 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 أن ما ذكره صاحب «الكفاية» من أن الدخيل في شرط الحكم مقارناً كان أو متقدماً أو متأخراً لحاظ ذلك المقارن والمتقدم والمتأخر خلط بين الدخالة في الجعل، أي الداعي إليه، وبين الدخيل في المَجْعُول، حيث إن الدخيل في الجعل هو لحاظ ذلك الأمر المقارن أو المتأخر أو المتقدم، ولكن الدخيل في الحكم المَجْعُول، أي المأخوذ في موضوعه، نفس ذلك الأمر كما لا يخفى.

والمتحصل من جميع ما ذكرنا أنه لو تم دليل على ثبوت الملكية شرعاً قبل حصول الإجازة فيلتزم به مع التحفظ على كونها شرطاً في حصول الملكية ولو بنحو الشرط المتأخر، ولا يلزم من ذلك أي محذور.

[١] الوجه الثاني للقول بالكشف ذكره أيضاً الشهيد والمحقق الثانیان^(١).

وحاصله: أن تعلق الإجازة بالعقد الصادر سابقاً رضاءً بمضمون ذلك العقد،

وعن فخر الدين في الإيضاح: الاحتجاج لهم بأنها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود، لأنَّ العقد حالها عدم، انتهى.

ويرد على الوجه الأول: أنه إن أُريد بكون العقد سبباً تاماً كونه علةً تامةً للنقل إذا صدر عن رضا المالك، فهو مسلّم، إلّا أنَّ بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب، ولا يتبيّن كونه تاماً، إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا، غاية الأمر: أنَّ لازم صحة عقد الفضولي كونها قائمة مقام الرضا المقارن، فيكون لها مدخل في تمامية السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها.

ومضمونه نقل العوضين من حينه لا من حين الإجازة.

وأورد عليه المصنف رحمته الله بأمور:

الأول: أنَّ الإجازة وإن تكون متعلقة بالعقد السابق إلّا أنَّ مضمونها نفس النقل لا المقيّد بكونه من حين العقد.

وبتعبير آخر: يقع العقد في ذلك الزمان باعتبار أنَّ العقد زماني لأنَّ معنى «بعت» بنحو الإنشاء هو النقل من ذلك الزمان، وإن شئت فلاحظ القبول بالإضافة إلى الإيجاب فإن القبول رضا بمضمون الإيجاب ولكن لا يحصل الملك بعد تمام الإيجاب وقبل القبول. وليس هذا إلّا باعتبار أنَّ معنى الإيجاب هو نفس النقل، وفي أي زمان يتم العقد يحصل الملك من ذلك الزمان، وكما أنَّ تمام العقد من المالكين يكون بعد القبول فيحصل الملك بعده، كذلك تمام عقد الفضولي يكون بعد الإجازة فيكون الملك بعدها.

وأيضاً بما أنَّ مدلول العقد نفس النقل لا النقل من حينه، لم يكن الفسخ وإبطال مضمونه إلغاءً للنقل من حين العقد، بل يكون إلغاءً لنفس النقل، ففي أي زمان حصل الإلغاء يبطل النقل من ذلك الزمان.

أضف إلى ذلك أنه لا ينبغي الإشكال في حصول الإجازة بقول المالك: «قد

ومنه يظهر فساد تقرير الدليل بأنّ العقد الواقع جامع لجميع الشروط، وكلّها حاصلة 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 كالعقليّة، بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبّب على السبب - كغسل الجمعة يوم الخميس وإعطاء الفطرة قبل وقته - فضلاً عن تقدّم المشروط على الشرط - كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة، وكغسل العشاءين لصوم اليوم الماضي على القول به - مدفوعة: بأنّه لا فرق فيما فرض شرطاً أو سبباً بين الشرعي وغيره،

رضيت بكون مالي لزيد بكذا»، مع أنّ المالك المجيز لم يتعرض في القول المزبور لبيع ماله فضولاً من زيد فضلاً عن تعرضه بزمان نقله، وقد ذكروا أنّ تمكين الزوجة من الزوج فيما إذا زوّجها الآخر منه فضولاً إجازة لنكاح الفضولي باعتبار أنّ التمكين كاشف فعلي عن رضاه بالزوجية المنشأة من غير نظر إلى زمانها من حيث المبدأ. أقول: الإيراد المزبور على الاستدلال غير صحيح، وذلك فإن الملكية أمر اعتباري وإنشاؤها ليس من الإيجاد الحقيقي الذي يكون عين الوجود حقيقة ويتحد زمانهما لا محالة، بل الإنشاء - كما تقدم توضيحه - غير المنشأ بينهما تعدد.

ولذا يمكن التفكيك بينهما، فيمكن إنشاء الملكية المستقبلية بأن يكون الإنشاء فعلياً والمنشأ أمراً استقبالياً، كما في الوصية التمليلية، وعلى ذلك فاللازم على العاقد في اعتبار ملكية المبيع للمشتري من تعيين المبدأ فيكون الزمان المزبور قيداً للنقل، أي الملكية، ولا تقاس الإجازة بقبول الإيجاب فإن الموجب في إيجابه لا يجعل ملكية 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 الملكية المنشأة بالعقد لا تكون معلقة عليها، كما يظهر الحال بملاحظة بيع الغاصب، وعلى تقدير التعليق

وتكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلي، فهي كدعوى أن التناقض الشرعي بين الشيئين لا يمنع عن اجتماعهما، لأن التقيض الشرعي غير العقلي. فجميع ما ورد مما يوهم ذلك لابد فيه من التزام أن المتأخر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب والشرط: الأمر المنتزع من ذلك، لكن ذلك لا يمكن في ما نحن فيه، بأن يقال: إن الشرط تعقب الإجازة ولحوقها بالعقد، وهذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة، لمخالفته الأدلة.

اللهم إلا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمانه على لحوقه، وهذا مع أنه لا يستحق إطلاق الشرط عليه، غير صادق على الرضا، لأن الاستفادة من العقل والنقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، وأنه لا يحل لغيره بدون طيب النفس، وأنه لا ينفع لحوقه في حل تصرف الغير وانقطاع سلطنة المالك. ومما ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام - بل التزم به

يكون بنحو الشرط المتأخر، كما إذا باعه لتوقع إجازة المالك.

والحاصل: أن الإجازة تتعلق بمدلول العقد الذي هو الملك من حينه ويدخل العقد بها في موضوع الإمضاء واللزوم وقبل الإجازة لا يكون إمضاء ولا لزوم، وأما قضية الفسخ فإنه إلغاء للعقد بقاء فيكون إلغاء الملكية أيضاً في بقائها، ولا منافاة بين أن يكون مبدأ الملكية في الإجازة حين العقد ومبداً في الإلغاء حين الفسخ، فإن الفسخ لا يقابل الإجازة، بل مقابل الإجازة هو الرد وهو عبارة عن إلغاء العقد من أصله. ولا فرق فيما ذكر كله بين أن تكون الإجازة بالقول أو بالفعل، كتمكين الزوجة المزوجة فضولاً، ولا يخفى أن مرادنا بمدلول العقد ليس مدلوله بالدلالة الوضعية؛ ليقال بأن «بعت» - مثلاً - إنشاء لا يدل على الزمان فكيف يكون دالاً على مبدأ الملكية، بل المراد الدلالة ولو بالقرينة التي أشرنا إليها من لزوم المبدأ للمنشأ لا محالة.

ولا يخفى أن ما ذكره المصنف رحمته الله في الإبراد على الاستدلال الثاني على الكشف

غير واحد من المعاصرين - من أن معنى شرطية الإجازة مع كونها كاشفة: شرطية الوصف المتزعم منها، وهو كونها لاحقة للعقد في المستقبل، فالعلة التامة: العقد الملحق بالإجازة، وهذه صفة مقارنة للعقد وإن كان نفس الإجازة متأخرة عنه. وقد التزم بعضهم بما يتفرع على هذا، من أنه إذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيجيز العقد، حل 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 يتعلق الإجازة والرضا بذلك النقل المقيّد بكونه في ذلك الحال، بل هو نفس النقل مجرداً عن ملاحظة وقوعه في زمان، وإنما الزمان من ضروريات إنشائه، فإن 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

بقوله: «وبتقرير آخر: أن الإجازة من المالك قائمة» ليس تقريراً آخر للإيراد المزبور، بل التقرير يناسب الرد على الاستدلال الأول الذي ذكر فيه أن العقد سبب تام للنقل والانتقال، وإجازة المالك كاشفة عن كون عقد الفضولي عند حدوثه تاماً.

ثم إنه ﷺ ذكر الإيراد الثاني على الاستدلال المتقدم بقوله: «وثانياً: لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً» وحاصله: أن القول بالكشف لا يساعد عليه دليل بأد 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 اللاحقة تجعل العقد السابق كأنه سبب تام للنقل. وذلك فإن العقد الفضولي مالم ينتسب إلى

مجرّد النقل الذي هو مضمون العقد في زمان يوجب وقوعه من المنشئ في ذلك الزمان، فكذلك إجازة ذلك النّقل في زمان يوجب وقوعه من المجيز في زمان الإجازة، وكما أنّ الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النّقل 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 النّقل 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، مدفوعة: بأنّ سببته للملك ليست إلّا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه، فإذا فرض مقتضاه مركباً من نقل في زمان ورضا بذلك النّقل، 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 النّقل من حينه، فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذاً في العقد على وجه القيدية لكان ردّه وحله موجباً للحكم بعدم الآثار من حين العقد.

والسرّ في جميع ذلك ما ذكرنا: من عدم كون زمان النّقل إلّا ظرفاً، فجميع ما يتعلّق بالعقد من الإمضاء والردّ والفسخ، إنّما يتعلّق بنفس المضمون، دون المقيّد بذلك الزمان.

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 ملكية المبيع للمشتري وانتقال الثمن إلى البائع يلازم حدوث وجوب الوفاء

والحاصل: أنه لا إشكال في حصول الإجازة بقول المالك: «رضيت بكون مالي لزيد بإزاء ماله» أو «رضيت بانتقال مالي إلى زيد»، وغير ذلك من الألفاظ التي لا تعرض فيها لإنشاء الفضولي فضلاً عن زمانه. كيف! وقد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها إجازة منها، ونحو ذلك. ومن المعلوم: أن الرضا يتعلق بنفس نتيجة العقد، من غير ملاحظة زمان نقل الفضولي.

وبتقرير آخر: أن الإجازة من المالك قائمة مقام رضاه وإذنه المقرون بإنشاء الفضولي أو مقام نفس إنشائه، فلا يصير المالك بمنزلة العاقد إلا بعد الإجازة، فهي إما شرط أو جزء سبب للملك.

وبعبارة أخرى: المؤثر هو العقد المرضي به، والمقيد من حيث إنه مقيد لا يوجد إلا بعد القيد، ولا يكفي في التأثير وجود ذات المقيد المجردة عن القيد. وثانياً: أنا لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط، ولا جزء سبب، وإنما هي من المالك محدثة للتأثير في العقد السابق وجاعلة له سبباً تاماً حتى كأنه وقع مؤثراً، فيتفرع عليه أن مجرد رضا المالك بنتيجة العقد - أعني محض الملكية من غير التفات إلى وقوع عقد سابق - ليس بإجازة، لأن معنى إجازة العقد: جعله جائزاً نافذاً ماضياً. لكن نقول: لم يدل دليل على إمضاء

الذي يحدث بالإجازة، كما أن حل البيع بمعنى حل التصرفات المترتبة على البيع تحدث بالإجازة، ومن الظاهر أن حدوث الحلية المزبورة ينتزع عنها النقل والانتقال. أقول: هذا الإيراد أيضاً غير صحيح، وذلك فإن العقد وإن يكون بالإجازة منتسباً إلى المالك المجيز من حين الإجازة وأن البيع بالإجازة يكون بيعاً برضا المالك فيدخل العقد المزبور من حين الإجازة في موضوع الخطابين، إلا أن خطاب وجوب الوفاء بالعقد ليس حكماً تكليفاً بالإضافة إلى البيع ونحوه، حتى لو فرض أن البائع إذا أمسك

الشَّارِع لإجازة انمالك على هذا الوجه، لأنَّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجَّه إلى العاقدين -كوجوب الوفاء بالعهد والنذر-. ومن المعلوم: أنَّ المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلة إلا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء إلا بعدها. ومن المعلوم: أنَّ الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي، فما لم يجب الوفاء فلا ملك.

ومما ذكرنا يعلم: عدم صحَّة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقد، بدعوى: أنَّ الوفاء بالعقد والعمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد، وقس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم «أَحَلَّ اللَّهُ التَّبَيْعَ» فَإِنَّ الملك ملزوم لحليَّة التصرف، فقبل الإجازة لا يحلَّ التصرف، خصوصاً إذا علم عدم رضا المالك باطناً أو تردَّده في الفسخ والإمضاء.

وثالثاً: سلَّمنا دلالة الدليل على إمضاء الشَّارِع [١] لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوي والعرفي -أعني جعل العقد السابق جائزاً ماضياً- بتقريب أن يقال:

بالمبيع ولم يسلمه إلى المشتري فقد عصى بعضيائين؛ أحدهما: التصرف في مال المشتري بإمساكه بالمبيع، والثاني: عدم وفائه بالعقد، بل هو إرشاد إلى لزومه وعدم كونه قابلاً للفسخ، كما أنَّ خطاب حل البيع ليس ناظرًا إلى الحلية التكليفية، بل إلى الحل الوضعي، أي الإرشاد إلى إمضاء الشرع البيع من حيث المدلول. وإذا فرض أنَّ مدلول البيع المزبور ملكية المبيع للمشتري من حين تحقق العقد يكون إمضاؤه بمدلوله عبارة عن اعتبار الشرع الملكية على طبق إنشاء العاقد ورضا المالك المجيز به، وقد ذكرنا في محله أنَّ الملكية ونحوها من الأحكام الوضعية قابلة للجعل بنفسها، والالتزام بانتزاعها من التكليف بلا وجه.

[١] وهذا هو الإيراد الثالث على الاستدلال المتقدم، وحاصله لو سلم إمضاء

إنَّ معنى الوفاء بالعقد: العمل بمقتضاه ومؤداه العرفي، فإذا صار انعقد 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 أنَّ مجرد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزاً نافذاً، لا يوجب كون مقتضى العقد ومؤداه العرفي ترتب الأثر من حين العقد، كما أنَّ كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإيجاب وإمضاء له لا يوجب ذلك، حتَّى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الإيجاب، فتأمل :-

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 وملكية الثمن للمالك المجيز بالإضافة إلى الأزمنة بعد الإجازة حقيقةً، وبالإضافة إلى الأزمنة السابقة على الإجازة تنزيلاً. بمعنى أنه يترتب بعد الإجازة الآثار الممكنة بالإضافة إلى تلك الأزمنة، كما إذا حصل للمبيع نماء بعد العقد وقبل الإجازة فإنه يحكم بعد الإجازة بأنَّ النماء المزبور ملك للمشتري، وهذا في الحقيقة قول بالنقل يشترك مع القول بالكشف في بعض الآثار، والوجه في عدم كون الملكية بالإضافة إلى الأزمنة قبل الإجازة حقيقة هو عدم كون العقد في تلك الأزمنة سبباً تاماً للملكية، حيث لم يكن معه رضا المالك الذي هو جزء السبب أو شرط له.

أقول: وأنت خبير بأنه لا يمكن المساعدة على هذا الإيراد أيضاً، وأنه يتعين الالتزام بكون الملكية كما أنها بالإجازة واقعية بالإضافة إلى الأزمنة اللاحقة كذلك أنها واقعية بالإضافة إلى الأزمنة السابقة، حيث إنَّ التنزيل بجعل الآثار في الموارد التي لا يمكن فيها جعل الموضوع بنفسه حقيقة، كما في تنزيل الفقاع منزلة الخمر، وأما

إن هذا المعنى على حقيقته غير معقول، لأنَّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له، لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه، فإذا دلَّ الدليل الشرعي على إمضاء الإجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بدَّ من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتب الآثار الممكنة، فإذا أجاز المالك حكماً بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري وإن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك ووقع النماء في ملكه.

الموضوع القابل للجعل بنفسه كالملكية التي لها آثار فلا موجب لجعل آثارها، بل تجعل نفسها فيترتب عليها تلك الآثار.

ودعوى: أن العقد لم يكن سبباً تاماً للملك في الأزمنة التي قبل الإجازة فقد تقدّم أنه لا سببية ولا مسببية في الملكية الشرعية بمعناها المصطلح عند الفلاسفة، بل العقد مع رضا المالك بنحو الشرط المقارن أو بنحو الشرط المتأخر موضوع للملكية الشرعية.

والمتحصّل: إلى هنا أنَّ الاستدلال الثاني على الكشف مقتضاه الكشف الحكمي، بخلاف الاستدلال الأول فإن مقتضاه كان الكشف الحقيقي.

لا يقال: لا يمكن الالتزام بالكشف الحكمي فإنه كيف يعقل جعل ملكية متاع لزيد - مثلاً - في 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 في الأزمنة التي انقضت قبل الإجازة لزم كون المتاع المزبور في تلك الأزمنة التي قد انقضت ملكاً لكل من عمرو وزيد مستقلاً، بل لا يمكن جعل ملكية المتاع لزيد في تلك الأزمنة إلا بإعادة الأزمنة المنقضية أو الالتزام

والحاصل: أنه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار، وهذا نقل حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات، وسيأتي الثمرة بينه وبين الكشف الحقيقي. ولم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الأستاذ شريف العلماء رحمته الله فيما عثرت عليه من بعض تحقیقاته، وإلا فظاهر كلام القائلين بالكشف أن الانتقال في زمان العقد، ولذا عنون العلامة رحمته الله في القواعد مسألة الكشف والنقل بقوله: وفي زمان الانتقال إشكال.

ببقائها في الأزمنة اللاحقة وكل من الإعادة وبقائها أمر غير معقول؛ أما الأول فظاهر، وأما الثاني فلاستلزامه كون الزمان في زمان غير قابل لانطباق الملكية 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 الملكية بفرض ذلك الزمان الماضي فهو في الحقيقة ملكية 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 الحقيقة واحد واختلافهما بالاعتبار فقط، وإذا كان الإيجاد في زمان يكون الوجود في ذلك الزمان لا محالة.

وإذا انقضى زمان فارغاً عن وجود الشيء فيستحيل إيجاد ذلك الشيء في ذلك الزمان الماضي بأن يكون الإيجاد في الزمان اللاحق والوجود في الزمان المنقضي، 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 استحالة في التفكيك بين زمانى الإنشاء والمنشأ الموصي لداره للغير بالوصية التمليكية يحصل

فجعل النزاع في هذه المسألة نزاعاً في زمان الانتقال.

وقد تحصل ممّا ذكرنا: أنّ كاشفة الإجازة على وجوه ثلاثة، قال بكلّ منها

قائل:

أحدها: - وهو المشهور -: الكشف الحقيقي والتزام كون الإجازة فيها شرطاً متأخراً، ولذا اعترضهم جمال المحققين في حاشيته على الرّوضة بأنّ الشرط لا يتأخّر.

إنشأؤه حال حياته ولكن منشأه وهي ملكية داره تحصل من زمان موته، وكما أن الموصي حين الوصية يعتبر ملكية داره - مثلاً - للغير، لا تكون الملكية المعتمدة مطلقة، بل مقيدة بالزمان المستقبل، ويكفي في الوصية أن يلاحظ الموصي ذلك الزمان ويعتبر الملكية المقارنة له، كذلك يمكن للمنشئ لحاظ الزمان الماضي ويعتبر الملكية المقارنة لذلك الزمان، فإن الاعتبار ليس من الإيجاد الحقيقي، والمعتبر شبيهه بأمر خيالي لو لم يكن عينه يجعله العقلاء والشرع تنظيماً لأمر معاش العباد ومعادهم.

ومن الفروع التي توضح المقام ما إذا اختلف الوارث مع الآخر في عين كانت مملوكة للمورث باعترافهما فقال الآخر: قد تملكتهما من المورث بالهبة، وقال الوارث: بل العين من تركة 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 عبارة أخرى عن التعبد في الزمان اللاحق بالملكية السابقة، والتعبد بها معناه جعل الملكية بالإضافة إلى الزمان السابق بعنوان الحكم الظاهري. وأما قضية كون ملكية المتاع في زمان واحد للمالكين مستقلاً فلا محذور فيه فيما إذا كان زمان الاعتبار متعدداً، وأي محذور في أن يعتبر ملكية المتاع لعمرو في زمان سابق، بأن يكون زمان الاعتبار سابقاً على زمان المعتبر لغرض، ثم يعتبر بعد انقضاء زمان المعتبر ملكيته في ذلك الزمان الماضي لزيد لغرض آخر. وقد ذكرنا سابقاً أنّ الأحكام الوضعية ومنها

والثاني: الكشف الحقيقي والتزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازة لانفس الإجازة، فراراً عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط، والتزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحققها فيما بعد.

الملكية لا تقاس بالتكليفية، حيث إن الأحكام التكليفية لا يمكن تعلقها بالأفعال الماضية؛ لأن الأفعال الماضية بانتهاء أمرها بالوجود أو العدم لا يفيد فيها النهي والأمر والترخيص، وهذا بخلاف الأحكام الوضعية فإنها لا تتعلق بالأفعال وليست من سنخ البعث أو الزجر أو الترخيص، ويقبل اعتبارها للأمور الماضية والمستقبلية كاعتبارها للأمور الحالية كما لا يخفى.

فتحصل مما ذكرنا: أن ما ذكره النائي^(١) في وجه استحالة الكشف الحكمي من أن اعتبار ملكية مال لعمره في زمان معين ثم اعتبار ملكية ذلك المال لزيد في ذلك الزمان بعينه غير ممكن؛ لأن المصحح للتعدد تعدد زمان المعبر لا تعدد زمان الاعتبار، وأن مع وحدة زمان المعبر يكون الحال من قبيل الحكم بوجود فعل في زمان ثم الحكم بحرمة ذلك الفعل في ذلك الزمان؛ ولذا لا يمكن في مسألة التوسط في الدار المغصوبة الحكم بحرمة التصرف فيها بالخروج قبل الدخول فيها والحكم بجوبه بعده؛ لما ذكرنا في أن الفعل بعد انقضاء زمانه لا يقبل البعث إليه أو الزجر عنه أو الترخيص فيه. وأن تعلق الحرمة بفعل مقتضاه وجود المفسدة الملزمة الخالصة فيه وتعلق الوجوب بمقتضاه وجود المصلحة الملزمة الخالصة والترخيص بمقتضاه عدم ثبوتها، ولا يمكن حصول الملاكين في فعل واحد في زمان واحد، بخلاف ملكية المال في زمان واحد فيمكن أن يتعدد الغرض فيها باعتبار تعدد زمانه الاعتباري؛ لأن المصلحة كسائر الأحكام الوضعية تكون في نفس اعتبارها.

(١) حاشية المحقق النائي^{رحمته} على المكاسب ٢: ٨١.

الثالث: الكشف الحكمي، وهو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقق الملك في الواقع إلا بعد الإجازة. وقد تبين من تضاعيف كلماتنا: أن الأنسب بالقواعد والعمومات هو النقل، ثم بعده الكشف الحكمي، وأما الكشف الحقيقي مع كون نفس الإجازة من الشروط، فإتمامه بالقواعد في غاية الإشكال، ولذا استشكل فيه العلامة في القواعد ولم يرجحه المحقق الثاني في حاشية الإرشاد، بل عن الإيضاح اختيار خلافه، تبعاً للمحكّي عن كاشف الرموز وقوّاه في مجمع البرهان، وتبعهم كاشف اللثام في النكاح. هذا بحسب القواعد والعمومات.

لا يقال: إذا كان كل من ملكية المال لعمره في زمان وملكية ذلك المال لزيد في ذلك الزمان مورد الغرض فيمكن اعتبارهما ولو مع وحدة زمان الاعتبار أيضاً.

فإنه يقال: لا يمكن ذلك، فإن معنى اعتبار ملكية المال لعمره في زمان مقتضاه استقلال عمره في التصرف في ذلك المال في ذلك الزمان دون غيره واعتبار ملكية ذلك المال لزيد في ذلك الزمان معناه استقلال زيد في ذلك الزمان للتصرف دون غيره، ولا يمكن ذلك مع وحدة زمان الاعتبار، بخلاف ما إذا كان زمان الاعتبار متعدداً فإن اعتبار الملكية لعمره في زمان أولاً مقتضاه أنه يجوز له في ذلك الزمان التصرف في ذلك المال، وبالإضافة إلى التصرفات الخارجية يكون الجواز بمعنى الترخيص والإباحة تكليفاً، وبالإضافة إلى التصرفات المعاملية بمعنى نفوذها وصحتها وأنه لا يجوز لغيره - زيداً كان أو غيره - التصرف في ذلك المال، وعدم الجواز بالإضافة إلى التصرفات الخارجية هي الحرمة وبالإضافة إلى التصرفات المعاملية بمعنى عدم نفوذها.

ثم بعد إجازة عمره المعاملة الفضولية واعتبار ذلك المال لزيد في ذلك الزمان يكون مقتضى الاعتبار إمضاء تصرفات زيد في ذلك الزمان، وكون نماء المال في ذلك الزمان له لا لعمره كما لا يخفى.

وأما الأخبار، فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف [١] كما صرح به في الدروس. وكذا الأخبار التي بعدها. لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور، فتحتمل الكشف الحكمي.

وأما استدلاله بفخر المحققين^(١) على القول بالكشف بأنه لولاه لزم تأثير المعدوم في الموجود باعتبار أن المؤثر في الملكية هو العقد، ولو قلنا بأن إجازة المالك كاشفة عن حصول الملكية من زمان العقد فلا محذور، وأما إذا قلنا بحدوث الملكية حين الإجازة لزم تأثير العقد المعدوم في ذلك الزمان في الملكية فلا يخفى ما فيه، فإنه بعد الإحاطة بما ذكرنا من أن العقد لا يؤثر في الملكية الشرعية، بل تلك الملكية 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 أي 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 الملكية شرعاً في بيع الصرف والسلم فإنها تحدث حين حصول القبض في المجلس، والعقد في ذلك الحين معدوم.

[١] وجه ظهورها^(٢) في الكشف هو ما تقدم من دلالتها على سقوط قيمة الولد عن عهدة المشتري بإجازة المولى البيع الواقع على وليدته فضولاً وأما التفرقة بين صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين^(٣) فضولاً وبين سائر الأخبار بدلائلها

(١) الإيضاح ١: ٤٢٠، وحكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٨٩، وقال: وهو الظاهر من الفخر في الإيضاح، ونقله السيد الخوئي رحمه الله في مصباح الفقاهة ٢: ٧٨٥-٧٨٦.

(٢) أي ظهور صحيحة محمد بن قيس، كما في المتن، وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٦: ٢١٩، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١.

نعم صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً للأمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات، للزوجة الغير المدركة حتى تدرك وتحلف ظاهرة في قول الكشف إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على

على الكشف الحقيقي، بخلاف سائر الأخبار فباعتبار أنه لم يذكر في تلك الأخبار حكم يناسب خصوص الكشف الحقيقي، بخلاف الصحيحة فإن الوارد فيها وهو لزوم عزل نصيب الصغيرة وهو يناسب خصوص الكشف الحقيقي فقط، كما يأتي توضيحه في التعليقة الآتية.

والحاصل: أن الحكم لأب البائع بأخذ ابن الوليدة لا يصح، إلا إذا كان الأخذ المزبور لقيمة الولد فقط، أو مع قيمة ما استوفاه المشتري من سائر منافع الجارية. ثم لا يكون إرساله بعد إجازة البيع إلا على مذهب الكشف دون النقل، فإنه على النقل لا تسقط قيمة الولد أو قيمة سائر المنافع التي استوفاه عن عهدة المشتري؛ ليتعين على أب البائع إرسال الولد، بخلاف القول بالكشف حقيقياً كان أو حكماً.

وأما وجه تعلق المشتري بالبائع الفضولي فلعله باعتبار ضمانه الثمن المدفوع إليه، فإنه كما كان يبيعه فضولياً كان قبضه الثمن فضولياً، سواء كان المدفوع إليه نفس الثمن أو وفاءه، وأنه إذا أجاز المولى الوليدة بيعها كانت إجازته إجازة للقبض المزبور أيضاً، وقد سأل المشتري هذه الإجازة عنه بقوله: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني.

واحتمال أن البائع كان مديوناً للمشتري ببذل الثمن بمقتضى ضمانه والمشتري كان مديوناً للمولى بقيمة الولد وقيمة منافع الجارية فلعل الإجازة معتبرة بنحو النقل، وأن إرسال المولى ولد المشتري وإرسال المشتري البائع - أي ابن المولى - كان لإسقاط المولى دين المشتري في مقابل دين الابن البائع لا يمكن المساعدة عليها؛ لأن هذا الإسقاط لا يحتاج إلى إجازة بيع الجارية. وظاهر الرواية أن إرسال الولدين كان علاجه

ملك سائر الورثة كان العزل مخالفاً لقاعدة «تسلّط الناس على أموالهم» فإطلاق الحكم بالعزل منضمّاً إلى عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» [١]

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 الورثة، وهذا الإطلاق بانضمامه إلى عموم «الناس مسلّطون على أموالهم»^(١) المقتضي لسلطنة سائر الورثة لجميع حصصهم من تركة الزوج الميت يفيد مسلك الكشف الحقيقي، حيث بناءً على هذا المسلك لا يكون لزوم عزل نصيب الزوجة تخصيصاً لعمومه، بخلاف مسلك النقل أو الكشف الحكمي فإنه بناءً عليهما يكون المقدار المعزول ملكاً لسائر الورثة 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 التخصص فلا يمكن التمسك بعموم العام في إثبات كون الخروج بنحو التخصص لا التخصيص. كما إذا قام دليل على عدم لزوم الاجتناب عن غسالة الاستنجاء ودار أمر الغسالة بين كونها تخصيصاً في خطاب كون الماء المتنجس منجساً وبين أن يكون خروجها عن الخطاب المزبور بالتخصص بأن تكون الغسالة المزبورة طاهرة، فإنه لا يمكن إثبات طهارتها بالأخذ بعموم خطاب كون الماء المتنجس منجساً، هذا أولاً.

وثانياً: أنه على الكشف الحقيقي يكون تعين عزل سهم الزوجة أيضاً تخصيصاً في خطاب اعتبار الاستصحاب، فالمتعین أن العزل حكم ظاهري واحتياط في الواقعة التي

(١) عوالي اللآلي ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

هي من الشبهة الموضوعية، كوجوب عزل نصيب الحمل وجعله أكثر ما يحتمل عادة. والحاصل: أن الحكم بتعيين عزل نصيب الزوجة مع احتمال إجازتها بعد بلوغها منضمّاً إلى عموم خطاب الاستصحاب مقتضاه عدم الكشف الحقيقي، وقد أورد بعض الأعظم^(١) على دلالة الصحيحة على اعتبار الإجازة بنحو الكشف أو غيره بأنه لم يظهر أن التزويج المزبور فيها فضولي، وأنّ رضاء الصبي والصبية به بعد بلوغهما إجازة لذلك التزويج الفضولي، بل ظاهرها أن النكاح المزبور قد وقع من الوليين، وأن ذلك النكاح جائز، أي صحيح، ولكن يكون لكل منهما بعد بلوغهما الخيار في فسخه وإقراره، وأن من شرط التوارث بين الزوجين المزبورين رضا كل منهما بالنكاح المزبور، أي فسخه وإقراره. وإذا مات أحدهما بعد رضاه به وقبل بلوغ الآخر يكون الإرث مشروطاً برضاء الآخر بعد بلوغه، وهذا ظاهر الرواية - أي ظاهر جواز النكاح وفرض صدوره من الوليين - ولا موجب لحملها على نكاح الفضولي ثم حمل الرضا الوارد فيها على الإجازة والاستظهار يكون اعتبارها بنحو الكشف. نعم، قوله عليه السلام في ذيلها: «فإن كان أبوها هو الذي زوجها»^(٢) ظاهر في أن نكاح الأب لا يكون كنكاح غيره، ولا يعتبر في نكاحه خيار الفسخ، بل يلزم ويثبت التوارث. ولو قيل: بأن الأب يعمّ الجد - أي أب الأب - يكون نكاح الجد كنكاح الأب فيختص صدرها بنكاح غير الأب والجد، هذا مع أن الذيل معارض بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام عن الصبي يزوّج الصبية، قال: «إذا كان أبواهما اللذان زوّجاها فنعم جائز، ولكن لهما الخيار إذا أدركا فإن رضيا بعد ذلك فإنّ المهر على الأب، قلت: فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في

(١) نقله السيد الخوئي رحمته الله عن الشيخ النابيني رحمته الله في مصباح الفقاهة ٢: ٧٨٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٦: ٢١٩، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث الأول.

يفيد أنّ العزل لاحتمال كون الزوجة الغير المدركة وارثة في الواقع، فكأنّه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة كعزل نصيب الحمل وجعله أكثر ما يحتمل.

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته والنقل.
فنقول: أمّا الثمرة على الكشف الحقيقي [١] بين كون نفس الإجازة شرطاً

صغره؟ قال: لا»^(١).

وكذا معارض بذيل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره، أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أمّا تزويجه فهو صحيح - إلى أن قال -: فإن ماتت أو مات؟ قال: يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقي، ثم يحلف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلّا الرضا بالنكاح»^(٢).

أقول: إذا تسلم الله أن قوله عليه السلام في ذيل صحيحة أبي عبيدة الحذاء يكون دالاً على نفوذ نكاح الأب وثبوت التوارث معه وأن الأب يعم الجد فيلزم عليه أن يحمل الولتين في صدرها على غير الأب والجد، ومن الظاهر أن غير الأب والجد لا يكون ولياً شرعياً فيكون نكاحه فضولياً لا محالة، وحمل الولتين على خصوص الوصي مع أن ولايته على نكاح الصغيرة غير محرزة حمل بعيد، وأبعد منه حمله على نكاح الحاكم الشرعي لضرورة الطفل. وأما معارضة ذيلها بصحيحة محمد بن مسلم وصحيحة الحلبي فلا تضر بالاستدلال، فإنه لا يمكن العمل بمثلهما في مقابل غير واحد من الروايات الدالة على نفوذ نكاح الأب والجد وعليه شهرة أصحابنا قديماً وحديثاً، وتمام الكلام في ذلك موكول بكتابي النكاح والإرث.

[١] لا تظهر الثمرة على الكشف الحقيقي بين كون الشرط في صحة المعاملة

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٧، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٨

(٢) وسائل الشيعة ٢٦: ٢٢٠، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٤

وكون الشرط تعقب العقد بها ولحوقها له، فقد يظهر في جواز تصرف كل منهما فيما انتقل إليه بانشاء الفضولي إذا علم إجازة المالك فيما بعد.

وأما الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي [١] مع كون نفس الإجازة شرطاً

تتبعها 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، ويأتي الاعتراف بذلك من المصنف في بيان الثمرة بين الكشف الحقيقي والكشف الحكمي.

[١] إذا وطئ المشتري الجارية التي اشتراها من الفضولي قبل إجازة المالك فأولدها ثم أجاز الشراء مالكة فعلي القول بالكشف الحقيقي يكون الوطاء المزبور حلالاً واقعياً؛ لوقوعه في الملك واقعاً، كما أنه حرام واقعاً على الكشف الحكمي، وتكون الجارية المزبورة أم ولد للمشتري على الكشفين. وهذا بناءً على الكشف الحقيقي ظاهر؛ لحدوث الوطاء في الملك الواقعي للمشتري، وعلى الحكمي باعتبار أنه بعد الإجازة يملك المشتري الجارية حتى بالإضافة إلى الأزمنة السابقة ومنها زمان الوطاء، واحتمل عليه السلام عدم كونها أم ولد بذلك؛ لأن الاستيلاد لم يحدث في الملك وإن حكم بملكية الجارية في ذلك الزمان للمشتري، ولكن لا يخفى ما في الاحتمال من الضعف فإن مقتضى اعتبار الجارية ملكاً للمشتري زمان الاستيلاد مقتضاه كون الجارية أم ولد.

وذكر السيد الخوئي عليه السلام أنه لا يحكم على الأمة بناءً على الكشف الحكمي بأنها أم ولد^(١)؛ لأن ظاهر ما دل على أنها لا تباع أو غيره من الأحكام ترتبها على أمة يحدث استيلادها في ملك الواطئ، وعلى الكشف الحكمي يكون الاستيلاد بقاءً في ملكه،

يظهر في مثل ما إذا وطئ المشتري الجارية قبل إجازة مالکها فأجاز، فإن الوطء على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعاً لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه. ولو أولدها صارت أمّ ولد على الكشف الحقيقي والحكمي، لأن مقتضى جعل العقد الواقع، ماضياً ترتب حكم وقوع الوطء

نظير ما شرع في صلاته بقراءة سورة ثم تركها في الأثناء بالعدول إلى سورة أخرى فإنه بالعدول وإتمام السورة الثانية وإن تكون الأولى زائدة إلا أنها لا تحسب زيادة في الصلاة، ولا يعمه قوله ﷺ: «من زاد في صلاته فعله إعادتها»^(١)، فإن ظاهرها إحداث الزائد لا جعل الحادث سابقاً زائداً فيما بعد.

أقول: إذا فرض مبدأ الملكية المجعلولة هو الزمان السابق يكون الاستيلاد بحدوثه محكوماً بوقوعه في الملك لا محالة، ولا يقاس بمسألة الزيادة في الصلاة فإن مبدأ اتصاف القراءة السابقة بالزيادة من حين العدول إلى السورة اللاحقة 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 والصلاة 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 بالطهارة، وبعد حصولهما يحكم على الماء المزبور حتى بالإضافة إلى حين الاغتسال بالنجاسة، مع أنه يلزم عليه ﷺ الحكم بصحة الاغتسال، ولا أقل بعدم وجوب قضاء صلاة صلاها بذلك الغسل؛ لأنهما مقتضى قاعدة الطهارة السابقة أو أصالة عدم وجوب قضائها.

(١) وسائل الشيعة ٨: ٢٣١، الباب ١٩ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة، الحديث ٢.

في الملك، ويحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمي، لعدم تحقق حدوث الولد في الملك، وإن حكم بملكته للمشتري بعد ذلك. ولو نقل المالك [أم] الولد عن ملكه [١] قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل على الكشف الحقيقي، لانكشاف

[١] وحاصله: أنه لو اشترى الأمة فضولاً فأولدها ونقلها مالكها عن ملكه ثم أجاز الشراء المزبور فعلى الكشف الحقيقي يحكم ببطان النقل المزبور وبصحة الشراء؛ لأن الإجازة تكشف عن وقوع نقله في ملك المشتري واقعاً، ويحتمل بطلان إجازة الشراء؛ لأن النقل سابقاً بمنزلة رده الشراء المزبور، وسيأتي أن من شرط نفوذ الإجازة عدم سبقها بالرد، هذا على الكشف الحقيقي.

وعلى الكشف الحكمي فيحكم بصحة النقل المزبور، وعلى المالك المجيز أداء عوض الأمة - أي قيمتها - إلى المشتري، جمعاً بين صحة النقل المزبور وبين المعاملة مع الجارية المزبورة بعد الإجازة معاملة ملك المشتري بالإضافة إلى الأزمنة الماضية، 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 مالكه الأول.

والحاصل: أن ضابط الكشف الحكمي أنه ترتب آثار الملكية بالإضافة إلى الأزمنة السابقة بعد حدوث الإجازة، فإن كان الجمع بين تلك الآثار وتصرف المالك قبل إجازته ممكناً فهو، وإلا كما إذا تلف المالك المال حقيقة أو شرعاً - كالعتق - بطلت الإجازة؛ لفوات محلها وإن يحتمل الرجوع إليه بالبدل مع الإلتلاف أيضاً، جمعاً بخلاف الكشف الحقيقي فإنه بالإجازة ينكشف كون المال ملكاً للغير واقعاً من حين عقد الفضولي، فيبطل كل تصرف من المالك لاحق بالعقد المزبور.

أقول: مجرد تلف المال أو العتق لا يوجب التنافي بينه وبين إجازة عقد الفضولي،

وقوعه في ملك الغير - مع احتمال كون النقل بمنزلة الردّ - وبقي صحيحاً على الكشف الحكمي، وعلى المجيز قيمتها، لأنّه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه. ومقتضى صحّة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلّقه بنقل لازم.

فإنه بعد إجازته يرجع الأصيل إلى المالك المجيز ببذل المال المتلف أو المعتق، كما في مسألة البيع بشرط الخيار للمشتري فإنه إذا تلف المبيع في يد المشتري أو أعتقه فيرجع إليه البائع بعد الفسخ ببذل 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 ينبغي الربب في نفوذ النكاح الثاني وفساد النكاح الأول، وذلك فإنّ النكاح الثاني بحصوله يعمه ما دل على مشروعية 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 غفلة عن النكاح الأول، بل لأنّ الإجازة المصححة للنكاح الأول إجازة الخلية لا إجازة ذات البعل.

وأما إذا لم يكن تصرف المالك المجيز منافياً لصحة عقد الفضولي بإجازته فقد يقال، كما عن المصنف رحمته الله وغيره، بأنّه يجمع بين التصرف الثاني وعقد الفضولي بإجازته برجوع الأصيل إلى المالك المجيز ببذل ذلك المال، نظير رجوع من عليه الخيار إلى المشتري بعد فسخ الشراء ببذل المبيع التالف حقيقةً أو حكماً.

ولكن لا يخفى أنه لا يمكن المساعدة على الجمع بذلك في المقام، بل المتعيّن

وضابط الكسف الحكمي: الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكية المشتري من حين العقد، فإنّ ترتّب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته - كإتلاف النّماء، ونقله - ولم يناف الإجازة جمع بينه وبين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل وإن

هو الالتزام بأنّ تصرف المالك في المبيع ونقله إلى الغير أو إتلافه يوجب أن لا يبقى مورد للإجازة، لا لكون التصرف المزبور ردّاً فعلياً لعقد الفضولي؛ ليقال بأنّ تصرفه مع غفلته عن جريان العقد فضولاً على ماله لا يكون من الردّ الذي هو من الإنشائيات ولا يحصل بدون قصد، سواء كان بالفعل أو بالقول، بل لأنّ المعتبر في الإجازة أن تكون موجبة لاستناد عقد الفضولي إلى المالك المجيز بأنّ يصح أن يقال: إنه باع ماله أو أجره أو صالحه... إلى غير ذلك. ولا تكون الإجازة مع التصرف المزبور مصححة لذلك؛ لأنّ نفوذ ذلك التصرف يوجب كون المالك أجنبياً عن المال المزبور، ولا تكون إجازته موجبة لأنّ يقال: إنه باع داره وأجرها أو صالحها... إلى غير ذلك.

وهذا هو السر فيما يأتي من أنّ من شرط الإجازة أن يكون المجيز مالكاً للمال الذي جرى عليه العقد فضولاً لولا إجازته.

وبتعبير آخر: المصحح لاستناد عقد الفضولي إلى المجيز بإجازته كونه مالكاً للمال لولاها، والمفروض أنّه مع التصرف المزبور لا يكون مالكاً لتكون إجازته باعتباره مصححة للاستناد، بل الأمر كذلك في صورة تلف المال، فإنّ المال بعد تلفه في يد مالكة لا يعتبر ملكاً له. ولا يقاس بما إذا اشترى متاعاً بشرط الخيار له وتصرف في ذلك المال بالنقل أو تلف في يده فإنه يكون له فسخ الشراء ويرجع البائع إليه ببذل المبيع، وذلك فإنّ الخيار حق له متعلق بالعقد الواقع والتصرف في المبيع إذا لم يكن بقصد إسقاط الخيار لا يوجب سقوطه فيكون له فسخه ويتعيّن عليه بعد الفسخ دفع البدل، والإجازة في المقام ليست من قبيل الحق المتعلق بالعقد؛ ولذا لا يكون للمالك

نافى الإجازة كإتلاف العين عقلاً أو شرعاً - كالتعق - فإت محلها، مع احتمال الرجوع إلى البدل، وسيجيء. ثم إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف والنقل مواضع. منها: النماء فإنه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين، وعلى النقل لمن انتقلت عنه وللشهيد الثاني في الروضة عبارة توجيه المراد منها [١] - كما فعله - بعض أولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر.

المجيز إسقاطها، بل اعتبارها لكونها مصححة لاستناد عقد الفضولي إليه، ووجه التصحيح ما ذكرنا من كونه مالكا للمال لولا الإجازة.

فحصل مما ذكرنا: أنه على الكشف الحكمي يكون تلف المال أو تصرف مالكة بنقله إلى الغير أو عتقه موجبا لانقضاء مورد الإجازة، فيصح تلك التصرفات ويلغى عقد الفضولي.

بل يمكن أن يقال: إن الحال كذلك حتى على الكشف الحقيقي، فإن 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 بقية الكلام في ذلك في بحث اشتراط كون المجيز مالكا.

[١] قال في «الروضة»: «وتظهر الفائدة - يعني فائدة القولين الكشف والنقل - في النماء، فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل للمبيع المتخلل بين العقد والإجازة للمشتري ونماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز»^(١). انتهى.

وذكر المصنف رحمه الله أن 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

ومنها: أَنْ نسخ الأصل لإثباته قبل إجازة الآخر مبطل له [١] على القول

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 الفضولية 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 فلأن الأصل بإقدامه على المعاملة الفضولية قد رفع يده عن الثمن وعن نمائه من حين العقد.

والأولى المذكور في كلام المصنف عليه السلام من قبيل الأولى في آية إرث أولى الأرحام، وذلك فإن تعليل ظاهر كلام الشهيد الثاني بما ذكر 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 ببطالان فسخ الأصل، فإنه بناءً عليه يعلم بوقوع فسخه بعد تمام العقد، بخلاف ما إذا قيل بالنقل فإنه بناءً عليه يحكم ببطالان الإجازة وكونها لغواً؛ لأن لكل من المتعاقدين إلغاء إنشائه قبل تمام العقد جزءاً أو شرطاً بالإجماع.

أقول: ينبغي أن يذكر هذا ثمرة بين الكشف الحقيقي المبني على كون الشرط في تمام العقد تعقبه بإجازة المالك وبين غيره، سواء 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.

ولكن نوقش في الثمرة، كما تعرض لها المصنف رحمه الله بما حاصله: أنه لا أثر لفسخ الأصل، 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؛ لتتام السبب معها. وترتب الأثر على تمام السبب من أحكام الوضع، يعني غير موقوف على إرادة أحد المتعاقدين؛ ليكون فسخه موجباً لبطلان هذا الترتب، ولكن المناقشة ضعيفة؛ لأن من شرط صحة العقد وترتب الأثر عليه عدم تخلُّل الفسخ قبل تمام السبب، ومع تخلُّل الفسخ - كما ذكر - لا يتم العقد بشرطه ليرتَّب 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 النائي رحمه الله أنه فرَّق 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 في مورد دليل خاص على جواز الفسخ قبل حصول سائر الشرائط أيضاً يلتزم به، كما في الهبة والوقف قبل القبض، وأما مع عدم قيامه فمقتضى خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وجوب إنهاء العقد وعدم جواز فسخه، وهذا حكم تكليفي انحلافي يتعلق بكل من البائع والمشتري وليس من النقل والانتقال الذي هو من قبيل الحكم

(١) سورة المائدة: الآية ١.

بالنقل دون الكشف، بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة. كان فسخ الأصل كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغياً لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفة، فإن العقد تام من طرف الأصل غاية الأمر تسلط الآخر على فسخه. وهذا مبني على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه، بل قبل تحقق شرط صحة العقد - كالقبض في الهبة والوقف والصدقة - فلا يرد ما اعترضه

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 كاشفة 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 تكليفاً بالإضافة إلى مثل البيع والإجازة من المعاملات، فإن الوفاء بالعقد، بمعنى عدم فسخه، لا يراد 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 «أَوْقُوا بِالْعُقُودِ» دالاً على لزومها وعدم انحلالها بالفسخ، كما يتمسك هو ﷺ وغيره بالخطاب المزبور لإثبات لزوم المعاملات، فالمتمعن أن يكون وجوب الوفاء بالعقود بالإضافة إلى مثل البيع حكماً وضعياً وإرشاداً إلى لزومها، ومن الظاهر أن العقد المحكوم باللزوم في مثل البيع والإجازة 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: أن الكلام في أن عدم تخلل الفسخ بين جزئي 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 صحة العقود ولزومها، ولا يخلو عن إشكال.

ومنها: جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناءً على النقل [١]. وإن قلنا بأن

ناقلة أو كاشفة بكشف حكمي أو حقيقي، 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 عما ذكرنا أن 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 المعتمدة في ترتب الأثر على ذلك العقد، كما إذا فسخ البائع بيع الصرف قبل حصول القبض في المجلس فإن 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؛ لأن المفروض إلغاؤه قبل حصوله.

[١] هذه أيضاً ثمرة بين القول بالكشف الحقيقي وبين غيره من النقل والكشف

الحكمي، فإنه بناءً على النقل أو الكشف الحكمي يجوز للأصيل التصرف فيما انتقل

فسخه غير مبطل لإنشائه، فلو باع جارية 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: أن الفسخ القولي وإن قلنا: إنّه غير مبطل لإنشاء الأصيل، إلا أن له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محلّ الإجازة، فينفسخ 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 مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب، حيث قال: لا يجوز للبائع ولا للغاصب التصرف في العين لإمكان الإجازة، سيّما على القول بالكشف، انتهى.

عنه ولو بتصرف ينافي انتقال المال عنه، وذلك فإنّ المال بناءً عليهما قبل الإجازة ملكه فيجوز له ترتيب آثاره تكليفاً ووضعاً، فلو باع جارية 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 أنّه لا يجوز تصرف البائع الأصيل ولا المشتري الغاصب تلك العين؛ لاحتمال حصول الإجازة، سيّما على

وفيه: أَنَّ 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 المأمور بالوفاء به هو العقد المقيّد الذي لا يوجد إلّا بعد القيد. هذا كلّه على النقل.

وأما على القول بالكشف، فلا يجوز التصرف فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعة، كالعلامة والسيد العميدي والمحقق الثاني وظاهر غيرهم. وربّما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف، لأنّ مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع، لا يقدح 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.

القول بالكشف. انتهى.

وربما يقال بجواز تصرفات للأصيل ظاهراً حتى على الكشف باعتبار أنه لا يعلم حصول الإجازة وانتقال المال عنه واقعاً، ومقتضى أصالة 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 رحمته الله عن ذلك وذكر أنه بناءً على الكشف، أي الحقيقي منه، لا يجوز للأصيل التصرف المنافي للإجازة حتى مع علمه بعدم حصول الإجازة، وذلك فإنّه بناءً على هذا الكشف يكون الموضوع لوجوب الوفاء وهو نفس العقد حاصلاً 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.

أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء: وجوبه على الأصيل ولزوم العقد وحرمة نقضه من جانبه، ووجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك، بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك، ومن هنا يظهر أنه لا فائدة في أصالة عدم الإجازة، لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف: من كون العقد مشروطاً بتعقُّبه بالإجازة، لعدم إحراز الشرط مع الشك، فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين.

وأما على المشهور في معنى الكشف: من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، وقد تحقَّق، فيجب على الأصيل الالتزام به وعدم نقضه إلى أن ينقض، فإن ردَّ المالك فسحَّ للعقد من طرف الأصيل، كما أنَّ إجازته إمضاء له من طرف الفضولي.

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 المبادلة بينهما.

فإنه يقال: لا يجوز له التصرف المنافي فيما كان ملكاً له كما لا يجوز له التصرف في المال الآخر مطلقاً، وذلك فإنَّ العقد الموضوع لوجوب الوفاء به وإن كان بمعنى مطلق العهد الحاصل بالإيجاب والقبول، إلا أن التكليف بالوفاء قرينة على أنَّ المراد هو العهد على نفسه وما هو عهد المكلف على نفسه هو انتقال ماله إلى ملك المشتري، أي صاحب الثمن، والتكليف بالوفاء به يمنعه عن التصرف في ماله بما ينافي بالإجازة المتوقعة والتصرف في المال الآخر لا يعمه وجوب الوفاء ولا يناسبه، حيث إنَّه لا يكون من العهد على نفسه.

لا يقال: قد تقدم جواز هذه التصرفات للأصيل بناءً على النقل والكشف

والحاصل: أنه إذا تحقق العقد، فمقتضى العموم -على القول بالكشف، المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضمنية شيء شرطاً أو شرطاً-: حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً، فكل تصرف يعدّ نقضاً لعقد المبادلة -بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد- فهو غير جائز.

ومن هنا تبين فساد توهم: أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه، لأن مقتضى العقد مبادلة المالكين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافي بمقتضى العقد، أعني المبادلة.

توضيح الفساد: أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة: حرمة نقضه والتخطي عنه، وهذا لا يدل إلا على حرمة التصرف في ماله، حيث التزم بخروجه عن ملكه ولو بالبدل.

الحكمي، مع أن العهد على نفسه موجود عليهما أيضاً.

فإنه يقال: قد مر أن تمام الموضوع لوجوب الوفاء هو نفس العقد بناءً على الكشف الحقيقي فلا يجوز للأصيل نقضه، بخلاف النقل أو الكشف الحكمي فإن 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 أصالة عدم حصول الشرط في صورة الشك في الإجازة جواز التصرف ظاهراً، بخلاف ما لو قيل بأن الإجازة في المستقبل كاشفة عن كون العقد من الأول تمام الموضوع لوجوب الوفاء.

لا يقال: انتقال المال عن الأصيل ودخوله في ملك الآخر وإن كان عهداً على نفسه، إلا أنه مشروط بحصول أمر وهو انتقال الثمن عن الآخر إليه بإزاء ماله، ولا يعلم

وأما دخول البذل في ملكه فليس مما التزمه على نفسه، بل مما جعله لنفسه، ومقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عما التزم على نفسه، وأما قيد كونه بإزاء مال فهو خارج عن الالتزام على نفسه وإن كان داخلاً في مفهوم المبادلة، فلو لم يتصرف في مال صاحبه لم يكن ذلك نقضاً للمبادلة، فالمرجع في هذا التصرف فعلاً وتركاً إلى ما يقتضيه الأصل، وهي أصالة عدم الانتقال.

هذا الشرط غالباً؛ لاحتمال عدم حصول الإجازة فيكون المقام نظير النذر المشروط في ماله، حيث ذكروا أنه يجوز للناذر التصرف في المال المزبور قبل حصول الشرط. فإنه يقال: فرق بين النذر المشروط والمقام، فإن العهد في باب النذر - كما هو قضية الشرطية في قول الناذر - معلق ومراعى، بخلاف المقام حيث يكون احتمال الإجازة وانتقال المال إليه داعياً له إلى تملك ماله بإزاء المال الآخر، كما هو ظاهر قول البائع: بعثك هذا المال بذلك، فلا يكون حصول الشراء من الآخر - ولو احتمالاً - شرطاً وتقديراً في الإيجاب المزبور.

أقول: ما ذكره رحمته من أنه 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 كاشفة عن الملكية 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 فأصالة عدم حصولها مقتضاها جواز تصرف الأصيل في ماله، ولو حصلت بعد ذلك تكون كاشفة عن بطلان ذلك التصرف ووقوعه على ملك الغير، كما مر. ومما ذكرنا يظهر ضعف ما ذكر في «القواعد»^(١) من ترتب أحكام المصاهرة على

ودعوى: أَنَّ الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة ودخول البذل في ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه، فهو كالنذر المعلق على شرط، حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه، فكما أَنَّ التصرف حينئذٍ لا يعدّ حثّاً، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا يعدّ نقضاً لما التزمه، إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقاً.

التزويج فضولاً، هذا أولاً.

وثانياً: أَنَّ وجوب الوفاء بالعقد إما تكليف بعدم جواز نقضه عملاً بأن يتصرف في المال الذي ملكه الغير، وهذا التكليف من جهة حرمة التصرف في مال الغير والإمساك به لا يكون إلا بعد حصول الملكية 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

(١) سورة المائدة: الآية ١.

مدفوعة - بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالإشكال - : بأن الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الإجازة، وإنما التزم بالمبادلة متوقفاً للإجازة، فيجب عليه الوفاء به، ويحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة، أو ينتقض التزامه برّد المالك. ولأجل ما ذكرنا - من اختصاص حرمة النقص بما يعدّ من التصرفات منافياً لما التزمه الأصيل على نفسه، دون غيرها -

آخر دال على تمامه وامضائه حدوثاً، مثلاً: مقتضى قوله: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) ظاهره إمضاء كل بيع، فيمكن عند الشك في لزوم بيع وجوازه - كالمعاطاة - التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقود والحكم بلزومها، وأما إذا لم يكن خطاب على إمضاء عقد فلا يمكن التمسك المزبور.

والحاصل: يلزم على ما ذكرنا أن لا يصلح خطاب ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ للتمسك به في صحة عقد وفساده.

فإنه يقال: لا بأس بالتمسك بخطاب وجوب الوفاء لإثبات صحة عقد ولزومه، فإن الموضوع لوجوب الوفاء وإن كان هو العقد التام، إلا أن المراد هو التام بحسب اعتبار العقلاء، كما أن الموضوع للحلية في خطاب حل البيع هو البيع بحسب اعتبارهم، حيث إنه ليس للعقد والبيع حقيقة شرعية. وإذا كان العقد التام بحسب نظرهم محكوماً باللزم يكون محكوماً بالصحة أيضاً لا محالة، غاية الأمر إذا ثبت شرط لتام العقد شرعاً - كاعتبار القبض في بيع الصرف - يكون ذلك تقييداً لموضوع وجوب الوفاء ولو بلسان الحكومة، بمعنى أن تمام العقد في مورده يكون بعد القبض. والمتحصّل مما ذكرنا: أنه يجوز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه على النقل والكشف الحكمي ويخرج عقد الفضولي - مع التصرف المنافي - عن القابلية للحقوق

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

قال في القواعد في باب النكاح: ولو تولّى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حقّ المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان زوجاً حُرمت عليه الخامسة والأخت والأمّ والبنت، إلّا إذا فسخت على إشكال في الأمّ [١].

الإجازة، ولا يجوز على الكشف الحقيقي، سواء كان الشرط تعقب الإجازة أو نفس الإجازة بنحو الشرط المتأخّر 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 بالإجازة، مع أن المستفاد من صحيحة أبي عبيدة الحذاء^(١) المتقدمة الأمّرة بعزل حصة المزوّجة فضولاً من زوجها المتوفى عدم الاعتبار باستصحاب عدم الإجازة.

فإنه يقال: المستفاد من الصحيحة المشار إليها عدم الاعتبار بالاستصحاب لتجوز تصرف سائر الورثة في جميع التركة، وأما عدم الاعتبار به بالإضافة إلى تصرفات الأصيل في نكاح الفضولي فضلاً عن تصرفات الأصيل في سائر العقود فلا دلالة لها عليه كما لا يخفى.

[١] يعني: يجوز للمباشر -أي للأصيل- نكاح الخامسة وأخت المنكوحة فضولاً وأمها بعد ردّ المنكوحة ولكن في جواز نكاح أمها إشكال، ووجه أن نكاح البنت في زمانٍ ما ولو مع عدم الدخول بها كاف في حرمة أمها إلى الأبد، بخلاف نكاح الخامسة أو نكاح أخت المنكوحة فإنّ حرمة الخامسة أو الأخت مادام زوجاته الأربع أو الأخت في حباله،

(١) وسائل الشيعة ٢٦: ٢١٩، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١.

وفي الطّلاق نظر [١] لثربته على عقد لازم فلا يبيح المصاهرة وإن كانت زوجة لم يحلّ لها نكاح غيره إلا إذا فسخ، والطلاق هنا معتبر، انتهى.

ومع ردّ المنكوحه فضولاً لا يكون دخول، كما أنها تخرج عن حباله فلا يحرم عليه بنتها. [١] يعني: لو أراد الزوج الأصيل طلاق المنكوحه فضولاً قبل إجازتها أو ردّها ليجوز له بالطلاق المزبور نكاح الخامسة أو التزويج بأختها أو بنتها أو أمها ففي الطلاق المزبور إشكال، حيث إنها إزالة علقه الزوجية فيكون بعد تمام النكاح لا قبلها. نعم، لو كان النكاح فضولياً من ناحية الزوج دون الزوجة فلا يجوز للزوجة نكاح نفسها من شخص آخر قبل ردّ الزوج أو إجازته، ولو أراد الزوج المزبور طلاق الزوجة المزبورة فلا إشكال في صحته؛ لأن طلاقه كاشف عن إجازته النكاح، فيكون الطلاق بعد تمام النكاح وحصول الزوجية كما لا يخفى.

بقي الكلام في مسألة النذر المشروط فنقول: إن كان الشرط المزبور فيه قيداً لأصل النذر والتعهد، كما إذا قال: «إن جاء ولدي من سفره فلله عليّ التصدّق بمالي هذا»، فلا ينبغي الإشكال في جواز تصرف الناذر في نذره قبل حصول الشرط؛ لأنه مادام لم يحصل الشرط لم يجب عليه التصدّق بالمال المزبور حتى لا يجوز ضده الخاص، وبعد حصوله لا يكون التصدّق 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 بالملك الملزم غير الأمر بالفعل، ومع عدمه قبل حصول الشرط - كما هو الفرض - لم تصحّ دعوى تفويته. وبتعبير آخر: يكون التصدّق بالمال المزبور نظير سائر الواجبات المشروطة أو المؤقتة في عدم وجوب حفظ القدرة عليها قبل حصول الشرط والوقت.

وعن كشف اللثام نفي الاشكال. وقد صرح أيضاً جماعه بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل وفرعوا عليه تحريم المصاهرة. وأما مثل النظر إلى المزوجة فضولاً وإلى أمها. مثلاً، وغيره مما لا يعد تركه نقضاً لما التزم العاقد على نفسه فهو باقٍ تحت الأصول لأن ذلك من لوازم علاقة الزوجية الغير الثابتة، بل المنفية، بالأصل، فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقف على ثبوت نتيجة العقد - أعني علاقة الملك أو الزوجية - بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين.

وإن كان الشرط قيداً للمنذور بأن كان النذر فعلياً والتقدير للمنذور نظير الواجب المعلق، كما إذا قال: «لله عليّ التصديق 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 السابقة قصد الناذر إبقاء المال إلى زمان يحتمل حصول الشرط لزم الوفاء بنذره على ما هو عليه قصده.

ثم إنه إذا تصرف في المال المنذور بما ينافي الوفاء بالنذر، فإن كان في موارد جوازه فلا إشكال في صحة 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 المعاملة نافذة وضعاً؛ لأن النهي عن معاملة لا يقتضي فسادها، فضلاً عما إذا لم يتعلق بها نهى كما ذكرنا. ودعوى فسادها باعتبار تعلق الحق بالمال أو لعدم التمكن

ثم إن بعض متأخري المتأخرين [١] ذكر ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبيه بها وبما يمكن أن يقال عليها:

على تسليم ذلك المال إلى الطرف مع وجوب الوفاء بالنذر لا يمكن المساعدة عليها، فإنه لا يوجب النذر حقاً للمندور له بالإضافة إلى المال؛ ولذا لا يسقط وجوب الوفاء بالنذر بإسقاط المندور 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 يجري في موارد لم يكن فيها ذلك النهي، وأنه بعد التصرف لا مانع من شمول خطابي حل البيع وجوب الوفاء بالعقد لذلك التصرف؛ لسقوط وجوب الوفاء بالنذر بخروج المال عن ملك الناذر، كما هو مقتضى الخطابين.

والحاصل: أن القدرة على التسليم المعتبرة في ظرفه وهو تمام المعاملة، حاصل في المقام أيضاً؛ لأن تسليم المال المندور إلى مشتريه كبيعه منه لا يكون في نفسه محرماً وإنما الحرام ترك الوفاء بالنذر؛ ولذا لا يفرق في فرض ترك الوفاء بالنذر 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 القدرة على تسليمه، فإنه يكفي في صحة البيع التمكن على التسليم ولو بنفس إنشاء البيع وإمضائه كما لا يخفى.

[١] حكى عن كاشف الغطاء^(١) أنه ذكر ظهور الثمرة بين القول بالكشف والنقل في موارد الأول: ما إذا خرج أحد المتبايعين - ونفرضه الأصيل - بعد العقد وقبل الإجازة عن قابلية كونه مالكا؛ لموته أو عروض الكفر، كما إذا ارتد، سواء كان ارتداده عن فطرة أو غيرها، مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً فيضع على الكشف دون

(١) شرح القواعد (مخطوط): ٦٢.

النقل، وكون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً قيد للارتداد غير الفطري فقط، وكان المرتد الفطري لا يملك شيئاً بعد ارتداده فتنقل أمواله التي كانت له قبل ارتداده إلى ورثته، فخروجه عن قابلية كونه مالكاً يعم كل مبيع. وأما المرتد غير الفطري 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 القابلية لتملك المصحف أو العبد المسلم من أحكام الكفر معروف، فلا حاجة إلى التصريح بالتعميم لقسمي الارتداد، فالتصريح بالتعميم قرينة على التفصيل المزبور.

ولكن ذكرنا في كتاب الإرث أن غاية ما دلت عليه الروايات انتقال أموال المرتد الفطري إلى ورثته بارتداده، وأما ما يملك ويكسبه بعد ارتداده فلا دلالة لها على حكمه، ومقتضى عموم أدلة إمضاء المعاملات وإطلاقاتها جواز التكسب له وضعاً وتكليفاً كسائر الناس.

ثم إن بطلان البيع على النقل في فرض موت الأصيل مختص بما إذا كان العوض كلياً بذمته، وإلا فلو كان كلا العوضين عيناً خارجية يكون العقد قابلاً للإجازة، غاية الأمر على الكشف تثبت المعاملة لمن كان مالكاً حال العقد، وعلى النقل تقع على ملك الورثة فتححتاج إلى إجازتهم. وكذا الحال في الخروج عن القابلية بالارتداد الفطري، فإنه إذا كان الثمن كلياً بذمته يصح البيع له بناءً على كون الإجازة كاشفة ولا يمكن أن يصح له ولا للورثة على النقل، بخلاف ما إذا كان العوض عيناً خارجية فإنه يكون معه البيع بناءً على النقل فضولياً حتى بالإضافة إلى الورثة فيحتاج إلى إجازتهم.

نعم، لا يعتبر كون الثمن كلياً على العهدة في غير الفطري؛ لأن الثمن الشخصي

منها ما لو انسخت قابلية الملك عن أحد المتبايعين بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفرٍ بارتداد فطريٍّ أو غيره مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مُصحفاً، فيصح حينئذٍ على الكشف دون النقل، وكذا لو انسخت قابلية المنقول بتلف أو عروض نجاسة له مع ميعانه إلى غير ذلك، وفي مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدها حال العقد كما لو تجددت الثمرة وبدأ 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

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 المعاملة عليه، فبناءً على الكشف يصح البيع السابق بالإجازة، حيث يثبت الملك بالإضافة إلى زمان كانت فيه العين قابلة 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 الصحة وتجدد الشرط المزبور قبل الإجازة.

[١] المعترض هو صاحب «الجواهر» رحمته الله (١)، فإنه اعترض على الثمرة في الموارد الثلاثة بأنه يحكم ببطالان البيع فيها على كلا المسلكين؛ أما في المورد الأول: فإن ظاهر الأدلة اعتبار استمرار قابلية الأصيل للتملك إلى حين الإجازة؛ لتكون كاشفة عن حصول المالك له من حين العقد إلى حينها. وأما في المورد الثاني: فإنه يعتبر أيضاً

الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً إلى حين الإجازة.

وفيه: أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية، ولا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، كما لو وقعت بيع متعده على ماله فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء مالكية الأول مستمراً وكما يشعر بعض أخبار المسألة المتقدمة حيث إن ظاهر بعضها وصريح الآخر عدم اعتبار حياة

بقاء العوضين قابلاً للملك إلى حين الإجازة، حيث يعتبر في إجازة المالك أن يكون مالكاً لولا الإجازة، ومع خروج المال عن قابلية الملك لا تكون الإجازة عن المالك المزبور. وأما في المورد الثالث: فإن العقد المزبور غير قابل للإجازة على الكشف والنقل؛ لفقد شرط صحة العقد، مع قطع النظر عن رضا المالك على الكشف وكون إنشاء العقد في مورد غير قابل له على النقل.

وتسلم المصنف عليه السلام الاعتراض على المورد الثالث ومنعه في الأوليين، حيث قال في المورد الأول: إنه ليس في البين ما يدل على اعتبار بقاء قابلية المتبايعين للمالكية إلى حين الإجازة، بل الأمر بالعكس، فإن بعض الروايات ظاهرة وبعضها صريحة في عدم اعتبار بقاء القابلية. والمراد من بعض الروايات الظاهرة ما ورد في اتجار العامل في المضاربة بغير متاع اشترط مالك رأس المال الاتجار به، حيث لم يستفصل فيها بين بقاء الطرف في تجارة العامل على الحياة حين الإجازة وعدمه، ونحوها ما ورد في الاتجار بمال اليتيم. ومراده من بعض الصريح رواية ابن اشميم^(١) الواردة في العبد المأذون الذي اشترى أباه واعتقه، ويدل على عدم الاعتبار فحوى الخبر الوارد في تزويج الصغيرين، وذلك فإن كلاً من الزوجين في النكاح كالعوضين والبيع ركن، وإذا

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٨٠، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١.

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إنَّ أصالة بقاء السُّلْطنة حاكمة على أصالة عدم الضَّمان بالمثل أو القيمة مع أنَّ ضمان التَّالف ببذله معلوم، إلَّا أنَّ الكلام في أنَّ البذل هو البذل الحقيقي، أعني المثل أو القيمة أو البذل الجعلي أعني العين الموجودة فلا أصل. هذا، مضافاً إلى ما قد يقال: من أنَّ عموم «النَّاس مسلَّطون على أموالهم» يدلُّ على السُّلْطنة على المال الموجود بأخذه، وعلى المال التَّالف بأخذ بدله الحقيقي وهو المثل أو القيمة فتدبر. ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمَّة [١] أحد

التالف في يد صاحبه، وكذا لا يمكن المساعدة على الوجه الأول، وذلك فإن الاستصحاب في سلطنة المالك على العين الموجودة عبارة أخرى عن استصحاب عدم كون تلك العين عوضاً عن التالف، وأنَّه لم يدخل في ملك الطرف الآخر فالمعارضة بينه وبين استصحاب عدم اشتغال ذمته للطرف الآخر بمثل التالف أو قيمته بحالها.

وإن شئت قلت: لا تجري أصالة بقاء السلطنة في حق من كان مالكا للعين الموجودة لعلمه إجمالاً بكونه مكلفاً إما بدفع تلك العين إلى صاحبه وعدم جواز إمساكها عليه، وإما بدفع البذل الواقعي للتالف إلى ذلك الطرف، وأصالة بقاء سلطنته على العين وعدم وجوب دفعها أو عدم حرمة إمساكها لا يكون حاكماً على أصالة براءة ذمته عن البذل الواقعي، فإن المعيار في الحكومة أن يكون أحد المجريين موضوعاً والآخر حكماً له، وبقاء ملكه وسلطانه على العين الموجودة ليس موضوعاً لاشتغال ذمته بالبذل الواقعي للمال التالف.

[١] والصحيح أن يقال: إنه إذا كان أحد المالكين ديناً بذمة أحد المتعاطيين يحكم من الأول بالملك اللازم مطلقاً، ولو على القول بالإباحة، وهذا على القول بالملك ظاهر، لأصالة اللزوم بعد عدم إحراز ما تقدم في وجه جواز الملك، وهو

المتعاطيين فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته فيسقط عنه، والظاهر أنه في حكم التلّف، لأنّ الساقط لا يعود ويحتمل العود وهو ضعيف. والظاهر أنّ الحكم كذلك على القول بالإباحة فافهم. ولو نقل العينان أو إحدهما [١] بعقد لازم فهو

الإجماع في مثل المقام حيث إنّ نتيجة التملك بعوض سقوط ما على العهدة، ولسنا ندعي أنّ الساقط عن العهدة لا يمكن عوده إليها كما قيل، لأنّ عود ما على الذمة إليها في بعض الموارد شاهد قطعي لإمكانه.

كما إذا باع المديون لآخر بعشرة دنائير متاعه منه بألف على شرط إبراء ذمته من العشرة وخياطة ثوبه المعين فأخذ المشتري المتاع وسلم الألف وأبراه عن العشرة ولكن امتنع عن خياطة الثوب، فإنّه لا ينبغي الرب في أنّ للبائع خيار تخلف الشرط، وإذا فسخ تعود العشرة إلى ذمته وهذا عود بعد السقوط.

والحاصل: أنّه لا يمكن قياس عود المال إلى الذمة بعود الشيء الخارجي بعد صيرورته معدوماً ويقال بأن الشيء لو كان عوده بشخصه الأول لزم تخلل العدم في الوجود الواحد، ولو كان بشخص آخر يكون غيره لا الأول.

والوجه في الفرق أنّ ثبوت المال على الذمة اعتبار يتعلق بالطبيعي ويمكن اعتباره ثانياً بنحو لا يكون بينه وبين الطبيعي الأول ميّز أصلاً.

وأما على القول بالإباحة، فإنّ الإباحة تثبت في المعاطاة بالإجماع والسيرة، ومن الظاهر أنّ الإباحة في مقابل الملك لا معنى لها في المقام، فيكون الإجماع والسيرة في سائر الموارد ويثبت الملك في المورد من الأول، كما هو مقتضى حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد.

[١] يعني أنّ انتقال كلا المالين أو أحدهما بعقد لازم من طرف الناقل موجب للزوم المعاطاة، وهذا على تقدير بقاء العقد اللازم ظاهر باعتبار عدم إمكان التراد

كالتلف على القول بالملك لامتناع التراد، وكذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة. ولو عادت العين بفسخ، ففي جواز التراد على القول بالملك لإمكانه فيستصحب، وعدمه، لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكة وجهان. أجودهما ذلك، إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز التراد بقول مطلق، بل المتيقن منه غير ذلك، فالموضوع غير محرز في الاستصحاب. وكذا على القول بالإباحة، لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني، فلا دليل على زواله، بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا حتى يستصحب، بل المحقق أصالة بقاء سلطنة المالك الأول المقطوع بانتفائها.

على القول بالملك وانتهاء الإباحة وصيرورة المال ملكاً للمتصرف عند العقد اللازم على مسلك الإباحة.

نعم لو عاد المال إلى الناقل بفسخ العقد اللازم بالإقالة أو بالفسخ من الطرف الآخر للخيار الثابت له فيمكن الالتزام بجواز التراد أخذاً باستصحابه.

لا يقال: لا مجال لاستصحابه، للقطع بانتفاء جواز التراد قبل فسخ العقد اللازم، والجواز على تقديره فعلاً حكم آخر لم يعلم حدوثه، فإنه يقال: المستصحب جواز التراد وضعاً، أي نفوذ التراد وصحته، وعدم إمكان التراد قبل فسخ العقد اللازم لا يوجب ارتفاع هذا الجواز.

ثم إنه ﷺ ناقش في هذا الاستصحاب بأنه لا بد من الاختصار على المتيقن في جواز التراد والرجوع في غيره بأصالة اللزوم، لعدم إحراز موضوع جواز التراد ليستصحب، وذكر أنه لا يجوز التراد بعد فسخ العقد اللازم حتى على القول بالإباحة، وذلك فإن العقد اللازم بحدوثه كاشف عن دخول المال في ملك المباح له وبعد

نعم، لو قلنا بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول وإن كان مباحاً لغيره ما لم يسترد عوضه كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز الترادّ لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكة الأول أو عائداً إليه بفسخ.

وكذا لو قلنا بأنّ البيع لا يتوقّف على سبق الملك بل يكفي فيه إباحة التصرف والاتلاف ويملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع.

فسخه يرجع المال إلى مالكة، لا إلى ملك المبيع، ومقتضى دليل السلطنة نفوذ تصرفات المباح له لا المبيع، وليس في هذا الفرض حالة سابقة لجواز الترادّ ليستصحب، بل الثابت سابقاً هي الإباحة المنقطعة عند حدوث العقد اللازم. نعم يتصور جواز الترادّ على الإباحة بالالتزام بأحد أمرين.

أحدهما: القول بأنّ العقد اللازم الحادث بحدوثه وبقائه كاشف عن حصول الملك للمباح له وبارتفاع العقد اللازم يرجع المال إلى ما كان عليه قبل العقد اللازم، فيكون ملكاً للمبيع ومباحاً للمباح له.

والأمر الثاني: أن يقال: العقد اللازم لا يتوقف على حصول الملك للمتصرف، لجواز كون الثمن في العقد اللازم ملكاً للمتصرف مع خروج المثلث عن ملك المبيع، ولكن قد مرّ عدم إمكان ذلك وأنه خلاف مقتضى المعاوضة، كما لا يمكن الأمر الأول أيضاً فإنّ العقد اللازم لا يبطل بالفسخ من أصله حتى لا يكون كاشفاً عن حصول الملك للمباح له، بل الانفساخ يقع من حين الفسخ وصحته إلى زمان الفسخ لا تكون إلّا مع حصول الملك للمباح له قبل العقد، وعلى ذلك فبفسخ العقد فيما بعد يرجع ملك المال إليه لا إلى المبيع.

لكن الوجهين ضعيفان. بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع. ولو كان الناقل عقداً جائزاً [١] لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه ولا رجوعه بنفسه إلى عينه فالتراد غير متحقق وتحصيله غير واجب، وكذا على القول بالإباحة لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك.

نعم، لو كان غير معاوضة كالهبة، وقلنا بأن التصرف في مثله لا يكشف عن

[١] يعني لو انتقل أحد المالكين بنقل جائز تكون المعاوضة لازمة ولا يجوز للمالك الفعلي للعين الموجودة الزام المتصرف بفسخ النقل الجائز، والوجه في ذلك أن التراد غير متحقق، أي غير ممكن ممن يملك العين الباقية فإنه عبارة عن رد المال على مالكة الأصلي واسترجاع ما كان ملكاً له منه، والمفروض أن المال بعد النقل الجائز غير باق في ملك صاحبه حتى يسترجع منه. نعم لصاحبه فسخ النقل الجائز وبفسخه يتمكن مالك العين الباقية على التراد ولكن تمكنه من ذلك غير واجب على صاحبه.

هذا بناءً على الملك في المعاوضة، وأما بناءً على الإباحة فالنقل الجائز ملزم لها من الجانبين، لأن النقل الجائز كاشف عن انتهاء ملك المبيع وحصوله للمباح له قبل تصرفه في المال بالنقل الجائز.

نعم لو كان النقل الجائز من الهبة مجاناً بأن لا تكون معاوضة فيمكن القول بأن تصرف المباح له لا يوجب حصول الملك له، بل تصرفه - أي بالهبة - يقع عن المبيع فهو الواهب حقيقة فيثبت في حقه جواز الرجوع في الهبة وجواز التراد في المعاوضة، على تقدير بقاء المال الآخر في يده أو رجوعه إلى يده من غير صيرورته ملكاً له في زمان، فإنه لو صار ملكاً له في زمان، فلازمه انتهاء ملكه وسلطانه على المال الآخر كانهاء ملك صاحبه على المال الذي بيده.

سبق الملك - إذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مالاً لواحد وانتقال المعوض إلى الآخر بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك إلى المتهب فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب - اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الأخرى، أو عودها إلى مالكةا بهذا النحو من العود، إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف. ولو باع العين ثالث فصولاً فأجاز المالك الأول [١] على القول بالملك لم يبعد كون إجازته رجوعاً كبيعه وسائر تصرفاته الناقلة. ولو أجاز المالك الثاني نفذ بغير إشكال. وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة ولكل منهما ردّه قبل إجازة الآخر [٢]

ولو رجع الأول فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغى الرجوع،

[١] فإن إجازة المالك الأول كبيعه المال مباشرة في كونها فسخاً للمعاطاة فيكون المقام نظير بيع ذي الخيار ما انتقل عنه في الالتزام بحصول الملك له أنا ما قبل البيع الثاني، ولو أجاز المالك الثاني الذي انتقل المال إليه بالمعاطاة تكون إجازته كبيعه مباشرة ملزمة نافذة بلا إشكال، باعتبار كون المال ملكه.

وأما إجازة المباح له ففيها إشكال الالتزام بالملك أنا ما قبل إجازته فتكون الإجازة على مسلك الإباحة في جهتي الإشكال وعدمه عكس مسلك الملك المتزلزل.

[٢] فلا بد من كون ردّ المالك الأول بناءً على مسلك الملك في المعاطاة بقصد الرجوع فيها وحينئذ يكون ردّه نافذاً أو مبطلاً للمعاطاة أيضاً فلا يبقى مجال لإجازة الثاني إلا بناءً على كون الإجازة كاشفة عن انتقال المال إلى المشتري من الفضولي، وأن رجوع المالك الأول واقعاً كان بعد هذا الانتقال.

ولكن الصحيح فساد هذه الإجازة، لأن شرط صحة الإجازة ونفوذها كون المجيز مالاً للمال مع قطع النظر عن إجازته وليس هنا كذلك، لرجوع المال إلى مالكة

ويحتمل عدمه لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ ويلغي الإجازة وإن جعلناها نافذة لغت الإجازة قطعاً. ولو امتزجت العينان [١] أو إحداهما سقط الرجوع على القول بالملك، لا متناع التراد ويحتمل الشركة وهو ضعيف. أمّا على القول بالإباحة فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به.

الأول لولا إجازته.

[١] على تقدير الملك في المعاطاة يحكم بلزومها بالامتزاج بناءً على عدم جريان الاستصحاب في جواز التراد في مقابل أصالة اللزوم في الملك كما تقدم، وبناءً على مسلك الإباحة يجري استصحاب بقاء المال على ملك ماله الأول، وبهذا يحرز موضوع الشركة وهو حصول الامتزاج بين مالين من مالكين مع عدم إمكان تمييزهما عرفاً.

نعم لو كان الامتزاج موجباً لصدق التلف كما في خلط العسل القليل باللبن، فيدخل الفرض في تلف المال حتى على مسلك الإباحة.

أقول: الصحيح عدم الفرق بين المسلكين وأن الامتزاج موجب للزوم المعاطاة حتى على القول بالإباحة، أخذاً بأصالة نفوذ البيع ولزومه إلّا في المقدار المتيقن وهو المال قبل الامتزاج، كما أن مقتضاها عدم الفرق في ذلك بين الامتزاج والتصرف المغيّر للصورة.

ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا أنه لا مجال للمناقشة في لزوم المعاطاة بموت أحد المتعاطيين، فإنه لا دليل لرفع اليد عن صحة البيع ولزومه إلّا في المقدار المتيقن، سواء على القول بالملك أو الإباحة، ولكن ظاهر كلام المصنف رحمته الله هو التفصيل بين القولين، وأنها تلزم على القول بالملك، حيث إن جواز الرجوع الثابت للمتعاطيين

نعم، لو كان المزج مُلحقاً له بالإتلاف جرى عليه حكم التّلف. ولو تصرف في العين تصرفاً مغيّراً للصّورة - كطحن الحنطة، وفصل الثوب - فلا لزوم على القول بالإباحة وعلى القول بالملك. ففي اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التّرادّ ومنشأ الإشكال: أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفيٌّ أو حقيقيٌّ. ثم إنك قد عرفت ممّا ذكرنا أنّه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللازمة حتّى يورث بالموت ويسقط بالإسقاط ابتداءً أو في ضمن المعاملة بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، وعلى القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام بحيث ينافي الحكم فيه بالرّضا الباطني بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له التصرّف، فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل؛ لأنّ من له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي، ولا يجري الاستصحاب. ولو جُنّ أحدهما، فالظاهر قيام وليّه مقامه في الرجوع على القولين.

حكمي، نظير جواز الرجوع في الهبة، ولذا لا تلزم المعاطاة من الابتداء باشتراط لزومها.

والحاصل: أنّ الجواز الحقيقي كالخيار يمكن القول فيه بالإرث، لأنّه من الحق الذي يتركه الميت لا الجواز الحكمي فإنّه تابع لثبوت موضوعه فقط، ولكن المال على القول بالإباحة ينتقل إلى الورثة فيكون رجوع الورثة في المعاطاة باعتبار أنّ المال ملكهم، فيكون رجوعهم نظير رجوع من قدم الطعام إلى الغير في كون بقاء الإباحة له دايراً مدار بقاء رضاه.

أقول: قد تقدّم أنّ الإباحة على القول بها إباحة حكميّة لا مالكيّة، والإباحة الحكمية تدور مدار بقاء موضوعها فقط، وذكرنا أنّ الثابت منها في مقابل العموم أو

[الأمر] السَّابع: أَنَّ الشَّهيدَ الثَّانيَ ذَكَرَ فِي الْمَسَالِكِ [١] وَجْهَيْنِ فِي صَيْرُورَةِ الْمَعَاوَةِ بِعَاً بَعْدَ التَّلْفِ أَوْ مَعَاوَةِ مُسْتَقْلَةٍ.

قال: يَحْتَمِلُ الْأَوَّلُ، لِأَنَّ الْمَعَاوِضَاتِ مُحْصُورَةٌ وَلَيْسَتْ إِحْدَاهَا، وَكَوْنُهَا مَعَاوِضَةٌ بِرَأْسِهَا يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ.

وَيَحْتَمِلُ الثَّانِي، لِإِطْبَاقِهِمْ عَلَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِعَاً حَالٍ وَقَوْعِهَا، فَكَيْفَ تَصِيرُ بِعَاً بَعْدَ التَّلْفِ؟ وَتُظْهِرُ الْفَائِدَةُ فِي تَرْتُّبِ الْأَحْكَامِ الْمُخْتَصَّةِ بِالْبَيْعِ عَلَيْهَا، كَخِيَارِ

الإِطْلَاقِ الْمُقْتَضِي لِحَصُولِ الْمَلِكِ اللَّازِمَ بِالْمَعَاوَةِ مِقْدَارَ الْيَقِينِ، وَهُوَ مَالٌ يَقَعُ مَوْتُ أَحَدِ الْمُتَعَاظِيَيْنِ كَمَا لَا يَخْفَى.

[١] تُعْرَضُ الشَّهيدَ الثَّانِيَ ﷺ^(١) لَكُونَ الْمَعَاوَةِ بَعْدَ لَزُومِهَا بِعَاً أَوْ مَعَاوَةِ مُسْتَقْلَةٍ، وَذَكَرَ لِكُلِّ مِنْهُمَا وَجْهًا، فَوَجْهٌ كَوْنُهَا بِعَاً أَنَّ سَائِرَ الْمَعَاوِضَاتِ مُحْصُورَةٌ وَلَيْسَتْ الْمَعَاوَةُ مِنْهَا، وَكَوْنُ الْمَعَاوَةِ مَعَاوَةِ مُسْتَقْلَةٍ فِي مُقَابِلِ تِلْكَ الْمَعَاوِضَاتِ لَا يَسَاعِدُ الدَّلِيلَ عَلَيْهَا، فَيَتَعَيَّنُ دُخُولُهَا فِي عُنْوَانِ الْبَيْعِ. وَوَجْهٌ كَوْنُهَا مَعَاوَةِ مُسْتَقْلَةٍ أَنَّ الْمَعَاوَةَ حِينَ حَدُوثِهَا لَمْ تَكُنْ بِعَاً وَلَا مُوجِبٌ لِدُخُولِهَا فِي عُنْوَانِ الْبَيْعِ بَعْدَ ذَلِكَ. وَقَالَ ﷺ: وَتُظْهِرُ ثَمَرَةُ ذَلِكَ فِي تَرْتُّبِ آثَارِ الْبَيْعِ بَعْدَ لَزُومِهَا، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ تَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا تِلْكَ الْآثَارُ، كَخِيَارِ الْحَيَوَانِ حَيْثُ إِنَّ هَذَا الْخِيَارَ حَكَمَ لِشِرَاءِ الْحَيَوَانِ، ثُمَّ عَلَى تَقْدِيرِ ثُبُوتِ هَذَا الْخِيَارِ فَهَلِ الثَّلَاثَةُ أَيَّامٌ مِنْ حِينِ الْمَعَاوَةِ أَوْ مِنْ حِينِ لَزُومِهَا، فِيهِ تَرَدُّدٌ.

وَيُرَدُّ عَلَى الْأَوَّلِ أَنَّ الْمَعَاوَةَ لَيْسَتْ بِعَاً حِينَ حَدُوثِهَا فَكَيْفَ يَثْبُتُ خِيَارُ الْحَيَوَانِ مِنْ ذَلِكَ الْحِينِ، وَعَلَى ثُبُوتِهِ بَعْدَ لَزُومِهَا بِأَنَّ التَّصَرُّفَ أَوْ التَّلْفَ لَا يَكُونُ بِعَاً، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُلْتَزَمَ بِحُدُوثِ خِيَارِ الْحَيَوَانِ مِنْ حِينِ التَّلْفِ أَوْ التَّصَرُّفِ بِاعْتِبَارِ أَنَّ

(١) الْمَسَالِكُ ٣: ١٥١.

الحيوان، لو كان التالف الثمن أو بعضه. وعلى تقدير ثبوته، فهل الثلاثة من حين المعاطاة، أو من حين لزوم؟ كلّ محتمل، ويشكل الأول بقولهم: «إنّها ليست بيعاً»، والثاني بأنّ التصرف ليس معاوضة بنفسها، اللهم إلا أن يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه. والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا، بناءً على أنّها ليست لازمة، وإنّما يتمّ على قول المفيد ومن تبعه، وأمّا خيار العيب والغبن فيثبتان على التقديرين كما أنّ خيار المجلس منتفٍ، انتهى.

المعاطاة مع التصرف أو التلف تكون بيعاً تاماً، فالمعاطاة جزء السبب المملّك، لاتمامه. وذكر الله في آخر كلامه: أنّ الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان في المعاطاة لا من حينها ولا من حين لزومها، كن خيار المجلس، ونظرة الله أنّ أدلّة خياري الحيوان والمجلس ظاهرهما ثبوتهما في بيع يكون ذلك البيع مع قطع النظر عن الخيار لازماً والمعاطاة ليست كذلك، إلّا على قول المفيد^(١) ومن تبعه القائلين بأنّ المعاطاة كالبيع العقدي لازمة من الأول.

نعم يثبت في المعاطاة خيار العيب والغبن، سواء قلنا بأنّها عند لزومها بيع أو معاوضة مستقلة؛ لأنّ الدليل على ثبوتها قاعدة نفى الضرر الجارية فيها، سواء قيل بأنّها عند لزومها بيع أم لا، ولذا يثبتان في سائر المعاوضات.

وذكر المصنف رحمه الله أنّ هذا الكلام من «المسالك»، أي كون المعاطاة بعد لزومها بيعاً أو معاوضة مستقلة، متفرع على القول بالإباحة، وأما بناءً على مسلك الملك الجائز فلا مجال لهذا الكلام، فإن المحقق الثاني صرح بأنّ المعاطاة بيع غير لازم ويكون الملك الحاصل بها لازماً بحدوث أحد الأمور المتقدّمة، وعلى هذا المسلك

(١) نقله عنه المحقق الثاني في حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢١٦، ونسبه في جامع المقاصد (٤: ٥٨) إلى

ظاهر عبارة المفيد، ونحوه في مجمع الفائدة ٨: ١٤٢.

والظاهر أن هذا تفرّيع على القول بالإباحة في المعاطاة، وأمّا على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل، فيلغى الكلام في كونها معاوضة مستقلة أو بيعاً متزلزلاً قبل اللزوم، حتّى يتبعه حكمها بعد اللزوم، إذ الظاهر أنّه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا إشكال في ذلك عندهم - على ما تقدّم من المحقّق الدّاني - فإذا لم صار بيعاً لازماً، فيلحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار، وقد تقدّم أنّ الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار.

يترتب على المعاطاة من حين حدوثها جميع الأحكام المترتبة على البيع، غير الأثر الذي يكون مترتباً على البيع اللازم، أي على كون البيع لازماً لولا الخيار، فإن هذا الأثر لا يترتب على المعاطاة، لأن عدم لزومها ليست باعتبار كونها بيعاً خيارياً، بل عدم اللزوم فيها كما في الهبة حكمي.

ثم إنّه اختار المصنّف رحمه الله على مسلك الإباحة الاحتمال الأول، وهو صيرورتها بعد لزومها بيعاً، وذكر في وجهه ما تقدم سابقاً من كون المعاطاة بيعاً عرفاً، غاية الأمر حصول أحد الملزمات المتقدمة، نظير التقابض في بيع الصرف شرط لحصول الملك وقبل حصول أحدها يكون مال كل منهما مباحاً للآخر بإباحة حكمية، وعلى ذلك فيترتب على المعاطاة أحكام البيع غير الآثار المترتبة على البيع الحادث صحيحاً. أقول: لازم توجيه الإباحة واشتراط حصول الملك ترتب جميع آثار البيع بعد حصول الملك حتّى الآثار المترتبة على البيع الواقع صحيحاً، فإن المعاطاة بيع صحيح عند حصول الملك، ولا فرق بينهما وبين الصرف عند حصول التقابض، وكما تترتب تلك الآثار على بيع الصرف بعد حصول الملك به كذلك تترتب على المعاطاة بعد لزومها.

وأيضاً ظاهر كلامه رحمه الله كما ذكرنا أن كون الشيء ملزماً للمعاطاة على الإباحة

وكيف كان، فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع ولم يمضه إلا بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه، وبعد التلّف يترتب عليه أحكام البيع عدا ما اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أوّل الأمر. والمحكي عن حواشي الشهيد [١]: أن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة.

والظاهر أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة وكونها معاوضة قبل اللزوم، من جهة كون كلّ من العينين مباحاً عوضاً عن الأخرى، لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفى، فلا بدّ أن يقول بالإباحة اللازمة، فافهم.

[الأمر] الثامن: لا إشكال في تحقّق المعاطاة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصة والعامة بما إذا تحقّق إنشاء التملك أو الإباحة بالفعل، وهو قبض العينين. أمّا إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم: فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي - كما قوّيناه سابقاً بناءً على التخلّص بذلك عن اتّفاقهم على توقّف العقود اللازمة على اللفظ - فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقداً لازماً. وإن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاة مطلقاً، أو بشرط تحقّق قبض العين معه، أو لا يتحقّق به مطلقاً؟

مساوق لتمام البيع به، فيترتب عليها أحكام البيع من حين حدوث ذلك الملزم، ولكن قد ذكر فيما تقدم (في صورة تلف العينين) كون الإباحة لازمة، بمعنى عدم حدوث ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه، وظاهر ذلك عدم انتقال المالكين إلى الطرفين بتلفهما فراجع.

[١] يمكن أن يتوهّم أن ما ذكره المصنف رحمته الله من أن المعاطاة على تقدير القول بحصول الملك بها بيع بلا خلاف، وأنّ الكلام في كونها بيعاً أو معاوضة مستقلة مبني

نعم، إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاطاء، فالإنشاء القولي السابق كالعدم، لا عبرة به ولا بوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الإنشاء، بل بانياً على كونه حقاً لازماً لكونه من آثار الإنشاء القولي السابق، نظير القبض في العقد الجامع للشرائط.

ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين: الأول، تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق والشهيد الثانيين. قال المحقق في صيغ عقوده - على ما حكى عنه بعد ذكره الشروط المعتمدة في الصيغة -: إنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه، وعلم التراضي منهما كان معاطاء، انتهى.

وفي الروضة - في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على التطق -: أنها تفيد المعاطاء مع الإفهام الصريح، انتهى.

على أن مسلك الإباحة ينافي ما حكى عن الشهيد في حواشيه على القواعد^(١)، حيث ذكر فيها بأن المعاطاء معاوضة مستقلة أو جائزة.

ووجه المنافاة أنه لو قيل بلزوم المعاوضة فلا بد من الالتزام بحصول الملك من الأول، مع عدم كونها بيعاً، وكأنه عليه السلام دفع الوهم بأن كلام الشهيد عليه السلام مبني على مسلكه في المعاطاء وهي الالتزام بالإباحة، والمعاوضة في كلامه معاوضة في الإباحة لا الملك واللزوم، وهذه الإباحة باعتبار معاوضتها لا تقتضي حدوث الملك.

أقول: المعاوضة في الإباحة تلازم حصول الملك بالمعاطاء فإنه لا بد من الالتزام بحصوله عند حدوث أحد الملزمات، فإن تصرف المباح له في مال صاحبه يتوقف على كونه مالكاً ولا يتم إلا بحصول الملك له، وإذا قلنا إنها لازمة من ابتداء الأمر فلا بد من الالتزام بحصول الملك من الأول، والحاصل هناك فرق بين الإباحة المالكية

(١) حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤ : ١٥٨ .

وظاهر الكلامين: صورة وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره. وظاهر تصريح جماعة - منهم المحقق والعلامة -: بأنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك وكان مضموناً عليه، هو الوجه الأخير، لأن مرادهم بالعقد الفاسد إما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة - كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة، وقبل شروط العوضين والمتعاقدين - وإما ما يشمل هذا وغيره كما هو الظاهر [١].

وكيف كان فالصورة الأولى داخلية قطعاً، ولا يخفى أن الحكم فيها بالضمان منافي لجريان حكم المعاطاة. وربما يجمع بين هذا الكلام [٢] وما تقدم من

والشرعية، فإن لزوم الأول من الابتداء لا يلزم الملك، بخلاف الثانية كما لا يخفى.

[١] ووجه الظهور عدم تقييد الفاسد في كلامهم بما إذا كان الفساد من جهة اختلال شروط الصيغة.

[٢] وحاصل الجمع^(١) أن عدم جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد وضمانه يكون في فرض رضا كل منهما بتصرف صاحبه لصيرورته ملكاً له بالعقد، وعلى ذلك فلا يجوز لكل منهما التصرف بمال الآخر ويكون ضامناً للمال، لأن جواز تصرفه إما باعتبار الملك والمفروض عدم حصوله، وإما باعتبار رضا الآخر بتصرفه مع عدم كون المال ملكاً له والمفروض انتفاء هذا الرضا. وأما جواز التصرف وجريان حكم المعاطاة على المقبوض بالعقد الفاسد فيكون في فرضين.

أحدهما: ما إذا علما فساد العقد وعدم صيرورة المال بالعوض ملكاً للآخر بالعقد ومع ذلك كان رضاها بالملك باقياً إلى أن حصل القبض.

والثاني: كون كل منهما راضياً بتصرف الآخر على كل تقدير سواء وقع العقد

(١) الجامع هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤ : ١٦٨.

المحقق والشَّهيد الثَّانِينَ، فيقال: إنَّ موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرِّضا إلَّا بزعم صحَّة المعاملة، فإذا انتفت الصحة انتفى الإذن، لترتبه على زعم الصحَّة، فكان التصرف تصرفاً بغير إذن وأكلاً للمال بالباطل، لانحصار وجه الحلِّ في كون المعاملة بيعاً أو تجارة عن تراض أو هبة، أو نحوها من وجوه الرِّضا بأكل المال من غير عوض. والأوَّلان قد انتفيا بمقتضى

صحيحاً أو فاسداً فيكون تصرف الآخر في فرض صحته بما هو مالك وفي عدم صحته بما هو مأذون، ولكن المصنف رحمته الله لم يرتض بهذا الجمع وذكر أنَّه لا يمكن حمل كلام المحقق والشَّهيدَيْن الثَّانِيَيْنِ^(١) على الفرضين، وذلك فإنَّ المفروض في كلامهما حصول إنشاء واحد وتمليك واحد وهو العقد الفاسد وكان تراضي المالِكين بذلك العقد والتمليك، وإذا فرض عدم حصول الملك وعدم تمامية العقد فلا يبقى الإذن والرضا المتعلق به، ولو فرض رضاها بالملك مع الإغماض عن ذلك العقد بحيث حصل منهما إنشاء آخر بالقبض والإقباض، كان خارجاً عن كلامهما فإنَّ كلامهما في حصول المعاطاة بنفس ذلك العقد.

وكذا لا يصح حمل كلامهما على التراضي الجديد، بأن لا يحصل منهما إنشاء آخر بالقبض والإقباض ويكونا راضيين بالتصرف حتى مع الإغماض عن العقد الفاسد، والوجه في عدم الصحة يرجع إلى أولاً: أنَّ التراضي كذلك يكون من العالم بفساد العقد وكلام المحقق والشَّهيدَيْن الثَّانِيَيْنِ مطلق. وثانياً: أنَّه لو كان الرضا بتصرف الآخر من دون قصد الملك والمعاوضة فلا تكون هذه معاطاة، بل إباحة مالكية تبقى مادام العلم بالرضا ولا يكفي فيها عدم العلم بالرجوع ولا يترتب عليه أثر المعاطاة من حصول الملك بتلف إحدى العينين أو جواز التصرف إلى إحراز الرجوع، وإن كان

(١) الروضة البهية ٣: ٢٢٥، رسائل المحقق الكركي ١: ١٧٨.

الفرض، وكذا البواقي، للقطع - من جهة زعمهما صحة المعاملة - بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شيء في المقابل، فالرضا المقدم كالعدم. فإن تراضيا بالمعوضين بعد العلم بالفساد واستمر رضاها فلا كلام في صحة المعاملة، ورجعت إلى المعاطاة، كما إذا علم الرضا من أول الأمر بإباحتهما التصرف بأي وجه اتفق، سواء صححت المعاملة أم فسدت، فإن ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء، انتهى.

أقول: المفروض أن الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن إنشاءً واحداً هو التملك، ومن المعلوم أن هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التملك بعد فرض انتفاء التملك، والموجود بعده إن كان إنشاءً آخر في ضمن التقابض خرج عن محل الكلام، لأن المعاطاة حينئذ إنما تحصل به، لا بالعقد الفاقد للشرائط، مع أنك عرفت أن ظاهر كلام الشهيد والمحقق الثانيين حصول المعاوضة والمراضاة بنفس الإشارة المفهمة بقصد البيع وب نفس الصيغة الخالية عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

الرضا بعنوان المعاوضة بين المالكين في الملك فهذا هو الرضا بالملك في العقد السابق وليس أمراً حادثاً، والمفروض عدم كونه مؤثراً في حصول الملك بمجرد أو مع العقد المزبور.

أقول: التراضي الجديد بمعنى مجرد رضاه بتصرف الآخر في ملكه، وأن لا يكون معاطاة فلا يجوز به إلا التصرف غير الموقوف على الملك؛ لأن التراضي المزبور إباحة مالكية، إلا أنه يكفي في بقائها الاستصحاب، وما ذكره رحمته من أن جواز التصرف يبقى مادام العلم بالرضا ولا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع غير صحيح. وبتعبير آخر: قد لا يحرز تعلق الرضا من الأول بهذا التصرف الذي يريده الآخر

ومنه يعلم: فساد ما ذكره من حصول المعاظة بتراضٍ جديد بعد العقد غير مبني على صحة العقد.

ثم إن ما ذكره من التراضي الجديد بعد العلم بالفساد - مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد، دون غيره من الصور، مع أن كلام الجميع مطلق - يرد عليه: أن هذا التراضي إن كان تراضياً آخر حادثاً بعد العقد: فإن كان لا على وجه المعاظة، بل كل منهما رضي بتصرف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرفه في ماله، فهذا ليس من المعاظة، بل هي إباحة مجانية من الطرفين تبقى ما دام العلم بالرضا، ولا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع، لأنه كالأذن الحاصل من شاهد الحال، ولا يترتب عليه أثر المعاظة: من اللزوم بتلف إحدى العينين، أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع، وإن كان على وجه المعاظة فهذا ليس إلا التراضي السابق على ملكية كل منهما لمالك الآخر، وليس تراضياً جديداً، بناءً على أن المقصود بالمعاظة التملك كما عرفته من كلام المشهور - خصوصاً المحقق الثاني - فلا يجوز له أن يريد بقوله - المتقدم عن صيغ العقود -: «إن الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي تدخل في المعاظة» التراضي الجديد الحاصل بعد العقد، لا على وجه المعاوضة.

وتفصيل الكلام: أن المتعاملين بالعقد الفاقدين لبعض الشرائط: إما أن يقع تقابضهما بغير رضا من كل منهما في تصرف الآخر، - بل حصل قهراً عليهما، أو على أحدهما، وإجباراً على العمل بمقتضى العقد - فلا إشكال في حرمة التصرف في المقبوض على هذا الوجه.

وكذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكية الآخر اعتقاداً أو تشريعاً - كما في كل قبض وقع على هذا الوجه - لأن حيثية كون القابض مالكاً مستحقاً لما يقبضه جهة تقييدية مأخوذة في الرضا ينتفي بانتفائها في الواقع،

كما في نظائره.

وهذان الوجهان ممّا لا إشكال فيه في حرمة التصرّف في العوضين، كما أنّه لا إشكال في الجواز إذا أعرضنا عن أثر العقد وتقابضا بقصد إنشاء التّملك ليكون معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد. وأمّا إن وقع الرّضا بالتصرّف بعد العقد من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السّابق ولا قصد لإنشاء التّملك، بل وقع مقارناً لاعتقاد الملكية الحاصلة، بحيث لولاها لكان الرّضا أيضاً موجوداً، وكان المقصود الأصلي من المعاملة التصرّف، وأوقعا العقد الفاسد وسيلة له - ويكشف عنه أنّه لو سئل كلّ منهما عن رضاه بتصرّف صاحبه على تقدير عدم التّملك، أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضياً - فإدخال هذا في المعاطاة يتوقّف على أمرين: الأول: كفاية هذا الرضا المركوز في النّفس، بل الرضا الشّأنى، لأنّ الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكاً في نظره، وقد صرّح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك، ولا يبعد رجوع الكلام المتقدّم ذكره إلى هذا، ولعلّه لصدق طيب النّفس على هذا الأمر المركوز في النّفس.

الثاني: أنّه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التّملك بالقبض، بل ولا بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كلّ من العوضين إلى مالك الآخر، والرّضا بالتصرّف قبله أو بعده على الوجه المذكور.

وفيه إشكال: من أنّ ظاهر محل النزاع بين العامّة والخاصّة هو العقد الفعلي كما ينبئ عنه قول العلامة رحمته الله - في ردّ كفاية المعاطاة في البيع -: إنّ الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد، وكذا استدلال المحقّق الثاني - على عدم لزومها -: بأنّ الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدّلالة.

وكذا ما تقدّم من الشّهاد رحمته الله في قواعده: من أنّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، وإنّما يفيد الإباحة، إلى غير ذلك من كلماتهم الظّاهرة في أنّ محلّ

الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقاضي، وكذا كلمات العامة، فقد ذكر بعضهم أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي.

ومن أن الظاهر أن عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا، وأن عمدة الدليل على ذلك هي السيرة، ولذا تعدوا إلى ما إذا لم يحصل إلا قبض أحد العوضين، والسيرة موجودة في المقام - أيضاً - فإن بناء الناس على أخذ الماء والبقل وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم ووضعهم الفلوس في الموضع المعد له، وعلى دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه ووضع الفلوس في كوز الحمامي.

فالمعيار في المعاطاة: وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف، وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحة [١]

ففي مثل ذلك لا مورد للاستصحاب باعتبار كون الرضا بالتصرف انحلالياً، وهذا الفرد من التصرف لم يحرز تعلق الرضا به من الأول وقد يعلم أنه كان راضياً بهذا التصرف ويحتمل الآن حصول البداء ورجوعه عن رضاه، وهذا مورد الاستصحاب.

[١] أقول: الإباحة في المعاطاة ليست مالكية، بل هي حكمية ويكون قصد المتعاطيين الملك لا الترخيص للآخر في ماله، والملك المنشأ في المعاطاة بناءً على الإباحة لا يكون ممضى إلا بعد حصول الملزمات المتقدمة، وعلى ذلك فكيف يمكن تحقق الملك بدون الإنشاء قولاً أو فعلاً.

وأما مسألة أخذ الماء ووضع الفلوس في داخل السقاء وأخذ البقل ووضع الفلوس في المكان المعد له، فقد ذكرنا فيهما في الأمر الثاني، فراجع.

الفهرس

٥	حرمة الكذب
٦	الأخبار الدالة على حرمة الكذب
١١	أقسام الوعد وحكمها
١٤	الكذب في الهزل
١٦	التورية وحكمها
٢٣	مجوزات الكذب
٣٨	الكهانة وحكمها
٤٤	حرمة اللهو
٥٠	حرمة مدح من لا يستحق المدح
٥١	حرمة معونة الظالمين
٥٩	حرمة النجش
٦٠	حرمة النميمة
٦٣	النوح الباطل
٦٥	التولي عن الجائر
٦٩	مجوزات الدخول في الولاية عن الجائر
٨٢	ما يلزم الإباحة بالإكراه
٩٠	تحقق الإكراه
٩٦	الإكراه على قبول الولاية
١٠٠	الإكراه على القتل
١٠٦	الولاية من قبل الجائر
١١٢	هجاء المؤمن

- هجر المؤمن ١١٤
- أخذ الأجرة على الواجب ١١٥
- أخذ الأجرة على الواجب بالأمر الأول ١١٧
- أخذ الأجرة على العبادة ١١٩
- أخذ الأجرة على الواجب بالأمر الثاني ١٢٥
- أخذ الأجرة على الواجبات [الأمر الثالث] ١٢٧
- أخذ الأجرة على الصناعات الواجبة ١٣٥
- أخذ المرأة الأجرة على إرضاعها ١٤١
- أخذ الأجرة على المستحبات ١٤٢
- طواف الأجير حال إطفاء الغير ١٤٧
- أخذ الأجرة على الأذان والإقامة ١٥١
- أخذ الأجرة على الإمامة ١٥٤
- أخذ الأجرة على الشهادة وأدائها ١٥٥
- الواجبات والمستحبات التي لا يجوز أخذ الأجرة عليها يجوز ارتزاق مؤديها من بيت المال ١٥٧
- حكم بيع المصحف ١٥٩
- بيع المصحف من الكافر ١٦٧
- بيع الدراهم من الكافر ١٦٩
- جوائز الجائر وعماله ١٧٠
- عدم العلم تفصيلاً ولا إجمالاً بوجود الحرام في أموال الجائر وعماله ١٧٠
- العلم الإجمالي بالحرام في أموال الجائر وعماله ١٧٢
- العلم تفصيلاً بحرمة المأخوذ من الجائر وعماله ١٩٠
- ضمان ما تلف بيده ١٩٣
- لزوم الرد إلى المالك ١٩٦
- الواجب في الرد وجوب الإقباض ١٩٧
- وجوب الفحص عن المالك ١٩٨

٢٠٥	حكم المال المجهول مالكة
٢١٣	في تعيين من يجب عليه التصرف بالمال المجهول
٢١٥	في مستحق الصدقة
٢١٦	في ضمان المتصدق بالمال المجهول مالكة
٢٢١	العلم الإجمالي باشتمال المال المأخوذ من الجائر على الحرام
٢٢٣	انقسام الأخذ من الظالم بحسب الأحكام الخمسة
٢٢٤	الدين الثابت في ذمة الجائر
٢٢٧	أخذ الخراج والمقاسمة والزكاة من الجائر
٢٣٠	تصرفات الجائر في الخراج
٢٣١	شراء الخراج والمقاسمة والزكاة من السلطان
٢٤٦	المعاملة على الزكاة والخراج مع الجائر قبل وصولهما بيده
٢٥٩	في الأراضي التي يجوز المعاملة عليها مع السلطان
٢٦١	المراد من السلطان هو الجائر المدعي للرئاسة العامة
٢٦٤	لا يعتبر في حل الخراج اعتقاد المأخوذ من استحقاق الأخذ له
٢٦٧	في الخراج ومقداره
٢٧٠	هل يشترط استحقاق من يصل إليه الخراج أو الزكاة؟
٢٧٣	في الأراضي الخراجية
٢٧٨	كيف يثبت كون الأرض مفتوحة عنوة أو صلحاً
٢٨٣	الحكم عند الشك في حال الأرض
٢٨٦	ما يشترط في كون الأرض خراجية
٢٩٠	في اعتبار الحياة في الأرض حال فتحها
٢٩٣	طروء الممات على الأراضي الخراجية
٢٩٥	الوظيفة عند الجهل بحال الأرض
٢٩٦	إطلاق أرض السواد على العراق باعتبار الغلبة

كتاب البيع

٢٢٩	حقيقة البيع
-----	-------------

جواز كون العوض منفعة.....	٣٠٤
أقسام الحقوق.....	٣٠٦
تعريف البيع في كلمات الفقهاء.....	٣١٢
مناقشات في التعريف.....	٣١٤
استعمال البيع في معانٍ أخر.....	٣٢١
وضع ألفاظ المعاملات للصحيح.....	٣٢٧
في المعاوضة.....	٣٣١
أدلة إفادة المعاوضة الملكية ومناقشتها.....	٣٤٤
كلام بعض الأساطين.....	٣٥٦
لزوم الملك في المعاوضة.....	٣٧١
تنبيهات المعاوضة.....	٣٩١
تنبيهات المعاوضة - المعيار في المعاوضة.....	٣٩٧
تنبيهات المعاوضة - تمييز البائع من المشتري.....	٣٩٩
تنبيهات المعاوضة - صور ما يقصده المتعاطيان.....	٤٠٦
تنبيهات المعاوضة - مسألة أعتق عبدك عني.....	٤١١
تنبيهات المعاوضة - في الملك التقديري.....	٤١٥
تنبيهات المعاوضة - في صحة الإباحة بالعوض.....	٤٢١
تنبيهات المعاوضة - جريان المعاوضة في غير المبيع.....	٤٢٤
تنبيهات المعاوضة - ملزمات المعاوضة.....	٤٢٨
تنبيهات المعاوضة - المعاوضة بيع أم لا؟.....	٤٤٢
تنبيهات المعاوضة - العقد غير الجامع لشرائط اللزوم معاوضة أم لا؟.....	٤٤٦
الفهرس.....	٤٥٣