

كتاب المناجاة

كتاب الصلاة كتاب المناجاة

من  
الكتاب الحفص

تأليف

أبي الله العظيم المحقق الكبير الشيخ محمد

الفاضل القاسمي النجفي

تحقيق

علي الفاضل القاسمي النجفي

كتاب المناجاة



# كتاب التاج

كتاب التاج كتاب التاج

من كتاب التاج

الطبعة الأولى: ١٤١١ - ١٤١٢ هـ  
مطبعة الكائنات - الرياض

## من التاج

تأليف

آية الله العظمى المحقق الكبير الشيخ محمد

الفاضل القمي النجفي (مفتي)

(١٤٠٥ - ١٣١٠ هـ)

لجنة الأوقاف

تحقيق

على الفاضل القمي النجفي

مقدمة

مؤسسة آل البيت لإحياء التراث

إدارة الطباعة والنشر العامة

الفاضل القائيني نجفي، محمد، ١٢٧١-١٣٦٣ش.  
الدرر النجفية / تأليف: محمد الفاضل القائيني النجفي، تحقيق: علي  
الفاضل القائيني النجفي. - تهران: كوشانپور، ١٤٢٣ = ١٣٨١.

ج ٢

ISBN 964 - 6438 - 08 - 3 (دوره)

فهرستنویسی بر اساس اطلاعات فیبا.

عربی

کتابنامه.

١. معاملات (فقه). ٢. اصول فقه شیعہ. الف فاضل قائینی نجفی، علی،

١٣٢٦ش. -، مصحح. ب. عنوان.

ج. عنوان: الدرر النجفية.

٢٥٤ ف / ١٩٠ BP ٣٧٢ / ٢٩٧

١٧٥٤٨ - ٨١ م

کتابخانه ملی ایران

٣-٠٨-٦٤٣٨-٩٦٤ دوره

شابک

٥-١٠-٣٨-٦٤-٩٦٤ جلد اول

إسم الكتاب: الدرر النجفية (كتاب المتاجر) ج ١

المؤلف: آية الله العظمى الشيخ محمد الفاضل القائيني النجفي

تقديم وتحقيق: نجل المؤلف: علي الفاضل القائيني النجفي

الناشر: المؤسسة الثقافية الإسلامية

الطبعة: الأولى سنة ١٤٢٣ هـ

الكمية: ١٠٠٠ دورة، في مجلدين

المطبعة: سلمان فارسي

الليتوغراف: المؤسسة الواصف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ





# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## حياة المؤلف

إنَّ مَمَّنْ قَدَّرَ لَهُ أَنْ يَسَاهِمَ فِي الْعُلُومِ الْإِسْلَامِيَّةِ فَفَقْهًا وَأَصُولًا وَكَلَامًا وَأَنْ يَخْلَفَ تَرَاتُثًا ثَمِينًا فِي الْمَجَالَاتِ الْعِلْمِيَّةِ، سَوْفَ يَتَدَاوَلُهَا عُلَمَاءُ الْإِسْلَامِ جِيلًا بَعْدَ جِيلٍ، هُوَ شَيْخُنَا الْوَالِدُ الْعَلَمَةُ الْمُحَقِّقُ آيَةُ اللَّهِ الْمَرْحُومِ الشَّيْخِ مُحَمَّدِ الْمَعْرُوفِ بِـ«الْفَاضِلِ» الْقَائِنِيِّ النَّجْفِيِّ رحمته الله وَلَسْتُ بِصَدَدٍ وَضَعْتُ تَرْجُمَةً مَفْضَلَةً لِلْمُؤَلَّفِ، وَإِنَّمَا نَتَعَرَّضُ بِإِيْجَازٍ إِلَى مَلَامِحٍ مِنْ حَيَاتِهِ وَمَكَانَتِهِ الْعِلْمِيَّةِ، وَبِالنَّهَائِيَةِ إِيرَادٍ وَتَعْرِيفٍ عَنِ «الدَّرْرِ النَّجْفِيَّةِ».

## نشأته:

كَانَتْ وَوَلَادَةُ شَيْخِنَا الرَّاحِلِ فِي قَرْيَةٍ تَعْرِفُ بِاسْمِهِ الْيَوْمَ (فَضْلُ أَبَادٍ) وَهِيَ مِنْ أَعْمَالِ مَدِينَةِ «قَائِنِ»، الَّتِي تَبْعُدُ عَنِ الْعَاصِمَةِ الْفِ مِائَةِ ثَلَاثَةِ مِائَةِ كِيلُومِطْرًا» عَامَ (١٣١٠) تَقْرِيْبًا، وَكَانَ وَالِدُهُ الْمَرْحُومُ الشَّيْخُ عَبْدُ الْكَرِيمِ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ وَالْفَضْلِ، وَهُوَ الَّذِي حَثَّ ابْنَهُ عَلَى تَعَلُّمِ الْعُلُومِ الْإِسْلَامِيَّةِ.

وَيَرْجِعُ نَسَبُ الْمُؤَلَّفِ إِلَى طَائِفَةِ بَنِي أَسَدٍ، الَّذِينَ هَاجَرُوا مِنْ حَوَالِي كَرْبِلَاءَ وَسَكَنُوا قُرْبَ مَدِينَةِ قَائِنِ، وَهُمْ الْيَوْمَ يَعْرِفُونَ بِـ«بَنِي أَسَدِي» وَبِمَا أَنَّ أَجْدَادَهُمْ هُمُ الَّذِينَ دَفَنُوا الْأَجْسَادَ الطَّاهِرَةَ فِي وَاقِعَةِ الطُّفِّ فَبَعْدَ قِيَامِ وَتَأْسِيسِ الْحُكُومَةِ

الصفوية أصدروا أحكاماً بإكرامهم وإعفانهم عن الضرائب، وأول من أصدر الحكم بذلك؛ الشاه اسماعيل الصفوي سنة (٩٠٨ هـ) ومن بعده؛ الشاه طهماسب ثم سلطان محمد وهكذا من خلفه من بعدهم الى حكّام قائن، وهذه الوثائق موجودة بحمد الله لديّ. وطبعت في رسالة تذكارية مستقلة في حياة الوالد رحمته.

وبعد أن أكمل الدروس الأولية، وتعلّم القرآن في قرية مجاورة لقريته، تسمّى «نوغاب» عند المرحوم الشيخ العارف ملاّ عبد الجواد وقرأ عنده المقدمات، وسمعت من بعض أهالي تلك القرية أنّ شيخنا الوالد رأى في المنام أنّه يلفّ عمامة طويلة على رأسه كلّما يلفّها لا تنتهي، فلما نُقلت الرؤيا لشيخه فسرها بأنّ هذا التلميذ سوف يصل الى مراحل سامية من العلم ودرجة رفيعة من المعرفة.

### دراسته:

بعد أن أكمل دراسته الأولية سافر إلى مدينة قائن حيث يوجد فيها مدرسة علمية كانت ولا تزال تسمّى بالمدرسة الجعفرية، فقرأ لدى علمائها الدروس الى أن أكمل السطوح العالية، وفي هذه الأثناء كان الحاكم لتلك الولايات يتصرّف في الأوقاف على غير وجهها المشروع فاعترض من قبل علماء البلدة، وكان ممّن وقف في وجه ذلك الحاكم شيخنا الراحل، فأمر الحاكم بجلبه الى مدينة بيرجند حيث يسكن الحاكم هناك، وعند ما واجهه الحاكم وعرف أنّ الاستنكار كان بفعل إيمان الشيخ اعتذر منه وقدم له مبلغاً وهدية، فلم يقبل منه، فأصرّ الحاكم لكنّ الشيخ أبى أن يأخذ منه، وجاء ذكر هذه الحادثة في جريدة «قاينات» سنة (١٣٣١ش) وبعد هذا لم يستقرّ في بلدة قائن وسافر الى سبزوار وحضر وقرأ السطوح معقولاً ومنقولاً عند السيّد حسين السبزواري العلوي ( - ١٣٥٢) أحد تلامذة آية الله المجدّد الشيرازي.

ثمّ سافر منها الى مدينة طهران وحلّ فيها مدة أشهر، الى أن هاجر الى العراق

وأقام في مدينة العلم «النجف الأشرف» في جوار مولانا أمير المؤمنين عليه السلام وأخذ مدرسة الأخوند الخراساني الكبرى الواقعة في محلة الحويش محلاً للسكنى، الى أن صاهر آية الله الشيخ علي الهمداني صهر الفقيه الكبير آية الله الحاج الشيخ آقا رضا الهمداني رحمته الله مؤلف كتاب مصباح الفقيه.

### أساتذته:

حضر لدى عدة من أعلام الفقه والأصول في النجف الأشرف واغترف من تلك العيون الغزيرة، لكن اختص بجملته من أعلام عصره منهم: آية الله المرزا حسين النائيني (١٢٧٧ - ١٣٥٥هـ) وآية الله آقا ضياء الدين العراقي (- ١٣٦١) وكذا حضر دروس آية الله العظمى الراحل السيد أبو الحسن الإصفهاني سنين عديدة. وحضر السطوح العالية لدى آية الله السيد إبراهيم الشهير بميرزا آقا الاصفهاني الشيرازي (١٢٩٧ - ١٣٧٨هـ) كما أنه حضر لديه خارج الفقه والأصول.

وقرأ علم الكلام عند العلامة الإمام الشيخ محمد جواد البلاغي (- ١٣٥٢).

### شهادة أساتذته العلمية:

وجاء في الإجازة التي كتبها آية الله المرجع الفقيه السيد أبو الحسن الأصفهاني رحمته الله إلى فقيدنا...: فإن جناب العالم العامل عماد العلماء العاملين وسناد الفقهاء الراشدين جامع المعقول والمنقول حاوي الفروع والأصول، علم الأعلام ركن الإسلام الشيخ الثقة الجليل السند والركن الأمين المعتمد الشيخ محمد القائيني المعروف بالفاضل دامت بركاته قد صرف عمره الشريف خصوصاً في أرض الغري في تحصيل العلوم الشرعية وحضر لدى الأعلام وجد واجتهد ووجد ما هو المراد وبلغ درجة الاجتهاد والاستنباط...



وجاء أيضاً في الإجازة التي كتبها آية الله السيد ميرزا آقا الاصطهباناتي...: فلا يخفى أن الشيخ الجليل العالم النبيل العادل التقي عمدة المحققين وصفوة المجتهدين الشيخ محمد القائيني المعروف بالفاضل دامت بركاته... جد واجتهد ووجد ما هو المراد وبلغ درجة الاجتهاد والاستنباط... كما أنه قرأ علم الرجال عند الرجالي الكبير السيد أبو تراب الخوانساري (١٢٧١ - ١٣٤٦) وكان مجازاً منه في نقل الحديث.

### تلامذته:

والشيء الذي تميّز به فقيدنا الراحل في الأوساط العلمية في النجف الأشرف هو عبقريته الفذة في التدريس وبيانه البليغ، فكان تسلطه الخاص عاملاً مهماً لاجتماع كثير من الطلبة في الدروس التي كان يلقيها عليهم، ولذلك اختص بالدراسة، وكان أكثر أوقاته تصرف في هذا المجال.

وكان يعدّ من أكبر المدرّسين البارزين والذي قدّر له أن يمارس التدريس عشرات السنين وكان يلقي الدروس صباحاً ومساءً، كما كان يلقي مسائل علم الكلام في ليالي شهر رمضان وليلي الخميس والجمعة في غير رمضان المبارك، وتعرض لهذا الأمر في مقدّمة كتابه «مختصر درّ الثمين» فقال: وقد كتبت في سالف الزمان كتاباً في أصول العقائد باللغة الفارسيّة قبل أربعين سنة وباحثناه مرّات متعدّدة في هذه المدّة، حيث كان رأينا وعادتنا في كلّ عام على تدريس مبحث منه للطلّاب في شهر رمضان وليلي الخميس والجمعة في دور السنة...

وأنّ الكثير من تلامذته اليوم من علماء البلاد، وبعض منهم من مدرسي المعاهد الدينية في النجف الأشرف وقم المقدّسة وسائر الحوزات العلمية.

نذكر أسماء جماعة منهم لا على سبيل الحصر.. سماحة الآيات كلّ من:

١ - الحاج السيد علي الشاهرودي نجل الإمام المرجع الفقيه الشاهرودي، قرأ

عليه مكاسب المحقق الأنصاري.

٢ - الشهيد الشيخ مرتضى البروجردي ( - ١٤١٩ ) مؤلف مستند العروة الذي طبع منه عدة مجلدات، قرأ عليه كفاية الأصول.

٣ - السيد محمود الدهسرخي الأصفهاني مؤلف كتاب مفتاح الكتب الأربعة.

٤ - الشيخ محمد الغروي مؤلف كتاب الأمثال النبوية وغيرها، قرأ عليه شرح

التجريد للعلامة الحلبي .

٥ - الشيخ علي آ زاد القزويني مؤلف كتاب غاية القصوى في شرح العروة،

وحكم الأضاحي في جميع الأعصار، ومهبط وحي، حضر أبحاث المؤلف خارج

الأصول والفقه والكلام.

٦ - المرحوم السيد محمد تقي السجّادي الأراكي ( - ١٤١٩ ).

٧ - المرحوم السيد إبراهيم الخراساني الكاظمي.

٨ - الشيخ حسن القهدرجاني الإصفهاني.

٩ - الشيخ علي مردان ظهير الإسلام ( - ١٤٢٢ ).

١٠ - الشيخ موسى زين العابدين.

١١ - الحاج الشيخ ميرزا محمد جواد الغروي العلياري التبريزي.

١٢ - المرحوم الشيخ كاظم شمشاد الهندي استاذ كلية منتدئ النشر في النجف

الأشرف، قرأ عليه كفاية الأصول.

١٣ - السيد محمد مهدي الخلخالي مؤلف فقه الشيعة، قرأ عليه كفاية الأصول.

١٤ - المرحوم السيد مصطفى علم الهدى الجزائري الأهوازي ( - ١٤١٨ ).

١٥ - السيد خليل المحمّدي البهشيري ( - ١٤٠٨ ) وله تقارير في الأصول

من سماحة الوالد.

١٦ - السيد مرتضى بن السيد ابوا الحسن النقوي الهندي كان من علماء الهند.

## كلمات العلماء في حقّه:

ترجم له العلامة المحقق الشيخ أقا بزرگ الطهراني في طبقاته في القسم المخطوط بقوله: الشيخ الفاضل الشيخ محمد بن عبد الكريم الشهير بفاضل القائيني النجفي المولود (١٣١٦) وهو اليوم من المدرسين في النجف وله تصانيف طبع بعضها، منها: الدرر النجفية، المذكور في ج ٨ ص ١٤٠ (الذريعة) والوجيزة في مسألة الضد؛ طبع (١٣٥٠) وطبع له مختصر درّ الثمين في معرفة أصول الدين (١٣٨١).

وترجم له أيضاً في (معجم رجال الفكر والأدب في النجف خلال ألف عام) في صفحة (٩٥٩) تأليف العلامة المرحوم الدكتور الشيخ محمد هادي (- ١٤٢١) نجل العلامة المجاهد الأمين رحمته.

وترجم له أيضاً العلامة الشيخ محمد الرازي رحمته (- ١٤٢٠) في (گنجینه دانشمندان) ٩: ٢٥٧.

كما أنّ له أيضاً ترجمة في جريدة خراسان العدد ١٣٦٧ سنة ١٣٧٢ ش ذكر شرحاً مفصلاً عن حياة المؤلف تحت عنوان: نجم مضيء (ستاره درخشان).

## مؤلفاته:

إنّ شيخنا الراحل من العلماء الذين شاركوا في إغناء تراثنا وتركوا لنا وللأجيال التراث الثمين، فإنّه صنّف وألّف في الفقه والأصول وعلم الكلام ما بين مخطوط ومطبوع، فالمخطوط: كتاب في الطهارة، وكتاب في الصلاة وكتاب في المتاجر من البيع الى أحكام الربا، وكتاب في الحج، وكتاب في الوصية، وكتاب النكاح، وكتاب في القضاء والشهادات، ورسالة في الدين، ورسالة في الرهن، ورسالة في الرضاع، ورسالة في الإرث، وشرح استدلالی مختصر على العروة الوثقى لآية الله السيّد

محمد كاظم اليزدي رحمته الله وشرح استدلاله مختصر على تبصرة العلامة الحلبي رحمته الله.  
أما مؤلفاته الأصولية، فهي موسوعة كاملة، طبعة في ثلاثة أجزاء في قم  
المقدّسة، في سنة (١٤٢٢).

أما مؤلفاته في علم الكلام والمعارف فكتاب كبير مسمّى بالدرّ الثمين، مشتمل  
على إثبات المبدأ تعالى وصفاته الجمالية والجلالية وإثبات نبوة خاتم الأنبياء  
محمد بن عبد الله صلوات الله عليه من التوراة والانجيل وغيرهما، وإثبات المعاد الجسماني،  
وإثبات إمامة الأئمة الإثني عشر عليهم السلام وعدالة الباري تعالى، وإثبات الاختيار ونفي  
الجبر والتفويض، وفلسفة وحكمة تشريع فروع الدين. وتمّ تنزيدها وسوف  
تقدّم الى الطبع إن شاء الله.

أما مؤلفاته المطبوعة فوجيزة في علم الأصول في مسألة الترتب طبعت في سنة  
(١٣٥٠هـ) في النجف الأشرف في المطبعة الحيدرية.

وكتاب الدرر النجفية في الخمس والزكاة وطبعت في سنة (١٣٥٤هـ) في  
النجف الأشرف في المطبعة الحيدرية، وأعيد طبعها ثانية في قم المقدّسة في سنة  
(١٤٠٦). وتمّ تنزيدها وسوف تقدّم الى الطبع محقّقة للمرّة الثالثة إن شاء الله.

وحاشية على زاد المقلّدين لأية الله الشيخ محمد حسين كاشف  
الغطاء رحمته الله.

وحاشية على تبصرة المتعلّمين للعلامة الحلبي طبعت في مطبعة الآداب في  
النجف الأشرف سنة (١٣٨١هـ) وأعيد طبعها في قم المقدّسة بالأفست في سنة  
(١٤٠٦هـ).

ومختصر درّ الثمين في معرفة أصول الدين طبعت في مطبعة الآداب سنة  
(١٣٨١). وهو تلخيص درّ الثمين المفصل في علم الكلام.

ومما تسبّب لتحمل شيخنا من الأذى على أيدي جماعة ممن لم يتعمّقوا لما  
ذهب لأجله، هو أنّ بعد سقوط الملكية في العراق، وبعد تحمّل أنواع الظلم على

الشعب من قبل السلطات العميلة للاستعمار آنذاك، كان التيار الشيوعي يومذاك له اعتبار خاص، وكان البعض يتصوّر فيه المدينة الفاضلة ويأمل فيه النمو والازدهار وتقدّم الشعوب، فلذلك انخدعت أفكار العامة لهذه الظاهرة الجديدة، فكانوا السذج يتصوّرون أنه مع احتفاظهم على العقيدة الإسلامية يمكنهم أن يأخذوا بالمذهب الاقتصادي ويعيشوا حياة طيبة، وكان ممن حصلت لهم هذا الانحراف جماعة من الشيعة، وفي هذه الظروف توجه السؤال لشيخنا أنه: هؤلاء يحكم عليهم بالكفر؟ أجب أنه ليس ذلك، بل هؤلاء مسلمون وليسوا هم والذين يتمسكون بهذه الفكرة في روسيا سواء. ولذلك امتنع أن يصدر فتوى ضد هؤلاء المغفلين السذج.

وبعد أن لاقى صعوبات أثر الهجرة الى إيران فانتقل الى طهران، فإنّه رحمه الله لم يتوقّف عن عمله العلمي فاستمرّ بتأليف وتلخيص كتابه الكبير في علم الكلام وسمّاه بـ«گوهر دین» في أصول وفروع الدين في عام (١٣٨٣هـ) وتمّ طبعه سنة (١٣٩٨هـ) في مطبعة الحيدري في طهران.

وكذا ألف في سنة (١٣٩٨هـ) ناظم الشتات وطبعها في تلك السنة في مطبعة الحيدري بطهران.

وكما ألف كتاباً سمّاه بـ«العقل الأول» حول النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام. فلله تعالى درّه وعليه سبحانه أجره وجزاه عن الإسلام والعلم وأهله خيراً.

وجاء ذكر بعض مصنفات المؤلف في المعاجم مثل: الذريعة للعلامة المحقّق المرحوم آية الله الحاج الشيخ أقا بزرك الطهراني رحمته الله فإنّه ذكر كتاب الدرر النجفية التي هي الموسوعة الفقهية للمرحوم، والتي طبع منها الخمس والزكاة في النجف الأشرف - في المجلد الثامن في صفحة (١٣٠).

وفي معجم المطبوعات النجفية للعلامة المرحوم الدكتور الشيخ هادي الأميني، فإنّه ذكر ثلاثة من مؤلفات المرحوم المطبوعة في النجف الأشرف،

الحاشية على تبصرة العلامة الحلبي في الفقه، والدرر النجفية، ومختصر درّ الثمين في معرفة أصول وفروع الدين في صفحة ١٦١ - ١٦٢ - ٣٠٩. وفي معجم المؤلفين العراقيين تأليف غورگيس عواد فإنه ذكر أيضاً حاشية التبصرة و الدرر النجفية، ومختصر الدرّ الثمين في المجلد الثالث صفحة (٢٢٥).

وذكرت في فهرس مخطوطات مكتبي في مجلة تراثنا العدد ٤٩، ٥٠، ٥١، ٥٢. جميع مآلفاته الخطية.

وفي معجم مؤلفي الشيعة لكاتب هذه الترجمة، ذكرت كتاب الدرر النجفية في صفحة (٣٠٨).

وفي مؤلفين كتب چاپي لخانبابا مشار (٤: ٥٦٨) ذكر الدرر النجفية. وفي مجلة نور علم العدد ٨ الدورة الثالثة صفحة ٢٠٧ ذكر شيئاً عن حياة المؤلف وكتاب اللؤلؤة الغروية في أصول الفقه. وأخيراً طبع في مجلة «ستارگان حرم» العدد ١١ ص ١٩٧ مقالة مفصلة عن حياة المؤلف.

### وفاته:

وبعد أن قضى عمره الشريف، وافاه الأجل في الساعة الثالثة بعد الظهر من يوم الجمعة الثالث عشر من ربيع الأول من عام (١٤٠٥هـ) في بلدة قم المقدسة في دار كاتب هذه الأسطر، وبعد تشييع مهيب دفن في باغ بهشت في جوار علي بن جعفر عليه السلام في المقبرة المعروفة بـ«مقبرة العلماء».

وأذيع نبأ وفاته من إذاعة الجمهورية الإسلامية، ونشرته أيضاً الصحف والجرائد، وأقيمت له الفواتح في قم وطهران ومشهد وقائن وبيرجند واشترك فيها الشخصيات العلمية والطبقات المختلفة.

وخلف من الذكور المرحوم الشيخ مهدي المتولد في النجف الأشرف (١٣٥٣ق) قرأ كتب السطح فيها وحضر الدرس الخارج فقهياً وأصولاً وعلم الكلام عند والده، كما أنه حضر عند بعض الأعلام واستفاد منهم، وكان يسافر أيام الصيف الى إيران لضعف مزاجه، وبعد أن هاجر من النجف الأشرف سكن بلدة بيرجند، وكان يحضر عنده جماعة من الطلاب ويلقي عليهم الدروس العلمية، كما أنه كان يرشد ويلقي الى المؤمنين، وكان كثير الاشتغال والتحقيق وله تأليف، منها: شرح المكاسب وشرح الكفاية وكتاب يحتوى على المواعظ في أربعة عشر جزءاً، وأسس مسجداً ومدرسة دينية في هذه البلدة، ومدرسة دينية أخرى في مشهد الإمام الرضا عليه السلام، وتوفي سنة (١٤٠٢ق) في بيرجند ودفن هناك.

والشهيد الشيخ أحمد ولد في النجف الأشرف (١٣٦١ق) وقرأ المقدمات وهاجر مع أبيه الى ايران، وكان أيام اشتغاله بالدروس العلمية في قم المقدسة يكافح الشاه العميل، لأجل إقامة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وفي سبيل ذلك قبض عليه عدة مرّات، وفي سنة (١٣٥٥ش) حكم عليه بالسجن ثلاث سنين، حيث اعتبر من المحرّكين في حادثة مدرسة الفيضية بقم، وفي هذه المرّة رأى أنواع التعذيب من الساواك، ومع نجاح الثورة الإسلامية بقيادة الإمام الخميني عليه السلام أفرج عنه، وبعد وفاة أخينا الأكبر المرحوم الشيخ مهدي طلب جماعة من المؤمنين من الشهيد أن يقيم في تلك البلدة ويقيم الصلاة في مسجد أخيه ويشرف على مدرسته، فلبّى طلبهم، وكان ضمن إقامته في تلك البلدة يشترك مع جنود الحق في جبهة الحرب العراقية، وفي سنة (١٣٦٦ش) اشترك مع المطوّعين وفاز بدرجة الشهادة في عمليات ماؤت الثامنة، وبعد أن شيع جثمانه في بلدة بيرجند نقل الى بلدة قم المقدسة ودفن في مقبرة «گلزار شهداء» جنب مقبرة علي بن جعفر عليهما السلام فحشره الله مع الشهداء والصالحين.

والمرحوم الشيخ محمود ولد في النجف الأشرف (١٣٦٨ق) وقرأ السطوح

فيها، وحضر درس الخارج عند بعض الأعلام في قم المقدّسة، وكان من المناضلين والمكافحين ضدّ الشاه العميل، وسجن عدّة مرّات، وكان يسعى في قضاء حوائج المؤمنين، وله من التّأليف المطبوعة گلستان صالحين، وطب أزدیدگاه معصومين عليه السلام وفي يوم الخامس من محرّم (١٤١٦ق) بعد ما خطب وقرأ على أبي عبدالله الحسين عليه السلام في منطقة خونداب من توابع بلدة أراك ونزل من على المنبر وافاه الأجل، ونقل جثمانه الى قم المقدّسة، وبعد أن شيّع دفن في مقبرة باغ بهشت في جوار والده.

والشيخ علي المتولّد في النجف الأشرف (١٣٦٦ق) وهو كاتب لهذه السطور ومحقق هذا الكتاب، قرأت كتب السطح وشيئاً من الدرس الخارج في النجف الأشرف، وحصلت على إجازة رواية الحديث من آية الله المحقق العلامة الشيخ آقا بزرگ الطهراني عليه السلام وبعد أن هاجرنا بعد الاعتقال والسجن والتعذيب في العراق الى إيران - كما أنّه قبل ذلك (سنة ١٣٤٨ش) عند ما كنت أسافر من النجف الأشرف الى إيران؛ اطّلع عمّال الشاه العميل على وجود بيانات للإمام الخميني عليه السلام لدي؛ والذي استنكر فيها استشهاد السيّد محمد رضا السعيدي؛ فألقي القبض علي؛ وحكمت بستّة أشهر. جاء ذكر ذلك في كتاب (نهضت إمام خميني ٢: ٦٥٥) - وسكنت بلدة قم المقدّسة؛ حضرت الدرس الخارج فقهاً وأصلاً عند أعلامها - أشار الى ترجمة حياتي المحقق الرازي في كتاب (گنجينه دانشمندان) ٩: ٢٦٤ - وبعد إكمال الدراسة حصلت على شهادات علمية من بعض أولئك الأعلام، وفي أثناء اشتغالي بالدرس والبحث قمت بالتحقيق والتأليف؛ والى الآن وفقت بحمد الله الى تأليف وتحقيق أربعة عشر كتاباً وطبعهنّ منها: معجم مؤلّفي الشيعة، طبعته وزارة الإعلام، علم الأصول تاريخاً وتطوراً، المطبوع الى الآن مرّتين، والذي طبعته مكتب الإعلام الإسلامي، وتحقيق كتاب الحدود والقصاص والديّات للعلامة المجلسي، وتحقيق كتاب الإرث للشيخ محمد تقي الكنجوي، مع مقدّمة



وتعليقات للمحقق آية الله شيخ الشريعة الاصفهاني، وتحقيق وتعليق الألفية والنقلية للشهيد الأول، بحوث في المعاد، سير التحول في القران والحديث، تحقيق رسائل في الفقه والأصول للشيخ عباس الطهراني، تحقيق اللؤلؤة الغروية للشيخ الوالد رحمته في ثلاثة أجزاء.

وخلف المرحوم المؤلف خمس بنات صاهره كل من سماحة الشيخ محمد الرحمتي السيرجاني، مؤلف مباني أرث المنهاج، وكتاب القصاص والحدود المطبوع كل منهما في مجلدين، وإنجاز العادات في أحكام الديات، في جزئين في مجلد واحد، وإنجاز العادات في أحوال السادات، والشيخ محمد إبراهيم الرباني البيرجندي، والشيخ علي آزاد القزويني، والشيخ خليل النائيني، وهم اليوم من العلماء المدرسين ولهم المكانة الاجتماعية في الأوساط العلمية ولهم تأليف قيمة مطبوعة، و الخامس المرحوم أبو سلام (عبد الله) بن ميرزا جميل الطيب النجفي.

تغمده الله برحمته وأسكنه الفسيح من جنته.

### الدرر النجفية

خرج من قلم المؤلف من هذه الموسوعة الفقهية: كتاب الطهارة، وكتاب الصلاة، وكتاب الخمس والزكاة، وكتاب المتاجر من البيع إلى أحكام الربا، وكتاب الحج، وكتاب الوصية، وكتاب النكاح، وكتاب القضاء والشهادات، وكتاب في الدين، وكتاب في الرهن، وكتاب في الرضاع، وكتاب في الإرث.

لقد تمكن المؤلف بفضل جزالة عباراته وعمق مطالبه أن يبحث مسائل البيع إلى آخر مباحث الخيارات ويشرح أهم تلك المباحث العلمية بصورة غير مطولة، وكل ذلك ينبىء عن تبحره وتسلطه على تلك المباني الفقهية، وهذا الأسلوب من البحث تجده في كل ما بقي من آثاره العلمية في العلوم المختلفة.

وطبع إلى الآن من تلك الموسوعة الفقهية: كتاب الخمس والزكاة مرّة في النجف الأشرف عام ١٣٥٤هـ وأعيد طبعه أيضاً في قم المقدّسة سنة ١٤٠٦هـ وقرمت بإعادة طبعها للمرة الثالثة بصورة محقّقة ومنقّحة.

والآن بعد أن تحمّلت الجهد المتواصل في تحقيق هذا السفر الجليل من هذه الموسوعة تمّ إخراج كتاب البيع وكتاب الدين، وكتاب الرهن، وسوف يقدم إلى الطبع إن شاء الله تعالى.

وأرجو من الله سبحانه أن يوفّقني لطبع بقية أجزاء الموسوعة وسائر آثار المؤلف في المستقبل القريب، وما توفّيقني إلا بالله العليّ العظيم.

وحيث جرى البحث عن علم الفقه لا بأس بذكر الحاجة إلى هذا العلم على نحو الاختصار فنقول :

### بيان موجز عن تاريخ الفقه

إنّ المجتمع البشري في متطلّباته المادية وسلوكه في الحياة لا بدّ له من طريقة ونظام، حيث إنّ الإنسان مدني، والمدنيّة تحتاج إلى ضوابط ومنهج كي يتوصّل المجتمع البشري إلى حياة طيبة وسعيدة.

فالأنظمة البشريّة لها في هذا المجال قوانين ونظم وتدعي السعادة لسالكها وتبلّغ لمذهبها بما لديها من إمكانيّات، وأنّ النمو والازدهار والتقدّم يكون لمن يتخذ هذا المذهب في حياته ومجتمعه.

ولكنّ الله عزّ وجل قد وضع تعاليم للبشر حسب متطلّباتهم في كلّ عصر لتنظيم الحياة السعيدة.

ومن الطبيعي أنّ الذي يتبع طريقة السماء يعتقد أنّ هذه الطريقة هي التي توصله إلى حياة سعيدة، وأنّ الفكر البشري والمذاهب التي حصلت من الأفكار البشريّة ليست صالحة لأن يتبعها الإنسان، وأنّها مجرد دعاية وأغلبها كاذبة.

ولست هنا بصدد تزييف المذاهب المادية وإثبات أن المذهب الإلهي وبالأخص الشريعة الإسلامية هي التي تتكفل سعادة الإنسان في حياته المادية، حيث إن تلك مسألة عقائدية تعرض لها المفكرون في محلها وبسطوا الكلام فيها. والذي أنا بصده هو بيان موجز عن تاريخ الفقه من وجهة نظر الشيعة. من الطبيعي أن علم الفقه كسائر العلوم كان له تطورات في العصور المختلفة، حيث كانت المدينة المنورة مقراً لعلوم الشريعة في عصر الصحابة والتابعين، فالإمام أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام كتب في الفقه «الجامعة» وهي من إملاء رسول الله صلى الله عليه وآله كان يبلغ طوله سبعين ذراعاً، وقد تواتر نقله في أحاديث الأئمة عليهم السلام (١).

ومن التابعين علي بن أبي رافع، قال النجاشي: هو تابعي من خيار الشيعة، كانت له صحبة من أمير المؤمنين، وكان كاتباً له، وحفظ كثيراً، وجمع كتاباً في فنون الفقه كالوضوء والصلاة وسائر الأبواب، وكانوا يعظمون هذا الكتاب (٢).

وفي عصر الأئمة صنف أصحابهم في الأحاديث المروية عنهم ما يزيد على «ستة آلاف وستمئة كتاب» (٣) ومن بين هذه الكتب امتازت أربعمئة اشتهرت بالأصول الأربعمئة، هذا عدا ما لسائر علماء الشيعة من الكتب، فلهشام الكلبي أكثر من مائتي كتاب، ولابن شاذان مائة وثمانون كتاباً، ولابن دؤل مائة كتاب، ولابن أبي عمير أربعة وتسعون كتاباً (٤).

وفي القرن الرابع الهجري حفلت قم والري بشيوخ كبار في الفقه والحديث أمثال الشيخ الكليني (٣٢٩ -) وابن بابويه والصدوق (٣٢٩ -) وابن قولويه استاذ الشيخ المفيد (٣٦٩ -) وابن الجنيد (٣٨١ -) بالري والشيخ الصدوق (٣٨١ -) والمدفون بالري، ودون المجاميع الحديثية كالكافي ومن لا يحضره

(١) اعيان الشيعة ١: ٢٩٠. (٢) رجال النجاشي ٥/ (٣) الوسائل ٣: ٥٢٣.

(٤) الدرر النجفية ١: ١٧.

الفقيه.

وفي القرن الخامس أصبحت بغداد مركزاً ثقافياً كبيراً تضمّ أمثال المفيد والمرتضى والشيخ الطوسي.

وبعد احتلال بغداد على يد هولاءكو كانت مدرسة الحلة قائمة بأعلامها كالمحقق الحلي والعلامة وولده فخر المحققين وابن نما وابن أبي الفوارس والشهد الأول، وابن وزام وآل طاوس.

أما الكتب المدونة في القرون الثلاثة الأولى كانت فتاواهم بألفاظ الأحاديث نفسها. وتلك الكتب المدونة تطلق عليها الأصول، والكتب، والنوادر، والجوامع، والمسائل.

كما أنّ هذه الكتب تعدّ مسانيد للرواة، جمع فيه كلّ رواياته عن الأمام أو الأئمة. ثمّ في القرن الرابع أصبحت الكتب المدونة الفقهية محتوية على متون الأحاديث مع حذف الإسناد، مع تمييز الصحيح عن الضعيف، كما نرى ذلك في كتب والد الصدوق علي بن الحسين بن موسى بن بابويه ( - ٣٢٩ ) مثل كتاب الشرايع، وتبعه ابنه محمد بن علي الصدوق ( - ٣٨١ ) فألف المقنع والهداية، وكذلك في القرن الخامس شيخ الطائفة محمد بن الحسن الطوسي ( - ٤٦٠ ) في نهايته، فمتون هذه الكتب الحديثية تسمى بالمسائل أو الأصول المتلقاة.

وظهر منهج جديد في القرن الرابع وهو عرض المسائل على القواعد الكلية الواردة في الكتاب والسنة، وبذلك خرجوا عن حدود النصوص، وبقيت هذه الطريقة متبّعة في المعاهد الدينية حتى يومنا هذا.

وكان من المبدعين لهذا المنهج الجديد الحسن بن علي بن أبي عقيل أبو محمد الحذاء مؤلف «المستمسك بحيل آل الرسول».

ومحمد بن أحمد بن جنيد، أبو علي الإسكافي فألف «تهذيب الشيعة لأحكام الشريعة» وكتاب «الأحمدي للفقّه المحمّدي».

والمفيد محمد بن محمد بن النعمان (٣٣٨ - ٤١٣) ألف المقنعة في الفقه وشرحه تلميذه الشيخ الطوسي وسمّاه بتهديب الأحكام.

وعلي بن الحسين الملقّب بعلم الهدى والمعروف بالسيد المرتضى (٣٥٥ - ٤٣٦) ألف «الانتصار» في ما انفردت به الإمامية، في بيان الفروع. والشيخ الطوسي محمد بن الحسن (٣٨٥ - ٤٦٠) ألف «المبسوط» اقتصر فيه على مجرد الفقه وبيان الفروع.

فالحركة العلمية - التي تتبع المنهج الاجتهادي المتطور المعبر عنه بعرض المسائل على القواعد الكلية المتخذة من الكتاب والسنة - لا زالت مستمرة ولم تتوقف بل تجد في كل عصر التوسع في مجال الاجتهاد الفقهي وتنوع الكتب المؤلفة في هذا المجال.

والموسوعات الفقهية الكاملة التي تحتوي على جميع أبواب الفقه من الطهارة الى الديات على أنواع: فهي إما مؤلفة على نحو الاختصار وبيان الفتاوى والأحكام مع عدم التعرّض الى الأدلة كالشرائع للمحقّق الحلّي وكتب العلامة وغيرها من الكتب الفقهية.

و مبسّطة استدلالية، وهي أيضاً إما مختصرة من حيث الاستدلال مثل كتاب رياض المسائل للمحقّق السيد علي الطباطبائي ( - ١٢٣١) أو مفصلة كما حصل للفقهاء الشيخ حسن النجفي ( - ١٢٦٦) في تأليف موسوعته المبسّطة «جواهر الكلام» في شرح شرائع الإسلام.

وكتب فقهية أخرى ألفت ولكن لم يتمكن مؤلفوها من استيفاء الكتب الفقهية بكاملها مثل كتاب مصباح الفقيه لجدي المحقّق آية الله الحاج آقا رضا الهمداني ( - ١٣٢٢).

وبرز من بين تلامذة صاحب الجواهر الشيخ مرتضى الأنصاري ( - ١٢٨١) فأعطى لكتاب المكاسب المتضمّن لأحكام البيع والخيارات التحقيق الذي لم

يسبق له نظير، وأصبحت تلك المباحث مدرسة لتربية المحقّقين، التي أتى بها الشيء الكثير، من مبتكراته ممّا لم تكن لها سابقة في عالم التحقيق، وبهر به العقول، وقد عكف عليه كلّ من نشأ بعده من المحقّقين، الذين صرفوا همهم وبدلوا مجهودهم؛ معتزّين ببلوغهم الى مقاصده والوصول الى مراده.

كما أنّ هذا السفر الجليل الذي بين يديك يبحث مسائل البيع والخيارات على منهج مكاسب المحقّق الأنصاري، وله نظر خاص الى شرح وتوضيح آراء وسباني المحقّق الأنصاري ويجعلها محوراً للدراسة، مع تعرّضه لذكر آراء المحقّقين والمناقشة فيها، ثمّ بيان ما يختاره في المسألة.

فالمحقّق الوالد رحمته الله أراد أن يكمل موسوعته الفقهية «الدرر النجفية» ويؤلّف جميع الكتب الفقهية، ولكن كثرة اشتغالاته العلمية وصرف كثير من أوقاته في التدريس وتأليف الكتب الأصولية والكلامية، عاقته من اتمام وإكمال موسوعته الفقهية، فلم يتوفّق إلا بتأليف عدّة من أبواب الفقه التي مرّت الإشارة إليها. فجزاه الله عن العلم وأهله خير الجزاء بما خلّف لنا وللأجيال من تأليف قيّمة، وحشره الله تعالى مع النبي وآله الأطهار صلوات الله عليهم أجمعين.

وحيث إنّ المؤلف لم يذكر المصادر لأقوال العلماء وآرائهم؛ وكذلك مواضع الآيات المباركة ومصادر الأحاديث الشريفة فبذلت بما في وسعي لإخراج هذه الموسوعة الى حيّز الوجود بحلّة منقّحة مصحّحة، وذكر مصادر الآيات المباركة والأحاديث الشريفة، وأقوال العلماء من كتبهم الموجودة، وإعطاء عناوين خاصة للمسائل وتجزئة المباحث المفصلة، وأسأله سبحانه وتعالى التوفيق وأن يتقبّل هذا الجهد بقبول حسن .

وماتوفيقي إلا بالله العليّ العظيم.

علي الفاضل القائيني النجفي

١٠ / جمادى الآخرة / ١٤٢٣ هـ قم المقدّسة



# كتاب المتاجر

كتاب الدين كتاب التهنين

من  
الديرة النجفية

تأليف

آية الله العظمى المحقق الكبير الشيخ محمد

الفاضل القائمي النجفي (قدوة)

(حد ١٣١٠ - ١٤٠٥)

للسنة الأولى

تحقيق

على الفاضل القائمي النجفي





## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأولين و الآخرين  
محمد صلّى الله عليه وآله خاتم النبيين، وعلى آله الطيبين الطاهرين صلوات الله  
عليهم أجمعين، واللعنة الدائمة على أعدائهم من الآن إلى يوم الدين.  
أمّا بعد: فيقول العبد الأثيم محمّد بن عبدالكريم القائيني - عفى الله عن  
جرائمهما - الباب الخامس من كتابنا الموسوم بـ «الدرر النجفيّة» في التجارة،  
فنقول:



## الكلام في البيع

وهو أمر معهود، و معاملة متعارفة بين الناس، بل كانت متعارفة عند جميع الشرايع والملل، والشارع أمضاها، والتخطئة في بعض الموارد مثل النهي عن بيع المنابذة والحصة والملازمة، تكون عن المصداق، لا عن الماهية.

### اختلاف الفقهاء في تعريف البيع لا يكون كاشفاً عن الاختلاف في ماهيته

وإجمال البحث عن ذلك يكون من جهات: الأولى: هي أن الظاهر أن عدم توافقهم في تعريفه في مقام الإشارة إلى ذلك الأمر المعهود المتعارف المرتكز، (يعني فروختن بالفارسية) و تملك العين بالعوض بالقيود الآتية بالعربية، واختلافهم في التعبير والحكاية عن ذلك الأمر لا يكون كاشفاً عن الاختلاف في ماهيته، حيث إن الظاهر أنهم ليسوا في مقام تعريفه بالماهية، يعني الحد، وباللزام المساوي يعني الرسم، بملاحظة عدول اللاحق منهم عن تعريف سابقه، لأجل عدم الجامعية والمانعية، بل يكونون بصدد بيان ذلك الأمر المرتكز بالآثار واللازم الأعم، حيث يكون من آثار التمليك «النقل والانتقال» مثلاً، كما سيأتي الإشارة إلى تعريفاتهم، فاختلافهم يكون في التعبير والحكاية عن ذلك الأمر الوجداني، والاختلاف في ذلك لا يكون كاشفاً عن الاختلاف في الحقيقة، لأن الاختلاف في

الكاشف و الحاكي أعم من الاختلاف في الماهية، بملاحظة أنه يمكن أن يكون للشيء لوازم وآثار متعددة يشير كل منهم إلى أثر من آثاره.

وبالجملة: فبملاحظة عدم وصولهم إلى التعبير عن ذلك الأمر المرتكز بعبارة جامعة منطبقة عليه؛ عرفوه وأشاروا إليه بلوازمه وآثاره، وواضح أن الاختلاف في ذلك لا يكون كاشفاً عن الاختلاف في حقيقته.

إن قلت: حمل تعاريفهم على اللفظية يكون خلاف الظاهر، حيث إن المُعرِّف نفسه فيها بعد الفراغ عن تعريفه يقول: هذا التعريف جامع و مانع، يعني يشمل الشيء الفلاني، و مانع عن دخول الشيء الفلاني الذي ليس بداخل فيه، ثم اللاحق خدش فيه وقال: التعريف الفلاني ليس بمطرد و منعكس، فلا بد أن يعرف كذا، فالظاهر من تعريفاتهم و إيراد القرض منهم عليها بعدم الطردية والعكسية يكون هو الحقيقي، والاختلاف فيه يكون كاشفاً عن الاختلاف في الماهية.

قلت: لا معنى لحمل تعاريفهم على الحقيقية، حيث ليس العلم بالحدود الحقيقية للأشياء إلا للمحدد الحقيقي، فلا بد من حملها على اللفظية.

في أن تحقق البيع الذي يترتب عليه الأثر يكون بشيئين، و بيان الفرق بين البيع و بين المعاوضة و المبادلة

الجهة الثانية: هي أن تحقق البيع الذي يترتب عليه الأثر، و حصول ذلك الأمر المتعارف يكون بشيئين على نحو كان أحدهما أصلاً و الآخر فرعاً، و يعبر عن الأصل بالثمن، و عن الفرع بالثمن، و لا يتحقق عنوان البيع بدون هذا الاعتبار، بل المتحقق بدونه يكون عنوان المعاوضة و المبادلة، حيث إنهما أيضاً أمران متعارفان بين الناس، و محكومتان بالصحة للسيرة، و ادعاء<sup>(١)</sup> الإجماع على حصر

(١) و المدعى للإجماع هو الشهيد الثاني رحمته الله منه. قال الشهيد: و حيث كان البيع عبارة عن الإيجاب و القبول المذكورين فلا يكفي المعاوضة... على المشهور بين أصحابنا، بل كاد أن =

المعاوضات الشرعية في عناوين خاصة غير مضر، لأجل أنه غير محقق، والمنقول منه غير معتبر، إلا أن يقال: بأن المعاوضة والمبادلة بدون الاعتبار المذكور تكون من مصاديق الصلح.

ثم إنه لا إشكال في أنه يعتبر أن يكون المعوض من الأعيان، أولاً: للشك في شمول المطلقات لما إذا لم يكن المبيع عيناً.

وثانياً: أن الاتفاق قائم على اعتبار كون المعوض من الأعيان.

وثالثاً: للتبادر، وصحة سلب البيع عن تمليك غير العين في المعوض، بإطلاق

البيع على نقل غير العين في الخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر، وبيع سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها، وفي أخبار بيع الأرض الخراجية مجاز، كما أن استعمال الإجارة في نقل بعض الأعيان كالثمرة على الشجرة مجاز.

### في أنه يعتبر أن يكون المعوض من الأعيان

فالمعوض لا بد وأن يكون من الأعيان، أعم من أن يكون شخصياً أو كلياً، والكلي إما أن يكون في المعين كصاع من صبرة معينة أو في الذمة، والكلي في الذمة على قسمين: لأن ذلك تارة يكون متحققاً قبل إيقاع البيع، كأن يبيع من زيد ما اشتراه منه بالسلف، أو من غيره بعد حلول الأجل.

وأخرى يتحقق في الذمة بإيقاع البيع، كأن اشترى صاعاً من الحنطة مثلاً، بالسلف، وأما بيع الكسر المشاع كنصف صبرة معينة أو ثلثها أو ربعها أو خمسها أو غيرها من الكسور، فليس من الكلي - كما توهم - بل الظاهر أنه يكون من الشخصي، فلا بد حينئذ تارة من ملاحظة ما يتعلق به فعل البائع، وأن ما يتعلق به فعله هل يكون جامعاً لجميع الأقسام أو لا؟ وأخرى لحاظ فعله.

أما ما يتعلّق به فعله، فإن كان لفظ المال، فهو أعمّ من العين والمنفعة، فلا يصح أن يتعلّق به فعله - لما عرفت من اعتبار كون المعوِّض من الأعيان - وإن كان لفظ العين فهي أعمّ من المتموِّلة وغيرها، فلا بدّ من تقييد العين بالماليّة، فيعتبر أن يكون متعلّق فعله عيناً لها ماليّة عند العرف والعقلاء، وإلاّ لا يتحقّق البيع الصحيح، بل كان لغواً سفهياً.

وأما فعله، فإمّا أن يكون بلفظ التملك أو النقل أو المبادلة، فإن لم يكن المفهوم من التملك والنقل الإزالة والإحداث، ومن المبالدة الإضافة والطرف لا يلزم إشكال، ولكن إن كان المفهوم من التملك والنقل الإزالة والإحداث، ومن المبادلة الإضافة والطرف - كما هو المفهوم منها - يشكل الأمر في تحقّق الإزالة والطرف في الكلّي في الذمّة، كالكلّي السلفي مثلاً، حيث إنّ البيع أمر عرضي يحتاج إلى موضوع و متعلّق يرد عليه، ولا موضوع له في المفروض من المثال. وفي الإحداث فيما إذا بيع المبيع السلفي بعد حلول الأجل بمن هو عليه، وفي صورة تعذّر التسليم والإعطاء من غير جنس المسلم فيه بعد حلول الأجل.

ويشكل الأمر في تحقّق الإحداث والطرف في شراء من ينعتق عليه، وشراء المملوك الذي لا وارث لمورّثه غيره من تركة مورّثه، وفي شراء العبد الذي يكون تحت الشدّة من الزكاة، حيث يلزم فيها أن يصير الشخص مالكاً لذمّته وكان المشتري والتمن واحداً.

ولكن يمكن أن يقال: أولاً: لا نسلم كون بعضها من مصاديق البيع، وأنّ الإعطاء من غير جنس المسلم فيه في صورة تعذّر تسليمه بعد حلول الأجل يكون من باب الإيفاء، لكن الظاهر من التعبير في الأخبار الواردة الدالة على جواز الإعطاء من غير جنس المسلم فيه في صورة تعذّر تسليمه بجواز إعطاء القيمة مع التراخي، كون ذلك من مصاديق البيع، كما ذهب إليه المشهور.

وقيل: يمكن أن يكون الحكم بجواز الإعطاء من غير جنس المسلم فيه في

هل يشترط أن يكون العوض من الأعيان أو يصحّ جعله من الحقوق والمنافع..... ٢١

صورة التعذر من مصاديق الصلح، لكن قد ظهر أيضاً ضعفه ممّا ذكر.

**وثانياً:** بأنّه ليس المفهوم من التملك والنقل والمبادلة الإحداث والإزالة، بل ليس المفهوم منها إلاّ الإحداث فقط، وذلك متحقّق في الموارد المذكورة، غاية الأمر كميّة الإحداث فيها تكون غير كميّة الإحداث التي تكون في الكليات التي منشأ انتزاعها يكون متحقّقاً في الخارج، يعني أنّ رفع يد الغير وإسقاط سلطته عن المطالبة نحو من الملك.

لكنّ التحقيق هو أن يقال: بأنّه بعد كون معنى البيع معنى عرضياً - كما عرفت ففي الكلّي السلفي يعتبر الكلّي أولاً ثمّ يورد البيع عليه، فبأيّ معنى يقال به في الإزالة يقال به في مقام الإحداث، وفي شراء من ينعق عليه بتملّك المشتري ثمّ الانعتاق عليه قهراً، وفي شراء العبيد تحت الشدّة من الزكاة بصيرورتهم ملكاً للفقراء قبل الانعتاق أو العتق، غاية الأمر ولاية ذلك تكون بيد من بلغ ماله إلى حدّ النصاب، لكن ينافيه كون ذكر هذا المصرف في الآية والأخبار في قبال الفقراء. نعم، هذا الجواب صحيح بالنسبة إلى القسم الثالث من أقسام الرقاب، حيث إنهم على المشهور ثلاثة أصناف: من المكاتب والعبد تحت الشدّة، والعبد يشتري ويعتق وإن لم يكن في شدّة، بشرط عدم المستحق.

في أنّه هل يتعيّن أن يكون العوض أيضاً من الأعيان، أو لا يتعيّن  
بل يصحّ جعله من الحقوق والمنافع؟

لكن يمكن أن يقال: بأنّ من بلغ ماله إلى حدّ النصاب يشتريه من ماله ثمّ يعتقه احتساباً من الزكاة بأمر الشارع، والمملوك الذي يشتري من تركة مورثه يمكن أن يقال: بانتقاله إلى الإمام عليه السلام بمقتضى عموم ما دلّ على أنّ الإمام يرث من لا وارث له، فإنّ وجود القريب الممنوع من الإرث كعدمه، فيكون القريب المملوك كالكافر وولد الملاعنة، فحكم الإمام عليه السلام بشراء المملوك وعتقه وإعطائه الباقي تفضّل منه



على المملوك، فلا يلزم اتحاد المشتري والتمن.  
وأما العوض، فهل يصح أن يكون من غير الأعيان من الحقوق والمنافع أو لا؟  
فنقول قبل إثبات الصحة: لا بد من بيان الفرق بين الحق والملك والحكم.

### في نقل ما أفاده العلامة الأنصاري في تعريف الحق والخدشة فيه

قال العلامة الأنصاري رحمته الله: إن الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد، بخلاف الملك فإنه نسبة بين المالك والمملوك، ولا يحتاج إلى من يملك عليه، حتى يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه فافهم <sup>(١)</sup> انتهى كلامه رحمته الله.  
لكنه يكون محل الخدشة: من جهة أن الحق وكذا الملك ليس عبارة عن نفس السلطنة، بل السلطنة تكون من آثاره، ويدل عليه قوله صلى الله عليه وآله: «الناس مسلطنون على أموالهم» <sup>(٢)</sup>، حيث إن الظاهر منه بملاحظة جعل المال موضوعاً، هو أن السلطنة رتبته متأخرة عن المال، وأنها أمر انتزاعي عنه، مع أن الحق لا يكون في جميع الموارد متقوماً بغيره، حيث لا يكون له في بعض الموارد لأطراف واحد، كحق التحجير، إلا أن يقال: بأن كلامه يكون في الحق المتقوم بغيره، كحق الخيار والرهن والشفعة ونحوها، كما يدل عليه قوله بعد ذلك: وأما الحقوق القابلة للانتقال، كحق التحجير ونحوه...

**فالحق أن يقال:** إن الحق عبارة عن الإضافة والواجدية، وأنه بعد الجعل يرى الشخص نفسه واجدة لشيء يكون من آثاره السلطنة على الفسخ، كما في حق الخيار، أو التملك بالعوض كما في حق الشفعة، أو بلا عوض كما في حق التحجير، وذلك قد يكون بجعل و تأسيس من الشارع، كخيار الحيوان والمجلس

(١) المكاسب ٦: ٢٠ تأليف المحقق الشيخ مرتضى بن محمد أمين الأنصاري (١٢١٤-١٢٨١)

(٢) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢ ح ٩٩، تأليف محمد بن علي بن إبراهيم بن أبي جمهور

الأحساني (- ٩٤٠)

في نقل ما أفاده العلامة الأنصاري في تعريف الحق والخذشة فيه..... ٢٢  
مثلاً، وقد يكون بجعل منّا والشارع أمضاه.

وأما الحكم، فلا واجدية فيه، حيث لا يرى الشخص لنفسه شيئاً، بل أمر لا يكون زمامه واختياره بيده، ولا اختصاص له بأحد، كالأحكام الخمسة التكليفية. وبالجملة: بعد أن صار شيء مجعولاً للشارع إن لم ير الشخص نفسه واجدةً لشيء؛ فذلك عبارة عن الحكم، مثل جواز رجوع الواهب عن الهبة، واللزوم في النكاح، وأن يرى نفسه واجدةً لشيء؛ فذلك على نحوين: من جهة أنه إن كانت الواجدية قوية، فذلك عبارة عن الملك، وإن كانت ضعيفة؛ فذلك عبارة عن الحق، مثل جواز فسخ ذي الخيار في البيع الخياري، واللزوم في البيع الغير الخياري، وحق المرتهن بالإضافة إلى العين المرهونة، وحق التحجير، وحق الاختصاص بالنسبة إلى الأشياء الغير المتمولة كالخل الذي صار خمراً مثلاً.

ثم، إنه إن دار أمر شيء بين أن يكون حقاً أو حكماً، كجواز رجوع الواهب عن الهبة مثلاً، هل يترتب عليه أثر الحكم من عدم صحة المصالحة عليه، وعدم صحة جعله عوضاً في البيع؟ حيث لا إشكال ولا خلاف في عدم صحة جعل الحكم عوضاً في البيع مثلاً، أو الحق، حتى يترتب عليه أثره من صحة المصالحة عليه، وصحة جعله عوضاً في البيع بناءً على الصحة.

والظاهر أنه لا يصح أن يترتب عليه الأثر المختص بالحق، ولا الأثر المختص بالحكم، حيث ليس في البين أصل محرز لأحد الطرفين، لأن أصل عدم كون المجعول حقاً معارض بأصل عدم كون المجعول حكماً نعم، إن كان في البين أثر مشترك يترتب عليه.

وقد ظهر مما ذكر: أنه إذا جعل جواز الرجوع في المثال عوضاً في البيع أو الصلح، لا يصح أن يحكم بالصحة تمسكاً بعموم ما دلّ على نفوذ البيع<sup>(١)</sup> وبعموم

(١) مثل قوله تعالى: وأحل الله البيع. سورة البقرة (٢): ٢٧٥.

«الصلح جائز»<sup>(١)</sup> لأنه تمسك بالعام في الشبهة المصدقية، فلا بد أن يرجع في موارد الشك إلى مقتضى الأصل العملي.

إن قلت: الحكم ثابت في جميع موارد الحق، مثل جواز الفسخ في مورد حق الخيار مثلاً، فالحكم في الصور المشكوكة معلوم، والحق مشكوك يدفع بالأصل، فلا بد من ترتيب آثار الحكم.

قلت: في مورد ثبوت الحق يكون الحكم في الرتبة المتأخرة عنه، يعني يكون الحكم منتزعا عن الحق، لكن في مورد الشك لم يعلم أن المَجْعول في المرتبة السابقة هل يكون هو الحكم أو الحق، وأصل عدم كون المَجْعول حقاً في المرتبة معارض بأصل عدم كون المَجْعول حكماً، فلا يثبت الحكم، فلا بد في مورد الشك - كما عرفت - الرجوع إلى مقتضى الأصل العملي الذي يكون في مورده.

إذا عرفت ذلك، فاعلم: أن دائرة العوض تكون أوسع من المعوض، لعدم صحة سلب البيع إذا كان العوض من غير الأعيان، وكونه في الأغلب من الأعيان لا يكون موجباً لتعيينه، حيث إن ما يعتبر في تحقق البيع عند العرف والعقلاء هو أن لا يكون تملك المبيع مجاناً سفهياً، وأما اعتبار التملك التبعية وكون العوض مالا قبل البيع، فلا دليل عليه بعد صدق المعاوضة، فيكفي كون العوض مالا ولو شأناً، فيصح جعل الكلّي السلفي والكلّي الذي يكون في الذمة، من نسيئة الثمن وما يقبل النقل والمعاوضة بالمال من الحقوق، كحق التحجير مثلاً، وعمل الحر عوضاً في البيع.

إن قلت: لا يصدق البيع إن لم يكون العوض مالا قبله، حيث إن حقيقة المعاوضة عبارة عن انتقال كل عوض إلى ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر، وعمل الحر ليس بمال، مثل عمل العبد، ألا ترى أن الحر إذا صار محبوساً

لا يقولون بضممان الحابِس أجرة عمله في مدّة الحبس، حيث لا يقال عرفاً إن الحابِس أتلف مال الغير.

**قلت:** يصح أن يصير عوضاً، حيث يقولون بصحّته بعد إيقاع الإجارة عليه، فإن لم يكن مالاً لم يكن معنى لصحّة كونه عوضاً بعد إيقاع الإجارة عليه.

**إن قلت:** بعد الإجارة يتحقّق له عنوان المالية، لكن قبلها ليس بمال، ولا يعتبر في الإجارة أنّ تكون الأجرة مالاً قبلها، بخلاف المقام.

**قلت أولاً:** قد عرفت أنّه لا يصحّ سلب البيع إذا كان العوض من غير الأعيان، فلا يعتبر أن يكون العوض مالاً قبل البيع.

**وثانياً:** على التسليم يمكن منع عدم مالية عمل الحر، حيث إنّ العقلاء يعاملون معه معاملة المال.

ثمّ، إنّ على فرض الشكّ في صدق البيع إن لم يكن العوض مالاً قبله، هل يصحّ التمسك لترتيب آثار البيع بما دلّ على نفوذه، ووجوب الوفاء به أو لا؟ والظاهر هو العدم، بناءً على عدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

### (مناقشة تعاريف الأعلام للبيع)

وقد ظهر ممّا ذكر عدم صحّة تعريف البيع بانتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي<sup>(١)</sup> أولاً: لعدم شموله لبيع المكره، حيث إنّ ليس على وجه التراضي.

**وثانياً:** أنّ البيع يكون من مقولة المعنى، وعليه يلزم أن يكون من مقولة الانفعال.

**وثالثاً:** ليس البيع هو الانتقال، بل يكون الانتقال أثراً له، فاشتبه عليه الأثر بذي

(١) هذا التعريف منقول عن المبسوط والتذكرة، منه، التذكرة ١: ٤٦٢، والمبسوط ٢: ٧٦.

الأثر.

وبالإيجاب والقبول الدالين على الانتقال<sup>(١)</sup> من جهة أن البيع يكون من مقولة المعنى لا اللفظ، وإلا لا يعقل إنشاء اللفظ وإيجاده باللفظ، يعني إيجاد لفظه «بعت» ولفظة «اشتريت» بلفظة بعت، ولفظة اشتريت، لأن الشيء لا يمكن أن يكون موجداً لنفسه، لكونه مستلزماً لغائلة الدور، من تقدم الشيء على نفسه وتأخره عنه.

وينقل العين بالصيغة المخصوصة<sup>(٢)</sup> من جهة أن المعاوضة بيع عند المعرف - بالكسر - مع أن النقل بالصيغة أيضاً لا يعقل إنشاءه بالصيغة، لأن المعرف - بالكسر - جعل صيغة البيع من أجزاء الحد، ويستحيل كون الشيء موجداً لنفسه، لاستلزامه مفسدة الدور من تقدم الشيء على نفسه وتأخره عنه.

وبإنشاء تملك عين بمال<sup>(٣)</sup> أولاً: لعدم الاحتياج إلى لفظ الإنشاء، لدخوله في مفهوم التملك، فذكر لفظ الإنشاء مستدرك.

وثانياً: من جهة أنه لا يكون شاملاً لما إذا كان العوض غير مال، كجعل الحق عوضاً.

وبالتمليك بالعوض<sup>(٤)</sup> حيث إن التملك أعم من تملك العين والحق والمنفعة، ومن المتمول وغيره، والحال أنك قد عرفت أن البيع ليس عبارة عن مطلق التملك، بل يعتبر أن يكون المثلث عيناً متمولة ولو اعتباراً، فالبيع المأخوذ في صيغة بعت عبارة عن تملك عين متمولة ولو اعتباراً بعوض مقدر.

ولا ينتقض بالصلح على العين بمال، لأن الصلح ولو تعلق بالعين ليس عبارة عن التملك على وجه المعاوضة، بل معناه الأصلي عبارة عن التسالم، ولذا

(١) هذا التعريف يكون للمحقق والشهيد عليه السلام، منه، اللعة دمشقية ٣: ٢٢١ و الشرائع ٢: ١٣.

(٢) هذا التعريف يكون للمحقق الثاني عليه السلام، منه، جامع المقاصد، ٤: ٥٥.

(٣) هذا التعريف يكون للعلامة الأنصاري عليه السلام، منه المكاسب، ٦: ٣٣.

(٤) هذا التعريف يكون للمحقق الخراساني عليه السلام، منه، حاشية المكاسب / ٥.

لا يتعدى بنفسه إلى المال، حيث لا يقال: صالحتك الدار، كما يقال ملكتك الدار، بل يقال صالحتك عن كذا بكذا.

نعم، هو متضمن للتملك إذا تعلق بالعين، لا أنه نفسه، ولا بالهبة المعوضة، حيث لا تكون ذلك تملكاً بالعوض على وجه المقابلة، بل هي تملك بشرط العوض، والشرط لا يكون عوضاً.

إن قلت: يدخل فيه القرض.

قلت: لا يدخل فيه القرض، من جهة أن العوض في البيع يحتاج إلى التعيين، ولكن عوض القرض لا يحتاج إلى ذلك، بل العوض فيه منجمل.

وبعبارة أخرى: أن القرض تملك يكون فيه الغرامة، والبيع تملك بالعوض على جهة المقابلة.

**وبالجملة:** فالبيع المأخوذ في صيغة «بعت» عبارة عن تملك عين متمولة ولو اعتباراً بعوض مقدر.

**فما قيل:** إن البيع عبارة عن الإيجاب المرتبط بالقبول، وما قيل: إنه عبارة عن تملك العين بالعوض في ظرف تملك المشتري.

**غير وجهه - مضافاً إلى أعمية الأول عن البيع -** أن البيع المأخوذ في صيغة بعت عبارة عن التملك الذي ذكرنا، غاية الأمر لا يترتب عليه الأثر في الخارج، إلا إذا تعقبه القبول، وإن لم يكن الأثر غير منفك عن التأثير في نظر المملك، فالبيع يكون من قبيل الإيجاب والوجوب المتحددين في الواقع، وإن كانا مختلفين بالاعتبار، نظير السخونة الحاصلة في الماء، حيث إنها أمر واحد، ولكن من حيث استنادها إلى النار تعدّ فعلاً، ومن حيث استنادها إلى الماء تعدّ انفعالاً، لا الكسر والانكسار، وإن كانا من مقولة الفعل والانفعال.

**وبالجملة:** يكون الفرق بين الفعل والانفعال في الإنشائيات، وبين الفعل والانفعال في التكوينية، حيث إن المنشأ في الإنشائيات لا ينفك عن الإنشاء في

نظر المنشىء، وإن لم يكن حاصلًا في نظر غيره، بخلاف الفعل والانفعال في التكوينات كالكسر والانكسار.

ثم، إنه لا يخفى أن اختلافهم في التعبير في مقام الإشارة والحكاية عن هذا الأمر المتعارف المرتكز لا يكون كاشفًا عن الاختلاف في حقيقته، لأنهم ليسوا في مقام تعريفه بالحدّ والرسم، بل يكونون في مقام الإشارة إلى هذا الأمر الواحداني بعبارة جامعة منطبقة عليه، وحينئذ فالاختلاف في التعبير عن هذا الأمر لا يكون كاشفًا عن الاختلاف في ماهيته، لأن الاختلاف في ذلك - كما عرفت في الجهة الأولى - أعم من الاختلاف في الماهية.

ثم، إن الشهيدين رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قالوا: إن ألفاظ المعاملات كالعبادات موضوعة للمعاني الصحيحة، ويورد عليهما أولاً: بأنها كيف تكون موضوعة للصحيحة، مع كونها إمضائية.

**وثانياً:** بأن لازم ذلك يكون عدم صحّة التمسك بإطلاقاتها عند الشك في اعتبار شيء فيها، والحال أن بناء العلماء يكون على التمسك.

ولكن يمكن دفع الأول، بأن معنى كون البيع موضوعاً للصحيح هو أن البيع الذي عند العرف عبارة عن الحاصل من المصدر، يعني التملك الحاصل من قول «بعث» عند الإنشاء لا يستعمل عندهم إلا فيما كان صحيحاً مؤثراً في نظرهم، والشارع أمضى البيع المؤثر عندهم، فالبيع عند الشرع والعرف أمر واحد، غاية الأمر في بعض الموارد كالبيع الغرري والربوي لأجل عدم إحاطة العرف بالواقعات حكم بخطائهم.

كما يمكن دفع الثاني أولاً: بأن خطاب مثل ﴿أحلّ الله البيع﴾ وارد على طبق العرف، وإلا كان على الشارع نصب القرينة على الخلاف، فيحمل لفظ البيع على البيع المؤثر التام عند العرف، فيكون المؤثر عندهم مؤثراً عند الشارع أيضاً، فإذا علم العرف بعدم اعتبار شيء وشك في اعتباره عند الشارع ينفي بإطلاق الخطاب

الدال على حليّة البيع ونفوذه.

وثانياً: بحمل البيع الوارد في الخطاب على المصدر وعلى إنشاء التمليك الذي يوجدّه الموجب بلفظ بعث، فيستدلّ بإطلاق الحكم بحله على أنّ كلّ إنشاء تمليك يكون نافذاً عند الشارع، وإلا كان عليه نصب القرينة على الخلاف، ولو كان ترتّب الأثر في الخارج متوقفاً على القبول.

## الكلام في المعاطاة

**الجهة الثالثة:** هي أنّه هل المعاطاة بيع أو لا؟ وعلى فرض كونها بيعاً هل تكون مفيدة للملك أو الإباحة، وعلى فرض كونها مفيدة للملك هل تكون مفيدة للملك الجائر أو اللازم؟ فلا بدّ من البحث في ذلك في مقامات: **المقام الأول:** هو أنّه لا يتحقّق بعض الأفعال إلا بالقول واللفظ، كالنذر والعهد واليمين، كما ذهب إليه المشهور، وبعضها الآخر كما يحصل بالقول واللفظ يتحقّق بالفعل أيضاً، كعنوان الإذن، وهل عنوان البيع يكون مثل النذر والعهد واليمين، حتى لا يحصل بالمعاطاة؟ أو يكون مثل عنوان الإذن حتى يتحقّق بها، ويمكن أن يطبق نزاع القوم في المعاطاة على هذا العنوان، وأنّ من قال: بأنّ المعاطاة لا تفيد الملك ولا يترتّب عليها آثار البيع اللفظي بل تفيد الإباحة نظره يكون إلى عدم البيعة، وأنّ البيع من العناوين التي لا يتحقّق إلا باللفظ، فلا يحصل بالمعاطاة.

نعم، لما يكون التعاطي فيها برضاء الطرفين كان موجبا للإباحة والرخصة في التصرف، ومن قال: بالبيعة وحصول الملك بها نظره يكون إلى أنّ البيع يكون من العناوين التي يتحقّق بغير القول واللفظ أيضاً، فالنزاع بينهم يكون صغروباً.

لكن الكلمات الصادرة منهم في هذا المضمار تكون مختلفة، يظهر من بعضها أنّ النزاع يكون في الصغرى، وأنّ المعاطاة تكون مفيدة للإباحة دون الملك، لعدم



كون المعاطاة بيعاً، كما هو أظهر الاحتمالين من عبارة الشيخ في الخلاف، حيث قال فيه: إذا دفع قطعة إلى البقلي أو الشارب فقال: اعطني بها بقلأ أو ماءً فأعطاه، فإنه لا يكون بيعاً، وكذلك سائر المحقرات، وإنما يكون إباحة له فيتصرف كلٍ منهما فيما أخذه تصرفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه، وفائدة ذلك أن البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك، لأن الملك لم يحصل لهما، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يحصل الإيجاب والقبول، وقال ذلك في المحقرات دون غيرها.

دليلنا: أن العقد حكم شرعي ولا دلالة في الشرع على وجوده هنا، فيجب أن لا يشبث، وأما الإباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها...<sup>(١)</sup>

ويظهر من بعضها الآخر كون النزاع كبيراً، وأن المعاطاة بيع، لكن إنما النزاع في أنها هل تكون مفيدة للملك اللازم؟ كما هو ظاهر إطلاق عبارة المفيد في المقنعة حيث قال فيها: والبيع ينعقد على تراض بين الإثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعاً وتراضيا بالبيع، وتقابضا وافتراقاً بالأبدان...<sup>(٢)</sup>

أو الجائز؟ كما سلك إليه المحقق الثاني في جامع المقاصد، وتبعه فيه جماعة، حيث قال فيه: المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع، وإن لم يكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفيد ولا يقول أحد بأنها بيع فاسد سوى المصنف في النهاية وقد رجع عنه في كتبه المتأخرة... وقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾ عام إلا ما أخرجه الدليل...<sup>(٣)</sup> ويوهم ذلك ظاهر عبارة السرائر حيث قال فيه: الأقوى أن المعاطاة غير لازمة، بل لكلٍ منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين

(١) كتاب الخلاف ١: ٥٢٢، تأليف أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي (٣٨٥ - ٤٦٠)

(٢) كتاب المقنعة / ٥٦١ تأليف الشيخ محمد بن محمد المفيد (٣٣٨ - ٤١٣) طبع مؤسسة النشر الاسلامي.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٥٨ طبع مؤسسة آل البيت عليه السلام، تأليف المحقق نور الدين علي بن الحسين الكركي (٩٤٠ - )

## في أن موارد التعاطي مختلفة من حيث قصد الإباحة والتملك

أو الإباحة؟ والإنصاف: أن موارد التعاطي تكون مختلفة في بعضها يكون القصد إلى الإباحة بالعوض كإعطاء الحمامي ماء الحمام بعوض معين لمن يريد تنظيف البدن أو الاغتسال، وإعطاء القهوة جي القهوة والشاي والغرشة بعوض معين، وإعطاء صاحب المطعم الطعام بعوض معين، وأمثال ذلك، وفي بعضها الآخر يكون القصد إلى التملك، كإعطاء الدار والبستان والبقل ونحوها بعوض معين، أما الموارد التي يكون القصد فيها إلى الإباحة فلا كلام فيها، لكنّها محكومة بالصحة لقيام السيرة عليها، وأما الموارد التي يكون القصد فيها إلى التملك فلا إشكال أيضاً في الصحة، لجريان السيرة أيضاً على ذلك.

وإنما الكلام في أنه إذا قصد التملك بالمعاطاة هل هو بيع أو لا؟ الظاهر أنه مصداق للبيع، وداخل في تعريفه المتقدم بعد قصد المسبب أي التملك بعوض معين، بحيث كان أحد الطرفين أصلاً والآخر فرعاً، كما عرفت بالسبب الفعلي، أي التعاطي.

نعم، إن لم يكن القصد إلى هذه القيود بل كان القصد فقط إلى التملك كان أمراً مستقلاً غير البيع.

لكنه أيضاً محكوم بالصحة، لتعارف ذلك وقيام السيرة عليه.

وبالجملة: فالتعاطي الذي يقصد فيه التملك مصداق للبيع.

المقام الثاني: هو أنه بعد أن تكون المعاطاة مصداقاً للبيع هل تكون مفيدة للملك اللازم أو الجائز؟ والظاهر أنها تكون مفيدة للملك اللازم، وقبل الشروع في

أدلة ذلك لا بد من بيان مقدّمة لتوقف بعض دليّة الأدلة الآتية عليها، وهي أنّه:

### في أنّ الملك حقيقة واحدة

هل الملك حقيقة واحدة أو حقائق مختلفة؟ والظاهر أنّ الملك ماهية فاردة، وأمر بسيط وحداني، أي العلقّة والانتساب والربط الخاص بين المالك والمملوك، وانقسامه إلى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنّما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي، ومنشأ هذا الاختلاف حقيقة السبب المملّك، لا اختلاف حقيقة الملك. وقد استدلّ العلامة الأنصاري رحمته الله على الاتحاد أولاً: بقوله: إنّ المحسوس بالوجدان أنّ إنشاء الملك في الهبة اللازمة وغيرها على نهج واحد.

وثانياً: أنّ اللزوم والجواز لو كان من خصوصيات الملك فإما أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيّتين بجعل المالك أو بحكم الشارع؟ فإن كان الأول كان اللازم التفصيل بين أقسام التملك المختلفة بحسب قصد الرجوع وقصد عدمه أو عدم قصده، وهو بديهي البطلان، إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع وعدمه.

وإن كان الثاني لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، وهو باطل في العقود، لما تقدّم أنّ العقود المصححة عند الشارع تتبع القصد<sup>(١)</sup>. وقد يورد على الأول: بأنّ الأسباب المختلفة إن كانت بجامعها مؤثّرة في الملك يلزم أن لا يكون الملك منقسماً إلى الجائز واللازم، وإن كانت بتباينها مؤثّرة فيه يلزم صدور الواحد من الكثير وهو بديهي البطلان.

لكنّه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ الأسباب المختلفة بجامعها تكون مؤثّرة

في أن الملك حقيقة واحدة، وأن الأصل في الملك يكون هو اللزوم ..... ٤٣  
في الملك، وإن لم يكن لنا العلم بذلك الجامع، لكن الانقسام إلى القسمين ليس  
باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض  
المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي كما عرفت.

وأما الوجه الثاني: فيمكن الخدشة في الشق الأول، من جهة أنه إذا قصد  
المالك الجواز في مورد يفيد اللزوم، الحكم باللزوم مشكل، فالقول بأنه لا تأثير  
لقصد المالك محل إشكال، بل منع، كما يمكن الخدشة في الشق الثاني، حيث إنه  
إن ورد الدليل في مورد على إمضاء عقد على غير ما قصده المنشئ، لا ضير في  
الالتزام به، كما ورد ذلك في مورد الخيارات مثل خيار الحيوان والمجلس وأمثالها.

### في أن الأصل في الملك يكون هو اللزوم

إذا عرفت ذلك، فاعلم: أن الظاهر أن الأصل في الملك يكون هو اللزوم، أولاً:  
للأصل، بناءً على اتحاد حقيقة الملك، بأن يقال: إنه بعد رجوع المالك الأصلي  
يشك في بقاء الملك على ملك المشتري، فيستصحب بقاءه على ملكه.  
إن قلت: إن الأصل في الملك يكون هو الجواز، أما أولاً: فمن جهة أن الشك  
لا يكون في البقاء، بل في الحدوث، بدعوى أن الثابت للمشتري يكون هو الملك  
المردّد بين المتزلزل والمستقر، والمفروض انتفاء الفرد الأول بعد الرجوع، والفرد  
الثاني يكون مشكوك الحدوث من أول الأمر، فلا يكون استصحاب بقاء الملك  
على ملك المشتري جارياً.

وثانياً: يشك بعد الرجوع في مقدار تأثير السبب، فيستصحب بقاء علقه  
المالك الأول التي كانت ثابتة قبل المعاملة، وهذا الأصل يكون حاكماً على أصل  
بقاء الملك على ملك المشتري.

لكن الوجه الأول يكون محل الخدشة، أما أولاً: فمن جهة أنه مبني على  
اختلاف حقيقة الملك، وقد عرفت أنه ماهية واحدة، والجواز واللزوم يكونان من

آثاره وأحكامه، لا من خصوصياته.

وثانياً: يكفي تحقق القدر المشترك في الاستصحاب.

كما أن الوجه الثاني أيضاً يكون محلّ الخدشة أما أولاً: فمن جهة أنه أيضاً مبني على اختلاف حقيقة الملك، وقد عرفت اتحاد ذلك.

وثانياً: نقطع بزوال علقه المالك الأول بتمليكه المبيع للمشتري، فيكون استصحاب بقاء ملك المشتري بعد رجوع المالك الأصلي سليماً عن الحاكم. وبالجملة: بعد البناء على اتحاد ماهية الملك يكون الأصل هو بقاء القدر المشترك.

إن قلت: أصل بقاء القدر المشترك يكون من الأصول المثبتة بالإضافة إلى اللزوم.

قلت: إثبات بقاء الكلّي والقدر المشترك عبارة عن الفرد اللزومي، بحيث ليس في البين تخلّل «فاء» بينهما، وأما بناءً على اختلاف حقيقة الملك فيمكن أن يقال بجريان الأصل في نفس شخص الملك الحاصل بالمعاطاة.

لكنه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنه لا تكون لشخص الملك بعد تنوّعه أو تصنّفه وتردّده بين الفردين حالة سابقة ليكون الأصل جارياً فيه.

وبالجملة: فالأصل في الملك يكون هو اللزوم، سواء كانت الشبهة حكمية، كالملكية في المقام بعد رجوع المالك الأصلي، والقرض بعد قبض المقرض ورجوع المقرض إذا شكّ في الجواز واللزوم بعد رجوع المقرض مثلاً، بل أصل البقاء جار بالنسبة إلى أثر كلّ عقد كان مفيداً للملك أو استحقاقه، وإيقاع سبب آخر كان مفيداً لحقّ، كحقّ التحجير والسبق مثلاً، إن شكّ في البقاء إن كان الشكّ في الراجع، وإن كان في المقتضي فكل على مبناه.

## في نقل تفصيل عن العلامه الأنصاري رحمه الله والخدشة فيه

ثم إنه يظهر من كلام للعلامه الأنصاري رحمه الله - قبل بيان أقسام الخيار في مقام الردّ على عدم كليتة ما ادّعاها العلامه في المختلف من أنّ الأصل عدم اللزوم التفصيل بين المعاملات المفيدة للملك الفعلي كالبيع مثلاً، وبين غيرها كالسبق والرماية والجمالة، بجريان أصل الملك في الأول دون الثاني، حيث أشار إلى ذلك بقوله: ثمّ إنه يظهر من المختلف - في مسألة أنّ المسابقة لازمة أو جائزة<sup>(١)</sup> أنّ الأصل عدم اللزوم، ولم يرده من تأخر عنه، إلا بعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(٢)</sup> ولم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الأصل.

نعم، هو حسن في خصوص المسابقة وشبهها مما لا يتضمّن تملكاً أو تسليطاً، ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر، وعدم زواله بدون رضی الطرفين...<sup>(٣)</sup> لكن قد ظهر ممّا ذكر فساد عدم جريان الأصل في مورد السبق والرماية والجمالة، من جهة أنّه وإن لم يكن الملك فيها بفعلي، لكن يتحقّق فيها بالعقد الاستحقاق والملك التقديري المعلق على العمل، ولا يعتبر في طرف جريان الاستصحاب فعليّة المستصحب، بل يكفي الشأنية والملك التعليقي، فبعد رجوع أحدهما قبل العمل يشكّ في زوال الاستحقاق والملك التقديري فيستصحب بقائه.

أو موضوعيّة، وذلك على نحوين: الأول: إن وقع عقد وشكّ في أنّه هل كان من العقود اللازمة، وأنّ الواقع كان هو الصلح بلا عوض، بناءً على لزومه، أو الجائزة وأنّ الواقع كان هو الهبة؟

إن قلت: الشكّ في بقاء كليّ الملك بعد رجوع المالك الأصلي مسبّب عن

(١) مختلف الشيعة، كتاب السبق والرماية / ٤٨٤ طبعه الشيخ احمد الشيرازي سنة ١٣٢٣ هـ

(٢) سورة المائدة (٥): ١ (٣) المكاسب ٢: ٢١٥ طبعة تبريز.

الشك في حدوث الصلح، وإذا نفي هذا السبب بأصل عدم حدوثه يرتفع بذلك الشك في بقاء الكلّي، لأنّ الأصل الجاري في السبب رافع لموضوع الأصل المسببي، فلا يبقى مجال لاستصحاب بقاء كلّي الملك.

**قلت: أولاً:** كما أنّ البقاء مسبّب عن حدوث الصلح كذلك الارتفاع مسبّب عن ارتفاع الزائل.

**وثانياً:** معارض.

**وثالثاً:** لا يتصوّر في الخارج السببية والمسببية بين الفرد والكلّي.

**إن قلت<sup>(١)</sup>:** أصل بقاء مطلق الملك غير جار، من جهة أنّه يعتبر في الاستصحاب أن يكون الشك في البقاء لا في شيء آخر من الشك في الموضوع وتحقّق النوع أو الصنف، والشك في المقام يكون في الموضوع، وأنّ الواقع هل هو صلح بلا عوض أو هبة مثلاً، فالشك يكون في كيفية الموجود، وأنّ ما تحقّق من الملك هل يكون ملكاً مطلقاً غير محدود بحد، ولا يكون رجوع المالك الأصلي مضرّاً ببقائه على ملك المشتري؟ أو ملكاً يكون حدّ بقاءه إلى زمان الرجوع؟ فالشك يكون في تحقّق نوع الملك من المحدود وغيره لا في بقاءه، فلا يجري أصل بقاء كلّي الملك.

**قلت:** هذا الإشكال مبني على اختلاف ماهية الملك، وقد عرفت اتحاد ذلك، فبعد العلم بتحقّق الملك يكون الشك بعد رجوع الملك الأصلي في بقاءه، فيستصحب مطلق الملك المساوق للزوم، كما يستصحب كلّي الحدث المردّد بين الأصغر والأكبر بعد الوضوء، وكلّي الحيوان لو تردّد الحيوان المتحقّق في الدار بين كونه حيواناً لا يعيش إلا ثلاثة أيام كالبق مثلاً، وكونه حيواناً يعيش مائة سنة كالغيل مثلاً، بعد الثلاثة.

(١) المستشكل هو المحقّق الشيخ هادي الطهراني. منه، المتوفى (- ١٣٢١).

**الثاني:** إن وقع عقد يدعي كل منهما فيه خلاف ما يدعيه الآخر، واليه أشار العلامة الأنصاري رحمته الله بقوله: نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة<sup>(١)</sup>. وتوضيح المطلب والمقصود من هذه العبارة يتوقف على بيان مقدّمة، وهي أنّ الضابط في التداعي الذي يكون حكمه التحالف هو أن يدعي كلّ منهما ما يتفيه الآخر، وكان لكل واحد من الدعويين أثر ملزم، بحيث لم يتّفقا على أمر، ويختلفا فيما زاد، كأن تداعيا ما في أيديهما، فادّعى كلّ منهما المجموع ولم تكن في البين بيّنة، حيث يكون الحكم حينئذ التحالف، بأن يحلف كلّ منهما على نفي استحقاق الآخر، ثمّ القسمة بالسوية، وإن ادّعى كل منهما خلاف ما يدعيه الآخر، لكن لم يكن لكل واحد من الدعويين أثر ملزم، بحيث اتّفقا على أمر واختلفا فيما زاد، كان هذا النزاع من مصاديق المدّعي والمنكر لا التداعي، كأن تكون لهما اليد على عين وادّعى أحدهما الجميع والآخر النصف.

وقد ظهر من هنا أنّه في صورة التوافق في الأجرة في الإجارة مع الاختلاف في العين المستأجرة كما لو قال الموجر: أجرتك الدار بمأة، وقال المستأجر: بل البستان بمأة، وفي صورة التوافق في الثمن والاختلاف في تعيين المبيع كما إذا قال البايع: بعثك هذا الثوب بمأة، فقال المشتري: بل هذا الثوب بمأة يكون النزاع من مصاديق المدّعي والمنكر، فلا وجه لجعل الفرضين من مصاديق التداعي، تبعاً للمشهور، كما في عروة<sup>(٢)</sup> المحقّق اليزدي رحمته الله.

إذا علم ذلك، فاعلم: أنّه يختلف الحال حسب اختلاف تحرير الدعوى، من جهة أنّه إن كان تحرير الدعوى على وجه يكون النزاع في تعيين العقد الواقع، بأن قال المالك الأصلي: كان التملك والإعطاء بعنوان الهبة، وقال الآخر: بل كان التملك بعنوان الصلح، بحيث يكون لكل واحد من الدعويين غرض وأثر متعلّق

(١) المكاسب ٦: ١٧٧. (٢) العروة الوثقى كتاب الإجارة، فصل في النزاع المسألة ٧.



بتعيين الخصوصية، لا أن يكون مجرد كون الملك باقياً بعد الفسخ وعدمه، كان النزاع من باب التداعي، ويكون الحكم هو التحالف، وإن كان النزاع في تعيين العقد فنظرة إلى تعيين الأثر من الجواز واللزوم، بأن يكون غرض من يدعي الهبة تعيين الجواز وعدم بقاء الملك بعد الرجوع والفسخ، وغرض من يدعي الصلح تعيين اللزوم وإنكار الجواز وبقاء الملك بعد الرجوع والفسخ، كان من باب المدعي والمنكر، فيحلف منكر الجواز وتسقط الدعوى.

### في إثبات لزوم الملك بالأدلة الاجتهادية

**وثانياً:** يحكم بلزوم الملك للأدلة الاجتهادية، وهي على طائفتين: طائفة تدل على لزوم الملك مطلقاً، منها قوله ﷺ: «الناس مسلطون على أموالهم»<sup>(١)</sup> حيث إن مقتضى جعل السلطنة للآخذ بالإضافة إلى ماله أن لا يكون رجوع المالك الأصلي مؤثراً ومزياً لملك الآخذ من دون رضاه، سواء حصل الملك للآخذ بالعقد والبيع أو بسبب آخر من الحيابة، كتملك الضالة في صورة الجواز، كأن وجدت في مكان ليس فيه ماء وكلاء، وتملك المال الذي أعرض عنه صاحبه، بناءً على كون الإعراض مخرجاً للملك، وحصول الملك بالقبض ووضع اليد، فإذا وجد المالك الأصلي في الأول ورجع في الثاني، وشككنا في بقاء الملك على ملك آخذه يحكم ببقائه على ملك الآخذ، بمقتضى عموم هذا الخبر الشريف.

وقد اندفع بهذا البيان ما يورد على التمسك به، من أنه بعد رجوع المالك الأصلي يشك في بقاء المال الذي يكون موضوع السلطنة للآخذ، فيكون التمسك به لعدم تأثير الرجوع وإثبات اللزوم تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية.

إلا أن يقال: بأنه لا إشكال في أنه يكون من شؤون سلطنة الآخذ التصرف في

ملكه بالبيع والهبة والإجارة والأكل وأمثال ذلك، كما أنه يكون من شؤون سلطته عدم جواز مزاحمة الغير بالتصرف في ماله من دون رضاه.

وإنما الكلام في أنه هل يكون من شؤون سلطته عدم صحة تملك الغير، وعدم جواز إزالة ماله وإعدام موضوعه أو لا؟ الظاهر أن هذه المرتبة أيضاً تكون من شؤون سلطته، لتنافيه ثبوت السلطنة التامة للمالك، بل يمكن ادعاء الأولوية.

ومنها: قوله: «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه»<sup>(١)</sup> بناءً على ظهوره في الحلّ الوضعي، من عدم صحة تصرف المالك الأصلي وتملكه بالرجوع، وأما بناءً على ظهوره في التكليفي فلا دلالة على المدعى، لعدم الملازمة بين عدم جواز التصرف وعدم حصول التملك، فعلى ظهوره في الوضعي يدلّ على أنه لا ينفذ تملك المالك الأصلي، ولا يؤثر رجوعه إلا برضى الآخذ، سواء كان تملك الآخذ حاصلًا بالعقد والبيع أو بسبب آخر.

فائدة: وهي أنه إذا تردّد مال في نظر زيد بين أن يكون لنفسه أو لغيره هل يجوز لزيد أن يتصرف فيه أو لا؟ الظاهر من قوله <sup>الظاهر</sup>: «لا يحلّ مال إلا من حيث أحله الله»<sup>(٢)</sup> هو العدم، حيث إنّ الحلّ لا يبدل لها من سبب محلّ. إلا أن يقال: بأن قاعدة الحلّ تكون من الأسباب. لكنّه مشكل.

إن قلت: قوله: «لا يحلّ مال امرئ إلا عن طيب نفسه»<sup>(٣)</sup> وقوله: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه»<sup>(٤)</sup> يدلّان على الجواز في الصورة المفروضة، حيث إنّ الظاهر منهما هو أنّ عدم الجواز يكون في مورد كان المال منتسباً إلى الغير، فبعد التعارض بينهما وبين قوله: «لا يحلّ مال إلا من حيث أحله

(١) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢ ح ٩.

(٢) راجعت كثيراً ولم أجد حديثاً يشتمل على الكلمات المذكورة، ورأيت في تعليق المكاسب ٦: ١٨١، قد تعرّض لما ذكرته فراجع.

(٣) مسند أحمد بن حنبل ٥: ٧٢، تأليف أبو عبد الله أحمد بن حنبل (- ٢٤١).

(٤) الوسائل ١٧: ٣٠٩ ح ٤، تأليف محمد بن الحسن الحر العاملي (١٠٣٢ - ١١٠٤).

الله» والتساقط يكون المرجع في الصورة المفروضة هو قاعدة الحل.  
قلت: لا مفهوم لقوله: «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه»، وقوله: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه»، فقوله: «لا يحل مال إلا من حيث أحله الله» يكون مخصصاً لقاعدة الحل في خصوص الأموال.

ومنها: قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾<sup>(١)</sup> حيث إنه بعد أن صار المال ملكاً للأخذ ولم يكن للمالك الأصلي التصرف، وكان رجوعه في المال وتصرفه فيه من دون رضى الآخذ أكلاً وتصرفاً بالباطل، وتجارة من دون تراض لا يكون رجوعه نافذاً، ولا معنى للزوم إلا هذا.

وقد انقدح بهذا البيان أنه لا معنى للإشكال على الاستدلال بها على الزوم من أنه بعد رجوع المالك الأصلي يشك في بقاء المال على ملك الآخذ، فالتمسك بها على الزوم تمسك بالعام في الشبهة المصدقية، فيصح الاستدلال بهذه الآية على المدعى تارة بعقد المستثنى منه، وأخرى بكلمة الحصر، وتارة بالمستثنى.

ومنها: قوله عليه السلام في رواية إسحاق بن عمار: «المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»<sup>(٢)</sup> وتقريب الاستدلال به هو أن الشرط في اللغة عبارة: عن مطلق الالتزام، أعم من أن يكون باللفظ أو بغيره، وسواء كان في ضمن عقد آخر أو لا، فالمعاطاة شرط والتزام، فيجب على المعطي الوقوف عند التزامه، ويحرم عليه التعدي عنه بعد أن يكون المراد منه الإخبار عن الحكم أو الإنشاء، والمراد بوجوب وقوف المؤمن عند شرطه هو العمل بما اقتضاه الالتزام، فإذا دل الالتزام على تمليك زيد ماله من عمرو مثلاً، يجب على زيد العمل بما يقتضيه الالتزام من ترتيب آثار ملكية ذلك المال لعمرو، فأخذ زيد ذلك المال من يد عمرو

(١) سورة النساء (٤): ٢٩. (٢) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ح ٥.

في إثبات لزوم الملك بالأدلة الاجتهادية..... ٥١

من دون رضاه يكون خلاف مقتضى وجوب الوقوف عليه فهو حرام، فإطلاقه يحكم بحرمة الأخذ والتصرف حتى بعد الرجوع، فلا يكون الرجوع نافذاً ولا معنى للزوم إلا هذا.

**إن قلت:** لا يصدق الشرط على الالتزام الابتدائي **أما أولاً:** فلصحة سلب الشرط عنه.

**وثانياً:** لأجل أن المتبادر منه عرفاً يكون هو الضمني.

ويؤيد ذلك ما ذكره في القاموس: من أن الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع و نحوه<sup>(١)</sup> وتشهد بذلك موارد استعماله حتى في مثل قوله في دعاء التوبة: «ولك يا رب شرطي ألا أعود في مكروهك، وعهدي أن أهجر جميع معاصيك»<sup>(٢)</sup> حيث يكون الشرط مع الله ﷻ في ضمن عقد التوبة.

وقوله في أول دعاء الندبة: «... بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا...»<sup>(٣)</sup>.

**قلت أولاً:** نمنع صحة السلب، والتبادر الضمني بدوي، بل الأمر يكون على العكس، حيث إن المتبادر منه في قوله: شرط على نفسه، يكون هو مجرد الالتزام. **وثانياً:** قد اطلق في الأخبار كثيراً على البدوي، مثل قوله ﷺ - في حكاية بيع بريرة لما اشترتها عائشة وشرط مواليتها عليها ولائها - «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله ﷻ فهو باطل... قضاء الله أحق وشرطه الله أوثق وإثما الولاء لمن أعتق»<sup>(٤)</sup>.

وقول علي عليه السلام في امرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلى أهلها إن تزوج

(١) قاموس اللغة ٢: ٣٨١ المؤسسة العربية للطباعة والنشر بيروت، لبنان للفيروز آبادي

(٢) (٧٢٩-٨١٧ هـ) (٢) الصحيفة السجادية، دعاء التوبة.

(٣) مفاتيح الجنان / ٩٧٥ طبعة سازمان چاپ و انتشارات.

(٤) صحيح البخاري الجزء الثالث / ٩٦ افست دار إحياء التراث العربي بيروت، تأليف

أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري (١٩٤ - ٢٥٦).

عليها امرأة أو هجرها أو أتى عليها سرية فهي طالق، فقال: «شرط الله قبل شرطكم إن شاء وفي بشرطه، وإن شاء أمسك امرأته وتزوج عليها، وتسرى، وهجرها إن أتت بسبب ذلك، قال الله تعالى في كتابه: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾<sup>(١)</sup>.

وقال: ﴿فانكحوا... أو ما ملكت أيما نكح﴾<sup>(٢)</sup>.

قال: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن...﴾<sup>(٣)</sup>.

وقوله: «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري، قلت وفي غيره؟ قال: هما بالخيار حتى يفترقا»<sup>(٤)</sup>.

إن قلت: الإطلاق أعم من الحقيقة.

قلت: أولاً: يكون الاشتراك المعنوي أولى من الحقيقة والمجاز.

وثانياً: الظاهر من استدلال الأمام عليه السلام بالنبوي: «المسلمون عند شروطهم»، في خبر منصور بن يونس، قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن شريكاً لي كانت تحته امرأة، فطلقها فبانت منه، فأراد مراجعتها، فقالت له المرأة: لا والله لا أتزوجك حتى تجعل الله لي عليك أن لا تطلقني وتتزوج علي، قال: وقد فعل؟ قلت: نعم، جعلني الله فداك، قال: بشما صنع، ما كان يدري ما يقع في قلبه بالليل والنهار، ثم قال: أما الآن فقل له: فليتم للمرأة بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «المسلمون عند شروطهم»<sup>(٥)</sup>.

لأجل لزوم الوفاء بالنذر، هو أن الشرط الابتدائي أي النذر يكون من مصاديق الشرط عرفاً، فاستعمال الشرط في الابتدائي يكون أيضاً على نحو الحقيقة، فما ذكره في القاموس يكون من موارد الاستعمال.

وظائفة تدل على لزوم الملك إذا كان سببه البيع والعقد، منها: قوله تعالى:

(١) الوسائل ١٥: ٢٩ ح ٢. (٢) سورة النساء (٤): ٣. (٣) سورة النساء (٤): ٣٤.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٢٠ ح ٢. (٥) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ح ٢.

في التمسك على لزوم الملك بآية أوفوا بالعقود ..... ٥٣

﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾<sup>(١)</sup> حيث إن مقتضى إطلاقها يكون هو حليّة مطلق التصرفات في المبيع الحاصل من البيع للمشتري حتى بعد رجوع البائع، فيكون تملكه من دون رضی المشتري لغواً غير مؤثر، ولا معنى للزوم إلا هذا.

ولكن يمكن أن يقال: إنه لا دلالة لها على المدعى، حيث تكون في مقام حليّة البيع في مقابل حرمة الربا، فلا إطلاق لها حتى يتمسك به على المدعى من حليّة المبيع للمشتري حتى بعد رجوع البائع ولغوياً رجوعه من دون رضی المشتري. إلا أن يقال: بأن بناء العرف في مقام البيع يكون على اللزوم، وهذه الآية تكون دليلاً على إمضاء البيع العرفي، فتكون دليلاً على اللزوم.

ومنها: قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع»<sup>(٢)</sup>. والمعاطاة بيع حيث نتكلم في جوازها ولزومها على هذا الفرض، فيدل هذا الخبر على لزومها بعد الافتراق، فلا يكون رجوع البائع بعده نافذاً. إن قلت: هذا الخبر منصرف إلى البيع اللفظي بملاحظة ظهور لفظ الخيار في حل العقد.

قلت: الانصراف ممنوع، وحل كل شيء يكون بحسبه.

ومنها: قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(٣)</sup> حيث يدل بإطلاقه على المدعى بعد تفسير العقود بالعهود، كما في صحيحة ابن سنان المروية في تفسير علي بن إبراهيم قال: فإنه حدثني أبي عن النضر بن سويد، عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قوله: ﴿أوفوا بالعقود﴾ قال: بالعهود<sup>(٤)</sup>.

## في التمسك على لزوم الملك بآية أوفوا بالعقود

وتقريب الاستدلال بها هو أنه: ليس معنى وجوب الوفاء بالعقد وعدم جواز

(١) سورة البقرة (٢): ٢٧٥. (٢) الرسائل ١٢: ٣٤٦. (٣) سورة المائدة (٥): ١.

(٤) تفسير علي بن إبراهيم ١: ١٦٠ طبع في مطبعة النجف، تأليف علي بن إبراهيم القمي (ق ٤).

نقضه إلا العمل بما يقتضيه، والعقد يقتضي تمليك المبيع للمشتري، فبعد وجوب الوفاء على البائع وعدم جواز نقضه كان رجوعه وأخذه المبيع من المشتري بغير رضاه نقضاً لمقتضى العقد، فلا يكون نافذاً، ولا معنى للزوم العقد إلا هذا.

**إن قلت:** التمسك بها على لزوم العقد بعد رجوع البائع تمسك بالعام في الشبهة المصدقية للشك في بقاء الموضوع، أي العقد بعد الرجوع.

**قلت:** العقد أمر تصرمي لا انعدام فيه، بمعنى أنه بعد وقوعه لا يتقلب عما هو عليه، فوجوب الوفاء يتعلّق بأثره ومضمونه الذي يكون له البقاء، وعليه التمسك بها على اللزوم بعد الرجوع لا يكون تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية.

نعم، إن لوحظ البقاء للعقد ولو اعتباراً بملاحظة اعتبار البقاء في مضمونه، وكان متعلّقاً لوجوب الوفاء كان التمسك بها على اللزوم بعد الرجوع تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية.

وينبغي التنبيه على أمور: **الأول:** هو أنّ هذه الآية هل تكون ظاهرة في وجوب الوفاء بالعقود المعهودة المتعارفة عند نزولها من البيع والإجارة وأمثال ذلك، أو بكلّ عقد وإن كان مستحدثاً إذا كان متعارفاً.

**الثاني:** أنه على كلّ تقدير هل تكون منصرفة إلى العقود المعاوضية ولا تكون شاملة للإذنية من الوكالة والعارية والوديعة وأمثال ذلك، أو لا انصراف لها بل شاملة للجميع؟

**الثالث:** أنه على تقدير دلالتها على وجوب الوفاء بكلّ عقد هل تدلّ على وجوب الوفاء بالنسبة إلى عقود الولاية من عهد الله ﷺ مع نبيه، وخليفته على خلقه، وعقد النبي والائمة مع أمتهم، وعقد الائمة بعضهم مع بعض أيضاً - مع قطع النظر عن تفسيرها بعقد الخلافة، وأما مع ملاحظة تفسيرها بذلك كما في التفسير المذكور، قال: أخبرنا الحسين بن محمد بن عامر، عن المعلّى بن محمد البصري، عن ابن أبي عمير، عن أبي جعفر الثاني عليه السلام في قوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا

في أن القرض من العقود اللازمة..... ٥٥

بالعقود قال: «إن رسول الله ﷺ عقد لعلي بالخلافة في عشرة مواطن، ثم أنزل الله يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود التي عقدت عليكم لأمر المؤمنين»<sup>(١)</sup> فلا معنى للاستدلال بها على المدعى، إلا أن يكون التفسير لبيان المصدق - أو لا؟. فنقول: أما الأول: فالظاهر أنها منصرفة إلى العقود المعهودة المتعارفة، فالمستحدث إن كان مندرجاً تحت عنوان من العناوين المتعارفة فهو، وإلا لم يحرز صحته فضلاً عن لزومه. وأما الثاني: فالظاهر أنها غير منصرفة إلى المعاوضية، فما كان عقداً معهوداً يحكم بلزومه فالقرض لازم.

### في أن القرض يكون من العقود اللازمة أو لا؟

فائدة: وهي أنه بناءً على كون القرض من العقود الجائزة يصح للمقرض مطالبة عين المقرضة، وهل يصح له مطالبتها على اللزوم أو لا؟ فنقول: إن حقيقة القرض عبارة عن: التملك بالضمان، فإن كانت متعلق الضمان ذمة المقرض، وكانت ذمته مشغولة بكلي العوض لا يكون للمقرض المطالبة بالعين، وإن كان المقرض مخيراً من حيث الأداء، وإن كان الضمان متعلقاً بما يكون أقرب إلى العين وأنه يتعلق أولاً بالعين المقرضة، وثانياً ببدلها مع التلف، وثالثاً بالقيمة مع عدم البدل يكون له المطالبة بالعين.

وبالجملة: ما كان عقداً معهوداً يحكم بلزومه حتى الوكالة بناءً على كونها من العقود، ولا ينافي اللزوم ثبوت جواز العزل للموكل، حيث يمكن أن يقال: إن العزل يكون قاطعاً لأثر الوكالة من حين العزل، مثل الطلاق بالنسبة إلى النكاح لا رافعاً للعقد، وإلا يلزم أن يكون النكاح من العقود الجائزة.

(١) تفسير علي بن إبراهيم ١: ١٦٠. طبع في مطبعة النجف.



ثم إنّه هل خروج بيع ما ينحلّ بالإقالة وخروج البيوع المحرّمة عن أدلّة البيع يكون بنحو التخصّص أو التخصيص؟.

**فقول:** إن كان الدليل على إمضاء البيع ولزومه مثل ﴿أحلّ الله البيع﴾ و ﴿تجارة عن تراض﴾ ونحوهما، لا بدّ من التفصيل، وأنّه إن لم يكن للمبيع مالية عرفاً مثل الميتة كان الخروج بنحو التخصيص، وإن كان له مالية عرفاً كالخمر والخنزير وبيع ما يفسخ بالإقالة كان الخروج بنحو التخصيص، وإن كان الدليل على لزوم البيع هو ﴿أوفوا بالعقود﴾ كان الخروج مطلقاً بنحو التخصيص لصدق العقد في الجميع.

ثمّ، الثمرة بين الخروج التخصيصي والتخصّصي واضحة، حيث إنّه إن كان خروج الخارج عن العام بنحو التخصيص ولم يكن بعنوان واحد لا يصحّ أن يتمسك بالعام، لو هن عمومه بواسطة كثرة التخصيص، بخلاف أن يكون الخروج بنحو التخصّص.

**وأما الثالث:** فالظاهر أنّها مع قطع النظر عن التفسير منصرفه عن عقود الولاية. **إن قلت:** لا يصحّ التمسك بها على اللزوم لو هن عمومها بواسطة كثرة التخصيص، مثل تخصيصها بخروج العارية والوديعة والمضاربة وأمثالها.

**قلت:** نستكشف من عمل العلماء بعمومها: أنّ الخارج والمخصّص كان بعنوان واحد، كأنّه قيل: أوفوا بالعقود إلا العقود الإذنية، إلا أنّ التمسك بها على لزوم المعاطاة مبني على أن يكون العقد بمعنى العهد - كما عرفت - لكن الإنصاف هو أنّه ولو كان العقد بمعنى العهد، التمسك بها على لزوم المعاطاة غير صحيح أيضاً، لعدم كون المعاطاة عهداً، لأنّ العهد أيضاً يكون من الأمور الإنشائية التي لا يتحقّق بدون اللفظ، إلا أن يمنع ذلك لكن على تقدير عدم تحقّقه بدون اللفظ، وعدم كون الآية دليلاً على اللزوم، يكفينا الدليل عليه خبر «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع».

في أنّ القرض من العقود اللازمة..... ٥٧

فالأصل في الملك يكون هو اللزوم، فالمعاطاة التي يقصد فيها التملك محكومة باللزوم.

إن قلت: الإجماع المعتضد بالشهرة المحققة قائم على عدم لزوم المعاطاة.  
قلت: تحصيل الإجماع المحقق في مثل هذه المسألة الخلافية مشكل،  
والمنقول منه والشهرة الفتوائية لا دليل على اعتبارهما.

إن قلت: تكون في البين طائفة من الأخبار تدلّ على اعتبار اللفظ والصيغة في اللزوم، منها: ذيل ما رواه ثقة الإسلام - في باب بيع ما ليس عنده - عن ابن أبي عمير، عن يحيى بن الحجاج، عن خالد بن الحجاج، أو ابن بختج، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني ويقول: اشتر لي هذا الثوب واربحك كذا وكذا؟ فقال: «أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال لا بأس، إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام»<sup>(١)</sup> حيث إنّ الظاهر من الذيل يكون هو حصر المحللية والمحرمية في اللفظ.

ومنها: الموثق: «لا تشتري كتاب الله ﷻ، ولكن اشتر الحديد والورق والدفتين،  
وقل: اشترت منك هذا بكذا وكذا»<sup>(٢)</sup>.

ومنها: المرسل: «لا تشتري كتاب الله، ولكن اشتر الحديد والجلود، وقل اشترى منك هذا بكذا وكذا»<sup>(٣)</sup>.

ومنها: قوله في خبر: «رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن... فقال: البائع قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن، فقال المشتري: قد قبلت ورضيت»<sup>(٤)</sup>.  
حيث إنّ الظاهر منها يكون اشتراط الصيغة، فتكون هذه الأخبار مقيدة أو  
مخصصة للإطلاقات والعمومات المتقدمة.

قلت: لا دلالة لهذه الأخبار على اشتراط اللفظ، أما الأول: فمن جهة أنّ

(٢) الوسائل ١٢: ١١٤ ح ٢.

(٤) الوسائل ١٢: ٢٧٢ ح ١.

(١) الوسائل ١٢: ٣٧٦ ح ٤.

(٣) الوسائل ١٢: ١١٤ ح ٣.

الظاهر من الذيل بقريته الصدر - هو أنه لا بأس بهذه المواعدة ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه، فيكون المقصود من الكلام المحللّ عنوان المقابلة، ومن الكلام المحرّم إيجاب بيع المتاع قبل الشراء من مالكة، فلا ربط له بالمقام.

والاستدلال بذيله مع قطع النظر عن الصدر مخدوش، أما أولاً: فمن جهة أنه مستلزم لتخصيص الأكثر، حيث إن ظاهره يكون حصر أسباب التحليل والتحرير في الشرع في اللفظ، وليس كذلك، حيث إن حلية المباحات وحلية الطعام للضيف والمواريث والديات وأمثال ذلك لا تتوقف على اللفظ.

وثانياً: يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور في الخبر جواباً عن السؤال مع كونه كالتعليل له، لأن ظاهر الحكم كما يستفاد من عدة روايات أخر تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من صاحبه، ولا دخل لاشتراط النطق في التحليل والتحرير في هذا الحكم، فكيف يعللّ به.

وأما الثاني والثالث: فهما سؤالاً وجواباً يكونان بصدد بيان ما يصح أن يتعلّق به البيع، لا بصدد أنه يعتبر في صحة البيع ولزومه اللفظ.

وأما الرابع: - فمضافاً إلى عدم دلالة على اشتراط اللفظ - أن ذكر الصيغة فيه يكون في كلام الراوي لا الإمام عليه السلام.

في أنه في صورة قصد الإباحة في مورد التعاطي إذا قصد المباح له تملك المباح هل يكون التملك مملّكاً أو لا؟

المقام الثالث: هو أنه قد عرفت أن موارد التعاطي مختلفة يقصد في بعضها التملك، وقد عرفت أن مقتضى الأصل العملي والدليل الاجتهادي يكون هو اللزوم، ويقصد في بعضها الآخر الإباحة.

وهل في مورد إباحة المالك وترخيصه المباح له بالتصرف إذا قصد المباح له

مقالة المشهور والإشكالات الواردة عليه، وجواب العلامة الأنصاري والخذشة فيه. . . . ٥٩

تملك المباح يكون تملكه مملكاً أم لا؟ يمكن أن يقال: بالمملكية، كمملكية التملك في مورد المال الذي أعرض عنه صاحبه.

إن قلت: في المورد المذكور انقطعت علاقة المالك عن المال، فيكون التملك بالنسبة اليه مملكاً، بخلاف المقام، حيث لم تنقطع علاقة المالك، وتكون الإباحة في موضوع الملك، فلا يكون التملك مملكاً.

قلت: الإباحة المطلقة تكون نظير الإعراض، فيكون التملك مملكاً، ومملكية التملك بالإضافة إلى مال الحربي والمباحات بالأصل، ومملكية التملك بالنسبة إلى مورد الأنفال بناءً على كونها مباحة للشريعة زمن الغيبة، كما ذهب إليها المشهور، فكون التملك مملكاً بمكان من الإمكان.

وإنما الكلام يكون في الدليل على إمضاء مملكية التملك، حيث ورد الدليل عليه في الموارد المذكورة، ولم يرد الدليل عليه في المقام، واستظهار المناط العام من الأدلة الواردة في الموارد المذكورة بحيث يشمل المقام مشكل، إلا أن يتمسك في المقام بالسيرة، وأنها جارية على مملكية التملك، ولم يردع عنها، فتكون دليلاً على الإمضاء.

### في نقل مقالة المشهور

المقام الرابع: هو أنه قد عرفت أن المعاطاة التي يقصد بها التملك بيع، وتكون مفيدة للملك، إلا أنه ذهب المشهور إلى خلاف ذلك، وأنها لا تكون مفيدة للملك، لعدم الدليل على إمضاء التملك بدون اللفظ، بل تكون مفيدة للإباحة.

### في بيان إشكالات أوردت علي المشهور

وقد أورد عليه الشيخ الكبير الشيخ جعفر صاحب كشف الغطاء رحمته الله تبعاً للمحقق رحمته الله الثاني بإشكالات، منها: أن القول بإفادة المعاطاة الإباحة مع فرض

قصد المتعاطيين التمليك والبيع مستلزم لمخالفة قاعدة تبعية العقود للقصد، حيث إن الملك المقصود حصوله بالتعاطي غير واقع، والواقع وهو الإباحة المجردة غير مقصودة<sup>(١)</sup>.

### في جواب العلامة الأنصاري رحمته الله عما أورد على المشهور والخدشة فيه

وقد أجاب العلامة الأنصاري رحمته الله عن ذلك أولاً: حلاً بما حاصله: أن المعاطاة عند القائل بالإباحة لا تكون من العقود، فبعد أن لم تكن منها ولم يشملها أوفوا بالعقود الدال على تبعية العقود للقصد لا يترتب عليها الأثر المقصود، فحينئذ إن ورد الدليل على الإباحة يترتب عليها أثرها من جواز التصرف، وإلا فلا، فالقول بالإباحة الشرعية على هذا لا يكون مستلزماً لمخالفة قاعدة تبعية العقود للقصد<sup>(٢)</sup>.

لكن هذا الجواب يكون محل الخدشة؛ من جهة أن الظاهر من كلماتهم بل تصريح بعضهم أن الإباحة تكون مالكية لا شرعية، فالإشكال العقلي حينئذ من استحالة تخلف المنشأ عن الإنشاء، وإن لم تكن عقداً بل عهداً باقٍ بحاله، اللهم إلا أن يقال: بأن المقام يكون من قبيل إحضار الطعام للضيف إن قصد المعطي إباحته مع شيء زائد من قصد التمليك، حيث إن المعطي إذا رفع اليد حينئذ عن عنوان التمليك يكون عنوان الإباحة باقياً؛ فكذلك المقام، وأنه إذا كان الدفع والتسليط من المتعاطيين بعنوان التمليك، فبعد عدم حصول الملك يكون عنوان الإباحة باقياً، حيث إن الدفع والتسليط الخارجي مصداق للإباحة وإن لم يقصد عنوانها، وكان التباين بين مفهوم إنشاء الإباحة وإنشاء التمليك.

(١) شرح القواعد لكاشف الغطاء مخطوط، الذريعة ١٣: ١٣١. (٢) المكاسب ٦: ١٤٦.

وبعبارة أخرى: الدفع والإعطاء يكون بعنوان تعدّد المطلوب، وأنّ المعاطاة تسليط للغير على ماله قاصداً به الملك، فالإباحة الضمنية التبعيّة تكون باقية مع عدم الملك، ويشهد لذلك ما ذكره في المسالك من قوله: وإنّما حصلت الإباحة باستلزام إعطاء كلٍ منهما الآخر سلطاً له عليها الأذن في التصرف فيها بوجوه التصرفات<sup>(١)</sup>.

وقد ظهر الجواب ممّا ذكر عمّا يورد على المشهور من أن الاتفاق قائم على عدم جواز التصرف في المقبوض بالمعاملات الفاسدة التي تكون بمعنى عدم ترتّب الأثر عليها شرعاً، والمعاطاة تكون من جملة المعاملات الفاسدة بعد عدم ترتّب الأثر المقصود من الملك عليها، فكيف قالوا: بجواز تصرف المتعاطين في المقبوض بالمعاطاة؟ وذلك لوجود الفرق بين المقبوض بالبيع الفاسد وسائر المعاملات الفاسدة، وبين المقبوض بالمعاطاة، وإن تساويا في قصد الملك وعدم إنشاء مستقل للإباحة، وهو أنّه في العقود الفاسدة تكون الملكية المقصودة المتخيّل وقوعها حاصلّة بالعقد سابقة على الدفع، فالدافع في ذلك يدفع ملك الغير إلى مالكة، بخلاف المعاطاة فإنّ الملكية فيها متأخّرة عن التسليط بالدفع، حيث إنّها تسليط للغير على ماله بقصد التملك على نحو تعدّد المطلوب.

**وبالجملة:** ليس في البين تسليط في العقد الفاسد لا قولاً، حيث إنّ المنشأ يكون عنوان التملك، ولا فعلاً، حيث إنّ الدافع يدفع الملك إلى مالكة، بخلاف المعاطاة، حيث إنّها تسليط للغير على ماله قاصداً به الملك.

لكنّ التفرقة بينهما بذلك من سبق الملك على الدفع في العقد الفاسد وتأخّره عن التسليط في المعاطاة غير مفيدة، بعد إن لم يكن عنوان الإباحة في المعاطاة تحت القصد، حيث لم يتعلّق الإنشاء في المقامين إلا بعنوان التملك، فلا تكون

المعاطاة إلا كالعقد الفاسد في وحدة المطلوب، فلا تكون من قبيل إحضار الطعام بعد إن لم يكن عنوان الإباحة فيها مقصوداً للدافع.

**وثانياً:** أجاب العلامة الأنصاري رحمته الله عن الإيراد نقضاً: بأن ترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً على قول نسبه في المسالك وكشف اللثام إلى المشهور<sup>(١)</sup>.

**إن قلت:** تخلف المنشأ عن الإنشاء إن قلنا بتبائن الدائم والانقطاع ماهية وأن اختلاف آثارهما وأحكامهما كاشف عن اختلاف حقيقتهما واضح، حيث إن المقصود حينئذ غير واقع، والواقع غير مقصود، لكن لا نسلم تبائنهما، بل عقد النكاح ماهية واحدة، يكون الانقطاع صنفاً أو فرداً له، فمع عدم ذكر الأجل يقع الصنف أو الفرد الذي لم يشترط فيه ذلك، فلم يتحقق التخلف<sup>(٢)</sup>.

**قلت:** مع تسليم الاتحاد فالتخلف أيضاً واضح، حيث كان القصد في مقام الإنشاء إلى الفرد الانقطاعي، لا إلى طبيعة عقد النكاح، وبأن الشرط الفاسد غير مفسد عند أكثر القدماء، مع أنه لم يقصد المعاملة إلا مقرونة به، وبأن بيع ما يملك وما لا يملك صحيح عند الكل، مع أنه لم يقصد التمليك إلا بنحو الانضمام.

لكنّ النقض بهما غير وارد لعدم التخلف، حيث إن إيقاع المعاملة عند العرف في ذلك يكون بنحو تعدد المطلوب لا التقييد، وإن كان بنحو التقييد لابد من الالتزام بعدم الصحة، وبأن بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير، مع أن الغاصب قصده لنفسه.

لكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أن ماهية العقد عبارة عن التمليك بالعوض، و الإجازة من المالك تتعلق بذلك، فيكون العقد تابعاً للقصد ولم يتخلف عنه، حيث إن قاعدة التبعية إنما تكون هي بالنسبة إلى ما يكون راجعاً إلى

(١) المكاسب ٦: ١٥١. (٢) المستشكل هو صاحب الجواهر. منه. الجواهر ٣٠: ١٧٣.

قوام العقد، وقصد كون البيع لنفسه أو لغيره ليس ممّا يكون داخلاً في حقيقته بل خارج عن مفادّه.

وبأنّهم قالوا: إنّ عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثّر في ضمان كل من العوضين القيمة، مع أنّ المتعاملين لم يقصدا إلا ضمان المسمّى لا القيمة.

لكنّه أيضاً يكون محلّ الخدشة: أمّا أولاً: فمن جهة أنّه بعد أن صار العقد فاسداً يكون الدليل على الضمان بالقيمة هو قاعدة على اليد.

وثانياً: إقدامهما على الضمان بالمسمّى لا يكون موجباً ومشرعاً لزمانه، لعدم الدليل على الضمان بالإقدام في غير الأسباب التي قام الدليل فيها على الضمان كالإتلاف ونحوه.

### في بيان الإشكال الثاني على المشهور ودفعه

ومنها: أنّهم قالوا بوجوب تعلق الخمس والزكاة بالعين المأخوذة بالمعاطاة إذا تحقّق فيها شرط الوجوب، والحال أنّهما لا يتعلّقان إلا بالملك، فيلزم أن يصير غير الملك بحكم الملك.

لكن يمكن دفع الاستبعاد عن تعلق الخمس بالمأخوذ بالمعاطاة، بأنّ وجوب الخمس غير مشروط بالملك، بل يتعلّق بالفائدة التي هي أعمّ من الملكيّة والمباح في المقام، أي المأخوذ بالمعاطاة يكون من أفراد الغنيمة بالمعنى الأعمّ، فيكون داخلاً في عموم آية: ﴿وأعلموا أنّما غنمتم من شيء فإنّ لله خمسُه﴾<sup>(١)</sup> والأخبار الدالة على تعلق الخمس بمطلق الفائدة.

كما يمكن دفع استبعاد وجوب الزكاة، بأنّه بعد أن يكون وجوبها مشروطاً بالملك كما هو الظاهر ممّا دلّ على تعلق الزكاة بالمال، مثل صحيح زرارة، ومحمد



بن مسلم، وأبي بصير، وبريد بن معاوية العجلي، والفضل بن يسار عن أبي جعفر، وأبي عبد الله عليه السلام قالوا: «فرض الله الزكاة مع الصلاة في الأموال»...<sup>(١)</sup> وغيره تكون واجبة على المالك مع تمكنه من التصرف في المأخوذ منه بالمعاطاة، يسقط عنه بدفع الآخر إن لم يكن إجماع على وجوبها عليه، لكن إنمّا الكلام يكون في ثبوت الولاية له على الدفع ولا دليل عليه، فحينئذ إن كان إجماع على وجوبها على الآخذ لا بد من الالتزام بدخول المأخوذ أنا ما في ملكه، وهذا الإشكال الثاني على فرض وروده مع الإشكالات الآتية يكون مشترك الورد بين القول بإفادة المعاطاة الإباحة مع قصد التملك وبين القول بأنها تكون إباحة بالعوض، لكن قد عرفت عدم وروده.

ومنها: يلزم أن تكون إرادة التصرف من أسباب حصول الملك، والحال أن حصوله يكون بنواقل وأسباب مخصوصة لا تكون الإرادة منها، ولكنه لا بأس به إذا كان مقتضى الجمع بين استصحاب عدم الملك والإجماع الدال على جواز التصرف المطلق، وأدلة توقّف بعض التصرفات على الملك، مثل البيع والعتق مثلاً، كون إرادة التصرف من المملكات.

بيان ذلك: أنه بملاحظة قيام الإجماع على جواز التصرف المطلق يقع التنافي بين أصل عدم الملك وبين لا بيع ولا عتق إلا في ملك، فيدور الأمر بين تخصيص الأصل وعدم جريانه في المورد حتى يكون البيع أو العتق واقعاً في مورد الملك، ولا يلزم التخصيص في أدتهما وبين تخصيص لا بيع ولا عتق إلا في ملك، حتى لا يعتبر الملكية في المقام في مورد البيع والعتق وأمثالهما، والظاهر أن دليل ما يتوقّف على الملك يكون أقوى من دليل الأصل، يعني من لا تنقض اليقين بالشك، فلا بد أن نقول بكون إرادة التصرفات من المملكات.

وثانياً: قيل<sup>(١)</sup> إنَّ الإنشاء الفعلي بالشرط المتأخّر أي بشرط إرادة التصرف يكون مملّكاً

لكنّه يكون محلّ الخدشة، أولاً: من جهة أنّه غير دافع للإشكال.  
وثانياً: لا دليل عليه.

ومنها: أنّه يلزم أن يكون التصرف من جانب مملّكاً للجانب الآخر.

لكنّه قد ظهر الجواب عنه من الجواب المتقدّم عن الإشكال الثالث.

ومنها: أنّه يلزم أن يكون التلف السماوي من جانب مملّكاً للجانب الآخر،  
والحال أنّه لم يعدّ التلف من الأسباب المملّكة والنواقل الشرعية.

لكنّه لا بأس به إذا كان مقتضى الجمع بين الأدلّة ذلك، حيث إنّ بملاحظة قيام الإجماع على الضمان بالمسمّى يقع التنافي بين أصل عدم الملك وبين عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدّي، فيدور الأمر بين التصرف في أصل عدم الملك بعدم جريانه، لثلا يلزم تخصيص قاعدة اليد الدالة على الضمان بالمثل والقيمة؛ وبين التصرف في قاعدة اليد بالتخصيص والأول أولى، يعني الأمر دائر بين أن يكون الإجماع مخصصاً لدليل الأصل وبين أن يكون مخصصاً للقاعدة، والظاهر أنّ دليل القاعدة يكون أقوى من دليل الأصل، فيكون الإجماع مخصصاً لدليله، فنستكشف من التلف حصول الملك أنا ما قبله.

ومنها: أنّه لو غضب المأخوذ بالمعاطاة فالقول بأنّ المباح له هو المطالب من الغاصب في صورة بقاء العين وتلفها، لأنّه تملّك بسبب غضب الغاصب أو التلف في يده. فغريب، والقول بعدم تملّكه وأنّ حقّ المطالبة يكون للمبيح فبعيد.

لكنّه مع تلف العين فظاهر إطلاقهم التملّك بالتلف هو أنّ تلفه يكون من المغصوب منه، فيكون حقّ المطالبة له دون المبيح، وأما مع بقائها فمع عدم ردّ

(١) القائل هو المحقّق الخراساني رحمته الله. في الحاشية، منه، حاشية المكاسب / ١٦٧.

المبيح العوض إلى المغصوب منه ليس له حق المطالبة، وإلا يلزم الجمع بين العوض والمعوّض فيختصّ حق المطالبة بالمغصوب منه، ومع ردّ العوض يكون حقّ المطالبة له دون المغصوب منه.

**ومنها:** أنّه في التلف القهري إما أن يملك التالف قبل التلف أو معه أو بعده، والكلّ غير ممكن، أما الأول فللزوم تقدّم المعلول على العلة، وأما الثاني فلاستلزامه أن يكون المعلول في رتبة العلة، وأما الثالث، فلأنّ المعدوم لا يقبل التملك.

ولكنّه نختار الشقّ الأول، حيث يكون ذلك مقتضى الجمع بين الأدلة، وأنّ التالف صار ملكاً لمن تلف في يده قبل التلف آنأ ما.

**ومنها:** أنّ التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقّف على النية؛ فهو بعيد، وإن أوقفناه عليه كان الواطي للجارية من غيرها واطياً بالشبهة.

ولكن الإشكال في الشقّ الأول غير وارد، حيث يكون التصرف من النواقل القهرية، للجمع بين الأدلة، كما أنّ الإشكال في الشقّ الثاني غير وارد بالأولوية، لأنّ حلّ الوطي غير متوقّف على ملكية الرقبة كما في التحليل، فالمالك للوطي لا يلزم أن يكون مالكا للرقبة.

**ومنها:** أنّ النماء المتصل حكمه حكم العين، وأما النماء المنفصل الحادث قبل التصرف إن كان حدوثه مملكاً له دون العين فبعيد، أومعها فكذلك، حيث لا موجب لذلك، وعدم كلاهما مناف لظاهر الأكثر، وشمول الإذن له خفي.

وقد أجاب عنه العلامة الأنصاري رحمته الله: بأنّ القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء إلى الأخذ، بل حكمه حكم أصله، ويحتمل أن يحدث النماء في ملكه بمجرد الإباحة<sup>(١)</sup>.

**ومنها:** أنه إذا كان التصرف المأذون فيه موجباً للتملك بمناط أن الإذن في التصرف كأنه إذن في التملك، وأن المتصرف حينئذ يصير بمنزلة الموجب والقابل، فهذا المناط موجود في قبض كلٍ منهما من حين التعاطي مال الآخر، لأنه أيضاً تصرف مأذون، مع أنه أولى بذلك، لأنه مقرون بقصد المالك للتمليك، فيلزمك القول بأن كلاهما كأنه موجب وقابل بتصرفه القبضي.

ولكن نفس التصرف الموقوف على الملك مملك، للجمع بين الأدلة، فلا يحتاج إلى جعل الإذن في التصرف إذناً في التمليك، حتى يلزم اتحاد الموجب والقابل، وأما القبض فلا يتوقف على الملك حتى يقتضي الجمع بين الأدلة مملكية القبض.

وينبغي التنبيه على أمور: الأول: هو أنه هل يعتبر في المعاطاة شرائط البيع العقدي غير الصيغة من اعتبار تقديم إعطاء المثلث على الثمن إن قلنا باعتبار تقديم الإيجاب على القبول في العقدي، ومن شرائط المتعاقدين من البلوغ والعقل والاختيار، ومن شرائط العوضين من المملوكية والمعلومية والطلاقية، وعدم زيادة أحدهما في المتجانسين، وقبض الثمن والمثلث في المجلس في الصرف بناءً على جريان المعاطاة فيه، وغير ذلك أو لا؟

فنقول: أما على المختار من كون المعاطاة مفيدة للملك يعتبر فيها جميع الشرائط التي قد اعتبرت في البيع العقدي، لمشموليتها للأدلة المتكفلة لشرائط البيع العقدي، وانصرافها إلى العقدي ممنوع، حيث إن موردها يكون هو البيع العرفي لا العقدي، بل تقييدها بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب، فعلى هذا يعتبر فيها تقديم إعطاء المثلث على الثمن، إلا أن السيرة جارية على صحة تقديم إعطاء الثمن على المثلث، فيخصص تلك الأدلة بها بالنسبة إلى صحة تقديم إعطاء الثمن على المثلث.

إن قلت: لا تجري المعاطاة في الصرف بناءً على الاقتصار فيها على التعاطي

من الطرفين، حيث إن الإقباض منهما حينئذ يكون محققاً لموضوعها لا شرطاً لصحتها.

نعم، بناءً على كفاية الإعطاء من جانب واحد ومشموليته لعمومات البيع تجري المعاطاة فيه، ويكون الإقباض منهما حينئذ شرطاً للصحة.

قلت: الحق هو جريانها في الصرف ولو قيل بالاختصار فيها على التعاطي من الطرفين، من جهة أن الإقباض منهما يكون محصلاً لكلا الأمرين، وأما بناءً على كفاية الإعطاء من جانب واحد في صدق عنوان البيع، فإن كان المعطى هو المثلث فالظاهر أنه يصدق عليه عنوان البيع ومشمول لعموماته، لأنه حقيقة البيع عبارة عن تمليك المثلث، ويكون هو المقصود بالأصالة وإعطاء المثلث يكون مطاوعة له، وإن كان المعطى هو المثلث لا يصدق عليه عنوان البيع لما ذكر، وقد ظهر من ذلك عدم جريان المعاطاة في السلف، كما قد ظهر أيضاً من ذلك صدق الإجارة بتسليط الموجر المستأجر على العبد، وإن لم يقبض الأجرة، بخلاف الحر لعدم تصور التسليط فيه.

لكن الإنصاف: أنه كما يصدق البيع بإعطاء المثلث يصدق أيضاً بإعطاء المثلث عرفاً، حيث يعاملون معاملة البيع بإقباض المثلث، كما يعاملون معاملة الإجارة بإقباض الأجرة من دون أن يكون في البين تسليط على العين المستأجرة.

وقد ظهر من ذلك: جريان المعاطاة في السلف حيث إن البائع إذا قصد تمليك المبيع بأخذ المثلث من المشتري يتحقق عنوان البيع، وتوقف تحقق العنوان على التسليط الخارجي ممنوع، من جهة أن ماهية البيع لا تكون إلا عبارة عن التمليك بالعوض - كما عرفت - كما يصدق الإجارة في مورد الحر وإن لم يقبض الأجرة، والتسليط متصور بتسليمه نفسه للمستأجر وانقياده له، وإلا يلزم بطلان إجارته حتى في مورد العقد، حيث إن العقد لا يتحقق التسليط إن لم يكن التسليط ممكناً. وبالجملة: إن قصد المتعاطيان البيع والتمليك تكون المعاطاة بيعاً مفيداً

للملك، فيعتبر في معاطاة البيع ما يعتبر في عقده.

وأما إن قصدا بتعاطيهما البيع والتمليك ولم تكن المعاطاة بيعاً، وكانت مفيدة للملك، وكانت معاوضة مستقلة فهل يعتبر في ذلك شروط البيع أم لا؟ الظاهر هو العدم بعد عدم كون ذلك بيعاً، فلا بدّ حينئذ من ملاحظة دليل الرادع، وأنّه هل يكون العموم لدليلي نفي الغرر والربا مثلاً، بالنسبة إلى كلّ معاوضة مشروعة، أو يكون لهما الاختصاص بالبيع، فعلى الأول نقول بالاعتبار في ذلك دون الثاني، فلا يعتبر في ذلك إلا ما ثبت اعتباره وينفى المشكوك بالأصل.

وإن قصدا بالتعاطي البيع والتمليك ولم يكن بيعاً ولا مفيداً للملك، بل كان التعاطي مفيداً للإباحة، فإن كانت الإباحة مالكية، فالكلام في ذلك هو الكلام في الصورة المتقدمة وإن كانت شرعية فلا يكون الدليل على ذلك غير الإجماع، فإن كان لمعقده الإطلاق ينفي به كلّ ما يشكّ في شرطيته، وإلا فالمتيقن منه هو ما إذا كان التعاطي مستجمعاً لشرائط البيع، حيث إنّ الحلّية تحتاج إلى السبب، والأصل يكون عدمها حتى نحرز سببها، ولا نحرز ذلك إلا أن يكون التعاطي مستجمعاً لشرائط البيع.

وإن قصدا مجرد الإباحة فلا إشكال في عدم كون ذلك بيعاً، ولا مشمولاً لأدلة شروطه، وأما الدليل على إمضاء هذه الإباحة إن كان قوله: «إنّ الناس مسلّطون على أموالهم» فإن كان له الإطلاق بالنسبة إلى أنواع السلطنة وأسبابها معاً، وأنّ لهم السلطنة من حيث الهبة والصلح والبيع وسائر النواقل من الأنواع، وبالفعل واللفظ أعمّ من أن يكون بالألفاظ الفارسية والعربية وغيرهما من الأسباب، وأنّ حجرهم عن بعض الأسباب يعدّ قصراً لسلطنتهم ينفي بإطلاقه كلّما يشكّ في شرطيته، وإن لم يكن له الإطلاق من حيث الأسباب، بل كان ظاهراً في الأنواع يراعى كلّما يشكّ في شرطيته، وإن كان الدليل على إمضاء ذلك هو السيرة، لا بدّ من مراعاة كلّما يشكّ في شرطيته، لأنّها أمر لبيّ والقدر المتيقن منها هو ما إذا كان الإعطاء

مستجمعاً لجميع الشرائط.

## هل يجري حقّ الشفعة في المعاطاة، وهل يحرم الربا فيها أو لا؟

التنبيه الثاني: في أحكام المعاطاة وهل يجري فيها حقّ الشفعة أو لا؟ فإن قلنا: يكون المعاطاة بيعاً يثبت فيها حقّ الشفعة وإلا فلا.

وأما الربا فبناءً على كون المعاطاة بيعاً يحرم فيها الربا، وإن لم تكن بيعاً وقلنا بحرمة الربا في كلّ معاوضة وخصصناها بما إذا كانت مفيدة للملك، فإن كانت المعاطاة مفيدة له يحرم الربا فيها أيضاً، لكن التفكيك بين عدم البيعية وبين إفادتها للملك لا معنى له، حيث إنّه ليس البيع - كما عرفت - إلا عبارة عن: التملك بالعوض، ولا يحرم إن كانت مفيدة للإباحة، وإن لم نخصص المعاوضة بصورة إفادة الملك يحرم فيها الربا مطلقاً.

## في أنّه هل يجري الخيار في المعاطاة أو لا؟

وأما الخيار فهل يجري فيها أو لا؟ فنقول: توضيح ذلك يتوقف على بيان مقدمتين: الأولى: هي أنّ الخيار هل يختصّ بالبيع العقدي أو لا؟ الظاهر من تعريف جماعة من المتأخرين بملك فسخ العقد هو اختصاصه بالعقدي.

لكنّه محلّ الخدشة: من جهة أنّه لم ينعقد له اصطلاح خاص، بل هو باق على معناه اللغوي، وفي اللغة: إسم مصدر من الاختيار، ومعناه أن زمام الأمر من حيث الفعل والترك يكون بيد صاحبه، فلا اختصاص له بالعقدي، فالتعريف المذكور يكون لبيان الفرد والمصداق، فالخيار غير مختصّ بحلّ العقد، بل أعمّ منه ومن تراد العين، فيكون الخيار جارياً في المعاطاة أيضاً.

الثانية: هي أنّه هل الخيار يكون متعلقاً بالعقد أو بالعين؟ الظاهر من قوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا وجب البيع» هو الأول وقد أطلق في لسان الأخبار على

هل يجري حقّ الشفعة وتحريم الربا والخيار في المعاطاة أو لا؟ ..... ٧١

استرداد العين والرجوع، كما أنه قد استظهر منها إطلاقه على الفسخ، كما يظهر ذلك من التعريف المذكور، والظاهر أنّ الرد يتعلّق بالعين، والرجوع أعمّ من ذلك ومن تعلّقه بالعقد، كما أنّ الظاهر أنّ الفسخ يتعلّق بالعقد، ففي مورد العقد إذا رجع إلى العين هل يفسخ العقد ويكون الرجوع اليها ملازماً له أو لا؟ قيل: بالملازمة وأنّ الرجوع اليها ملازم للفسخ، لكن الظاهر هو العدم لأنّ هذا الرجوع يكون في غير ظرف الحقّ، ويكون من قبيل الرجوع بعد انقضاء زمن الخيار مثلاً، والتصرّف في مال الغير، فعلى هذا في موارد الرجوع إلى العين لا بدّ أن نقول بكشف الرجوع عن الفسخ قبله.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنّه بناءً على أن يكون الخيار عبارة عن: فسخ العقد لا موضوع له في مورد المعاطاة، وإن كان عبارة عن: السلطنة على استرداد العين والرجوع يكون له الموضوع في الجملة.

بيان ذلك: أنّ منشأه إن كان الضرر مثل الغبن والعيب فعلى القول بكون المعاطاة مفيدة للإباحة لا موضوع له قبل طرؤ الملزم، كما سلك إليه العلامة الأنصاري رحمته (١) لعدم الأثر ولغوية جعله، حيث إنّ حكمة تشريعه في مورد الضرر تكون لجبران النقص، فبعد أن يكون من طبعها جواز جبران النقص بدونه قبل طرؤ الملزم كان جعله لغواً.

نعم، يكون جارياً بعد طرؤ الملزم إذا التفت بعده، كما يكون جارياً على القول بكونها مفيدة للملك اللازم

لكن عدم الجريان بناءً على الجواز قبل طرؤ الملزم لعدم الأثر يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ الجواز الذي يكون من طبعها يكون من الأحكام، لكن الجواز الثابت بخيار الغبن والعيب كغيرهما يكون من الحقوق، فيكون لذي الخيار



إسقاطه قبل طرؤ الملزم حتى لا يكون له إعماله بعده ويورث بعد موته، مع الجواز إن كان موجباً لعدم جريانه يكون لازم ذلك أن لا يثبت خيار العيب في ظرف الخيار المجلس مثلاً، في العقدي، والحال أن الظاهر يكون ثبوته، والفرق بأن طبع المعاملة في المعاظة على القول بالإباحة يكون على الجواز، ولا يمكن سدّ ذلك قبل طرؤ الملزم، بخلاف العقدي حيث إن طبعه لا يكون على الجواز، والجواز الذي يجيء من ناحية الخيار يمكن سدّه لا يكون موجباً لعدم جريانه في المقام، حيث إن كون الجواز في المقام ذاتياً وفي العقدي عرضياً لا يكون موجباً للتفاوت، لعدم دخالة عنوان الذاتية والعرضية في عدم الجريان والجريان أصلاً. وإن لم يكن منشأ الضرر مثل خيار الشرط، فقد يقال: بأنه لا موضوع له في المقام لعدم اللفظ، حيث إن الشرط التزام لفظي، والالتزام اللفظي لا بد أن يكون في ضمن الالتزام اللفظي.

لكن اعتبار أن يكون الالتزام اللفظي في ضمن الالتزام اللفظي أول الكلام، مع أن السيرة جارية على خلاف ذلك.

وأما خيار الحيوان، فعلى القول بإفادة المعاظة بالإباحة لا يكون جارياً فيها، حيث إن الظاهر من قوله في صحيحة محمد بن مسلم: «صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»<sup>(١)</sup> هو أن يكون المشتري مالكا له.

نعم، يكون جارياً على القول بإفادتها الملك، لكن إن كان مبدأ الخيار فيه من حين العقد - كما هو الظاهر من أخباره - لا أثر له في المقام، لأن طبعها يكون على الجواز، فجعله لغو.

لكن قد عرفت الخدشة في هذه المقالة، وإن كان من حين طرؤ الملزم يجري فيها، لكنّه خلاف الظاهر من أخباره.

وأما خيار المجلس والرؤية والتأخير بناءً على تصوّر المعاطاة بالمقاولة على مبادلة شيء بشيء من دون الإيصال والإعطاء فعلى المختار من كون المعاطاة بيعاً مفيداً للملك اللازم لا إشكال في جريانها فيها، أما بناءً على إفادتها بالإباحة فيستشكل في الجريان، لعدم الأثر كما تقدّم، لكن قد عرفت الخدشة فيه.

### في بيان صور المعاطاة

الثالث: أنه يتصوّر المعاطاة على وجوه منها: أن يكون قصدهما جعل التقابل بين التملكين واعلم: أنّ عموماً المعاملات وأدلتها إشارة إلى العناوين الخاصة المعهودة، فإن لم تكن المعاملة داخلة في نوع من أنواع المعاملات ولم يكن موجدها قاصداً لعنوانها الخاص لا تشملها الأدلة، وكان حكمها بمقتضى الأصل هو الفساد، ولذا استبعد العلامة الأنصاري رحمته الله هذا القسم عن معنى البيع، إلا أنه يظهر من كلامه في تعريف البيع أنّ تملك العين بالعوض ليس إلا البيع<sup>(١)</sup>.

ومنها: أن يكون قصدهما جعل التقابل بين الملكين من حيث التملك.  
ومنها: أن تكون مركبة من التملك والإباحة، يعني كان قصد معطي المبدل التملك بالعوض، وقصد معطي البدل الإباحة كذلك.  
ومنها: عكس ذلك.

ومنها: أن يكون الإعطاء وجعلهما التقابل بين المالين من حيث الإباحة بالعوض.

لا إشكال في أنّ الصورة الأولى تكون من مصاديق البيع، وكذا الثانية، حيث إنّ حقيقة البيع - كما عرفت - عبارة عن التملك بالعوض بنحو لم يكن التملك مجانياً.

وأما الثالثة والرابعة، فلا إشكال في إمكانهما، وإنما الكلام في مشروعيتهما، وكونهما من مصاديق البيع، والظاهر أن الرابعة وكذا الثالثة لا تكون من مصاديق البيع، بل عنوان مستقل في قبالة، يعني تكون من مصاديق الكسب والتجارة، وهل تكون مشروعة أو لا؟ وعلى الأول هل يتحقق بدون اللفظ أو لا؟ وعلى كل تقدير هل ورد المنع عن ذلك أو لا؟ والظاهر هو المشروعية لقاعدة السلطنة، وأما تحققها بدون اللفظ فالقاعدة لا تكون متكفلة لذلك، لعدم إحراز الإطلاق لها من حيث الأسباب، إلا أن السيرة جارية على التحقق، وأما الحجر وتخصيص القاعدة فلم يعلم وروده، فالمكلف قادر على ذلك.

### في مفاد الإباحة بالعوض

ثم إن مفاد الإباحة بالعوض هل يكون مقداراً خاصاً، وأن مفاد إباحة الكتاب مثلاً، يكون إباحة مطالعته فقط، نظير إباحة الطعام، أو يستفاد منها إباحة كل تصرف حتى التملك؟

الظاهر من إطلاق الإباحة هو صحة تملك المباح للمباح له، كما استظهروا هذا المعنى من قولهم **بالتكليف**: «ما هو لنا فقد أبحناه لشيعتنا»<sup>(١)</sup> ومن الإباحة المستفادة ولو بالقرائن من إعراض المالك كئثار العرس<sup>(٢)</sup> ونحوه، حيث حكموا بجواز كل تصرف حتى التملك، هل يصير المباح بالتملك ملكاً لازماً أو جائزاً؟ الظاهر هو الأول بعد أن يكون الأصل في الملك اللزوم - كما عرفت - فلا يجوز للمبيح الرجوع ولو كان المباح موجوداً بعد أن يكون التملك تصرفاً ملزماً كالتلف.

فإن لم يقصد المباح له تملك المباح وتصرف فيه، فإن لم يكن التصرف معاوضياً كوطي الجارية هل يكون ترخيص المالك كافياً في جواز ذلك أو لا؟

(١) الوسائل ٦: ٣٨٣ ح ١٤.

(٢) الثار: ما ينثر في العرس على الحاضرين، المنجد / ٧٨٩.

فنقول: توضيح ذلك يحتاج إلى بيان مقدّمة، وهي أنّ الظاهر من الاستثناء في قوله تعالى: ﴿والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾<sup>(١)</sup>. بملاحظة كونه واقعاً في سياق ما يكون بمعنى النفي يكون هو انحصار حلّ النكاح في العقد وملك اليمين، والنكاح بالتحليل يرجع إلى أحدهما.

قد يقال: إنّه عقد فيدخل في الأول، لكن الأظهر: أنّ التحليل عبارة عن: تمليك المنفعة، فيدخل في الملك، كما ذهب إليه المشهور، فحينئذ إن قيل باحتياج التحليل إلى لفظ خاص ولم يكن عنوان الإباحة داخلاً في التحليل كما ذهب إليه المشهور لا يجوز الوطي للمباح له، لكن إن قلنا: بعدم احتياج التحليل إلى لفظ خاص لعدم الدليل - كما هو الظاهر - وبترادف الإباحة للتحليل يجوز له الوطي والعتق.

وهل إباحة المالك وترخيصه يكون كافياً في صحّة ذلك كما ذهب إليه المحقّق السيّد محمد كاظم اليزدي في حاشيته<sup>(٢)</sup> أو ليس بكافٍ في الصحّة كما ذهب إليه العلامة الأنصاري رحمته الله<sup>(٣)</sup>؟ الظاهر هو الكفاية، حيث يفهم التوسعة من أدلّة: «لا عتق إلا فيما يملك»<sup>(٤)</sup> وأنه لا يستفاد منها مزيد من اعتبار عدم كون التصرف غصبياً، وكون المعتق - بالكسر - مالكا للإعتاق، فلا مانع من الصحّة بعد إباحة المالك، وأما كون العتق بعد الصحّة؛ محسوباً من المالك أو المباشر، وكون الولاء للمالك أو المباشر وغيرهما من الفروع فهو كلام آخر لا ربط له بالمقام.

إن قلت: لا يكون الترخيص كافياً في الصحّة - كما ذهب إليه المشهور - لأنّ المصحح هو أن يكون العتق من المالك أو الوكيل أو النائب والكلّ مفقود في

(١) سورة المؤمنون (٢٣): ٥

(٢) حاشية المكاسب / ٧٩ (٣) المكاسب ٦: ٢٥٨

(٤) فروع الكافي ٦: ١٧٩، ولفظ الحديث: «لا عتق إلا بعد ملك».

المقام.

**قلت أولاً:** المبيح بترخيصه جعل السلطنة للمباح له على التصرف وذلك كاف في الصحة كما عرفت.

**وثانياً:** على التسليم إذا كان تصرفه مع الالتفات إلى أنه ليس في البين إلا عنوان الإباحة كان تصرفه ناشئاً وكاشفاً عن التملك قبله، ومع الغفلة يكون له قصد إجمالاً إلى عنوان التملك.

**في أنه إذا وجبت الزكاة على المشتري في مال هل يجزي إخراج زكاته من المأخوذ بالمعاطاة أو لا؟**

والتصرف فيه في مورد الزكاة في ذلك يكون في مقامات: **الأول:** أنه إذا وجبت الزكاة على المشتري في مال هل يجزي إخراج زكاته من المال المأخوذ بالمعاطاة أو لا؟ المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد كما في مكاسب العلامة الأنصاري رحمته الله العدم<sup>(١)</sup> لكن الظاهر هو الإجزاء، لأن الأداء إن كان بإذن صريح من المبيح لا إشكال في الصحة، لتحقق قصد القرية من المباشر، وإن كان بلا إذن صريح منه واستفدنا الإذن في هذا التصرف من الإباحة المطلقة، أيضاً لا إشكال في الصحة لتحقق قصد القرية، وهل يصح الأداء من المتبرع أو لا؟ الظاهر هو الإجزاء.

توضيح ذلك يحتاج إلى بيان مقدّمة، وهي أنه لا إشكال عندهم في أنه إذا أعطى زيد دين عمرو على نحو التبرع يكون موجباً لفراغ ذمة عمرو، وهل يكون حصول البرء على وفق القاعدة أو على خلافها؟ الظاهر منهم هو الأول، وأن تطبيق المدفوع على طلب الدائن قهري.

إذا وجبت الزكاة على المشتري يجزي إخراج زكاته من المأخوذ بالمعاطاة أو لا؟ ..... ٧٧

لكنه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ حقّ الدائن لا يكون مطلق الدينار مثلاً، حتى يكون إعطائه من المتبرّع موجباً للتطبيق، بل حقه عبارة: عن دينار كان ملكاً للمديون، فإن كان الأداء من مال المديون كان التطبيق متحققاً، وإلا فلا معنى له، لكن على فرض التطبيق والصحة في الدين، يستشكل في الصحة في الدين الزكاتي، لأجل اعتبار قصد القرية في إخراج الزكاة.

إلا أنه يمكن دفعه: من جهة أنه إذا طلب المالك من الغير الأداء تبرّعاً الظاهر يكون هو الصحة، كما في العروة<sup>(١)</sup> لتحقّق قصد القرية حينئذ من المالك، وإن لم يطلب المالك الأداء من الغير تبرّعاً، بل أدى الغير تبرّعاً بلا طلب منه، يمكن أن يقال بصحة ذلك أيضاً، حيث إنّه بملاحظة حسن ذلك وكونه إعانة على البرّ والإحسان يحصل التقربّ للمباشر، فكان مجزياً عن المالك، كما قالوا بالصحة في إتيان المتبرّع قضاء الصلاة والصوم الواجبين عن الميت.

إن قلت: يعتبر في سقوط الأمر عن المالك التقربّ منه حين الإخراج. قلت: يمنع هذا الاعتبار، بل يكفي في سقوط الأمر عن المالك تقربّ المباشر وأن عمله إذا كان صحيحاً واقعاً على نحو التقربّ ولو كان الداعي هو الأمر الإحساني يكون ذلك موجباً لسقوط الأمر عن المالك، فيسقط التكليف عنه بسقوط موضوعه، لكن على فرض الشكّ في السقوط يكون المرجع هو قاعدة الشغل.

المقام الثاني: أنه إن بلغ المال إلى النصاب ثمّ باعه المالك بالمعاطاة قبل إخراج الزكاة منه، فإن قلنا: بتعلّق الزكاة بالذمة يصحّ البيع ويؤدي المالك الزكاة من غيره، وأما صحة الأداء من المشتري وكون ذلك موجباً لفراغ ذمة المالك فسيأتي الكلام في ذلك بعيد هذا، كما أنه إن قلنا: بتعلّقها بالعين - كما هو الأظهر - وباع

(١) العروة الوثقى المسألة العاشرة من الخاتمة من كتاب الزكاة

النصاب باستثناء مقدار الزكاة أو بدون الاستثناء مع القصد إلى إخراجها من غيره، حيث وسع الشارع الأداء إرفاقاً على المالك من غير النصاب، أعم من أن يكون تعلقها بالعين تعلق إشاعة في مجموع أجزاء النصاب أو تعلق رهانة أو أرش جنائية، أو شرط على المشتري إخراجها يصح البيع أيضاً، كما يدل عليه خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله قلت: للصادق عليه السلام: رجل لم يترك إبله و شاته عامين فباعها، على من اشتراها أن يتركها لما مضى؟ قال: «تؤخذ زكاتها ويتبع بها البائع، أو يؤدى زكاتها البائع»<sup>(١)</sup> وإلا كان موقوفاً على الإجارة بالإضافة إلى مقدار حقّ الفقراء.

وأما القول بأنه بناءً على تعلق حقّ الفقراء بالعين يكون حقهم في العين من قبيل الكلّي في المعين كما في العروة<sup>(٢)</sup>.

فقد يورد عليه بأنّ الكلّي في المعين كصاع من الصبرة مثلاً، يكون معنواً بعنوان المالية قبل إضافته إلى مال معين، لكن لا عنوان للكسر، ولا مالّة له قبل إضافته إلى مال خاص، فجعل حقّ الفقراء من قبيل الكلّي في المعين لا وجه له. لكنّه يكون محلّ الخدشه: من جهة أنّ الصاع أيضاً قبل إضافته إلى مال خاص لا مالية له.

نعم، الظاهر أنّ عنوان الخمس والعشر يكون من الكسر المشاع لا الكلّي في المعين.

وبالجملة: إن بلغ المال إلى النصاب ثمّ باعه المالك قبل إخراج الزكاة فهل إخراج المباح له الزكاة يكون مجزياً وموجباً لفراغ ذمّة المالك أو لا؟ فنقول: إن لم يكن المبيع ممتنعاً عن الأداء بأن أذن له في الإخراج أو استفيد الإذن من إطلاق الإباحة حتى بالنسبة إلى هذا التصرف الراجع إليه كان مجزياً، وإلا كان الأمر بيد

(١) الوسائل ٦: ٨٦ ح ١. (٢) العروة المسألة ٣١ من زكاة الغلات.

هل يعقل التصرف المعاوضي في المأخوذ بالمعاطاة على الإباحة أو لا؟ ..... ٧٩

الحاكم الشرعي، فإن أذن في الإخراج كان أيضاً مجزياً، وإلا لا معنى للإجزاء، حيث إنه تصرف فضولي لا يتمشى منه قصد القرية، إلا أن يكون الإخراج بقصد ترقب الإجازة.

المقام الثالث: أنه إن بلغ المال إلى النصاب في يد المشتري فإن تمكن المبيع من التصرف تكون الزكاة واجبة عليه، وإلا فلا تكون واجبة مطلقاً، لا على المبيع لعدم التمكّن من التصرف، ولا على المباح له لعدم الملك.

نعم، إن كان في البين إجماع على وجوب الزكاة على الآخذ لا بد أن نقول بالملك أنا ما في غير ما يعتبر فيه الحول، وأما فيما يعتبر فيه الحول فحصول الملك أنا ما غير مفيد.

وأما وجوب إخراج الخمس على المشتري بالنسبة إلى المأخوذ بالمعاطاة على الإباحة - كما هو مفروض البحث - فيمكن القول به، حيث إن وجوبه غير منحصر في الملك، بل الوجوب في ذلك مترتب عليه وعلى الغنيمة والفائدة، والظاهر أنه يصدق عليه الغنيمة بالمعنى الأعم.

هل يعقل التصرف المعاوضي في المأخوذ بالمعاطاة على الإباحة أو لا؟

وإن كان التصرف معاوضياً كالبيع مثلاً، فالكلام في ذلك يكون في مقامين: الأول: هل يعقل تملك الإنسان مال غيره بعوض يملكه مع قطع النظر عن عنوان البيع أو لا؟ الثاني: أنه هل يتحقق بذلك عنوان البيع والمعارضة أو لا؟

أما المقام الأول: فالظاهر أنه كما يعقل تملك ماله بعوض يملكه غيره كذلك يعقل تملك الإنسان مال غيره بعوض يملكه بإذنه، غاية الأمر كان ذلك أمراً مستقلاً في قبال البيع إن لم ينطبق عليه عنوانه.

وأما المقام الثاني: فذهب العلامة الأنصاري رحمته الله تبعاً للعلامة في القواعد إلى



الامتناع<sup>(١)</sup> لكن يمكن أن يقال: بأنه ممكن، وأن حقيقة البيع والمعاوضة عبارة عن: جعل الشيء في مقابل الشيء، بحيث لم يكن الجعل مجانياً عرفاً مع قطع النظر عن كون المالك هذا أو ذاك، بل واقع كما في المهر في النكاح، فإنه عوض البضع، ويصح أن يجعله غير الزوج، وكما في أداء دين الغير، وكما في بيع مال المضاربة بالمراوحة للعامل من الثمن ما جعل له من المقدار، مع أن مال المضاربة للمالك.

إلا أن الحق هو الاستحالة من جهة أن المفهوم من عنوان المعاوضة والمبادلة هو أن يدخل العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوض، فيستحيل تحقق عنوان البيع والمعاوضة بدون ذلك.

وأما الأمثلة، فالمهر في النكاح الدائم ليس بشرط في صحته، كما أن دين الغير يكون من باب الإيفاء لا المعاوضة، وما يتلقى العامل من الثمن في المضاربة فهو إنما يتلقاه من المالك لا المشتري

أما الاستدلال على عدم الجواز بالنقل من الأخبار الواردة في مسألة بيع الفضولي التي حاصل مضمونها أنه لا بيع إلا فيما يملك وفي بعضها أن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالكتها أو بأمره أو رضى منه، وبما دل على النهي عن بيع ما ليس عنده.

فيمكن الخدشة في الأولى: بأنه لا يستفاد منها إلا اعتبار كون الباع مالكا للبيع وإن لم يكن مالكا للمال، ولذا قال: «إن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالكتها أو بأمره، أو رضى منه»<sup>(٢)</sup> فهي بصدد بيان عدم جواز البيع بدون إذن المالك.

أما الثانية: فبعد إباحة المالك وإذنه في التصرف لا يكون البيع من بيع ما ليس عنده.

(١) المكاسب ٦: ٢٥٤. (٢) عوالي اللئالي ٢: ٢٤٧ ح ١٦.

البيع يتحقق بإعطاء المثلث وأخذه، بل قيل لا يمكن تحقّقه بالتعاطي من الطرفين ..... ٨١

### في أنّ المتيقّن من مورد المعاطاة هو ما إذا كان التعاطي فعلاً من الطرفين

الرابع: أنّ المتيقّن من المعاطاة الدائرة في لسان الفقهاء، ومن السيرة والدليل القائم على إمضائها أعمّ من أن تكون مفيدة للملك أو الإباحة هو ما إذا كان التعاطي فعلاً من الطرفين، وهل يكون الإعطاء من طرف واحد مشمولاً لما ذكر أو لا؟ وعلى فرض مشمولية ذلك هل مجرد إيصال الثمن وأخذ المثلث من دون أن يصدق الإعطاء فضلاً عن التعاطي كأخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلوس في المكان المعدّ له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، وكدخول الحمام ووضع الأجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبته مشمول لما ذكر أو لا؟ وعلى فرض مشمولية ذلك هل اللفظ الغير المعبر في العقد يكون كالفعل في انعقاد المعاطاة حتى يتحقّق عنوان البيع من دون الإعطاء والإيصال رأساً.  
وبعبارة أخرى: هل يتحقّق عنوان البيع بتناولهما على مبادلة شيء بشيء من غير إيصال أصلاً أو لا؟.

### في أنّ البيع يتحقّق بإعطاء المثلث وأخذه، بل قيل لا يمكن تحقّقه بالتعاطي من الطرفين

فنقول: لا إشكال في دخول الوجه الأول إن كان المعطى والمأخوذ هو المثلث، حيث إنّ تحقّق عنوان البيع لا يتوقّف على صدق المعاطاة، لعدم ورود لفظ المعاطاة في آية ولا رواية، بل البيع معنى عرفي، ولا إشكال في تحقّقه بإعطاء المثلث وأخذه، بل قد يقال: بعدم تحقّق البيع بالتعاطي من الطرفين، لتحقّق البيع بإعطاء المثلث وأخذه، فيكون إعطاء الثمن من باب الوفاء.  
وبعبارة أخرى: إعطاء المثلث على نحو التملك إيجاب والمناسب لقبوله يكون هو أخذه، لا إعطاء الثمن بقصد القبول، حيث إنّ الإعطاء لا يناسب القبول.

نعم، يمكن للشارع الدخل والتصرف بجعل قبض الثمن شرطاً للصحة، كما جعل ذلك في الصرف شرطاً لها، لكن الدليل عليه في المقام مفقود.

لكنه يكون محل الخدشة: أما أولاً: فمن جهة أنه لا يثبت امتناع تحقق القبول بإعطاء الثمن، بل يثبت إن قصد القبول بأخذ المثلث يكون أولى من قصده بإعطاء الثمن، فكما يتحقق البيع إن قصد المشتري القبول بأخذ المثلث كذلك يتحقق بإعطاء الثمن إن قصد به القبول.

وثانياً: إن المشتري قاصد لتمليك المثلث حين إعطاء الثمن ضمناً، فيتحقق القبول ضمناً بإعطاء الثمن.

وثالثاً: يستلزم ذلك عدم صحة السلف بالمعاطاة، مع أن السلف بها أمر متعارف.

إلا أن يقال: بأن المتقدم في السلف يكون هو الموجب فيصدق عليه البيع، أو يقال: بأن السلف عبارة عن إسلاف الثمن، وذلك أمر متعارف ومعاملة مستقلة في قبال البيع.

وأما الوجه الثاني: فالظاهر أنه لا يكون من مصاديق البيع، لا لأجل فقدان الإيجاب، وأن البيع يكون من العقود يحتاج إلى الإيجاب والقبول، والإيجاب مفقود في المقام، لاندفاعه بما إذا كان المشتري وكياً عن البائع بالخصوص أو في ضمن العموم، ولا للزوم اتحاد الموجب والقابل، لاندفاعه أيضاً بكفاية المغايرة الاعتبارية، بل لعدم انطباق حقيقة البيع عليه، كما لا يكون من مصاديق الإجارة، حيث يعتبر في ذلك بقاء العين، والعين أي الماء تتلف في ذلك، بل الظاهر أنه يكون من باب إباحة العين بالعوض.

لكن الظاهر من قول الشهيد الثاني في باب الإجارة: - أما الأعيان فلا تدخل في مفهوم الإجارة على وجه يجب إذهابها لأجلها، إلا في مواضع نادرة ثبتت على

البيع يتحقّق بإعطاء المثلث وأخذه، بل قيل لا يمكن تحقّقه بالتعاطي من الطرفين ..... ٨٢

خلاف الأصل، كالرضاع والاستحمام<sup>(١)</sup> ومثله الخيوط للخياطة والصنغ للصبغة والكش للتليح - هو أنّ مسألة الاستحمام لا تنطبق على قاعدة باب الإجارة، إلا أنّ الإجارة تثبت في ذلك بالدليل على خلاف ضابط بابها.

إلا أنّه يمكن أن يقال: بأنّه على فرض ثبوت الإجارة في تلك الموارد لا يكون ذلك فيها على خلاف قاعدة باب الإجارة، بل تكون منطبقة على ضابطها.

توضيح ذلك: أنّ حقيقة الإجارة عبارة عن تملك المنفعة بعوض معلوم، فلا إشكال في صحّة انتفاع المستأجر في مسألة استئجار الحمام بالتحّمم والانتفاع بمائه في تنظيف البدن والاعتسال في الخزانة، وإن استلزم إتلاف ماءه بما جرت العادة في إتلافه، يعني بمقدار يكون من لوازم الاعتسال عادة، وفي صحّة انتفاع المستأجر الدار بجعلها حرزاً للأموال والسكنى، وأمثال ذلك من الانتفاعات التي لا تكون مستلزماً لإتلاف الأعيان زائداً عن المتعارف، كما أنّ الظاهر أنّ اللبن الموجود في الضرع حين الإجارة نماء لملك الموجر، ويكون من الأعيان، فلا يصحّ للمستأجر التصرف فيه بدون إذن الموجر.

إنّما الكلام. يكون في الانتفاعات المستلزماً لإتلاف بعض الأعيان، كالاستقاء من بئر الدار المستأجرة، والاعتسال في الحمام في خارج الخزانة بنحو يستلزم إتلاف الماء زائداً عن المتعارف، والانتفاع بما يتجدّد من اللبن في استئجار الشاة، وبما يتجدّد من الثمرة في استئجار البستان والانتفاع بنتاج الشاة مما لا يعدّ الانتفاع به انتفاعاً بالعين الموجرة.

وبعبارة أخرى: الانتفاع بالنماء المنفصل الذي لا يعدّ منفعة، بل عين تتولّد وتوجد في ضمن عين، حيث ما أحرزنا الإطلاق لأدلة الإجارة ومشمولية ذلك لها. لكن يمكن أن يقال أولاً: بصحّة الإجارة والتصرف، وأنّ اللبن في مسألة إجارة

المرضعة وفي مسألة شاة المنحة<sup>(١)</sup> والثمرة في البستان، والماء في مسألة الحمام، والاستقاء من البئر في مسألة إجارة الدار، الانتفاع بالتاج في إجارة الشاة مثلاً، يكون من المنافع عرفاً.

**وثانياً:** إن لم تكن الإجارة منفكة عن إتلاف بعض الأعيان، كما في إجارة المرضعة مثلاً، يلزم ذلك الإذن في إتلاف ذلك البعض، حيث إن تملك منفعة المرضعة، يعني إدخالها الثدي في فم الصبي، وإيصال اللبن إلى معدته يلزم الإذن في إتلاف لبنها.

**وثالثاً:** أن معنى اعتبار بقاء العين في الإجارة هو أن ما يكون متعلقاً لها لا بد أن يكون باقياً، فإذا كان متعلق الإجارة مثلاً، هو البستان لا بد أن يكون الباقي هو نفس البستان لا ثمرته، فعلى هذا إذا كان البستان مع ثمرته أو البئر مع مائها متعلق للإجارة تكون الإجارة باطلة، لعدم وجود المنفعة في المتعلق وعدم بقائه، ولكن إن كان متعلقها البستان أو البئر فالإجارة صحيحة حيث إن الثمرة والماء يعدان من منافعهما عرفاً، والمتعلق باقٍ على حاله.

**ورابعاً:** أن إجارة المذكورات وإن لم تنطبق على الإجارة المصطلحة، لكنّها قسم من الإجارة، وهذا القسم أيضاً محكوم بالصحة للسيرة.

**وبالجملة:** هل يتحقق البيع بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثل من دون أن يصدق الإعطاء فضلاً عن التعاطي، كالمثالين المتقدمين ونظائرهما أو لا؟ فنقول: إما أن ينتفع الآخذ بالمأخوذ من دون أن يتلفه أو يملكه، فإن انتفع به من دون أن يتلفه فالظاهر أنه لا يكون من مصاديق البيع، حيث يعتبر في صدقه أن يكون المثل من الأعيان، بل يكون من باب التفويت بالضمان، فحينئذ يكون الآخذ ضامناً للانتفاع، غاية الأمر إن لم يكن الانتفاع برضاء المالك علاوة عن الحكم

(١) منح الناقة وكل ذات لبن: جعل له وبرها ولبنها وولدها، فهي المنحة، المنجد/٧٧٦.

البيع يتحقق بإعطاء المثلث وأخذه، بل قيل لا يمكن تحقّقه بالتعاطي من الطرفين ..... ٨٥

الوضعي كان عاصياً، فإن كان له مقدّر كان ضامناً له، وإلّا كان ضامناً بقيمته الواقعي. وهل يكتفى في تفرّغ الذمّة بوضع الفلوس في صندوق الحمامي مثلاً، أو لا؟ فنقول: إن كان الصندوق موضوعاً لذلك، والوضع فيه قبضاً للحمامي عرفاً، بحيث لو سرق بعد ذلك لم يكن الدافع ضامناً، يكتفى بذلك، وإلّا فلا يصدق أداء الدين إلا ما خرج بالدليل، كحكم الشارع بالأداء وعدم الضمان بالتلف بالعزل في باب الزكاة في صورة عدم التمكن من الإيصال إلى المستحق، وإن انتفع به وأتلفه، فالظاهر أيضاً أنّه لا يكون من مصاديق البيع، بل يكون من باب إباحة العين وإتلافها بالعوض، فكما يكون ضامناً للانتفاع يكون أيضاً ضامناً للعين بالمقدّر على فرض ثبوته، أو قيمته الواقعي من المثل أو القيمة على فرض عدمه.

وإن تملّكه برخص المالك وإباحته، تصير ذمّته مشغولة بالثمن المقدّر على فرض ثبوته، أو قيمته الواقعي على فرض عدمه، نظير جواز تملّك الأنفال بإباحة الإمام<sup>(١)</sup> كما ذهب إليه المشهور، وجواز تملّك المال الذي أعرض صاحبه عنه، وحصول الملكيّة بالتملّك بالنسبة إلى المباحات بالأصل، ولا يكون ذلك أيضاً من مصاديق البيع عرفاً، بل من باب التملّك بالعوض والضمان.

لكنّ الإنصاف أنّه يشكل الحكم بجواز التملّك برخص المالك وإباحته، حيث إنّ ترخيص المالك لا يكون مشرعاً لجواز التملّك إلّا فيما قام الدليل عليه، مع أنّه دلّ بعض الأخبار على أنّه إذا ظهر الإمام<sup>(٢)</sup> يأخذ الطسق والأجرة ممّن تكون بيدهم الأنفال<sup>(٣)</sup> وذلك ينافي حصول الملكيّة للمتملّكين، إلّا أن يدفع ذلك بأنّ حصول الملك لهم يكون بنحو الجواز لا اللزوم، كما أنّ حصول الملكيّة بالتملّك بالنسبة إلى المباحات بالأصل أول الكلام، بل حصول الملك فيها يكون بالحيازة المقترنة بقصد التملّك، لا أنّ الملكيّة تحصل فيها بقصد التملّك فقط من دون

(٢) الوسائل ٦: ٣٨٢ ح ١٣.

(١) الوسائل ٦: ٣٨٣ ح ١٤.

الحياسة.

وأما الوجه الثالث: فإن كان تصرفهما بعد العقد على نحو التقييد يعني جرياً على العقد فلا رضاء لهما بالتصرف بعد بطلان اللفظ، فلا يصح لهما التصرف في المالين، وهذا هو المراد مما أدعي من الإجماع على أن المقبوض بالعقد الفاسد يكون كالمغصوب في الضمان، فلا يكون اللفظ الغير المعبر كالفعل في انعقاد المعاطاة.

نعم، إن حصل منهما بعد العقد رضاء جديد بالتصرف يتحقق بذلك عنوان المعاطاة.

### في تميز البائع عن المشتري

**فائدة:** وهي أنه لما كان البيع من الأمور الإضافية القائمة بالإثنين من البائع والمشتري، وكون كل واحد منهما في الأدلة موضوعاً لأحكام خاصة مثل ثبوت الخيار للمشتري في الحيوان ثلاثة أيام، وحكم حنث الحلف لو كان الحلف على عدم البيع والشراء أو العكس ونحو ذلك، فاللازم بيان ما يميز به كل واحد منهما عن الآخر، وهي أمور: الأول: أنه إذا كان أحد العوضين مما تعارف جعله ثمناً كالدرهم والدينار والفلوس المسكوكة كان صاحب الثمن هو المشتري.

**الثاني:** أنه إذا كان العوضان من غير الفلوس المسكوكة فالثمن ما قصد قيامه مقام الثمن في العوضيّة، فكان المدفوع بقصد العوضيّة عن الدرهم والدينار هو الثمن، وصاحبه هو المشتري.

**الثالث:** إن الثمن في العرف ما يجعل مدخول الباء، فكان صاحبه هو المشتري.

**الرابع:** أنه لو كان العوضان من غير الفلوس المسكوكة ولم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون قصد قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيّة، أو لوحظ القيمة في كليهما كان المعطي أولاً هو البائع، لصدق الموجب عليه،

هل تجري المعاطاة في غير البيع من العقود والإيقاعات أو لا؟ ..... ٨٧

والمشتري هو الآخذ لكونه قابلاً عرفاً، فلو تنازعا في قصدهما أمكن تقديم قول من يدعي كونه بائعاً إذا كان دافعاً أولاً، ومن يدعي كونه مشترياً إذا كان دافعاً ثانياً. ولو تنازعا في المتقدم والمتأخر مع عدم البينة، فالحكم التحالف، وكان أحدهما بعد التحالف لا على التعيين بائعاً والآخر مشترياً، فلا يترتب على كل منهما الأحكام الخاصة الثابتة للبائع والمشتري.

### في أنه هل تجري المعاطاة في غير البيع من العقود والإيقاعات أو لا؟

الخامس: أنه هل تجري المعاطاة في غير البيع من العقود بأقسامها من الالتزامية، كالضمان والكفالة والحوالة، ومن المجانية بقسميها: من الإذنية كالعارية والوكالة بغير جعل، والوديعة، والتملكية كالهدية والهبة الغير المعوضة، والصدقة المعاوضة من الإجارة والجعالة، والرهن والقرض وما يشبهها، والإيقاعات كالطلاق والعتق والظهار والإيلاء وما يشبهها أو لا؟

توضيح ذلك يتوقف على بيان أمرين: الأول: أن الضابط في المعاطاة عبارة عن أمرين: الأول: التسليط، الثاني: إلغاء الشارع للفظ في مورده بإطلاق دليل أو عموم، ففي كل مورد تحقق هذان الأمران يحكم بتحقيق المعاطاة وصحتها، فحينئذ هل يصح أن يؤجر الحر نفسه بنحو المعاطاة كما يصح في العبد أو لا؟ يمكن أن يقال: بالعدم، لتأبي عنوان الحرية عن التسليط وصورته مسلطاً عليه. لكن الإنصاف أن التأبي ممنوع، حيث إن مقتضى حكم الشارع بثبوت السلطنة للنفس هو صحة أن يصير الشخص نفسه مسلطاً عليه.

الثاني: أن مقتضى الأصل الأولي في المعاملات يكون هو الفساد، بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود عليها، إلا أن يقوم الدليل على الصحة وترتب الأثر، ففيما شك في صحته من المعاطاة يكون باقياً تحت حكم الأصل.

إذا عرفت ذلك فنقول: أما العقود «العهدية الالتزامية» كالضمان ونحوه، فالظاهر



أنه لا يتحقق فيها موضوع المعاطة، لعدم فعل يقصد به إنشاء التمليك.  
وأما «الإذنية» فالظاهر صحتها بالمعاطة، حيث يتحقق التسليط فيها، وتشملها إطلاقات أدلتها، وعمومات المعاطة وإطلاقاتها، مثل «أوفوا بالعقود»<sup>(١)</sup> بناءً على تفسيرها بالعهود، و«الناس مسلطون»<sup>(٢)</sup> و«المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٣)</sup>.  
وأما «التمليكية» كالصدقة والهدية والهبة الغير المعوضة، فالظاهر أن المعاطة أيضاً جارية فيها بالبيان المتقدم في الإذنية، مع أن السيرة جارية على المعاطة فيها.

وإدعاء الإتفاق على أن الملك في الهبة متوقف على الإيجاب والقبول، كما يظهر من المسالك<sup>(٤)</sup> ممنوع: حيث ما أحرزنا منهم التسالم على التوقف.  
وأما «المعاوضية» فالظاهر جريان المعاطة فيها، فتخرج بذلك عن حكم الأصل في المعاملات من الفساد، كما أن الظاهر جريانها في الرهن، فالظاهر جريان المعاطة في الإجارة، حيث يتحقق فيه التسليط وتشمله إطلاقات أخباره.  
إن قلت: الإجماع قائم على إباحة المعاطة وجوازها، وذلك ينافي الاستيثاق المأخوذ في قوام الرهن.

قلت: قد عرفت أولاً: في معاطة البيع الخدشة في أصل تحقق الإجماع.  
وثانياً: على التسليم، المتيقن منه يكون هو اختصاصه بمعاطة البيع، حيث ما أحرزنا من معقده الإطلاق حتى كان شاملاً لغير معاطة البيع.

لكن الإنصاف: أن قيام الإجماع على فرض تسليمه على الجواز في معاطة البيع يكون لمناط عدم اللفظ، كما هو الظاهر من كلماتهم، وإلا لا معنى لاستشكالهم في جريان المعاطة في الرهن من أن حكم المعاطة من جواز الفسخ ينافي للتوثيق المأخوذ في قوام الرهن، وهذا المناط موجود في غير معاطة البيع

(١) سورة المائدة (٥): ١. (٢) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢ ح ٩٩.

(٣) عوالي اللئالي ١: ٢٣٥ ح ٨٤. (٤) المسالك ١: ١٧٠.

في أنه هل تجري المعاطاة في الإيقاعات أو لا؟ ..... ٨٩ أيضاً.

وأما المضاربة والمزارعة والمساقات، فإن قلنا بأنها تكون من مصاديق الشركة فلا إشكال في جريان المعاطاة فيها، وإن قلنا بأنها تكون من مصاديق الإجارة، فإن كان الاعتبار فيها بإجارة العين وتسليطها فأيضاً تجري المعاطاة فيها وتشملها إطلاقات أخبارها، وإن كان الاعتبار فيها بإجارة العمل وتسليطه فيشكل جريانها فيها، لتأبي الحرية عن التسليط وصورته مسلطاً عليه، لكن التأبي ممنوع كما عرفت.

وأما «الشفعة» أعم من أن تكون من الإيقاعات بملاحظة أن أمر إعمال الحق وعدمه في ذلك يكون بيد الشفيع، أو معاوضة قهرية - كما قيل - تجري فيها المعاطاة، حيث يتحقق فيها التسليط وتشملها إطلاقات أدلتها، مع أن السيرة جارية على المعاطاة فيها.

ثم إنه قيل: إن حكم الشفعة يكون هو اللزوم بإعمال الحق، من جهة أن الحق ثابت للشفيع بالقهر على المشتري المناسب معه اللزوم لا التوقف على رضاه. وبعبارة أخرى: بعد أن صار الثمن المدفوع إلى المشتري ملكاً له سلطنة الشفيع على استرداده يحتاج إلى الدليل.

لكنه يكون محل الخدشة: من جهة أنه إن كان في البين إجماع على الجواز في المعاطاة مطلقاً يكون الحكم هو الجواز من طرف المشتري وكان الإجماع دليلاً عليه، مع أنه إدعى الإجماع إلى احتياج اللزوم إلى اللفظ.

في أنه هل تجري المعاطاة في الإيقاعات أو لا؟

وأما «الإيقاعات» فمنها الظهار والإيلاء والطلاق والعتق والظاهر أن المعاطاة لا تجري فيها، حيث إن إطلاق العبد عن الخدمة وإخراج الزوجة عن الدار بقصد البينونة لا يسمى عتقاً ولا طلاقاً عرفاً، إلا أن يرد الدليل عليه، كما حكم الشارع في

صورة العجز عن النطق بأن إشارة الأخرس وإلقائه القناع على رأس امرأته يكون طلاقاً لها.

## في أنه هل تجري المعاظة في الوقف أو لا؟

ومنها ما يشبه العقود «كالأوقاف» وقبل بيان جريان المعاظة فيها وعدمه، نذكر مقدّمة، وهي أنّ الوقف عبارة عن: التوقيف والتعيين والحبس الخاص، غاية الأمر يختلف أثره بسبب اختلاف الموقوف عليه شخصاً وجهة، وأنّه إذا كان على غير معيّن مثل وقف المدارس والخانات والرباطات مثلاً، يفيد ملك الانتفاع، فلو غضب مكان منه لم يكن الغاصب ضامناً له، لعدم كون الموقوف عليه مالكاً للمنفعة.

نعم، لو أتلف متلف منه شيئاً كان ضامناً له، لقاعدة من أتلف.

وإذا كان على معيّن، يلزم ويفيد ملك المنفعة، كأن وقف زيد دكاناً أو داراً على أولاده مثلاً، فلو غضبت المنفعة كان الغاصب ضامناً لها، كضمان الأصل في صورة الإتلاف، وعلى كلّ تقدير وإن كان مقتضى الأصل عدم خروج الموقوف عن ملك الواقف، إلاّ أنّه بملاحظة أنّ الوقف يكون من مصاديق الصدقة يخرج بعد تماميته عن ملك الواقف، فالقول بعدم الخروج عن ملكه لا وجه له.

إن قلت: على ما ذكرت لا يصير الموقوف ملكاً للموقوف عليه، مع أنّه

يستحيل بقاء الملك بدون المالك، حيث إنّ نسبة بين المالك والمملوك.

قلت: الملك أمر مقول بالتشكيك، مرتبة منه عبارة عن ثبوت الاختصاص

للشخص بالنسبة إليه إما من حيث الانتفاع أو المنفعة، ومرتبة منه يكون للشخص

علاوة عن ذلك السلطنة بالإضافة إلى أصل الرقبة، فحيث لا نسلم الاستحالة على

الإطلاق، يعني يستحيل تحقّق الملك من دون أن يكون له ربط ما بالشخص، إما

من حيث الانتفاع أو المنفعة، وأمّا الزائد على ذلك فلا دليل على الامتناع.

في بيان إثبات الملازمة بين تحقق عنوان المسجدية والوقفية..... ٩١

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنه إذا بنى المالك بناءً بقصد المسجدية في الأراضي المباحة، يمكن أن يقال: إنه بالبناء يصير مسجداً، ولا يحتاج صدق عنوان المسجدية إلى إجراء الصيغة، ويدل عليه خبر أبي عبيدة الحذاء، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «من بنى مسجداً بنى الله له بيتاً في الجنة» قال: فمرّ بي أبو عبد الله عليه السلام في طريق مكة، وقد سوّيت بأحجار مسجداً، فقلت له: جعلت فداك نرجوا أن يكون هذا من ذلك؟ فقال: «نعم»<sup>(١)</sup>.

كما يدل عليه خبره الآخر عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: «من بنى مسجداً كمفحص قطة»<sup>(٢)</sup> بنى الله له بيتاً في الجنة» قال: ومرّ بي وأنا بين مكة والمدينة أصنع الأحجار، فقلت: هذا من ذلك؟ فقال: «نعم»<sup>(٣)</sup> وكذا إذا بنى بقصد المسجدية في ملكه.

### في بيان إثبات الملازمة بين تحقق عنوان المسجدية والوقفية

لكن إنمّا الكلام في أنه هل يكون عنوان المسجدية ملازماً للوقفية أو لا؟ الظاهر هو عدم الملازمة، فيشكل وجوب ترتب أحكام المسجد عليه من حرمة التنجيس، ووجوب إزالة النجاسة، وسائر أحكام المسجد بدون تحقق عنوان الوقف، إلا أن يتمسك لوجوب ترتب الأحكام بإطلاق قوله عليه السلام: «جنبوا مساجدكم النجاسة»<sup>(٤)</sup> وعليه - أي بناءً على عدم الملازمة - هل يحتاج عنوان المسجدية إلى القبض، بأن صلى فيه واجد بإذنه مثلاً، أو لا؟ فنقول: إن توقّف عرفاً تحقق عنوان المسجدية على القبض يعتبر فيه القبض، وإفلا، والظاهر هو الأول، كما أنه على فرض الشك يكون مقتضى الأصل عدم التحقق.

(١) الوسائل ٣: ٤٨٥ ح ١.

(٢) الموضوع الذي تفحص القطة التراب عنه لتبيض فيه، يقال: ليس له مفحص قطة، أي

مبيض قطة. المنجد / ٥٧٠. (٣) الوسائل ٣: ٤٨٦ ح ٢. (٤) الوسائل ٣: ٥٠٤ ح ٢.

لكن يمكن أن يقال بالملازمة **أولاً**: للخبرين المتقدمين.

**وثانياً**: أنه إذا كان البناء بقصد كونه مسجداً يصير من مصاديق «الصدقة» و«ما كان لله لا رجوع فيه» لظاهر طائفة من الأخبار، منها خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «ولا يرجع في الصدقة إذا ابتغى وجه الله عز وجل»<sup>(١)</sup>.

**وثالثاً**: ادّعي قيام السيرة على تحقّق الوقف بالأفعال، يعني ببناء المسجد وعمارة المشاهد والقناطر والمدارس والخانات والرباطات، وما يعين لها ويوضع فيها كالحصر والبواري للمساجد وفرش المشاهد، وما يعلّق فيها من المعلقات للزينة أو التعظيم، بل وما يدخر لها من الجواهر الثمينة والأموال النفيسة ممّا يصنع لحفظها خزّانة.

لكنّ التمسك بالخبرين يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ الظاهر أنّهما يكونان في مقام أنه يعطى الباني بذلك ثواب المسجد، ولا يكونان بصدد أنه إذا صدق المسجد على البناء كان وقفاً.

كما أنّ التمسك بما دلّ على أنه لا يرجع في الصدقة أيضاً يكون محلّ الخدشة: حيث لا دلالة فيه على تحقّق الوقف بالفعل، بل يكون في مقام أنه لا رجوع فيما صار صدقة، أو كان لله، من غير تعرّض لبيان ما يتحقّق به الوقف.

وأما التمسك بالسيرة فأيضاً يكون محلّ الخدشة: **أما أولاً**: فمن جهة أنّا نمنع كونها كاشفة عن رأي المعصوم، لاحتمال أن تكون من غير المباليين.

**وثانياً**: على فرض أن تكون من المباليين يحتمل أن تكون مقطوعة، يعني ما أحرزنا اتصالها بزمان المعصوم.

**وثالثاً**: قد ادّعي الإجماع على اعتبار الصيغة في الوقف، فهذا الإجماع يكون رادعاً للسيرة، حيث إنّ حجّيتها منوطة بعدم الردع، والإجماع يحتمل أن يكون

في أن مقتضى الأصل على القول بالملك أي شيء يكون..... ٩٣

رادعاً لها

إلا أن يقال: إن السيرة إذا كانت من المبالين نستكشف بذلك عدم تحقق الإجماع.

### في ملزمات المعاطاة على القول بالإباحة والملك الجائز

الخامس: في ملزمات المعاطاة ولا بد من التكلّم في ذلك من جهات: الجهة الأولى: هي أنه لا بد من البحث في أن مقتضى الأصل على القول بالملك أي شيء يكون؟ قال العلامة الأنصاري رحمته الله في الأمر السادس من التنبهات اعلم: أن الأصل على القول بالملك للزوم، لما عرف من الوجوه الثمانية المتقدمة<sup>(١)</sup>.

### في أن مقتضى الأصل على القول بالملك أي شيء يكون

قال المحقق الخراساني رحمته الله في حاشيته على المكاسب: إن المهم في المقام - إذا شك في اللزوم والجواز بعد التلف مثلاً، وقد قطع بالجواز قبله - بيان أنه من موارد الرجوع إلى استصحاب حكم المخصّص عند الشك أو الرجوع إلى العام، فاعلم: أنه وإن كان مثل «أوفوا» و«المؤمنون» مما دلّ على عدم جواز فسخ العقد إذا خصّص من موارد الرجوع إلى استصحاب حكم المخصّص، لا الرجوع إلى حكم العام، فإنّ حكم وجوب الوفاء أو لزوم الالتزام بالشرط إنّما لوحظ بنحو استمرار أمر وحداني في الأزمنة لا متعدداً بحسبها، فإذا قطع فلا يرجع إليه إذا شك، بل إلى استصحاب حكم الخاص، إلا أنه في المقام حيث ما انقطع حكمه من البين، بل منع منه من الأول في الجملة قبل انقضاء المجلس أو حصول التلف مثلاً، فإذا شك في أنه صار محكوماً أو لا؟ فالمرجع هو حكم العام، لإطلاق العقود أو

الشروط لو كان لهما إطلاق.

### إيراد المحقق الخراساني رحمته الله على العلامة الأنصاري رحمته الله والخذشة فيه

هذا بالنسبة إلى جواز الفسخ، وأما بالنسبة إلى جواز التراد فكذلك، أي المتبع هو إطلاق مثل «لا يحل مال إمريء...»<sup>(١)</sup> لو كان، وإلا فاستصحاب جوازه، ولا يمنع عنه مثل تلف أحدي العينين لامتناع التراد كما أفاد، لأنه ليس متعلقه نفسها كي يمنع ترادهما في الخارج بل ملكيتهما، والملكية كما صح انتزاعها عن الموجود، صح انتزاعها عن التالف، فإنها من الاعتبارات، وهي مما لا يتوقف على موضوع موجود، بل إذا كان هناك منشأ انتزاع تنزع عن غيره، وليست هي بالجدة التي هي إحدى المقولات - كما توهم - حتى تحتاج إلى موضوع موجود، كيف وقد وقع التراد مع التلف فيما إذا فسخ العقد بخيار ...

لا يقال في الفسخ لا تراد، بل يرجع إلى بدل التالف، فإنه لو لا التراد لم يكن وجه للرجوع إلى البدل بقاعدة ضمان اليد أو الإلتلاف<sup>(٢)</sup>.

أقول: ما أورد على العلامة الأنصاري رحمته الله بقوله: «لأنه ليس متعلقه نفسها» يكون محل الخدشة: من جهة أن الدليل على جواز التراد في المقام يكون هو الإجماع، والمتيقن منه يكون هو صورة بقاء العين، كما أن قوله: «وقد وقع التراد مع التلف فيما إذا فسخ العقد بخيار» أيضاً يكون محل الخدشة: من جهة أن الفسخ في العقدي يتعلق بالعقد، ويكون من آثار انحلاله بعد التلف هو الرجوع إلى البدل، بخلاف المقام، حيث إن التراد يتعلق بالعين، فمع تلفها لا موضوع له.

وبالجملة: فعلى القول بالملك مقتضى القاعدة بعد التلف يكون هو اللزوم، للإطلاقات والعمومات المتقدمة الدالة على اللزوم وانقطاع حكمها يكون من

(١) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢ ح ٩٨.

(٢) حاشية المكاسب ٢١ - ٢٢ للمحقق الآخوند محمد كاظم الخراساني (- ١٣٢٩).

في أن مقتضى الأصل على القول بالإباحة أي شيء يكون ..... ٩٥  
الأول، وذلك لا يضرّ باعتبارها، ولاستصحاب اللزوم الثابت قبل التلف.

في أن مقتضى الأصل على القول بالإباحة أي شيء يكون

الجهة الثانية: هي أنه لا بدّ من التكلّم في أن مقتضى القاعدة على القول بالإباحة أي شيء يكون؟ قال العلامة الأنصاري رحمته الله: وأما على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم، لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم، وأصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة، وهي حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلّم جريانها<sup>(١)</sup>.

في بيان مقالة العلامة الأنصاري رحمته الله في مقتضى الأصل على القول  
بالإباحة والخذشة فيها

أقول: قوله: فالأصل عدم اللزوم، يعني مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن الإجماع القائم على الجواز في صورة بقاء العينين يكون هو الجواز.  
ثمّ وجه حكمه بعدم جريان استصحاب الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك هو أنّ الإباحة متوقّفة على الإذن، فبعد رجوع المالك لا موضوع لها، وأما وجه حكمه بحكومة أصالة سلطنة المالك على أصالة بقاء الإباحة فهو أنّه بالإباحة يقع قصور في سلطنة المالك بالنسبة إلى الانتفاع بالعين، وبالرجوع والاسترداد تصير سلطنته تامّة، فالشكّ في بقاء الإباحة وعدمه يكون ناشئاً عن الشكّ في بقاء السلطنة، فتكون أصالة السلطنة حاكمة على أصالة الإباحة.  
لكن يمكن الخدشة في هذه المقالة أولاً: من جهة أنّنا نسلمّ حكومة السلطنة على أصالة الإباحة بناءً على كون الإباحة مالكية لا شرعية.



وثانياً: ما فهمنا وجه جمعه بين قاعدة السلطنة واستصحابها.  
 وثالثاً: يمكن أن يقال: إن دليل وجوب الوفاء بالإباحة يكون معارضاً لقاعدة السلطنة.

### تلف العوضين على القول بالملك الجائز ملزم وموجب لعدم الضمان

الجهة الثالثة: هي أنه على القول بالملك اللازم لا معنى للتكلم في أن تلف العينين أو إحداهما أو بعضها ملزم وموجب لعدم الضمان أو لا، حيث إن اللزوم ثابت قبل التلف، فتلفهما أو إحداهما أو بعضها يكون من مال من انتقل إليه بلا كلام.

وأما على القول بالملك الجائز، فهل يكون تلف العوضين ملزماً وموجباً لعدم الضمان أيضاً، مع قطع النظر عن الإجماع القائم على اللزوم أو لا؟ فنقول: تلفهما على هذا القول أيضاً ملزم، واللزوم بتلفهما يكون على طبق القاعدة، من جهة أن المعاملة وقعت بين العينين والتراد ممتنع بعد التلف.

إن قلت: إن المعاملة كانت جائزة قبل التلف، فيستصحب الجواز بعده، كما يستصحب الجواز في البيع العقدي الخياري بعد التلف.

قلت: لا معنى لقياس المقام على جواز البيع الخياري، حيث إن الفسخ في البيع الخياري يتعلّق بالعقد ويكون من آثار انحلاله بالفسخ، كما عرفت الرجوع إلى العين ومع تلفها إلى البدل بخلاف المقام، حيث إن متعلّق التراد يكون هو العين، فمع تلفها لا موضوع للتراد.

في أن تلف أحد العوضين أو البعض منهما أو من أحدهما أيضاً ملزم وموجب لعدم الضمان

وأما إذا تلف أحد العوضين وبقي الآخر، فهل يكون مقتضى القاعدة أيضاً هو

في أن مقتضى الأصل على القول بالإباحة أي شيء يكون..... ٩٧

اللزوم وعدم الضمان أو لا؟ فنقول: مقتضى القاعدة أيضاً يكون هو اللزوم، لأن المعاملة وقعت بين العيينين، ومع تلف إحداهما يمتنع التراد، حيث لا موضوع له، ومنه يعلم حكم ما إذا تلف بعض أحد العوضين أو منهما، وأن الحكم على القاعدة أيضاً يكون هو اللزوم، لامتناع التراد أيضاً بتلف بعض أحدهما أو منهما. إن قلت: يصح استرجاع الموجود من العوضين، أو البعض الموجود منهما أو من أحدهما، كما يصح في بيع ما يملك مع ما لا يملك بالنسبة إلى ما يملك، فذهاب أحد العوضين أو البعض منهما أو من أحدهما لا يضر بصدق التراد.

قلت: لا وجه لقياس المقام على بيع ما يملك مع ما لا يملك، لأن المبيع في بيع ما يملك مع ما لا يملك يكون فقط هو ما يكون البائع مالكا له، وغير الملك خارج عن حيز البيع، فالتراد صادق بالنسبة إلى ما يملك بخلاف المقام، حيث إن المعاملة وقعت بين العيين، فبعد تلف إحداهما أو البعض منهما أو من إحداهما لا يصدق التراد، حيث لا موضوع له.

### في أن تلف العوضين على القول بالإباحة أيضاً ملزم

وأما على القول بالإباحة، فهل تلف العوضين ملزم وموجب لعدم الضمان أيضاً أو لا؟ والحق أن تلفهما على هذا القول أيضاً ملزم وموجب لعدم الضمان، أما أولاً: فمن جهة أن مقتضى الجمع بين الأدلة - كما عرفت سابقاً في الجواب عن الإشكال الخامس عن الإشكالات التي أوردت على المشهور القائلين بإفادة المعاوضة بالإباحة - هو أن التلف مملك فيكون التلف من مال من انتقل المال إليه.

### في استدلال العلامة الأنصاري رحمته الله على اللزوم، والخذشة فيه

وثانياً: لما أشار إليه العلامة الأنصاري بقوله: لأن تلفه من مال مالكة، ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه، وتوهم جريان قاعدة اليد مندفع

بما سيجيء<sup>(١)</sup>.

**أقول:** توضيحه أن التلف يكون بإذن المالك وترخيصه بالتسليط، ولم يحصل ما يوجب الضمان من رجوعه قبل التلف حتى تشمله أدلة الضمان، وبعد التلف لا موضوع للرجوع، فلا وجه للضمان.

**إن قلت:** قاعدة اليد تثبت الجواز والضمان.

**قلت:** إن القاعدة مخصصة بالإضافة إلى قبل التلف، فاليد قبل التلف لم تكن يد ضمان فكذا بعده لاستصحاب حكم المخصص، لكن الحكم باللزوم وعدم الضمان بهذا الوجه على الإطلاق يكون محلّ الخدشة: من جهة أنه إن كانت إباحة كل من العوضين مالكية وداعياً لإباحة الآخر لماله لا تكون قاعدة على اليد الإرفاقية جارية، لهدر المالك مالية ماله بالإباحة، لكن إن كانت إباحة بعوض أو بيعاً عرفياً لم يرتب عليه الشارع إلا الإباحة، تكون كسائر المعاوضات لم يهدر المالك فيها مائة ماله، فتكون قاعدة على اليد جارية بلا كلام.

**تلف أحد العوضين هل يكون ملزماً وموجباً لعدم الضمان أو لا؟**

وإن تلف أحد العوضين وبقي الآخر، فهل يكون مقتضى القاعدة هو اللزوم وعدم الضمان أو لا؟ فنقول: إن قلنا بمملكية التلف لأجل الجمع بين الأدلة - كما عرفت في تلف العوضين - يكون مقتضى ذلك هو اللزوم، وإن لم نقل بذلك فقد يقال<sup>(٢)</sup> بالجواز، وأنه يجوز لمالك العين الموجودة استرجاعها لقوله: **«إِنْ**

(١) المكاسب ٦: ٢٨٩.

(٢) القائل هو المحقق سيدنا الأستاذ مدّ ظلّه، منه. في الوسيلة، المسألة الثامنة من كتاب البيع، وأما المعاطاة فالأقوى أنها مفيدة للملك، لكنها جائزة من الطرفين ولا تلزم إلا بتلف أحد العوضين، أو التصرف المغتبر أو الناقل للعين. فعليه تكون نسبة القول بالجواز حتى في صورة تلف أحد العوضين إلى السيد خلاف ظاهر عبارته، إلا أن يكون القول بالجواز إستفاده منه المؤلف في مجلس درسه.

هل أصالة سلطنة مالك العين الموجودة حاكمة على البراءة أو لا؟..... ٩٩

الناس مسلطون على أموالهم»<sup>(١)</sup> مع عدم ضمان للتالف عليه، لعدم مشموليته لأدلة الضمان بعد إباحة مالكه وترخيصه في الإتلاف.

لكنه يكون محلّ الخدشة: حيث إن الإباحة لم تكن مجانية، فبعد تلف أحد العوضين يحتمل اللزوم، فالتمسك حينئذ بالقاعدة المذكورة لإثبات الجواز يكون من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

إن قلت: ثبت الجواز بأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة.

قلت: أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف أو قيمته بعد العلم بضمان التالف.

في حكم العلامة الأنصاري رحمته الله بحكومة أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة على أصل البراءة والخدشة فيه

لا يقال: إن أصالة سلطنة مالك العين الموجودة حاكمة على البراءة.

فإنه يقال: الحكومة ممنوعة لتعدد المورد، ولعدم كون السببية والمسببية شرعية، بل تكون اتفاقية، فبعد التعارض والتساقط يكون المرجع هو أصل بقاء إباحة العين الموجودة، فمقتضى القاعدة بعد تلف أحد العوضين يكون هو اللزوم وعدم الضمان.

إلا أن يقال: بعدم جريان البراءة، إما لأجل مشمولية التالف لعموم «أن الناس مسلطون على أموالهم» بادعاء ثبوت السلطنة عرفاً، وأنه تكون لمالكه السلطنة عليه، بمعنى أنه يكون في عهدة من تلف في يده، ولما لم يمكن استرجاعها تصل النوبة إلى بدله، لكن شموله للتالف عرفاً ممنوع، فلا موضوع للسلطنة بعد التالف، أو لمشمولية التالف لقاعدة على اليد، أو لعدم أصل يحرز البدل، وأنه هل يكون

(١) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢ ح ٩٩.

هو البذل الحقيقي أعني المثل أو القيمة، أو البذل الجعلي أعني العين الموجودة. **الجهة الرابعة:** هي أنه لو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطيين، هل يحكم باللزوم بإعطاء غير الدين على كلا القولين، من القول بالملك والإباحة أو لا؟ والبحث في ذلك يكون من جهتين: **الأولى:** هي أنه هل يتصور المعاظة بإعطاء أحد العوضين أو لا؟.

**فنقول:** الظاهر هو التحقق إذا كان المعطى هو المثل، حيث إن ما يكون أصيلاً في البيع يكون هو المثل، فتتحقق المعاظة بإعطائه وأخذه كما عرفت في التنبيه الرابع.

**الثانية:** هي أنه هل يحكم باللزوم بإعطاء المثل وأخذه أو لا؟ فنقول: أمّا بناءً على إفادة المعاظة الملك، فالظاهر هو اللزوم، حيث إن معطي المثل بإعطائه يملك ما في ذمته، يعني بالملك الوهمي الحدوثي، مثل مالكيّة زيد لأحد عموديه لا البقائي، لاستحالة إتّحاد المالك والمملوك بقاءً.

وبعبارة أخرى: يصير معطي المثل بإعطائه مالكاً كلياً ما في ذمته بنحو تكون ملكيته مساوية لسقوطه فيمتنع التراد، لعدم إمكان إعادة المعدوم، فلا بدّ من الحكم باللزوم.

**إن قلت:** يمكن التراد بفرض ملكيّة ما في الذمة.

**قلت:** ذلك اعتبار جديد يغير لما كان في الذمة أولاً فلا يمكن التراد.

وأما بناءً على الإباحة فالكلام في ذلك يكون من جهتين: **الأولى:** هي أنه هل يتصور إباحة ما في الذمة بمعنى جواز التصرف للمباح له في المباح أو لا؟ فنقول: الظاهر هو أن تصوير إباحة ما في الذمة ممكن، حيث إنه بعد إباحة ما في الذمة يمكن للمباح له التصرف بجعل ما كان في ذمته صداقاً أو ثمناً لمبيع أو غيرهما.

**الثانية:** هي أنه هل الإباحة تلازم السقوط أو لا؟ الظاهر هو عدم الملازمة فالتراد ممكن، فعلى الإباحة لو كان أحد العوضين ديناً في ذمة المتعاطيين

النقل الشرعي هل يكون مثل التلف في امتناع التراد واللزوم أو لا؟ ..... ١٠١  
لا يحكم بلزوم المعاظة لإمكان التراد.

## في أن النقل الشرعي هل يكون مثل التلف في امتناع التراد واللزوم أو لا؟

الجهة الخامسة: هي أنه هل يلحق الامتناع الشرعي بالامتناع العقلي، وأن النقل الشرعي يكون مثل التلف في امتناع التراد واللزوم أو لا؟ فنقول: النقل إما أن يكون بعقد لازم أو جائز، وعلى كل تقدير إما أن نقول بإفادة المعاظة الملكية أو الإباحة، فإن وقع النقل بالإضافة إلى العينين أو إحداهما بعقد لازم كالبيع مثلاً، فهو كالتلف لا يجوز لكل منهما الرجوع على الملكية، لانقطاع جواز الرجوع الثابت بالإجماع بعدم إمكان التراد شرعاً المأخوذ في موضوع الحكم بالجواز، وأما على الإباحة، فإن قلنا: يكون التصرف الناقل كاشفاً عن سبق الملك للمتصرف، لأجل الجمع بين الأدلة، أو فهم من إباحة جميع التصرفات التملك الضمني، أو إباحة التملك، فالكلام في ذلك ما عرفت على الملكية، وإلا فلا بد من ملاحظة أن الإباحة هل تكون كافية للحكم الوضعي وصحة البيع، كما تكون كافية لرفع الحكم التكميلي أو الحرمة أو لا؟ فإن قلنا بكفاية الإذن في التصرف لتمليك مال الغير ونفوذ البيع ودخول الثمن في ملك الناقل، وأن هذا التمليك المسبوق بالإذن من المالك يكون من مصاديق البيع، حيث إن البيع عبارة عن التمليك بالعوض، بحيث لم يكن التمليك مجانياً، ولم نعتبر في قوامه وماهيته قصد إيقاع التمليك عن المالك، فلا بد من أن نحكم أيضاً باللزوم، لعدم إمكان التراد شرعاً.

إن قلت: لا بد في المعاوضة أن يقوم العوض مقام المعوض.

قلت: قد يجاب<sup>(١)</sup> عن هذا الإشكال بعدم اعتبار ذلك، وأنه لا دليل على اعتبار

(١) المجيب هو المحقق السيد محمد كاظم اليزدي منه، حاشية المكاسب / ٧٨.

قيام العوض مقام المعوض.

لكنه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ المفهوم من عنوان المبادلة عقلاً هو أن يدخل العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوض، مع أنه ينافي الصحة ما دلّ على أنه لا بيع إلا فيما يملك، وعلى فرض الصحة على الإباحة أيضاً لو عادت العين بفسخ أو تقايل هل يجوز للمالك الأول الرجوع إليها أو لا؟

**فنقول:** لا يجوز له الرجوع على الملكية، لانقطاع الجواز الثابت بالإجماع بالنقل، حيث إنّ المتيقّن من جواز التراد الثابت به هو قبل نقل العين عن ملك المالك الثاني، أعمّ من أن يعود بالفسخ عين الملك الأول كما سلك إليه بعض، أو حصل به ملك جديد كما ذهب إليه بعض آخر، فلا وجه لتوهم أنه إذا عاد بالفسخ عين الملك الأول يكون ذلك من أفراد المتيقّن، بعد أن يكون المتيقّن من جواز التراد هو قبل نقل العين عن ملك المالك الثاني.

**إن قلت:** يحتمل أن يكون موضوع جواز التراد هو كون العين ملكاً للمعامل بأيّ سبب كان، فيستصحب الجواز.

**قلت: أولاً:** يكون المقام من الشكّ في المقتضي.

**وثانياً:** أنّ جواز التراد ليس من آثار مطلق كون العين ملكاً للمعامل، بل يكون من آثار خصوص الفرد الأول، يعني استردادها من ملك المعامل الناشيء من المعاملة التي وقعت بينهما، لا الملك الناشيء عن الفسخ أو الإقالة.

وأما على الإباحة، فبناءً على كشف سبق الملك أو التملك الضمني أو استفادة الإذن في التملك أيضاً لا مجال للتراد هنا بالأولوية، لانقطاع الجواز الثابت بالإجماع بواسطة تبدل عنوان الإباحة إلى الملك.

وأما وجه الأولوية فهو أنه على الملكية - كما عرفت - يحتمل أن يكون موضوع جواز التراد هو مطلق الملكية، لكن هذا الاحتمال هنا مفقود بواسطة تبدل عنوان الإباحة إلى الملكية، لكن على فرض عدم واحد من الأمور المذكورة أمكن

النقل الشرعي هل يكون مثل التلف في امتناع التراد واللزوم أو لا؟ ..... ١٠٣

التراد، حيث إن العين خرجت من ملك المبيع، فبالفسخ أو التقايل تعود إلى ملكه وإن وقع النقل بعقد جائز لا موضوع لجواز الرجوع على الملكية، حيث لا يكون للمالك الأول إلزام الناقل بالرجوع إلى العين وتحصيل موضوع الجواز، بل يكون له الاسترداد بشرط وجود الموضوع، كما لا يكون له الرجوع بنفسه إليها، لانقطاع جواز رجوعه بنقل الناقل، حيث إن المتيقن مما دل على جواز الرجوع يكون هو قبل النقل، فموضوع الجواز غير متحقق.

وأما على الإباحة، فإن كان النقل بنحو المعاوضة يكون النقل كاشفاً عن سبق الملك، حيث إن العوض في المعاوضة لا بد أن يقوم مقام ما أخرجه الناقل - أي المعوض - فلا بد أن يكون النقل كاشفاً عن سبق الملك، فالكلام في ذلك حينئذ هو ما عرفت على الملكية، وإن لم يكن النقل بنحو المعاوضة كالهبة الغير المعوضة، وقلنا بأن التصرف الغير المعاضي لا يكون كاشفاً عن سبق الملك - حيث لا يكون في البين عوض يقوم مقام المعوض، حتى نستكشف من ذلك ملكية المعوض - كان انتقال العين من المالك المبيع إلى المتهب، فيجوز له الرجوع إليها لبقاء موضوع الجواز، بناءً على أن يكون جواز الرجوع للمالك دون الواهب.

نعم، إن قلنا بكون جواز الرجوع للواهب دون المالك كما هو الظاهر مما دل على جواز الرجوع في الهبة، مثل خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا كانت العين قائمة بعينها فله أن يرجع إليها، وإلا فليس»<sup>(١)</sup> لا موضوع لجواز رجوع المالك، إلا أن يدعى بانصرافه إلى الواهب المالك، في الفرض المالك غير واهب، والواهب غير مالك، فإن لم نحرز للمالك ولا للناقل جواز الرجوع تصير الهبة لازمة، ولازم لزومها يكون لزوم المعاوضة وعدم إمكان التراد، وإن علمنا جواز

(١) الوسائل ١٣: ٣٤١ ب ٨ ح ١.



الرجوع ولكن لم يحرز أنه هل يكون للمالك أو الواهب فإن لم يرجعاً معاً إلى الهبة فموضوع جواز الرجوع غير متحقق، وأما مع قصد الرجوع فمقتضى الاحتياط هو أن يرجعاً معاً إلى الهبة، فمع رجوعهما معاً كان موضوع جواز الرجوع متحققاً.

في أنه لو باع العين ثالث فضولاً هل يكون صرف إيقاع البيع فضولاً موجباً للزوم المعاطاة و عدم إمكان التراد أو لا؟

الجهة السادسة: هي أنه لو باع العين ثالث فضولاً فهل يكون صرف إيقاع البيع فضولاً موجباً للزوم المعاطاة و عدم إمكان التراد أو لا؟ ولا بد من البحث في ذلك تسارة على الملكية وأخرى على الإباحة، أما على الملكية فقال العلامة الأنصاري رحمته الله: ولو باع العين ثالث فضولاً فأجاز المالك الأول على القول بالملك لم يبعد كون إجازته رجوعاً، كييعه وسائر تصرفاته الناقلة، ولو أجاز المالك الثاني نفذ بغير إشكال<sup>(١)</sup>.

أقول: لا إشكال في أنه إن لم يجر المالك الثاني يكون موضوع جواز التراد باقياً، حيث إن البيع الفضولي إذا لم تلحق به الإجازة يكون كالعدم، وإن أجاز نفذ البيع الفضولي، ولا يبقى حينئذ موضوع جواز التراد، لانقطاع جواز الرجوع الثابت للمالك الأول بإجازة المالك الثاني.

وأما إجازة المالك الأول و رده فيمكن أن يقال: بعدم مؤثرتهما، بيان ذلك: أنه كما يكون تحقق المعاطاة بالإعطاء والتسليط الخارجي، كذلك المتيقن من الإجماع القائم على جواز التراد يكون هو التسلط والتراد الفعلي، فلا يؤثر إجازة المالك الأول، والتراد الإنشائي منه قبل تسلطه على العين في إبطال المعاطاة، ولا

لو باع العين ثالث فضولاً هل يكون صرف إيقاع البيع فضولاً موجباً ..... ١٠٥  
ردّه الإنشائي، لبقاء موضوع جواز التراد، وعليه فلا يؤثر أيضاً سائر تصرفاته  
الناقلة قبل التراد الفعلي والتسلط الخارجي، لكن السيرة وبناء الفقهاء يكون على  
خلاف ذلك، يعني على اعتبار التراد الإنشائي ومؤثرية سائر التصرفات بالنسبة إلى  
الأعيان الغائبة، فعلى أعمية التراد لو ردّ المالك الثاني ثمّ أجاز المالك الأول هل  
تكون الإجازة مؤثرة في الصّحة أم لا؟.

يمكن أن يقال: بتأثير الإجازة إن لم يكن في البين إجماع على عدم التأثير، من  
جهة أنّ الرد مانع عن انتساب العقد بالراد وصيرورته حائلاً بينهما، فلا ينتسب به  
أبداً ولو أجاز بعده، فبعد أن يكون العقد باقياً ينتسب بالمجيز بعد إجازته، فتكون  
الإجازة بعد الرد مؤثرة في الصّحة.

لكنّه يكون محلّ الخدشة: أولاً: من جهة أنّ الرد يتعلّق عرفاً بالعقد، فبعد حلّه  
به لا يبقى موضوع حتى تتعلّق به الإجازة.

وثانياً: لو باع الفضولي العين بثمن في ذمّة المشتري وردّ المالك الثاني ثمّ أجاز  
المالك الأول إن كانت الإجازة مؤثرة في الصّحة يلزم أن يتحقّق ملك جديد  
للمالك الأول، يعني أن تنتقل ذمّة المشتري ثانياً إلى المالك الأول، حيث إنّ  
الفضولي باع العين بثمن في ذمّة المشتري للمالك الثاني، فإن كانت إجازة الأول  
مؤثرة في الصّحة يلزم ما ذكر، يعني أن يقع ما لم يقصد ولم يقع ما قصد، والحال  
أنّ العقود تابعة للقصد، وبهذا البيان يقال بعدم صحّة بيع الفضولي والغاصب  
لنفسه، وأنّ الإجازة من المالك فيما بعد لا تكون مؤثرة في الصّحة.

لكن هذا الوجه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ الركن في البيع وما يكون به  
قوامه عبارة عن العوضين، فقصد كون البيع والثمن لشخص معيّن لا يكون دخيلاً  
في الصّحة، فالمعاملة في الفضولي تقع بين المالين، فقصد الفضولي كونها للمالك  
الفعلي لغو.

إن قلت: لا تشخص لكلّي الثمن بدون انتسابه إلى شخص معيّن.

قلت: يتشخص بعد إجازة المجيز وينتسب به بعدها، وذلك كاف في التشخص والصحة.

إن قلت: يعتبر أن يكون المالك حال الإجازة هو المالك حال العقد، وبعبارة أخرى: يعتبر إتحاد المالك في الحالين.

قلت: لا يعتبر الاتحاد على المشهور، حيث قالوا بصحة البيع فيما إذا باع زيد مثلاً، مال غيره ثم اشتراه من مالكه.

وبالجملة: فالحق أن الرد يتعلق عرفاً بالعقد، فبعد انحلاله به لا يبقى موضوع حتى تتعلق به الإجازة.

ولو رجع المالك الأول عن المعاطاة ثم أجاز المالك الثاني فإن كانت الإجازة ناقلة؛ بمعنى أن المبيع يصير ملكاً للمشتري من حين الإجازة، لغت الإجازة قطعاً، حيث لا موضوع لها بعد الرجوع، وإن كانت كاشفة عن صيرورة المبيع ملكاً للمشتري من حين البيع - قال العلامة الأنصاري رحمته الله -: لغى الرجوع<sup>(١)</sup>.

أقول: لا موضوع لها حينئذ، لكن الحكم بكون الرجوع لغواً لا وجه له، حيث إن الإجازة مؤثرة في مورد كان قابلاً لأن تؤثر فيه الإجازة، وبعد رجوع المالك الأول لا يكون في البين شيء حتى تؤثر في الإجازة، فالحق ما احتمله رحمته الله بقوله: ويحتمل عدمه، لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فيفسد ويلغو الإجازة<sup>(٢)</sup>.

### لو أجاز المالك الأول والثاني بيع الفضولي في عرض واحد

ولو أجازا بيع الفضولي في عرض واحد وأن فارد هل تقدم إجازة المالك حتى يحكم برجوعه عن المعاطاة ووقوع البيع له، أو إجازة المالك الثاني حتى يحكم بلزوم المعاطاة ووقوع البيع له، أو يتعارضان وبعد التسايط يكون المرجع هو

(١) المكاسب ٦: ٣١٤.

(٢) المكاسب ٦: ٣١٤، لكن العبارة في المكاسب هكذا: فينفذ وتلغو الإجازة.

لو أجاز المالك الأول والثاني بيع الفضولي تقدّم إجازة الأول أو الثاني؟ ..... ١٠٧

أصل جواز الرجوع؟

يمكن أن يقال: بتقدّم إجازة المالك الأول، وأن إجازته كاشفة عن رجوعه، فرجوعه متقدّم على إجازة المالك الثاني فلا موضوع لإجازته.

لكنّه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنها تكون كاشفة عن الرجوع مع عدم المزاحم، وكون الإجازة الثانية كاشفة عن أنّ المبيع صار ملكاً للمشتري من حين بيع الفضولي يزاحمها في الكشف، فلا كشف لها مع المزاحمة.

ويمكن أن يقال: بتقدّم إجازة المالك الثاني، وأنّ إجازته تكون بنحو التنجيز غير معلقة على شيء، بخلاف إجازة المالك الأول، حيث إنّها متوقّفة على الرجوع، وإذا دار الأمر بين التعليق والتنجيز يقدّم الثاني على الأول.

لكنّه أيضاً يكون محلّ الخدشة: حيث إنّ تأثير إجازته معلق على عدم المانع، يعني رجوع المالك الأول، فلا تكون الإجازة من الثاني على نحو التنجيز.

وبالجملة: إن قلنا باعتبار الإجازة وكاشفيتها مطلقاً، يعني أعمّ من أن تكون مؤثّرة أم لا؟ ولذا لو سمع الأول أنّه باع ما انتقل عنه ثالث فضولاً وأجازته ثمّ كشف عدم بيعه تكون الإجازة رجوعاً عن المعاطاة، فالإجازتان حينئذ متعارضتان، فبعد التساقط يكون مقتضى الأصل جواز الرجوع والتراد، نظير ما لو وقع الفسخ والإجازة من وكيل ذي الخيار دفعة واحدة، حيث إنّ بعد التعارض والتساقط يكون مقتضى الأصل لهما جواز الفسخ والإجازة، ومثل ما لو اشترى زيد عبداً تجارية مع الخيار له فقال اعتقهما، حيث إنّ تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه يكون فسحاً، وفيما انتقل إليه يكون إجازة، فبعد التعارض والتساقط يكون مقتضى الأصل كما أفاد العلامة الأنصاري رحمته في أحكام الخيار في ذلك - هو استمرار العقد وبقاء الخيار وعدم حصول العتق<sup>(١)</sup>.

(١) المكاسب/ ٢٩٥ طبعة طاهر خوشنويس.

## في بيان تقديم إجازة المالك الأول

وإن قلنا باعتبار الإجازة المؤثرة يمكن أن يقال: بتقدم إجازة المالك الأول، إما بأن يقال إن إرادة الرجوع رجوع، والإجازة تكون إنفاذاً للبيع، فالرجوع متقدم على إجازة المالك الثاني.

وبعبارة أخرى: إن قصد الرجوع رجوع ولو كان المظهر غير لفظة «أجزت» مثل إن علم ذلك بالعلم مثلاً، والإجازة تنفيذ للبيع، فالرجوع متقدم على إجازة الثاني، فلا موضوع لإجازته.

أو يقال: إن الإجازة مصداق لعنوانين أحدهما متقدم رتبة على الآخر، أي مصداق للرجوع والإنفاذ، لكن عنوان الرجوع متقدم طبعاً على الإنفاذ.

لكنه يكون محل الخدشة: من جهة أن الشيء الواحد يمكن أن يكون علة لمعلولين عرضيين، لكن صيرورته علة لمعلولين طوليين يكون محل التأمل، حيث يستلزم ذلك انفكاك المعلول المتأخر عن العلة.

إلا أن يقال: إن تعدد الحيثية كافٍ لدفع هذا الإشكال، وأن لفظة «أجزت» من حيث وجودها التكويني سبب لتحقيق الرجوع، ومن حيث وجودها الإنشائي موجب لتنفيذ البيع.

أو يقال: إن الإرادة المقيدة يعني قصد الرجوع مع المظهر رجوع، فبالإجازة يتحقق الرجوع وينفذ البيع.

أو يقال: إن أدلة «لا يبيع إلا في ملك» خصصت بالنسبة إلى ما نحن فيه ونظائره، لكن لا دليل على التخصيص.

أو يقال: إن قصد الرجوع مع التلفظ بالحرف الأول - يعني الألف - من لفظة «أجزت» رجوع عرفاً، وينفذ البيع بتمامها، وعلى هذا لا يحتاج تحقق الرجوع إلى إتمام لفظة «أجزت»، حيث إنه إن كان التلفظ بالألف رجوعاً عرفياً، كان الرجوع

لو أجاز المالك الأول والثاني بيع الفضولي تقدّم إجازة الأول أو الثاني؟ ..... ١٠٩

بالتلفظ به حاصلاً، فلو أهمل ذكر البقية لم يكن مضرّاً بصحة الرجوع.  
وإلى ذلك أشار العلامة الأنصاري رحمته الله - في أحكام الخيار في مسألة أنه هل يحصل الفسخ بالتصرف أو قبله متصلاً به - ما لفظه: أقول: إن قلنا إن الاستفادة من أدلة توقّف البيع والعتق على الملك نحو قوله: لا يبيع إلا في ملك، ولا عتق إلا في ملك، هو اشتراط وقوع الإنشاء في ملك المنشئ، فلا مناص عن القول بالبطلان، لأنّ صحة العقد حينئذ يتوقّف على تقدّم تملكّ العاقد على جميع أجزاء العقد لتقع فيه، فإذا فرض العقد أو جزء من أجزائه فسخاً كان سبباً لتملّك العاقد مقدّماً عليه، لأنّ المسبّب إنّما يحصل بالجزء الأخير من سببه، فكلّما فرض جزء من العقد قابل للتجزئة سبباً للتملّك كان التملّك متأخراً عن بعض ذلك الجزء، وإلا لزم تقدّم وجود المسبّب على السبب، والجزء الذي لا يتجزّء غير موجود، فلا يكون سبباً، مع أنّ غاية الأمر حينئذ المقارنة بينه وبين التملّك، وقد عرفت أنّ الشرط بمقتضى الأدلة سبق التملّك على جميع أجزاء العقد، قضاءً لحقّ الظرفيّة...

وإن قلنا: إنّ الاستفادة من تلك الأدلة هو عدم وقوع البيع في ملك الغير في نقل مال الغير بغير إذنه، فالممنوع شرعاً تمام السبب في ملك الغير، لا وقوع بعض أجزائه في ملك الغير وتمامه في ملك نفسه، لينقل بتمام العقد الملك الحادث مبغضة، فلا مانع من تأثير هذا العقد لانتقال ما انتقل إلى البائع بأول جزء منه، وهذا لا يخلو عن قوّة، إذ لا دلالة في أدلة اعتبار الملكيّة في المبيع، إلا على اعتبار كونه مملوكاً قبل كونه مبيعاً، والحصص في قوله: «لا يبيع إلا في ملك» إضافي بالنسبة إلى البيع في ملك الغير، أو غير ملك كالمباحات الأصليّة، فلا يعمّ البيع الواقع بعضه في ملك الغير وتمامه في ملك البائع.

هذا مع أنّه يقرب أن يقال: إنّ المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد لا نفس العقد، لأنّ العرف لا يفهمون من لفظ البيع إلا هذا المعنى المأخوذ في

قولهم «بعت» وحينئذ فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد، والنقل والتملك العرفي يحصل بتمامه، فيقع النقل في الملك، وكذا الكلام في العتق وغيره من التصرفات القولية عقداً كان أو إيقاعاً، ولعل هذا معنى ما في الإيضاح من أن الفسخ يحصل بأول جزء، وبتمامه يحصل العتق.

نعم، التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطني والأكل ونحوهما لا وجه لجواز الجزء الأول منها، فإن ظاهر قوله تعالى: ﴿إلا على أذواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾<sup>(١)</sup> اعتبار وقوع الوطني فيما أتصف بكونها مملوكة، فالوطني المحصل للفسخ لا يكون بتمامه حلالاً.

وتوهم أن الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولاً كان أو فعلاً فاسد.

فإن معنى جواز الفسخ لأجل الخيار الجواز الوضعي، أعني الصحة لا التكليفي، فلا ينافي تحريم ما يحصل به الفسخ، كما لا يخفى، مع أنه لو فرض دلالة دليل الفسخ على إباحة ما يحصل به تعين حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف، جمعاً بينه وبين ما دل على عدم جواز ذلك التصرف، إلا إذا وقع في الملك...<sup>(٢)</sup>

ولو رد المالك الأول بيع الفضولي، فإن قلنا: إن رده كاشف عن الرجوع عن المعاطاة حملاً لفعله على الصحة وصوناً لكلامه عن اللغوية يبطل الفضولي، وإن قلنا: بعدم كاشفيته كان الرد لغواً، والفضولي باق بحاله، فإن رجع حينئذ عن المعاطاة ثم أجاز الفضولي تكون إجازته مؤثرة فيه، حيث إن رده كان كالعدم، ولم ينحل به العقد، بملاحظة أنه حين الرد لم يكن مالكا له، حتى ينحل به العقد، وخرج المحل عن قابلية تأثير الإجازة.

لو أجاز المالك الأول والثاني بيع الفضولي تقدّم إجازة الأول أو الثاني؟ ..... ١١١

ولو ردّ المالك الثاني بيع الفضولي، ورجع الأول عن المعاطاة، ثمّ أجاز الثاني بيع الفضولي لا تكون إجازته مؤثّرة فيه، حيث إنّ حين الرد كان مالكا له، فأنحلّ العقد برده فلا موضوع لإجازته.

ولو ردّا بيع الفضولي مقارناً يبطل الفضولي، ويكون ردّ المالك الأول كاشفاً عن الرجوع عن المعاطاة.

في أنّه لو أجاز المباح له بيع الفضولي تكون إجازته مؤثّرة فيه

وأما على الإباحة، فإن أجاز المبيع بيع الفضولي لا إشكال في كون إجازته مؤثّرة فيه، حيث إنّها صادرة من المالك، وإن أجاز المباح له تكون إجازته أيضاً مؤثّرة فيه، لكونها كالبيع كاشفة عن سبق الملك، حيث إنّ المفروض هو أنّه يكون للمباح له أنحاء التصرفات حتى المتوقّفة على الملك، فتكون إجازته كاشفة عن سبق الملك ومؤثّرة في الفضولي.

وقد انقدح من ذلك الخدشة فيما أفاده العلامة الأنصاري رحمته في المقام بقوله: وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة<sup>(١)</sup> وإن أجازا بيع الفضولي في عرض واحد تكون بينهما المعارضة، فبعد التساقط يكون مقتضى الأصل هو جواز الرجوع لكل واحد منهما عن المعاطاة.

لو ردّا بيع الفضولي يقدم ردّ المبيع، حيث إنّ ردّ المباح له لا يكون تصرفاً حتى كان كاشفاً عن حصول الملك قبله لتحصل بينهما المعارضة، لكن ردّ المبيع رجوع عن المعاطاة فرده يكون مبطلاً للفضولي ورجوعاً عن المعاطاة.



## هل يلحق النقل الغير الاختياري بالنقل الاختياري في اللزوم؟

الجهة السابعة: وهي أنه هل يلحق النقل الغير الاختياري بالنقل الاختياري في اللزوم وعدم إمكان التراد، وأنه بموت أحد المتعاطيين ينتقل ما أخذه من الآخر إلى وارثه، وبموتهما ينتقل كل من العينين إلى وارثهما أو لا يكون ملحقاً بالاختياري في اللزوم؟.

**فقول:** يلحق النقل الغير الاختياري بالاختياري في اللزوم على الملكية، فإن ماتا ينتقل كل من العينين إلى وارث من كانت بيده بالإرث، ولا مجال لإمكان التراد، لعدم مشمولية جواز الرجوع لأدلة الإرث، حيث إن جواز التراد يكون من الأحكام، وليس المشمول لأدلة الإرث إلا الحقوق والأموال، واستصحاب جواز التراد غير جارٍ لتبدل الملك والمالك وعدم بقاء الموضوع، حيث إن جواز التراد كان بالنسبة إلى ملك المورث لا الوارث، وإن مات أحدهما ينتقل ما أخذه من الآخر إلى وارثه، ولا يكون لوارثه التراد لما عرفت، فلا بد من الحكم باللزوم.

**إن قلت:** يجوز للحي التراد، لاستصحاب جوازه.

**قلت:** لا يجري أصل الجواز لتبدل موضوعه، حيث إن الجواز في السابق كان بالإضافة إلى ملك المورث لا الوارث.

**إن قلت:** إن الانتقال بالإرث لا يكون مثل الانتقال بالبيع وغيره من الانتقالات الملحقة بالتلف الموجبة للزوم المعاطاة، حيث إن الوارث عند العرف قائم مقام المورث وطور من أطواره، فكان الملك عندهم في الحالين يتسبب إلى شخص واحد، فما كان للمورث من جواز التراد وغيره ثابت للوارث، ولذا يقولون في البيع الخياري مثل أن اشترى زيد شيئاً من عمرو وجعل الخيار للبائع دون المشتري ثم باع زيد ذلك الشيء من خالد أنه إذا فسخ ذو الخيار يأخذ بدل المبيع، ولا يقولون بذلك في الانتقال بالموت، بل يقولون مع بقاء العين يسترد

يلحق النقل الغير الاختياري بالنقل الاختياري في اللزوم وعدم إمكان التراد ..... ١١٢

العين، ومع التلف يأخذ بدلها.

قلت: إنَّ الدليل في المقام على جواز التراد يكون هو الإجماع، والمتيقن منه يكون هو قبل الانتقال، واستصحاب جواز التراد غير جارٍ - كما عرفت - لتبدل موضوعه.

وأما على الإباحة، فلا يكون موتها وكذا موت أحدهما موجباً للزومها، بل تبطل الإباحة بالموت، لأنَّ الإذن في التصرف كان بالنسبة إلى المباح له، كما يكون الأمر كذلك بالإضافة إلى جميع العقود الإذنيّة من العارية والمضاربة وأمثالهما، فإذن المورث لا يكون مؤثراً في إباحة الوارث في الإباحة المالكيّة؛ بل الشرعيّة، لقصور دليلها بالنسبة إلى غير المتعاطيين، ففي موتها ينتقل كلّ من العينين إلى وارث المالك، ولا يجوز التصرف لكلّ من ورثة الطرفين إلاّ بإذن جديد من المالك الوارث أو بتجديد المعاملة بينهما، وفي موت أحدهما لا يجوز للحي التصرف فيما بيده لتوقفه على الإذن من الوارث المالك، كما لا يجوز لورثة الميت فيما بيدهم، حيث إنَّ الإذن في التصرف كان لمورثهم من دون أن يكون شاملاً لهم.

ولذا استشكل الشيخ الكبير الشيخ جعفر صاحب كشف الغطاء - كما عرفت - على المشهور القائلين بإفادة المعاظة الإباحة مع قصد المتعاطيين التمليك بإشكالات: منها: استلزام ذلك تعلق الأحماس والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وحقّ المقاصة والشفعة والمواريث والربا والوصايا ممّا يتعلّق في اليد، مع العلم ببقاء مقابله وعدم التصرف فيه، أو عدم العلم به فينفى بالأصل، فتكون متعلّقة بغير الأملاك، وإنَّ صفة الغنى والفقر ترتّب عليه كذلك، فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك<sup>(١)</sup>.

(١) المكاسب ٦: ١٢١ - ١٣٥.

وبالجملة: لا وجه للحكم باللزوم على الإباحة، لبطلان الإذن بالموت، كما يظهر من كلام العلامة الأنصاري رحمته الله بملاحظة عدم تعرضه للحكم على الإباحة، حيث قال: ثم إنك قد عرفت ممّا ذكرنا أنّه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاوضة نظير الفسخ في العقود اللازمة، حتى يُورث بالموت ويُسقط بالإسقاط ابتداءً أو في ضمن المعاملة، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، وعلى القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام، بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني، بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له التصرف، فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل، لأنّ من له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي، ولا يجري الاستصحاب<sup>(١)</sup>.

إن قلت: إنّ السيرة جارية على ثبوت التوريث، فيستكشف من ذلك أنّ المأخوذ بالمعاوضة صار ملكاً للمورث أنا ما قبل موته، فلا بدّ من الحكم باللزوم. قلت: أولاً: نمنع السيرة.

وثانياً: على التسليم لا تكون كاشفة عن رأي المعصوم عليه السلام يعني ما أحرزنا في المقام اتصالها بزمان المعصوم عليه السلام وإمضائها، بل تكون كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة وقلة المبالاة في الدين ممّا لا يحصى في عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم.

وثالثاً: إن سلّمنا السيرة وكشفها عن رأي المعصوم عليه السلام وإمضائه نستكشف من ذلك بيعة المعاوضة وإفادتها للملك.

هل الجنون مثل الموت في لزوم المعاوضة وعدم إمكان التراد أو لا؟

الجهة الثامنة: هي أنّه هل الجنون يكون مثل الموت في لزوم المعاوضة وعدم

هل الجنون مثل الموت في لزوم المعاطاة وعدم إمكان التراد أو لا؟..... ١١٥

إمكان التراد، وأنه إذا جنّ المتعاطيين لا يمكن التراد على الملكية، ولكن على الإباحة يبقى المال على ملك المبيع أو لا؟ بل يقوم الولي مقام المولى عليه في الرجوع والتراد على القولين؟ قال العلامة الأنصاري رحمته الله: ولو جنّ أحدهما فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على كلا القولين<sup>(١)</sup>.

لكن هذا الكلام يكون محلّ الخدشة: من جهة أنه على الإباحة إن كانت مالكية - كما هو الظاهر من كلامه المتقدم من تشبيهه الإباحة في المقام بإباحة الطعام - يبطل الإذن المالكى بالجنون، كما هو الشأن في جميع العقود الإذنية كما عرفت، بل الشرعية لقصور دليلها، كما تقدّم بالنسبة إلى غير المتعاطيين، فلا معنى لقيام الولي مقام المولى عليه في الرجوع والتراد.

إن قلت: فرق بين الإذن والترخيص الحاصل من التملك والترخيص الابتدائي، والثاني يبطل بالجنون لأجل ممخضيته في التكليف من جواز التصرف دون الأول، حيث إنه حكم وضعي ومرتبة من مراتب الملك لا يبطل بالجنون، فالولي يقوم مقام المولى عليه في الرجوع والتراد.

- قلت: نمنع الفرق بين الترخيص الحاصل من التملك والترخيص الابتدائي، حيث، إنه ليس الترخيص إلا عبارة عن جواز التصرف.

### هل يكون الامتزاج مخرجاً عن الملك وموجباً للزوم المعاطاة؟

الجهة التاسعة: هي أنه هل يكون امتزاج العينين أو إحداهما مخرجاً عن الملك وموجباً للزوم المعاطاة أو لا؟ اعلم: أنه قبل بيان حكم ذلك نذكر هنا مطلباً على وجه الاستطراد، لكنّه لا يخلو عن الفائدة للمقام، وهو أن عدم الميز والشركة إمّا حقيقية كمزج اللبن باللبن، أو حكمية كمزج الحنطة بالحنطة، أو لأجل الاشتباه

الحاصل من الاختلاط كاشتباها، الطيور بالطيور والأغنام بالأغنام مثلاً، ثم الشركة إما أن تحصل بسبب الإرث أو الحيازة، بأن تحاز سمكة من البحر مثلاً، بحيازة شخصين، أو الامتزاج أو غير ذلك، لا إشكال في أن شركة الورثة بالنسبة إلى الورثة تكون بنحو الكسور، يعني كل وارث مالك بالنسبة إلى ما عيّن له، لا أن كل واحد من الورثة مالك وسلطان بالسلطنة الناقصة بالإضافة إلى تمام التركة، ولا أن كل واحد مالك مستقل بالإضافة إلى تمام التركة.

وهل الشركة في الحيازة تكون بنحو الكسور مثل الإرث، أو كل واحد مالك لكل، غاية الأمر بنحو السلطنة الناقصة أو السلطنة التامة؟.

قد يقال: <sup>(١)</sup> بتصور الوجه الثالث، وأن كل واحد مالك مستقل بالنسبة إلى تمام المحوز، نظير ولاية الأب والجد على مال القصير، حيث تكون لكل واحد منهما الولاية المستقلة بالنسبة إليه، غاية الأمر أيهما سبق ينتفي موضوع ولاية الآخر.

### في تصوير تعدد المالك المستقل على الملك الواحد

ومثل صدق عنوان أبوة زيد بالنسبة إلى كل واحد من أبنائه مستقلاً، وهكذا صدق أخوته بالإضافة إلى كل واحد من إخوته، فعلى هذا يجوز بيع المحوز لكل واحد من الحائزين بدون إذن الآخر، ويصير البائع مالكا لتمام الثمن، حيث إن الثمن يكون للبائع المالك إن لم يكن في البين إجماع على خلافه. إلا أن يقال: إن المعاملة وقعت بين المالين، فالثمن يكون بإزاء المثلثين، والمثلثين يكون لشخصين، فالثمن يكون لهما.

(١) القائل هو المحقق سيّدنا الاستاذ مدّ ظلّه، منه. تعرّض لمسألة الامتزاج الموجب للشركة في الوسيلة من كتاب الشركة المسألة الأولى.

## في نقل مقالة المحقق السيّد محمد كاظم اليزدي رحمته في تصوير تعدد المالك المستقل على الملك الواحد

وقد أشار المحقق السيّد محمد كاظم رحمته إلى ما ذكر - في ملحقات العروة في مسألة أحكام اليد - بقوله: بل الأقوى جواز اجتماع المالكين المستقلين لمال واحد، كما إذا كان ملكاً للنوع كالزكاة والخمس والوقف على العلماء والفقراء على نحو بيان المصرف، فإنّ كلّ فرد من النوع مالك لذلك المال، بل لا مانع من اجتماع المالكين الشخصيّن أيضاً، كما إذا وقف على زيد وعمرو، أو أوصى لهما على نحو بيان المصرف، فإنّه يجوز صرفه على كلّ واحد منهما.

فدعوى عدم معقوليّة اجتماع المالكين على مال واحد لا وجه له، مع أنّه لا إشكال عندهم في جواز كون حقّ واحد لكلّ من الشخصيّن مستقلاً، كخيار الفسخ، وكولاية الأب والجد على مال القصير، ومن المعلوم عدم الفرق بين الحقّ والملك، فكما أنّ لكلّ من الأب والجد حقّ التصرف في مال المولّى عليه، وأيّهما سبق لا يبقى محلّ لتصرف الآخر، وكذلك لكلّ من الشخصيّن حقّ الفسخ وأيّهما سبق بالفسخ لا يبقى محلّ لفسخ الآخر، فكذا في المالكين الكذائيّن.

ودعوى أنّ مقتضى الملكيّة المستقلّة أن يكون للمالك منع الغير، وإذا لم يكن له منع الغير فلا يكون مستقلاً.

ممنوعة: فإنّ هذا أيضاً نحو من الملكيّة المستقلّة، ونظيره الوجوب الكفائي والتخييري في كونهما نحواً من الوجوب مع كونه جائز الترك<sup>(١)</sup>.

(١) ملحقات العروة الجزء الثالث / ١٢٣، تأليف السيّد محمد كاظم اليزدي (- ١٣٣٧).

## في مدخوليّة تصوير تعدّد المالك المستقل على الملك الواحد

ولكن هذا الوجه يكون محلّ الخدشة: أما أولاً: فمن جهة أن الملك نسبة بين المالك والمملوك، يكون من آثار ذلك السلطنة التامة عليه، فيستحيل على هذا تعدّد المالك المستقل على الملك الواحد.

وثانياً: أن عنوان الولاية يكون من المناصب ولا استحالة في تعدّد الوالي بالنسبة إلى شخص واحد، كما أن عنوان الأبوة والأخوة يكون من الإضافات، ولا استحالة في تعددها أيضاً بالإضافة إلى معنون واحد.

وأما حقّ الخيار، فلا نسلم ثبوته لكل واحد من الورثة مستقلاً، حيث يحتمل أن يكون ثبوته لكل واحد بمقدار حقه وحصته من متعلّقه بنحو الكسر المشاع، غاية الأمر مع اختلاف الورثة في الفسخ والإمضاء تبعض الصفقة على من عليه الخيار، فتثبت له الخيار، بل يحتمل أن يكون مجموع الخيار لمجموع الورثة كما هو المتيقّن من أدلة الإرث.

وأما الوجوب الكفائي فأولاً: كون الوجوب على كل مكلف مستقلاً غير مسلم، لأن المسألة تكون محلّ الخلاف.

وثانياً: نسلم أن الوجوب في ذلك يكون بالنسبة إلى كل فرد مستقلاً، ويكون كل مكلف منهياً عن الترك، إلا أن إمكان جعل الحكم كذلك لا ربط له بمسألة الملك الذي يكون اعتبار العرف على خلاف ذلك، كما سنذكر وجه الفرق بعيد هذا.

وأما الزكاة والخمس والوقف فلا نسلم كونها ملكاً لكل فرد من الفقراء والعلماء، بل تكون لطبيعة الفقراء والعلماء.

وبالجملة: ولو سلّمنا إمكان تعدّد المالك المستقل على الملك الواحد عقلاً، لكن العقلاء يعتبرونه بنحو الجدة الخارجية والتقمّص الخارجي، ويلاحظون فيه

حيثية الانتساب والسلب، يعني انتسابه إلى المالك وسلبه عن غيره، فكما أنّ الجدة الخارجية لا يمكن أن يكون قائماً بشخصين كذلك الملك عندهم لا يمكن أن يكون قائماً بشخصين، والظاهر أنّ الشركة في ذلك يعني في الحياة تكون بنحو الكسر المشاع.

وهل تلاحظ الشركة على الرأس أو على مراتب القوة؟ قد يقال: بالأول لصدق عنوان الحائزية على كلّ واحد من الشريكين أو الشركاء على حدّ سواء، لكن اعتبار العرف يكون على خلاف ذلك.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنّه لو امتزجت العينان أو إحداهما يحكم بلزوم المعاطاة على الملك، واحتمال عدم اللزوم والشركة ضعيف، لعدم بقاء موضوع جواز التراد، بخلاف القول بالإباحة إن لم يكن المزج ملحقاً للمال بالإتلاف، لأصالة بقاء التسلّط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع المالك الممتزج به على نحو الكسور، كما أفاده العلامة الأنصاري رحمته الله (١).

إلا أن يחדش في جريان الأصل بعدم بقاء الموضوع، وأنّ المال المفرز يكون مغايراً مع المشترك، فبعد المزج يحكم أيضاً بلزوم المعاطاة، ويكون من حصل عنده المزج ضامناً للمثل أو القيمة.

### في أنّ الامتزاج مخرج عن الملك

ولذا عدل عمّا أفاده في المقام وحكم في ذيل مسألة تصرف المغبون بأنّ المزج مطلقاً محكوم بحكم التصرف الملزم ومخرج عن الملك، كما أشار إليه بقوله: وفي لحوق الامتزاج مطلقاً أو في الجملة بالخروج عن الملك وجوه، أقواها للحقوق، لحصول الشركة، فيمتنع ردّ العين الذي هو مورد الاستثناء (٢).



لكنه تردّد في ذلك في مسألة تصرّف الغابن بعد صفحة من هذه العبارة حيث قال: ولو كان التغيير بالامتزاج فإما أن يكون بغير جنسه، وإما أن يكون بجنسه، فإن كان بغير الجنس فإن كان على وجه الاستهلاك عرفاً بحيث لا يحكم في مثله بالشركة كامتزاج ماء الورد المبيع بالزيت فهو في حكم التالف يرجع إلى قيمته، وإن كان لا على وجه يعدّ تالفاً كالخل الممتزج مع الأنجين ففي كونه كالمعدومة وجهان: من حصول الشركة قهراً لو كانا لمالكين، ومن تغيير حقيقته فيكون كالتالف الرافع للخيار، وإن كان الامتزاج بالجنس فإن كان بالمساوي يثبت الشركة، وإن كان بالارديء فكذلك، وفي استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه، ولو كان بالأجود احتتمل الشركة في الثمن، بأن يباع ويعطى من الثمن بنسبة قيمته، ويحتتمل الشركة بنسبة القيمة، فإن كان الأجود يساوي قيمتي الرديء كان المجموع بينهما أثلاثاً<sup>(١)</sup>.

في أنّه هل التصرّف المغيّر لصورة العين ملزم للمعاطاة أم لا؟

الجهة العاشرة: هي أنّه هل التصرّف المغيّر لصورة العين كطحن الحنطة وقطع الخشبة وتفصيل الثوب مثلاً، ملزم للمعاطاة وموجب لعدم إمكان التراد أو لا؟  
فنقول: لا يكون ذلك ملزماً على الإباحة، لقاعدة سلطنة المالك، وأما على الملك فإن قلنا: بأن صدق بقاء الموضوع في الاستصحاب يكون بيد العقل لا يجري استصحاب جواز التراد، لعدم بقاء موضوعه عنده، حيث إنّ الموضوع عند العقل كان هو الثوب الغير المفصول، وذلك يكون مغايراً عنده مع المفصول، لأجل أنّ البدل بما هو بدل مركّب من جزء مادي وجزء صوري، وكما ينتفي المركّب بانتفاء جزئه المادي كذلك ينتفي بانتفاء جزئه الصوري.

في أنه هل التصرف المغير لصورة العين ملزم للمعاطاة أم لا؟ ..... ١٢١

وبالجملة: لا إشكال في أن أمر صدق البقاء إذا كان بيد العقل يكون قيود الموضوع وخصوصياته مقومة ودخيلة عنده في موضوعية الموضوع، فبعد الفصل لا يكون الموضوع باقياً عنده، فلا يجري أصل جواز التراد، فلا بد من الحكم باللزوم.

وإن قلنا: بأن صدق بقاء الموضوع يكون بيد العرف وأن الموضوع عندهم عبارة عن ذات الشيء بأجزائه المادية، يعني الموضوع عندهم يكون هو عنوان جسمية الحنطة، لا خصوص عنوان الحنطة، كان أصل جواز التراد جارياً.

لكن يمكن أن يقال: بعدم جريان استصحاب جواز التراد، لأجل الشك في بقاء موضوعه، بيان ذلك: أن الحكم الشرعي المستكشف من حكم العقل كالحرمة المستكشفة شرعاً من الكذب الضار بعد حكم العقل بقبحه مثلاً، لا يجري استصحاب حكم الشرع، بعد أن صار العقل شاكاً في الضارية، لعدم إحراز بقاء موضوعه، كما ذهب إليه العلامة الأنصاري رحمته الله (١) فتعدى من ذلك بالمناط إلى كل دليل عقلي إذا شك في موضوع حكمه، كالإجماع القائم في المقام على جواز التراد قبل طرؤ الملزم، والمتيقن منه يكون هو قبل تبدل الصورة، فبعد التغير يشك في بقاء الموضوع، حيث ليس في معقد الإجماع في المقام لفظ كان له إطلاق حتى يتمسك لصدق البقاء بإطلاقه، فلا يجري استصحاب جواز التراد، فلا بد من الحكم باللزوم.

إلا أنه يكون محل الإشكال: من جهة أن صدق بقاء الموضوع في الاستصحاب - كما تقرّر في محله - يكون بيد العرف، فمع صدق البقاء عندهم كان الأصل جارياً، والموضوع لجواز التراد عبارة عن العين، فإدعاء عدم وجود اللفظ لمعقد الإجماع ممنوع، حيث قال في السرائر: الأقوى أن المعاطاة غير لازمة، بل لكل

منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فإن تلفت لزمت<sup>(١)</sup> وكذا كلمات غيره من المجمعين، حيث يقولون تلزم المعاظة مع تلف العينين أو إحداهما لامتناع تراد العين، فإذا حكم العرف ببقاء العين وأن الموضوع لجواز التراد يكون عبارة عن جسميّة الحنطة، لا خصوص عنوان الحنطة، كان استصحاب جواز التراد جارياً.

### في نقل كلام الشهيد الثاني رحمته في المعاظة

**الجهة الحادية عشرة:** هي أن الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاظة بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلة قال: يحتمل الأول، لأنّ المعاوضات محصورة وليست إحداها، وكونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل، ويحتمل الثاني لإطباقهم على أنها ليست بيعاً حال وقوعها، فكيف تصير بيعاً بعد التلف، وتظهر الفائدة في ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها، كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن أو بعضه، وعلى تقدير ثبوته فهل الثلاثة من حين المعاظة أو من حين اللزوم؟ كل محتمل، ويشكل الأول، بقولهم أنها ليست بيعاً، والثاني، بأنّ التلف ليس معاوضة بنفسها، اللهم إلا أن يجعل المعاظة جزء السبب، والتلف تمامه، والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا، بناءً على أنها ليست لازمة، وإنّما يتم على قول المفيد رحمته ومن تبعه، وأما خيار العيب والغبن فيأتيان على التقديرين كما أن خيار المجلس منتفٍ<sup>(٢)</sup>.

**أقول:** لا إشكال في أنه لا يجيء النزاع المذكور بل لا معنى له على القول بإفادة المعاظة الملك، لكونها بيعاً حينئذ، كما لا إشكال في عدم تأتية على القول بأنّ قصد المتعاطين يكون منها الإباحة، كما ذهب إليه صاحب الجواهر رحمته<sup>(٣)</sup>

(١) السرائر ٢: ٢٥٠، لكن المذكور ليس عبارة السرائر بل معناه. (٢) المسالك / ١٧٠.

(٣) الجواهر ٢٢: ٢١٨.

حيث لم يقصد منها البيع، حتى يقال إنها بعد التلف هل تصير بيعاً أو معاوضة مستقلة، فينحصر مجيئه على القول بأن قصد المتعاطين يكون منها التملك البيعي، لكن الشارع لم يمض عنوان التملك، فينازع حينئذ في أنه إذا قصد منها التملك البيعي ولم يمض الشارع عنوان التملك فهل تصير بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلة؟ لكن إذا لم تكن المعاطاة بيعاً حين وقوعها بناءً على القول بالإباحة كما هو مفروض الشهيد رحمته فكيف تصير بيعاً أو معاوضة مستقلة بعد التلف، فلا وجه لشيء من الوجهين.

إلا أنه يمكن تصوير ذلك بأحد وجهين، أحدهما: أن يقال: أنها تصير معاوضة قهرية شرعية وإن لم تكن مقصودة حين التلف، بل لم يصدر من المتعاملين حينه شيء، لكن هذا الوجه لا دليل عليه.

**الثاني:** أن يقال: أن المعاطاة تكون جزء السبب والتلف تامه، بأن يكون التلف نظير قبض المجلس في الصرف والسلم، فتكون بعد التلف مشمولة لأدلة البيع وإطلاقاته، يعني وإن لم تكن من الأول مشمولة لأحل الله البيع، لكن تصير مشمولة له بعد التلف، والتقطيع الزماني من حيث عدم المشمولية من الأول والشمول بعد التلف غير مضر، نظير التقطيع في المبيع في بيع ما يملك مع ما لا يملك.

وما يورد<sup>(١)</sup> على هذا الوجه - من أن لازمه يكون عدم جواز التصرف قبل التلف، لعدم تمامية المعاملة قبله - يكون محلّ الخدشة: حيث إن لزومها على الإباحة متوقف على التلف، لكن جواز التصرف غير متوقف عليه. فقد انقذح من ذلك الخدشة في تحقق المورد، من أن التحقيق أنها معاوضة مفيدة للإباحة شرعاً، إباحة جائزة قبل التلف لازمة بعده، ولا يخرج عن كونها

(١) المورد هو المحقق السيد كاظم اليزدي رحمته. منه، حاشية المكاسب / ٨٣.

إباحة، ولا دليل على صيرورتها مفيدة للملك بعده، فلا فرق بين ما قبل التلف وما بعده في عدم كونها مفيدة للملكية، وإنما الفرق هو بالجواز واللزوم، حيث قد عرفت من وجود الدليل وأنها بعد التلف تصير مشمولة لأدلة البيع وإطلاقاته.

### إذا وقع الاختلال بالنسبة إلى بعض شرائط عقد البيع هل يترتب عليه أثر البيع أم لا؟

**الجهة الثانية عشر:** هي أنه إذا وقع البيع العقدي جامعاً لما يعتبر وجوده في العقدي والمعاطاتي من شرائط العقد - يعني الالتفات والقصد إلى المعنى وعدم الغفلة عنه وغير ذلك - وشرائط المتعاقدين والعوضين، لكن وقع الاختلال بالنسبة إلى بعض الشرائط المعتبرة في العقد شرعاً هل يترتب عليه أثر البيع أو لا؟.

توضيح ذلك: أن الشرط إما عرفي كاعتبار الموالاة مثلاً، أو عقلي وعرفي كاعتبار تأخر القبول عن الإيجاب مثلاً، بناءً على اعتباره، أو شرعي كاعتبار العربية والماضوية بناءً على اعتبارهما شرعاً مثلاً، فلو أوقع عقد البيع جامعاً لجميع الشرائط سوى العربية مثلاً، لا يترتب عليه الأثر المختص بالبيع العقدي. لكن هل يترتب عليه أثر البيع أو محكوم بحكم البيع الفاسد؟، وما يخلج بالبال في بدو النظر هو أنه محكوم بحكم البيع الفاسد، لأن إنشاء التمليك إما يحصل باللفظ أو الفعل، والأول لم يقع بعد اعتبار العربية فيه، والثاني لم يكن مقصوداً، حيث إن جواز التصرف لا بد أن يستند إلى سبب ولا سبب له في الفرض.

لكن يمكن أن يقال بالصحة، بيان ذلك: أن أمر الشرائط مختلف، حيث إن بعضها يكون دخیلاً في اللزوم، وبعضها في الصحة، فإن قلنا: إن العقد أمر توقيفي كالعبادة، فالمتيقن منه هو أن يكون عربياً، فالعقد في الفرض فاسد ومحكوم بحكم البيع الفاسد، لكن إن لم نقل بالمتيقن - كما هو الظاهر - فالعقد في الفرض

فاسد.

مشمولاً لـ ﴿أوفوا بالعقود﴾ كما أنه إن فهمنا من اتفاق أو غيره كون العربية شرطاً في الصحة فالعقد في الفرض أيضاً فاسد، لكن إن فهمنا من ذلك الاتفاق أو غيره كون العربية شرطاً في اللزوم كانت المعاملة في الفرض مشمولة لأحل الله البيع.

ثم إنه على فرض الشك ودوران الشرط بين أن يكون شرطاً في اللزوم أو الصحة هل يصح التمسك بـ ﴿أحل الله البيع﴾ ويكون الفرض مشمولاً له أو لا؟. فنقول: المتيقن من انتفاء الشرط يكون هو اللزوم لا الصحة، فيصح التمسك بعد صدق البيع عرفاً.

وبما ذكرنا يجمع بين قولهم: من أنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك وكان مضموناً عليه<sup>(١)</sup> وبين ما يظهر من كلام غير واحد تبعاً للمحقق<sup>(٢)</sup> والشهيد الثانيين<sup>(٣)</sup> من أنه لو أخلاً بالشروط المعتبرة في الصيغة وأوقعا البيع خالياً عنها وعلم التراضي منهما كان معاطاة، بحمل الأول على الإخلال بالشرط الذي يكون دخيلاً في الصحة والثاني على الإخلال بالشرط الذي يكون دخيلاً في اللزوم.

(١) الشرائع ٢: ١٣.

(٢) صيغ العقود المطبوع ضمن كلمات الفقهاء / ٤٤٧ طبعة شيخ احمد الشيرازي سنة ١٣١٥.

(٣) المسالك ١: ١٦٩.

## شروط العقد

**الجهة الرابعة:** في عقد البيع والبحث في ذلك يكون في مقامات: الأول: أنهم قالوا: إن اللزوم في العقود اللازمة التي يكون من جملتها البيع متوقف على اللفظ للنصوص والإجماع والشهرة، بل ذهب المشهور من القدماء إلى اعتبار لفظ خاص.

لكن التمسك بالنصوص لا وجه له: لعدم دلالتها على المدعى كما عرفت في المقام الثاني

وأما الإجماع، فالمنقول منه غير معتبر، والمحصّل أولاً: غير حاصل لوجود المخالف، حيث ذهب المفيد رحمته الله ومن تبعه إلى لزوم المعاوضة<sup>(١)</sup>.

وثانياً: على التسليم غير معتبر في المقام، لاحتمال أن يكون مدركه النصوص. وأما الشهرة الفتوائية، فلا دليل على اعتبارها، فالحق: هو عدم اعتبار اللفظ في العقود، إلا على وجه الاحتياط بملاحظة ما ادعى من الإجماع والشهرة.

نعم، ثبت اعتباره في النكاح والطلاق بالنص والإجماع. وبالجملة: لا دليل على اعتبار اللفظ، لكن على فرض الاعتبار يختص ذلك بصورة القدرة، فإذا كان الشخص عاجزاً عن ذكر اللفظ لخرس ونحوه يكون إشارته مثل ذكر اللفظ، إلا أنه إنما الكلام في أن كفاية إشارته هل تكون على طبق القاعدة أو على خلافها.

قد يقال: بأن الكفاية تكون على خلاف القاعدة وأن قيام الإجماع على الكفاية

هل إجراء صيغة البيع بالكتابة يكون محققاً لإنشاء البيع أم لا؟..... ١٢٧

يكون من باب التعبد.

لكن يمكن أن يقال: إن الكفاية تكون على طبق القاعدة، وأنه لو فرضنا عدم قيام الدليل من الخارج على الكفاية لقلنا بذلك، وأن ما دلّ على لزوم العقد مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾ كما يكون دالاً على لزوم العقد اللفظي الصادر من القادر كذلك يدلّ على لزوم عقد الأخرس، وأن عقده عبارة عن إشارته.

وبعبارة أخرى: العقد أمر مقول بالتشكيك يكون من مراتبه إشارة الأخرس، لكن إشارته في باب القراءة يعتبر أن يكون إلى اللفظ، من جهة أن معنى ما ورد - من أن تلبية الأخرس وتشهده وقراءة القرآن في الصلاة تحريك لسانه، وإشارته بإصبعه - هو أن تكليفه يكون أولاً تصوير اللفظ ثم الإشارة إلى وجوده الذهني، حيث إن اعتبار اللفظ في هذا الباب مأخوذ على نحو الموضوعية، بخلاف مثل البيع والطلاق والنكاح وأمثال ذلك في الإنشائيات، حيث إن اعتبار اللفظ فيها مأخوذ على نحو الطريقة فيعتبر الإشارة فيها إلى المعنى.

ثم، إنه لو قلنا: بأن جواز التوكيل للقادر يكون في عرض المباشرة، ففي الأخرس يكون كذلك، لكن إن قلنا في القادر بالطولية هل تقدّم إشارة الأخرس على توكيله أو لا؟ الظاهر هو التقدّم حيث فرضنا أن عقده عبارة عن إشارته بحسب الأدلة الأولية، وأما إن قلنا: بكفاية إشارة العاجز لأجل التعبد وخلاف القاعدة، فإن قلنا في القادر بعرضية التوكيل مع المباشرة فهل يقدّم توكيل الأخرس على إشارته أو لا؟ الظاهر هو التقدّم، لأن التوكيل بدل اختياري إن لم يكن الإطلاق، لما دلّ على كفاية الإشارة، وإن قلنا بالطولية في القادر يكون توكيل الأخرس في عرض إشارته إن كان الإطلاق لما دلّ على كفاية الإشارة.

هل إجراء صيغة البيع بالكتابة يكون محققاً لإنشاء البيع أم لا؟

ثم إنه هل تكفي الكتابة مع العجز عن الإشارة، وعلى فرض الكفاية مع العجز



هل تكفي مع القدرة أو لا؟ فنقول: لا إشكال في أن الإشارة تكون محققة للإنشاء بلا واسطة شيء، وأما الكتابة فتحقق الإنشاء بها يتوقف بحسب العادة والتعارف على وسائط من تعلم الكتابة وعرفان الألفاظ ونقوشها، ومعرفة معانيها، فالكتابة بعيدة عن الإنشاء.

**وبالجملة:** تكون الإشارة أصرح في الإنشاء من الكتابة، ولا إشكال في أن الكتابة في الإخباريات والقصص والحكايات تكون محققة لعنوان الخبر والقصّة والحكاية، إذا احرز بقريئة أو أصل عقلائي أن الكاتب لا يكون لاغياً وغافلاً عنها، بل يكون في مقام الإخبار، وأما الحكم الذي رتب على الخبر فلا بد أن يلاحظ لسان دليل ذلك الحكم، فإن كان مترتباً على تحقق مطلق الخبر كترتب بطلان الصوم على تحقق عنوان الكذب على الله ورسوله في نهار شهر رمضان يترتب هذا الحكم على الكذب بالكتابة أيضاً، وإن كان مترتباً على عنوان خاص كترتب بطلان الصلاة على التكلم فيها عمداً بكلام من غير القرآن والدعاء لا يترتب على الكتابة.

**وبالجملة:** لا إشكال في أنه يتحقق الخبر بالكتابة، فيتحقق الخبر بكتابة الأخبار والأحاديث المدونة في الوسائل مثلاً.

فما أفيد من أنه: لا يتحقق عنوان الخبر والراوي بالقول فضلاً عن الكتابة، إلا إذا كان الناقل مجازاً، لأجل أن الإجازة من المجيز إخبار إجمالي للمجاز بالنسبة إلى ما في كتب معينة، أجاز له في نقلها، أو كتاب معين أجاز له في روايته.

غير وجيه: لتحقق الخبر بالكتابة عرفاً بدون الإجازة فضلاً عن النقل بالقول بدونها، كما أن الظاهر هو أنه يتحقق الخبر والشهادة عرفاً بالكتابة.

فما يدعى: من عدم تحقق ذلك إلا بالقول فلا اعتبار بمدح الرجالي وذمه بالكتابة أولاً: لعدم تحقق الشهادة بها.

وثانياً: لعدم وجود التعدد والعدد المعبر في الفرع غالباً.

هل إجراء صيغة البيع بالكتابة يكون محققاً لإنشاء البيع أم لا؟..... ١٢٩

**وثالثاً:** لعدم اعتبار شهادة فرع الفرع على فرض وجود العدد المعتبر، يكون محل الخدشة أولاً: لتتحقق الشهادة بها عرفاً كما عرفت.

**وثانياً:** على التسليم لا يكون اعتبار مدح الرجالي وذمه من باب الشهادة الاصطلاحية، بل يكون من أسباب حصول الاطمئنان بممدوحية الممدوح ومذمومية المذموم.

كما أنه لا إشكال في أن الكتابة تكون محققة للإنشاء في الأوامر والنواهي الصادرة من الموالي إلى العبيد لاعتبار العرف ذلك، كما يعتبر العرف ذلك في التبريكات والتسليّات والتحيّات، فيجب ردّ السلام على المكتوب إليه.

وهل يتحقق بها الإنشاء في العقود مثل البيع والإجارة والهبة وأمثال ذلك، والإيقاعات من الطلاق والعتق والظهار ونحوها إذا أحرز أن الكاتب يكون في مقام إيجاد الإنشاء بها أو لا يتحقق بها؟ كما ذهب إليه المشهور، ولا يخفى أن الكلام يكون في تحقّقه بها لا في كاشفيتها عنه، حيث إنّه إذا أحرز أن الكاتب كان في مقام الوصية مثلاً، قبل الكتابة، وعلمنا بخطئه وإمضائه تكون الكتابة كاشفة عن الوصية، ويحصل الإطمئنان بوقوعها، لكن الكلام في تحقّق الإنشاء بها وقد يتأمل في تحقّقه بها، لكن الظاهر هو تحقّقه بها، لاعتبار العرف وقيام السيرة على ذلك، ولما رواه محمد بن محمد بن النعمان المفيد في المقنعة، قال: قال رسول الله ﷺ: «الوصية حقّ كلّ مسلم» قال: وقال: «ما ينبغي لإمرئ مسلم أن يبيت ليلة إلا ووصيته تحت رأسه»<sup>(١)</sup> حيث يفهم منه أن كفاية ذلك لا يكون لأجل التعبد، بل بواسطة تحقّق الإنشاء بها.

وقد انقذ من ذلك الخدشة في قول<sup>(٢)</sup> من حكم بأولوية وقوع الوصية العهديّة بالكتابة من الوصية التمليكية، نظراً إلى أن العهديّة عهد والعرف لأجل

(١) الوسائل ١٣: ٣٥٢ ح ٦ و ٧، المقنعة / ١٠١، الطبعة الحجرية.

(٢) القائل هو المحقق سيّدنا الاستاذ مدّ ظلّه، منه. كتاب الوصية من الوسيلة المسألة ٣٧.

عدم إشتغالها على إنشاء التملك والقبول يعتبر تحققها بها، حيث إن التملك أيضاً عهد بواسطة أن الوصية تكون بمعنى العهد إلى الغير، غاية الأمر قد يتعلّق بتملك شخص شيئاً من ماله، وقد يرجع إلى تسليط في التصرف، وقد يتعلّق بفعل آخر كفك ملك بتحرير أو وقف، وقد يرجع إلى أمر يتعلّق بنفس الموصي كأمر تجهيزه ودفنه، وقد يتعلّق بغير ذلك.

وبالجملة: أن العهديّة والتملكيّة مشتركان في اعتبار الإنشاء فيهما، فإن كان الإطلاق للخبر المتقدم تتحقّقان بالكتابة، وتكون الكتابة محققة لإنشاء الوصية فيهما، وإلا لا تكون محققة للعهدية أيضاً، فلا أولوية للعهدية على التملكية. وثانياً: أن النذر عهد مع الله ﷻ فلا بد أن يتحقّق بالكتابة، والحال أنه - دام ظلّه - استشكل في تحقّقه بها.

وأما تحقيق كونها من العقود، وأنّ القبول في التملكية شرط لتحقق الوصية وصحتها، غاية الأمر قام الدليل من الخارج على عدم اعتبار المولات فيها بين الإيجاب والقبول، أو الإيقاعات وأنه تتحقّق الوصية بدون القبول، لكنّه شرط لصحة التصرف في متعلّق الوصية، فموكول إلى محلّه.

### في أن التوكيل بالكتابة يكون محققاً لإنشاء الوكالة

كما أنّ الكتابة تكون محققة لإنشاء الوكالة التي تكون عبارة عن إعطاء الموكل السلطنة للوكيل، لاعتبار العرف والسيره، فعنوان أنّ الوكالة على هذا يكون غير عنوان النيابة، يعني تكون نظير المنصب، فالفرق حينئذ بين الوكالة والنيابة يكون من وجهين: الأول: أنّ الوكالة تكون من الإيقاعات، فلا يحتاج وقوعها وصحتها إلى القبول، بل القبول يكون شرطاً لصحة التصرف في متعلّقها، بخلاف عنوان النيابة.

الثاني: أنّ النائب لا بد أن يأتي بالفعل نيابة عن المنوب عنه، وإلا لا يعدّ الفعل

في أن التوكيل بالكتابة يكون محققاً لإنشاء الوكالة..... ١٣١

عملاً للمنوب عنه ولا يحسب له، بخلاف الوكيل.

إن قلت: فلم يذكر الوكيل الموكل في مقام إجراء صيغة البيع والشراء والنكاح مثلاً.

قلت: ذكره يكون لأجل الإعلام وبيان متعلق الوكالة.

نعم، قد يقال: إن التوكيل إذا كان فقط بالنسبة إلى إجراء الصيغة يكون داخلياً في عنوان النيابة، لكنّه بناءً على ما ذكر من أنّها تكون نظير المنصب غاية الأمر منصب يجوز فيه الرجوع.

يكون محلّ التأمّل، حيث يكون أيضاً من إعطاء السلطنة، غاية الأمر يكون سلطنة صغيرة ولا تكون التوسعة في دائرة متعلقه.

ثمّ إنّّه إذا وكلّ المجتهد فقيراً في أخذ الزكاة قد يقال: إنّّه يكون من عنوان النيابة، حيث لا معنى لإعطاء السلطنة له بملاحظة أنّه يجوز للفقير أخذ الزكاة لنفسه من دون أن يوكله المجتهد.

لكنّه أيضاً يكون محلّ الخدشة: حيث يختلف العنوان بقصد الفقير أخذ الزكاة لنفسه أو للمجتهد، يعني يتحقّق عنوان الوكالة إن صار وكيلاً لأخذها للمجتهد، كنفس المجتهد إن أخذ الزكاة وكان فقيراً، حيث يختلف عنوان ذلك، لأجل أنّه إن أخذ الزكاة لنفسه لا يكون لأجل الولاية، وإن أخذ للفقراء كان بواسطة عنوان الولاية.

وأما تحقيق عدم اعتبار الموالاة فيها - وأنّها تكون من العقود، ولكن لا يضرّ عدم الموالاة فيها بين الإيجاب والقبول للإجماع والنص، أو أنّه لم يثبت الإجماع. ولم يرد النص على عدم اعتبار الموالاة فيها، فتعتبر فيها الموالاة فتبطل بدون الاتصال، غاية الأمر يجوز التصرف لأجل الإذن لا الوكالة، أو أنّها تكون من الإيقاعات فيتحقّق بتوكيل الموكل، ويكون قبول الوكيل شرطاً لصحة تصرفه في متعلق الوكالة - فموكول إلى محله.

الحاصل: لا إشكال في تحقّق الإنشاء بالكتابة في بعض أقسام العقود، وبعض أقسام الإيقاعات، حيث إنّ تحقّقه بها يكون باعتبار العرف واعتباره يختلف باختلاف الموارد.

ثمّ، إنّهُ كَلَمَا يعتبره العرف في العقد اللفظي القولي علاوة عمّا اعتبره الشارع - كما سيأتي البحث عن ذلك في المقام الثاني إن شاء الله - يعتبر أيضاً في الكتابة. ثمّ، إنّهُ إذا شكّ في تحقّق عنوان إنشاء التملك بها في البيع مثلاً، يكون الأصل هو الفساد وعدم التحقّق، وأما إذا أحرز بها العنوان وشكّ في ترتّب الحكم فلا بدّ من لحاظ دليل الحكم، فإن كان ظاهراً في العموم أو الخصوص فهو، وإن لم يكن له ظهور فيهما بل شككنا في ذلك فمقتضى الأصل الحكمي يختلف في ذلك، حيث إنّ مقتضاه قد يكون عدم الحكم، مثل أن ينذر الشخص بالكتابة ترك شرب القهوة مثلاً، ثمّ خالفه وشربها، حيث يكون مقتضى الأصل عدم وجوب الكفارة، وقد يكون الشغل، مثل أن يكتب لفظ «أبرأت» وشكّ في أنّه هل هو مبرأ لما كان في ذمّة المديون أم لا؟

### يقع العقد باللفظ الكنائي والمجازي أو ينحصر وقوعه باللفظ الحقيقي؟

المقام الثاني: هو بناءً على اعتبار اللفظ لا بدّ من التكلّم في الخصوصيات المعتبرة فيه، والبحث في ذلك يكون من جهات: الأولى: كما قال العلامة الأنصاري رحمته الله: في موادّ الألفاظ من حيث إفادة المعنى بالصراحة والظهور والحقيقة والمجاز والكناية، ومن حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة <sup>(١)</sup>. لكن يمكن الخدشة في هذا العنوان: بأنّه لا وجه لجعل المجاز عنواناً في قبال الحقيقة والكناية؟ حيث إنّهُ في مورد استعمال اللفظ إن كانت الإرادة الجديّة

هل يقع العقد باللفظ الكناثي والمجازي أو ينحصر وقوعه باللفظ الحقيقي؟ ..... ١٣٣

مطابقة للاستعمالية كأن يقول: المتكلم رأيت أسداً - مثلاً بأن استعمل الأسد في الحيوان المفترس، وكان مراده بالإرادة الجدبة أيضاً ذلك، كان الاستعمال حقيقياً، وإن لم تكن الإرادة الجدبة مطابقة للاستعمالية، كأن يقول: رأيت أسداً يرمي، بأن استعمل الأسد في الملزوم، والموضوع له يعني الحيوان المفترس، لكن أراد منه بالإرادة الجدبة الرجل الشجاع، بنصب قرينة يرمي، كان كنايةً، ولمّا لم يكن للعرف التفات إلى هذا المعنى يعبرون عن الكناية بالمجاز.

وبالجملة: لا يكون الأسد في قولنا: رأيت الأسد يرمي مساوفاً للرجل الشجاع من حيث المعنى، ولا يرد عليه: فليس في البين قسم ثالث يسمّى بالمجاز.

لكن هذا الإشكال يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ علماء النحو والمعاني والبيان قالوا: بأن أبناء المحاورة يستعملون الأسد في قولنا «رأيت أسداً» في الرجل الشجاع، وصرّحوا بمجازيته في قبال الحقيقة والكناية، فالخدشة المذكورة مع تصريح أهل الاصطلاح بالوقوع والمجازية في قبال الحقيقة والكناية لا وقع لها، فاستعمال اللفظ إما أن يكون بنحو الحقيقة أو الكناية أو المجاز.

وكيف كان، فالجهة الأولى: تكون في موادّ الألفاظ من حيث إفادة المعنى بالصراحة والظهور.

الثانية: في هيئة كل من الإيجاب والقبول من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية وكونه بالماضي.

الثالثة: في هيئة تركيب الإيجاب والقبول من حيث الترتيب والموالاة. أمّا الجهة الأولى: فقد وقع الخلاف في ذلك بين الأعلام، قول بأنه يكون من شروط الصيغة اللفظ الصريح، فلا يقع بالكنايات، كما نسب إلى المشهور، ولعلّ المراد من اللفظ الصريح هو أن يتضح دلالته على المقصود لكن يظهر من كلمات جمع في باب «الطلاق» وغيره أنّ المراد من الصريح هو أن يكون اللفظ موضوعاً

لعنوان ذلك العقد لغةً أو شرعاً، وقد استدلَّ<sup>(١)</sup> على ذلك بعدم صدق العقد إذا وقع باللفظ الكنائي، لأجل أنَّ العقد عهد مؤكَّد، ويمنع تأكُّده إذا وقع باللفظ الكنائي، لسراية الوهن من اللفظ إلى المعنى لما بينهما من شدَّة الارتباط، بل نحو من الاتِّحاد.

إلَّا أنَّه قد يورد عليه<sup>(٢)</sup> باختلاف المعنى وأنَّه قد يكون المعنى شديداً وقد يكون ضعيفاً، ويمكن أن يكون الأمر الضعيف موجباً لظهور القويِّ وتحقُّقه. لكن هذا الإيراد يكون محلَّ الخدشة: من جهة أنَّ المعنى في الإنشائيات يتحقَّق بالسبب والإنشاء، ولا وقع للمعنى من دون السبب، فإن لم يكن السبب شديداً لا يكون موجباً لتحقُّق المعنى الشديد.

**وبالجملة:** لا معنى لقياس الإنشائيات على الإخباريات. وكيف كان، هذا الاستدلال يكون محلَّ الخدشة أولاً: لأجل أنَّه على الإطلاق لا وجه له، حيث إنَّ الكناية في بعض الموارد بلحاظ احتفافها بالقرينة تكون أبلغ من التصريح.

**وثانياً:** أنَّ عنوان العقد يكون من العناوين العرفية، وإذا كان اللفظ الكنائي محفوفاً بالقرينة كان محققاً لإنشاء التمليك وعنوان عقد البيع عرفاً. وقد انقذح ممَّا ذكر عدم تمامية قول فخر الدين في الإيضاح<sup>(٣)</sup> من أنَّ العقود المؤثرة في النقل والانتقال أسباب شرعية توقيفية، وأنَّ كلَّ عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة لا بدَّ من الاقتصار عليه، حيث لم يرد من الشارع اعتبار صيغة مخصوصة في آية ولا رواية، إلَّا أن يكون مراده من هذا الكلام هو الاقتصار على الألفاظ الواردة في الآيات والأخبار الواردة في كلِّ باب من الأبواب الدالة على

(١) المستدل هو المحقِّق الخراساني منه. حاشية المكاسب / ٢٧.

(٢) المورد هو المحقِّق سيِّدنا الاستاذ (مد ظله) منه، الوسيلة / كتاب النكاح / المسألة الأولى

في صيغة الطلاق. (٣) إيضاح الفوائد ١: ٤١٢.

هل يقع العقد باللفظ الكنائي والمجازي أو ينحصر وقوعه باللفظ الحقيقي؟ ..... ١٣٥

أحكامها، فلا بدّ في البيع مثلاً، من الاقتصار على لفظ البيع الوارد في آية: ﴿أحلّ الله البيع﴾ وهكذا، فحينئذ يجوز إيقاع إجارة سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها بلفظ البيع، لورود ذلك في الخبر.

كما أنه انقذ مما ذكر أيضاً عدم تمامية قول من قال باشتراط الحقيقة في الصيغة، وأنه يعتبر أن لا يقع العقد باللفظ المجازي، حيث إن لازمه يكون عدم صحة العقود اللازمة طرّاً، لأجل أن فعل الماضي في مثل «بعت» مثلاً، في البيع، وهكذا «أنكحت» في النكاح وغيرهما موضوع للإخبار، واستعماله في الإنشاء يكون بنحو المجاز.

إلا أن يكون مراده من اشتراط الحقيقة في الصيغة الاشتراط من حيث المادة، يعني كان إيقاع البيع مثلاً، بلفظ بعت لا سلمت.

وقول بالتفصيل بين اللفظ الحقيقي والمجازي الدال على المقصود بتوسط قرينة لفظية وضعيّة، والكنائي المحفوف بالقرينة الوضعيّة، والمشارك بكلا قسميه، المحفوف أيضاً بالقرينة اللفظية الوضعيّة مثل نقلت بالبيع، بالكفاية فيها، لتحقق العقد بها، وبين المجازي والكنائي، والمشارك المحفوف بالقرينة الحالّية، وأنه لا يكفي ذلك، حيث لم يتحقق عقد البيع باللفظ فقط، كما جمع بذلك العلامة الأنصاري رحمته الله بين كلمات الأصحاب<sup>(١)</sup>.

لكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أنه بناءً على تسليم قيام الإجماع على احتياج الزوم في العقود اللازمة إلى اللفظ، يتحقق عنوان العقد بالمجازي والكنائي والمشارك المحفوف بالقرينة الحالّية أيضاً، مع أن القرينة الحالّية قد تكون موجبة لظهور اللفظ، ويكون تحقق العقد مستنداً إلى اللفظ فقط.

نعم، إن كانت القرينة الحالّية جزء الناقل والسبب يشكل صدق تحقق العقد



باللفظ، لأنَّ المركَّب من الداخل والخارج خارج، بملاحظة أنَّ النتيجة تكون تابعة لأخسَّ المقدمتين.

وبالجملة: فكلُّ لفظ كان محققاً لعنوان اللفظ وقالباً للمعنى، يعني كان له ظهور عرفي في المعنى المقصود يكتفى به في تحقُّق العقد، فإن تحقَّق عنوان عقد البيع كان مضمولاً لـ ﴿أوفوا بالعقود﴾ وإن شككنا في تحقُّق عنوان العقد فإن صدق عليه عنوان البيع كان مضمولاً لـ ﴿أحلَّ الله البيع﴾، وإلَّا كان المرجع هو أصل الفساد، يعني عدم تحقُّق النقل والانتقال.

### هل يصح إيقاع العقد بالجملة الإسمية، أو ينحصر إيقاعه بالفعلية؟

وأما الجهة الثانية: فهي أنَّه هل يعتبر إيقاع العقد بالجملة الفعلية كما ذهب إليه المشهور، أو يصحَّ إيقاعه بالجملة الإسمية أيضاً؟ فنقول: توضيح ذلك يتوقف على مقدِّمة، وهي أنَّه هل يكون الفرق بين إيقاع العتق والظهار والطلاق وغيرها من الإيقاعات بالجملة الإسمية مثل أنت حر، وأنت علي كظهر أمي وزوجتي طالق، وبين إيقاعها بالجملة الفعلية مثل حررتك وظهرتك وطلقتك، في صورة قصد الإنشاء فيهما أو لا؟.

الظاهر هو الفرق حيث إنَّ المفهوم من الإسمية والنظر فيها في الطلاق مثلاً، أولاً وبالذات يكون إلى تعنون الموضوع والمرأة واتصافها بصفة الفراق، وإن كان يلازم ذلك صدور الحدث، يعني عنوان المطلقية من الفاعل، فيكون معنى الإسمية نظير المعنى المصدرى، بخلاف المفهوم من الفعلية حيث يكون مفادها نظير الحاصل من المصدر، وإنَّ النظر فيها أولاً وبالذات يكون إلى صدور الحدث من الفاعل وإن كان يلازم ذلك تعنون المرأة واتصافها بصفة الفراق، فما ورد في الطلاق من الحكم بجواز إيقاعه في الجملة الإسمية أو حصره فيها يكون على طبق القاعدة، فحينئذ لا بدَّ في العقد مثل البيع مثلاً، من الاختصار على الفعلية وعدم

هل يصح إيقاع العقد بالجملة الإسمية، أو ينحصر إيقاعه بالفعليّة؟ ..... ١٣٧

صحته في الإسمية، يعني بمثل هذا المال مبيع لك بكذا، ونحوه مما يكون مفاده أولاً وبالذات تعنون المال بالمبيعية والطرف بالمبتاعية، حيث يكون النظر في العقود أولاً وبالذات إلى صدور الحدث، وعنوان المملكية من الفاعل وإن كان يلزم ذلك تعنون المال بالمبيعية والطرف بالمبتاعية.

ويمكن أن يقال: إن الإسمية تكون أصرح في الإنشاء من الفعلية، لأجل أن الفعل يدل على الزمان، كما ذهب إليه المشهور من أهل الأدبية، يعني الفعل الماضي يدل بحسب الوضع على الزمان الماضي، فاستعماله في الإنشاء مجاز، والمضارع بحسب الوضع مشترك معنوي بين الحال والاستقبال، فإرادة الإنشاء منه تحتاج إلى القرينة، بخلاف اسم الفاعل، حيث إنه موضوع للذات المتلبس بالمبدأ، ويصح إطلاقه على الأزمنة الثلاثة بلا ارتكاب مجاز ونصب قرينة، فيكون أصرح في الإنشاء من الفعل.

لكن اعتبار العرف يكون على خلاف ذلك، مع أن الاسم وإن لم يدل على الزمان ويصح إطلاقه على الأزمنة الثلاثة، لكن إرادة الإنشاء منه في الحال تحتاج إلى نصب قرينة لتعيين الحال.

لكن قد يقال<sup>(١)</sup>: إن الإسمية تكون أصرح في الإنشاء من الفعلية، لاستكشاف ذلك من حكم الشارع بجواز الطلاق بها، وجه الأصرحية: هو أن الطلاق بالإسمية يكون أولى في مطلوبة الاحتياط من البيع، فإذا جاز إيقاع الطلاق بالإسمية يجوز إيقاع البيع بها بالطريق الأولى.

لكن يكون محلّ الخدشة: لما عرفت من أن النظر في العقود يكون أولاً وبالذات إلى صدور الحدث من الفاعل، وبعبارة أخرى: اعتبار العرف في العقود يكون على خلاف ذلك، وكيف كان فلا بد من ملاحظة بناء العرف، فإن كان بانهم

(١) القائل هو العلامة الأنصاري. منه، المكاسب ٧: ٤٤.

على التوسعة، يعني اعتبار الكفاية في العقود بالفعليّة والإسميّة، مثل «هذا المال مبيع لك» ونحوه، وفي الإيقاعات الفعليّة والإسميّة حتى بمثل أنتٍ مطلّقة، وأنتِ الطّلاق في مقام المبالغة في الفراق لا حمل المصدر على الذات، يحتاج التضييق إلى الدليل، وإن كان بنائهم على التضييق تحتاج التوسعة إلى الدليل.

والظاهر أنّ بنائهم لا يكون على التوسعة في العقود، فلا بدّ في مقام الإنشاء من الاقتصار على الفعليّة، والإسم الذي يكون مفاده أولاً وبالذات صدور الحدث من الفاعل مثل «أنا بائع لك هذه السلعة بكذا» ونحوه.

لكن لا يبعد أن يقال: بتحقق العقد بمثل هذا المال لك بكذا، حيث إنّ الحكم بالاختصاص على وجه الغرامة والمقابلة لا يكون إلّا مفاد عقد البيع.

وبالجملة: إن تحقّق عنوان العقد بالإسميّة واعتبر العرف تحقّقه بها، كان مشمولاً لـ ﴿أوفوا بالعقود﴾ وإن لم يصدق عنوان البيع كان مشمولاً لـ ﴿أحلّ الله البيع﴾ وإلّا كان المرجع هو أصل الفساد وعدم النقل والانتقال.

### في أنّه هل يعتبر أن يكون العقد عربياً أو لا؟

المقام الثالث: أنّه هل يعتبر أن يكون العقد عربياً أو يقع بغيره أيضاً؟ فنقول: قد تقدّم أنّه لا يعتبر اللفظ في تحقّق عنوان البيع، وعلى فرض اعتباره لا يعتبر أن يكون عربياً، لصدق العقد على غيره أيضاً، فيقع العقد بكلّ لغة ولو مع التمكن من العربيّ إلّا النكاح حيث ادّعى الشيخ والعلامة رحمتهما الاتّفاق على اعتبار العربيّة فيه مع التمكن<sup>(١)</sup>.

ولكن قد استدلّ على الاعتبار بوجوه: الأول: أنّ المعلوم من صحّة العقد هو ما إذا كان بالعربي وغيره مشكوك، فيحكم بعدم ترتّب الأثر، لأصل عدم النقل

(١) المبسوط ٤: ١٩٣ وتذكرة الفقهاء ٢: ٥٨٢.

في أنه هل يعتبر أن يكون العقد عربياً أو لا؟ ..... ١٣٩

والانتقال، ولا يعارض هذا الأصل بأصل عدم شرطية العربية، لأن المراد منه إن كان مفاد كان التامة فهو مثبت، وإن كان مفاد كان الناقصة فهو غير مسبوق بالحالة السابقة.

لكنه مدخول: لما عرفت من صدق العقد بغير العربي، ومشموليته لـ ﴿أوفوا بالعقود﴾.

الثاني: للتأسي والافتداء بالنبي ﷺ والأئمة عليهم السلام لكنه لا يكون دليلاً على التعيين، حيث إن إيقاعهم العقد بالعربي كان لأجل عربيتهم وكون لسانهم عربياً.

الثالث: إن عدم صحته بالعربي الغير الماضي مستلزم عدم صحته بغير العربي بالطريق الأولي.

لكنه أيضاً مدخول: أولاً: لأجل أن عدم صحته بغير الماضي يكون أول الكلام. وثانياً: الأولوية ممنوعة.

الرابع: منع صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي.

لكنه أيضاً مدخول: من جهة أنه إن صدق العقد بغير العربي في حال عدم التمكن يصدق في حال التمكن أيضاً، وإن لم يصدق في الأول ففي الثاني كذلك. لكن يمكن أن يوجه هذا الوجه ببيان أنه لا يمكن تنزيل الغير العربي بمنزلة العربي في حال التمكن، لكن يصح ذلك في حال عدم التمكن، مثل تنزيل كتابة الأخرس وإشارته منزلة اللفظ، والحاصل يمكن استفادة هذا الوجه من فحوى تنزيل كتابة الأخرس وإشارته منزلة اللفظ.

لكنه أيضاً مدخول: لما عرفت من عدم اعتبار العربية في صدق العقد ومشموليته لـ ﴿أوفوا بالعقود﴾.

الخامس: أنه لا يقع بالفارسي، لأنه أعجم - أي عجمة ولكنة - فلا يكون دالاً على المقصود.

لكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أنه ربما يكون الفارسي أصرح في

المقصود من العربي.

ثم إنه بناءً على اعتبار كون اللفظ عربياً هل يعتبر فيه عدم اللحن من حيث المادة والهيئة والإعراب وعدم التحريف أو لا؟ فنقول: إن كان اللحن أو التحريف مغيّراً للمعنى ولم يكن دالاً على المقصود عند أهل المحاورة لا يتحقق به العقد، وكان المرجع فيه أصل الفساد، وإن لم يكن اللحن مغيّراً للمعنى وكان دالاً على المقصود عند أبناء المحاورة، كما إذا قال بعث - بفتح الباء - أو بعث - بكسر العين وسكون التاء - يتحقق به العقد، كان مشمولاً لـ ﴿أوفوا بالعقود﴾ بل نسب إلى السيد: الاكتفاء بالقراءة الملحونة في الصلاة.

لكن الاكتفاء بالملحونة في الصلاة يكون محلّ الإشكال: من جهة أنه في مقام قراءة القرآن في الصلاة لا بدّ من أدائه وحكايته على النحو الذي أنزل على النبي ﷺ ولا تحصل الحكاية مع اللحن، وبعبارة أخرى: ما دلّ على وجوب القراءة في الصلاة منصرف إلى القراءة الصحيحة.

وبالجملة: إن لم يكن اللحن مغيّراً للمعنى وكان دالاً على المقصود عند أبناء المحاورة يتحقق به العقد، كما أنه يتحقق العقد باللغات المحرفة بين أهل السواد ومن ضاهاهم إذا لم يتغير بها المعنى.

ثم إنه بناءً على اعتبار العربية هل يعتبر عربية جميع أجزاء الإيجاب والقبول، كالثمن والمثمن أم يكفي عربية الصيغة الدالة على إنشاء الإيجاب والقبول، يعني الملتق من العربي والفارسي، حتى لو قال: بعثك «إين كتاب را بده درهم» كفى؟ الظاهر هو الأول، لأن غير العربي كالمعدوم، فكأنه لم يذكر في الكلام، وبعبارة أخرى: إن المركب من الداخل والخارج خارج، فعنوان العقد لا يتحقق من المركب.

نعم، لو لم يعتبر ذكر متعلقات الإيجاب كما لا يجب في القبول واكتفى بانفهامها ولو من غير اللفظ يكفي المركب في تحقق عنوان العقد.

يعتبر علم المتكلم تفصيلاً بمعاني الألفاظ؟ ويعتبر أن يكون العقد بالفعل الماضي؟ ... ١٤٦  
لكنّ الشهيد - في غاية المراد<sup>(١)</sup> في مسألة تقديم القبول - نصّ على وجوب  
ذكر العوضين في الإيجاب.

### هل يعتبر علم المتكلم تفصيلاً بمعاني الألفاظ

ثمّ إنّ بناءً على اعتبار العربيّة هل يعتبر أن يكون الموجب والقابل عالمين  
بمعنى اللفظ تفصيلاً، بأن يكون الموجب فارقاً بين معنى بعث وأبيع وأنا بايع،  
والقابل بين معنى قبلت وأقبل وأنا قابل، أو يكفي مجرد علمهما بأنّ هذا اللفظ  
يستعمل في لغة العرب لإنشاء الإيجاب والقبول؟ قال العلامة الأنصاري<sup>رحمته الله</sup>:  
الظاهر هو الأول، لأنّ عربيّة الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل يقصد المتكلم  
منه المعنى الذي وضع له عند العرب، فلا يقال: إنّ تكلم وأدّى المطلوب على  
طبق لسلان العرب، إلا إذا ميّز بين معنى بعث وأبيع وأوجدت البيع وغيرها، بل  
على هذا لا يكفي معرفة أنّ «بعث» مرادف لقوله «فروختم» حتى يعرف أنّ الميم  
في الفارسي عوض تاء المتكلم، فيميّز بين بعثك وبعثت - بالضم - وبعثت - بفتح  
التاء - فلا ينبغي ترك الاحتياط، وإن كان في تعينه نظر، ولذا نصّ بعض على  
عدمه<sup>(٢)</sup>.

أقول: حاصل ما أفاده هو أنّه: إن لم يكن المتكلم عارفاً بالمعنى لم يكن  
مستعملاً للفظ فيه، فلا يتمشى منه حينئذ قصد الإنشاء، فلا يتحقّق العقد.  
وبالجملة: إنّ البيع أمر إنشائي، والمعنى الإنشائي لا يتحقّق إلا من ناحية  
السبب، وإذا لم يكن المتكلم عالماً بمعنى السبب لا يتحقّق منه قصد الإنشاء،  
فلا يتحقّق العقد إلا أن يكون عالماً بالمعنى تفصيلاً، وكذلك كلّ ما كان من  
الإنشائيات، فمن قرأ دعاء الصباح والسمات ونحوهما ولم يكن عالماً بالمعنى لم

(١) غاية المراد مخطوط. (٢) المكاسب ٧: ٤٩ - ٥٠.

يكن داعياً، بل كان قارياً، فإن كان للداعي بدعاء الصباح ثواب معين لا يكون ذلك الثواب لمن قرأه من دون أن يكون عارفاً بمعناه، نعم يثاب بالثواب الانقيادي.

### في أنه هل يعتبر أن يكون العقد بالفعل الماضي أو لا؟

ثم إنه بناءً على اعتبار إيقاع العقد بالفعل هل يعتبر فيه الماضيّة أو لا؟ الظاهر هو عدم الاعتبار، حيث إنه يوجد الإنشاء بالمضارع ويتحقّق به عنوان العقد، لكن ذهب المشهور إلى اشتراط الماضيّة، ويمكن أن يستدلّ لهم أولاً: بصراحة الماضي في الإنشاء دون المضارع، حيث إنه ظاهر في الوعد.

لكن عدم تحقّق الإنشاء وصدق العقد بالمضارع يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ المضارع موضوع بالاشتراك المعنوي بين الحال والاستقبال واستعماله في الإنشاء يحتاج إلى قرينة التعيين، لكن احتياجه إلى ذلك لا يستلزم مجازيته بخلاف الماضي، حيث إنه موضوع للزمان الماضي، واستعماله في الإنشاء يحتاج إلى قرينة المجاز.

**وثانياً:** إنّ بناء العرف يكون على إيجاد الإنشاء بالماضي دون المضارع، فأيجاد الإنشاء بالمضارع يكون خلاف المتعارف.

لكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ بناء العرف على إيجاد العقد بالماضي لا ينافي تحقّقه بالمضارع أيضاً.

**وثالثاً:** إنّ معنى الماضي قريب إلى الإنشاء، حيث يكون مفاده التحقّق دون المضارع.

لكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ قرب مفاد الماضي مع الإنشاء لا يوجب تعيين إيجاد العقد به، بل يوجب ترجيح إيجاده به.

**فالحق:** أنّ العقد يتحقّق بالمضارع أيضاً، ويدلّ عليه - مضافاً إلى تحقّق العقد به عرفاً - ما دلّ على جواز إيجاد الإيجاب بلفظ المضارع في بيع الأبوق، واللبن في

في أنه هل يلزم تقديم الإيجاب على القبول أو لا؟ ..... ١٤٣

الضرع، وفحوى ما دلّ على الجواز في النكاح.

### في أنه هل يلزم تقديم الإيجاب على القبول أو لا؟

وأما الجهة الثالثة: فهل يلزم تقديم الإيجاب على القبول أو لا؟ قيل: الأشهر هو اللزوم، وقبل بيان اللزوم وعدمه لابد من ذكر مقدّمة، وهي أنّ الضابط في الموجب والقابل هو أنّ من يوجد عنوان الأصل والمعاملة، يعني عنوان التمليك بالعوض عبارة عن الموجب، ومن يوجد عنوان الفرع والتملك على وجه العوضيّة عبارة عن القابل، فالموجب في النكاح عبارة عن الزوجة، حيث تنشأ فيه تسليط الرجل على بضعتها في مقابل المهر، فمقتضى المقابلة أن يصدر من الرجل إنشاء القبول للتسلّط المذكور بالمهر المزبور.

إلا أن يقال: إنّ المهر ليس عوضاً حقيقياً في النكاح حتى يقابل إنشاء المرأة للتسلّط على بضعتها بإزاء المهر بإنشاء الرجل لقبول ذلك التسليط، وإلا إن فوتت بضعتها يلزم أن تكون ضامنة للزوج، ولم يقل به أحد، فكلّ منهما صالح لإنشاء زوجيته لصاحبه ابتداءً فيعقبه صاحبه بالقبول، فعقد النكاح ليس إيجابه مختصاً بالمرأة، لأنّ كلاهما يزوّج نفسه من صاحبه وينكح صاحبه، لكن التزويج من المرأة يكون نظير التمليك ومن الرجل نظير التملك، فلا بد أن يكون الإيجاب من المرأة، فلا يجري هذا النزاع في الصلح، حيث يصحّ فيه الإيجاب من كلّ من المتصالحين، ولا في السلم لجواز ابتداء إنشاء التملك فيه من المشتري.

**وبالجملة:** فمن يريد إنشاء عنوان الفرع والتملك هل يلزم أن يكون إنشاءه بهذا النحو متأخراً عن الإيجاب مطلقاً، وإلا لا يتحقّق عنوان العقد ولا يلزم مطلقاً، أو يفصل بين أن يكون إنشاء التملك بلفظ قبلت ورضيت، وبين أن يكون بلفظ اشتريت وتملكت وابتعت ونحوها بالجواز في الثاني دون الأول؟.

ثمّ على فرض أن نقول بعدم تقديم القبول على الإيجاب هل هو عرفي، أو



شرعي، أو عقلي؟.

إذا عرفت ذلك فنقول: قد يقال بعدم جواز التقديم مطلقاً عرفاً وشرعاً، لانصراف ﴿أوفوا بالعقود﴾ الى العقود المتعارفة، فيشك في عقدية غير المتعارف ومشموليته لـ ﴿أوفوا بالعقود﴾ فيكون باقياً تحت أصل عدم النقل والانتقال. لكن هذا القول يكون محل الخدشة: من جهة أنه لا تصل النوبة إلى هذا الأصل، حيث إن الانصراف إما أن يكون ناشئاً عن كثرة الاستعمال والتشكيك في الماهية، أو من غلبة الوجود؟ والمفيد يكون هو الأول دون الثاني والمقام يكون من الثاني لا الأول، فإن وقع القبول قبل الإيجاب يتحقق عنوان العقد، ويكون مشمولاً لـ ﴿أوفوا بالعقود﴾.

### التفصيل بين ألفاظ القبول

وقد يفصل<sup>(١)</sup> بين لفظ قبلت ورضيت، وبين اشتريت وتملكت وابتعت وأمثال ذلك بعدم الجواز عقلاً في الأول، من جهة أن عنوان القبول بمادته يتأبى عن التقدم، حيث يدل على وجود أمر متقدم عليه، مثل رد التحية، ولعله إلى ذلك أشار العلامة الأنصاري رحمه الله بقوله: إن القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدمه عليه، وليس المراد من هذا القبول الذي هو ركن للعقد مجرد الرضا بالإيجاب، سواء تحقق قبل ذلك أم لا، حيث إن الرضا بشيء لا يستلزم تحققه في الماضي، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل، بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضيّة، لأن المشتري ناقل كالبائع، وهذا لا يتحقق إلا مع تأخر الرضا عن الإيجاب، إذ مع تقدمه لا يتحقق النقل في الحال، فإن من رضى بمعاوضة ينشأها

(١) المفصل هو العلامة رحمه الله الأنصاري. منه.

الموجب في المستقبل لم ينقل في الحال ماله الى الموجب، بخلاف من رضى بالمعاوضة التي أنشأها الموجب سابقاً، فإنه يرفع بهذا الرضا يده من ماله وينقله إلى غيره على وجه العوضيّة<sup>(١)</sup>.

إن قلت: <sup>(٢)</sup> إن التأثر الخارجي يمتنع تقدّمه على المؤثر، كامتناع تقدّم الانكسار على الكسر، والمجرور على الجار، لكن لا يمتنع تقدّم إنشاء التأثر على المؤثر، حيث إنّ الإنشاء يكون سهل المؤنة.

قلت: لا يمكن تقدّم إنشاء التأثر ولو إنشاءً مع حفظ كون التأثر عنواناً مطاوعياً، حيث يكون مقام الفرع متأخراً عن الأصل حتى في مرتبة الإنشاء.

إن قلت: طلب الفهم بالاستفهام الحقيقي الملازم للجهل غير ممكن بدون الجهل، لكن لا يمنع إنشاء الاستفهام بدون الجهل مجازاً لغرض التقرير أو غيره، فلا يمتنع تقدّم الفرع على الأصل إنشاءً.

قلت: الاستفهام لا يلزم الجهل، حيث إنه عبارة عن إنشاء طلب الإطلاع، لكن دواعيه تكون مختلفة، قد يكون عنوان التفهم، وقد يكون لأجل التقرير، وقد يكون لأجل التوبيخ أو غير ذلك، لكن إنشاء القبول بلفظ قبلت قبل الإيجاب غير ممكن، حيث إنه أمر مطاوعي يتأبى بمادّته عن التقدّم ولو إنشاءً، والجواز في الثاني من جهة أنه لا يكون في لسان الأدلة عنوان الموجب والقابل بل الموجود في لسانها عبارة عن البيع والشراء، وهذا العنوان يتحقّق بتقدّم اشتريت مثلاً، أيضاً إن قلت: على هذا لا بدّ أن يتحقّق عنوان العقد إذا كان عنوان الاثراء والبيع في عرض واحد، والحال أنّ صدق العقد في صورة التقارن مشكل، كما لا يصدق ردّ التحية في صورة التقارن.

قلت: لا وجه لمنع صدق العقد مع التقارن، ولا معنى لقياسه على عدم صدق

(١) المكاسب ٧: ٥٨.

(٢) المشكل هو المحقّق الخراساني رحمته في الحاشية، منه، حاشية المكاسب / ٢٨.

الردّ في ردّ السلام مع التقارن، لعدم صدق الردّ في ردّ التحية مع التقارن، بخلاف المقام، حيث يتحقّق عنوان العقد مع التقارن.

إن قلت: إنّ تاء الافتعال بحسب الوضع والأصل كالانفعال يكون للقبول والمطاوعة، ومجيباً مثل «اجتذب» بمعنى جذب يكون على خلاف الأصل وبنحو المجاز، فيكون اشترت على هذا متضمناً للقبول، فلا يجوز تقديمه أيضاً على الإيجاب.

قلت: حروف الزيادة بحسب الاصطلاح تكون على نحوين: زيادة نحوية، مثل ما، وأن، وإن «المخففتين» ليس لها معنى غير التأكيد وتزيين الكلام، وغيرهما من الأغراض، وزيادة صرفية، أعني «سألتمونيها» وقد ذهب المشهور من أهل الأدبية إلى ثبوت المعنى لها، وقال نجم الأئمة<sup>(١)</sup>: ليس لها معنى، فلعلّ نظر العلامة الأنصاري<sup>(٢)</sup> في المقام من عدم دلالة «اشترت» على القبول في صورة التقدّم<sup>(٣)</sup> يكون إلى قول نجم الأئمة واختياره له، وأمّا استفادة القبول من «اشترت» إذا وقع عقيب الإيجاب كما أفاده العلامة الأنصاري<sup>(٣)</sup> فلعله يكون بملاحظة تأخّره عنه، حيث يختلف عنوان الشيء الواحد بالنسبة إلى حالاته، وأنّه إذا وقع متأخراً يكون مصداقاً للقبول.

لكنّه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّه على هذا إن قال البائع: بعتك، وقال المشتري: شريت، يلزم أن يكون شريت مفيداً لمعنى القبول ومصدّقاً له، إلّا أن يدفع ذلك عنه بأنّ شريت أيضاً إذا وقع متأخراً يكون مفيداً لمعنى القبول ومصدّقاً له.

وبالجملة: إن لم يدلّ اشترت على القبول في صورة التقدّم لا يدلّ عليه في صورة التأخّر أيضاً، بل يكون في صورة التأخّر أيضاً مصداقاً لمعناه.

(١) نجم الأئمة رضي الدين محمد ابن الحسن النجفي الاسترآبادي (-٦٨٦).

(٢) المكاسب ٧: ٧٦. (٣) المكاسب ٧: ٧٥.

هل يتحقق عنوان العقد باستيجاب المشتري أم لا؟..... ١٤٧

إن قلت: إن الإجماع قائم على اعتبار القبول في العقد، فلا بد من إيقاع اشترت بعد الإيجاب حتى يقع قبولاً.

قلت: المتيقن من الإجماع يكون هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأما وجوب إيجاد مفهوم القبول المتضمن للمطوعة وقبول الأثر فغير مسلم.

وقد ظهر من ذلك أن ما أفاده بعض المحققين في مقام الإيراد على العلامة الأنصاري من أن: اشترت وإن لم يكن متضمناً لمعنى المطوعة، إلا أنه من جهة خروجه عن الإيقاع وصيرورته جزءاً من العقد لا بد أن يكون متأخراً، وإلا لا يرتبط بالإيجاب<sup>(١)</sup>.

غير وارد عليه: حيث إن تقديم اشترت يعني إنشاء ملكية المبيع بالعوض لا يكون مثل إنشاء تملك المباحات أو اللقطة، حتى كان إيقاعاً، بل حصول ملكية المبيع بذلك للمشتري متوقف على إنشاء التمليك من البائع، فهو جزء من العقد مرتبط بالإيجاب.

في أنه هل يتحقق عنوان العقد باستيجاب المشتري أم لا؟

ثم إنه بناءً على عدم اعتبار الماضيّة فيما دلّ على القبول وجواز تقديم القبول على الإيجاب هل يتحقق عنوان العقد باستيجاب المشتري واستدعائه، مثل أن يقول بعني هذه السلعة، فقال البائع بعتك أم لا؟.

فنقول: يمكن أن يقال بالتحقق وأن الاستيجاب يدلّ على الرضا بالتملك ضمناً، فيتحقق به عنوان العقد عرفاً، فيكون مشمولاً لـ ﴿أوفوا بالعقود﴾ ولفحوى خبر سهل الساعدي، قال: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: زوّجني، فقال: من

(١) منية الطالب ١: ١١١.

لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله زوّجنيها، فقال ما تعطيتها؟ فقال ما عندي شيء فقال: لا، فأعادت، فأعاد رسول الله الكلام، فلم يبق أحد غير الرجل، ثم أعادت، فقال رسول الله في المرة الثالثة: أتحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، قال: قد زوّجتها على ما تحسن من القرآن، فعلمها إياه<sup>(١)</sup> حيث يدلّ على تحقّق العقد بالاستيجاب، من جهة أنّ القبول فيه عبارة عن استيجاب ذلك الصحابي بقوله زوّجنيها.

لكن الإنصاف: أنّ تحقّق العقد بذلك عرفاً مشكّل، فلا بدّ أن يقبل المشتري بعد الإيجاب، إمّا باشتريت أو قبلت أو نحوهما، وأمّا خبر سهل فمجمّل، لا يعلم منه أنّ الصحابي هل كان في قوله: «زوّجنيها» بصدد القبول أو كان في مقام المقابلة، ولم يكتف بذلك، بل قبل بعد قول النبي ﷺ زوّجتك، ويؤيد ذلك أنّ الطلب السابق الصادر من الرجل ليس فيه دلالة على الرضا بالتزويج بالقرآن، لعدم التفاته إلى ذلك أولاً، وعدم علمه بجواز جعل تعليم السورة مهراً، بل اعتقد أنّ الصداق لا بدّ من أن يكون مالاً، ويشهد له ما ورد في بعض الروايات الحاكية هذه الحكاية، أنّ النبي ﷺ قال له: هل عندك شيء تصدّقها إياه؟ قال: ما عندي إلاّ إزاري هذا<sup>(٢)</sup>.

في أنّه لا يتحقّق عنوان العقد إلاّ أن يكون القبول متّصلاً بالإيجاب

وأما الموالاة في العقد: فهل يعتبر ذلك بين إيجابه وقبوله أو لا يعتبر، أو يفصل بين الفصل الطويل وغيره؟ صرح الشيخ في المبسوط في باب الخلع<sup>(٣)</sup> والعلامة<sup>(٤)</sup> والشهيدان<sup>(٥)</sup> والمحقّق الثاني<sup>(٦)</sup> والشيخ المقداد<sup>(٧)</sup> بالاعتبار.

(١) الوسائل ١٥: ٣ ح ١. (٢) الموطأ لمالك ابن أنس ٥٢٦/ ح ٨. (٣) المبسوط ٤: ٣٥٠

(٤) إيضاح الفوائد في شرح القواعد ٣: ٣٨٣. (٥) شرح اللمعة الدمشقية ٦: ٨٧.

(٦) جامع المقاصد ٤: ٥٩

(٧) التنقيح الرائع لمختصر الشرائع ٢: ٢٤ تأليف جمال الدين مقداد ابن عبد الله السيوري

الحلي (١٢٦٠) طبع مكتبة السيّد المرعشي بقم.

في أنه لا يتحقق عنوان العقد إلا أن يكون القبول متصلاً بالإيجاب..... ١٤٩

قال الشهيد في القواعد: الموالاة معتبرة في العقد ونحوه، وهي مأخوذة من اعتبار الأتصال بين المستثنى منه، فقال بعض العامة: لا يظهر قول الزوج بعد الإيجاب: الحمد لله والصلاة على رسول الله، قبلت نكاحها، ومنه الفورية في استتابة المرتد فيعتبر في الحال، وقيل: ثلاثة أيام، ومنه السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيراً أبطله، ومنه السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءة غيرها وكذا التشهد، ومنه تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع، فإن تعمدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعة، واعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة، ومنه الموالاة في التعريف، بحيث لا ينسى أنه تكرر، والموالاة في سنة التعريف، فلورجع في أثناء المدّة استؤنفت ليتوالى<sup>(١)</sup>.

قوله: وهي مأخوذة من اعتبار الأتصال بين المستثنى والمستثنى منه، يحتمل أن يكون المراد منه هو أنهم لما اطلعوا على اعتبار الاتصال بينهما انتقلوا من ذلك إلى سائر الموارد، فجعلوهما أصلاً بالإضافة إلى بقية الموارد، كأصلية المصدر بالنسبة إلى سائر المشتقات، ويحتمل أن يكون المراد منه أن الاستثناء يكون أشدّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق، حيث إنّه إن لم يكن الأتصال بينهما يلزم الكذب، ولم يفهم المقصود كما يكون عليه طريقة أهل اللسان وأبناء المحاوره، وهذا المعنى جار في سائر الموارد أيضاً، فتعدي منه إلى بقية الأمور المرتبطة بالكلام لفظاً أو معنى، أو من حيث عنوان خاص عليه، لكونه عقداً أو قراءة أو أذاناً وأمثال ذلك لاتحاد الملاك.

قوله: ومنه الفورية في استتابة المرتد، والمراد منه يكون هو الملبّي لا الفطري، لعدم الاستتابة له، حيث لا يقبل توبته ظاهراً، والمقصود من الموالاة في استتابة ذلك هو أن المطلوب في الإسلام يكون هو الاستمرار، فإذا انقطع فلا بدّ من إعادته

(١) القواعد والفوائد ١: ٢٣٤ قاعدة ٧٣، تأليف الشهيد محمد ابن مكّي العاملي (٧٨٦-).

في أقرب الأوقات.

قوله: «ومنه تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع، فإن تعمّدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعة» فالمقصود من الموالة في ذلك هو أنّ هيئة الاجتماع في جميع أحوال الصلاة من القيام والركوع والسجود مطلوبة، وبعبارة أخرى أنّ هيئة الاجتماع في صلاة الجمعة تكون من مقومات ماهيتها فيقده الإخلال بها.

قوله: «ومنه الموالة في التعريف، بحيث لا ينسى أنّه تكرر، والموالة في سنة التعريف» يظهر منه تعدّد مورد اعتبار الموالة في التعريف، فيعتبر في أصله مرّة وفي السنة أخرى، مع أنّهما واحد، إلا أنّ يكون المراد من الأول أنّه لو عرّف شهراً مثلاً، فلا بدّ من التوالي فيه، ومن الثاني أنّه لا بدّ من التوالي في تمام السنة، فلا يكفي التعريف إثني عشر شهراً متفرقات، وإن كان كلّ واحد من الأشهر متوالياً أيامه، فالثاني إشارة إلى ردّ ما عن غير واحد من كفاية التعريف شهراً أو شهرين، ثمّ تركه إلى مدّة، ثمّ تعريفه شهراً أو شهرين وهكذا إلى أن يتمّ إثني عشر شهراً. وكيف كان، المهمّ يكون هو النزاع في الكبرى وأنّ الاتصال معتبر أم لا؟ لا الصغرى، وقد عرفت أنّه صرح الشيخ والعلامة والشهيدان والمحقّق الثاني والشيخ المقداد بالاعتبار، لكنّه يكون محلّ المنع كما يأتي الإشارة إليه.

وقد فصلّ العلامة الأنصاري رحمته الله بين كون الملك واللزوم منوطاً بصدق العقد، وبين كون ذلك منوطاً بصدق عنوان المعاملة والبيع، فحسّن كلام الشهيد على الأول دون الثاني، حيث قال: وما ذكره حسن لو كان حكم الملك واللزوم في المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً، كما هو مقتضى التمسك بأية الوفاء بالعقود، وبإطلاقات كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك، أما لو كان منوطاً بصدق البيع، أو التجارة عن تراض، فلا يضرّه عدم صدق العقد<sup>(١)</sup>.

في أنه لا يتحقق عنوان العقد إلا أن يكون القبول متصلاً بالإيجاب..... ١٥١

لكن هذا التفصيل يكون محلّ الخدشة: أما أولاً: فلعدم ربطه بالمقام، لأنّ الكلام يكون في البيع العقدي لا غيره.

وثانياً: إن صدق العقد كما يكون منوطاً بوجود اتصال القبول بالإيجاب يمكن أن يقال أيضاً أنّ صدق عنوان المعاملة والبيع يكون منوطاً بوجود اتصال القبول بالإيجاب.

لكن يمكن أن يقال باعتبار الموالة لوجوه: الأول: أن العقد عبارة عن العهد المشدّد، ولا تشديد مع عدم الموالة.

لكنه مصادرة، مع أنه قد يتحقّق فرد من العقد بدون الموالة يكون تشديده أزيد من العقد الذي يكون قبوله متصلاً بإيجابه.

الثاني: أن العقد لا يتحقّق بدون الموالة، وعلى فرض التحقق تكون آية: ﴿أوفوا بالعقود﴾ منصرفة إلى العقود التي تكون فيها الموالة.

لكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أن عدم تحقّق العقد بدون الموالة ممنوع، كما أن إداء انصراف آية: ﴿أوفوا بالعقود﴾ إلى العقود التي تكون فيها الموالة ممنوع، وعلى التسليم هذا الانصراف غير مفيد، حيث لا يكون ناشئاً عن كثرة الاستعمال وظهور اللفظ، بل يكون ناشئاً عن غلبة الوجود، والغلبة الوجوديّة لا تكون موجبة لظهور اللفظ.

الثالث: أن العقد المركّب من الإيجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد، مرتبط بعضه ببعض، فإن وقع الفصل بينهما من الزمان والأفعال والأقوال الغير المربوطة بدائرة العقد لم يحصل عنوان العقد عرفاً، وعلى فرض الشكّ يكون المرجع هو أصل الفساد.

لكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة: أولاً: لمنع عدم التحقق عرفاً. وثانياً: ينافي عدم التحقق فحوى ما دلّ على جواز الفصل في النكاح مثل خبر



سهل الساعدي المتقدم<sup>(١)</sup>.

إلا أن يقال: إن الفصل إذا كان بلوازم المطلب ولو احقه لا بأمر خارج عنه لا يكون مضرراً بتحقق العقد عرفاً، كما يدل عليه هذا الخبر، لكن هذا الخبر كما عرفت مجمل.

**وثالثاً:** منقوض بالوصية والوكالة وغيرهما من العقود الجائزة، حيث إنه إن كان عنوان الاتصال دخیلاً في تحقق العقد لا يكون عنوان الجواز واللزوم موجباً للتفكيك.

إلا أن يقال: إن الوصية تكون من الإيقاعات، والقبول عن الموصى له يكون شرطاً لصحة تصرفه في الموصى به، والوكالة تكون من باب الإذن لا العقد، لكن المشهور التزموا بذلك، بل قالوا: إن الوكالة تكون من العقود، إلا أن يقال بأن مقصودهم من «أن الوكالة تكون من العقود» هو أنه قد يتحقق عنوان الوكالة بالعقد، كما إذا اتصل قبولها بالإيجاب، وأما إذا لم يكن القبول متصلاً بالإيجاب لا يتحقق عنوان الوكالة، وتكون صحة التصرف لأجل مشروعية الإذن. فالأقوى: هو عدم اعتبار الموالة في تحقق عنوان العقد، لكن الأحوط هو الاعتبار.

### المواصلات عن بعدٍ مكاني

ثم إنه على فرض أن يكون الفصل مضرراً بتحقق عنوان العقد هل البعد المكاني أيضاً مضرراً بتحقق عنوانه أو لا؟ الظاهر أنه لا يضر بتحقق ذلك، فيتحقق عنوان العقد بالتلفون والإذاعة لانتساب بعث واشترت فيهما إلى البائع والمشتري، فيترتب عليه آثاره، من خيار المجلس وغيره دون النقلة للصوت، حيث إن الصوت الذي يخرج منها لا يعدّ كلاماً لهما، بل شبيه بكلامهما، نظير الصدى الذي

يتولد في الجبل من صوت الإنسان، وهل يتحقق العقد بالأولين - إن قلنا: بأن الصوت فيهما لا يكون عين صوت البائع والمشتري، بل نظير وشبه لصوتهما - أو لا يتحقق؟ يمكن أن يقال: بالتحقق نظير تحقق القراءة بالسّن المصنوعي، والطواف بالرجل الخشبي مثلاً.

لكنه فاسد: حيث إنّ الفعل فيهما مستند إلى النفس دون السن والرجل المصنوعين، لأجل أنّهما يكونان من آلاتهما، بخلاف المقام، حيث لا يستند الصوت على المثلية إلى الشخص، يعني لا يقال إنه صوت زيد وعمرو بل يقال إنه يكون مثل صوتهما.

### في أنّه هل يعتبر التنجيز في العقد أم لا؟

ثمّ إنه كما يقع منجزاً هل يقع معلقاً على شيء أو لا؟ حكى عن الشيخ<sup>(١)</sup> والحلي<sup>(٢)</sup> والعلامة<sup>(٣)</sup> والشهيد<sup>(٤)</sup> والمحقق الثاني<sup>(٥)</sup> وفخر الدين<sup>(٦)</sup> اعتبار التنجيز فيه.

**أقول:** بيان المقصود يتوقف على ذكر أمور: الأول: أنّه هل يمكن جريان هذا النزاع في البيع الفعلي المعاطاتي، أو يختص هذا النزاع بالبيع العقدي؟ قيل باختصاص هذا النزاع بالثاني، وأنّ الفعل لا يكون مناسباً لإفهام التعليق، وإن أفهم بالقول يلزم تركّب البيع من الفعل والقول وهو غير معهود.

لكنه يكون محلّ الخدشة: أولاً: من جهة أنّه لا يلزم أن يكون الفعل مُفهماً للتعليق، بل يصحّ إفهامه بالقول، ولا يلزم تركّب البيع من القول والفعل، حيث إنّ البيع يتحقق بالإعطاء القائم مقام الإيجاب والقبول، والشرط خارج عن دائرته، وإن ذكر في ضمنه.

(١) المبسوط ٣: ٢٩٩. (٢) الشرائع ٢: ٢١٧. (٣) التذكرة ١: ٤٦٢.  
(٤) شرح اللمعة ٣: ١٦٨ - ١٦٩. (٥) جامع المقاصد ٤: ٥٩. (٦) إيضاح الفوائد ٢: ٣٨٠.

وثانياً: يمكن أن يكون الفعل مُفهماً للتعليق بالقرينة.

وثالثاً: أن البيوع الفعلية لا تكون خالية عن المقابلة غالباً.

ورابعاً: أن السلف الفعلي لا يخلفه عن التعليق، مع أن السيرة جارئة على صحته.

الثاني: أن ما يكون مصبَّ البحث من المعلق عليه وما يكون العقد متوقفاً عليه، عبارة عما لا يكون العقد متوقفاً عليه شرعاً، كالتقييد بيوم الجمعة، كأن يقال: بعث الشيء الفلاني إن كان هذا اليوم يوم الجمعة، والتعليق بقدوم الحاج ونحوهما مثلاً، وأما التعليق بما يكون العقد معلقاً عليه شرعاً، كتعليق البيع بالمالية، مثل أن يقال: إن كان هذا مالي فقد بعته، وتعليق الطلاق على الزوجية مثل أن يقال: إن كانت زوجتي فهي طالق ونحوهما، فليس بتعليق، حيث إن جواز البيع والطلاق وغيرهما من الأحكام معلق على موضوعه.

ثم، إنه هل شرط الحكم يكون راجعاً إلى الموضوع، حتى يصح التعليق عليه، كتعليق زيد طلاق زوجته على الطهر الذي لم يواقعها فيه، كأن يقول: زوجتي طالق إن كانت في طهر غير المواقعة مثلاً، أو لا؟ حتى يكون التعليق مضرراً - بناءً على عدم صحة التعليق - قيل: بالأول، وأنه بعد أن يكون الطهر المزبور شرطاً لصحة الطلاق شرعاً لا يتحقق عنوان الطلاق بدونه.

لكنه يكون محلَّ الخدشة: من جهة أنه إن قلنا بكون الألفاظ موضوعاً للمعاني الصحيحة، يكون الأمر كما ذكر، لكن إن قلنا بالأعم، يقع الطلاق كأن لم يكن مؤثراً.

الثالث: أنه لا يمكن إنشاء الملكية المعلقة على قول من يقول بامتناع إنشاء الوجوب المشروط، وأنه لا إطلاق للفرد الموجود من الطلب حتى يصح تقييده. لكن يمكن إنشاء الملكية المعلقة بناءً على تصوير الواجب المعلق، وهل يمكن هذا النزاع - بناءً على إنكار الواجب المعلق - وأن الشخص إذا توجه إلى

في أنه هل يعتبر التتجيز في العقد أم لا؟ ..... ١٥٥

شيء إما أن يكون طالباً له أو لا؟ فإن كان طالباً يطلبه منجزاً، وإلا لا يطلبه أصلاً، حيث إنه إن طلبه معلقاً على شيء؛ كأن يقول: أطلب منك الصلاة فعلاً مقيداً بمجيء الزوال مثلاً، يلزم التكليف بما لا يطاق، حيث لا يقدر المكلف على إتيان الصلاة قبل مجيء الزوال أو لا يمكن ذلك؟.

يمكن أن يقال بمجيئه، حيث إن المحذور المتقدم في التكليف من لزوم التكليف بما لا يطاق - بناءً على تسليمه - مفقود في المقام.

الرابع: أنه على فرض أن نشك في صحة العقد المعلق يكون مقتضى الأصل مع قطع النظر عن الإطلاقات والعمومات هو الفساد، يعني عدم ترتب النقل والانتقال، لكن بملاحظة الإطلاقات والعمومات يكون العقد المشتمل على التعليق محكوماً بالصحة، إلا أن يكون لها مخصص، ففي عالم الثبوت كما يمكن إنشاء الملكية منجزاً يمكن إنشاء ذلك معلقاً.

لكن يستدل في مقام الإثبات على عدم الجواز والمخصصة بوجوه: الأول: أن ما دل على سببية العقد مثل آية: ﴿أوفوا بالعقود﴾ ظاهر في ترتب أثره عليه حال وقوعه، فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك.

وقد أورد عليه<sup>(١)</sup> أولاً: بأن الدليل على الصحة لا ينحصر بآية: ﴿أوفوا بالعقود﴾ لأن ما دل على «حلية البيع وتسلمت الناس على أموالهم» كافٍ في إثبات الصحة.

لكنه يكون محل الخدشة: من جهة أنه مفاد ما دل على حجية البيع وتسلمت الناس على أموالهم يكون مثل مفاد: ﴿أوفوا بالعقود﴾ فإن كان مفاد أوفوا بالعقود عليّة العقد لترتب الأثر حال وقوعه، فمفاد ما دل على حلية البيع وتسلمت الناس على أموالهم يكون كذلك، وإن لم يكن مفاد آية الوفاء ذلك، لم يكن مفاد ما دل

(١) المورد هو العلامة الأنصاري رحمه الله. منه، المكاسب ٧: ١٢٠.

على حلية البيع وتسلط الناس على أموالهم ذلك.

فالأولى في الجواب أن يقال: إن آية: ﴿أوفوا بالعقود﴾ لا تكون ظاهرة في عليّة العقد لترتب الأثر حال وقوعه، بل مفادها ومفاد ما دلّ على حلية البيع وتسلط الناس على أموالهم يكون هو لزوم الوفاء وصحة العقد والبيع على النحو الذي وقع، فإن كان منجزاً فالوفاء لا بدّ أن يكون بذاك النحو، وإن كان معلقاً فالوفاء لا بدّ أن يكون بنحو التعليق.

وثانياً: تخلف الملك عن العقد كثير، مثل الوقف والهبة وبيع الصرف، حيث إن الملك يحصل فيها بعد القبض.

وثالثاً: لا يتمّ هذا الدليل في مثل قوله: بعثك إن شئت أو إن قبلت، فقال: قبلت، حيث إنّه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه.

ورابعاً: لا يتمّ هذا الدليل في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها، مثل الوصية والسبق والجماعة.

**الثاني:** أنّ الإنشاء غير قابل للتعليق فلا يقع العقد معه.

لكنّه مخدوش: من جهة أنّ نفس الإنشاء بما هو إنشاء غير قابل للتعليق، إذ هو نظير الإيجاد التكويني، فكما أنّه لا يمكن الإيجاد التكويني معلقاً فكذا الإيجاد الإنشائي، بل في الإخبار أيضاً لا يعقل التعليق في نفس الإخبار، وإنّما يجوز في المخبر به، وأما المنشأ فيمكن أن يكون معلقاً كالمخبر به، بأن ينشئ الملكية على تقدير كذا، وهذا هو الفارق بين الإيجاد التكويني والتشريعي،

حيث إنّ التعليق غير متصوّر في المنشأ أيضاً فيه، بخلاف التشريعي، والسّر أنّ الموجود فيه اعتباري بخلاق التكويني.

**وبالجملة:** التعليق في الإنشاء محال، وأما التعليق في المنشأ فلا ريب في أنّه متصوّر واقع في العرف والشرع كثيراً في الأوامر والمعاملات من العقود والإيقاعات.

الثالث: أنه يمنع الإطلاق لأية: ﴿أوفوا بالعقود﴾ فلا بد من الاقتصار على المتيقن منها، وليس المتيقن منها إلا العقد العاري عن التعليق. لكن منع الإطلاق ممنوع، حيث يكون لها الإطلاق. الرابع: أن البيع عند العرف غير قابل للتعليق، كما لا يكون قابلاً للتوقيف، فلا يتحقق عنوان العقد عرفاً مع التعليق. لكنه أيضاً يكون محل الخدشة: حيث يتحقق عنوان العقد مع التعليق عرفاً، وبالجملة: إن لم يصدق العقد عند العرف على المنشأ المعلق، أو شك في حصوله لم يكن مشمولاً لـ ﴿أوفوا بالعقود﴾ ويكون الأمر كما ذكر - إلا أن يخطيء الشارع العرف بدليل آخر، فحينئذ كما لا يصح التمسك بـ ﴿أوفوا بالعقود﴾ - لا نحتاج إلى قيام الإجماع على عدم الجواز، لكن إن كان المنشأ المعلق عند العرف عقداً غير مؤثراً أو عقداً مؤثراً - لكن لا يوجدونه في الخارج كما هو الظاهر - كان مشمولاً لـ ﴿أوفوا بالعقود﴾.

### في أقسام التعليق

الخامس: أنه ادعى الإجماع على عدم صحة التعليق، أقول: المعلق عليه على أنحاء: من جهة أنه إما أن يكون معلوم الحصول حين العقد، أو معلوم الحصول في المستقبل، أو مشكوك الحصول، والمتيقن من الإجماع على فرض تماميته يكون هو ما إذا كان المعلق عليه مشكوك الحصول، لكن ما أحرزنا تماميته، لاحتمال أن يكون مدركه الوجوه المدخولة المتقدمة، وبالجملة: الإجماع معتبر في مورد لم يتعرضوا للمدركه، أو تعرضوا للمدركه ولكن لم يكن قابلاً لأن يخدش فيه.

لكن يمكن أن يتمسك على عدم صحة التعليق بوجه غير مذكور في كلمات القوم، يكون بحسب الظاهر خالياً عن الخدشة، وهو أن البيع مع التعليق في المنشأ

إذا كان المعلق عليه مشكوك الحصول غرري، لعدم علم البائع بملكية الثمن ووصوله إليه، وعدم علم المشتري بملكية المثلثن ووصوله إليه، فيكون مشمولاً للنسوي المعروف أعني: «نهى النبي عن بيع الغرر»<sup>(١)</sup> بناءً على أن يكون الغرر بمعنى الجهالة كما ذهب إليه المشهور لا الخطر والخذعة.

ثم، إن للعلامة الأنصاري رحمته الله كلاماً في المقام صرح فيه بعدم قاذحية تردد المنشئ في ترتب الأثر إذا أنشأ من غير تعليق، حيث أشار إلى ذلك بقوله: ثم إن القادح هو تعليق الإنشاء، وأما إذا أنشأ من غير تعليق صح العقد، وإن كان المنشئ متردداً في ترتب الأثر عليه شرعاً، أو عرفاً، كمن ينشأ البيع وهو لا يعلم أن المال له، أو أن المبيع مما يتمول، أو أن المشتري راضٍ حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك مما يتوقف صحة العقد عليه عرفاً أو شرعاً، بل الظاهر أنه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الأثر عليه إذا تحقق القصد إلى التملك العرفي<sup>(٢)</sup>.

أقول: هذا الكلام يكون محل الخدشة: من جهة أنه إن كان الدليل على عدم صحة التعليق هو الإجماع - كما يكون هو العمدة في المدرك عنده - فما ذكره يكون في محله، لكن إن كان الدليل على عدم الصحة غيره من الوجوه المتقدمة فعلى فرض تماميتها لا يصح الحكم بالصحة في الفروض المزبورة.

في أنه يعتبر في تحقق عنوان العقد التطابق بين الإيجاب والقبول  
من حيث المضمون

قال العلامة الأنصاري: ومن جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث

(١) عبون أخبار الرضا ٢: ٤٦٦ المطبعة العلمية بقم، باب (٣١) فيما جاء عن الرضا عليه السلام من الأخبار المجموعة، حديث ١٦٨، تأليف أبو جعفر محمد بن علي الحسين بن موسى ابن بابويه القمي (٣٨١ - ٢). (٢) المكاسب ٧: ١٢٥ - ١٢٦.

يعتبر في عنوان العقد التطابق بين الإيجاب والقبول من حيث المضمون ..... ١٥٩

خصوص المشتري أو المثلن 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<sup>(١)</sup>.

**أقول:** الكلام في ذلك يكون في مقامين: الأول: في التطابق بين الإيجاب والقبول في العقد، الثاني: في الفروع المتفرعة على ذلك.

**أما الأول:** فاعلم، أنه يكون من جملة أركان العقد وما يتوقف عليه تحقق ماهيته وعنوانه التطابق بين الإيجاب والقبول من حيث المضمون، وقد انقذ من ذلك أن تعبير العلامة الأنصاري رحمته الله عن اعتبار التطابق وعن اعتبار أن يقع كل من إيجاب العقد وقبوله في حال يجوز لكل واحد من المتبايعين الإنشاء يكون بنحو المسامحة، حيث إن الشرط خارج عن المشروط، والتطابق - كما عرفت - ركن مقوم لتحقيق عنوان العقد، لا أنه أمر خارج عنه، وكيف كان لا بد من بيان المراد من التطابق وأن المراد منه هل يكون هو التطابق من حيث اللفظ والمعنى يعني السبب والمسبب أو من حيث المعنى؟ فنقول: إن كان بينهما التطابق من حيث اللفظ والمعنى كأن قال الموجب: بعث، وقال القابل: قبلت البيع، أو قالت الزوجة: أنكحتك، وقال الزوج: قبلت النكاح، لا إشكال في الصحة، لتحقيق عنوان المعاقدة، وإن لم يكن بينهما التطابق من حيث اللفظ والمعنى كأن قال الموجب: بعثك، وقال القابل: أنهيت، لا ينعقد عنوان المعاقدة، وإن اختلفا في مدلول اللفظ ولكن كانا حاكين عن سبب واحد، يعني النقل والانتقال في البيع، كأن قال الموجب: بعث، وقال القابل: اشتريت، بناءً على أن لا يكون التاء للقبول، ولم يكن بمعنى البيع أو إيجاد العلقه في النكاح، كأن قالت الزوجة: أنكحتك، وقال الزوج: قبلت التزوج - بناءً على عدم الترادف - هل يتحقق عنوان المعاقدة أو لا؟

(١) المكاسب ٧: ١٢٩ - ١٣٠.



الظاهر هو التحقق، لصدق المعاقدة عرفاً مع حكائيهما عن مسبب واحد، فالمدار على التطابق يكون على التطابق من حيث إيجاد معنى واحد ومسبب فارد، لا التطابق من حيث اللفظ.

وأما المقام الثاني: فهنا فروع: الأول: أنه لو قال البائع: بعث هذا من موكلك بكذا، فقال الوكيل: اشتريته لنفسي حكم العلامة الأنصاري رحمته الله (١) والمحقق سيدنا الاستاذ (مدّ ظله) في الوسيلة (٢) بعدم الانعقاد، ولعل وجه ذلك أنه لو كان الثمن كلياً في ذمة الموكل أو شخصياً له لا ينعقد العقد حيث لا يكون التملك للوكيل، وإن كان الثمن كلياً في ذمة الوكيل أو شخصياً له أيضاً لا ينعقد لما ذكر.

وبالجملة: لا ينعقد العقد في الفرض لعدم تطابق القبول للإيجاب من حيث المضمون.

الثاني: أنه لو قال: بعث هذا من موكلك، فقال الموكل الحاضر الغير المخاطب: قبلت، حكم العلامة الأنصاري رحمته الله (٣) والمحقق سيدنا الاستاذ (مدّ ظله) في الوسيلة بالصحة (٤) ولعل وجهه يكون عدم الدليل على اعتبار المخاطبة في العقد. الثالث: أنه لو قال: بعثك هذا بكذا، فقال: اشتريت لموكلتي، قال المحقق الاستاذ (مدّ ظله) في الوسيلة: فإن كان الموجب قاصداً وقوع البيع للمخاطب بما هو هو وب نفسه لم ينعقد، وأما إذا كان قاصداً له أعم من كونه أصيلاً أو كونه نائباً ووكيلاً صحّ وانعقد (٥).

لكن ما أفاده - دام ظله - يكون محلّ الإشكال: من جهة أنّ التملك إن كان بإزاء ثمن شخصي وقصد البائع التملك بإزائه لمالكة صحّ، وإن كان التملك بإزاء ثمن كليّ مردّد بين أن يكون في ذمة المخاطب على فرض كونه أصيلاً أو في ذمة

(١) المكاسب ٧: ١٣٠. (٢) الوسيلة / مسألة ٤. (٣) المكاسب ٧: ١٣٠.

(٤) وسيلة النجاة للسيد أبو الحسن الموسوي الإصفهاني (- ١٣٦٥) كتاب البيع مسألة ٤.

(٥) الوسيلة كتاب البيع مسألة ٤.

يعتبر في عنوان العقد التطابق بين الإيجاب والقبول من حيث المضمون ..... ١٦١  
موكله على فرض كونه وكيلاً، فإن قلنا: بمالية الكلّي المرّد أيضاً صحّ العقد، إلا أن  
يقال: بمضريّة هذه الجهالة وكونها مانعة عن الانعقاد، وإن لم يكن للكلّي المرّد  
ماليّة عند العقلاء لم ينعقد.

**الرابع:** لو قال بعتك هذا بألف، فقال اشتريت نصفه بألف، لم ينعقد لعدم  
المطابقة، ولو قال المشتري: اشتريت نصفه بخمس مائة أيضاً لا ينعقد لعدم  
المطابقة، حيث إنّ تملك النصف من البائع بنحو الضمنيّة، والتمكّن من المشتري  
بنحو الاستقلاليّة.

**إن قلت:** فكيف حكم المشهور بصحّة البيع بالنسبة إلى ما يملك في بيع ما  
يملك مع ما لا يملك، يعني مع مال الغير وفقاً كان أو غيره، ويبيع ما يملك مع ما  
لا يملك يعني مع الخمر والخنزير.

**قلت:** القبول في بيع ما يملك مع ما لا يملك يكون مطابقاً مع الإيجاب،  
فيتحقّق عنوان العقد، غاية الأمر ما أمضى الشارع التملك والإضافة إلى  
الكل، بل حكم بالنفوذ بالنسبة إلى البعض، فينحلّ إلى بيع ما يملك فقط، فيكون  
للمشتري خيار تخلف وصف الانضمام، ولو قال: بعته هذا بألف، فقال اشتريت  
كلّ نصف منه بخمس مائة، قال في الوسيلة: لا يخلو من إشكال<sup>(١)</sup>.

**أقول:** نظره في ذلك يكون إلى عدم مطابقة القبول للإيجاب، حيث إنّ البائع  
ملك النصفين بنحو الضميمة والمشتري قبلهما بنحو الاستقلاليّة.

لكنّه يكون محلّ الإشكال: لحكم العرف في ذلك بالانعقاد، حيث إنّ تملك  
المشتري وإن لم يكن مطابقاً مع التملك من حيث الإنشاء، لكنّه مطابق معه من  
حيث تعلق غرض البائع بتمليك الكلّ وتملكه.

**الخامس:** أنّه لو قال لشخصين بعتهما هذا بألف، فقال أحدهما اشتريت نصفه

(١) وسيلة النجاة، كتاب البيع، مسألة ٤.

بخمسة مائة، حكم العلامة الأنصاري رحمته الله والمحقق سيدنا الاستاذ (مدّ ظلّه) بعدم الصّحة<sup>(١)</sup> لعدم مطابقة القبول للإيجاب، حيث إنّ تملك البائع يكون بنحو الانضمام والتملك من المشتري بنحو الاستقلال.

ولو قال كلٍ منهما ذلك حكم العلامة الأنصاري رحمته الله<sup>(٢)</sup> بالصّحة، حيث قال: لا يبعد الجواز، وقال في الوسيلة: لا يبعد الصّحة، لكنّه لا يخلو من إشكال<sup>(٣)</sup>.  
أقول: نظره (دام ظلّه) في الإشكال يكون إلى عدم التطابق من حيث الإنشاء، حيث إنّ التملك من البائع يكون بنحو الانضمام، والتملك من المشتري بنحو الاستقلال.

لكنّه يكون محلّ الإشكال: أولاً: من جهة أنّ تملك النصفين بنحو الاستقلال، ولو كان مخالفاً لكيفية تملك البائع لكنّه مطابق لغرضه من تملك الكل وتملكه.  
وثانياً: يحتمل أن يقال: بتعدد البيع في هذا الفرع من الأول بلحاظ تعدّد المشتري، فالحقّ في هذا الفرع هو ما حكم به العلامة الأنصاري رحمته الله من الحكم بالجواز.

السادس: أنّه لو باع مشروطاً وقبل المشتري مطلقاً مثل أن قال: بعتك هذا بهذا على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام، فقال: اشتريت، فإن فهم ولو من ظاهر الحال والمقام أنّه قصد شراءه على الشرط الذي ذكره البائع صحّ وانعقد، لتحقق عنوان التطابق، وإن قصده مطلقاً وبلا شرط لم ينعقد لعدم التطابق، وأمّا لو انعكس بأن أوجب البائع بلا شرط وقبل المشتري معه، فلا ينعقد مشروطاً قطعاً لعدم التطابق، وهل ينعقد مطلقاً وبلا شرط أو لا ينعقد؟ يمكن أن يقال بالانعقاد، وأنّه يكون نظير الشرط الفاسد بناءً على مفسدته.

لكنّه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ قياس المقام على الشرط الفاسد يكون

(١) وسيلة النجاة، كتاب البيع، مسألة ٤. (٢) المكاسب ٧: ١٣١ - ١٣٢.

(٣) الوسيلة، كتاب البيع، مسألة ٤.

الشروط المحققة لعنوان العقد بقاء كل واحد من المتعاقدين على أهلية الإنشاء ..... ١٦٣  
مع الفارق، حيث إن العقد في بيع ما يملك مع ما لا يملك يتحقق بواسطة تحقق  
عنوان التطابق بين الإيجاب والقبول، غاية الأمر ما أمضى الشارع التمليك والتملك  
بالنسبة إلى الكل - كما عرفت - فلا يكون الكل مشمولاً لما دل على الإمضاء  
والنفوذ، فينحل إلى بيع ما يملك فقط بخلاف المقام، حيث إن التطابق يكون  
محققاً لعنوان العقد ولا يتحقق بدونه.

وقد يقال في المقام بالتفصيل: وأن الشرط إذا كان للبايع مثل أن قال بعتك هذا  
بهذا على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام، وقبل المشتري مطلقاً لا ينعقد لعدم  
التطابق، وإن جعل للمشتري مثل أن قال بعتك هذا بهذا على أن يكون لك الخيار  
ثلاثة أيام، فقبل مطلقاً، لأجل عدم تحمّل المنّة وأمثال ذلك من الأغراض ينعقد،  
حيث إنه حق جعل للمشتري، فله ألا يقبل ذلك، فلا يكون عدم قبوله مضرراً  
بتحقق عنوان العقد.

لكنه مدخول: حيث إن التطابق - كما عرفت - شرط محقق لعنوان العقد ولا  
يتحقق بدونه، ففي صورة جعل الخيار للمشتري وإن كان له عدم قبوله، ولكن  
عدم القبول يكون مضرراً بتحقق عنوان العقد.

السابع: أنه لو قال بعتك الشيء الفلاني بكذا حالاً، فقال اشتريت نسيته، لم  
ينعقد لعدم التطابق، وكذا لو قال بعتك الشيء الفلاني بمائة درهم فقال اشتريته  
بعشرة دنانير أو بالعكس، إلا أن يكون نظر البائع إلى مائة الدرهم أو الدينار  
لا خصوصية عنوانهما.

من الشروط المحققة لعنوان العقد بقاء كل واحد من المتعاقدين  
على أهلية الإنشاء من أول الشروع في العقد إلى أن يتحقق تمام السبب  
قال العلامة الأنصاري رحمته الله: ومن جملة الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه  
وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء، فلو كان المشتري في حال إيجاب

البائع غير قابل للقبول أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الإيجاب لم ينعقد<sup>(١)</sup>.  
 أقول: حاصل ما أفاده العلامة الأنصاري رحمته الله في هذا الشرط هو أن عدم جواز الإنشاء يعني عدم القابلية والأهلية له، إن كان عرفياً كالموت والجنون والإغماء بل النوم، فوجه الاعتبار يكون عدم تحقق معنى المعاقدة والمعاهدة، وإن كان شرعياً كعروض الحجر بفلس أو سفه أو رفق لو فرض أو مرض موت، يعني باع ثم صار محجوراً عليه قبل القبول بفلس أو سفه، أو رفق كأن باع الحربي في دار الحرب ثم استرق قبل القبول، أو مرض موت كأن باع في حال الصحة، بحيث كان المبيع زائداً عن الثلث ثم صار مريضاً بمرض الموت قبل القبول، فلا يتحقق أيضاً معنى المعاقدة.

ثم قال: والأصل في جميع ذلك أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق<sup>(٢)</sup> يعني أن العقد اللازم قبل تماميته يكون بحكم العقد الجائز، فكما أن موت أحد المتعاقدين في العقود الإذنية بعد تماميتها يكون مبطلاً لها، كذلك يكون موت الموجب مثلاً، قبل تحقق القبول في العقد اللازم موجباً لبطلانه، كما قال الشهيد الثاني رحمته الله - في المسالك في شرح قول المحقق في باب النكاح - «إذا أوجب الولي ثم جنّ أو أغمي عليه بطل حكم الإيجاب، فلو قبل بعد ذلك كان لغواً» وجهه أن العقد اللازم قبل تماميته يكون بمنزلة الجائز، يجوز لكل منهما فسخه، ويبطل بما يبطل به الجائز، ومن جملة الجنون والإغماء، ولا فرق بين النكاح والبيع وغيرهما من العقود اللازمة في ذلك، ولا يضرّ عروض النوم، كما لا يقدح ذلك في الوكالة ونحوها، ولكن هل يصحّ الإتيان بالقبول من الآخر حالته؟ قيل: لا، وبه قطع في التذكرة، لأنّ التخاطب بين المتعاقدين معتبر، وهو منتفٍ مع نوم صاحبه، ومن ثمّ لو خاطب شخصاً بالعقد فقبل الآخر لم يصحّ،

الشروط المحققة لعنوان العقد بقاء كل واحد من المتعاقدين على أهلية الإنشاء ..... ١٦٥

ويحتمل الصحة هنا، لأن الإيجاب توجه إلى هذا القابل قبل النوم، والأصل الصحة، مع أنه في التذكرة قال في موضع آخر: لو قال المتوسط للولي زوج ابنتك من فلان، فقال زوجت، ثم أقبل على الزوج فقال قبلت نكاحها، فالأقرب هو صحة العقد، وهو أصح وجهي الشافعية، لوجود ركني العقد: الإيجاب والقبول، وارتباط أحدهما بالآخر.

والثاني لا يصح لعدم التخاطب بين المتعاقدين<sup>(١)</sup> ويستفاد منه أن تخلل مثل هذا الكلام بين الإيجاب والقبول لا يضر، لأنه ليس أجنبيّاً صرفاً، انتهى كلامه زيد في علو مقامه.

لكن توضيح الكلام في هذا الشرط والخذشة في بعض ما أفاده العلامة الأنصاري رحمته الله يكون في مقامين: الأول: في أنه هل يعتبر أهلية الإنشاء لكل واحد من المتعاقدين في حال إنشاء الآخر، أو يكفي أهلية كل واحد منهما للإنشاء في حال إنشاء نفسه؟.

الثاني: في أنه على فرض أن نقول باعتبار أهلية الإنشاء لكل واحد منهما في حال إنشاء الآخر، يعتبر علاوة على ذلك أهلية كل واحد منهما للإنشاء من أول الشروع في العقد إلى آخره أو لا يعتبر ذلك؟.

أما المقام الأول: فالظاهر أنه يعتبر أهلية الإنشاء لكل واحد منهما في حال إنشاء الآخر، لأن السلب يعني العقد مركب من الإيجاب والقبول وكل واحد منهما معنون بعنوان الإخراج والإدخال، يعني كما أن الإيجاب معنون بعنوان إخراج المبيع عن ملك الموجب وإدخاله في ملك القابل، فيعتبر أهلية الموجب للإنشاء واتصافه بشرائطه، يكون معنواً أيضاً بعنوان إخراج عوضه عن ملك القابل إلى ملك الموجب، فيعتبر أهلية القابل ورضائه واتصافه بشرائط الإنشاء في زمان

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨٣، تأليف جمال الدين الحسن ابن يوسف الحلبي (٦٤٨-٧٢٦).

الإيجاب وبالعكس، وإلا لا يتحقق عنوان العقد.

وأما المقام الثاني: كما هو مصب البحث في كلام العلامة الأنصاري رحمته الله فأولاً: جعله عدم الحجر وعدم مرض الموت شرطاً محققاً لعنوان العقد يكون محل النظر: من جهة أن المحجور عليه إذا باع المحجور عنه مع غيره من المستثنيات، أو المريض باع زائداً عن الثلث، يكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى المستثنيات، والثلث والشرطية تنافي الصحة، مع أن البيع صحيحاً بالإضافة إلى الزائد عن الثلث، وبالنسبة إلى المحجور عنه أيضاً مع إجازة الوارث والديان، فيعلم من ذلك أن عنوان العقد كان حاصلاً قبل الإجازة، وإلا لا معنى للحكم بالصحة بعدها.

وثانياً: تفرع المقام على العقود الجائزة قياس لا نقول به، فإن كان في البين تسالم في المقام على اعتبار استمرار الأهلية كما يكون التسالم على ذلك في العقود الإذنية فهو، وإلا فالاعتبار يكون محل التأمل.

وثالثاً: منقوض بالهبة الغير المعوضة إن لم تكن لذي رحم، حيث تكون من العقود الجائزة ولا تبطل بموت الواهب أو الموهوب له بعد القبض، بل تصير لازماً بالموت.

لكن هذا النقض لا وجه له: من جهة أنه لا موضوع للرجوع مع الموت في العقود التملكية فتصير لازمة بعده.

نعم، يمكن النقض بالهبة المزبورة بالنسبة إلى جنون الواهب وإغمائه، حيث لا تبطل بهما، ويقوم الولي مقامه للرجوع فيها.

ورابعاً: حكمه بمنع التحقق في موارد الموانع الشرعية على الإطلاق لا وجه له، من جهة أنه لا بد في ذلك من ملاحظة دائرة لسان الدليل، وأنه يدل على المنع مطلقاً، أي أن إنشاء الموجب إذا كان محجوراً عليه غير نافذ، سواء كان محجوراً في زمان الإيجاب وإن لم يكن ممنوعاً في زمان القبول، أو لم يكن محجوراً في زمان الإيجاب، بل كان طرؤ الحجر عليه بعد الفراغ منه قبل أن يتحقق القبول كافياً

الشروط المحققة لعنوان العقد بقاء كل واحد من المتعاقدين على أهلية الإنشاء ..... ١٦٧

في المنع، وكذا الأمر في طرف القابل وأن إنشاءه غير نافذ مطلقاً، أي سواء كان محجوراً في زمان القبول وإن لم يكن ممنوعاً في زمان الإيجاب، أو كان ممنوعاً في زمان الإيجاب وإن لم يكن ممنوعاً في زمان القبول، أو يدل على المنع إذا كان الحجر مستمراً بالنسبة إليهما من أول الشروع في العقد إلى أن يتحقق تمام السبب، والظاهر أن العلامة الأنصاري رحمته الله استظهر من الدليل الإطلاق.

وخامساً: منقوض بالوصية حيث يصح القبول من الموصى له بعد موت الموصي والوكالة، حيث لا يكون النوم فيها مانعاً عن التحقق والصحة.

لكن يمكن أن يقال: إن الوصية تكون من الإيقاعات لا العقود، كما أشار إليه العلامة الأنصاري رحمته الله بقوله: وأما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصي فهو شرط تحققه لا ركن، فإن حقيقة الوصية الإيصاء، ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، ولو ردّ جاز له القبول بعد ذلك<sup>(١)</sup>.

وأما الوكالة، فأولاً: يمكن أن يقال: أنها تكون أيضاً من الإيقاعات لا العقود. وثانياً: على التسليم - كما ذهب إليه المشهور - يمكن أن يقال: إن عدم النوم لا يكون من الشرائط عرفاً، وأن العرف لا يراه مانعاً عن التحقق، وبعبارة أخرى: أن النوم وإن كان مشاركاً مع الموت والجنون والإغماء في عدم الالتفات وعدم صحة المخاطبة، إلا أنه يفارقها من حيث ذهاب المدركات عن الخزانة فيها دونه، فحينئذ يمكن أن يقال: إنه لا يكون عند العرف مانعاً عن التحقق.

ثم، إن العلامة الأنصاري رحمته الله أورد النقص على نفسه ببيع المكره، حيث أشار إلى ذلك بقوله: ثم إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره ومقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد، بل يكفي حصوله بعده فضلاً عن حصوله بعد الإيجاب وقبل القبول، اللهم إلا أن يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف



القاعدة لأجل الإجماع<sup>(١)</sup>.

لكن إيراده النقض على مبناه حيث اعتبر استمرار أهلية المتعاقدين من الرضا وغيره من أول الشروع في العقد إلى أن يتحقق تمام السبب من الشرائط المحققة لعنوان العقد، وجوابه بأن بيع المكره على هذا من حيث القاعدة باطل، والحكم بصحته بعد الرضا يكون على خلاف القاعدة، لأجل الإجماع متين على مسلكه. لكن الرضا لا يكون من الشرائط المحققة لعنوان العقد، كما أفاده تتبعاً للشهيد الثاني في المسالك، حيث جعل عبارة المكره مثل عبارة الهازل وأنه قاصد إلى اللفظ دون مدلوله، لأجل أنه لا يكون عبارة المكره مثل عبارة الهازل، حيث يكون المكره قاصداً إلى المدلول، كيف والهازل الذي هو دونه في القصد قاصد للمعنى قصداً صورياً، والخالي عن القصد إلى غير التكلم هو من يتكلم تقليداً أو تلقيناً كالطفل الجاهل بالمعاني، فليس مراد الشهيد من عدم قصد المكره إلى المدلول أنه لا قصد له إلا إلى مجرد التكلم، بل مراده من عدم قصد المكره يكون هو عدم قصده إلى وقوع مضمون العقد في الخارج، وأن الداعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج، لا أن كلامه الإنشائي مجرد عن المدلول، كيف وهو معلول الكلام الإنشائي إذا كان مستعملاً غير مهملاً، فالمحقق لعنوان العقد عرفاً يكون هو القصد لطيب كان أو لكره، والرضا يكون شرطاً لتأثيره، فكما يكون المحكم بالصحة في عقد الفضولي بعد صدور الإجازة من المالك على طبق القاعدة يكون الحكم بالصحة في بيع المكره بعد الرضا أيضاً على طبق القاعدة. إن قلت: إن كان الرضا من شرائط المتعاقدين، وشرطاً لتأثير العقد إن كان الفضولي مكرهاً على إيقاع البيع، لا بد أن يحكم بصحته بعد إجازة المالك، وهو بعيد.

الشروط المحققة لعنوان العقد بقاء كل واحد من المتعاقدين على أهلية الإنشاء ..... ١٦٩

قلت: نلتزم بذلك ولا بعد فيه، لأن المراد من الكراهة يكون هو كراهة المالك.  
إن قلت: إن الرضا لا يكون من شرائط التأثير، بل يكون من شرائط العقد،  
حيث إن اللفظ الصادر عن المكره يكون كالعدم، كما يدل عليه حديث رفع  
الإكراه، فلا يتحقق عنوان العقد، فالحكم بصحة بيع المكره يكون على خلاف  
القاعدة، لأجل الإجماع.

قلت: أولاً: حديث رفع الإكراه ظاهر في رفع المؤاخذة والحكم التكليفي،  
وبعبارة أخرى: أن حديث رفع الإكراه وارد مورد الامتنان، فيرفع هذا الحديث ما  
يكون على المكره من المؤاخذة ولزوم العقد، لا ما يكون حقاً له من التخيير بين  
الرضا بالبيع وفسخه.

وثانياً: لا يدل هذا الحديث على رفع الحكم والأثر الذي يكون للفعل المكره  
عليه من التخيير بين الإمضاء والرد، بل يرفع الحكم والأثر الذي يكون ثابتاً للفعل  
مع قطع النظر عن الإكراه، يعني اللزوم إذا وقع مكرهاً عليه.

إن قلت: قد قيدت العمومات والإطلاقات الدالة على سببية العقد بحديث رفع  
الإكراه بالرضا السابق، فلا دليل على الصحة بالنسبة إلى بيع المكره.

قلت: لا يكون المقيد للعمومات والإطلاقات هو حديث رفع الإكراه، بل  
المقيد لها عبارة عن مثل قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ  
تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(١)</sup> وقوله: «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه»<sup>(٢)</sup> والرضا  
والطيب فيهما أعم من الرضا والطيب السابق واللاحق، فلا يخرج من عهدة  
حديث رفع الإكراه في المقام شيء.

(١) سورة النساء (٤): ٢٩. (٢) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢ ح ٩٨.

إذا اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة هل يبطل العقد أو الصحة مطلقاً، أو التفصيل بين الموضوعية والطريقة؟

فرع: إذا اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة فله صور:  
 منها: أن يجوز المشتري تقديم القبول ولم يجوز إيقاع البيع بالفارسية.  
 وأوجد القبول بالعربية مقدماً على الإيجاب، وجوز البائع إيقاع العقد بالفارسية ولم يجوز تقديم القبول وأوجد الإيجاب بالفارسية، يمكن أن يقال في هذه الصورة بالبطلان مطلقاً، لأن البيع أمر واحد متقوم بالطرفين، بمعنى أن سببه مركب من جزئين، يعني التملك و التملك، فإذا لم يتحقق الإيجاب صحيحاً بنظر القابل لا يرتبط قبوله به، فلا يتحقق عنده السبب، يعني عنوان العقد، وكذلك يكون الأمر عند الموجب.

وبعبارة أخرى: يشترط في تحقق عنوان العقد وقوع كل من الإيجاب والقبول صحيحاً بنظر كل واحد من المتعاقدين، وإلا لا يتحقق عنوان البيع، من دون فرق في ذلك بين أن يكون اعتبار الحكم المستنبط من باب الموضوعية أو الطريقة.  
 إن قلت: على الموضوعية كون القبول بالفارسي منشاءً للأثر عند القابل كافٍ لترتب آثار الصحة عند الموجب وبالعكس، مثل أن البيع بالفارسي إيجاباً وقبولاً إذا كان جائزاً عند المتعاقدين يكون موضوعاً للأثر واقعاً عند من لا يقول بصحته بالفارسية، ومثل صحة اقتداء من لا يقول باعتبار الاستصحاب بمستصحاب الطهارة.

قلت: على فرض أن نسلم كون البيع بالفارسي إيجاباً وقبولاً موضوعاً للأثر واقعاً لغيرهما، يمكن أن لا يكون موضوعاً له بالإضافة إليهما، وأما مسألة صحة الاقتداء فيمكن أن تكون لقيام الدليل، يعني الإطلاقات الدالة على جواز الاقتداء بصلاة كانت صحيحة عند المصلي شرعاً، والدليل مفقود في المقام، لكن الحكم

إذا اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة ..... ١٧١

البطلان في هذه الصورة إن لم يكن في البين إجماع عليه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنه على الموضوعية يكون الصحيح عند كل واحد منهما موضوعاً لترتب الأثر عند الآخر، إلا أن الدليل غير قائم على الموضوعية.

**ومنها:** أن لا يكون البيع جائزاً بالفارسية عند أحد المتعاقدين، وذلك على صورتين من جهة أن النافي إما أن يكون البائع أو المشتري، وعلى كلتا صورتين فإن أوقعا العقد بالفارسية فإن قلنا بالصحة في الصورة المتقدمة على الموضوعية هل يمكن أن نقول بها في هذه الصورة أو لا يمكن ذلك؟ يمكن أن يقال بالعدم، وأنه نقول بالصحة على الموضوعية إذا لم تستلزم التناقض، والقول بها في هذه الصورة مستلزم له، وأنه يلزم أن يكون الثمن واقعاً باقياً على ملك المشتري وخارجاً عنه، يعني كان داخلاً في ملك البائع، وكذلك يكون الأمر في طرف المثلث، وأما على الطريقة فلا يلزم التناقض والتراحم في الواقع، بل يلزم التراحم في مقام العمل، فلا بد لأن يرجع لقطع النزاع إلى الحاكم الشرعي، فيحكم الحاكم على طبق فتواه وينفذ حكمه على كلا الطرفين.

لكن اعتبار الحكم المستنبط على الموضوعية عبارة عن ترتيب الأثر على طبقه ظاهراً لا واقعاً، وإلا يلزم التصويب، فلا تنافي حينئذ بين أن يكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى المجوز ظاهراً، وكان موضوعاً للأثر بالإضافة إلى المانع. إلا أنه على هذا يكون الحكم الذي استنبطه المانع يعني الفساد أيضاً موضوعاً بالنسبة إلى المجوز، مع أنه لا دليل على الموضوعية، بل الدليل قائم على الطريقة.

**ومنها:** أن لا يجوز الموجب إيقاع العقد بالفارسية، فأوجد الإيجاب بالعربية، وجوز القابل ذلك، فأوقع القبول بالفارسية.

**ومنها:** عكس ذلك، فيحتمل أن يقال نيهما بالصحة مطلقاً، يعني بالنسبة إلى الموجب والقابل معاً، وهذا الاحتمال مبني على أن يكون اعتبار الحكم المستنبط من باب الموضوعية، ويحتمل أن يقال فيهما بالصحة بالإضافة إلى أحدهما

والبطلان بالنسبة إلى الآخر، وهذا الاحتمال مبني على أن يكون اعتبار الحكم المستنبط من باب الطريقة، وهل يكون جميع هذه الصور المذكورة محلاً للنزاع، أو يختص النزاع في الصحة والبطلان بالصورتين الأخيرتين، والبقية خارجة عن دائرة النزاع ويكون الحكم فيها البطلان؟

الظاهر من عنوان العلامة الأنصاري رحمته الله هو الأول، حيث قال: فرع لو اختلف المتعاقدان إجتهداً 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 النقل، كما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب، وجواز العقد بالفارسي أردأها أخيراً<sup>(١)</sup>.

نعم، يخرج عن هذا العنوان العقد الذي اختلفا في شرطه واتفقا على بطلانه، مثل أن يكون فتوى الموجب مثلاً، على عدم جواز العقد بالفارسي، وكفاية الإيجاب بالعربي الغير الماضي، فأوجد الإيجاب بالعربي الغير الماضي، وكان فتوى القابل على عدم جواز العقد بالفارسي وعلى اعتبار العربي الماضي، فأوجد القبول بالفارسي

**وبالجملة:** يكون المراد من قوله: «فهل يجوز أن يكتفي كل منهما بما يقتضيه مذهبه، هو الحكم بالصحة في جميع الصور بالنسبة إلى الموجب والقابل معاً» يعني يحتمل أن يكون فعل البائع صحيحاً عند نفسه، وكذا فعل المشتري صحيحاً عند نفسه كافيّاً في صحة البيع، من جهة أنه على الموضوعية يكون الصحيح عند كلّ واحد منهما موضوعاً للأثر عند الآخر، ومن قوله: أم لا، هو الحكم بالصحة بالنسبة إلى أحدهما دون الآخر إذا قلنا باعتبار الحكم المستنبط من باب الطريقة، كما يوضح ذلك قوله بعد العبارة المذكورة: والوجهان الأولان مبنيان على أن

إذا اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة ..... ١٧٢

الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية، فالإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلاً بمنزلة إشارة الأخرس، وإيجاب العاجز عن العربية، وكصلاة المتيّم بالنسبة إلى واجد الماء، أم هي أحكام عذرية، لا يعذر فيه إلا من اجتهد أو قلّد فيها<sup>(١)</sup> حيث جعل دليل الصحة فيها بالإضافة إليهما معاً عنوان الموضوعية، والصحة فيها بالنسبة إلى أحدهما دون الآخر عنوان الطريقية.

وأما قوله: «ثالثها اشتراط عدم كون العقد المركّب ... أردأها أخيرها» فوجه الأردئية هو أن عدم القائل بالصحة مع عدم تحقّق الإجماع على البطلان لا يكون كافياً فيه، فإن لم يكن في البين إجماع على البطلان يكون الصحيح عند كل واحد منهما على الموضوعية، حتى في هذا الفرض موضوعاً لترتب الأثر عند الآخر، إلا أن الدليل غير قائم على الموضوعية كما عرفت.

**وبالجملة:** إذا اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة ففيه وجوه ثلاثة: **الأول:** البطلان مطلقاً، وقد عرفت بيانه والخذشة فيه في الصورة الأولى.

**الثاني:** الصحة مطلقاً، بأن يكون الصحيح عند كل واحد منهما موضوعاً لترتب الأثر عند الآخر، لكنّ الدليل غير قائم على الموضوعية، بل الدليل قائم على الطريقية، فيكون صحيحاً بالإضافة إلى أحدهما وباطلاً بالنسبة إلى الآخر، فيقع التزاحم في مقام العمل لا الواقع، فلا بدّ لرفع النزاع من الرجوع إلى الحاكم الشرعي.

**الثالث:** وهو المطابق للقاعدة، حيث إن اعتبار الحكم المستنبط يكون من باب الطريقية لا الموضوعية هو الصحة عند من يكون عنده السبب تاماً دون غيره، غاية

الأمر ينجر ذلك إلى التنازع، فلا بد لقطعه من الرجوع إلى الحاكم الشرعي، فيترافعان إليه فيحكم على طبق فتواه وينفذ حكمه على كلا الطرفين.

هذا كله فيما إذا لم يكن فقدان الشرط في أحد الطرفين موجباً لبطلان فعل الآخر، كالصراحة والعربية والماضوية مثلاً، وأما إذا كان كذلك مثل أن كان فتوى الموجب مثلاً، على اعتبار المولاة وأوجد الإيجاب، وكان فتوى القابل على عدم اعتبار ذلك فأوجد القبول بعد فوات المولاة، فلا يكون الصحيح عند القابل موجباً لصحة فعل الموجب، بل يكون مفسداً له.

لا يقال: على الموضوعية يكون الصحيح عند القابل موجباً لصحة فعل الموجب.

فإنه يقال: أولاً: أن الفرق بين هذه المسألة يعني المولاة، والمسألة المتقدمة يعني العربية والماضوية والصراحة، هو أن فساد القبول في المسألة المتقدمة عند الموجب مثلاً، لا يكون موجباً لفساد إيجابه، بل يكون منشاءاً لعدم تمامية العقد الصحيح عنده، بخلاف فساد القبول في المقام عند الموجب، حيث يكون موجباً لفساد إيجابه، فلا معنى لأن يقال في المقام أن الصحيح في نظر أحدهما يكون موجباً لصحة فعل الآخر.

وثانياً: على الموضوعية كما يكون الصحيح موضوعاً لصحة فعل الآخر، يكون الفساد أيضاً موضوعاً لفساد فعل الآخر.

وأما عنوان التنجيز فإن كان راجعاً إلى مسألة التطابق يكون مثل عنوان المولاة، فيكون إيجاد القبول من القابل مثلاً، معلقاً مفسداً للإيجاب المنجز، وموجباً لعدم تحقق عنوان العقد، وإلا فيكون فساد القبول موجباً لفساد الإيجاب، وعدم تحقق عنوان العقد ولو معلقاً، يكون محل الإشكال.

وأما جعل العلامة الأنصاري رحمته الله عنوان الترتيب من المسألة الأولى على الإطلاق فمحل تأمل، من جهة أنه يمكن أن يكون من الثانية، مثل أن يفهم مثلاً،

من الدليل الدال على اعتبار الترتيب في غسل اليدين في الوضوء اعتبار غسل اليمنى قبل اليسرى، فحينئذ لو نسي غسل اليمنى قبل اليسرى - يعني غسل اليسرى قبل اليمنى ناسياً - لم يتحقق عنوان الوضوء وغسل اليمنى، فلا بد من استئناف الوضوء، وإن فهم من الدليل الدال على الترتيب تأخر اليسرى يكون من المسألة المتقدمة، ولا يكون فساد غسل اليسرى موجباً لفساد اليمنى، فيجب حينئذ في الفرض إعادة غسل اليسرى فقط، ففي المقام إن كان الشرط هو تقدم الإيجاب يصير بالتأخر فاسداً، وإن كان الشرط هو تأخر القبول لا يصير فاسداً، فإذا أعيد القبول بعد الإيجاب يتحقق عنوان العقد.

## في أحكام البيع الفاسد

**الجهة الخامسة:** في أحكام المقبوض بالمعاملة الفاسدة

قال العلامة الأنصاري رحمته الله: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، وكان مضموناً عليه، أما عدم الملك فلأنه مقتضى فرض الفساد، وأما الضمان بمعنى كون تلفه عليه وهو أحد الأمور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف<sup>(١)</sup>.

في تحرير عنوان المسألة، وفي أنّ الكلام يكون في المعاملة الفاسدة التي يكون موردها تمليك العين بال عوض

أقول: البحث في هذه المسألة يكون من جهات: الأولى: في تحرير عنوان المطلب، فنقول: تحرير العنوان على النحو الذي عنونه العلامة الأنصاري رحمته الله



يكون محلّ الخدشة، أولاً: من جهة أنّ عدم الملك وثبوت الضمان بناءً على ثبوته لا يختصّ بالعقد الفاسد، بل جارياً في البيع الغير العقدي مثل المعاوضة الفاسدة أيضاً إذا اختل شرط من شروطها، بناءً على اعتبار شروط البيع العقدي فيها غير الصيغة.

فالأولى في مقام تحرير العنوان هو أن يقال: لو قبض ما ابتاعه بالمعاملة الفاسدة لم يملكه، وكان مضموناً عليه.

وثانياً: لقائل أن يقول: لا ملازمة بين القبض بالعقد الفاسد وبين عدم الملك والضمان، بل يصير البيع العقدي بعد كشف فساده بيعاً غير عقدي ومعاملة معاطاتية، ببيان أنّ القبض والتسلّط الخارجي الذي يكون مسبوقاً وناشئاً عن تمليك المالك وتسليطه ورضاه يكفي في تحقّق عنوان البيع، فيترتب عليه أحكام المعاوضة.

لكن يمكن دفع الإشكال الأول عنه، باحتمال أن يكون المراد من العقد في عنوانه هو العهد الشامل لمطلق المعاملة.

كما يمكن أيضاً دفع الثاني، بأنّه بعد فساد العقد لا معنى للانقلاب، حيث إنّ الإعطاء والأخذ إن كان بتمليك وتملّك جديد فيكون معاوضة جديدة، وإن كان بعنوان الوفاء بالعقد بنحو وحدة المطلوب فالمفروض أنّ العقد صار فاسداً.

وبعبارة أخرى: أنّ إذن المالك ورضاه كان في ضمن إرادة التمليك بالعقد الصحيح، والمفروض أنّ العقد صار فاسداً فيرتفع المطلق يعني الإذن بارتفاع المقيد، يعني التمليك بالعقد الصحيح، حيث لا تحقّق للجنس والمطلق بدون الفصل والقيّد، وكون المعاوضة مفيدة للإباحة مع قصد المتعاطيين التمليك يكون بالإجماع، وإلاّ إفادتها للإباحة تكون محلاً للمنع.

نعم، يتمّ ما ذكر إن كان الرضا بالتمليك بنحو تعدّد المطلوب.

لكن يمكن أن يقال: بحصول الملك وعدم الضمان بالتسلّط المسبوق بالإذن

من المالك وإن لم ينطبق عليه عنوان البيع، أما في مقام الثبوت، فلأنّ التسلّط الخارجي المسبوق بالإذن من المالك يكفي في تحقّق عنوان الملكية عرفاً ما لم يطرأ له عنوان مزاحم من الرجوع والعدول عن الرضا، وأما في مقام الإثبات، فلأنّ السيرة جارية على ملكيّة التسلّط المسبوق بالإذن، وإلا يلزم أن يحكم بفساد التمليكات والتملّكات في أيدي العوام بواسطة المعاملات الصادرة منهم، حيث إنّها في الأغلب تكون فاسدة لعدم اجتماعها لجميع شرائط الصحة نوعاً، نظير القول بأنّ حيازة المباح بدون قصد التملّك يكون محققاً لعنوان الملكية ما لم يعرض له عنوان مزاحم من الرجوع، فيصير الأخذ حينئذ مالكا لما أخذه ولا ضمان عليه.

وفيه أولاً: أنّه على فرض تسليم أن يكون التسلّط المسبوق برضا المالك مملّكاً لا دليل عليه في مقام الإثبات، حيث إنّ بعد أن تكون الشرائط المذكورة دخيلة عند العرف في صحّة العقد؛ يمنع قيام السيرة على ملكيّة صرف التسلّط المسبوق بالإذن نعم، على فرض تسليم وجود السيرة على المملكيّة نستكشف أنّ الشرط لا تكون دخيلة عند العرف في صحّة العقد.

وثانياً: يلزم أن يصير الثمن ملكاً للبائع والمثمن ملكاً للمشتري في البيع الغرري بعد بطلانه بواسطة الغرر، حيث إنّ عنوان الغرر موجب لبطلان عنوان البيع والمعاملة، لا التسلّط المسبوق برضا المالك، وكذلك يكون الأمر في بيع الحصاة والمنابذة والملامسة والثمن في بيع الخمر والخنزير.

الجهة الثانية: في أنّ البحث هل يكون في العقد الفاسد الذي يكون فساده ناشئاً عن وقوع خلل في شرائط صحّة العقد أو الأعمّ منه ومن الفساد الذي كان ناشئاً عن وقوع خلل في شرائط العوضين أو المتعاقدين، والظاهر أنّ البحث يكون في الأعم.

## في أن الكلام هل يكون في الضمان في التلف أو التلف والإتلاف معاً

الجهة الثالثة: هي أن الظاهر أن مصبّ البحث يكون في الأعم من التلف والإتلاف.

إن قلت: يكون الكلام في المقام الأول ويختص النزاع في الضمان وعدمه به، كما سلك إليه المحقق صاحب الجواهر<sup>(١)</sup> والعلامة الأنصاري<sup>(٢)</sup> لأجل أن الأخذ والتسلط في المقام يكون بإذن المالك، فيمكن أن يقال حينئذ بعدم مشموليته لقاعدة على اليد.

قلت: إن كان الأخذ والتسليط بإذن المالك موجباً لثلاثاً يكون مشمولاً لقاعدة على اليد، ومنشأً لانصرافها عن ذلك، كان موجباً لثلاثاً يكون مشمولاً لقاعدة من أتلف وسبباً لانصرافها أيضاً.

الأ أن يقال: إن الوجه في أن كون التلف مصبباً للبحث، دون الإتلاف، هو أنه لا إشكال في الضمان في الإتلاف أولاً: لعدم الخلاف فيه بين المسلمين، فضلاً عن المؤمنين، بل الإجماع بقسميه عليه إن لم يكن ضرورياً.

وثانياً: لفحوى الأخبار الدالة على الضمان في الإتلاف التسبيبي، منها مرسل جميل عن أحدهما<sup>(٣)</sup> قال: «في الشهود إذا شهدوا على رجل ثم رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموه، وإن لم يكن قضى طرحت شهادتهم ولم يغرم الشهود شيئاً»<sup>(٤)</sup>.

وصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله<sup>(٥)</sup> في شاهد الزور ما توبته؟ قال: «يؤدى من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف أو الثلث إن كان شهد ومعه آخر»<sup>(٤)</sup>.

(١) الجواهر ٢٢: ٤١٣. (٢) المكاسب ٧: ١٤٠. (٣) الوسائل ١٨: ٢٣٨ ح ١.

(٤) الوسائل ١٨: ٢٣٩ ح ١.

في أن الكلام هل يكون في الضمان في التلف أو التلف والإتلاف معاً..... ١٧٩

وفي خير آخر عن جميل عنه عليه السلام في شاهد الزور قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل»<sup>(١)</sup>.  
وثالثاً: لقوله عليه السلام: «من أتلف مال غيره فهو له ضامن»<sup>(٢)</sup>.

إن قلت: لم يثبت كونه رواية من طرقنا، ولا قاعدة، فلا معنى للتمسك به على الضمان.

قلت: وإن لم يثبت كونه رواية من طرقنا، لكن قاعدة اصطیادیة من الأخبار المذكورة وغيرها مسلمة عندهم، كما أشار إلى هذا الإشكال والجواب صاحب الجواهر رحمته الله - في باب الغصب في مسألة من أرسل في ملكه ماء فأغرق مال غيره، أو أجاج ناراً فيه فأحرق لم يضمن ما لم يتجاوز قدر حاجته اختياراً مع علمه أو غلبة ظنه أن ذلك موجب للتعدّي إلى الإضرار- بقوله: اللهم إلا أن يمنع إطلاق سببية الإتلاف للضمان على وجه يشمل القرض، لعدم ثبوت «من أتلف مال غيره فهو له ضامن» رواية من طرقنا، ولا قاعدة، وثبوت الضمان في المذكورين للإجماع.

إلا أن الإنصاف: عدم خلوّ ذلك عن النظر، ضرورة المفروغية من قاعدة من أتلف التي لهجت بها السنة الفقهاء في كلّ مقام، وربما كان في بعض النصوص إشعار بها<sup>(٣)</sup>.

وأما الضمان في التلف فيمكن أن يقال بعدم دلالة على اليد عليه، فالبحث في المقام يكون في الضمان في التلف لا الإتلاف.

الجهة الرابعة: هل أن مقتضى استصحاب عدم الضمان الثابت قبل التلف ومقتضى قاعدة البراءة عن الضمان هو أن لا يكون الشخص ضامناً لمال غيره،

(١) الوسائل ١٨: ٢٣٩ ح ٢.

(٢) هذه العبارة لم توجد في رواية بل هي قاعدة مصطادة من عدّة روايات، راجع الوسائل

١٩: ١٨٢ ح ١. (٣) الجواهر ٣٧: ٦٠.

وأن مال كل شخص إذا تلف خرج من كيسه، فضمان مال الغير يكون على خلاف الأصل؟.

## في الدليل على الضمان

وقد استدل على الضمان بوجوه: الأول: ما قاله ابن إدريس - في السرائر في باب البيع -: من أن البيع يجري عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان<sup>(١)</sup>. لكن لا اعتبار به لعدم كونه إجماعاً، وعلى فرض كونه إجماعاً منقولاً - علاوة عن عدم الدليل على اعتباره - يحتمل أن يكون مدركه الوجوه الآتية.

الثاني: الشهرة، لكن لا دليل على اعتبار الشهرة الفتوائية.

الثالث: رواية جميل عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية، قال: «يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه»<sup>(٢)</sup> فإن ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى كما أفاده العلامة الأنصاري<sup>(٣)</sup>.

توضيحه: أن الظاهر من هذا الخبر هو أن صيرورة الولد حرّاً يكون بحكم الشارع، فيكون ذلك من قبيل أن يتلف شيء بأفة سماوية، فإذا ثبت الضمان في الفرع والولد - مع أنه لا يد للمشتري عليه لأجل حرّيته - يثبت الضمان في الأصل يعني الجارية لو تلفت بالأولوية، لثبوت يد المشتري عليها.

إن قلت: إن الحكم بضمان الولد يكون لأجل عنوان الغصب، فلا يدل على ثبوت الضمان في المقام الذي يكون الأخذ بإذن المالك.

قلت: لا فرق في الضمان التلغي بين أن يكون ناشئاً عن عنوان الغصب أم لا،

حيث إن البحث في أن المقبوض بالعقد الفاسد لا يصير ملكاً للقابض ويكون مضموناً عليه، يكون في الأعم من الفساد الذي يكون ناشئاً من ناحية شرائط العقد أو شرائط العوضين أو المتعاقدين.

إن قلت: إن المورد يكون من باب الإلتاف وأن المشتري أتلف نماء الجارية بالتسيب، حيث إن حكم الشارع بحرية الولد يكون بواسطة كون الوطي بالشبهة أي المشتري حرّاً، فالمشتري أتلف نماء الجارية بالتسيب، فلا يدل على الضمان في التلف.

قلت: الحكم بالحريّة يكون من الشارع تعبداً، ألا ترى أن الحر لو زنى بجارية لا يحكم بحريّة الولد، فيكون الضمان في المقام لأجل التلف لا الإلتاف. لكن يمكن أن يقال إن تضمين الشارع المشتري بقيمة الولد يكون بإزاء استيفاء المشتري المنفعة، حيث إن استيلاء الجارية انتفاع بها، والولد منفعة عرفاً، ولعلّ «فافهم» في آخر كلام العلامة الأنصاري رحمته الله إشارة إلى ذلك، كما سلك إليه في الأمر الثالث، فبعد مجيء هذا الاحتمال لا يكون هذا الخبر دليلاً على المقام، إلا أن يدعى ظهوره في الضمان التلفي كما عرفت.

في التمسك على الضمان بقوله: «إنّ الناس مسلّطون على أموالهم

الرابع: قوله: «إنّ الناس مسلّطون على أموالهم» وتقريب الاستدلال به يتصوّر على وجهين: الأول: هو أن قيمة المال عرفاً تكون من مراتبه، حيث إن ماليّة المال تكون بقيمته وخصوصيته، فيدلّ على أنه كما لو كان للمالك السلطنة على أخذ عين ماله، كذلك تكون له السلطنة بهد ذهاب الخصوصيّة بالتلف على أخذ قيمتها. لكن هذا التقريب يكون محلّ الخدشة: من جهة أن عنوان الماليّة يكون منتزعا عن المال ومتقوماً به، ولا معنى لبقاء الأمر الانتزاعي بعد ذهاب منشأ انتزاعه، فلا موضوع لجواز المطالبة والسلطنة بعد التلف.

**الثاني:** هو أنه يدل على أنه يجوز للمالك مطالبة ماله حتى بعد التلف، فالعقل حينئذ يحكم لأجل الجمع بين الحقين يعني بين جواز مطالبة المالك عين ماله وعدم إمكان تكليف الآخذ بتأدية العين، بأن الآخذ يكون ضامناً للقيمة والبدل نظير بدل الحيلولة.

### في الاستدلال على الضمان بقاعدة الإقدام

**الخامس:** قاعدة الإقدام، كما استدل بها في المسالك<sup>(١)</sup> وفاقاً للشيخ، حيث علل في المبسوط<sup>(٢)</sup> 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.

وقد أورد على ذلك بوجوه: **الأول:** أنه لا مدرك لهذه القاعدة.

**الثاني:** هو أن بناء المتعاقدين يكون على وحدة المطلوب يعني أنهما أقداً وتواطنا بالعقد الفاسد على ضمان خاص لا الضمان بالمثل أو القيمة، فإذا انتفى الخاص لا معنى للحكم بالضمان مثلاً أو قيمة، حيث لا تقوم للجنس بدون الفصل.

**الثالث:** هو أن مورد هذا التعليل أعم من وجه من المطلب، إذ قد يكون 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 بعتك بلا ثمن أو أجرتك بلا أجر.

لكن يمكن الخدشة في الوجه الأول: بأن الإقدام بما هو إقدام يكون مضمناً وموجباً للضمان، حيث يستكشف ذلك من موارد حكم الشارع فيها بالضمان،

كحكمه بالضمان بالمسمى في البيع الصحيح والجمالة والإجارة الصحيحين وأمثال ذلك، حيث إنه ليس حكم الشارع بالضمان بالمسمى في البيع الصحيح مثلاً، إلا من جهة إقدام المتبايعين، بل يكون لملاك آخر ولا علم لنا به.

كما يمكن الخدشة في الثاني: بأن بناء المتعاقدين يكون على تعدد المطلوب ومالية العوضين، وبعبارة أخرى: أنهما أقداً على أصل الضمان في ضمن الإقدام على ضمان خاص، والشارع إنما لم يمتص الضمان الخاص، لا أصله.

كما يمكن الخدشة في قوله في الوجه الثالث: «وكما إذا قال بعتك بلا ثمن» حيث إنه على فرض تسليم اعتبار القاعدة ودلالاتها على الضمان، يكون ذلك في الفاسد من النصف الصحيح، البيع بلا ثمن لا يكون فاسداً من صحيحه، لأجل أن الثمن يكون من مقومات البيع ولا يتحقق عنوانه بدونه.

ويمكن أن يستدل على مضمونية الإقدام بقوله تعالى في سورة الأحزاب: ﴿النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم﴾<sup>(١)</sup> بانضمام قوله: «إن الناس مسلطون على أموالهم»<sup>(٢)</sup> حيث إنه يكون من مقتضى سلطنة الشخص على نفسه وماله أن يجعل نفسه بالإقدام ضامناً لشيء ويؤديه من ماله.

### في الاستدلال على الضمان بخبر «اليد»

السادس: أنه استدلل على الضمان بالنبوي المشهور أعني بما رواه سمرة عن النبي ﷺ أنه قال: «من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به ويتبع البيع من باعه»<sup>(٣)</sup>.

وقال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»<sup>(٤)</sup> كما في مصابيح السنة<sup>(٥)</sup> وكتب

(١) سورة الأحزاب (٣٣): ٦. (٢) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢. (٣) عوالي اللئالي ٢: ٢٥٦ ح ٢.

(٤) سنن البيهقي ٦: ٩٥ تأليف أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي (٤٥٨).

(٥) مصابيح السنة ٢: ٣٥٣ رقم الحديث ٢١٦٨، تأليف أبو محمد البغوي الحسن بن مسعود = بن محمد الفراء.



جمع من أصحابنا منهم ابن إدريس في سرائره<sup>(١)</sup> والعلامة الأنصاري<sup>(٢)</sup> في مكاسبه، وروي: تؤذيه، بإلحاق الضمير، كما ذكر في الجواهر<sup>(٣)</sup> ومسند أحمد<sup>(٤)</sup> والانتصار<sup>(٥)</sup> والدروس<sup>(٦)</sup>.

والبحث في هذا الخبر يكون من جهات: الأولى: في دلالاته على الحكم الوضعي، وتقريب دلالاته عليه، هو أن متعلق كلمة «حتى» يعني الأداء إما أن يكون غاية لوجوب الرد أو الحفظ، حتى كان دالاً على الحكم التكليفي، لا الوضعي أو الضمان أو الكل، حتى كان دالاً على الحكم الوضعي، والأول لا معنى له وكذا الثاني، حيث إن الأداء يكون مسقطاً للتكليف ورافعاً له، كما يكون كذلك في قولنا مثلاً، يجب عليك الصلاة حتى تصلي، لا غاية للتكليف ومن حدوده للغويّة.

وبالجملة: يمكن أن يقال بدلالاته على الحكم الوضعي وأنه يكون على الأخذ بدل المأخوذ، لكن يرد عليه: أنه إن كان الضمان بالبدل مع وجود المبدل لا معنى له، وإن كان مع عدمه لا معنى للغاية يعني أداء العين، إلا أن يقال: إن المراد من الضمان هو أنه يكون على الأخذ خسارة العين المأخوذة لو تلفت حتى يؤذيها، وأنه معنى تعليلي يكون متحققاً من حين أخذ العين، ويكون نتيجته اشتغال الذمة به بعد التلف.

والحاصل: يدل هذا الخبر على الحكم الوضعي أولاً: من جهة أن متعلق «على» غير مذكور وأنه هل يكون وجوب الرد أو الحفظ أو الضمان أو الكل، وحذف المتعلق يفيد العموم، فيكون دالاً على أنه يكون على اليد خسارة العين المأخوذة لو تلفت حتى يؤذيها.

إن قلت: «الأخذ» ظاهر في الأخذ العدواني، فلا يدل على الضمان في المقام،

(١) السرائر ٢: ٤٨٤. (٢) المكاسب ٧: ١٥٩. (٣) الجواهر ٣٧: ٣٦.

(٤) مسند الإمام أحمد بن حنبل ٥: ١٢، ولكن لم يذكره مع الضمير.

(٥) الانتصار ١٤٠ في مسألة «تعليق الإطلاق بجزء من أجزاء المرأة» ذكر الحديث مع الضمير.

(٦) الدروس ٣: ١٠٩، طبعة جماعة المدرسين بقم.

حيث إن الأخذ في المقام لا يكون على نحو العدوان، بل يكون بإذن المالك.

**قلت: أولاً:** يمنع ظهوره في العدواني بل في الأعم منه.

**وثانياً:** فرق واضح بين دخول لفظة «على» على الفعل مثل عليه الصيام وعليه الحجّ مثلاً، حيث لا يستفاد منها حينئذ إلا الحكم التكليفي، وبين دخولها على العين كما في الخبر ونحوه مثل عليه دين، لأجل أنّ الظاهر والمتبادر منها حينئذ يكون هو الحكم الوضعي، يعني على الأخذ بخسارة العين لو تلف حتى يؤديها لا التكليف، حيث إن كون لفظة «على» حينئذ للتكليف يحتاج إلى إضمار الرد مثلاً، وهو يكون خلاف الأصل والظاهر، كما أفاده العلامة الأنصاري رحمته الله.

**إن قلت:** كيف يثبت الحكم الوضعي على هذا الوجه بدون التكليفي على مسلكه، حيث لا يقول بالجعل المستقل للأحكام الوضعيّة، بل قائل بانتزاعيتها من التكليفيّة؟

**قلت: أولاً:** لعلّ مقصوده من عدم الجعل المستقل للوضعيّة هو أنّ مجعوليّتها لا تكون بنحو التكليفيّة، لا أنّ الوضعيّة غير قابلة للجعل المستقل أصلاً ولو إمضاءً، حيث إنّ عنوان الضمان والماليّة والمملكيّة عنوان عرفي لم يردع الشارع عن ذلك، فيكون بحكم على «اليد» ممضى عنده.

**وثانياً:** ينتزع الوضع من وجوب القيمة أو المثل الذي يثبت في فرض التلف. **إن قلت:** كيف يكون فساد البيع موجباً للضمان، مع أنّ بائع الغاصب لا يكون ضامناً للثمن الذي أخذه من المشتري.

**قلت:** إذا كان الفساد ناشئاً عن فقدان ما يكون مقوماً لعنوان البيع كأن لا يكون للمبيع ماليّة، مثل بيع التراب مثلاً، وعلم المشتري بعدم الماليّة لا يكون الفساد موجباً للضمان، لإتلاف المشتري الثمن وإقدامه على تفويته مجاناً بخلاف المقام، حيث يكون الإعطاء بنحو المعاوضة والتضمين لا المجانيّة.

**إن قلت:** على هذا لا معنى لصحة بيع الغاصب بعد إجازة المالك.

قلت: تصوير الصحة يكون فيما إذا باع الغاصب عن المالك وجعل نفسه مالكا لأجل الخطأ في التطبيق لا مطلقاً.

### في دلالة على «اليد» على ضمان الصغير والمجنون

الجهة الثانية: هل أن إطلاق اليد شامل لليد العدوانية والمأذونة - كما في المقام - والأمانى؟

غاية الأمر قيد إطلاقه بالنسبة إلى الأخير، ويد الصغير و المجنون إذا لم تكن يدهما ضعيفة، لعدم التميز والشعور كما سلك إليه العلامة الأنصاري رحمته الله.  
 إن قلت: يصح الاستدلال بإطلاق اليد على ضمانهما إن لم نقل بانتزاعية الأحكام الوضعية عن التكليفية، ولكن على القول بانتزاعيتها منها كما سلك إليه العلامة الأنصاري رحمته الله لا معنى للاستدلال بإطلاقها على ضمانهما، حيث لا تكليف لها حتى ينتزع منه.

قلت: يصح الاستدلال بإطلاقها على ضمانهما حتى على القول بالانتزاع أما أولاً: فلاجل أنه منتزع الضمان من التكليف الذي يتعلق بهما بعد البلوغ.  
 إن قلت: لا معنى للانتزاع من المنشأ المعدوم.

قلت: لا يعتبر في صحة الانتزاع فعلية منشأه، حيث يصح الانتزاع من الأمر الاستقبالي.

وثانياً: على فرض تسليم اعتبار فعلية منشأ الانتزاع ينتزع ضمانهما عن التكليف الذي يتوجه إلى وليهما.

الجهة الثالثة: هي أنه لا إشكال بناءً على دلالة على اليد على الحكم الوضعي وضمان العين في شمول ذلك لضممان أرش تعييبها، حيث إن تعيب الجزء ونقصانه راجع إلى تعيب العين ونقصانها.

## في دلالة على «اليد» على ضمان أرش تعيب العين

ولكن إنَّما الكلام في أنه هل يدلُّ على ضمان المنافع المستوفاة والفائتة أو لا؟  
والظاهر هو عدم الشمول، أولاً: لعدم صدق الأخذ.

وثانياً: لعدم إمكان أداء المستوفاة فضلاً عن الفائتة، كما تدلُّ عليه الغاية، حيث  
إنَّ المنافع مثل ركوب الدابة مثلاً، قبل إيجادها لا وجود لها، وبعد الإيجاد لا بقاء  
لها، فلا يدلُّ على «اليد» على ضمان المنافع.

إن قلت: معنى «على اليد ما أخذت» عبارة عن أنَّ الأخذ ملتزم بأن يجبر جميع  
الخسارات التي ترد على مالك العين من ناحيتها، فيكون الأخذ ضامناً لمنافعها،  
وبعبارة أخرى: - كما في حاشية المحقق الخراساني رحمته -: «مورده وإن كان مختصاً  
بالأعيان إلا أنَّ قضيَّة كونها مضمونة ضمان منافعها، فضمن المنافع في الإجارة  
الفاسدة إنَّما يكون بتبع ضمان العين المستأجرة.

وبالجملة: قضيَّة ضمان اليد ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونة بها،  
فاختصاص مورده بالأعيان لا يوجب اختصاص الضمان بها.  
نعم، الحرَّ حيث لم يكن نفسه مضمونة باليد، لم يكن أعماله مضمونة في  
الإجارة الفاسدة بها فافهم»<sup>(١)</sup>.

قلت: هذا المعنى يكون خلاف المستفاد منه، حيث إنَّ الظاهر منه هو أنَّه  
يكون على الأخذ فقط خسارة ما أخذه من المالك لا مطلق الخسارة، وبعبارة  
أخرى: ما يكون على الأخذ من حيث السعة والضيق تابع لمقدار صدق الأخذ،  
والموصول على فرض كونه مفيداً للعموم قد خصص بصلته يعني الأخذ، ولا  
يصدق الأخذ إلا على العين، والتسليط على المنفعة في الإجارة، وإن كان يحصل

حقيقة بالتسليط على العين والتسلط على المنفعة بالتسلط على العين، لكن لا يصدق أخذ المنفعة على التسلط عليها، فلا يدل «على اليد» على الضمان في المنافع.

### التمسك بصحيفة أبي ولأد لعدم ضمان المنافع الفاتئة والخذشة فيه

بل يمكن أن يقال بعدم الضمان في الفاتئة، لما يترأى من صحيفة أبي ولأد من عدم الحكم بضمنان منافع البغل الفاتئة، بتقريب أنه كانت مدة غضب البغل خمسة عشر يوماً، مع أن الكراء الذي حكم الإمام عليه السلام بأداء مثله هو كراء منافع تكون في نحو ثمانية أيام، حيث لم يقل عليه السلام: عليك مثل كراء بغل في مدة خمسة عشر يوماً حتى يثبت الضمان للفاتئة أيضاً، بل قال: عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، ومثل كراء بغل ذاهباً من النيل إلى بغداد، ومثل كراء بغل من بغداد إلى الكوفة، والظاهر منه يكون هو الضمان فقط بالنسبة إلى المستوفاة. لكنه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنه لم يعلم أن حكم الإمام عليه السلام بالضمان على النحو المذكور كان لثمانية أيام، بل كان لمجموع مدة الغضب، وتعبيره عليه السلام عن ذلك بالأسلوب المتقدم يحتمل أن يكون لأجل زيادة أجره المثل بواسطة إعوجاج الطريق.

وقد ظهر فساد ما أفاده العلامة الأنصاري رحمته الله بقوله: وإن كان المترأى من ظاهر صحيفة أبي ولأد اختصاص الضمان في المغضوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلى غير محلّ الرخصة، إلا أنه لم نجد بذلك عاملاً في المغضوب الذي هو موردها<sup>(١)</sup> حيث إنه لم يعلم أن الأصحاب فهموا من هذه الصحيفة عدم الضمان للفاتئة ولم يعملوا بها من هذه الجهة، حتى يقال إن الظاهر منها يكون كذا

في التمسك بصحيفة أبي ولاد لعدم ضمان المنافع الفائتة والخذشة فيه ..... ١٨٩  
لكن لم يعملوا به.

### التمسك على ضمان المنافع الفائتة بإجماع ابن إدريس ومناقشته

ويمكن أن يقال بضمان المنافع حتى الفائتة لأجل ما حكموا به في باب الغصب من أن الغاصب يكون ضامناً لمنافع المغصوب من المستوفاة والفائتة معاً، والمقبوض بالمعاملة الفاسدة محكوم بحكم الغصب على ما نقله ابن إدريس عن أصحابنا من «أن البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان»<sup>(١)</sup> لكن لا يستفاد من هذا التعبير نقل الإجماع - كما عرفت - وعلى فرض استظهاره منه لا دليل على اعتبار الإجماع المنقول.

### في الاستدلال على ضمان المنافع مطلقاً بقاعدة حرمة مال المؤمن

ويمكن أن يستدل على ضمان المنافع مطلقاً حتى الفائتة - بناءً على كون المنافع أموالاً - بقاعدة احترام مال المؤمن المستفادة من رواية أبي بصير، عن أبي جعفر قال: قال رسول الله ﷺ: «سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه معصية»<sup>(٢)</sup> «حرمة مال المسلم كحرمة دمه»<sup>(٣)</sup>.

ورواية سعيد بن زيد عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من أحمأ أرضاً ميتة فهي له»<sup>(٤)</sup> «ليس لعرق ظالم حق»<sup>(٥)</sup>.

وقال: «لا يحل مال امريء مسلم إلا بطيب نفس منه»<sup>(٦)</sup>.

والبحث فيهما يكون في مقامين: الأول: في أنه هل يصدق المال على المنافع أو لا يصدق؟ يمكن أن يقال: إنها تكون من الحقوق لا الأموال، لعدم صدق المال

(١) السرائر ٢: ٢٨٥. (٢) عوالي اللئالي ١: ٣٦٢ ح ٤٤. (٣) عوالي اللئالي ٣: ٤٧٣ ح ٤.

(٤) عوالي اللئالي ٣: ٢٥٩ ح ١٢. (٥) عوالي اللئالي ٢: ٢٥٧ ح ٦.

(٦) عوالي اللئالي ٢: ١١٣ ح ٣٠٩.

عليها، حيث إن من كان مالكا لدار أو دابة لا يقال إنه مالك لمالين من الدار وسكنائها، أو الدابة وركوبها، حيث إن المنفعة قبل إيجادها أمر معدوم.

لكن الحق: هو أنه يصدق عليها المال وأنها لا تكون معدومة، حيث إنه يكون لعنوان السكنى والركوب نحو من الوجود عند العرف، ينتزعونهما من كون الشخص مالكا للدار والدابة، ويعتبرونهما من الأموال، ويرتبون عليها آثارها.

وبعبارة أخرى: يصدق المال على المنافع لا لأجل أنه يبذل بإزائها المال، حيث إنه أعم بملاحظة أنه يبذل بإزاء الحقوق أيضاً، بل لأجل أن الحق عبارة عن أن المحق يحصل المال بإعمال تسلطه، كما في حق الخيار أو يحصل متعلق الحق بإعمال ذلك كما في حق المضاجعة، ولا يكون قبل إعمال ذلك مالكا لشيء بخلاف المنفعة، حيث إنه في صورة إفراز المنافع وتفكيكها عن العين، مثل أن أوصى بعين لزيد وبمنافعها لعمرو، أو استأجر عمرو داراً يكون عمرو قبل إعمال سلطته بالنسبة إلى منافع العين أو الدار مالكا لشيء، فالمنافع في صورة التفكيك تعد أموالاً عند العرف، وأموالاً مطوية في أموال أخرى في غير صورة الإفراز.

المقام الثاني: هو أن الظاهر من التشبيه في الخبر الأول هو أنه كما يكون الحكم الوضعي، يعني القصاص أو الدية لدم المسلم ولا يهدر دمه، وكذلك لا يذهب مال المسلم مجاناً وبلا عوض، بل يكون له العوض، وواضح أن العوض لا يكون على مالك المعوض، فيكون العوض على من تلف عنده المعوض، وبعبارة أخرى: إطلاقهما يحكم بثبوت الضمان في صورة التلف أيضاً.

إن قلت: الظاهر منهما يكون هو الحكم التكليفي، يعني حرمة مزاحمة المؤمن في ماله وعدم جواز أخذه منه قهراً، فلا يدل على ضمان التالف بعد الإثم والمزاحمة.

قلت: الظاهر منهما يكون هو الوضع لا التكليف، بقريئة رواية عبد الله بن مسكان عن الصادق عليه السلام في رجل قطع رأس الميت، قال: «عليه الدية لأن حرمة

ميتاً كحرمته حياً»<sup>(١)</sup>.

وصحيحة سليمان بن خالد، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام فقلت: إنا روينا عن أبي عبد الله عليه السلام حديثاً، أحب أن أسمعك منك، فقال وما هو؟ قلت: بلغني أنه قال في رجل قطع رأس ميت، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «حرم من المسلم ميتاً ما حرم منه حياً» فمن فعل بميت ما يكون في ذلك احتياج نفس الحي فعليه الدية، فقال عليه السلام: «صدق أبو عبد الله عليه السلام هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وآله»<sup>(٢)</sup>.

إن قلت: المتيقن منهما يكون هو التكليف، وحينئذ لا يدل على الضمان في المستوفاة فضلاً عن الفائتة، من جهة أنه لا يصح جعل حكيمين باستعمال واحد، مع أنه لا معنى لانتزاع الضمان في المقام عن عدم جواز المزاحمة، حتى على مسلك العلامة الأنصاري رحمته الله من كون الأحكام الوضعية منتزعة من التكليفية<sup>(٣)</sup> حيث لا يناسب انتزاع الوضع والضمان عن كل تكليف، ألا ترى أنه لا يصح انتزاع الضمان عن عدم جواز المزاحمة في المكان الوقفي مثل المسجد مثلاً، فلا يصح انتزاع الوضع في المقام عن عدم جواز المزاحمة.

قلت: هذا الكلام يكون محل الخدشة: أولاً: لإمكان تصوير الجامع في المقام، واستعمال اللفظ فيه، بأن يقال: إنه كما يكون معنى كون المال حلالاً هو أنه لا منع عن التصرف فيه وعن إتلافه بلا عوض، يكون معنى كون المال محترماً بقريئة المقابلة هو أن غير المالك ممنوع عن التصرف فيه وعن إتلافه بلا عوض.

وثانياً: الضمان عرفاً يكون من لوازم الحرمة، مع أن السيرة في المستوفاة جارية على الضمان.

إن قلت: ما رواه الشافعي في مختلف الحديث، وابن ماجه في صحيحه، وأبو

(١) الوسائل ١٩: ٢٤٨ ح ٤.

(٢) الوسائل ١٩: ٢٤٧ ح ٢.

(٣) بحث المحقق الأنصاري في الاستصحاب في حجية القول السابع أن الحكم الوضعي مرجعه إلى الحكم التكليفي فراجع.



داود في سننه جميعاً من طريق مسلم بن خالد عن عائشة، من أن رجلاً ابتاع عبداً فاستعمله ثم ظهر منه على عيب، فقضى رسول الله ﷺ بزده بالعيب، فقال المقضي عليه: قد استعمله، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»<sup>(١)</sup> يدل على عدم ضمان المنافع حتى في المستوفاة، حيث حكم ﷺ بأن المنافع تكون بإزاء ضمان العين.

قلت: لا دلالة له على عدم الضمان في المقام أصلاً، من جهة أن مورده يكون في منافع المبيع الذي أخذه المشتري بالبائع الصحيح، والحكم بعدم ضمان الآخذ لمنافع المبيع في هذا المورد الذي تكون المنافع ملكاً له بتبع ملك العين، وأن الخراج والمنافع يكون بإزاء ضمان العين التي صار الآخذ مالكا لها، لا يلازم ذلك عدم الضمان للمنافع فيما لم تكن العين المأخوذة ملكاً للآخذ.

إن قلت: لا يكون المورد مخصصاً للوارد، فيصح أن يتمسك لعدم الضمان في الفاسد بإطلاق لفظ الضمان الوارد فيه.

قلت: ما أحرزنا الإطلاق له من هذه الجهة، مع كون المورد صالحاً لأن يكون قرينة لعدم انعقاد الإطلاق له.

ويدل على الضمان حتى في الفاتنة - بناءً على صدق المال على المنافع - قول النبي ﷺ في خطبته بمنى في حجة الوداع على ما روى الفيض الكاشاني رحمته في تفسيره عن القمي: ... «فإن دمانكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا إلى يوم تلقون ربكم فيسألكم عن أعمالكم، ألا هل بلغت أيها الناس؟ قالوا نعم، قال: اللهم اشهد، ثم قال: ألا كل ماثرة أو بدع كانت في الجاهلية أو دم أو مال فهو تحت قدمي هاتين، ليس أحد أكرم من أحد إلا بالتقوى، قالوا: نعم، قال: اللهم اشهد، ثم قال: ألا وكل رباؤه كان في

في أن الكلام يكون فيما إذا كان مورد العقد الفاسد هو تملك المنفعة بالعوض ..... ١٩٣

الجاهلية فهو موضوع، وأول موضوع منه رباء العباس بن عبد المطلب، ألا وكل دم كان في الجاهلية فهو موضوع، وأول موضوع منه دم ربيعة، ألا هل بلغت؟ قالوا: نعم، قال: اللهم اشهد، ثم قال: ألا وإن الشيطان قد يأس أن يعبد بأرضكم هذه، ولكنّه راض بما تحتقرون من أعمالكم، ألا وإنه إذا أطيع فقد عبد، ألا أيها الناس إن المسلم أخ المسلم حقاً، ولا يحل لامرئ مسلم دم امرئ مسلم وماله إلا ما أعطاه بطيبة نفس منه، وإنني أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها فقد عصموا مني دماهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله»<sup>(١)</sup>.

### الكلام فيما إذا كان مورد العقد الفاسد هو تملك المنفعة بالعوض

هذا كله فيما إذا كان متعلق العقد هو تملك العين بالعوض، وأما إن كان مورد تملك المنفعة بالعوض كالإجارة - بناءً على أن يكون متعلقها المنفعة كما هو الحق - فقد يقال: بأن العين المستأجرة كما تكون في الإجارة الصحيحة أمانة مالكية في يد المستأجر، كذلك تكون أمانة مالكية في يده في الفاسدة، فلا يكون ضامناً لها في صورة التلف، وأما منافعها فالفائتة منها لا دليل على ضمانها.

نعم، يكون الضمان للمستوفاة منها لكن لأجل خبر «على اليد» حيث إنّه لا يكون دالاً على ضمانها بملاحظة أن ضمانها تابع لضمان العين، وقد قيد على اليد بالنسبة إليها في المقام حيث تكون أمانة مالكية في يد المستأجر، بل لأجل السيرة وقاعدة الإلتلاف، بملاحظة أن استيفاء المنفعة يكون بحكم الإلتلاف.

لكنّه يكون محلّ الخدشة: بيان ذلك: أنّه في الإجارة الصحيحة بعد إذن المالك وتسليطه المستأجر على العين وإمضاء الشارع ذلك يكون للمستأجر استحقاق أخذ العين مقدّمة للانتفاع بها، فتكون العين أمانة مالكية عنده، فلا يكون ضامناً لها

(١) تفسير القمي ١: ١٧١ - ١٧٢، وتفسير الصافي في آية: ٦٤ من سورة المائدة.

إلا بالتعدّي أو التفريط، بخلاف الفاسدة حيث إنّ دفع الموجد للعين إنّما يكون للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع بها، ولا يكون له ذلك مع عدم إمضاء الشارع، فتكون يده على العين يد عدوان موجبة للضمان. وأما ضمان المنافع مطلقاً أو التفصيل بين المستوفاة والفائتة بالضمان بالأول دون الثاني فقد تقدّم الكلام فيه.

إلا أن يقال: بأن أخذ المستأجر للعين ولو كان لأجل الانتفاع بها، لكن لا ينافي ذلك كون العين أمانة مالكية في يده، وأن أخذ المستأجر للانتفاع غير منافٍ لكون نفس التسليط في الخارج من المالك كان مصداقاً للأمانة، فبطلان استحقاق الانتفاع وتخلّف الداعي لا يوجب بطلان الأمانة، حيث إنّ عنوان الانتفاع يكون داعياً للأخذ لا قيماً له، حتى ينتفي عنوان الأمانة بانتفائه.

### الكلام فيما إذا كان مورد العقد الفاسد هو تمليك العمل بالعرض

وأما إذا كان متعلق العقد الفاسد هو تمليك العمل بالعرض إما بالصلح أو الإجارة، فإن كان مورد عمل المملوك، لا إشكال في أنّ عمله كنفسه يكون من الأموال، فإن سلّمه المولى إلى المستأجر كان ضامناً للأجرة مثل عمله مطلقاً، أما مع الاستيفاء فلقاعدّة الإتلاف، وأما مع العدم فلقاعدّة حرمة مال المؤمن، وإن لم يسلمه المولى لا ضمان على المستأجر مطلقاً، حيث لا يكون ذلك خلاف احترام مال المؤمن، للغوية الفعل.

وإن كان متعلقه عمل الحر فالبحث في ذلك يكون في مقامين: الأول في أنّ عمل الحر هل هو مال مثل عمل المملوك أو لا؟ الثاني: في ضمان عمله وعدمه.

أما المقام الأول: فيمكن أن يقال: إنّ عمله ليس بمال.

إن قلت: فكيف يكون عمل الحر مضموناً بتفويت المستأجر بالإجارة

الصحيحة.

الكلام فيما إذا كان مورد العقد الفاسد هو تملك العمل بالعوض ..... ١٩٥

قلت: لا نسلم المائيّة قبل الاستيفاء حتى في الصحيحة، كما سلك إليه جماعة من الأكابر.

لكنّ الإنصاف هو أنّ عمل الحر يكون مالاً حتى قبل العقد، وعلى فرض تسليم عدم ماليّته قبله نقول: يكون لعمله شأنية المال والتقوّم قبل العقد ويصير به متقوّمأ بل مالاً فعلياً، وعلى فرض عدم تسليم ذلك قبل العقد نقول: العقد يعطي له استعداد المائيّة ويصير بالاستيفاء مالاً فعلياً.

وبالجملة: عمل الحر يصير مالاً عرفاً بأحد أمرين إما بالعقد الصحيح أو الاستيفاء.

وأما المقام الثاني: فقالوا إنّ المستأجر ضامن لأجرة مثل عمل الأجير بعد الاستيفاء، كما أشار إليه المحقّق - في الشرائع في باب الإجارة - بقوله: وكلّ موضع يبطل فيه عقد الإجارة يجب فيه أجرة المثل مع استيفاء المنفعة أو بعضها، سواء زادت عن المسمّى أو نقصت عنه<sup>(١)</sup>.

لكن هذا الإطلاق يكون محلّ الخدشة، بل الحقّ يكون هو التفصيل، وأنّه إن وقع العمل بعد فساد العقد بأمر المستأجر كان نفس الأمر المعاملي مضمناً لأجرة مثل العمل.

إن قلت: لا دليل على مضمنيّة الأمر إن لم ينطبق على عنوان من العناوين المعاملية.

قلت: نفس الأمر بالعمل مضمن للسيرة وقاعدة احترام مال المؤمن، وإنّ عمله بواسطة احترامه محترم، فإن لم يجبر بأجرة المثل يلزم خلاف احترامه، وإن لم يكن العمل بأمر المستأجر لا ضمان عليه، حيث لا يكون ذلك حينئذ خلاف احترام الأجير للغويّة فعله.

(١) شرائع الاسلام ٢: ١٨١ - ١٨٢، تأليف نجم الدين أبو القاسم جعفر بن الحسن المحقّق الحلبي (- ٦٧٦).

وأما التفصيل بين الجهل بفساد العقد وبين العلم به، بالضمان في الأول لعدم إتيان الأجير بالعمل تبرعاً بخلاف الثاني، حيث إن الأجير مع العلم بفساد العقد كان متبرعاً بالعمل فلم يكن عمله مضموناً.

فلا وجه له لأجل، أن العلم بالفساد لا يلزم التبرع.

وأما الأعمال الفاتئة في الإجارة الفاسدة فلا دليل على ضمانها، لكن يمكن أن يقال بالضمان فيما إذا استأجر عبداً أو حرّاً لقلع ضرسه مثلاً، وكان الموجر باذلاً نفسه له فلم يقلع ضرسه حتى مضت المدّة التي يمكن إيقاع ذلك فيها لقاعدة لا ضرار، خصوصاً مع علم المستأجر بفساد العقد وجهل الموجر به.

### في تملك العين أو المنفعة أو العمل مجاناً

وأما إذا كان مورد العقد الفاسد هو تملك العين بلا عوض، كالهبة الغير المعوّضة، والوقف الخاص، وصلاح العين بلا عوض، أو صلح منفعتها، أو صلح العمل مجاناً: فقد يقال: بخروج الهبة الفاسدة عن عموم على اليد بأحد أمرين: الأول: بالخروج الموضوعي بانصراف على اليد عن مورد تسليط المالك غيره على ملكه وماله مجاناً.

الثاني: بالخروج الحكمي يعني لفحوى ما دلّ على خروج مورد الاستيمان عنه، بيان ذلك: أن استيمان المالك غيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له مع أن المال لم يخرج عن ملكه اقتضى إهداره وهتك حرمة، والتسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بالأوليّة، فلا يكون الموهوب له ضامناً للعين في فرض التلف. لكنّ الوجه الأول يكون محلّ الخدشة: أولاً: لمنع الانصراف. وثانياً: على تسليمه بدوي.

وكذا الوجه الثاني: من جهة أن التسليط يكون لأجل الوفاء بالهبة، وقد فرض فسادها، فلا يكون أخذ الموهوب له على وجه الاستحقاق، فتكون يده يد عدوان

في تملك العين أو المنفعة أو العمل مجاناً ..... ١٩٧

موجبة للضمان، ولم يحرز أن الواهب رفع يده عن ملكه وأهدر مائة ماله على كل تقدير، يعني على تقدير صحة الهبة وفسادها بنحو تعدد المطلوب حتى لم يكن الأخذ مشمولاً لقاعدة على اليد.

مع أن لازم ما أفيد يكون هو جواز تصرف الموهوب له في العين الموهوبة إن كانت باقية والحال أنه غير جائز.

وهل يكون الأخذ ضامناً للعين في فرض الإلتلاف أو لا يكون ضامناً لها؟ يمكن أن يقال بالضمان كما يكون الأمين ضامناً به، حيث إنه على فرض أن لا يكون ذلك مشمولاً لقاعدة على اليد بواسطة انصرافه عن التسليط المجاني، لكنه مشمولاً لقاعدة من أتلّف.

لكنه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنه كما يدعى انصراف على اليد عن التسليط المجاني يدعى انصراف من أتلّف عن ذلك أيضاً، فإن أهدر الواهب مائة ماله لا فرق في عدم الضمان بين التلف والالتلاف، وإن لم يهدر مائة ماله كان الأخذ ضامناً من غير فرق أيضاً بين التلف والإلتلاف.

وأما صلح منفعة العين، فقد يقال: بأن إعطاء المالك العين وتسليطه المتصالح عليها يكون مصداقاً للأمانة، فلا يكون المتصالح ضامناً لها.

لكن قد عرفت الخدشة في هذه المقالة في الإجارة والهبة الفاسدتين. وأما المنافع، فالفائتة منها قد يقال: بعدم الدليل على ضمانها، لكن قد عرفت الخدشة أيضاً في ذلك.

وأما المستوفاه، فيمكن أن يقال: بضمانها لقاعدة من أتلّف، حيث إن الاستيفاء يكون بحكم الإلتلاف، إلا أن يقال بانصراف من أتلّف عن التسليط المجاني، وإن كان مورد العقد الفاسد هو تملك الانتفاع بالعين كالعارية أو إيداعها كالوديعة، فقد يقال: بأن التسليط يكون مصداقاً للأمانة عند المستعير والمستودع، فلا يكونان ضامين لها في فرض التلف، لكن قد عرفت الخدشة في هذه المقالة.

ثم، إن الأخبار الدالة على الضمان في عارية الذهب والفضة والعارية المضمونة هل تكون دالة على ضمان العين بالنسبة إلى الفاسدة ويكون لها الإطلاق من هذه الجهة أو لا؟

الظاهر هو انصرافها إلى الصحيحة، ففي الفاسدة إن كان التسليط على العين مصداقاً للأمانة - كما قيل - لا يكون المستعير والمستودع ضامين للعين في فرض التلف، وإلا - كما هو الحق - كانا ضامين لها.

وأما الضمان في صورة الإتلاف فلا إشكال فيه، لكن في صدقه - يعني الإتلاف - في بعض الموارد خفاء، مثل استعارة المُحرم الصيد من المُحل، بيان ذلك: أنه لا إشكال في أنه لا يجوز للمحرم استعارة الصيد وأخذه في الحرم لوجوب الإرسال عليه، كما يجب على المُحل فيه أيضاً إرسال الصيد وإن أخذه في الجِل، للإجماع، والأخبار منها: قال الحلبي في الصحيح: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الصيد يصاد في الجِل ثم يجاء به إلى الحرم وهو حي؟ فقال: «إذا أدخله الحرم فقد حرم عليه أكله وإمساكه، فلا يشتري في الحرم إلا مذبوحاً قد ذبح في الجِل ثم جيء به إلى الحرم مذبوحاً فلا بأس به للحلال»<sup>(١)</sup>.

### في أن ضمان المُحرم للصيد الذي استعاره من المُحل يكون لأجل التلف أو الإتلاف

وإنما الكلام في أنه هل يجوز للمُحرم في الجِل استعارة الصيد وأخذه من المُحل أم لا؟ ذهب القوم في ذلك أيضاً إلى عدم الجواز، لكن الحكم بالعدم يكون محل الإشكال، حيث لم نجد مدركاً له، من جهة أن ما ورد من النهي في الكتاب والسنة بالنسبة إلى المُحرم في أمر الصيد مثل قوله تعالى: ﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم

ضمان المحرم للصيد الذي استعاره من المحل يكون لأجل التلف أو الإتلاف ..... ١٩٩

حُرْمٌ<sup>(١)</sup> وقوله: ﴿وَحُرْمٌ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا﴾<sup>(٢)</sup>

قول الصادق عليه السلام في خبر عمر بن يزيد: «واجتنب في إحرامك صيد البر كله، ولا تأكل مما صاده غيرك، ولا تشر إليه فيصيده غيرك»<sup>(٣)</sup> يدل فقط على عدم جواز اصطياده وإعاقته في أمر الصيد، فلا دليل على عدم جواز استعارته، فلا ضمان عليه في صورة التلف.

لكن على المشهور من كون هذه العارية فاسدة لانتفاء شرطها من الانتفاع بالمعار بعد عدم جواز الأخذ للمحرم ووجوب الإرسال عليه فهل يكون ضامناً أو لا؟ وعلى الأول هل يكون الضمان بسبب التلف وأن تسليط المحل المحرم على الصيد وتسلّطه عليه صار سبباً لوجوب إرساله وتلفه ولو لم يرسله؟ كما ذهب إليه المشهور.

وبعبارة أخرى: هل يكون الإعطاء والأخذ موجبين لحكم الشارع بالتلف وجوب الإرسال، حتى كان الضمان على المحرم لأجل اليد، أو الإتلاف التسيبي، وأن أخذ المحرم مع علمه بوجوب الإرسال يعدّ إتلافاً منه للصيد عرفاً، كما سلك إليه في الجواهر<sup>(٤)</sup> والعلامة الأنصاري<sup>(٥)</sup> حتى كان الضمان عليه من باب الإتلاف؟ والظاهر هو الأول، لكن على كل تقدير يكون الأخذ ضامناً من حين الأخذ، بحيث لو أرسله وأخذه المحل كان اكتساباً جديداً له.

والثمرة بينهما: هي أنه على الأول يكون نقضاً على قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده دون الثاني، كما يمكن أن يقال: على الأول بانصراف على اليد عن المورد، بتقريب أن التسليط الخارجي من المالك يكون مصداقاً للأمانة بعد فساد العارية، غاية الأمر أمانة يجب على الأخذ إتلافها، فلا يكون الأخذ ضامناً في فرض التلف.

(١) سورة المائدة (٥): ٩٥. (٢) سورة المائدة (٥): ٩٦. (٣) الوسائل ٩: ٧٥ ح ٥.

(٤) الجواهر ٢٧: ١٦٤. (٥) المكاسب ٧: ١٥٢-١٥٣.



نعم، يكون ضامناً بعد الإتلاف والإرسال.  
 لكن هذا التقريب لعدم الضمان يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّه يكون في قوام الأمانة وجوب حفظ العين وردّها، ووجوب الإرسال ينافي ذلك.  
 لكن يمكن أن يقال: بعدم الضمان لأجل خروج الصيد عن ملك المُحلّ بإعطائه أولاً: من جهة الأمر بعد وجوب الإرسال دائر بين التصرف في أدلة السلطنة وبين التصرف في استصحاب الملك، حيث إنّه إن كان باقياً على الملك يلزم التصرف في أدلة السلطنة، وإلا يلزم التصرف في استصحاب الملك، والثاني أولى، لأنّ السلطنة تكون من الآثار والأحكام المشابهة للأحكام العقلية، فتكون آية عن التخصيص.

إن قلت: فكيف خصّصت بالنسبة إلى المجنون والسفيه.

قلت: لا معنى لقياس المقام على المجنون والسفيه، من جهة أنّ الحجر يكون لهما لا عليهما، بخلاف المقام، إلا أن يقال: بأولوية الأول، حيث إنّه مستلزم لتخصيص واحد والثاني لتخصيصين.

وثانياً: يفهم من حكم الشارع بوجوب الإرسال إلقائه وهدره عن المالّة، كما يفهم ذلك من حكمه بوجوب إعدام هياكل العبادة المبتدعة حسماً لمادة الفساد، إلا أن يقال: بأنّ وجوب الإرسال لا ينافي بقائه على ملك مالكة.

وثالثاً: يمكن أن يقال: إنّ إعطاء المالك له مع علمه بوجوب على المحرم إعراض وهتك لحرمة ماله وإتلاف له.

لكنّه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ العلم بالوجوب لا يلازم ذلك بل أعمّ، يعني يمكن أن يكون الإعطاء بنحو العوض، فالأخذ يكون ضامناً بنفس الأخذ واليد، وأنّ المأخوذ صار بحكم التلف بعد حكم الشارع بوجوب الإرسال. لكنّ الحقّ: في المقام على المشهور يكون هو التفصيل، وأنّ المحرم المستعير إن كان جاهلاً بالحكم، يعني بوجوب الإرسال والمُحلّ المعير عالماً بذلك لم يكن

في الاستدلال على الضمان بقاعدة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده..... ٢٠١

المستعير ضامناً، من جهة أنه غرّه المُعير، وكذا إن كانا جاهلين بالحكم، حيث لا يعتبر في هذه القاعدة - يعني قاعدة الغرور - علم الغار بمغروية المغرور، وإن كان المستعير عالماً بالحكم والمُعير جاهلاً كان المستعير ضامناً، حيث إن المستعير غير المُعير، وإن كانا عالمين بالحكم يمكن أن يقال: بعدم الضمان لما تقدّم، ويمكن أن يقال: بالضمان كما هو الحقّ لما عرفت.

وأما صلح العمل مجاناً، فالفائت منه لا ضمان له لعدم الدليل عليه، وأما ما استوفى منه فالظاهر هو ثبوت الضمان له، لقاعدة من أتلف، إلا أن يقال: بانصراف ذلك عن التسليط المجاني.

### في الاستدلال على الضمان بقاعدة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

السابع: أنه استدّل على الضمان بقاعدة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، وحيث لا تكون هذه القاعدة بألفاظها واردة في لسان آية وخبر ومعقد إجماع، ليس المفيد والمهم هو التكلم في معنى أصل القاعدة وعكسها، والعمدة يكون هو البحث عن مدرکها وعن المقدار الذي لا بدّ من الأخذ به ويدلّ عليه الدليل، ولكن مع ذلك وفاقاً للعلامة الأنصاري رحمته الله نبحت عنها في الجملة في جهات: الأولى: في معنى الضمان في الجملتين، وأنه هل استعمل بمعناه الحقيقي فيهما أو استعمل في الأولى بنحو المجاز وفي الثانية على نحو الحقيقة؟ قال صاحب الجواهر رحمته الله: «والمراد بها يعني القاعدة - أنه كما يضمن المشتري مثلاً، بصحيحه لو فات في يده، يعني يذهب من ماله، ويلزم عليه إيصال الثمن إلى البائع، كذلك يضمن بفاسده ويلزم عليه ردّ المبيع وإيصاله إلى البائع مع نمائه، لأنه باقٍ على ملكه، فإذا تلف كان مضموناً

عليه»<sup>(١)</sup>.

أورد عليه العلامة الأنصاري رحمته الله بقوله: وأما مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً كما يتوهم، فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال: إن الإنسان ضامن لأمواله، بل المراد من الضمان في الجملتين هو أنْ درك المضمون يكون على الآخذ، بمعنى أنْ خسارته ودركه يكون في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه، لوجوب تداركه منه<sup>(٢)</sup>.

**توضيحه:** أن الضمان استعمل في الجملتين في معناه الحقيقي، يعني المعنى الحقيقي العرفي الذي يصدق على الضمان في الصحيح والفاقد بنحو واحد بما حاصله، أن الضمان عبارة: عن التعهد و الالتزام، يعني التزام الملتزم بواسطة فعل وسبب من الأسباب بورود الدرك والخسارة عليه.

وبعبارة أخرى: الضمان عبارة عن أن يفعل المشتري مثلاً، فعلاً أرجع به الخسارة والنقص التلفي عن المالك الأول إلى نفسه، حتى يكون الدرك والخسارة في ماله الأصلي، يعني أنْ أمواله إذا كانت بقدر ألف درهم مثلاً، واشترى بخمسة منها شيئاً وتلف ذلك الشيء، لقد وقع النقص بقدر خمسة دراهم في ماله الأصلي يعني في الألف، بحيث لو لم يكن ذلك الفعل لكان نقص المال وتلفه محسوباً ووارداً على مالكة الأول، وهذا المعنى متحقق في الضمان في الصحيح والفاقد معاً، فالمقصود من الضمان في الجملتين معنى واحد قد استعمل فيهما بنحو الحقيقة، ولا يبعد أن يكون مراد صاحب الجواهر من عبارته المتقدمة هو ما أفاده العلامة الأنصاري في معنى الضمان في الجملتين.

وكيف كان قد أورد المحقق الخراساني على العلامة الأنصاري أولاً: بأن الضمان عبارة عن اعتبار خاص وأمر عرفي، يعني التعهد والالتزام، يترتب عليه

(١) الجواهر ٢٢: ٢٥٨. (٢) المكاسب ٧: ١٤٧، مع تقدم وتأخر في العبارة.

في الاستدلال على الضمان بقاعدة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده..... ٢٠٣

آثار تكليفاً ووضعاً، منها لزوم أداء المضمون إلى المضمون له لو تمكّن منه، وأداء بدله من قيمته أو مثله لو لم يتمكّن من أدائه لتلف ونحوه، وهو بهذا المعنى لا يكاد يكون في مال نفس الضامن بل في مال غيره، فلا يكون في العقد الصحيح ضمان بمعناه الحقيقي، فلا بد أن يراد في القضية الأولى بالمعنى المجازي، وأقرب المجازات الى المعنى الحقيقي كون تلفه عليه، فإنّه من أظهر آثاره.

إن قلت: عدم إمكان أخذه بالمعنى الحقيقي في الجملة الأولى لا يوجب كونه مجازاً فيها، لأجل أنّ المجاز يحتاج إلى العلاقة، وإلا لجاز أن يقال: أنّ المالك يضمن أمواله.

قلت: أولاً: لا نسلم عدم الجواز بل يصحّ أن يقال: إنّ المالك يضمن أمواله، بمعنى أنّ تلفها يكون عليه.

وثانياً: على تسليم عدم الجواز، علاقة التجوّز - يعني المشاكلة - موجودة، وهي عبارة في المقام عن خصوصيّة المقارنة مع الضمان في القضية الثانية، مثل قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾<sup>(١)</sup> ﴿وجزاؤا سيئة سيئة مثلها﴾<sup>(٢)</sup> ونحوهما، ولا إشكال في أنّ هذه الخصوصيّة تكون دخيلة في صحّة التجوّز وحسنه وملاحظته.

وثانياً: لا يصحّ أن يراد بالضمان في القضية الأولى ما أفاده من درك المضمون وخسارته في ماله الأصلي، فكيف ولا يكون ضمان بهذا المعنى في العقد الصحيح بالنسبة إلى الوارث، مع أنّه من موارد القاعدة أصلاً وعكساً، حيث لا ضمان عليه فيما انتقل إليه من مورثه من مال ملكه بالعقد الصحيح، إلا بمعنى كون تلفه عليه، وإنّما كان خسارته هكذا على البائع بمجرد العقد ولو لم يتلف فافهم<sup>(٣)</sup>.

(١) سورة البقرة (٢): ١٩٤. (٢) سورة الشورى (٤٢): ٤٠.  
(٣) حاشية المكاسب / ٣٠، مع اختلاف في بعض الكلمات.

لكن ما أفاده بَيِّنَاتُ يكون محلّ الخدشة: أما مخدوشية الإشكال الأول فمن جهة أنه لا يكون من آثار التعهد والضمان لزوم أداء المضمون إلى المضمون له عرفاً، بل يكون من آثاره عرفاً هو الدرك والخسارة، كما أفاده العلامة الأنصاري رحمته.

وأما مخدوشية الثاني: فمن جهة أن الظاهر هو أن الضمان في الجملتين بأي معنى كان يكون بالنسبة إلى المتعاملين لا الوارث، فلا يكون تلف المأخوذ عند الوارث وعدم الخسارة في ماله الأصلي، بملاحظة عدم كونه مالكاً لأموال مورثه حين المعاملة نقضاً على العلامة الأنصاري حيث لا يكون ذلك من موارد القاعدة لا أصلاً ولا عكساً.

فالحق: في معنى الضمان في الجملتين هو ما أفاده العلامة الأنصاري.

في أن المراد من عموم العقد في القاعدة يكون هو الصنفي

ثم إنه ليس المراد من عموم العقد هو الأفرادي، وإلا لا بد أن يفرض الصحة للفرد الفاسد، مثل البيع بلا ثمن مثلاً، وأنه تارة يقدر صحيحاً وأخرى فاسداً، والحال أن الظاهر من الصحيح في لسان القاعدة يكون هو الصحيح الفعلي لا التقديري ولا النوعي؛ ليكون أفراده 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 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، الظاهر مما ذكرنا في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم - من

في أنّ المراد من عموم العقد في القاعدة يكون هو الصنفي ..... ٢٠٥

أنّ صحيح العارية لا يوجب الضمان - فينبغي أن لا يضمن بفسادها هو أنّ المراد من العموم يكون هو النوعي.

إلا أن يقال: إنّ مرادهم من العارية يكون هو عارية غير الذهب والفضة، وغير الشروط ضمانها، فيكون المراد من العموم هو الصنفي، كما أنّ المراد بالعقد أعمّ من الجائز واللازم، بل ممّا كان فيه شائبة الإيقاع، أو كان أقرب إليه فيشمل الجعالة والخلع.

ثمّ، إنّه هل المراد من اقتضاء الصحيح للضمان يكون أعمّ من اقتضائه له بالطبع وبواسطة الشرط أو يختصّ بالأول؟ فنقول: إن لم نقل بصحة اشتراط الضمان في الصحيح الذي لا يقتضي الضمان بنفسه مثل الإجارة مثلاً، وإن حفظ المستأجر للعين، إنّما يكون لأجل مصلحة الموجر، فلا معنى لصحة اشتراط الضمان، فلا يصحّ في الفاسد أيضاً وإن قلنا بالصحة، وإن حفظ المستأجر للعين إنّما يكون لأجل مصلحة نفسه، فيصحّ الاشتراط في الصحيح، فيصحّ في الفاسد أيضاً.

فعلى صحة الاشتراط - إن كان الشرط ممنوعاً عند العرف كما هو الظاهر - كان المراد من اقتضاء الصحيح للضمان هو الأعمّ، وإن كان مفرداً - يعني كان الشرط عندهم من عوارض الفرد - يختصّ الضمان بالصحيح الذي يقتضيه بنفسه.

الجهة الثانية: هي أنّ هذه القاعدة أعمّ من حيث المتعلّق من القاعدة المتقدّمة أعني المقبوض بالعقد الفاسد، يعني أعمّ من أن يكون العقد متعلّقاً بالعين كالبيع أو المنفعة كالإجارة، بخلاف المقبوض بالعقد الفاسد، لاختصاصه بما إذا كان العقد متعلّقاً بالعين.

الجهة الثالثة: في الدليل على اعتبارها، ويستدلّ على اعتبارها بوجوه: الأول: الإجماع، لكن لا اعتبار به، لاحتمال أن يكون مدركه الوجوه الآتية.

الثاني: الشهرة، لكن لا اعتبار بها أيضاً، لعدم الدليل على اعتبار الشهرة الفتوائية.

الثالث: قاعدة الإقدام، يعني إقدام الآخذ على الضمان، كما عرفت تقريب الاستدلال بها والخدشة فيها، ودفعها والاستدلال على صحتها.

الرابع: خبر: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» لكن مورده مختص بالأعيان، فلا مدرك للقاعدة بالنسبة إلى ضمان المنافع والأعمال في الإجارة الفاسدة، إلا أن يستدل على ضمانها بقاعدتي: احترام مال المؤمن - بناءً على صدق المال على المنافع - ولا ضرار، حيث إن عدم الضمان ضرر فيستكشف منه جعل الضمان. وقد أورد على ذلك<sup>(١)</sup> بدعوى انصراف مال المسلم عن أعماله أولاً، وعدم قضية الاحترام إلا حرمة التصرف فيها بدون الإذن لا الضمان ثانياً، ولا أقل من عدم قضية الضمان إلا إذا كان الغير سبباً لإتلافها ثالثاً، ضرورة أنه ليس في عدم الضمان شيء من المنافاة، للاحترام فيما إذا كان المالك باختياره متلفاً لها كما في المقام، حيث إن العاقد يعمل وفاءً بالعقد اختياراً.

لكن لا وجه للإشكال الأول، بعد صدق المال عليها بعد الاستيفاء، وكذا الثاني والثالث، حيث إن ما دلّ على احترام مال المسلم يكون في مقام الوضع كما عرفت.

إن قلت: إن قاعدة لا ضرر لا تنفي الأحكام الضرورية العدمية، بدعوى أنها تكون ناظرة إلى الأحكام الضرورية الوجودية، فلا تشمل العدمية مثل عدم الضمان، حيث إن العدم لا يحتاج إلى الجعل، لأنه تحصيل للحاصل.

قلت: أولاً: هذه الدعوى ممنوعة، وأنه ليس المنفي بهذه القاعدة خصوص المجمعولات، بل مطلق ما يتدين به في شريعة الإسلام وجودياً كان أو عدمياً.

وثانياً: إن الحكم العدمي يستلزم أحكاماً وجودية، فإن عدم ضمان ما يفوت من المنافع والأعمال بعد الاستيفاء يستلزم حرمة مطالبها ومقاصتها، والتعرض

(١) المورد هو المحقق الخراساني رحمته الله، منه، حاشية المكاسب ٣٢.

في معنى عكس القاعدة وما يورد عليه من عدم الكليّة..... ٢٠٧

لها وجواز الدفع عند مطالبة ذلك، والمنفي يكون هو هذا اللازم الوجودي - يعني حرمة المطابقة - وينفي بتبعه الملزوم، فيستكشف منه جعل الضمان، لكن لا مدرك للقاعدة بالنسبة إلى ضمان الأعمال المستوفاة مع عدم الأمر، والفائدة في الإجارة الفاسدة، وضمن المسبوق لأجرة عمل السابق في المسابقة الفاسدة إذالم يقع العمل بأمر المسبوق، حيث إن عمل السابق لم يعد نفعه إلى المسبوق حتى يحكم بضمانه لأجل قاعدتي: إحترام مال المسلم ولا ضرار.

### في معنى عكس القاعدة وما يورد عليه من عدم الكليّة

الجهة الرابعة: في معنى العكس، وما يورد عليه من عدم الكليّة، أما معناه فهو أن كل عقد لا يفيد صحاحه ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضماناً، كما في عقد الرهن والوكالة والمضاربة والعارية الغير المضمونة، بل المضمونة بناءً على أن المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع في متنه، وغير ذلك من العقود اللازمة والجائزة.

وأما الإشكال بعدم الكليّة فقد انتقض بموارد، منها: النقض بضمان العين في الإجارة الفاسدة، حيث إن مقتضى العكس يكون عدم ضمانها فيها، لأنّ صحيح الإجارة غير مفيد لضمّانها، مع أنّ في الرياض حكم بالضمان، وحكى فيها عن بعض نسبه إلى المفهوم من كلمات الأصحاب<sup>(١)</sup> ولعل وجه الحكم بضمان العين في الإجارة الفاسدة إما يكون لخروجها عن العكس، لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد، ومورده في الإجارة المنفعة، فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد، وحيث كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذوناً فيها شرعاً، ومن طرف المالك لم يكن فيها ضمان، وأما في فاسدها فدفع الموجر للعين إنّما هو للبناء على استحقاق



المستأجر لها لحق الانتفاع بها، والمفروض عدم الاستحقاق، فيده عليها يد عدوان موجبة للضمان، فضمان العين في الإجارة الفاسدة خارج عن العكس موضوعاً. وإما لأن العكس هنا معارض بقاعدة اليد.

لكن قد أورد<sup>(١)</sup> على الأول، بأن متعلق العقد في الإجارة يكون هو نفس العين لا المنفعة، ولذا يقال: أجزت الدار واستأجرتها، وإن الإجارة عبارة عن إضافة خاصة بين العين الموجرة والمستأجرة، ومن آثارها تملك منفعتها، والتعريف بالتملك تعريف بالرسم، مع أنه لو سلم أنه بالحد كان مورد عقدها أيضاً نفس العين، فإنها تملك المنفعة، ولا يكاد يكون مورده ومتعلقه إلا العين.

لكنه يكون محل الخدشة: من جهة أن متعلق العقد في الواقع يكون هو المنفعة، وجعل العين مورداً له يكون لأجل المراتية إلى المنفعة لا الموضوعية. لكن الوجه الثاني مدخول أولاً: من جهة أن العكس يكون أخص من اليد، فمقدم عليها.

وثانياً: على فرض التعارض والتساقط يكون المرجع هو البراءة عن الضمان لا ثبوته.

ومنها: النقص بضمان المحرم للصيد الذي استعاره من المحل - بناءً على فساد العارية - فإنهم حكموا بضمان المحرم بالقيمة، مع أن صحيح العارية لا يضمن به.

لكن النقص وارد إن كان الضمان في ذلك لأجل التلف، والحال أنه يمكن أن يقال: إن الضمان في ذلك يكون لأجل الإتلاف - كما عرفت - مع أن العارية والأمانة الفاسدة لا يتحقق في ذلك، حيث إن وجوب الإرسال بناءً على تسليمه ينافي الحفظ والرد.

(١) المورد هو المحقق الخراساني رحمته الله، منه، حاشية المكاسب / ٣٢.

في معنى عكس القاعدة وما يورد عليه من عدم الكليّة..... ٢٠٩

**ومنها:** النقص بالمنافع التي لم يستوفها المشتري في البيع الفاسد، فإنّها غير مضمونة في الصحيح، مع أنّها مضمونة في الفاسد.

لكنّه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ مورد العقد في الصحيح يكون هو العين، والتمن يكون بإزائها دون المنفعة.

توضيح ذلك: أنّ المنفعة إن كانت داخله في متعلّق العقد ولو بتبع العين، فتكون مضمونة في الصحيح أيضاً، وإن كانت خارجة عنه - كما هو الحقّ - فلا معنى للنقض، وعدم ضمانها حينئذ يكون بلحاظ أنّها نماء لملك المشتري.

**ومنها:** النقص بضمان حمل المبيع فاسداً، مع أنّ الحمل غير مضمون في الصحيح.

لكنّه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ متعلّق العقد في الصحيح إن كان هو الأم والحمل معاً، كما ذهب إليه جماعة تبعاً للشيخ<sup>(١)</sup> فالحمل يكون مضموناً في الصحيح أيضاً، وإن كان مورد العقد في الصحيح هو الأم والحمل يكون خارجاً عن المتعلّق، إلا أنّ يشترط دخوله كما ذهب إليه المشهور، فلا معنى للنقض، وحينئذ إن كان النظر في التفكيك في الضمان - يعني بعدم ضمان الحمل في الصحيح، وضمّانه في الفاسد - إلا أنّ عدم الضمان الصحيح يكون لأجل الاستيمان، والضمان في الفاسد لأجل اليد فهو قابل للخدشة، حيث يمكن أن يقال: بعدم ضمان الحمل في الفاسد أيضاً، لأجل الاستيمان.

**ومنها:** النقص بضمان الشريك في الشركة الفاسدة، حيث إنّه بعد الفساد لا يجوز لأحدهما التصرف، يعني أخذ المال وإمساكه، لأجل أنّ جواز الأخذ يكون من مقتضى صحّة العقد، والمفروض يكون عدم الصحّة، فإن أخذ أحدهما المال كان ضامناً له، مع أنّه إن أخذ أحدهما المال في الصححة لا ضمان عليه،

حيث إن مقتضى صحة العقد يكون هو جواز الأخذ والإسك واستيمان المال عند الأخذ، كما ذهب إليه في الجواهر - في بعض نسخه - عند شرح قول المحقق: إذا اشترك المال لم يجز لأحد الشركاء التصرف فيه إلا بإذن الباقيين<sup>(١)</sup> حيث استثنى من عدم الجواز «الشركة العقدية».

لكنه يكون محلّ الخدشة: أولاً: من جهة أن عدم الضمان في الصحيحة إن كان لأجل الاستيمان فيمكن أن يقال: بالاستيمان في الفاسدة أيضاً، إلا أن يقال: بأن الإعطاء يكون على وجه التقييد.

وثانياً: لا يكون مقتضى صحة العقد هو جواز الأخذ، بل يكون مقتضى العقد في الصحيحة هو حصول الشركة الواقعية، حيث يعتبر في الشركة اختلاط المالين والعقد والإذن في الأخذ بعده، لعدم دلالة العقد عليه كما ذهب إليه الشهيد الثاني في المسالك<sup>(٢)</sup> وفاقاً للمشهور، والمحقق الثاني في شرح عبارة القواعد المتقدمة<sup>(٣)</sup> والمحقق اليزدي في العروة<sup>(٤)</sup> فالأخذ في الشركة بدون الإذن ضامن في صحيحها وفاسدها، فلا يكون الضمان في الفاسدة نقضاً على العكس.

### في مدرك عكس القاعدة

**الجهة الخامسة:** في مدرك هذا العكس، اعلم: أن الدليل على اعتبار ذلك عبارة عن الأولوية، وأن الرهن مثلاً، لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده.

**توضيحه:** أن الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له فالفاسد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثر في الضمان، لأن أثر الضمان إما من الإقدام على الضمان والمفروض عدمه، وإلا لضمن بصحيحه، وإما حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة والمفروض أنها لا تؤثر شيئاً.

(١) الجواهر ٢٦: ٣٠٤. (٢) المسالك ١: ٢٧٦. (٣) جامع المقاصد ٨: ١٥.

(٤) العروة، كتاب الشركة، المسألة ٤.

ووجه الأولوية: أن الصحيح إذا كان مفيداً للضمان أمكن أن يقال: إن الضمان من مقتضيات الصحيح، فإذا لم يكن الضمان في الصحيح لم يكن في الفاسد بالأولوية، لكونه لغواً غير مؤثر.

إن قلت: يجوز أن يكون صحّة الرهن والإجارة المستلزمة لتسلط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً مؤثرة في رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلطاً لهما على العين، فلا أولوية، وبعبارة أخرى: أن الفاسد وإن لم يكن له دخل في الضمان، إلا أن مقتضى عموم على اليد هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض وبقي الباقي.

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها وهو عموم ما دلّ على أن من لم يضمه المالك، سواء ملكه إياه بغير عوض أو سلطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه لحفظه، أو رفعه إليه لاستيفاء حقه أو العمل فيه بلا أجر، أو معها أو غير ذلك فهو ضامن.

لكن لا يخلو هذا الجواب عن الخدشة: من جهة أنه يرتفع الاستيمان بعد فساد العقد إن كان الإعطاء والدفع على وجه التقييد، يعني وفاء بالعقد.

### في أنه يجب على القابض ردّ المأخوذ إلى مالكه

الجهة السادسة: هي أنه بناءً على عدم تملك القابض للمقبوض بالعقد الفاسد وكونه مضموناً عليه هل يجب عليه ردّه فوراً إلى مالكه أو لا؟ وقبل الشروع في بيان الحكم لابد من بيان مقدّمة، وهي أنه هل المأخوذ عند القابض يكون بحكم الغصب حتى كان ردّه عبارة عن إيصاله إلى مالكه أو لا؟ وعلى الثاني هل يكون أمانة شرعية عند الأخذ أو مالكية؟ وعلى الأول هل يعتبر في الردّ - بناءً على وجوبه - إيصال المقبوض إلى مالكه كالمغصوب، كما هو الظاهر المشهور،

وتصريح العلامة في التذكرة، حيث قال فيها: «إن مؤنة الرد على المشتري، لوجوب ما لا يتم الردّ إلا به»<sup>(١)</sup> أو لا يعتبر الإيصال بل يكفي التخلية التي يكتفى بها في الأمانة المالكية؟ إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يستدل للأول بما قاله ابن إدريس: من «أن البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان»<sup>(٢)</sup> فالمقبوض بالعقد الفاسد يكون بحكم الغصب فيجب رده إلى مالكه. لكنه يكون محلّ الخدشة: - كما عرفت - لعدم استظهار الإجماع منه.

ويستدل على عدم وجوب الرد بمعنى الإيصال، بأن الآخذ قبض العين بإذن المالك فتكون بعد بطلان العقد أمانة مالكية عنده، فلا يجب عليه الرد يعني الإيصال.

لكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أن إعطاء المالك يكون على وجه التقييد والوفاء بالعقد وقد انكشف بطلانه، فلا وجه لأن تكون العين أمانة مالكية عند القابض.

ويمكن أن يستدل للمشهور بوجوه: الأول: الإجماع، لكنه يكون محلّ الخدشة أولاً: من جهة أنه - على فرض تسليمه - مجمل لا يستفاد منه اعتبار الرد بالمعنى الذي ذهب إليه المشهور.

وثانياً: يحتمل أن يكون مدركه الوجوه الآتية.

الثاني: قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾<sup>(٣)</sup>

حيث إن الظاهر من الأمانة في هذه الآية تكون هي الأمانة المالكية، فإذا وجب الرد والتأدية التي تكون ظاهرة في الإيصال في المالكية المأخوذة بإذن المالك، يجب رد الأمانة الشرعية المأخوذة بغير إذن المالك كما في المقام بالطريق الأولى، حيث إن إعطاء المالك يكون على وجه التقييد والوفاء بالعقد وقد انكشف بطلانه،

(١) تذكرة الفقهاء ١: ٤٩٥، (٢) السرائر ٢: ٢٨٥، (٣) سورة النساء (٤): ٥٨.

في أنه يجب على القابض ردّ المأخوذ إلى مالكه..... ٢١٢  
فيكون مقبوضاً بغير الإذن.

لكنّه أيضاً يكون محلّ الخدشة: أولاً: من جهة أنّه لا يستفاد من ذلك الأولوية القطعية، والظنيّة لا دليل على اعتبارها.

وثانياً: لم يعمل بظاهرها، لقيام الاتفاق على كفاية التخلية في الأمانة المالكيّة، وحمل الأمانات فيها على الشرعيّة أو الأعمّ يكون خلاف الظاهر منها، مع أنّه ورد في تفسيرها على ما روي عنهما عليهما السلام: أنّها في كلّ من اتّمتن أمانة من الأمانات، أمانات الله أو امره ونواهيّه، وأمانات عباده فيما ياتمن بعضهم بعضاً من المال وغيره.

الثالث: إنّ الإمساك آناً ما تصرف في ملك الغير بغير إذنه، فلا يجوز لقوله (عجل الله فرجه): «فلا يحلّ لأحد أن يتصرف في مال غيره إلاّ بإذنه»<sup>(١)</sup>.

لكنّه أيضاً يكون محلّ الخدشة: أولاً: من جهة أنّه يمكن أن يمنع كون الإمساك تصرفاً.

وثانياً: على فرض أن يكون الإمساك تصرفاً يكون الردّ مستلزماً لأزيد من ذلك، إلاّ أن يقال: بانصراف ذلك إلى التصرف الذي يكون على ضرر المالك ولا يشمل ما يكون لنفعه.

الرابع: أنّه على فرض تسليم أن لا يكون الإمساك تصرفاً، يدلّ عموم قوله: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه»<sup>(٢)</sup> بناءً على ظهور لا يحلّ في الحكم التكليفي، يعني التحريم، أو كان مستعملاً في الجامع، أعني المنع على تحريم جميع الأفعال والأمور الوجوديّة المتعلّقة به، التي منها كونه في يده إلاّ ما خرج بالسيرة، مثل النظر إلى مال الغير والاستضاءة بنوره والاستئصال بحائطه، فيجب على الآخذ ردّ المال إلى مالكه.

(١) الوسائل ٦: ٣٧٧ ح ٦. (٢) عوالي اللئالي: ٢٤ ح ٦.

لكن قد أورد<sup>(١)</sup> على ذلك أولاً: بمنع العموم، لانصرافه إلى التصرف.  
 وثانياً: بأنه على تسليم دلالة على حرمة الإمساك لا دلالة على وجوب الرد  
 تعييناً أصلاً، ولو على القول بمقدمية الضد، فإن الرد والإمساك وإن كانا ضدّين، إلاّ  
 أنّه لهما ثالث وهو التخلية بينه وبين مالكه، فلا يجب عليه على هذا القول إلاّ  
 أحدهما لا خصوص الرد.

لكن يمكن أن يقال: بأنّ التخلية في الأثمان والنقود إمساك، فالإمساك والردّ  
 فيها ضدّان لا ثالث لهما، فيجب عليه الردّ على القول باقتضاء النهي عن الشيء  
 الأمر بضده.

فظهر ممّا ذكر أنّه لا دليل على وجوب الرد بمعنى الإيصال، فيكفي التخلية  
 التي يكتفي بها في الأمانة المالكية، أي رفع اليد والسلطنة عن المال، بحيث لم  
 يكن للمالك منع عن التصرف فيه.

لكنّ الحق: يكون هو التفصيل، وأنّه مع علمهما ببطلان البيع، أو علم المعطي  
 وجهل القابض، يمكن القول بأنّ المأخوذ يكون أمانة مالكية، فيكفي التخلية، ومع  
 جهلها يكون أمانة شرعية، فيعتبر الإيصال على المشهور، ويكفي التخلية على  
 المختار، ومع علم الآخذ ببطلان البيع وجهل المعطي يكون محكوماً بحكم  
 الغصب، فيجب عليه إيصال المأخوذ إلى مالكه.

### في أنّ القابض ضامن لمنافع المقبوض

الجهة السابعة: هي أنّه هل يكون على آخذ العين عوض منافعها التي استوفى  
 عنها قبل التخلية أو لا؟ وعلى فرض ضمان ذلك هل يكون عليه عوض المنافع  
 الفائتة أو لا؟ فنقول: الظاهر ضمان المنافع مطلقاً، كما ذهب إليه المشهور.

(١) والمورد هو المحقق الخراساني رحمته الله منه، حاشية المكاسب / ٣٣.

القابض ضامن لمنافع المقبوض، وفي تفصيل ردّ المقبوض ..... ٢١٥

ويمكن أن يستدلّ عليه أولاً: بخبر: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» حيث يدلّ على أنه يكون في عهدة الآخذ جبران كلّ ما خسر المالك عن ناحية العين. لكنّه يكون محلّ الخدشة: - كما عرفت - من أنه لا يدلّ على أزيد عن ضمان ما تدلّ عليه دائرة صلة الموصول، أعني ضمان المأخوذ.

وثانياً: لأجل إتلاف المال، وصدق استناد ذلك إلى الآخذ بالنسبة إلى المنافع المستوفاة.

وثالثاً: قاعدة احترام مال المسلم - بناءً على كون المنافع أموالاً - تحكم بضمان المنافع مطلقاً من المستوفاة والفائتة معاً، بالبيان الذي عرفت.

إن قلت: روي عن النبي ﷺ بنحو الإرسال أنه قال: «الخراج بالضمان»<sup>(١)</sup> وهذا بظاهره يدلّ على عدم تعدّد الضمان، وأنّ الخراج والمنافع تكون في مقابل ضمان العين، ولا ضمان لها زائداً عن ضمان العين.

قلت: هذا الخبر ضعيف سنداً ودلالة، لعدم ربطه بالمقام بقريئة ما روى الشافعي في مختلف الحديث من طريق مسلم بن خالد، مسنداً عن عائشة: أن رجلاً ابتاع عبداً فاستعمله، ثمّ ظهر منه على عيب، ففضى له رسول الله برده بالعيب، فقال المقضى عليه: قد استعمله، فقال رسول الله: «الخراج بالضمان»<sup>(٢)</sup>.

حيث إنّ كلامنا يكون في الضمان اليدي لا العقدي، ومورده بقريئة الخبر الثاني يكون هو الضمان العقدي، وثبوت الإطلاق للفظ الضمان ممنوع، لأجل أنّ احتفاه بالمورد بقريئة الخبر الثاني مانع عن انعقاد الإطلاق له.

وأما ما أورد عليه بعض المحقّقين واحتمله في معنى الخبر بقوله: «لا يخفى ضعف الخبر سنداً ودلالة بإرساله وإجماله، لاحتمال أن يكون المراد به هو أنّ خراج الأرض كمّاً وكيفاً على من ضمنها، إنّما هو بحسب ضمانها، أو معنى آخر،

(٢) حاشية المكاسب للمحقّق الخراساني / ٣٤.

(١) عوالي الثنائي ١: ٢١٩ ح ٨٩



حيث لم يعلم أنه في أي مورد ورد<sup>(١)</sup>.  
 فلا معنى لذلك الاحتمال بعد ما علمت مورد وروده.  
 وأما التمسك على عدم ضمان المنافع الفائتة بصحيفة أبي ولاد، فقد عرفت  
 فيه الخدشة.

### في تفصيل ردّ المقبوض

**الجهة الثامنة:** في تفصيل ردّ المأخوذ وأدائه، فإن كان المقبوض باقياً بعينه  
 يجب رده كما عرفت، وإلا مثله إن كان مثلياً، وقيمه إن كان قيمياً على المشهور،  
 والبحث يكون في ذلك في مقامات: الأول: هو أنّ الظاهر أنه ليس عنوان المثلي  
 والقيمي وارد في لسان دليل لفظي، بل واقع في معقد الإجماع القائم على أنه  
 يضمن المثلي بمثله والقيمي بقيمته.

### في بيان المثلي والقيمي

وقد عرّف المثلي بتعريفات، منها: ما اختاره المشهور من أنّ ما يتساوى  
 أجزاء من حيث القيمة فهو مثلي وإلا فقيمي.  
 لكنّه يكون محلّ الخدشة: حيث إنه لا يعمّ كثيراً من المثليات مثل المسكوكات  
 وسائر المصنوعات والمشتبهات، كالساعات والظروف الفرنجية المصنوعة  
 بقالب واحد المتّحدة كمّاً وكيفاً ونحوهما، من جهة أنّ كلّ واحد منها يكون مثلياً،  
 وليس ممّا يتساوى أجزاءه من حيث القيمة، فلا بدّ أن يعرف بنحو كان خالياً عن  
 الخدشة.

لكن توضيحه يتوقّف على بيان مقدّمة: وهي أنّه لا إشكال في أنّ الأشياء عند

(١) حاشية المكاسب للمحقّق الخراساني / ٣٤.

العرف يكون على قسمين، بعض منها مثلي، وقسم منها قيمي، فحينئذ نقول: إن كان التالف داخلاً تحت جنس كانت قيمته مضبوطة عند أهل بلد الضامن والمضمون له كالحنطة والشعير وأمثالهما مثلاً، أو تحت نوع أو صنف كذلك فهو مثلي، وإلا كالحيوان قيمي.

وبعبارة أخرى: المثلي في الأغلب كما قيل: <sup>(١)</sup> عبارة عمّا كثر أفراده التي لا تفاوت فيها بحسب الصفات المختلفة بحسب الرغبات، ولا ينتقض ذلك بما انتقض به تعريف المشهور، حيث إن الدرهم مثلاً، على هذا مثلي بالنسبة إلى نوعه، وهو الصحيح.

إن قلت: على هذا التعميم ليس في البين شيء كان قيمياً حتى الحيوان، حيث إنه وإن لم يكن لجنس الحيوان قيمة مضبوطة عند نوع أهل البلد، لكن يتحقق ذلك في نوع من أنواعه أو صنف من أصنافه.

قلت: التالف من الحيوان لا يكون لجنسه ولا لنوعه ولا لصنفه قيمة مضبوطة عند نوع أهل كل بلد، ولا عند صنف من أصنافه.

لكن يمكن أن يقال: إن مراد المشهور من المثلي يكون هو ما ذكرنا من المعنى الأعم، كما يؤيد ذلك تعريفهم المتقدم، إلا أن ظاهر كلماتهم يكون خلاف ذلك، حيث يطلقون المثلي على جنس الحنطة والشعير ونحوهما.

ثم، إنه بناءً على الأخذ بظاهر كلماتهم من كون جنس الحنطة مثلياً أنه يكفي في الأداء بالبدل الذي يكون من غير صنف التالف، وأنه يجزي إعطاء الحنطة المائة عن غير المائة وبالعكس، لكن إنما الكلام في أنه هل يكون الأخذ ضامناً للتفاوت الصنفي، وأنه لا يكتفى بذلك في الجامع البعيد، بل لابد من ملاحظة الجامع الصنفي، أو يكتفى بالبعيد؟

(١) القائل هو المحقق الخراساني واليزدي في حاشيتهما على المكاسب، منه. حاشية المحقق الخراساني / ٣٥، وحاشية السيد اليزدي / ١٠٠.

يمكن أن يقال: بإلقاء التفاوت أولاً: لبناء العرف.  
 وثانياً: لإطلاق الإجماع القائم على أن المثلي يضمن بالمثل.  
 وثالثاً: لما ورد في باب القرض من جواز اقتراض المعدودات المثلية مثل  
 الجوز والخبز عدداً.

لكن هذه الوجوه تكون محلّ الخدشة: أما إدعاء بناء العرف على إلقاء التفاوت  
 فممنوع، حيث إن بنائهم يكون على لحاظ التفاوت وأخذه، لا على إلقائه، كما أن  
 إدعاء الإطلاق للإجماع أيضاً ممنوع، حيث إنه ما أحرزنا الإطلاق له من هذه  
 الجهة، والمتيقن منه هو أنه لا بد أن يكون البديل من جنس التالف لا غيره، وأما  
 إلقاء التفاوت في اقتراض المعدودات يكون للنص، ومخصوص بباب القرض،  
 فالأخذ ضامن للتفاوت، لأجل خبر على اليد، بناءً على ظهوره في اشتغال ذمة  
 الآخذ بأداء العين حتى بعد التلف؛ غاية الأمر لما لم يمكن بعده أداء شخص  
 العين، يجب على الضامن لأجل الجمع بين الحقين إعطاء عوضها، مع مراعاة  
 الخصوصية والمالية.

### في دوران أمر المقبوض بين المثلية والقيمية

المقام الثاني: هو أنه إن أحرزنا كون الشيء مثلياً أو قيمياً فهو، وإن دار أمر  
 شيء بينهما فإن أحرزنا مفهوم المثلي والقيمي تكون الشبهه في المصداق، فإن  
 كان ضمان القيمي بالقيمة على نحو الرخصة يكون الأمر من الدوران بين التعيين  
 والتخير، فلا إشكال في حصول البرء بإعطاء مثل المأخوذ، وأما تعينه فستعرف  
 الكلام فيه في الشبهة الحكمية، من إمكان دفعه بالبراءة.

إلا أن يقال: بعدم جواز إفتاء المفتي بها، بيان ذلك: أن المجتهد إما أن يبين  
 الحكم أو الوظيفة، أما الأول: فمثل الأحكام الواقعية المشتركة بين العالم والجاهل  
 والشاك وغيره التي لا يكون موضوعها مقيداً بشيء، فيجوز للمجتهد الإفتاء بعد

وصول البيان إليه، كما يجوز له الإفتاء بما يدل عليه الاستصحاب، حيث إن الحكم المستفاد منه برزخ بين الواقعي والظاهري.

وأما الثاني: فإن كان في الموضوع، فلأجل عدم لزوم الفحص في الشبهات الموضوعية وأنه ليس موضوعها الشك الفاحص، يبين المجتهد الحكم ويعمل به كل من صار شاكاً، وإن كان في الحكمية فموضوعها يكون الشك الفاحص، فلا يجوز للمجتهد الإفتاء، بل يكون حكم غيره الاحتياط.

إلا أن يقال: بأن الفحص لا يكون قيداً للموضوع، بل يكون طريقاً ومنقحاً له، وأن الموضوع يكون الشك الذي لم يقم عنده الحجة، فإذا فحص المستنبط ولم يقم عنده دليل على التكليف، يقول: الشيء الفلاني لا دليل عليه، فالحكم يكون البراءة، فإذا شك غيره كان موضوعاً لذلك.

وإن كان ضمان القيمي بالقيمة على نحو التعيين، فالأمر دائر بين المتبائنين، ويكون المرجع حينئذ القرعة، وإن لم يعمل بها في المقام واقتصر في العمل بها على الموارد التي عمل بها الأصحاب، لأجل ضعف دليلها وتوقف العمل بها إلى الانجبار بعمل الأصحاب - كما ينسب إليهم - يكون المرجع هو حكم العقل، وذلك يحكم بلزوم التراضي، فإن تراضيا فهو، وإلا يجبرهما الحاكم الشرعي عليه، «لأن مجاري الأمور تكون بيده» كما في الخبر<sup>(١)</sup>.

وإن لم يحكم العقل بذلك، يمكن أن يقال: بثبوت التخيير للمالك، لأن الحق يكون له، ويمكن أن يقال: بثبوت الضامن وبراءة ذمته عن تعيين المثل - كما هو الحق - لأن التكليف متوجه إليه، حيث إنه بعد أن يدفع المثل والقيمة إلى المالك لا يمكن له الاحتياط، بأن يأخذ حقه الواقعي إما للتعذر أو لحكومة «لا ضرار» على الاشتغال، فيكون الضامن مخيراً بين دفع المثل أو القيمة.

وإن لم نحرز مفهومهما تكون الشبهه حكمية، وذلك على نحوين: الأول: بأن أحرزنا مفهوم المثلية والقيمية، ولكن شككنا في دائرة المثلية من حيث السعة والضيق، يعني كان الشك في الصدق، بأن علمنا مثلاً، أن دخول الشيء تحت الجامع القريب موجب لمثليته، ولكن يشك في كفاية مثليته كونه داخلياً تحت الجامع البعيد، فيدور الأمر بين التعيين والتخيير، ولا إشكال في حصول البرء بالدفع من الجامع القريب، إنما الكلام في أنه هل يكون للمالك إلزام الضامن بدفع القريب أو لا؟ الظاهر هو الأول.

بيان ذلك: أن المقام ليس من الأقل والأكثر الخارجيين، بل يكون نظير الأقل والأكثر الذهنيين، ولا انحلال في الثاني، يعني الخاص لا ينحل إلى شيئين حتى تدفع الخصوصية بالبراءة، فيكون للمالك الإلزام.

لكن الشك يكون في كيفية اشتغال ذمة الضامن، والحق - كما قرّر في محله يكون تحقق الانحلال في الذهني أيضاً، فيكون الأصل براءة ذمته عن تعيين القريب، إلا أن يقال: بأن المستفاد من خبر «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» هو أن الآخذ ضامن بالمأخوذ، والمخصّص يعني الإجماع القائم على أن المثلي يضمن بالمثل مجمل، والمتيقن منه يكون هو المورد الذي علم مثليته، ففي مورد الشك يكون المرجع هو خبر على اليد، فيتعين الإعطاء من الجنس القريب.

الثاني: بأن دار أمر شيء بين المثلية والقيمية مع عدم إحراز مفهومهما، وقبل الشروع في حكم ذلك لابد من بيان مقدّمة، وهي أنه لا إشكال في أن ضمان المثلي يكون بالمثلي، وأما ضمان القيمي فهل يكون بالقيمة على نحو التعيين والعزيمة، أو الرخصة، يعني الإرفاق والتسهيل على الضامن، أو تعيين المثل؟ كما ذهب إليه المحقق في باب القرض<sup>(١)</sup> وقد استدّل له في ذلك الباب بما روي عن

النبي ﷺ أنه أخذ قصعة امرأة كسرت قصعة أخرى، وحكم بضمان عائشة إناء حفصة وطعامها بمثلهما، وأنه استقرض بكرة وردّ بازلاً تارة، واستقرض بكرة فأمر بردّ مثله.

والظاهر هو الأول، لبناء العرف، وظاهر الإجماع، وظاهر قوله ﷺ في صحيحة أبي ولاد: «قيمة بغل يوم خالفته»<sup>(١)</sup>.

وما استدلل به المحقق يكون محلّ الخدشة: أما أولاً: فمن جهة أنه يمكن أن يجاب عن الخبرين الأولين بمنع قيمة القصعة والإناء، وعن الثالث بكونه محمولاً على الاستحباب، حيث إنه يستحب للمقترض أن يتبرّع بزيادة في العين أو الصفة، كما نطقت به الأخبار.

وثانياً: على فرض تسليم قيمة الأمور المذكورة نقول: إن هذه الأخبار تكون ضعيفة، وقد أعرض المشهور عنها ولم يعملوا بها.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنه على الرخصة في صورة الشك لا إشكال في حصول البرء بدفع مثل المأخوذ، وأما تعيينه فقد عرفت فيه الكلام، وأما على العزيمة فتكون صورة الشك من الدوران بين المتبائنين، فحينئذ إما أن يكون المالك عالماً بمثلية ما أعطاه إلى الضامن أو قيمته، والضامن جاهلاً أو العكس، أو يكون كلاهما جاهلين في ذلك؟ فعلى الأول يعمل المالك بعلمه، كما أنه يعمل الضامن على الثاني أيضاً بعلمه، وأما على الثالث فيدفع الضامن المثل والقيمة معاً إلى المالك، وهل يحصل الأداء بذلك من الضامن أو لا؟ والظاهر هو الأول، لعدم توقف صدق الأداء على إيصال الحقّ مميّزاً، فحينئذ إن أخذ المالك أحدهما ورضي به كان صلحاً قهرياً، وإن لم يرض بأخذ أحدهما فبعد عدم إمكان الاحتياط له إما للتعدّر أو لحكومة «لا ضرار» على الاشتغال، وعدم إمكان تعيين

حقه بالقرعة، لاختصاص جريانها بالشبهة الموضوعية، يكون المرجع هو حكم العقل، وذلك يحكم بلزوم التراضي، فإن تراضيا فهو، وإلا يجبرهما الحاكم الشرعي عليه، لأن مجاري الأمور تكون بيده.

### على فرض عدم إطلاق دليل اجتهادي لحكم صورة الدوران يكون التخيير للضامن

وإن لم يحكم العقل بذلك يمكن أن يقال: بثبوت التخيير للمالك، لأن الحق يكون له، كما يمكن أن يقال: بثبوت التخيير للضامن وبراءة ذمته عن تعيين المثل، لأن التكليف متوجه إليه - كما هو الحق - حيث إنه بعد أن يدفع الضامن المثل والقيمة إليه لا يمكن له الاحتياط وأخذ حقه الواقعي، فيكون الضامن مخيراً بين دفع المثل والقيمة.

إن قلت: يتعين دفع المثل، لإطلاق آية: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾<sup>(١)</sup> وآية: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾<sup>(٢)</sup> وخبر: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»<sup>(٣)</sup> حيث يدل على أن الآخذ متعهد بما أخذه.

قلت: يمكن الخدشة في دلالة الآيتين بأنهما لا تدلان على كيفية الضمان، لكن هذه الخدشة غير واردة، لظهورهما بل صراحتهما في ذلك.

إن قلت: تختص هاتان الآيتان بالمتلف عدواناً.

قلت: لا يقدر ذلك بعد عدم القول بالفصل.

إن قلت: الآية الثانية واردة في مورد قتلى أحد.

قلت: على التسليم لا يكون خصوصية المورد مخصصاً للوارد.

(١) سورة البقرة (٢): ١٩٤. (٢) سورة النحل (١٦): ١٢٦.

(٣) عوالي اللئالي ١: ٢٢٤ ح ١٠٦.

على فرض عدم إطلاق دليل اجتهادي لصورة الدوران يكون التخيير للضامن ..... ٢٢٣

## مقتضى إطلاقات الضمان في صورة الدوران هو أن الضمان يكون بالمثل

كما يمكن الخدشة أيضاً في دلالة الخبر، وأنه يدل فقط على الضمان لا على كَيْفِيَّتِهِ، بل لا يمكن أن يدل على ما أفيد، من جهة أنه يمكن التعهد بالنسبة إلى الكلّي واشتغال الذمة به، لإمكان أدائه بفرده، لكن لا يمكن ذلك بالإضافة إلى العين الموجودة في الخارج، حيث إن اشتغال الذمة بها مع بقائها لا معنى له، ومع التلف لا يمكن أدائها.

إلا أن يقال: إن المقصود من تعهد المأخوذ يكون هو التعهد والالتزام بالنسبة إلى الأقرب إليه، والأقرب إليه يكون مثله.

إن قلت: كيف يتعين المثل في القيمي، والحال أنه ادعى الإجماع على أن المثلي يضمن بالمثل والقيمي بالقيمة.

قلت: المتيقن منه يكون صورة الإحراز، ففي صورة الشك يكون المرجع هو إطلاق الخبر والآيتين.

في أنه إن تلف المقبوض المثلي وزاد ثمنه بالنسبة إلى يوم التلف هل يجب شراء المثل على الضامن أو لا يجب بل يتبدل إلى القيمة؟

المقام الثالث: هو أنه إن تلف المقبوض المثلي وزاد ثمنه بالنسبة إلى يوم التلف هل يجب شراء المثل على الضامن أو لا يجب، بل يتبدل إلى القيمة؟ فنقول: منشأ الزيادة إما أن يكون زيادة القيمة السوقية أو ندرة الوجود، فعلى الأول ليس الثمن بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، وإثما زاد على ثمن التالف يوم التلف، حيث إنه ترقى في ملك المالك وحصل عنوان الزيادة في ثمن مثل ملكه، والضامن بمقتضى الإجماع القائم على أن المثلي يضمن بالمثل، وعموم آية:



﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾<sup>(١)</sup> وآية: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾<sup>(٢)</sup> وخبر «على اليد ما أخذت حتى تؤذي»<sup>(٣)</sup> متعهد بالمثل، فيجوز للمالك إلزام الضامن بشراء المثل، فيجب عليه شراءه بأي ثمن كان.

وعلى الثاني: قد يقال: بعدم وجوب الشراء، لكن لأجل المانع، يعني الضرر، مثل أن تكون قيمة التالف المثلي، يعني الحققة من الحنطة مثلاً، مائة درهم ولم يوجد مثلها إلا بمأتين، بل لعدم المقتضي، يعني لعدم مشمولية الفرض لأدلة ضمان المثلي، حيث إنها تدل على أن المثلي يضمن بالمثل الذي يكون مثل التالف من حيث الخصوصية والمالية، والمثل في الفرض مختلف مع التالف من حيث المالية، لزيادة ثمنه بواسطة إجحاف بائعه.

وبعبارة أخرى: عنوان الزيادة في هذا الفرض لا يكون مثل الفرض الأول، حيث إنه حصل عنوان الزيادة في الأول بواسطة زيادة القيمة السوقية في ملك المالك، والضامن متعهد بالمثل بمقتضى الأدلة المتقدمة - كما عرفت - بخلاف الزيادة في الثاني، حيث إنها تكون ناشئة عن إجحاف بائع المثل، لا عن ناحية القيمة السوقية، والزيادة في مورد لأجل خصوصية لا تكون مقدرة عند العرف، يعني لا يقولون إن الحققة من الحنطة اليوم تسوى بمأتين، فندرة الوجود تكون في حكم التعذر والعدم، فلا يكون الفرض مشمولاً لأدلة ضمان المثلي، لانصرافها عنه، فيتبدل التالف إلى القيمة.

لكنه يكون محل الخدشة: حيث إن بناء العرف على عدم المقدرية في الفرض لا يكون موجباً لخروجه عن المثلية، حيث إن الحققة من الحنطة مثلاً، مع قطع النظر عن خصوصية المورد تكون عندهم مقدرة بقيمة معينة، فيجب شراء المثل

إن تلف المقبوض المثلي وزاد ثمنه الى يوم التلف يجب المثل أو يتبدل الى القيمة؟ ..... ٢٢٥

على الضامن، بمقتضى أدلة ضمان المثلي.

وقد يقال: بمشمولية الفرض للأدلة، وأنه كما تكون كثرة الراغب وقتله بالنسبة إلى الأجناس موجبة لزيادة الثمن وقتله ومقدرة لها عرفاً، كذلك قد تكون خصوصية المورد وندرة الوجود مقدرة لها عرفاً، فيكون الفرض مشمولاً لأدلة ضمان المثلي، فيجب على الضامن شراء المثل بأي ثمن كان.

لكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ بناء العرف في الفرض يكون على عدم المقدرية، إلا أنّ ذلك لا يكون موجباً لخروج التالف عن المثلية - كما عرفت - فيجب على الضامن شراء المثل بأي ثمن كان.

إن قلت: الحكم بوجود الشراء على الضامن في الفرض موجب لتضرره وهو منفي، فلا يجب عليه الشراء.

قلت: على فرض تسليم تضرره لا ينفي بأدلة «لا ضرار» حيث إنّ الضرر في المقام متوجه أولاً وبالذات إلى الضامن، وأدلة نفي الضرر واردة في مورد الإمتنان، وواضح أنه لا امتنان على تحمّل المالك الضرر لدفعه عن الضامن، فلا يكون ضرر الضامن مشمولاً لأدلة نفي الضرر، فيجوز للمالك بمقتضى أنّ «الناس مسلطون على أموالهم» إلزام الضامن بشراء المثل بأي ثمن كان.

### في بيان ضابط التعذر

المقام الرابع: في تعذر المثل في المثلي والبحث في ذلك يكون من جهات: الأولى: في ميزان التعذر، فنقول: مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس تسليطهم على أموالهم يكون هو وجوب تحصيل المثل على الضامن بأي ثمن كان. فالضابط في التعذر وسقوط التكليف بأداء المثل يكون هو عدم التمكن العقلي من تحصيل المثل.

إن قلت: سقوط تكليف أداء المثل بالتعذر العقلي غير محتاج إلى بيان الشارع،

حيث إن العقل حينئذ حاكم بالسقوط، فبيان الشارع تحصيل للحاصل.  
قلت: لا يكون تحصيلاً حيث يصح أن يجعل الشارع عدم إمكان تحصيل  
المثل عقلاً حدّاً لانتقاله إلى القيمة، هذا كله مع قطع النظر عن الإجماع، ولكن إن  
ثبت في البين إجماع على ثبوت القيمة عند تعذر المثل لا بد أن يلاحظ اللفظ  
الواقع في معقده - أي لفظ التعذر - والمرجع في ذلك يكون حينئذ هو العرف،  
فالضابط في التعذر يكون هو التعذر العرفي، والظاهر أن العرف كما قيل: <sup>(١)</sup> يحكم  
بالتعذر إن لم يوجد المثل في البلد وما حوله مما ينقل عادة منه إليه، فميزان التعذر  
في المقام هو التعذر في باب القرض والسلم، وعلى هذا فلا يجب عند إعوازه في  
البلد وما حوله مما ينقل منه إليه تحصيله من الأماكن التي لم تجر العادة بنقل ما  
فيها من الحبوب والأدهان إليه <sup>(٢)</sup>.

لكن هذا المعنى ليس بضابط، لعدم انضباطه وكليته، فالأولى أن يقال: إن  
الضابط في سقوط التكليف بأداء المثل يكون هو العسر الذي يكون في كلي  
الدين موجباً لسقوط التكليف بالأداء، غاية الأمر يكون الحرج في كلي الدين في  
أداء أصله، لأجل عدم المال أو قلته وأمثال ذلك، وفي المقام في تحصيل المثل،  
فالميزان في التعذر يكون هو الحرج، سواء كان منشأ ذلك عدم وجود المثل في  
البلد وما حوله مما ينقل عادة منه إليه، بحيث كان تحصيله حرجاً، أو كان في البلد  
وما حوله مما ينقل عادة منه إليه، لكن كان الشراء على الضامن حرجياً.

لكن إذا كان عدم دفع المثل في مورد حرجاً على المالك، مثل أن لا يكون له  
مال غيره، ولم تكن القيمة مفيدة له، لا يكون حرج تحصيل المثل بمنياً عن  
الضامن، لأنه متوجه إليه أولاً وبالذات، فنفيه عنه لأن يتحمله المالك يكون خلاف  
الامتنان، فيجب على الضامن تحصيل المثل ولو كان حرجياً، فيكون المدار على

(١) القائل هو المحقق النائيني رحمته الله منه، وهو المحقق الشيخ محمد حسين النائيني النجفي  
(٢) منية الطالب (١: ١٤٠). (١٣٧٧-١٣٥٥).

سقوط أدائه هو التّعذر العقلي كما ذهب إليه العلامة الأنصاري رحمته الله (١). وكيف كان بناءً على كون سقوط أداء المثل دائراً مدار الحرج إن أحرز تحققه فهو، وإن شك في تحققه فإن كان الشك في تحققه من حين تلف العين ليس في البين أصل موضوعي يحرز الموضوع، أي يُسر الضامن أو عُسرهُ، لعدم الحالة السابقة، ولا أصل حكمي، أي أصل جواز مطالبة المالك المثل كذلك. وإن كان الشك في طرّوه بعد يُسر الضامن فذلك على نحوين: الأول: أن يكون الضامن واجداً لمائة دينار مثلاً، وعدّ بذلك موسراً عند العرف، ثم شك في زوال ذلك، فاستصحب اليُسر جارٍ بلا كلام.

الثاني: أن يكون الضامن واجداً لمائة دينار وذهب نصف ذلك، وشك في بقائه على الموسرية، لأجل الشك في كفاية النصف أيضاً لصدق الموسرية، فالأصل الموضوعي - أي أصل بقائه على الموسرية - غير جارٍ، لتبدّل الموضوع وعدم بقائه، كما أن الأصل لا يكون جارياً في الشك في بقاء الحكم، لأن منشأ الشك فيه يكون هو الشك في الموضوع.

لكن يمكن أن يقال: بحريان الأصل في الموضوع، لتسامح العرف في موضوع المقام ونظائره، كما حكم بذلك العلامة الأنصاري رحمته الله في القسم الثاني من القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلّي حيث قال: ويستثنى من عدم الجريان في القسم الثاني ما يتسامح فيه العرف، فيعدّون الفرد اللاحق مع الفرد السابق كالمستمر الواحد، مثل ما لو علم السواد الشديد في محل وشك في تبدّله بالبياض أو بسواد أضعف من الأول فإنّه يستصحب السواد، وكذا لو كان الشخص في مرتبة من كثرة الشك ثم شك من جهة المفهوم أو المصداق في زوالها أو تبدّلها إلى مرتبة دونها، أو علم إضافة المانع ثم شك في زوالها أو تبدّلها إلى فرد آخر من

المضاف.

وبالجملة: فالعبرة في جريان الاستصحاب عدّ الموجود السابق مستمراً إلى اللاحق، ولو كان الأمر اللاحق على تقدير وجوده مغايراً بحسب الدقة للفرد السابق، ولذا لا إشكال في استصحاب الأعراض حتى على القول فيها بتجدد الأمثال، وسيأتي ما يوضح عدم ابتناء الاستصحاب على المدافعة العقلية<sup>(١)</sup>.

### حكم تعذر المثل

**الجهة الثانية:** في أنه بعد تعذر المثل هل يكون مقتضى القاعدة عدم انتقال المثل إلى القيمة وأنّ ذمة الضامن تكون مشغولة بالمثل، أو انتقاله إليها وصيرورة الذمة مشغولة بقيمته، أو يكون مقتضى القاعدة صيرورة التالف بتعذر المثل قيمياً، وصيرورة ذمة الضامن مشغولة بقيمة التالف؟ يمكن أن يقال بالثاني، من جهة أنّ الظاهر من خبر: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» وأيتي: الاعتذار، والمعاقبة، المتقدمتين هو أنّ التضمن يكون بالأقرب إلى التالف، كما يكون عليه بناء العرف في باب التضمينات، فذمة الضامن مشغولة بنحو تعدّد المطلوب، يعني متعهدة بخصوصية العين وماليتها مع بقائها، ومع التالف بالأقرب إليها من حيث المالية والخصوصية من المثل، ومع تعذر الخصوصية المثلية بقيمة التالف.

نعم، خرج عن هذه القاعدة تعذر المسلم في السلم، لورود الدليل بالخصوص على عدم الانتقال إلى القيمة، وثبوت التخيير للمشتري بين الفسخ وأخذ رأس المال وبين الصبر، فعلى هذا يجب على الضامن دفع قيمة العين، ولا ينافي ذلك الإجماع القائم على أنّ المثلي يضمن بالمثل، لإمكان حمله بعد تسليم ثبوته على بيان المصدق، وأقربية المثل إلى التالف من حيث المالية والخصوصية عن القيمة،

(١) الرسائل، القسم الثاني من القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلّي.

فيكون للضامن إلزام المالك بدفع القيمة إليه.

### على الضامن قيمة التالف أو قيمة تعذر المثل؟

وهل يجب على الضامن قيمة التالف يوم التلف، أو قيمته يوم تعذر المثل؟  
الظاهر هو الأول، بعد صيرورة التالف قيمياً بتعذر المثل، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة في القيمي كما ذهب إليه المشهور، لكنّ الظاهر هو الأول، لظاهر الإجماع القائم على أنّ المثلي يضمن بالمثل، وحمله على بيان المصداق والأقربية إلى التالف يكون خلاف الظاهر منه، وحيث إنّ المثل أمر كلي يصحّ أن يدخل تحت ذمّة الضامن، فذمّة الضامن تكون مشغولة بالمثل، فعلى هذا لا يكون للضامن بدفع قيمة المثل إليه.

نعم، يجوز للمالك إلقاء خصوصيّة المثل وطلب قيمته، فإن طلب المالك ذلك كان الضامن ملزماً بإعطاء القيمة، لأن منع المالك عنها ظلم، والقول<sup>(١)</sup> بأنّ منع المالك عن القيمة ليس بظلم بعد عدم الدليل على انتقال المثل إلى البدل، بل إلزام الضامن بالقيمة ظلم، حيث إنّ ذمته مشغولة بالمثل لا القيمة، فإلزامه بالقيمة اعتداء عليه، فلا بدّ أن يصبر المالك حتى يتمكّن الضامن من المثل لا وجه له، لأنّ الآية تكون في مقام عدم جواز الاعتداء بأكثر ممّا اعتدى، والمثل لا يكون بأزيد منه، فجواز أخذ المثل موجب لجواز أخذ قيمته التي تكون دونه بعد رفع الخصوصية بالطريق الأولى، فمنع المالك عن القيمة ظلم واعتداء عليه ومستلزم لتضرره، وهما منفيان في الدين.

(١) القائل هو المحقق الخراساني رحمته الله منه، حاشية المكاسب / ٣٦ - ٣٧.

## في أن المعتبر في قيمة المثل هو قيمة يوم تفرغ الذمة

لكن إنما الكلام في أنه إن طلب المالك القيمة هل يجب على الضامن إعطاء قيمته يوم تعذر المثل أو قيمته يوم تفرغ الذمة والدفع؟ والظاهر هو الثاني من غير فرق بين التعذر الطاري والابتدائي بعد قيام الدليل على أن ضمان المثلي يكون بالمثل - كما ذهب إليه المشهور - لعدم الدليل على انتقال المثل بالتعذر إلى القيمة.

## في أنه مع اختلاف بلد المطالبة والضمان واختلاف قيمة المثل المتعذر هل يكون للمالك إلزام الضامن بقيمته في أي بلد أراد أم لا؟

الجهة الثالثة: هي أنه لا إشكال في جواز مطالبة المالك قيمة المثل المتعذر عن الضامن وإلزامه بذلك مع اتحاد البلد، إنما الكلام في صورة اختلاف البلد وتفاوت القيمة، كأن يكون قيمة المثل في بلد المالك أزيد من بلد الضامن، فهل يكون للمالك أخذ قيمة بلده أو لا؟ وهذا النزاع متفرع على جواز مطالبة العين ومثلها مع التلف في غير بلد الضمان وعدمه.

فنقول: إن كانت العين موجودة ولم يخرجها الضامن من بلد الضمان لا يجوز للمالك إلزام الضامن بأخذها في غيره، وإن أخرجها منه فإن لم يكن اختلاف الأمكنة دخيلاً في ماليتها لا دليل على وجوب الرد على الضامن في أي بلد أراد المالك، بل يكون الضامن مخيراً في دفع العين بين أن يدفعها في بلد المطالبة، أو الضمان إن لم يكن الدفع مستلزماً لتصرف زائد عليه، لأن الخطاب بالأداء منوطة إليه، فعلى هذا ليس للمالك إلزام الضامن بالمثل أو القيمة في أي بلد أراد، بل يكون التخيير للضامن لما عرفت.

وإن كان اختلاف الأمكنة من الحالات الطارئة على العين ودخلاً في ماليتها، بحيث يعدّ كونها في المكان الكذائي من صفاتها عرفاً - كما هو الظاهر - كسائر

مع اختلاف البلد وتفاوت القيمة هل يكون للمالك أخذ قيمة بلده أو لا؟ ..... ٢٣١

الأوصاف من الكتابة والسمن ونحو ذلك، يكون له الإلزام والأخذ في أي بلد وصلت إليه، لا لخبر «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» كما قيل<sup>(١)</sup> حيث يدلّ فقط على ضمان المقبوض و وجوب ردّه، ولا دلالة له على جواز أخذ المالك في أي بلد أراد، بل لآيتي: الاعتداء، والمعاقبة، وخبر «إنّ الناس مسلّطون على أموالهم». إن قلت:<sup>(٢)</sup> «إنّ الناس» لا يكون مشرعاً، يعني لا عموم له بالنسبة إلى الشخص الذي كانت العين في عهده، وجواز أخذ المالك عينه في أي بلد أراد، بل عموم السلطنة إنّما يكون باعتبار أقسامها من جواز الهبة والصلح والبيع ونحوها. قلت: جواز أخذ المالك عينه في أي بلد أراد يكون من الثاني، فيجوز له أخذها في أي بلد وصلت إليه، فعلى هذا يجوز للمالك إلزام الضامن بأخذ المثل أو القيمة مع تعذّره في كلّ بلد يجوز له إلزام الضامن بأخذ العين - كما ذهب إليه المشهور لكن بخلاف باب القرض والسلم حيث لا يجوز للمالك الأخذ في غير بلدهما على المشهور، لانصراف العقد إلى بلدهما، وهذا الانصراف مفقود في المقام بواسطة فساد.

في أنّه إن أبرأ المالك ذمّة الضامن عن خصوصيّة المثل هل يكون ذلك موجباً لسقوط المثل عن ذمّة الضامن أو لا؟

الجهة الرابعة: هي أنّه لا إشكال في أنّ صرف مطالبة المالك قيمة المثل المتعذّر لا يكون موجباً لسقوط المثل عن الذمّة، بحيث لو وجد قبل أداء قيمته لم يكن الردّ واجباً عليه، كما أنّه لا إشكال في أنّه إن أبرأ ذمّة الضامن عن المثل بخصوصيّته وماليّته يسقط المثل رأساً عن ذمّة الضامن، كما أنّه لا إشكال في سقوطه لو تراضيا بعوضه مع وجوده.

(١) القائل هو المحقّق السيّد محمد كاظم اليزدي رحمته الله منه، حاشية المكاسب / ٩٩.

(٢) المستشكل هو المحقّق النائي رحمته الله منه، منية الطالب ١: ١٤٦.



لكن إنما الكلام يكون من جهتين: الأولى: في أنه إن ألقى المالك الخصوصية وأبرأ ذمة الضامن عن ذلك هل يكون التجاوز عن الخصوصية موجباً لسقوط المثل عن ذمة الضامن بحيث لو وجد قبل أداء قيمته لم يكن الرد واجباً عليه أو لا؟.

**فنقول:** إن كان عنوان المالية الخاصة مع مطلق المالية من قبيل الأقل والأكثر، فكما يكون إسقاط الدين موجباً لسقوطه كذلك يكون إلقاء الخصوصية موجباً لسقوط المثل عن ذمة الضامن، ويكون عليه قيمته، وإن كان من قبيل المتبائنين لا يسقط كما هو الظاهر، حيث إن الخصوصية لا تكون مضمونة مستقلاً، بل ضمانها يكون بتبع ضمان العين، فلا يسقط المثل عن ذمة الضامن بإلقاء الخصوصية، إلا أن يبرأ ذمته عن المثل بماليته.

**إن أخذ المالك قيمة المثل المتعذر مثله ثم وجد المثل وحكم ذلك**

**الثانية:** هل أنه إن أخذ المالك قيمة المثل المتعذر مثله ثم وجد المثل هل يجب على الضامن رده إليه أو سقط عن ذمته بإعطاء القيمة؟ فنقول: إن قلنا بأنه بعد تعذر المثل يصير التالف فيمياً أو يصير المثل بالتعذر بمنزلة التلف وينقلب فيمياً، فالقيمة بدل حقيقي للتالف أو المثل، فلا وجه لعوده ووجوب رده. فما قيل<sup>(١)</sup>: من أن المثل لو قلنا بتعذر النازل منزلة التالف صار فيمياً احتمال وجوب المثل عند وجوده، لأن القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل، غير وجيه. وإن قلنا: ببقاء المثل في الذمة وعدم سقوطه بالتعذر - كما هو الحق - فالظاهر أيضاً هو سقوط المثل عن ذمة الضامن، لأن القيمة بدل عن المثل ومصدق لحق المالك ووفاء به، ولا تكون القيمة بدل الحيلولة من جهة أن بدل الحيلولة في العين

(١) القائل هو العلامة الأنصاري رحمه الله، المكاسب ٧: ٢٥٧.

عند إغواز المثل على الضامن قيمة وجوده عزيزاً. أو لیتمکن الضامن من المثل ..... ٢٢٢

التي يتعدّر على الضامن تسليمها إلى المالك يكون بدلاً عن السلطنة، والجدّة التي تكون للمالك بالنسبة إليها لا عن العين، والقيمة في المقام لا تكون بدلاً عن السلطنة على المثل، حيث لا سلطنة للمالك بالنسبة إلى المثل الكلّي الذي يكون في ذمّة الضامن، لعدم سلطنة المالك على ذمّة الضامن، بل يكون بدلاً عن المثل، فأعطاء قيمته يكون مصداقاً للوفاء به، فيكون موجّباً لسقوطه عن ذمّة الضامن.

في صورة إغواز المثل هل يجب على الضامن قيمة فرض وجوده  
عزيزاً أو مبدولاً أو متوسّطاً؟

**الجهة الخامسة:** هي أنه قد تقدّم أنّ تعسّر تحصيل المثل يكون موجّباً لسقوط التكليف عن أدائه، أعمّ من أن يكون منشأ التعسّر عدم وجوده في البلد وما حوله ممّا ينقل عادة منه إليه أو غيره، فإن كان منشأ عدم وجوده وألقى المالك خصوصيته وطلب قيمته لا بدّ من فرض وجوده لمعرفة قيمته، فهل يجب فرض وجوده عزيزاً أو مبدولاً أو متوسّطاً؟ الظاهر هو الأول، حيث إنّ وجود الأشياء والأجناس وتحققها في الخارج خارج عن قدرة المكلف واختياره، لأنّها قد تتحقّق في الخارج تدريجاً، وقد توجد دفعة، ولكن تحقّقها في الذهن يكون تحت إرادة المكلف واختياره، ولا إشكال أنّ الفرض العقلي يكون على حسب الداعي، ولا داعي للعقل بفرض وجود الجنس مبدولاً أو متوسّطاً بعد معرفة قيمة المثل بفرض عزّة وجوده، فلا مقدّمية لفرض وجوده مبدولاً أو متوسّطاً في معرفة القيمة.

وبعبارة أخرى: كما أنّ الميزان لوجوب تحصيل المثل وأدائه في الخارج يكون عدم تعسّر تحصيله، كذلك يكون الميزان لمعرفة قيمته في صورة عدمه فرض وجوده، بحيث لو كان ذلك المفروض في الخارج لم يكن تحصيل المثل متعسّراً على الضامن، فيتعيّن فرض وجوده عزيزاً، لكن لا فرض وجود عزيز يعدّ كالعدم،

بأن لا يرغب في شرائه لغلائه وكثرة ثمنه، بحيث لو كان في الخارج كان تحصيل المثل متعسراً على الضامن، بل لا بد أن يفرض بمقدار لو كان في الخارج لم يكن تحصيل المثل متعسراً على الضامن وكان مكلفاً بأدائه، وينطبق هذا على فرض عزة وجوده، فيكون الموضوع لمعرفة قيمة المثل فرض عزة وجوده، كما ذهب إليه العلامة الأنصاري رحمته الله (١).

فانقدح بما ذكرنا بطلان القول بأنه كما يعرف قيمة المثل بفرض وجوده عزيزاً يعرف بفرضه مبذولاً أو متوسطاً ولا مرجح، فالضامن غير مكلف بأداء القيمة، إلا أن يتراضيا بالصلح، لعدم تعيين القيمة ومعرفة التكليف، فلا بد أن يصبر المالك حتى يتمكن الضامن من تحصيل المثل، حيث إنه أولاً: مستلزم لتضرر المالك.

وثانياً: مستلزم لخروج المثل عن المثلية بعد عدم معرفة قيمته، حيث إن عنوان كونه مقوماً قيد ومنقح للموضوع، والمثل علمي ما عرفت في تعريف المثلي من كونه داخلاً تحت جنس أو نوع أو صنف مقوم.

إلا أن يقال: إن عنوان كونه مقوماً لا يكون قيداً للموضوع حتى يتنفي بانتفائه، بل يكون مشيراً إلى المثل الواقعي، فلا يخرج المثل عن المثلية بعدم معرفة قيمته. وثالثاً: لعدم الدليل على الصبر.

ثم، إنه إن فهمنا اعتبار فرض المثل عزيزاً أو مبذولاً أو متوسطاً فهو، وإن شككنا في ذلك فإن قلنا بالانقلاب وأن المثل يصير قيمياً بالتعذر بقيمته في يوم التعذر معلومة، وإن قلنا بعدم الانقلاب - كما هو الحق - وأن المثل يكون في ذمة الضامن، فمقتضى القاعدة يكون هو الشغل، وأن ذمته لا تبرأ إلا بإعطاء قيمة فرض عزة وجوده.

## في أن خروج المثل عن القيمة رأساً يكون بمنزلة تعذر المثل أو التلف

الجهة السادسة: هي أنه قد عرفت أن ضمان المثلي يكون بالمثل ولا ينقلب المثل بالتعذر قيمياً، بل تكون ذمة الضامن مشغولة بالمثل، لعدم الدليل على الانقلاب، لكن إنما الكلام في أنه هل خروج المثل عن القيمة رأساً يكون بمنزلة تعذره حتى يترتب عليه أحكام تعذر المثل، أو يكون بمنزلة التلف؟ وعلى الثاني هل يكون بمنزلة التلف الحكمي حتى يترتب عليه آثاره، كما يفهم ذلك من كلام العلامة الأنصاري في مسألة بدل الحيلولة<sup>(١)</sup> أو التلف الحقيقي وصورته قيمياً؟ والظاهر هو الأخير، وأنه بخروجه عن القيمة صار بمنزلة التلف الحقيقي عرفاً، فيجب على الآخذ دفع قيمة يوم خروجه عن القيمة، فعلى هذا لو أخذ الشخص مقدار ماء معين في مفازة مثلاً، بقيمة معينة ثم خرج عن القيمة رأساً في تلك المفازة يجب على الآخذ دفع تلك القيمة إلى المالك.

لكن قد يفصل في ذلك، بأنه إذا كان خروجه عن القيمة بإحداث فعل فيه من الآخذ كأن نجس الماء مثلاً، كان ضامناً لقيمته، لإتلافه ماله ذلك، فيجب عليه دفع قيمته إلى المالك، وإن لم يكن بفعله، مثل أن يكون خروجه عن القيمة قبل تلفه بواسطة نزول مطر ونحوه، فالمأخوذ باقٍ بحاله، فلا يكون عليه بمقتضى «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» أزيد من ردّ المقبوض مثل صورة نقصان قيمته.

ثم، إنه على الأول هل يجب على الآخذ دفع ذلك الماء النجس إلى المالك أو لا يجب؟ يمكن أن يقال: بعدم الوجوب، لأن الخصوصية العينية تابعة لعنوان المالية، فلا يجب عليه رده بعد أن تكون الماله مضمونة.

ويمكن أن يقال بالوجوب، وأنه وإن لم يكن له ماله، أنه كان للمالك حق

الاختصاص به، فيجب بمقتضى الأصل ردّه، وهل يكون ضامناً لردّ مثله في صورة تلفه، أو إتلافه، أو يكون ضامناً له، يمكن أن يقال بأن مقتضى على اليد ما أخذت حتى تؤدّي هو أنّه ضامن لردّ مثله.

لكنّه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّه بعد أن لم يكن له مالية لا معنى للضمان، حيث إنّ الضمان عبارة عن جبران الضرر الذي وقع على المالك، ولم يقع بتلفه أو إتلافه ضرر عليه، كما ذهب إليه العلامة رحمته في التذكرة<sup>(١)</sup> في غضب شيء لم يكن له مالية كحبة من حنطة، حيث لم يوجب على الغاصب شيئاً على ما نقله العلامة الأنصاري عنه في النوع الثالث ممّا يحرم التكبس به<sup>(٢)</sup>.

إن قلت: على هذا إن أخذ الغاصب مائة حبة تدريجياً لم يكن أيضاً عليه شيء. قلت: في هذه الصورة كان ضامناً لوجود المالية للمجموع، وعلى الثاني هل يكون ضامناً لمثله مع تلفه، أو إتلافه، أو لا يكون ضامناً له؟ يمكن أن يقال: بالضمان لخبر «على اليد» ويمكن الخدشة فيه كما عرفت.

لكن هذا التفصيل غير وجيه، أولاً: من جهة أنّ خروج المال عن القيمة رأساً يكون بمنزلة تلفه عرفاً - كما عرفت - أعمّ من أن يكون منشأ الخروج فعل الأخذ أو غيره، حيث إنّ العقلاء لا يعتبرون له التعهّد بعد خروجه عن القيمة رأساً، ولا وجه لقياس المقام على صورة نقصان القيمة، لعدم صدق التلف في صورة النقصان عرفاً.

وثانياً: معنى «على اليد ما أخذت» هو أنّ الأخذ متعهّد بالمأخوذ، ومعنى تعهده به هو أنّه متعهّد بخصوصيته وماليته لا بخصوصيته فقط، فلا يصدق الردّ بدفعه بعد خروجه عن القيمة رأساً، فيكون ضامناً لقيمته، وأما وجوب دفع العين مع بقائها والضمان لها بعد تلفها أو إتلافها فقد تقدّم الكلام فيه.

(١) التذكرة ١: ٤٦٥. (٢) المكاسب ٢: ١٥٢.

في أن خروج المثل عن القيمة رأساً يكون بمنزلة تعذر المثل أو التلف ..... ٢٣٧

وإن تلف أو أتلفه قبل خروجه عن المالية على ما هو ظاهر عنوان العلامة الأنصاري رحمه الله حيث قال: بقى الكلام في أنه هل يعد من تعذر المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشاطيء إذا أتلفه في مفازة<sup>(١)</sup> والجمد في الشتاء إذا أتلفه في الصيف أم لا؟ الأقوى بل المتعين هو الأول، بل حكى عن بعض نسبه إلى الأصحاب وغيرهم<sup>(٢)</sup>.

فدمة الآخذ تكون مشغولة بالمثل، ولا ينقلب قيمياً بالتعذر، لعدم الدليل عليه، فيكون للمالك إلقاء الخصوصية والمطالبة بالقيمة، ومع المطالبة هل يكون له قيمة المثل في تلك المفازة أو قيمة آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المالية؟ يحتمل الأول كما حكى عن التذكرة والإيضاح والدروس، لمداخلية اختلاف الأمكنة في المالية، لكن الظاهر بحسب القاعدة هو الثاني، حيث إن الآخذ قبل سقوط المثل عن المالية مكلف برد المثل، فالمثل يكون في ذمته ولا يكون للمالك مطالبة قيمته، إلا إذا سقط عن المالية رأساً، لكن لو نقصت قيمة المأخوذ مثل ما إذا أخذ دراهم وأسقطها السلطان وروج غيرها - بناءً على كونها مثلياً - فإن قلنا بأن الضمان في المثلي يكون بالمثل - كما هو الحق وذهب إليه المشهور - لم يكن النقصان مضموناً بل يكن على الضامن فقط رد المثل لإطلاق أدلة الضمان من خبر «على اليد وغيره».

وتدل على الحكم بالخصوص مكاتبة يونس إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام أنه كان لي على رجل عشرة دراهم وأن السلطان أسقط تلك الدراهم، وجاء بدراهم، أعلي من تلك الدراهم الأولى ولها اليوم وضیعة، فأني شيء لي عليه، الأولى التي أسقطها السلطان أو الدراهم التي أجازها السلطان؟ فكتب: «لك الدراهم

(١) بفتح الميم مفرد علم للصحراء والفلات بلا ماء، فهي اسم مكان، جمعها مفازات، وإنما قيل للفلات مفازة لفوز الإنسان فيها تفاؤلاً بالخير والنجاح. (٢) المكاسب ٧: ٢٥٦.

الأولى»<sup>(١)</sup>.

ومضمرة العباس بن صفوان قال: سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم عن رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيرت، ولا يباع بها شيء إلا لصاحب الدراهم الدراهم الأولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال: «لصاحب الدراهم الدراهم الأولى»<sup>(٢)</sup>.

وإن قلنا بأن الضمان في المثلي يكون بالأقرب إلى التالف كان النقصان مضموناً، بمعنى أنه يجب على الضامن ردّ مثله مع دفع تفاوته.

كما تدلّ على ضمان النقصان بالخصوص مكاتبة أخرى من يونس قال: كتبت إلى الرضا عليه السلام: أن لي على رجل ثلاثة آلاف درهم، وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام، وليست تنفق اليوم، فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس؟

قال: فكتب إليّ: «لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس»<sup>(٣)</sup> فتكون المعارضة بين هذا الخبر وبين الأولين.

لكن يمكن دفع التعارض، والجمع بحمل الأخير على مورد كان إعطاء الدراهم بعنوان أن تؤخذ من مثلها، والأولين على الإعطاء بعنوان أن تؤخذ من الرائجة.

بيان ذلك: أنّ الدائن والمعطي قد يعطي الدراهم بشرط أن يأخذ من تلك الدراهم، مثل أن يعطي الدرهم الكذائي ليأخذ منه، فلو روج السلطان غيره يكون الضمان بالأول دون الثاني، حيث إن إعطاء الدرهم كان بعنوان أن يؤخذ من مثله، وقد يعطي الدراهم لا بعنوان أن يأخذ من تلك الدراهم، بل يعطيها بعنوان أن يأخذ من الدراهم الرائجة، فلو أعطى الدرهم الكذائي وروج السلطان غيره يكون

(٢) الوسائل ١٢: ٤٨٨ ح ٤.

(١) الوسائل ١٢: ٤٨٨ ح ٢.

(٣) الوسائل ١٢: ٤٨٧ ح ١.

في أن خروج المثل عن القيمة رأساً يكون بمنزلة تعذر المثل أو التلف ..... ٢٣٩  
الضمان بالرائج.

**فظهر:** أن الخبرين الأولين محمولان على الصورة الأولى، والأخير على الثانية، فيكون الحكم في صورتين على طبق القاعدة، ويكون الشاهد على هذا الجمع هو قوله في المكاتب الأولى: «ولها اليوم وضیعة» وإلى هذا الجمع أشار الصدوق عليه السلام كما في الوسائل بقوله: إنَّ الحديثين متفقان غير مختلفين فمن كان له عليه دراهم بنقد معروف فليس له إلا ذلك النقد، ومتى كان له دراهم بوزن معلوم بغير نقد معروف فإنما له الدراهم التي تجوز بين الناس<sup>(١)</sup>.  
وتقيده عليه السلام الدراهم بالوزن المعلوم إشارة إلى أنه لا بد من اتحاد الرائج مع غيره في الوزن، لثلاً يلزم الربا.

ويمكن أن يجمع ويدفع التعارض بالإطلاق والتقييد، بيان ذلك: أن الأخير مطلق، يعني أعم من أن يكون ضمان الدراهم لأجل ثمن مبيع أو قرض أو غيرهما، والمضمرة مقيدة بالقرض، فتكون المضمرة مقيدة له بالنسبة إلى القرض، ويكون الشاهد عليه أيضاً هو ما تقدم في الجمع الأول.

إن قلت: يتصور الوجهان المتقدمان في الجمع الأول في القرض أيضاً.  
قلت: (القرض): عبارة عن التملك بالمثل، فالتملك بالرائج غير متصور فيه، فلا بد أن يدفع المقرض إلى المقرض من مثل ما أخذه منه، لكنه على هذا يكون راجعاً إلى الجمع الأول ولا يكون جمعاً آخر في قبالة.

ويمكن أن يدفع التعارض بحمل الأولين على صورة نقصان القيمة، والأخير على الخروج عن القيمة رأساً، والشاهد عليه هو ما تقدم في الجمع الأول.

لكنه يكون محل الخدشة: من جهة أن الدراهم إذا كانت من الفضة يمكن أن تخرج عن قيمة السكة، لكن لا تخرج عن قيمة الجنس رأساً، إلا أن يفرض كونها



عن غير الفضة.

ثم إن لبعض<sup>(١)</sup> المحققين كلاماً في المقام لا بأس بالإشارة إليه، وهو أنه قال: وأما جمع الصدوق فحاصله ظاهراً أنه لو كان الدراهم السابقة بقيمة الدرهم الرائجة فله الدراهم السابقة، وإلا فله الدراهم اللاحقة.

ولا يخفى أن هذا التفصيل لا يظهر من الأخبار، بل مفروض السؤال أن السابقة ساقطة عن درجة الاعتبار، وإن لم تخرج عن القيمة لكونها ذهباً أو فضة.

وجمع الشيخ بين الأخبار بحمل ما ينفق بين الناس على معنى قيمة ما كان ينفق، وحمل الدراهم الأولى في الخبرين على قيمة الدراهم الأولى، وحاصل جمعه أنه ليس له الدراهم الرائجة، وإنما له قيمة الدراهم السابقة، وهذا أيضاً خلاف ظاهر كل من الطائفتين، فإن ظاهرهما عين الدراهم السابقة أو ما ينفق.

فالصواب أن يجعل الطائفتين من قبيل الإطلاق والتقييد، فإن قوله عليه السلام: «الدراهم الأولى» مطلق من حيث ضم تفاوت السكة وعدمه إليها، وقوله عليه السلام: «لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس» مقيد له، أي تأخذ الدراهم الأولى بقيمة ما ينفق. انتهى كلامه.

ولكن لا يخفى ما فيه، من جهة أن ما أسنده إلى ظاهر كلام الصدوق يكون خلاف ما يظهر من كلامه، حيث إن الظاهر من كلامه شيء آخر - كما عرفت - وما أورد على جمع الشيخ وارد على جمع نفسه أيضاً، حيث إن الظاهر من قوله: «لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس» هو أن الدائن يستحق عين الدرهم الرائج، لا أن الرائج يكون قيمة عن غيره.

(١) هو المحقق النابضي رحمته الله منه، منية الطالب ١: ١٤٤.

## في أنه لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً يكون مضموناً بالقيمة

المقام الخامس: هو أنه لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً ففيه جهات من البحث: الأولى: هي أنه ذهب المشهور إلى كونه مضموناً بالقيمة للإجماع والأخبار، منها: قول النبي ﷺ: «من أعتق شقصاً له من عبد وله مال قوم عليه الباقي»<sup>(١)</sup>.

ومنها: خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام عن قوم ورثوا عبداً جميعاً فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي أعتق نصيبه منه؟ هل يؤخذ بما بقي؟ فقال: «نعم يؤخذ بما بقي منه بقيته يوم أعتق»<sup>(٢)</sup>.

ومنها: الأخبار الدالة على أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمته بحساب ذلك، فلو لا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف، وهي كثيرة، منها: ما رواه ابن محبوب عن أبي حمزة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام «يتراذان الفضل» فقال: «كان علي يقول ذلك» قلت: كيف يتراذان؟ فقال: «إن كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب، رد المرتهن الفضل على صاحبه، وإن كان لا يسوي رد الراهن ما نقص من حق المرتهن، قال وكذلك كان قول علي في الحيوان وغير ذلك»<sup>(٣)</sup>.

ومنها: خبر إسحاق بن عمار قال: سألت أبا إبراهيم عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك، أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائة درهم؟ قال: «نعم لأنه أخذ رهناً فيه فضل وضيعه» قلت: فهل يك نصف الرهن؟ قال: «على حساب ذلك» قلت: فيتراذان الفضل؟ قال: «نعم»<sup>(٤)</sup>.

ومنها: ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام

(٢) الوسائل ١٦: ٢٢ ح ٦. (٣) الوسائل ١٣: ١٢٩ ح ١.

(١) عوالي اللئالي ٣: ٤٢٧ ح ٢٤.

(٤) الوسائل ١٣: ١٢٩ ح ٢.

في الرهن إذا كان أكثر من المرتهن فهلك، «أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان الرهن أقل من ماله فهلك الرهن أدى إلى صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن يسوى ما رهنه فليس عليه شيء»<sup>(١)</sup>.

**ومنها:** صحيحة أبي ولاد الآتية، لكن سلك الاسكافي، والشيخ والمحقق في الخلاف<sup>(٢)</sup> والشرائع في باب القرض<sup>(٣)</sup> إلى أن القيمي مضمون بمثله. ويمكن أن يستدل أولاً: بأن الأخبار المذكورة الدالة على أن القيمي مضمون بالقيمة لا إطلاق لها بواسطة مواردنا، بحيث تشمل صورة تيسر مثل القيمي.

**وثانياً:** بالأخبار العامة التي تقدمت في المقام الثاني.  
**وثالثاً:** بخبر إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: استقرض الرغيف من الجيران وتأخذ كبيراً ونعطي صغيراً، وتأخذ صغيراً ونعطي كبيراً؟ قال: «لا بأس»<sup>(٤)</sup>.

وخبر ابن سيابة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أن عبد الله بن أبي يعفور أمرني أن أسألك، قال: إنا نستقرض الخبز من الجيران، فنرد أصغر منه أو أكبر؟ فقال عليه السلام: «نحن نستقرض الجوز الستين والسبعين عدداً فيه الصغير والكبير فلا بأس»<sup>(٥)</sup>.

لكن منع الإطلاق للأخبار الدالة على أن القيمي مضمون بالقيمة لا وجه له، لثبوت الإطلاق لها، وشمولها لصورة تيسر مثل القيمي، كما أن الأخبار العامة لا دلالة لها على كون القيمي مضموناً بمثله، وأما أخبار الجوز والرغيف فأولاً: تمنع قيمة الجوز والرغيف، بل يكونان من المثلي.

**وثانياً:** على التسليم يختص ضمان القيمي بمثله في مثل الجوز والرغيف بباب القرض للنص والسيره، فلا وجه للتعدّي إلى غير باب القرض.

(٢) الخلاف ٣: ٣٩٦. (٣) الشرائع ٢: ٦٨.

(٥) الوسائل ١٣: ١٠٩ ح ١.

(١) الوسائل ١٣: ١٢٩ ح ٤.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٢٩ ح ٢.

## إذا اختلفت قيمة المأخوذ بالاختلاف السوقي هل يكون الاعتبار بقيمته يوم التلف أو غيره

**الجهة الثانية:** في أنه في أي وقت تعتبر قيمة المأخوذ إذا اختلفت قيمته بالاختلاف الزمني والسوقي من زمان أخذ العين إلى زمان دفع القيمة، قيل: يعتبر قيمة يوم التلف، وهو الحق، أولاً: من جهة أن الضمان معنى تعليقي، وأن «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» يدل على أن المأخوذ يكون في عهدة الأخذ، وبعبارة أخرى: يدل على أنه لو وقعت خسارة على المالك من ناحية المأخوذ يكون خسارته في عهدة الأخذ، ومعنى ذلك أنه مع وجوده يجب رده، ومع تلفه لا بد من تداركه بالبدل حتى يكون عند التلف كأنه لم يتلف، فينتقل إلى القيمة يوم التلف، فالأصل - يعني قاعدة البدلية - يقتضي أن يكون الاعتبار في قيمة القيمي بقيمته يوم التلف.

ثم، إنه كما أن الأخذ ضامن لقيمة أصل المأخوذ ضامن أيضاً لقيمة نقصان أجزائه وأوصافه التي تكون موجبة للمالية على جميع الأقوال التي تكون في أصل قيمة المأخوذ، والحق في ضمانها أن الأخذ ضامن أيضاً لقيمة يوم نقصانها وتلفها، للقاعدة المتقدمة أعم من أن تكون تلك الأوصاف زيادة عينية، سواء كانت متصلة كالسمن والصفوف، فإن أخذه سميناً ثم زال سمنه كان ضامناً لذلك السمن، أو منفصلة كالولد، أو زيادة حكمية كالصنعة والكتابة.

**وثانياً:** يمكن أن يستدل على ذلك بالأخبار المتقدمة التي أقيمت على أن ضمان القيمي يكون بالقيمة، وأنها علاوة عن دلالتها على ذلك تدل على أنه يحتسب التلف قهراً في مقابل الدين، والتهاتر القهري لا يمكن إلا بالانتقال إلى القيمة في يوم التلف.

لكن التمسك بها على ذلك يكون محلّ الخدشة: أولاً: من جهة أن الكلام

يكون في صورة تعدد يوم الأخذ والتلف، والتعدد مفقود غالباً في الموارد التي ذكرت في الأخبار المتقدمة.

وثانياً: على فرض التعدد ودالاتها على الانتقال إلى القيمة في يوم التلف لا دلالة على تعيين دفع قيمة ذلك اليوم.

وأما ما أورد<sup>(١)</sup> على التمسك بها من أنها واردة في مورد الاتلاف لا التلف، وموضوع البحث يكون هو الثاني، ولا دليل على الاشتراك في الحكم.

فيكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ مقتضى القاعدة - كما عرفت - هو أنّ القيمة تدارك وغرامة عن المبدل، ولا فرق في ذلك بين أن يكون منشأ لزوم التدارك والضمان هو التلف أو الاتلاف.

### في الاستدلال على تعيين ضمان قيمة يوم الدفع والخدشة فيه

وقيل يعتبر قيمة يوم الدفع، ويمكن أن يستدل له بوجوه: الأول: أنّ ضمان القيمي يكون بمثله كما عرفت عن الاسكافي والشيخ والمحقق<sup>(٢)</sup> والمثل يكون في الذمة إلى يوم دفع القيمة، فيعتبر قيمة يوم الدفع. لكنّه مخدوش: لفساد مبناه كما عرفت.

الثاني: أنّ معنى «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» هو أنّ المأخوذ يكون في عهدة الأخذ حتى بعد التلف، فيعتبر قيمة يوم الدفع.

لكنّه أيضاً يكون محلّ الخدشة: أولاً: من جهة أنّ جعل الأداء غاية للتعهد ملازم لاعتبار تعلق الضمان بما يمكن أداءه، وشخص العين بعد التلف ممّا لا يمكن أداءه، فلا يمكن أن تكون العين بنفسها تحت الضمان.

وثانياً: بأنّ الذمة تكون ظرفاً للكليات، ولا يمكن أن تكون ظرفاً للخارجيات.

(١) المورد هو المحقق النائيني، منه، منية الطالب ١: ١٥٣.

(٢) الخلاف ٣: ٣٩٦، الشرائع ٢: ٦٨.

في الاستدلال على تعيين ضمان قيمة يوم الدفع والخدشة فيه ..... ٢٤٥

الثالث: أن الأصحاب متسالمون على صحة مصالحة التالف بأي مقدار من القيمة، ولو كان التلف موجباً للانقلاب إلى القيمة لم تصح المصالحة إلا على مقدار ما يساوي قيمة التالف، وإلا لزم الربا، فعدم ملاحظة أحكام الربا كاشف عن أن العوضين ليسا متجانسين.

لكنه أيضاً يكون محل الخدشة: من جهة أنه يمكن أن يقال إن المصالحة لا تكون بين ما في الذمة والقيمة، بل تكون بين القيمة ومنشأ الضمان من التلف والاتلاف.

الرابع: أن قوله عليه السلام في صحيحة أبي ولاد الآتية: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه، ظاهر في أن المدار يكون على قيمة يوم الرد، سواء كان اليوم قيداً للقيمة أو متعلقاً بفعل من أفعال العموم المقدر، أو متعلقاً بعليك، أما بناءً على كونه قيداً للقيمة أو متعلقاً بأفعال العموم فواضح، لأن معناه يكون عليك ما يتقوم به يوم الرد، أو القيمة الثانية يوم الرد، وأما بناءً على كونه متعلقاً بعليك؛ فلأجل الملازمة بين فعلية الضمان في زمان وقيمة ذلك الزمان.

وقد أجاب عنه بعض المحققين عليه السلام <sup>(١)</sup>: بأنه لا يوجب الوهن، لظهور هذا الكلام في تعلق الظرف بعليك، والملازمة ممنوعة في المقام، لأنها ثابتة في مقام اشتغال الذمة لا في مقام الفراغ، والرواية ليست في مقام بيان أن نقص الصفات موجب للضمان في يوم الرد، بل مفادها أن يوم رد البغلة عليك التفاوت بين الصحيح والمعيب، ولا تعرض فيها على أن التفاوت يلاحظ يوم الغصب أو يوم تلف وصف الصحة أو نفس هذا اليوم الذي يرد فيه.

وقد أجاب صاحب الجواهر عن الوجه في كتاب الغصب: بأن الموجود فيما حضرني من نسخة التهذيب الصحيحة المحشاة: «ترده عليه» من دون لفظ «يوم»

(١) هو المحقق الثاني عليه السلام منه، منية الطالب ١: ١٥٠.

ومعناه أنك تردّ الأرش عليه مع البغل<sup>(١)</sup> فبناءً عليه عدم دلالة على تعيين قيمة يوم الدفع يكون في غاية الوضوح.

لكنّ الجواب الأول يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّه إن كانت الملازمة عرفاً بين فعلية الضمان في زمان وقيمة ذلك الزمان - بناءً على تسليم ذلك - كذلك تكون الملازمة عرفاً بين الأمر بأداء التفاوت في زمان وتفاوت ذلك الزمان، وإن لم تكن الملازمة ثابتة في الأول لا تكون ثابتة في الثاني أيضاً، فالتفكيك في الملازمة بين المقامين لا وجه له.

كما أنّ جواب صاحب الجواهر<sup>رحمته الله</sup> أيضاً يكون محلّ الخدشة: أولاً: من جهة أنّه معارض بنسخ الكافي التي روى التهذيب عنها، فإنّ لفظ «يوم» موجود فيها، كما هو موجود في الوسائل وغيره.

وثانياً: في مقام الدوران بين الزيادة والنقصان الترجيح مع عدم الزيادة، فإنّ زيادة الراوي من عند نفسه في غاية البعد.

وأما ما أورده عليه بعض المحققين<sup>(٢)</sup>: من أنّ مقتضى القواعد العربية لو لم يكن لفظ «يوم» أن يقال: تردّها عليه، لانحصار المرجع في القيمة، وهذا بخلاف ما إذا كان لفظ يوم في العبارة، فإنّ مرجع الضمير هو البغل، لعدم إمكان إرجاع الضمير إلى القيمة، لأنّه لا معنى لأن يقال: عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّ القيمة، لأنّه ليس للقيمة قيمة يوم الردّ.

فغير وارد، أولاً: من جهة أنّه إن لم يكن لفظ «يوم» في العبارة وكان المرجع منحصرأ بالقيمة يصحّ على مقتضى القواعد العربية أن يقال: تردّه عليه، بتذكير الضمير، لعدم كون المرجع مؤثراً حقيقياً.

وثانياً: يصحّ أن يكون الضمير المذكور راجعاً إلى الموصول الذي يكون

(١) جواهر الكلام ٣٧: ١٠٢، تأليف الشيخ محمد حسن النجفي (١٢٦٦).

(٢) هو المحقّق النائيني<sup>رحمته الله</sup> منه، منية الطالب ١: ١٥٢.

في الاستدلال على تعيين ضمان أعلى القيم والخذشة فيه ..... ٢٤٧  
المراد منه الأرش والتفاوت.

### في الاستدلال على تعيين ضمان أعلى القيم والخذشة فيه

وقيل: بأعلى القيم من زمان غصب العين إلى زمان تلفها، ويمكن أن يستدل له أولاً: بأن اختلاف القيمة السوقية ليس بأمر اعتباري عند العرف، بل يكون له دخل عندهم في المالية.

لكنه يكون محلّ الخدشة: حيث إن الاختلاف السوقي أمر اعتباري، لا نسلم أن يكون له دخل في المالية، عند العرف.

وثانياً: بقوله عليه السلام في صحيحة أبي ولاد الآتية: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» حيث إن الظاهر منه هو أن المخالفة تكون موجبة للضمان، ولا إشكال في صدق مخالفة الغاصب للمالك في جميع الأزمنة التي يكون المغصوب تحت استيلائه، ويكون من جملة تلك الأزمنة زمان كون المغصوب أكثر قيمة من سائر الأيام، فبعد عدم ضمانات عديدة لمال واحد لا بدّ من أن نقول بتداخل القيمة الأدنى في الأعلى، فيكون الغاصب ضامناً للأعلى.

لكن هذا الوجه أيضاً يكون محلّ الخدشة، أولاً: من جهة أن الحكم بضمان الأعلى لأجل صدق المخالفة مبني على أن يستفاد منه ضمان يوم الغصب والمخالفة، وسيأتي عدم استفادة ذلك منه.

وثانياً: على التسليم يقتضي ذلك عدم الفرق بين ردّ المأخوذ وتلفه، والحال أن الفقهاء لا يلتزمون بذلك في صورة ردّه.

وثالثاً: بقاعدة نفي الضرر.

ورابعاً: بما أفاده العلامة الأنصاري رحمته الله: من أن العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان وصار ماليتها مقومة بتلك القيمة، فكما أنه إذا تلفت حينئذ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها وبين المالك حتى تلفت، اذ لا فرق مع عدم



التمكن منها بين أن ت تلف أو تبقى.

نعم، لوردت تدارك تلك المالية بنفس العين، وارتفاع القيمة السوقية أمر اعتباري لا يضمن بنفسه، لعدم كونه مالاً، وإنما هو مقوم لمالية المال، وبه تمايز الأموال كثرة وقلة.

**والحاصل:** أن للعين في كل زمان من أزمنة تفاوت قيمتها مرتبة من المائبة أزيلت يد المالك منها وانقطعت سلطنته عنها، فإن ردت العين فلا مال سواها يضمن، وإن تلفت استقرت عليها تلك المراتب، لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة، حيث إنه يضمن الأعلى منها<sup>(١)</sup>.

وملخص ما أفاده **بيبي**: هو أنه إذا تلفت العين في يوم ارتفاع قيمتها فلا إشكال في ضمان الأعلى، بناءً على الاعتبار بيوم التلف، فكذلك إذا حيل بينها وبين المالك حتى تلفت، فيضمن الأعلى ولو تنزلت يوم التلف، لكون الغاصب منع المالك عن التصرف في اليوم الذي ارتفعت قيمتها.

ولكن يرد على الأول منهما: أن نفي الضرر حاكم على الأدلة المثبتة للتكاليف بعناوينها الأولية، ولا يكون مثبتاً لحكم يرفع به الضرر، فلا يستفاد من لا ضرر وجوب دفع الأعلى حتى لا يرد الضرر.

ويرد على كليهما ما أوردنا ثانياً على الوجه الثاني.

### في الاستدلال على تعيين ضمان يوم الغصب والخذشة فيه

وقيل: إن الاعتبار يكون بقيمة يوم غصب العين، أولاً: من جهة أن الضمان أمر فعلي يتحقق بغصبها غاية الأمر مشروط بشرط متأخر وهو تلفها.

لكنه يكون محل الخدشة: لما عرفت من أن الضمان ليس بأمر فعلي، بل معنى

تعليقي.

وثانياً: يستدل له بما روى الشيخ في الصحيح عن أبي ولاد قال: اكرتت بغلاً إلى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى النيل، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خبرت أنه توجه إلى بغداد، فاتبعته وظفرت به، وفرغت مما بيني وبينه، ورجعت إلى الكوفة، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري، وأردت أن أتحلل منه فيما صنعت وأرضيه، فبدلت له خمسة عشر درهماً، فأبى أن يقبله، فتراضينا بأبي حنيفة وأخبرته بالقصة وأخبره الرجل، فقال لي: ما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد دفعته اليه (رجعته خ ل) سليماً، قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً، قال: فما تريد من الرجل؟ قلت: أريد كراء بغلي، فقد حبسه علي خمسة عشر يوماً، فقال: إني ما أرى لك حقاً، لأنه اكرته إلى قصر ابن هبيرة فخالف فركبه إلى النيل وإلى بغداد، فضمن قيمة البغل وسقط الكراء، فلما رد البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكراء، قال: فخرجنا من عنده وأخذ صاحب البغل يسترجع، فرحمته مما أفتى به أبو حنيفة، فأعطيته شيئاً وتحللت منه، وحججت تلك السنة، فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة، فقال عليه السلام: «في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها، وتمنع الأرض بركاتها» فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت جعلت فداك، قال: «أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، ومثل كراء البغل ذاهباً من النيل إلى بغداد، ومثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفة وتوفيه إياه» قال: فقلت جعلت فداك قد علفته بدراهم فلي عليه علفه؟ فقال: «لا، لأنك غاصب» قال: فقلت له: أرايت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني؟ قال: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته» قلت: فإن أصاب البغل

كسر أودبر أو عقر أو غمز<sup>(١)</sup> فقال: «عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم تردّه عليه» قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: «أنت وهو، أمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، وإن ردّ عليك اليمين فحلفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا فيلزمك» فقلت: إنّي كنت أعطيته دراهم ورضي بها وحلّني، فقال: «إنّما رضي بها وحلّك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم، ولكن ارجع إليه فأخبره بما أفتيك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك»<sup>(٢)</sup>.

وتقريب الاستدلال به على تعيين ضمان يوم الغصب: هو أنّ الظاهر أنّ «اليوم» في قوله: نعم، قيمة بغل يوم خالفته قيد للقيمة، إمّا بإضافة القيمة إلى البغل إليه ثانياً، حيث يكون معناه: حينئذ يلزمك قيمة البغل يوم المخالفة، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة، وإمّا بجعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل، حيث يكون معناه حينئذ يلزمك القيمة الثابتة للبغل يوم المخالفة، ويؤيد ذلك قوله عليه: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا» فإنّ إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى 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 إمّا يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السابق، ومعلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدّة القليلة.

إن قلت: إنّ الظرف يعني اليوم متعلّق بنعم، والاستفهام في كلام السائل - يعني ليس في قوله: رأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني - حقيقي، فيكون

(١) الغمز العيب، منه. (٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٥٥ - ٢٥٧ ح ١.

في الاستدلال على تعيين ضمان يوم الغضب والخدشة فيه ..... ٢٥١

السؤال عن أصل الضمان، لا عمّا يضمن، غاية الأمر ذكر الإمام عليه السلام زائداً عن حكم أصل الضمان تطفلاً أنّ ابتداءه يكون من يوم المخالفة على تقدير التلف، فيصير حاصل الجواب حينئذ بعد أن أخذ نتيجة الضمان يعني يلزم بمعنى يضمن: هو أنك ضامن من يوم المخالفة قيمة البغل لو عطب، فيدلّ جواب الإمام عليه السلام - يعني قوله: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته» - على أنّ الأخذ ضامن لمالية البغل من يوم المخالفة لو عطب، فينطبق مفاده على ما ذهب إليه المشهور من تعيين ضمان قيمة يوم التلف، لظهور الكلام حينئذ في ذلك، بقرينة تقدير العطب المذكور في كلام السائل في الجواب، بل على فرض أن يكون الاستفهام تقريرياً يكون معنى الكلام هو ما ذكر.

**وبالجملة:** ظهور الكلام بعد تقدير العطب المذكور في كلام السائل في الجواب في تعيين ضمان قيمة يوم التلف يكون أظهر من ظهور تقدير قيمة المأخوذ في يوم المخالفة في تعيين قيمة ذلك اليوم.

قلت: يرد عليه أولاً: أنّ معنى كون ابتداء ضمان المأخوذ من يوم المخالفة هو أنّ مالىته مضمونة في ذلك اليوم، فيلزم أن يكون لشيء واحد ضمانان: ضمان شخصه، وضمان مالىته، والحال أنّه ليس لشيء واحد ضمانان.

**وثانياً:** يبعد تعلق اليوم بنعم، بل غير ممكن عرفاً، من جهة أنّ الجواب لا بدّ أن يكون على طبق السؤال، والظاهر أنّ السؤال يكون عمّا يضمن لا عن أصل الضمان، حيث إنّ الظاهر هو أنّ الاستفهام في كلام السائل تقريرى، وأنّ أصل الضمان كان مفروغاً عنه عنده، فلا معنى لأنّ يجاب عن السؤال عمّا يضمن بجواب كان مفيداً لأصل الضمان لا لما يضمن، فيكون الظرف متعلقاً بالقيمة، والظاهر من الكلام حينئذ يكون هو تعيين ضمان قيمة يوم المخالفة.

وكيف كان، إن كان المقبوض بالعقد الفاسد بحكم الغضب، واستفدنا من الصحيحة ضمان أعلى القيم لم يكن ذلك مستلزماً لمحدور، لكن إن لم يكن

محكوماً بحكم الغصب ولم يستظهر من الصحيحة ضمان أعلى القيم، بل استفدنا منها أن الاعتبار في الضمان يكون بقيمة يوم الغصب كان ذلك كاشفاً عن وجود عيب في الإطلاقات الدالة على ضمان قيمة المأخوذ في يوم التلف وأنها لا تقتضي ذلك، وإلا لزم أن يكون الغصب في الضمان أردأ من غيره في بعض الموارد، مثل أن يكون قيمة يوم التلف أزيد بمراتب من قيمة يوم الغصب ولم يقل به أحد، فيكون المدار في الضمان في غير الغصب أيضاً بقيمة يوم المخالفة بالأولوية.

### بيان إشكال على العلامة الأنصاري

ثم إنه قال بعض المحققين<sup>(١)</sup> في مقام الإشكال على تقريب استدلال العلامة الأنصاري رحمته الله بالخبر لتعيين ضمان قيمة يوم الغصب: بأنه كما إذا كان اليوم متعلقاً بالقيمة يدل بالمطابقة على تعيين ضمان يوم الغصب، كذلك إذا كان متعلقاً بنعم يدل أيضاً على ضمان ذلك، غاية الأمر بالالتزام لا المطابقة، حيث إن تقدير العطب في الجواب يكون خلاف الأصل، فحينئذ لازم الحكم بلزوم تقدير قيمة المأخوذ في يوم المخالفة يكون عرفاً هو تعيين ضمان قيمة المأخوذ في ذلك اليوم، غاية الأمر يكون ذلك مشروطاً بالشرط المتأخر يعني التلف، بل حكم في أثناء كلامه بأنه لا يمكن على حسب القواعد العربية أن يكون «اليوم» قيداً للقيمة أو لقيمة البغل، فيكون متعلقاً بنعم، ما هذه عبارته: وأما بناءً على أن يكون اليوم متعلقاً بنعم بأن يكون الظرف لغواً متعلقاً بشبه الفعل الذي معناه يلزمك، فإنه وإن لم يدل بالمطابقة على قيمة يوم المخالفة، لأن معناه أنه يلزمك يوم المخالفة القيمة، إما قيمة ذلك اليوم، أو قيمة يوم التلف، أو يوم الدفع، فالحديث ساكت

(١) هو المحقق النائيني رحمته الله منه.

عنه، إلا أنه بالالتزام يدل على أن المدار على قيمة يوم المخالفة، فإنه لو لم يكن يوم المخالفة إلا يوم دخول نفس العين في العهدة لكان ذكر القيمة بلا موجب، لأن مآلية المال إذا قدر بالقيمة يوم المخالفة، فلا محالة يكون القيمة قيمة ذلك اليوم، لأنه لا يعقل أن يكون الضمان بقيمة يوم المخالفة فعلياً، ويقدر قيمة يوم ما بعد المخالفة.

نعم، وجوب الأداء يمكن أن يكون متأخراً، ولكن قيمة اليوم المتأخر لا يمكن أن تكون هي قيمة اليوم المتقدم.

وبالجملة: كل من قال بضمان قيمة يوم التلف لكون الضمان بالقيمة في هذا اليوم فعلياً، فلا يمكن أن يجعل المدار على قيمة غير هذا اليوم، فالتزام المشهور بقيمة يوم التلف ليس إلا لفعليّة الضمان بالقيمة في هذا اليوم، وهكذا على القول بيوم الدفع، فلا وجه لما تمحله المصنّف رحمته من جعل اليوم قيماً للقيمة أو لقيمة البغل مع ما فيهما من المخالفة للقواعد العربية، والخروج من طريقة أهل اللسان، لأنه لو كانت القيمة مضافة إلى البغل، فلا يعقل أن تضاف في عرض هذه الإضافة إلى أمر آخر، فإنه يتوقف على لحاظين مستقلّين متبائنين، وهكذا لو أضيف مجموع المضاف والمضاف إليه إلى اليوم الذي هو ظاهر المتن، فإن قوله رحمته: فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة، صريح في أن البغل أيضاً مضاف إلى اليوم، كإضافة القيمة التي هي مضافة إلى البغل إليه، فإنه لو كان مقصوده إضافة القيمة إلى اليوم لإضافة البغل إليه لما كان لسقوط حرف التعريف وجه، وعلى أي حال فإضافة المجموع أيضاً لا معنى له، لأنه يلزم الجمع بين اللحاظ الآلي والاستقلالي في لحاظ واحد، فإن جهة إضافة المضاف هي معنى حرفي، ولا بدّ من لحاظها مستقلاً في الإضافة الثانية كما لا يخفى.

نعم، يجوز الإضافة الطولية نحو مثل: دأب قوم نوح، أو حافر فرس جبرئيل، ولكنّ الإضافة الطولية لا معنى لها في المقام، لعدم معنى لقولك بغل يوم المخالفة،

فإن البغل لا يمكن أن يتخصّص بيوم المخالفة، وهكذا لا يمكن أن يتعلّق اليوم بالاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل، فإنّه معنى حرفي.  
فالأوفق بالقواعد العربية تعلّق الظرف بنعم، وهو أيضاً يدلّ بالالتزام على أنّ المدار على قيمة يوم المخالفة، بل لو قيل إنّ المقام من قبيل تتابع الإضافات، وحيث لا يختلف الأعيان باختلاف الأيام، فبدلالة الاقتضاء لا بدّ أن يكون إضافة البغل إلى اليوم باعتبار قيمته في ذلك اليوم، لكان المدار أيضاً على قيمة يوم المخالفة، هذا مع أنّ البغل في بعض نسخ الكافي والاستبصار محلّى باللام، فيكون يوم المخالفة حالاً من القيمة، بل لو كان غير محلّى بالألف واللام يمكن أن يكون منوّناً بدلاً عن اللام.

**وبالجملة:** ظهور هذه الفقرة في أنّ المدار على قيمة يوم المخالفة ممّا لا ينبغي التشكيك فيه، لأنّه لو كان السؤال عن أصل الضمان لكان اللازم الاكتفاء بقوله عليه السلام: «نعم» فتعقيبه بقوله عليه السلام: «قيمة بغل يوم خالفته» كاشف عن أنّ أصل الضمان كان مفروغاً عنه عند السائل، ولذا قال: رأيت لو عطب البغل أو نفق، سيّما بعد فتوى أبي حنيفة بأنّ الضمان موجب لسقوط الكراء من باب الخراج بالضمان، وإنّما كان سؤاله عن مقدار الضمان، فأجاب الإمام عليه السلام بعد تقريره له أصل الضمان بقوله عليه السلام: «نعم» عن المقدار بقوله عليه السلام: «قيمة بغل يوم خالفته» أو قيمة البغل يوم خالفته، بنصب اليوم<sup>(١)</sup>.

### في دفع ما أورد على العلامة الأنصاري رحمته

لكن قوله: لأنّ ماليّة المال إذا قدر بالقيمة يوم المخالفة فلا محالة يكون القيمة قيمة ذلك اليوم... يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّه لا معنى لضمان ماليّة المأخوذ

(١) منية الطالب ١: ١٤٨ - ١٤٩.

مع بقاءه، لعدم تعدد الضمان بشيء واحد كما عرفت.

كما أن قوله: لأنه كانت القيمة مضافة إلى البغل، فلا يعقل أن تضاف في عرض هذه الإضافة إلى أمر آخر... يكون أيضاً محلّ الخدشة: حيث إن الإضافة لا تتحقق إلا بالتلفظ، ولا إشكال في أن التلفظ يكون بنحو التدرّيج، فتكون الإضافة قهراً بنحو الطوليّة.

إن قلت: تماميّة الإسم تكون إما باللام أو التنوين أو الإضافة، فبعد إضافة القيمة إلى البغل لا معنى لإضافتها إلى اليوم ثانياً، لتماميّتها بالإضافة الأولى. قلت: لا تكون إضافة الإسم من قبيل تعرّفه باللام، أو تنوّنه بالتنوين، حيث لا يمكن تعرّفه أو تنوّنه مرّتين بخلاف إضافته، حيث يمكن إضافته ثانياً للاتميّة والفائدة.

كما أن قوله: إضافة المجموع أيضاً لا معنى له... يكون أيضاً محلّ الخدشة: من جهة أن إضافة القيمة إلى البغل في الإضافة الأولى تكون بالمعنى الإسمي، ويتولّد للقيمة بعد ذلك معنى حرفي، والقيمة من حيث إنّ لها معنى حرفي لا تضاف إلى اليوم ثانياً، بل تضاف إليه ثانياً بمعنى إسمي ملازم للمعنى الحرفي عرفاً.

وبعبارة أخرى: لحاظ المعنى الآلي معنى إسمي، واللحاظ الآلي يكون غير آليّة اللحاظ ولا يلزم ذلك، فلا يلزم الجمع بين اللحاظ الآلي والاستقلالي في لحاظ واحد.

كما أن قوله: ولكن الإضافة الطولية لا معنى لها في المقام... يكون أيضاً محلّ الخدشة: من جهة أن المراد من الطولية في المقام هو أنه أضيفت القيمة إلى البغل أولاً، ثم أضيفت إلى اليوم ثانياً، لا أنه أضيفت إلى البغل وأضيفت البغل إلى اليوم، حتى لم يكن للإضافة الطوليّة معنى في المقام.

كما أن قوله: وهكذا لا يمكن أن يتعلّق اليوم بالاختصاص الحاصل من إضافة



القيمة إلى البغل، فإنه معنى حرفي... يكون أيضاً محلّ الخدشة: حيث إن اليوم يتعلق بالاختصاص من حيث كون الاختصاص معنى إسمياً ملازماً لمعناه الحرفي عرفاً، كما عرفت.

والحاصل أن صور الإضافة المتصورة في هذا الكلام أربع: الأولى: أن تكون الإضافة بنحو الطولية الاصطلاحية، بمعنى أن تضاف القيمة إلى البغل وأضيف البغل إلى اليوم، وهذه الإضافة في المقام تكون محلّ الخدشة: من جهة أن البغل جزئي خارجي غير قابل لأن يتقيد بيوم المخالفة.

الثانية: أن تفرض القيمة و البغل بمنزلة كلمة واحدة وتضاف إلى اليوم، وهذه الإضافة أيضاً تكون محلّ الخدشة: من جهة أن جزء المضاف وهو البغل غير قابل لأن يتقيد بيوم المخالفة كما عرفت.

الثالثة: أن تضاف القيمة و البغل بدون فرض التركيب في عرض واحد إلى اليوم، وذلك أيضاً تكون محلّ الخدشة: أولاً: من جهة أنه لا محصل لذلك، حيث لا معنى لأن يقال قيمة يوم المخالفة، وبغل يوم المخالفة.

وثانياً: لا يمكن أن يتقيد البغل بيوم المخالفة، كما عرفت في الصورتين الأولىين.

وثالثاً: هذه الإضافة مستلزمة لاجتماع اللحاظين المستقلين في لحاظ واحد في المضاف إليه، يعني اليوم وهو باطل، لأنه يكون من قبيل استعمال اللفظ المشترك في استعمال واحد في أزيد من معنى واحد.

ورابعاً: تكون الإضافة قهراً في هذه الصورة بنحو الطولية كما عرفت.

الرابعة: أن تضاف القيمة أولاً إلى البغل وأضيف المجموع ثانياً إلى اليوم، و هذه الصورة من الإضافة محكومة بالصحة، وخالية عن الإشكال.

## في بيان إشكال عن العلامة الأنصاري رحمته الله

إن قلت: قوله رحمته الله في جواب قول السائل فمن يعرف ذلك؟ قال رحمته الله: «أنت، وهو إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردَّ عليك اليمين فحلفت على القيمة لزمه ذلك» يدلُّ على خلاف ذلك، وأنَّ الاعتبار يكون بضمان قيمة يوم الدفع لا الغصب.

بيان ذلك: أنه لو كان الاعتبار بضمان قيمة خصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك، مع كونه مخالفاً للأصل، فإنَّ الأصل براءة ذمَّة الضامن عمَّا يدَّعيه المالك، وهذا بخلاف ما إذا قلنا بيوم الدفع، فإنَّ القول قول المالك، لكونه مطابقاً للأصل، لأنَّ القول بيوم الدفع مرجعه إمَّا إلى بقاء العين بخصوصيتها إلى يوم الدفع في عهدة الضامن، وإمَّا إلى بقاء ماليتها الغير المتقدِّرة بالقيمة، فإذا ادَّعى المالك زيادة قيمة العين أو الوصف يوم الدفع فالقول قوله، لأنَّ الأصل عدم فراغ ذمَّة الضامن بما يدفعه بدلاً عن التالف، فإنَّ ظاهر السؤال في قول السائل: فمن يعرف ذلك، هو السؤال عن صورة التنازع، فكون قول المالك موافقاً للأصل منحصراً في أن يكون المدار على يوم الدفع.

## في دفع الإشكال

قلت: هذا الإشكال يكون محلَّ الخدشة: من جهة أنه يمكن النزاع في تنزُّل القيمة يوم المخالفة مع اتفاقهما على القيمة قبل ذلك، بأن يدَّعي الغاصب التنزُّل، فيكون القول قول المالك.

## في بيان إشكال آخر عن العلامة الأنصاري رحمته الله

إن قلت: سماع البيِّنة من المالك كما يدلُّ عليه قوله رحمته الله: «أو يأتي صاحب

البغل بشهود يشهدون على أن قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا فيلزمك» لا يجتمع مع كون القول قوله، فلا بد من أن يجعل سماع البيّنة منه في مورد، وكون القول قوله في مورد آخر، وهذا يتم على القول بيوم التلف بحمل الرواية على صورتين: **الأولى:** ما إذا اختلفا في تنزّل القيمة يوم التلف، مع اتفاقهما على قيمته سابقاً، بأن يدعى الغاصب التنزّل، فيكون القول قول المالك.

**الثانية:** ما إذا اختلفا في قيمته سابقاً مع اتفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التلف، فيكون القول قول الغاصب، لأصالة البراءة، وتكون على المالك إقامة البيّنة على ما يدعيه.

وأما بناءً على يوم المخالفة، فلا بد إما من حمل النص على التعبد، وأن البيّنة تسمع من المنكر في خصوص الغصب أو غصب الدابة، وإما من حمل كون قول المالك موافقاً للأصل على ما إذا اتفقا على القيمة قبل الغصب واختلفا في التنزّل يوم الغصب، فيدعى الغاصب التنزّل، وكلاهما بعيد.

### في دفع الإشكال

قلت: هذا الإشكال أيضاً يكون محلّ الخدشة، أما أولاً: فمن جهة أن مجرد الاستبعاد لا يثبت المدعى، لأنّ للخصم دعوى الاستبعاد في بعض الموارد على الوجه الآخر أيضاً، فكما يمكن فرض مورد سماع البيّنة من المالك فيما إذا لم يكن القول قوله بناءً على القول بيوم التلف، فكذا يمكن اختلاف الموردين على القول بيوم المخالفة.

**وثانياً:** يمكن حمل الرواية على صورة واحدة وهي دعوى الغاصب كون الدابة معيوبة حين اكرهاها، فالأصل مع المالك، لأصالة الصحّة، أو دعواه التنزّل عمّا اتفقا عليه سابقاً قبل يوم المخالفة، وسماع البيّنة منه إنّما هو لدفع اليمين عن نفسه، فتكون الصحيحة من الأدلة الدالة على سماع البيّنة من المنكر.

كما تدل عليه صحيحة حماد الحاكية لقضية السرج المعروفة، وهي أن عيسى بن موسى أمر رجلاً في السعي أن يدعي البغلة التي عليها أبو الحسن موسى عليه السلام فأتاه وتعلق بالدجام وأدعى البغلة، فتثنى <sup>(١)</sup> أبو الحسن عليه السلام رجله ونزل عنها، وقال لغلمانه: «خذوا سرجها وادفعوها إليه» فقال: السرج أيضاً لي، فقال عليه السلام: «كذبت عندنا البيئة بأنه سرج محمد بن علي، وأما البغلة فإننا اشتريناها منذ قريب، وأنت أعلم بما قلت» <sup>(٢)</sup>.

حيث إن السرج كان بيده عليه السلام ومع ذلك قال: «عندنا البيئة»...

إن قلت: ينافي ذلك النبوي المشهور: «البيئة على المدعي واليمين على المدعى عليه» <sup>(٣)</sup> يعني يقتضي عدم سماع البيئة من المنكر، حيث إن التفصيل قاطع للشركة.

وخبر منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قلت له: رجل في يده شاة، فجاء رجل وأدعاها، وأقام البيئة العدول أنها ولدت عنده، لم يبيع ولم يهب. وجاء الذي في يده بالبيئة مثلهم أنها ولدت عنده لم يبيع ولم يهب، قال أبو عبد الله عليه السلام: «حقها للمدعي ولا أقبل من الذي هي في يده بيئة، لأن الله عز وجل أمر أن تطلب البيئة من المدعي، فإن كانت له بيئة وإلا فيمين الذي هو في يده، هكذا أمر الله عز وجل» <sup>(٤)</sup>.

قلت: إن المراد من قوله عليه السلام: «البيئة على المدعي» يكون هو بيان الوظيفة الأولية للمدعي والمنكر، وإلا فلا مانع من سماع البيئة للمنكر أيضاً، كما أن للمدعي أيضاً اليمين المردودة، واليمين التي هي جزء البيئة واليمين الاستظهارية. مع أنه يمكن أن يقال: إن القدر المتيقن منه هو أنه لا يلزم المنكر بالبيئة، وإنما يلزم باليمين لا أنه لا تقبل منه البيئة.

(١) ثنى رجله - بخفة نون - أي عطف، منه.

(٢) الوسائل ١٨: ١٧٠ ح ١.

(٣) الوسائل ١٨: ١٨٦ ح ١٤.

(٤) الوسائل ١٨: ٢١٤ ح ١.

وأما خبر منصور فضعيف موافق لمذهب ابن حنبل من العامة.  
 إن قلت: <sup>(١)</sup> يمكن الجواب عن الاستدلال بالصحيحة «بأن مبنى الحكم فيها يكون على ما هو الغالب في مثل موردها من عدم اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوماً، ويكون السر في التعبير بيوم المخالفة، دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام أن العبرة بقيمة ما اشترى به البغل، وإن نقص بعد ذلك، لأنه حسره المبلغ الذي اشترى به البغل، و يؤيده التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بيوم الاكتراء، فإن فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة من حيث أنه يوم المخالفة» <sup>(٢)</sup>.

### في الخدشة في الجواب

قلت: يمكن الخدشة أيضاً في هذا الجواب، بأن الغلبة المزبورة ممنوعة، «وكون السر في التعبير بيوم المخالفة لدفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل» إلى آخر ما ذكر يكون خلاف الظاهر منه، والوجه في التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة يمكن أن يكون لأجل التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمة البغل في زمان الاكتراء، لكونه فيه غالباً بمشهد من الناس وجماعة من المكارين، بخلاف زمان المخالفة، من حيث إنه زمان المخالفة، فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبيئة في زمان الاكتراء، لكن لم يعمل أكثر المتأخرين وجماعة من القدماء بظاهر الصحيحة.

## في أنّ اختلاف القيمة إذا كان ناشئاً عن اختلاف الأمكنة يكون الآخذ ضامناً للأعلى

**الجهة الثالثة:** هي أنّ اختلاف القيمة إن كان ناشئاً عن اختلاف الزمان والقيمة السوقية لا اعتبار به، لأنه أمر اعتباري لا يعدّ من أوصاف المال عرفاً، فلا يكون مضمناً، فإن كان المأخوذ بيد الآخذ في مكان واحد تسعة أيام مثلاً وصارت قيمته مختلفة في تلك المدّة، مثل إن كانت قيمته في الثلاثة الأولى ثلاث قرانات، وفي الثلاثة الثانية تسعة، وفي الثلاثة الثالثة ستّة وتلف في اليوم التاسع، وكان الآخذ ضامناً لقيمة يوم التلف كما عرفت، أي الستّة لا القيمة الأقصى أي التسعة.

وإن كان اختلاف القيمة ناشئاً عن صفات المال وزيادة في العين كالسمن والكتابة وغيرهما لا إشكال في مضمونية ذلك، فلو صار المأخوذ سميناً أو كاتباً عند الغاصب ثمّ زال سمنه أو كتابته عنده كان الغاصب ضامناً لقيمتها يوم التلف كما عرفت.

وأما إن كان اختلاف القيمة ناشئاً عن اختلاف الأمكنة كأن أخرج الغاصب المفضوب عن مكان الغصب إلى أمكنة متعدّدة، مثل أن غصبه في النجف وأخرجه إلى الكوفة، ثمّ إلى الحلة، ثمّ إلى بغداد وتلف فيه، وكانت قيمته في مكان الغصب - أي النجف - أقلّ من درهم، وفي الكوفة درهمين، وفي الحلة ثلاثة، وفي بغداد واحداً، فهل هذا الاختلاف يكون مثل الاختلاف الذي يكون ناشئاً عن الزمان، حتى كان الغاصب ضامناً لقيمة يوم التلف لا الأقصى، أو يكون مثل الاختلاف الذي يكون ناشئاً عن زيادة في العين حتى كان ضامناً للأعلى؟ ذهب العلامة الأنصاري إلى الثاني<sup>(١)</sup> وهو الحق، أولاً: من جهة أنّ مالية الشيء تختلف

بحسب الأمكنة عرفاً، يعني الاختلاف الذي يكون ناشئاً عن اختلاف الأمكنة يكون عرفاً من قبيل الاختلاف الذي يكون ناشئاً عن صفات المال.

**وثانياً:** بمقتضى قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» يكون للمالك مطالبة العين مع بقائها في كل مكان أخرجها الغاصب إليه، فمع بقائها إن ردها الغاصب في مكان أقصى القيم لا يكون على الغاصب ردّ التفاوت، وإن ردها في غيره كان عليه ردّ التفاوت أيضاً، فعلى هذا مع التلف يكون الغاصب ضامناً لأعلى القيم، وإن كان التلف في مكان غير الأعلى.

**إذا تعذر تسليم المقبوض هل يكون حكمه حكم تلفه أم لا؟**

**الجهة الرابعة:** هي أنه قال العلامة الأنصاري رحمته الله: ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول إليها وإن لم تهلك، كما لو سرقت أو غرقت أو ضاعت أو أبطت، لما دلّ على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونة، وهل يقيد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليها، أو بعدم رجاء وجدانها، أو يشمل ما لو علم وجدانها في مدة يتضرر المالك من انتظارها 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 نزعه غرق مال الغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ إلى الساحل...<sup>(١)</sup>

ويعبر عن هذا الضمان ببذل الحيلولة، والكلام في ذلك يكون في مقامات:

## في معنى التلف ومورد بدل الحيلولة

**الأول:** في مورده وحكم مورد شك في أنه هل يكون من مصاديق البدل الحقيقي أو الحيلولة؟.

**ف نقول:** تلف المال عبارة عن سلب مائة المال عن المالك بواسطة طرف عارض على نفس المال، فلو قبض بالعقد الفاسد ماء في مفازة ونزل المطر في تلك المفازة بحيث خرج الماء المقبوض عن المائة رأساً لا يعد الماء المأخوذ بذلك تالفاً.

**وبالجملة:** المقبوض الذي طرأ عليه عارض إن عدّ تالفاً وذلك على قسمين حقيقي وهو التلف بقول مطلق، فالبدل في ذلك حقيقي، كأن مات المقبوض أو أحرق ونحو ذلك، وحكمي، وهو التلف عن المالك لا بقول مطلق، والبدل في ذلك أيضاً حقيقي كأن سرق المقبوض - مثلاً أو غرق ولم يكن رجاء وجدانه.

ويلحق بذلك اللوح المغصوب الذي جعل جزءاً من السفينة، والخيط المغصوب الذي خيط به الثوب، بحيث يخرجان بالإخراج عن المائة رأساً، وما ذهبت مالهته وبقي عنوان الملك وحق الاختصاص للمالك، كما لو صار الخل المغصوب خمراً، حيث لا ملازمة بين التلف وسلب مائة المال عن المالك وعدم بقاء الملك وحق الاختصاص له، ولا يستلزم بقاء حق الاختصاص الجمع بين البدل والمبدل بعد أخذ المالك البدل، حيث إن أخذ المالك البدل لا يكون بعنوان المعاوضة حتى يلزم الجمع، بل يكون بعنوان الغرامة، كما يبقى عنوان الملك وحق الاختصاص للمالك بالنسبة إلى الرطوبة الباقية على اليد من الماء الذي استعمله المكلف في غسلات الوضوء والتفت إلى غصبية ذلك قبل المسح، فلا يجوز للمتوضي المسح بها بدون رضا المالك.

لكن يمكن أن يقال في ذلك: بأنه علاوة عن ثبوت اختصاص الرطوبة الباقية



للمالك وملكيته له تكون الرطوبة معنونة بعنوان المايّة عرفاً ولو للمتوّضي.  
وقد ظهر من ذلك الخدشة فيما أفتى به المحقق اليزدي في العروة من الحكم  
بجواز المسح بها<sup>(١)</sup>.

كما ظهر الخدشة أيضاً في تفصيل بعض المحققين<sup>(٢)</sup> في ذلك من الحكم  
بالجواز إن لم تكن الرطوبة الباقية على اليد مشتملة على الأجزاء المائية، لأجل أن  
الرطوبة بدونها مجردة كفيّة، مثل تطرّ زبد من عطر قارورة عمرو لا مائيّة لها، وجه  
المخدوشية: هو أنّه أولاً: أنّ الرطوبة تكون فوق الكفيّة، ولها المايّة عرفاً ولو  
للمتوّضي.

وثانياً: على فرض عدم المايّة لها يكون للمالك حقّ الاختصاص بالنسبة إليها،  
فلا يجوز للمتوّضي المسح بها بدون رضا المالك.

كما أنّه قد انقذ ممّا ذكر أنّ ما أفاده العلامة الأنصاري بقوله في العبارة  
المتقدّمة: «وهل يقيد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليها، أو بعدم رجاء  
وجدانها، أو يشمل مالو علم وجدانه في مدّة يتضرّر المالك من انتظارها ولو  
كانت قصيرة... لا يخلو عن الخدشة: من جهة أنّه إذا حصل اليأس من الوصول  
إلى المال، أو لم يكن رجاء وجدانه يعدّ تالفاً عرفاً، والبدل في ذلك أيضاً حقيقي  
كما عرفت.

إن قلت: لازم الحاق الفروع الأربعة المتقدّمة وما ضاهاها بالتلف هو أن  
لا يكون المبدل للمالك إذا وجد، والحال أنّه إذا وجد يكون له.

قلت: أخذ البدل يكون بعنوان الغرامة لا المعاوضة، فإذا وجد المبدل اتفاقاً  
على خلاف العادة يكون للمالك حتى المبدل الحقيقي، حيث إنّ حقّ اختصاصه  
باقٍ بالنسبة إلى مادته، ولذا لو خرج المضمون عن المايّة والملكيّة شرعاً مثل أن

(١) العروة الوثقى / ٧٠، المسألة الخامسة من شرائط الوضوء.

(٢) هو المحقق النائيني رحمته الله منه، منية الطالب ١: ١٦٠.

صار الخل المغصوب خمرأ يقولون لو عاد خلأ ردأ إلى المالك.

إن قلت: على هذا يلزم الجمع بين العوض والمعوض.

قلت: لا يكون البديل عوضاً عن نفس المبدل حتى يلزم الجمع، بل غرامة عن

الخسارة التي وردت على المالك بواسطة عدم وصول ماله إليه.

وإن لم يعد المقبوض تالفأ، بل كان باقياً على ماليته، وتعذر على الآخذ إيصاله

إلى المالك، كاللوح المغصوب الذي جعل جزءاً من السفينة، الذي يخاف بنزعه

قبل أن تصل السفينة إلى الساحل على النفس المحترمة، ولو كان هو الغاصب، أو

تلف مال غير الغاصب، لكن أمكن نزعه بعد وصول السفينة إلى الساحل وردّه

صحيحاً إلى المالك، والمأخوذ الذي سرق أو غرق ولم يحصل اليأس من حصوله

ونحوهما، يكون مورداً لضمان بدل الحيلولة، إن دلّ دليل على ضمانه، حيث إن

الضمان يكون على خلاف الأصل، يحتاج إلى الدليل.

وهل يعتبر في ضمان البديل علاوة عن عدم تمكّن الضمان عن إيصال المبدل

إلى المالك عدم تمكّن المالك أيضاً عن تحصيله واسترداده أو لا يعتبر عدم

تمكّن المالك، بل الموضوع للضمان فقط يكون هو عدم تمكّن الآخذ عن إيصال

المبدل إلى المالك؟.

فنقول: اقتصر العلامة الأنصاري رحمته الله في ذلك فقط على بيان احتمالات

المسألة، ولم يرجح واحداً منها، حيث قال في آخر مسألة توارد الأيادي على

العين الواحدة: هذا كله إذا تلف المبيع في يد المشتري، وقد عرفت الحكم أيضاً

في صورة بقاء العين، وأنه يرجع المالك بها على من في يده أو من جرت يده

عليها، فإن لم يمكن انتزاعها ممن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة، وللمالك

استرداده، فيردّ بدل الحيلولة، ولا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الأول بمجرد

تمكّنه من الاسترداد من الثاني، لأنّ عهده على الأول، فيجب عليها تحصيلها،

وإن بذل ما بذل.

نعم، ليس للمالك أخذ مؤنة الاسترداد ليباشر بنفسه، ولو لم يقدر على استردادها إلا المالك وطلب من المالك عوضاً عن الاسترداد فهل يجب عليه بذل العوض، أو ينزل منزلة التعذر، فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرق بين الأجرة المتعارفة للاسترداد وبين الزائد عليها مما يعدّ إجحافاً على الغاصب الأول؟ وجوه<sup>(١)</sup> انتهى كلامه رفع مقامه.

ولكن الظاهر هو عدم اعتبار عدم تمكّن المالك من تحصيل العين في الضمان، بل المناط فيه يكون هو تعذر إيصالها على الآخذ، أعمّ من أن يكون المالك متمكناً من أخذ العين وتحصيلها واستردادها أم لا، لأنّ أخذ مال الغير موجب لأن يكون ضمانه على الآخذ، ولا يكون تمكّن المالك من تحصيله موجباً لرفعه.

**إن قلت:** وإن لم يلزم الجمع بين البديل والمبدل في مورد البديل الحقيقي، لكن على فرض لزوم البديل في المقام يلزم الجمع بين البديل والمبدل بعد أن يكون المبدل باقياً على ملك مالكة.

**قلت:** لا يلزم الجمع أيضاً في المقام، حيث إنّ البديل فيه بدل عن الانتفاع بالمبدل في الزمان الذي يتعذر إيصاله إلى المالك لا عن نفس المبدل، حتى يلزم الجمع بين البديل والمبدل.

وإن شكّ في مقبوض أنّه هل يكون من مصاديق التلف أو التعذر؟ يكون مقتضى الأصل بقاءه وعدم تلفه، فلا يكون للضامن الزام المالك بأخذ البديل.

## في الاستدلال على ضمان بدل الحيلولة بإطلاق الأخبار الواردة في باب الأمانات المضمونة

المقام الثاني: فيما يستدلّ به على ضمان بدل الحيلولة وهو وجوه: الأول:

إطلاق الأخبار الواردة في باب الأمانات المضمونة الدالة بعضها بالمنطوق، وبعضها الآخر بالمفهوم على ضمان المال المأخوذ الذي أبق أو ضاع أو سرق منها: خبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا ارتهنت عبداً أو دابة فمات فلا شيء عليك، وإن هلكت الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن»<sup>(١)</sup>.

حيث إن حكم الإمام عليه السلام بكون المرتهن ضامناً للآبق، مع عدم استفصاله عن كون الآبق مرجو الحصول أو لا، كاشف عن كون المرتهن ضامناً للآبق مطلقاً أعم من أن يحصل اليأس عن حصوله أو لا.

ومنها: خبر عبد الله بن الحكم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل رهن عند رجل ألف درهم، والرهن يساوي ألفين وضاع، قال: «يرجع عليه بفضل ما رهنه، وإن كان أنقص مما رهنه عليه رجع على الراهن بالفضل، وإن كان الرهن يسوى ما رهنه عليه فالرهن بما فيه»<sup>(٢)</sup> حيث إن الإمام عليه السلام رتب الضمان على ضياع الرهن، ولم يستفصل عن كونه مرجو الحصول أو لا، فيدل بإطلاقه على ضمان بدل الحيلولة.

ومنها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: «ليس عليه غرم بعد أن كان الرجل أميناً»<sup>(٣)</sup>.

وخبره الآخر، عنه عليه السلام قال: سألته عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق، فقال: «إن كان أميناً فلا غرم عليه»<sup>(٤)</sup>.

ومنها: خبر الكاهلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن القصار يسلم إليه الثوب، وأشترط عليه يعطيني في وقت، قال: «إذا خالف وضاع الثوب بعد الوقت

(٢) الوسائل ١٣: ١٣٠ ح ٥.

(٤) الوسائل ١٣: ٢٣٧ ح ٧.

(١) الوسائل ١٣: ١٢٧ ح ٨.

(٣) الوسائل ١٣: ٢٣٧ ح ٨.

فهو ضامن»<sup>(١)</sup>.

**ومنها:** خبر محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوباً إلى القصار ليقصره، فدفعه القصار إلى قصار غيره ليقصره فضاع الثوب، هل يجب على القصار أن يردّه إذا دفعه إلى غيره، وإن كان القصار مأموناً؟ فوقع عليه السلام: «هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأموناً إن شاء الله»<sup>(٢)</sup>.

**ومنها:** خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن الصباغ والقصار والصائع احتياطاً على أمتعة الناس، وكان لا يضمن من الغرق والحرق والشيء الغالب»<sup>(٣)</sup>.

**ومنها:** خبر محمد بن الحسن قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل دفع إلى رجل وديعة وأمره أن يضعها في منزله، أو لم يأمره فوضعها في منزل جاره فضاع، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقع: «هو ضامن لها إن شاء الله»<sup>(٤)</sup>.

**ومنها:** خبر عثمان بن زياد عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت أن حملاً يحمل لنا فكاريناه فحمل على غيره فضاع، قال: «ضمنه وخذ منه»<sup>(٥)</sup>.

**ومنها:** خبر حذيفة بن منصور قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحمل المتاع بالأجر فيضيع المتاع، فيطيب نفسه أن يغرم لأهله، يأخذونه؟ قال: فقال لي: «أمين هو؟ قلت: نعم، قال: فلا تأخذ منه شيئاً»<sup>(٦)</sup>.

**ومنها:** خبر محمد بن مسلم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل بعث بركاة ماله لتقسّم فضاع، هل عليه ضمانها حتى تقسّم؟ فقال: «إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها إليه فهو لها ضامن حتى يدفعها، وإن لم يجد لها من يدفعها إليه فبعث بها

(٢) الوسائل ١٣: ٢٧٥ ح ١٨.

(٤) الوسائل ١٣: ٢٢٩ ح ١.

(٦) الوسائل ١٣: ٢٧٩ ح ١٢.

(١) الوسائل ١٣: ٢٧٣ ح ٧.

(٣) الوسائل ١٣: ٢٧٢ ح ٦.

(٥) الوسائل ١٣: ٢٧٨ ح ٨.

إلى أهلها فليس عليه ضمان، لأنها قد خرجت من يده، وكذلك الوصي الذي يوصي إليه يكون ضامناً لما دفع إليه إذا وجد ربّه الذي أمره بدفعه إليه، فإن لم يجد فليس عليه ضمان»<sup>(١)</sup>.

ومنها: خير إسحاق بن عمّار قال: سألت أبا الحسن عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل كانت عندي وديعة، وقال الآخر إنما كانت لي عليك قرضاً، فقال: «المال لازم له إلا أن يقيم البيّنة أنها كانت وديعة»<sup>(٢)</sup>.

وقد استدلّ بهذا الخبر أيضاً على ضمان بدل الحيلولة، لكنّه لا يخلو عن الخدشة: من جهة أنّ النزاع الذي فرض فيه إمّا أن يكون من باب المدعي والمنكر، يعني أنّ المالك يكون مدعياً لثبوت الضمان المعاوضي - أي التملك على نحو الغرامة - والآخذ يكون منكراً له، فمقتضى قاعدة البراءة يكون عدم الضمان، فهذا الخبر وارد على خلاف القاعدة.

أو التداعي، فلا بدّ من إعمال قواعد بابه، يعني إن حلف المالك ونكل الآخذ عن اليمين يثبت الضمان المعاوضي، وإن حلفاً أو نكلاً عن اليمين تسقط الدعويان رأساً له، ولا يثبت شيء، فسواء جعلنا مورده من باب المدعي والمنكر أو التداعي لا ربط له بالمقام يعني الضمان اليدي.

إلا أن يقال: إنّه بعد أن تسقط الدعويان يكون مقتضى على اليد هو الضمان، إلا أن يثبت المخرج، يعني الآخذ بعنوان الوديعة، فيكون دليلاً على ضمان الحيلولة. لكنّ التمسك بهذه الأخبار على ضمان بدل الحيلولة يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ ثبوت الإطلاق لها بحيث يشمل صورة رجاء حصول المبدل يكون محلّ المنع، بل الظاهر منها يكون هو مورد اليأس منه، حيث إنّ الظاهر منها هو أنّ السؤال عن الحكم فيها يكون بعد الفحص واليأس عن وجدانه، والمبدل الذي

(١) الوسائل ٦: ١٩٨ ح ١. (٢) الوسائل ١٣: ٢٣٢ ح ١.

حصل اليأس عن حصوله يكون بحكم التلف عرفاً، والبدل في ذلك حقيقي كما عرفت في المقام الأول.

### في الاستدلال بخبر على اليد على ضمان بدل الحيلولة

**الوجه الثاني:** قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» فإن كان المستفاد منه هو الحكم التكليفي، ووجوب ردّ المأخوذ على الآخذ لا يكون دليلاً على ضمان بدل الحيلولة، حيث لا يكون الآخذ مكلفاً بردّ المأخوذ بعد تعذّر رده عليه. إن قلت: على فرض تسليم دلالة على الحكم التكليفي ووجوب أداء المأخوذ يكون مفيداً للمقام، حيث يفهم منه عرفاً التوسعة في الأداء، وأنه يجب ردّ المأخوذ مع التمكن منه ومع عدمه ردّ بدله، فكما يجب على الآخذ ردّ نفس المبدل مع التمكن منه يجب عليه ردّ بدله مع تعذّره، حيث يكون ردّ البدل عندهم ردّاً للمبدل.

قلت: على فرض تسليم دلالة على الحكم التكليفي يكون المستفاد منه فقط وجوب ردّ نفس المأخوذ لا البدل.

فقد انقدح من ذلك الخدشة فيما أفاده المحقق النائيني بقوله: إلا أن يقال إنه بمناسبة الحكم والموضوع يستفاد عرفاً من الحديث الشريف أنّ الآخذ إمّا يجب عليه ردّ المأخوذ بشخصه، وإمّا ما يصدق عليه أنه أداء له ما لم يتمكن من ردّ شخصه، ولا يرى العرف فرقاً بين التلف والتعذّر من حيث دلالة الحديث، فإن استقرار المأخوذ في عهدة الضامن يقتضي أن يخرج من تبعات ماليته.

نعم، إذا كان زمان التعذّر قصيراً جداً فليست هذه المناسبة متحققة، كما أنه لا يصدق الضرر أيضاً<sup>(١)</sup> انتهى كلامه رفع في الخلد مقامه.

(١) منية الطالب ١: ١٥٧، تأليف الشيخ موسى الخوانساري (-١٣٦٣).

كما أنه أن الاستفادة منه أن الآخذ ضامن لمالية المأخوذ بعد التلف - كما هو المنسب منه إلى الذهن بدوياً - لم يكن أيضاً دالاً على ضمان بدل الحيلولة، وعلى هذا لو دار أمر المأخوذ بين تلفه وتعدّر إيصاله إلى المالك يحرز بالأصل الموضوعي، يعني أصل عدم تلفه بقاءه، فلا تكون ذمّة الآخذ مشغولة بشيء.

وقد ظهر من ذلك الخدشة فيما أفاده المحقق النائيني في المقام: من أن المرجع في صورة دوران المأخوذ بين التلف والتعدّر يكون هو أصل براءة ذمّة الغاصب عن الضمان وجه الخدشة: أن البراءة لا تجري مع وجود الأصل الموضوعي يعني استصحاب عدم التلف، وإن كان الاستفادة منه أن الآخذ متعهد للخسارات التي ترد على المالك من ناحية المأخوذ، ويكون عليه جبران ذلك، كما يمكن أن يدعى ظهوره فيه، كان دالاً على ضمان بدل الحيلولة، وعلى هذا لو دار أمر المأخوذ بين التلف والتعدّر يكون مقتضى أصل عدم التلف عدم جواز إلزام الغاصب المالك بأخذ البديل.

لكنه يكون من الأصول المثبتة، فينتهي الأمر إلى الأصل الحكمي من أصل عدم جواز إلزام الغاصب المالك بأخذ البديل، فليس للضامن في صورة دوران المأخوذ بين التلف والتعدّر إلزام المالك بأخذ البديل.

وعلى هذا لا يرد إشكال أن المبدل باقٍ على ملك المالك، فيلزم بعد أخذه البديل الجمع بين البديل والمبدل، حيث إن أخذ البديل جبران للخسارة التي وردت على المالك من ناحية عينه، فاجتماع البديل والمبدل على هذا يكون من قبيل اجتماع الأرش والعين المعيبة، ولا محذور فيه.

وقد انقدح من ذلك أن البديل على هذا يصير ملكاً دائماً لمالك المبدل، ولا يرجع إلى الضامن حتى بعد ردّه المبدل، ولا يقولون به، مع أنه يرد عليه أنه وإن كان الخبر حينئذ دالاً على الضمان في صورة التعدّر، إلا أنه لا يدل على الضمان بالمعنى الذي يقولون به في المقام من ضمان المثل أو القيمة، بل يدل



فقط على ضمان الخسارة.

إلا أن يقال: إنه لا يحصل جبران الخسارة عرفاً إلا برد المثل أو القيمة، فيدل على ضمان بدل الحيلولة، كما ذهب إليه المشهور.

لكنه يكون محل المنع، أو يقال: إن مقتضى الخبر هو أن المأخوذ بجميع خصوصياته الشخصية والمثلية والصفات، والمالية، والسلطنة عليه يكون في عهدة الآخذ بمجرد وضع اليد عليه، خرج منه مورد رد المأخوذ إجماعاً فيبقى الباقي، فيشمل صورة التلف وما بحكمه، وصورة التعذر بأقسامه، لأنه لو كان المأخوذ بماليته وخصوصياته في عهدة الآخذ مشروطاً بعدم رده فإذا لم يمكن رده عينه فللمالك مطالبة بدله صدق التلف أو التعذر أو لم يصدق، خرج المأخوذ عن القيمة أم لم يخرج، كان التعذر عقلياً أم عرفياً، كان زمانه قصيراً أم طويلاً، حصل اليأس منه أو لم يحصل.

إن قلت: أولاً: أن الدمة ظرف للكليات ولا يمكن أن تكون وعاءاً للخارجيات.

وثانياً: يلزم أن يكون مالك المبدل مالكاً لمالين في الخارج أحدهما المبدل والآخر بدله الذي يكون في عهدة الآخذ، والحال أن أهل العرف لا يحكمون له بذلك.

قلت: الإشكال الأول مردود من جهة أن معنى: «أن المأخوذ يكون على الآخذ» هو أنه متعهد به، وتكون عهده عليه، من غير فرق بين الكليات والخارجيات، كما أن الثاني أيضاً مردود، حيث إنه لا مانع عن أن يكون مالك المبدل مالكاً لمالين في الخارج بعد أن يكون أخذ المبدل بعنوان الغرامة لا المعاوضة، ودعوى عدم حكم أهل العرف بذلك تكون محل المنع.

### في الاستدلال بالوجه العقلي على ضمان بدل الحيلولة والخذشة فيه

الوجه الثالث: الوجه العقلي، وأنه جمع بين الحقيقتين بحكم العقل، يعني أن منع مطالبة المالك ظلم وإلزام الأخذ بدفع العين منفي بالتعذر، فالعقل يحكم بدفع البديل جمعاً بين الحقيقتين.

لكنه يكون محل الخدشة: من جهة أنه إن كان المراد منه أن منع المالك عن مطالبة العين ظلم فهو ممنوع، حيث لا يحكم العقل بظلمية ذلك مع عدم إمكان تسليمها، وإن كان المراد منه مطالبة البديل فاشتغال ذمة الأخذ به يكون أول الكلام. إلا أن يقال: إن المراد منه هو أن الأخذ متعهد بالمأخوذ، فتكون للمالك مطالبة الأخذ، لأن تخرج من تعهد المأخوذ، وللخروج من عهده فردان: إعطاء العين مع وجودها، والبديل مع عدمها.

لكنه على هذا راجع إلى مفاد «على اليد ما أخذت حتى تؤذي» ولا يكون دليلاً مستقلاً في قبالة.

### الاستدلال بقوله ﷺ: «إن الناس مسلطون على أموالهم» على ضمان بدل الحيلولة والخذشة فيه

الوجه الرابع: قوله ﷺ: «إن الناس مسلطون على أموالهم»<sup>(١)</sup> بيان أن السلطنة على البديل تكون من مراتب السلطنة على المبدل، فتكون للمالك السلطنة على مطالبة البديل، فيكون الأخذ ضامناً له.

لكنه يكون محل الخدشة: من جهة أن مفاده تكون السلطنة على المأخوذ، والمفروض أن إعطائه متعذر فلا دلالة على جواز مطالبة البديل.

## في الاستدلال بقاعدة لا ضرر على ضمان بدل الحيلولة

الوجه الخامس: ما دلّ على نفي الضرر، حيث إنّ عدم ضمان الآخذ ضرر على المالك، فنستكشف منه بنحو الإن جعل الضمان، إلا أنه لا يدلّ على تعيين البدل من المثل أو القيمة، لأجل أنّ جبران الضرر ودفعه يحصل بأخذ الأرش أو الأجرة، إلا أن يقال: بأن الضرر لا يدفع بذلك عرفاً.

وقد انقح مما ذكر الخدشة فيما أفاد بعض المحققين في هذا الوجه، حيث قال: وفيه إنّ هذه القاعدة كقاعدة لا حرج إنما تكون حاکمة على الأحكام الثابتة في الشريعة الشاملة بإطلاقها لمورد الضرر، فكلّ مورد استلزم من تشريع الحكم فيه ضرر على المكلف فهذا الحكم مرفوع، وأما الحكم الغير الثابت الذي يلزم من عدم ثبوته ضرر على شخص بقاعدة لا ضرر لا يمكن إثباته، لأن القاعدة ناظرة إلى نفي ما ثبت من الأحكام الشرعية، وعدم حكم الشارع بالضمان ليس من الأحكام المجعولة في الشريعة<sup>(١)</sup> انتهى كلامه رفع مقامه.

وجه الخدشة فيه: هو أنّ مفاد لا ضرر - كما عرفت - أعم من نفي الحكم المجعول وغيره.

## التمسك على ضمان بدل الحيلولة بحائليّة الآخذ بين المالك ومملكه

الوجه السادس: هو أنّ الآخذ صار حائلاً بين المالك ومملكه، فيكون الآخذ لأجل الحيلولة ضامناً للبدل.

لكنّه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ عنوان الحيلولة لا يكون من أسباب الضمان مستقلاً، إلا أن يدخل تحت الإتلاف أو اليد، والآخذ في المقام غير متلف،

الاستدلال على ضمان بدل الحيلولة بتقويت الآخذ سلطنة المالك عن ماله ..... ٢٧٥

واليد يمكن أن يقال: لا تقتضي ردّ البديل مع عدم التلف كما عرفت.

### الاستدلال على ضمان بدل الحيلولة بتقويت الآخذ سلطنة المالك عن ماله

الوجه السابع: هو أنّ الآخذ فوّت سلطنة المالك عن ماله، فيجب عليه تداركها. لكنّه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّه لا يكون للمالك إلا الملك، وأمّا السلطنة عليه بمعنى جواز أنحاء التصرف فيه فهي من أحكام الملك لا معنى لتعلّق الضمان بها.

إلا أن يقال: ليس المراد من السلطنة التي حكم<sup>(١)</sup> بتداركها هي الحكم الشرعي، بل يكون المراد منها الجدة الاعتبارية التي تكون من آثارها جواز التصرف، فالبديل بدل عن الجدة التي عبارة عن كون المال تحت استيلاء المالك، بحيث يتصرف فيه ما يشاء، والآخذ فوّت هذه الجدة على المالك، فيجب عليه تداركها، ولا يتحقّق تداركها إلا بأداء ما يكون بدلاً عن المال حتى يتصرف فيه المالك على طبق إرادته، وليس ذلك إلا المثل أو القيمة.

وقد أورد<sup>(٢)</sup> على هذا التوجيه، بأنّه يكون مقتضى ذلك إما ضمان المنافع أو التفاوت بين كون العين تحت استيلائه وبين كونها خارجة عنه لا بدلها، فإنّ المالك وإن لم يقدر على جميع أنحاء التقلّبات في ماله بواسطة الحيلولة، إلا أنّ هذا لا يقتضي إلا ضمان المنافع أو النقص، فإمّا يستحقّ أجرته أو أرشه.

لكن هذا الإيراد يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّه لا يكون مقتضى ذلك ضمان المنافع أو التفاوت، بل يكون مقتضاه ضمان بدل العين حيث لا يتحقّق تدارك الجدة عرفاً إلا بإعطاء بدل العين من المثل أو القيمة، اللهم إلا أن يقال: بتدارك الجدة عرفاً بأخذ الأرش أو الأجرة، لكنّه يكون محلّ المنع.

(١) الحاكم هو العلامة الأنصاري<sup>رحمته</sup> منه، المكاسب ٧: ٣٢٧.

(٢) المورد هو المحقّق النائيني<sup>رحمته</sup> منه، منية الطالب ١: ١٥٦-١٥٧.

الوجه الثامن: هو أن السيرة جارية على التضمين والتغريم بالبدل، ولم يثبت من الشارع ردع عنها.  
لكن إحراز قيام السيرة على التضمين بالبدل على التعيين مشكل.

### في أنه هل بدل الحيولة ملك للمضمون له أو مباح له

**المقام الثالث:** هو أنه هل يكون البدل ملكاً للمالك أو مباحاً له، أو يفصل بين بدليته عن مائة المبدل والسلطنة؟ يمكن أن يقال: بالتفصيل، وأنه إن كان بدلاً وغرامة عن مائة المبدل، بأن استفيد لزومه من خبر على «اليد» ومما دل على الضمان في مورد الأمانات المضمونة وغيرهما، لا بد أن نقول: بملكته للمالك، حيث إنه لا يتحقق تدارك مائة المبدل إلا بأن يصير البدل ملكاً له، ولا يستلزم ذلك الجمع بين البدل والمبدل، لأجل أن البدل بدل عن مائة المبدل لا عن مائته وخصوصيته.

وإن كان بدلاً عن السلطنة الفائتة وعمات من آثار ملك المالك من أنحاء التصرف فيه، لا بد أن يقام مقامه ما جاز للمالك التقلب فيه، حتى المتوقف على الملك، فلا بد حينئذ أن يقال: بإباحته وبالملكية أنا ما في التصرف المتوقف على الملك، لا الملكية من أول الأمر، ولا يستلزم ذلك الجمع بين البدل والمبدل، حيث إن البدل بدل عن السلطنة الفائتة عن الخصوصية والسلطنة.

وإن شك في مدلول ما دل على الضمان، يكون المتيقن منه جواز التصرف في البدل، يعني يكون المرجع أصل عدم انتقاله إلى المضمون له.

لكن الأقوى هو أنه يكون ملكاً له، من جهة أنه بعد أن ثبت للمالك حق أخذ البدل تغريماً لمائة ماله كان نفس أداء البدل من الغارم إليه على نحو الغرامة مملكاً له.

فالقول بأنه إن كان المبدل باقياً على ملك المالك لا بد أن يقال بإباحة البدل،

لثلاً يلزم الجمع بين البديل والمبدل.

لا وجه له، أولاً: من جهة أنه بناءً على ضمان الخسارة، ملكية ذلك وعدم لزوم الجمع أمر واضح، وأما عدم اللزوم بناءً على ضمان البديل فمن جهة أنه يمكن أن يقال: إن المبدل بعد تعذر رده يصير ملكاً للضامن، كما قال الشهيد الثاني رحمته الله في المسالك: «ولو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلاً أو توقّف ملك المغصوب منه (الغاصب) للبديل على اليأس من العين، وإن جاز له التصرف فيه كان وجهاً في المسألة»<sup>(١)</sup>.

وقد استحسنته المحقق الخراساني في الكفاية<sup>(٢)</sup> بل قال صاحب الجواهر رحمته الله: بالملك التام في بعض أقسام التعذر، يعني في الرطوبة الباقية على أعضاء الوضوء من الماء المغصوب الذي حصل العلم بحاله بعد الغسل وقبل المسح، وفي الخيط المغصوب الذي يكون نزعاً موجباً لتلف الخيط<sup>(٣)</sup>.

وقد اختاره المحقق السيد محمد كاظم اليزدي في جميع أقسام التعذر<sup>(٤)</sup>. لكن دفع لزوم الجمع بأن المبدل يصير ملكاً للضامن مخدوش: من جهة أنه إن دلّ دليل على أن البديل يكون ثمناً عن المبدل، كما يدلّ على هذا المعنى ما دلّ على أنه يؤخذ من واطي الحيوان ثمنه أو قيمته مثل خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يأتي البهيمة، فقال: «إن كانت البهيمة للفاعل ذبحت وأحرقت بالنار، ولم ينتفع بها، وضرب هو خمسة وعشرين سوطاً ربع حدّ الزاني، وإن لم تكن البهيمة له قومت وأخذ ثمنها منه ودفع إلى صاحبها، وذبحت وأحرقت بالنار ولم ينتفع بها، وضرب خمسة وعشرين سوطاً، فقلت: وما ذنب البهيمة؟ فقال: «لا ذنب لها، ولكن رسول الله صلّى الله عليه وآله فعل هذا وأمر به لكيلا يجترىء

(١) المسالك المجلد الثاني الصفحة العاشرة من كتاب الغصب، الطبعة الحجرية سنة ١٢٦٨ هـ

تأليف الشهيد الثاني زين الدين بن علي العاملي (٩١١ - ٩٦٦).

(٢) كفاية الأحكام / ٢٥٩، للمحقق السبزواري (- ١٠٩٠).

(٣) جواهر الكلام ٣٧: ٨٠.

(٤) العروة الوثقى / ٧٠، المسألة الخامسة من شرائط الوضوء.

الناس بالبهائم وينقطع النسل»<sup>(١)</sup>.

وخير سدير عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يأتي البهيمة، فقال: «يجلد دون الحد، ويغرم قيمة البهيمة لصاحبها، لأنه أفسدها عليه، وتذبح وتحرق إن كانت ممّا يؤكل لحمه، وإن كانت ممّا يركب ظهره غرّم قيمتها وجلّد دون الحد، وأخرجها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخرى، حيث لا تعرف فيبيعها فيها، كيلا يعيّر بها صاحبها»<sup>(٢)</sup>.

كان القول بأنّ المبدل يصير ملكاً للغارم في ذلك المورد في محلّه، حيث يمكن أن يدعى أنّ الظاهر من التعبير بالثمن والقيمة هو أنّ دفع الغرامة يكون من باب المعاوضة الشرعيّة القهرية، كما ذهب إليه الشهيد الثاني، وصاحب الجواهر، والعلامة الأنصاري عليه السلام<sup>(٣)</sup> مع أنّه يمكن أن يقال بأعميته، ولكن إن لم يدلّ دليل على كون الغرامة ثمناً كالمقام، حيث إنّ ما دلّ على الضمان لا دلالة له على ذلك، لا وجه لدخول المبدل في ملكه.

وثانياً: أنّ لزوم البذل لا يكون من باب المعاوضة حتى يصير المبدل ملكاً للغارم، بل يكون من باب الغرامة، ولا محذور في اجتماع الغرامة مع المبدل، حيث يكون اجتماعهما من قبيل اجتماع الأرش والعين المعيبة.

في أنّه هل البذل ملك للمالك في ظرف تعذّر ردّ المبدل، أو ملك دائمٍ له

المقام الرابع: هو أنّه هل يكون البذل بدلاً عن العين في ظرف عدم تمكّن الضامن عن تعليمها أو دائماً، أو ما لم يردّها، أو التفصيل بين ملكيّة البذل وإباحته؟.

(٢) الوسائل ١٨: ٥٧١ ح ٤.

(١) الوسائل ١٨: ٥٧٠ ح ١.

(٣) المكاسب ٧: ٣١٠.

يرجع البديل إلى الضامن بارتفاع تعذر ردّ المبدل؟ ..... ٢٧٩

والحقّ هو الأول، حيث إنّ الاستفادة من أدلّة الضمان هو أنّ التعذر لا يكون من قبيل التغيّر الذي يكون علّة لثبوت النجاسة في الماء، بل موضوع وعنوان للزوم البديل، فيزول ملكيته بارتفاعه، وعلى فرض أن يشكّ في موضوعيّة التعذر وعليّته يكون الأصل بقاء ملكيّة البديل على ملك المالك.

**وقيل:** لا يجري هذا الأصل، لأنّ الشكّ في المورد يكون في المقتضي بناءً على عدم اعتبار الاستصحاب فيه، لكن نذكر بعيد هذا فساده.

**إن قلت:** لا يكون الملك الموقّت في الشرع، يعني الملك لا يتقيّد بالزمان، ولا يقال: هذا الشيء ملك لزيد في هذا اليوم دون الغد.

**قلت: أولاً:** نسلم ذلك في البيع لقيام الإجماع على بطلان ذلك فيه، ولكن عدم ثبوته في غيره ممنوع.

**وثانياً:** أنّ الملك في الوقف الخاص متقيّد بالزمان.

**إن قلت:** إن اقتضى تقييد الملك بالحياة التوقيت، لكان الملك في العالم منحصراً بالموقّت.

**قلت:** لا إشكال في أنّ الملك في الوقف الخاص يقتضي التوقيت، لعدم جريان أحكام الغير الموقّت من الإرث وغيره فيه، بخلاف الملك في غيره.

**في أنّه هل يرجع البديل إلى الضامن بارتفاع تعذر ردّ المبدل، أو برّد المبدل إلى المالك خارجاً؟**

لكن إنّما الكلام في أنّه هل تزول ملكيّة البديل بارتفاع تعذر ردّ المبدل أو برّده خارجاً؟

والظاهر هو الأول، حيث إنّ الاستفادة من الأدلّة - كما تقدّم - هو أنّ التعذر عنوان وموضوع لوجوب البديل، لا أنّه علّة له، وعلى فرض أن يشكّ في موضوعيّة وعليّته يكون الأصل بقاء البديل على ملك المضمون له إلى زمان ردّ



المبدل إليه.

وقيل: لا يجري هذا الأصل، لأنَّ الشكَّ في المورد يكون في المقتضي واستعداد مقدار بقاء الملك، بناءً على عدم الاستصحاب في المقتضي فتصل النوبة إلى الأصل الحكمي، وواضح أنَّ أصل عدم جواز تصرف الغارم في البديل لا يثبت ملكيته للمالك، وأصل بقاء جواز تصرف المالك في البديل غير جار بعد أن يكون الشكَّ في الموضوع، فيجب على الغارم ردَّ المبدل وعلى المالك ردَّ البديل. لكنَّه يكون محلَّ الخدشة: من جهة أنَّ الملك أمر إذا ثبت لا يرتفع إلا بارتفاع الموضوع أو بطرؤ المزيل، ويشكَّ في كون ارتفاع تعذر ردَّ المبدل مزيلاً له، فيكون الشكَّ في الراجع لا المقتضي، فاستصحاب بقاء ملكية البديل على ملك المالك يكون جارياً، فيكون البديل باقياً على ملك المالك إلى أن يصل إليه المبدل، فيجب على الضامن ردَّ المبدل، ولا يجب على المالك ردَّ البديل قبل وصول المبدل إليه.

ويؤيد كون الشكَّ في المقام في الراجع دون المقتضي أنَّ الاستصحاب عند العلامة الأنصاري رحمته الله غير معتبر في المقتضي، وقد تمسكَّ بهذا الأصل في المقام. فيعلم منه أنَّ الشكَّ في المقام عنده كان أيضاً في الراجع، قال: «أظهرهما الثاني لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة، وعدم طرؤ ما يزيل ملكيته عن الغرامة، أو يحدث ضماناً جديداً»<sup>(١)</sup>.

ثمَّ، إنَّه قال بعض المحققين<sup>(٢)</sup> وفاقاً للعلامة الأنصاري رحمته الله: إنَّ الموضوع لوجوب البديل يكون هو انقطاع سلطنة المالك عن ماله، والتعذر علةً لحدوث هذا الموضوع، فالبديل باقٍ على ملك المضمون له إلى زمان ردَّ المبدل إليه. لكن يرد عليه أولاً: أنَّه أعمل التناقض في كلامه، حيث ذكر في المسألة الثانية

(١) المكاسب ٧: ٣٢٤.

(٢) هو المحقق النائيني رحمته الله منه، منية الطالب ١: ١٦٢، والعبارة منقولة بالمعنى.

المبدل الذي يجب على الآخذ ضمانه يصير ملكاً له أو باقياً على ملك المالك؟ . . . . . ٢٨١

من المسائل التي فرّعها على ثبوت بدل الحيلولة أن التعذر موضوع لوجوب البدل لا أنه علة له، ويكون لازم هذا الكلام ثبوت الضمان الجديد للمبدل بعد ارتفاع تعذر ردّه واستحقاق الغارم لجبسه، وجعل فيها فرض الشكّ في كون التعذر موضوعاً لوجوب البدل أو علة له من الشكّ في المقتضي، وحكم بعدم جريان استصحاب بقاء ملكية البدل على ملك المالك، ثمّ ذكر في المسألة السابعة عكس هذه الأمور الثلاثة، كما لا يخفى على من لاحظ المسألتين.

وثانياً: أن الموضوع للزوم البدل يكون هو عنوان التعذر لا انقطاع السلطنة وإلا يلزم فيما إذا كانت العين المأخوذة موجودة عند الآخذ وتمكّن من دفعها إلى المالك وعصى ولم يدفعها إليه أن يكون إعطاء البدل واجباً عليه، والحال أنه مع التمكّن من دفع العين لا يجب عليه دفع بدلها، حيث إنّه مع التمكّن من ردّ العين مأمور بمقتضى «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» بدفع نفسها لا بدلها.

هل المبدل الذي يجب على الآخذ ضمانه يصير ملكاً له أو باقياً  
على ملك المالك؟

المقام الخامس: هو أنه هل المبدل الذي يجب على الآخذ ضمانه يصير ملكاً له أو باقياً على ملك المالك، أو يفصل بين القول بملكية البدل للمضمون له وإباحته بصيرورته ملكاً للضامن على الأول دون الثاني، أو يفصل بين موارد الغرامات؟.

فنقول: إن دلّ الدليل على أن البدل ثمن عن المبدل - كما عرفت في المقام الثالث - كان المبدل ملكاً للضامن، حيث يكون الظاهر منه حينئذ أن لزوم البدل يكون من باب المعاوضة الشرعية القهرية، وإن لم يدلّ دليل على ذلك كالمقام حيث إن ما دلّ على ضمان العين التي يتعذر تسليمها لا يدلّ على كون البدل ثمناً، فلا وجه لأن يصير المبدل ملكاً للضامن، بل باقياً على ملك مالكة حتى في التلف

الحقيقي، لأنه إما أن يصير ملكاً له قبل التلف أو بعده، فعلى الأول يلزم أولاً: تقدم الأثر على المأثر.

**وثانياً:** يلزم أن يكون نماء المبدل قبل أداء بدله للضامن، ولا يلتزمون به، وعلى الثاني لا شيء يدخل في ملكه.

**إن قلت:** جريان الربا في البديل يدل على أن الغرامة تكون من باب المعاوضة.  
**قلت:** أولاً: لا نسلم جريان الربا فيه.

**وثانياً:** على التسليم يكون ذلك أعم من كون الغرامة من باب المعاوضة، وإن كان الظاهر من كلام المحقق في باب الغصب جعل الغرامة من باب المعاوضة، حيث يقال: «والذهب والفضة يضمنان بمثلهما، وقال الشيخ: يضمنان بنقد البلد كما لو أتلف مالاً لا مثل له، ولو تعذر المثل بأن كان نقد البديل مخالفاً للمضمون في الجنس ضمنه بالنقد، وإن كان من جنسه وانفق المضمون والنقد وزناً صح، وإن كان أحدهما أكثر قوم بغير جنسه ليسلم من الربا، ولا يظن أن الربا يختص بالبيع، بل هو ثابت في كل معاوضة على رويين متفق الجنس»<sup>(١)</sup>.

**وبالجملة:** جريان الربا في البديل أعم من كون الغرامة من باب المعاوضة، حيث إن اختصاص الربا بالمعاوضة من البيع والصلح والمبادلة والمعاوضة بناءً على كونهما معاملتين مستقلتين في قبال البيع والهبة المعوضة، كما ذهب إليه المحقق السيد محمد كاظم اليزدي<sup>(٢)</sup> وأسنده إلى المحقق وصاحب الجواهر<sup>(٣)</sup> لأجل أنها وإن كانت تملياً في مقابل تمليك، إلا أنها في اللب مبادلة بين الموهوبين، والإبراء - إن لم تكن الأخبار الدالة على حرمة الربا - منصرفه عنهما، لا يكون اتفاقاً.

فيمكن أن يقال بجريانه أيضاً في باب الغرامات، أما جريانه في القرض الذي

(١) شرائع الإسلام ٣: ٢٤٠، (٢) العروة الوثقى ٢: ٩، الملحقات، كتاب الربا.

الفرق بين تلف المأخوذ، والمأخوذ المتعذر تسليمه، والمثلّي المتعذر مثله ..... ٢٨٣  
عبارة عن التملك بشرط الغرامة فمنصوص، وأمّا في غيره من الغرامة الاتلافية  
والتلفية والحيلولية فيمكن أن يقال بجريانه فيها للمعمومات والإطلاقات الدالة  
على حرمة الربا.

### الفرق بين تلف المأخوذ، والمأخوذ المتعذر تسليمه، والمثلّي المتعذر مثله

المقام السادس: هو أنه قد ظهر الفرق ممّا ذكر بين تلف المأخوذ وبين المقام،  
يعني المأخوذ الذي يتعذر تسليمه والمثلّي المتعذر مثله، وبين المقام والمثلّي  
المتعذر مثله، أمّا وجه الفرق بين الأول والأخيرين فهو أنه إذا تلف المأخوذ  
ينقلب إلى القيمة، فيكون دفعها حقاً للضامن، يعني لا بدّ أن يفرغ ذمته عنها بدون  
مطالبة المالك وإلزامه بأخذ البدل، بحيث لو امتنع منه ردّه إلى الحاكم بخلاف  
تعذره، والمثلّي المتعذر مثله، حيث إنّ صرف التعذر لا يكون موجباً لانقلاب  
المأخوذ إلى القيمة، فلا يكون للضامن الزام المالك بأخذ البدل، بل الأمر يكون  
بيد المالك، يعني يكون مخيراً بين رفع اليد عن خصوصية المأخوذ والمطالبة  
ببدله وبين الصبر.

وأما الفرق بين الأخيرين، يعني المثلّي المتعذر مثله و بين المقام، يعني  
المأخوذ الذي يتعذر تسليمه فهو أنّ المثلّي المتعذر مثله - كما عرفت في الجهة  
الثانية - أمر كليّ يدخل تحت الذمة، فما يدفعه الضامن إلى المضمون له بعد  
مطالبته مائة ماله يكون مصداقاً لذلك الكليّ وموجباً لسقوطه عن ذمته رأساً وإن  
لم يكن من جنسه، بخلاف المأخوذ الذي ذهب ماله بوساطة تعذر تسليمه،  
حيث إنّه أمر شخصي، وإن صحّ أن تدخل ماله بلحاظ كونها أمراً كلياً في الذمة  
ولكن خصوصيته بملاحظة كونها أمراً خارجياً لا تدخل فيها، حيث إنّ الذمة - كما  
عرفت - ظرف للكليات لا الخارجيات، بل باقية على ملك مالها، فلا بدّ أن يدفع  
الأخذ بعد مطالبة المالك مائة ماله بدل المائة، ولازم ذلك أنه إذا ارتفع التعذر

يجب على الضامن فوراً بمقتضى قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» ردّ المأخوذ إلى مالكه، حتى على القول بالمعاوضة الشرعية، لأجل أن حكم الشارع بالمعاوضة مترتب على موضوع التعذر، فإذا ارتفع التعذر يجب بمقتضى «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» ردّ المأخوذ إلى مالكه. هذا كله في شروط صيغة العقد.

### شروط المتعاقدين الراجعة إلى شروط العقد

الجهة السادسة: في شروط المتعاقدين الراجعة أيضاً إلى شروط العقد وهي أمور: الأول: البلوغ، لا إشكال في أن الصبي الغير المميّز إذا أوقع البيع أو أجرى صيغته لا يتحقّق مفهوم العقد، وإنّما الكلام في أنه إذا أجرى صيغته بعد التمييز - يعني بعد ميز معنى الإنشاء عن الإخبار وصدق عليه عنوان العقد - هل يحكم بصحة إنشائه وإشارته إذا كان أخرس في المورد الذي يكتفى فيه بالإشارة، حتى كان انشاءه وبيعه مثلاً، مشمولاً لما دلّ على حلّه، أو لا يحكم بالصحة؟ بل لا بدّ في الصحة من وجود البلوغ الذي يعلم بالاحتلام، يعني خروج المني الذي يكون منه الولد من الموضوع المعتاد، أو بإنبات الشعر الخشن على العانة أو بالسن، وهو بلوغ خمس عشر سنة في الذكر على المشهور، وبإكمال التسع، أو الاحتلام بالمعنى المذكور، أو بإنبات الشعر الخشن على العانة في الأنثى على المشهور، وخروج المني من الفرجين، أو خروج المني من فرج الذكور، والحيض من فرج الأنثى في الختنى على المشهور، وكيف كان فالبحث في ذلك يكون في مقامات:

في أن البلوغ هل هو شرط لصحة العقد أو عدم البلوغ مانع عنها

الأول: في أن البلوغ هل هو شرط لصحة العقد أو عدم البلوغ مانع عنها؟ والظاهر من قوله ﷺ: «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى

في أن البلوغ هل هو شرط لصحة العقد أو عدم البلوغ مانع عنها ..... ٢٨٥

يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ<sup>(١)</sup>» يكون هو الأول، بقرينة أن الإفاقة وكذا الالتفات شرط لصحة التكليف، لا أن الجنون والنوم مانعان عن ذلك، لكن الثمرة بين الشرطية والمانعية في المقام مفقودة، ولو كانت متحققّة بينهما في غير المقام.

وقيل: بوجودها في المقام أيضاً: بأنّ البلوغ إن كان شرطاً لا بدّ من إحرازه، وإن كان عدمه مانعاً يدفع عدم العدم في صورة الشكّ بأصل العدم.

لكنّه مدخول: من جهة أن البلوغ إن كان شرطاً لا يكون مسبوقاً بالحالة السابقة حتى يحرز بالأصل، بل المسبوق بالحالة السابقة يكون ضده، وأنّ أصل عدم البلوغ يثبت الصباوة، وإن كان عدم البلوغ مانعاً لا يكون في البين أيضاً أصل كان محرزاً لعدم عدم المانع، حيث إنّ عدم عدم المانع ليس مسبوقاً بالحالة السابقة، بل المسبوق بالحالة السابقة يكون ضده، وأنّ أصل عدم البلوغ يثبت الصباوة.

### في الموارد الخارجة عن عدم نفوذ أمر الصبي

**المقام الثاني:** هو أنه بناءً على اعتبار البلوغ في العاقد، وعدم نفوذ أمر الصبي وعبارته، حكم بعضهم بخروج موارد عن ذلك، لكن خروج بعضها يكون بعنوان التخصّص، وبعضها الآخر على فرض الثبوت بعوان التخصيص، ويكون من الموارد الخارجة عن ذلك موضوعاً إتلافه الموجب للضمان، ومنها: سببته حدثه الأكبر والأصغر للغسل والوضوء، حيث إنّ الظاهر من حديث رفع القلم يكون هو رفع ما يعتبر فيه القصد، لا ما يكون موضوعاً للحكم من دون فرق فيه بين حال الالتفات وعدمه.

إن قلت: إذالم يكن قصده منشأً للأثر وكان كالعدم لا يصير مالكاً لمكتسبه، وما يأخذه عوض كسبه من التقاط أو أجرة عن إجارة أوقعها الولي، أو هو بغير إذن

(١) الوسائل ١: ح ١١

وليّه، أو عن عمل أمر به من غير إجارة، فأعطاه المستأجر أو الأمر أجره المثل.  
قلت: المرفوع بحديث رفع القلم يكون هو قصده وأنه يكون كالعدم، ولكن فعله محترم يستحقّ الأجرة عليه، فلا منافاة بين مرفوعيّة قصده واستحقاق الأجرة على فعله.

فظهر من ذلك: أنّ كلّ فعل اعتبر فيه القصد كحصول الملك في الهبة وتعيّن الكلّي بالقبض، فقبول الصبي فيه وقبضه يكون كالعدم أعمّ من أن يكون بإذن الولي أو لا، وسواء كان لنفسه أو لغيره وكلّ ما لا يعتبر فيه القصد كقبض مال معيّن من الولي بإذن الولي فقبضه فيه يكون كقبض الولي، كما أنّ من عليه الخمس أو الزكاة تبرأ ذمّته منهما لو دفعهما إلى الصبي أو صرفهما في مصارف الصبي، لأنّ قبضه هنا لا يعتبر فيه القصد.

ومنها: إسلامه، كما حكى عن تذكرة العلامة: استثنائه عن محجوريّته<sup>(١)</sup> وحكى عن الشيخ الحكم بإسلام المراهق قال: فإن ارتدّ بعد ذلك حكم بارتدائه وإن لم يتب قتل<sup>(٢)</sup> وعن الدروس أنّه قريب، وعن مجمع البرهان: أنّ الحكم بإسلام المراهق غير بعيد.

وقال السيّد محمد كاظم اليزدي رحمته الله القول بقبول إسلامه قريب جداً<sup>(٣)</sup>.

### في الاستدلال على قبول إسلام غير البالغ

ويمكن أن يستدلّ على ذلك بوجوه: الأول: أنّه إذا قدر على الاستدلال وفهم أدلّة وجود الواجب و التوحيد وما يتوقّف عليه وجوب المعرفة والإسلام يمكن أن يجب عليه ذلك، لأنّ دليل وجوب المعرفة عقلي ولا استثناء في الأدلّة العقلية، فلا يبعد تكليفه، بل يمكن أن يجب ذلك، وإذا وجب صحّ، كما يلزم من صحته

(١) التذكرة: ١: ٤٢٥ (٢) المسوط: ٧: ٢٨٥.

(٣) حاشية المكاسب للسيّد محمد كاظم اليزدي/ ١١٢/

وجوبه.

وحكي عن بعض التصريح بأن الواجبات الأصولية العقلية تجب على الطفل قبل بلوغه دون الشرعية، والظاهر أن ضابطه القدرة على الفهم والاستدلال على وجه مقنع.

وقال بعض المحققين<sup>(١)</sup>: لا إشكال في إسلام الرشيد الغير البالغ، وخروجه به عن تبعية الوالدين، لأن المدار فيه على الإدراك والاعتدال على الاستدلال ولو إجمالاً، فكل من عرف أن للعالم صانعاً وأن له سفراء وحججاً فهو مسلم حقيقة، وبهذا نفتخر على مخالفينا بأن علياً عليه السلام أول القوم إسلاماً وأقدمهم إيماناً<sup>(٢)</sup>.

لكن هذا الوجه يكون محلّ الخدشة، أولاً: من جهة أنه نسلم كون دليل وجوب المعرفة عقلياً، وأنّ الدليل العقلي غير قابل للتخصيص، إلا أنه يحتمل أن يكون البلوغ شرطاً في الإسلام، فلا نحكم لأجل هذا الاحتمال بإسلامه وترتيب آثاره عليه، ولا بكفره وترتيب لوازمه عليه، ولو كان أمره في الواقع لا يخلو عن أحدهما.

نعم، إن لم يكن استصحاب نجاسته جارياً لتبدل الموضوع، حيث إنه قبل الإقرار كان شخصاً غير مقرر بالشهادتين، وبعد الإقرار شخص مقرر بهما يحكم بطهارته لقاعدتهما.

وثانياً: ما ذكر من أن الضابط والمدار في الإسلام يكون الاعتدال على الاستدلال وأن من عرف أن للعالم صانعاً فهو مسلم حقيقة، لم نجد دليلاً كان دالاً على هذا المعنى.

وثالثاً: افتخارنا على المخالفين يكون بواسطة أن علياً عليه السلام آمن قبل أن آمن الأول، لا على أن إيمانه كان قبل بلوغه.

(١) والمراد منه هو المحقق الثاني عليه السلام، منه. (٢) منية الطالب ١: ١٦٩.



وبالجملة: قياس المطلب على إيمان علي عليه السلام غير وجيه، من جهة أنه يمكن أن يكون إسلامه بعد بلوغه، حيث إن سنّ علي عليه السلام كما قال العلامة في كشف المراد في شرح تجريد الاعتقاد<sup>(١)</sup>: كان ستة وستين سنة، أو خمسة وستين، والنبي صلى الله عليه وآله بقي بعد الوحي ثلاثة وعشرين سنة، وعلي عليه السلام بقي بعد النبي صلى الله عليه وآله نحواً من ثلاثين سنة، فيكون سنّ علي عليه السلام بعد نزول الوحي فيما بين اثني عشر سنة وبين ثلاثة عشر سنة، والبلوغ في هذا الوقت ممكن، فيكون واقعاً لقوله صلى الله عليه وآله: «زوّجتك أقدمهم سلماً وأكثرهم علماً».

الثاني: قبول إسلام علي عليه السلام قبل بلوغه، ولكن فيه ما عرفت، وقد أجاب صاحب الجواهر<sup>(٢)</sup> عنه بأنه يكون من خواصه عليه السلام.

الثالث: الخبر المشهور بين الفريقين: «كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه»<sup>(٣)</sup> حيث يدلّ على أن كل مولود يكون فيه اقتضاء الإسلام لكن تهويد أبويه مثلاً، مانع عن اقتضاء المقتضي، فإذا انتفى التهويد يؤثر المقتضي أثره من غير احتياج إلى الإقرار بالشهادتين، لكن بعد أن دلّ الدليل من الخارج على أن الشرط في تحقّق الإسلام يكون هو الإقرار بالشهادتين، وأنه لا يكتفى في الإسلام بصرف عدم المانع، يعتبر في فعلية الإسلام الإقرار بالشهادتين، فإذا أقر بذلك يصير فعلياً ويقبل منه.

الرابع: عموم من قال لا إله إلا الله محمّد رسول الله صلى الله عليه وآله فهو مسلم، وقاتلوهم حتى يقولوا لا إله إلا الله.

لكن يمكن أن يقال: أولاً: لا عموم له بحيث يشمل إقرار غير البالغ. وثانياً: كما في الجواهر<sup>(٤)</sup> على فرض تسليم العموم، حديث رفع القلم

(١) و٢ بحار الأنوار ٤٣: ١٣٦، وعبرة الحديث: أنكحتك أكثرهم علماً وأفضلهم حليماً وأولهم سلماً، كشف المراد / ٣٨٨ طبع مؤسسة النشر الإسلامي.  
 (٢) لم أجد في الجواهر ما ذكره صلى الله عليه وآله راجع الجواهر ٢٢: ٢٦٠. (٣) عوالي اللثالي ١: ٣٥ ح ١٨.  
 (٤) الجواهر ٢٢: ٢٦٥.

مخصّص له، لكن هذا الإشكال الثاني غير وارد، أولاً: من جهة أنّ المرفوع بهذا الحديث يكون ما كان أمر وضعه ورفع يده الشارع، ووجوب المعرفة أمر عقلي، ليس أمر وضعه ورفع يده الشارع حتى كان إقراره بحكم هذا الحديث كالعدم. وثانياً: أنّ حديث رفع القلم وارد في مورد الامتنان، ولا امتنان في مسلوبية عبارة غير البالغ بالنسبة إلى الإسلام.

وتكون من الموارد الخارجة عن حديث رفع القلم عن الصبي بعنوان التخصيص «صحّة إحصاء»: لطائفة من الأخبار، منها: خبر زارة عن أحدهما عليه السلام: «إذا أحجّ الرجل بابنه وهو صغير فإنه يأمره أن يلبي ويفرض الحج، فإن لم يحسن أن يلبي لبوا عنه، ويطاف به ويصلّى عنه، قلت: ليس ما يذبحون عنه، قال: «يذبح عن الصغار، ويصوم الكبار، ويتّقي ما يتّقي المحرم من الثياب والطيب، فإن قتل صيداً فعلى أبيه فدائه»<sup>(١)</sup>.

ومنها: صحيحة معاوية بن عمّار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «انظروا إلى من كان معكم من الصبيان فقدّموه إلى الجحفة أو إلى بطن مرو يصنع بهم ما يصنع بالمُحرم، ويطاف بهم، ويرمى عنهم، ومن لم يجد الهدى فليصم عنه وليه»<sup>(٢)</sup>. ومنها: حلّ ذبيحته لطائفة من الأخبار، منها: خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام المروي عن تفسير العياشي: «سألته عن ذبيحة المرأة والغلام هل تؤكل؟ قال: نعم، إذا كانت المرأة مسلمة وذكرت اسم الله حلّت ذبيحتها، وإذا كان الغلام قوتياً على الذبح وذكر اسم الله حلّت ذبيحته»<sup>(٣)</sup>.

ومنها: قيل بصحّة شهادته في القتل أو الجراح، لطائفة من الأخبار منها: حسنة جميل قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: تجوز شهادة الصبيان؟ قال: «نعم في القتل، ويؤخذ بأول كلامه، ولا يؤخذ بالثاني منه»<sup>(٤)</sup>.

(١) الوسائل ٨: ٢٠٨ ح ٥. (٢) الوسائل ٨: ٢٠٧ ح ٣. (٣) الوسائل ١٦: ٢٧٧ ح ١١.

(٤) الوسائل ١٨: ٢٥٢ ح ١.

ومنها: خبر محمد بن حمران: وقد سأله عن شهادة الصبي؟ قال: فقال: «لا، إلا في القتل يؤخذ بأول كلامه، ولا يؤخذ بالثاني منه»<sup>(١)</sup>.

لكن أعرض المشهور عنها.

ومنها: قيل: بصحة طلاقه، لرواية ابن فضال عن ابن بكير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين»<sup>(٢)</sup>.

لكن أعرض المشهور عنها.

ومنها: قيل: بصحة عتقه، وصدوقته ووصيته، لطائفة من الأخبار منها: رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز في ماله ما أعتق، أو تصدق، أو أوصى على حد معروف وحق فهو جائز»<sup>(٣)</sup>.

لكن أعرض المشهور عنها.

ومنها: قيل: بصحة العبادة وشرعيتها منه لشمول إطلاق أوامر المستحبات والواجبات له، غاية الأمر ثبت الرخص في الترك له بالنسبة إلى الأخير، لكن هذا القول مبني على عدم انصراف الأوامر عنه، وذلك يكون محل التأمل، وعدم دلالة حديث رفع القلم عن الصبي على رفع الحكم الوضعي، وسنبيّن دلالة عليه.

ومنها: قيل: بصحة معاملته الصادرة منه امتحاناً للرشد، قال العلامة في كتاب البيع من التذكرة: قال أبو حنيفة وأحمد يصح عقد المميز بإذن الولي، لقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى﴾<sup>(٤)</sup> وإنما يتحقق الاختبار بتفويض التصرف.

والجواب: الابتلاء يثبت بتفويض الاستيلاء والمماكسة وتدبير البيع ثم يعقد الولي<sup>(٥)</sup>.

ومنها: قيل: بصحة إيصاله الهدية، لكن إيصال الهدية إن كان من عند نفسه فصحته تكون أول الكلام، وإن كان بإذن وليه فيكون كالآلة.

(١) الوسائل ١٨: ٢٥٢ ح ١. (٢) الوسائل ١٥: ٣٢٥ ح ٦. (٣) الوسائل ١٣: ٣٢١ ح ١. (٤) سورة النساء (٤): ٦. (٥) تذكرة الفقهاء ١: ٤٦٢.

ومنها: قيل: بصحة إذنه في دخول الدار، لكن إن كان الإذن من عند نفسه فجواز الدخول مبنياً على صحة إذنه يكون أول الكلام، وإن كان الإذن بإذن الولي فجواز الدخول يكون لأجل أن إذنه يكون كاشفاً عن طيب نفس الولي.

### في التمسك بالأخبار على اعتبار البلوغ في صحة المعاملة

المقام الثالث: فيما يستدل به على اعتبار البلوغ في صحة المعاملة، وهو وجوه: الأول: الأخبار، وهي كثيرة، منها: ما يدل على رفع القلم عنه، مثل خبر قرب الإسناد عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام أنه كان يقول: «المجنون والمعتوه<sup>(١)</sup> الذي لا يفيق، والصببي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ يحمله العاقلة، وقد رفع عنهما القلم»<sup>(٢)</sup>.

حيث يدل على أن قصده يكون كالعدم.

إن قلت، الظاهر منه أنه وارد في تنزيل معنى آخر، وهو أن الفعل يكون لعمده أثر غير الأثر الذي يترتب عليه خطأ إذا صدر عن الصبي عمداً يترتب عليه أثر الخطاء، فلا يكون في مقام تنزيل قصده منزلة العدم.

قلت: يدل بالالتزام أيضاً على هذا التنزيل.

إن قلت: لا عموم له، بل يختص بباب الديات ويشهد له قوله: «يحملة العاقلة»

حيث إن تحمّل العاقلة فقط يكون في الجنایات.

قلت: قوله في الدليل: «وقد رفع عنهما القلم» يكون بمنزلة العلة التي تستفاد

منها الكبرى الكلية، ويكون جعل قصده كالعدم من مصاديقها، فيكون معناه أن قصده يكون كالعدم، لأنه يكون مرفوع القلم، فلا اختصاص له بباب الجنایات.

(١) المعتوه: الناقص العقل، وفي الحديث: المعتوه الأحمق الذاهب العقل، وقد عته عنها من

باب تعب، وعاتها بالفتح نقص عقله من غير جنون. مجمع البحرين ٦: ٣٥٢.

(٢) الوسائل ١٩: ٦٦ ح ٢.

ومثلي خبر ابن ظبيان قال: أتني عمر بامرأة مجنونة قد زنت، فأمر برجمها، فقال علي عليه السلام: «أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ»<sup>(١)</sup>.

إن قلت: الظاهر منه يكون رفع قلم التكليف لا رفع قلم جعل الحكم مطلقاً، حتى الوضع.

قلت: لا وجه لادعاء هذا الظهور، بل الأمر يكون بالعكس، وأن الظاهر منه بملاحظة اتحاد سياقه مع رفع القلم عن المجنون والنائم يكون رفع مطلق القلم، فيدل على أن قصده يكون كالعدم، فلا ينفذ إنشائه.

وبالجملة: فقصده يكون كالعدم لا يترتب عليه الأثر، فلا يحكم بترتب الأثر على إنشائه، ولا بكونه مالكاً لما حازه، بناءً على اعتبار قصد التملك في ملكية المحوز.

ومنها: ما يدل على عدم نفوذ أمره قبل البلوغ، ولا بد أن يلاحظ في أنه هل يستفاد منه عدم نفوذ إنشائه؟ حتى لا يترتب الأثر على إنشائه، سواء كان لنفسه أو لغيره، أو لا يستفاد منه ذلك، بل المتيقن منه يكون عدم نفوذ أمره في المال حتى كان إنشائه وبيعه مثلاً، منشأً للأثر ومشمولاً لإطلاقات حل البيع.

فنقول: الأخبار الدالة على عدم نفوذ أمره ومحجوريته قبل البلوغ كثيرة، منها: خبر حمزة بن حمران قال: سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة ويقام عليه، ويؤخذ بها؟ قال: «إذا خرج عنه القلم وأدرك، قلت: فلذلك حدّ يعرف به؟ فقال: إذا احتلم أو بلغ خمس عشر سنة، أو أشعر أو أنبت قبل ذلك، وأقيمت عليه الحدود التامة، وأخذ بها وأخذت له، قلت: فالجارية متى تجب عليها الحدود التامة وتؤخذ بها، ويؤخذ لها؟ قال: إن الجارية ليست مثل

الغلام، إن الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم، ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء والبيع، وأقيمت عليها الحدود التامة، وأخذ لها وبها، قال: والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع، ولا يخرج عن اليتم حتى يبلغ خمس عشر سنة، أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك»<sup>(١)</sup>.

ولا يخفى أنه لا يدل على عدم نفوذ أمر الصبي وفعله إذا كان الولي موجوداً لبعض الفعل، أو كان بإذنه من جهة أنه وإن كانت إضافة المصدر عند عدم العهد يعني إضافة أمره للعموم، مثل ضرب زيد وأكل عمرو، وآية ذلك جواز الاستثناء منه، فإنه يصح أن يقال في المقام: لا يجوز أمره في الشراء والبيع إلا إذا كان الولي موجوداً لبعضه، أو كان بإذنه، بل الإطلاق كاف في المطلوب.

لكن الظاهر من الحكم بعدم نفوذ أمره في المقام يكون هو ما إذا كان مستقلاً في الشراء والبيع، فلا يشمل ما إذا ساوم وليه متاعاً وعين له قيمته، وأمر الصبي بمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر بقريته استثناء أمر السفیه والضعيف في خبر عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله تعالى: ﴿حتى إذا بلغ أشده﴾؟ قال: «الاحتلام» قال: فقال: يحتلم في ست عشر وسبع عشر ونحوهما؟ فقال: «إذا أتى عليه ثلاث عشر سنة كتبت له الحسنات، وكتبت عليه السيئات، وجاز أمره، إلا أن يكون سفياً أو ضعيفاً...»<sup>(٢)</sup>.

وفي خبره الآخر عنه عليه السلام قال: قال: «إذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشر سنة ودخل في الأربعة عشرة سنة وجب عليه ما وجب على المحتملين، احتلم أو لم يحتلم، وكتبت عليه السيئات، وكتبت له الحسنات، وجاز له كل شيء، إلا أن يكون ضعيفاً أو سفياً»<sup>(٣)</sup>.

حيث إن عدم نفوذ أمر السفیه يكون في مورد لم يكن فيه، إذن من الولي، بأن

(٣) الوسائل ١٣: ٤٣١ ح ١١.

(١) الوسائل ١: ٣٠ ح ٢. (٢) الوسائل ١٣: ٤٣٠ ح ٨.

يكون مستقلاً في فعله، فبعد استثناء أمره من حكم الجواز يعلم أن أمر غير البالغ أيضاً يكون كأمر السفية، فأمر الصبي غير نافذ إذا كان مستقلاً فيه، فحينئذ إن أحرز أن بيع الصبي ماله يكون بإذن الولي أو لا يكون، أو يبيعه مال الغير يكون بإذن المالك أو لا يكون، فهو، وإن لم يحرز فهل يحكم بصحة البيع في صورة الشك أو لا؟

**فنقول: أولاً:** يمكن أن يقال بالصحة، لأجل «اليد» وأن حاله يكون كحال البالغ في أن إبرازه مال الغير وتعريضه للبيع والشراء، وتسلمته على ذلك في الخارج كاشف عن السلطة الحقة الواقعية والإذن عن المالك، وأن ما يفعله المباشر يكون له.

**وبعبارة أخرى:** كما أن «اليد» تكون أمانة على الملكية، تكون أيضاً أمانة على حقيقة السلطة الخارجية، وأنها تكون مشمولة لعموم ذيل موثقة يونس بن يعقوب: في المرأة تموت قبل الرجل، أو الرجل قبل المرأة؟ قال: «ما كان من متاع النساء فهو للمرأة، وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما، ومن استولى على شيء منه فهو له»<sup>(١)</sup>.

لكن إبراز مال الغير وتعريضه للبيع والشراء كاشفاً عن حقيقة السلطة يكون محل التأمل، وادعاء العموم لذيل الموثقة ممنوع، حيث إن الضمير في لفظة «منه» راجع إلى المتاع، فيكون ظاهراً في الملكية.

**وثانياً:** إن قلنا بعدم شمول أدلة أصالة الصحة من سيرة المسلمين وبناء العقلاء، والعسر والخرج وغيرها لفعل الصبي لا يحكم بالصحة، لكن إن قلنا بالشمول فلا إشكال في تقدم أصل الصحة على الأصل الحكمي - أي أصل الفساد وعدم النقل والانتقال إن لم يكن في البين أصل موضوعي - كما إذا كان الشك في

شرائط العقد من الصراحة والماضوية والعريية والموالة ونحو ذلك، حيث لا يكون في البين أصل موضوعي يكون مفاده عدم وقوع العقد بالصراحة مثلاً، لأن العقد حال وقوعه إما أن يكون واجداً للشرط أو لا، فلا يكون في البين أصل، إلا الأصل الحكمي من الفساد وعدم الانتقال، وأصل الصحة مقدم عليه.

وإن كان في البين أصل موضوعي كأصل عدم الإذن من الولي أو المالك في المقام، فإن جعلنا أصل الصحة من الأمارات أو الأصول المحرزة فلا إشكال في تقدم أصل الصحة أيضاً على الإصل الموضوعي، وأما إن كان من الأصول الغير المحرزة فالتقدم يكون محل الإشكال، كما استشكل فيه العلامة الإنصاري رحمته الله (١) وإن كان الأقوى أيضاً التقدم، من جهة أن مفاد أصل الصحة عبارة عن أن هذا البيع سبب للنقل، لكن مفاد أصل عدم الإذن عبارة عن أن هذا البيع لا يكون سبباً فلم يتحقق سبب النقل، فالأصل الموضوعي مثبت، فيكون المرجح هو أصل الصحة. وبالجملة: فما دل على عدم نفوذ أمر الصبي لا يقتضي بطلان إنشائه، إلا أنك قد عرفت دلالة ما دل على رفع القلم عنه على البطلان، ولا تنافي بين ما يكون فيه اقتضاء البطلان وما لا اقتضاء فيه عليه، لكن قد عرفت أنه قد خصص ما دل على رفع القلم عنه بالموارد التي تقدمت الإشارة إليها في المقام الثاني.

الثاني: إجماع العلامة المعتضد بالشهرة المحققة، حيث قال في التذكرة: إن الصغير محجور عليه بالنص والإجماع، سواء كان مميزاً أو لا، في جميع التصرفات إلا ما استثني، كعباداته وإسلامه وإحرامه وتدييره ووصيته، وإيصال الهدية وإذنه في دخول الدار على خلاف في ذلك... (٢).

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.



لكنه يكون محلّ الخدشة: أما أولاً: فمن جهة أن المتيقن منه يكون نفي الاستقلال، مع أن التصرف لا يصدق على إنشاء التملك والتملك. وثانياً: يحتمل أن تكون مدركه الأخبار المتقدمة.

### في الاستدلال بآية الابتلاء على اعتبار البلوغ في صحة المعاملة

الثالث: أنه قد استدلّ بعض المحققين على عدم صحة معاملة الصبي وتصدّقه في ماله حتى بإذن الولي بقوله تعالى في سورة النساء: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم...﴾<sup>(١)</sup> وأن الظاهر من قوله: ﴿فإن آنستم﴾ هو أنه يكون تفرّيقاً على الابتلاء بعد البلوغ لا على الابتلاء، فيكون الشرط لجواز دفع أموالهم إليهم هو الرشد والبلوغ معاً، من جهة أنه لو لم يكن تفرّيقاً على إحراز الرشد بعد البلوغ، بل كان تفرّيقاً على الابتلاء لم يكن معنى لجعل غاية الاختبار هو البلوغ، بل لا بد أن يقال: وابتلوا اليتامى فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم.

إن قلت: إن كان الشرط لجواز الدفع هو الرشد والبلوغ معاً لا معنى لإيجاب الاختبار قبل البلوغ، حيث إن الظاهر من كلمة حتى هو أنها تكون غاية للابتلاء، فلا بد أن يكون مبدأه قبل البلوغ.

قلت: إيجاب الامتحان قبل البلوغ يكون لإحراز الرشد حتى تدفع إليهم أموالهم بمجرد البلوغ، لئلا يكون الولي ممن يأكل أموالهم إسرافاً وبداراً أن يكبروا، فإن الأولياء لو أمرؤا بالابتلاء مقارنة للبلوغ يمكن أن يتحقّق رشد الصبي اتفاقاً قبله، ووقع التأخير في دفع أموالهم إليهم، فأمر الله تعالى بالاختبار من زمان القابلية إلى زمان البلوغ، حتى تدفع إليهم أموالهم من دون تأخير مع بقاء الرشد

الممتحن إلى هذا الزمان<sup>(١)</sup>.

ويؤيد هذا المعنى ما ورد في تفسيرها على ما روى القمّي في تفسيره عن الباقر عليه السلام قال: قال: «من كان في يده مال بعض اليتامى فلا يجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح ويحتلم، فإذا احتلم وجب عليه الحدود وإقامة الفرائض، ولا يكون مضيّعاً ولا شارب خمر ولا زانياً، فإذا أنس منه الرشد دفع إليه المال وأشهد عليه، وإن كانوا لا يعلمون أنه قد بلغ فإنه يمتحن بريح إبطه، أو نبت عانته، فإذا كان ذلك فقد بلغ، فيدفع إليه إذا كان رشيداً، ولا يجوز له أن يحبس عنه ماله ويعتل عليه، أنه لم يكبر بعد»<sup>(٢)</sup>.

وأما ما أفيد للمدعى من كون الشرط لجواز الدفع هو الرشد والبلوغ معاً، إن «إذا» للشرط وجوابها مجموع الشرط والجزاء، وحتى حرف ابتلاء، وغايتها مضمون الجملة التي بعدها، وهو دفع المال عقيب إيناس الرشد الواقع عقيب بلوغ النكاح، وعلى هذا فقوله: «حتى إذا بلغوا، جملة مستأنفة، فيكون خلاف الظاهر من الآية، فقبل بلوغ الصبي ورشده تكون الولاية المستقلة على ماله للولي، وتنقطع ولاية الولي بعد بلوغ الصبي ورشده وتثبت له، ولازم ذلك يكون هو عدم صحة معاملة الصبي وتصرفه في ماله حتى ياذن الولي، لكن بضمّ مقدّمة عقليّة، وهي أنه كما لا يمكن اجتماع مالكين مستقلّين على مال واحد، ولا مالك مستقلّ ومالك كان شريكاً معه، فكذلك لا يمكن اجتماع سلطنتين مستقلّتين ولا سلطنة تامة وناقصة في زمان واحد، فإنّ البرهان على الامتناع واحد في كليهما وهو أنه لا تكون الملكية أو السلطنة إلا إضافة بين المالك أو السلطان والمال، وليستا عبارة عن أمر موهوم، كأنياب الأغوال، حتى يتخيّل للملك مالكان ومسلّطان، والإضافة إذا كانت مرتبطة بشخص على نحو الاستقلال بحيث كان له التصرف في المال

(١) منية الطالب ١٦٩ - ١٧٠، نقلاً بالمعنى لكلام المحقق النائيني. (٢) تفسير القمّي ١: ١٣١.

دون توقّف على إذن غيره، وكان له المنع من تصرف الغير فيه، يمتنع أن يكون في عرض هذا الشخص شخص آخر تكون له هذه الإضافة، تامة كانت أو ناقصة.

### في الخدشة على الاستدلال

لكنه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّه، أولاً: نمنع عدم إمكان اجتماع مالكين مستقلّين على مال واحد.

وثانياً: على التسليم نمنع عدم إمكان اجتماع وليّين مستقلّين على مال واحد، من جهة أنّ معنى كون الشخص مالكاً مستقلّاً على مال واحد عبارة عن أولويّته بالنسبة إليه عن كلّ أحد، بخلاف عنوان الولاية، حيث إنّها عبارة عن كون الشخص أولى بمال المولّى عليه من نفس المولّى عليه، والأول ينافي مع التعدّد، بخلاف الثاني، حيث إنّّه لا ينافيه، كما تكون الولاية للأب والجد بالنسبة إلى مال المولّى عليه، وولاية حكامّ الشرع بالإضافة إلى مال واحد من أموال القاصرين أو الغائبين، ولذا يصحّ جعل وكيلين أو وصيّين مستقلّين على مال واحد.

وثالثاً: على فرض عدم إمكان الاجتماع لا يدلّ على بطلان إنشاء الصبي ومعاملته مع إجازة الولي.

### في الوجوه التي أقيمت على صحّة معاملة الصبي

المقام الرابع: هو أنّك قد عرفت أنّ الأقوى يكون هو عدم صحّة معاملة الصبي، وعلى فرض الشكّ يكون مقتضى الأصل أيضاً عدم الصحّة، يعني عدم ترتّب النقل والانتقال على معاملته.

لكن قد يستدلّ على صحّة معاملته بوجوه: الأول: شمول إطلاق ما ظاهره الوضع، مثل ﴿أحلّ الله البيع﴾ و﴿البيعان بالخيار ما لم يفترقا﴾ بل شمول عموم ما ظاهره التكليف، مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾ و﴿تجارة عن تراضٍ﴾ لبيع غير البالغ،

فتكون لبيعه سببية النقل والانتقال.

ولذا يقال: بصحة عبادة الصبي وشرعيتها منه، وأن إطلاق أوامر المندوبات والواجبات شامل له، غاية الأمر ثبت الرخص من الترك له بالنسبة إلى الأخير بقيام الدليل من الخارج، فعموم ما دلّ على وجوب القيام بمقتضى العقد شامل له، غاية الأمر قام الدليل من الخارج على عدم وجوب الوفاء عليه قبل البلوغ. وبالجملة: فالإطلاقات والعمومات الواردة في باب المعاملات شاملة لبيع الغير البالغ.

إن قلت: لا يصح التمسك لعدم اشتراط البلوغ في صحّة المعاملة بما ظاهره التكليف، مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾ بناءً على كون الحكم الوضعي من سببية البيع للنقل والانتقال منتزعاً من التكليف، كما ذهب إليه العلامة الأنصاري رحمته الله <sup>(١)</sup> حيث لا يجب الوفاء بمقتضى العقد على المميز الغير البالغ؛ قلت: لا يلزم أن يكون منشأ الانتزاع فعلياً، بل يصح انتزاع السببية فعلاً من التكليف الذي يتوجّه إليه بعد البلوغ.

لكن هذا الوجه يكون محلّ الخدشه: من جهة أنه يمكن أن يقال: إن خطابات المعاملات لا إطلاق لها من حيث الأسباب، وعلى التسليم قيّد إطلاقها بالأخبار التي تقدّمت الإشارة إليها في المقام الثاني من مثل «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم» ونحوه.

الثاني: مفهوم قول الصادق عليه السلام على ما روي العلامة في بيع التذكرة: قال: الصادق عليه السلام نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الإمام، فإنها إن لم تجد زنت إلا أمة قد عرفت بصنعة يد، ونهى عن كسب الغلام الذي لا يحسن صنعة، فإن لم يجد سرق <sup>(٢)</sup>.

لكنه يكون محل الخدشة: أما أولاً: فمن جهة أنه لا مفهوم للجملة الوصفية. وثانياً: على التسليم كما أفاده العلامة الأنصاري<sup>(١)</sup> ليس المراد من الكسب في قوله: نهى عن كسب الغلام، معناه الاصطلاحي المصدري أي الكسب معه من البيع والشراء وغيرهما حتى يدل بالمفهوم على صحة المعاملة معه، بل الحاصل من المصدر أي مكتسبه وما يملكه، فيكون معناه أنه إن لم يحسن الصنعة لا يجوز أن يؤخذ منه ما يملكه، وإن أحسن الصنعة يجوز أن يؤخذ منه ما يملكه، من مثل التقاط أو احتطاب أو احتشاش، أو أجرة عن إجارة أوقعها الولي أو الصبي بغير إذن الولي، أو عن عمل أمر به من دون إجارة فأعطاه المستأجر أو الأمر أجرة المثل، فإن هذه كلها ممّا يملكه الصبي لحرمة عمله، لكن يستحب للولي وغيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيها، لاحتمال كونها من الوجوه المحرمة، نظير، رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممن لا يبالي بالمحرّمات، فلا ربط له بصحة المعاملة معه.

لكن ما أفاده يكون محل الخدشة: لعدم القرينة على جعل الكسب بمعنى المكتسب على النهج المذكور.

إلا أن يقال: إن الأخبار المتقدمة في المقام الثاني من مثل «رفع القلم عن الصبي والغلام» لا يجوز أمره في الشراء والبيع تكون قرينة على هذا الحمل، فمقتضى الجمع بينهما وبين هذا الخبر يكون هو ما أفاده<sup>(٢)</sup> فلا يكون دليلاً على الصحة. الثالث: حكاية أبي الدرداء، قال العلامة في كتاب حجر التذكرة: قال أحمد: يصح تصرف غير المميّز في الشيء اليسير، لأن أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبي وأرسله<sup>(٣)</sup>.

لكن يرد عليه أولاً: أنه على فرض أن لا يكون البلوغ شرطاً في صحة المعاملة

في الوجوه التي أُقيمت على صحة معاملة الصبي ..... ٣٠١

لا يجوز تسليم الثمن إلى الصبي.

**وثانياً:** بما أفاده العلامة رحمه الله من أن أبا الدرداء ولو كان من الصحابة، لكن لا حجة في فعله.

**وثالثاً:** بما أفاده العلامة رحمه الله أيضاً من أنه جاز أن يكون قد عرف أنه ليس ملكاً للصبي فأستفذه منه.

لكن أورد عليه في المقاييس: بأن إرساله مناف لذلك، إلا أن يكون مأذوناً فيه، ثم قال: والأولى أن يجاب بما ذكره أولاً، وبعدم ثبوت النقل، وباحتمال الاستئذان من الولي، وتسليم الثمن إليه، أو إرادة الصبي في العرف وإن كان بالغاً في الشرع، ولا عموم في حكاية القضية<sup>(١)</sup> انتهى كلامه رفع مقامه.

**فالإِنصاف:** أن هذه الحكاية تكون مجهولة الوجه، فلا يصح التمسك بها على عدم اشتراط البلوغ في صحة المعاملة.

**الرابع:** آية: الابتلاء، قال العلامة رحمه الله في بيع التذكرة: قال أبو حنيفة وأحمد يصح عقد المميّز بإذن الولي، لقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾<sup>(٢)</sup> وإنما يتحقق الاختبار بتفويض التصرف.

**والجواب:** الابتلاء يثبت بتفويض الاستيلاء والمماكسة وتدير البيع ثم يعقد الولي<sup>(٣)</sup>.

**الخامس:** أن سيرة أهل العرف جارية على إيكال أمر المعاملات إلى الصبي، وتفكيكهم بين الأشياء اليسيرة والخطيرة بعدم إيكال الثاني إلى الصبي غير كاشف عن التدين بذلك وبطلان معاملته عندهم، بل يحتمل أن يكون ذلك على وجه الاحتياط، لعدم الوقوع في الضرر.

(١) مقاييس الأنوار / ١١٣، تأليف الشيخ أسد الله بن اسماعيل الدزفولي الكاظمي (- ١٢٣٧).

(٢) سورة النساء (٤): ٦. (٣) تذكرة الفقهاء ١: ٤٦٢.

لكن ما أحرزنا رضاء المعصوم بذلك، واتصالها بزمانه وعدم ردعه عنها، بل يحتمل أن تكون الأخبار المتقدمة في المقام الثاني رادعة عنها.

فالأقوى يكون هو عدم صحة إنشاء بيع غير البالغ قولاً وإشارة إن كان أخرس، أعم من أن يكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة، وسواء كان لنفسه أو لوليّه، أذن الولي أو لم يؤذن، أو لغيرهما وكلياً كان أو فضولياً، مستقلاً كان في البيع والشراء أولاً.

في أنّه يعتبر في تحقّق مفهوم العقد قصد المتعاقدين لمدلوله

الأمر الثاني: من شرائط المتعاقدين هو أنّه يعتبر قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفّظان به، وتوضيح البحث من ذلك يكون في جهتين: الأولى: هي أنّه لا يتحقّق عنوان العقد ومفهومه إلاّ بأمرين: الأول: أنّه لا يتحقّق عنوان العقد بدون قصد العاقد إلى اللفظ، كما يكون الأمر كذلك في الغالط الذي يتلفّظ باللفظ ولا قصد له إليه، بل يعتبر في تحقّق مفهوم العقد أن يكون العاقد ملتفتاً ومستعملاً للفظ بالإرادة الاستعمالية في المعنى.

الثاني: أنّ صرف استعمال اللفظ في المعنى عن التفات غير محقّق لعنوان العقد، وإلاّ يلزم تحقّقه بتلفّظ الهازل، بل يعتبر علاوة عن كون العاقد قاصداً للإرادة الجدّية أيضاً، بمعنى أن يكون قاصداً لترتب الأثر عليه خارجاً، وإلاّ لم يتحقّق مفهوم العقد، فالعقد لا يتحقّق من الغالط والنائم والهازل، لفقدان الإرادتين في الأولين، والجدّية في الثالث.

وبالجملة: يتحقّق العقد بقصد الإرادتين حتى من الفضولي والمكره.

فما يظهر من جماعة - منهم الشهيد رحمته الله في المسالك من عدم صدق العقد إذا كان موجد المكره، وأنّه قاصد إلى اللفظ دون مدلوله، يعني قاصد للإرادة الاستعمالية دون الجدّية - لا يفهم معناه، حيث إنّ عقده من حيث عنوان العقدية

في أنه يعتبر في تحقق مفهوم العقد قصد المتعاقدين لمدلوله ..... ٢٠٢  
لا يقصر عن عقد غيره، لأجل أنه في صورة عدم اعمال التورية قاصد بكلتا  
الإرادتين.

إلا أن يقال: إن مقصوده من ذلك هو أن المكره قاصد لاستعمال اللفظ في  
المعنى ومريد أيضاً لترتب الأثر عليه خارجاً، لكن لا طيب له بترتب الأثر.  
الجهة الثانية: هي أنه هل يعتبر في تحقق العقد أو تأثيره تعيين المالكين فيما  
إذا أمكن تعدد وجه وقوعه شرعاً، كأن يكون العاقد ولياً أو وكيلاً عن اثنين أو أزيد  
في المعاملة، كما ذهب إليه بعض المحققين<sup>(١)</sup> أو لا يعتبر؟ يمكن أن يقال:  
بالاعتبار وأنه لا يكون التملك مؤثراً، ولا يترتب أثر الملك على العوض بدون  
تعيين المالك بالقصد أو اللفظ، أولاً: لعدم كون المعاملة المبهمة مشمولة  
للعومومات والمطلقات الواردة في باب المعاملات من ﴿أوفوا بالعقود﴾ و﴿أحلل  
الله البيع﴾ ونحوهما، لانصرافها إلى الفرد المتعارف والعقد المعين، يعني صورة  
تعيين المالك.

وثانياً: إن لم يعين الممتلك في العقد يلزم بقاء الملك في الواقع بلا مالك وهو  
محال.

لكن اعتبار تعيين الممتلك لتحقيق مفهوم العقد أو تأثيره بهذين الوجهين  
يكون محل الخدشة: وتوضيح ذلك يتوقف على بيان مقدمات: الأولى: هي أن  
حقيقة المعاوضة تقتضي دخول كل واحد من العوضين في ملك مالك الآخر.  
الثانية: هي أن تعقيب المعاوضة بعد تحققها بما ينال فيها لا يكون موجباً  
لبطلانها، بل كان لغواً.

الثالثة: هي أن الموقوف عليه في باب الوقف والموصى له في باب الوصية  
والزوجين في باب النكاح - مثلاً ركن، فلا يتحقق العقد بدون تعيين الموقوف

(١) هو المحقق الشيخ أسد الله التستري صاحب المقاييس<sup>رحمته</sup> منه المقاييس / ١١٥.



عليه والموصى له والزوجين، حيث إنَّه لا يكون قصد الزوجة في النكاح لكل من يقبل التزويج، بخلاف باب المعاوضة، حيث إنَّ الركن فيها عبارة عن العقد والعوضين، ولا يكون تعيين المالك فيها من الأركان، بل اعتبار التعيين فيها يكون لتحقق مائة العوض، لأجل أنَّ تحقق المائة في الكلِّي يكون بتعيين المالك، فلا يكون تعيين المالك بنفسه شرطاً، بل يكون شرطاً لتحقيق الشرط أي العوض، فلا يكون تعيين المالك شرطاً لتحقيق عنوان العقد ولا لتأثيره، بل يكون مقدّمة لتحقيق الشرط.

### إذا كان العوضان معيّنين لا حاجة إلى تعيين المالكين

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنه إن كان العوضان معيّنين فلا يحتاج في العقد إلى تعيين المالكين لتعيينهما في الواقع، لما عرفت في المقدّمة الأولى من أن ماهية المعاوضة تقتضي دخول كل واحد من العوضين في ملك الآخر، ولذا صرح المشهور بل قيل لم يوجد خلاف في أنه لو دفع إلى غيره مالا وقال: اشتر به لنفسك طعاماً من غير قصد تملك المال له مجاناً، أو من غير قصد الإذن في اقتراض المال قبل الشراء، أو من غير قصد تملك الطعام مجاناً أو من غير قصد الإذن في اقتراض الطعام، أو استيفاء الدين منه بعد الشراء لم يصح.

فعلى هذا لو باع مال نفسه عن الغير وقع لنفسه، وكان قصده عن الغير لغواً، لما عرفت من أن المبادلة تكون بين العوض والمعوّض، فلا يكون قصد الغير موجباً لبطلانها، كما أنه على هذا لو باع مال غيره لنفسه وقع للغير مع إجازته لما عرفت. نعم، إن نزل نفسه منزلة الغير في مالكيّة المبيع لأجل الخطأ في التطبيق يتحقق عنوان المعاوضة له، فإن أجاز المالك وقعت له، وإن كانا كليّين فإن كانت المعاملة لنفس المتعاقدين تعلقاً بدمتهما، وإن دار أمرهما بين أن تكون لهما أو لغيرهما انصرفا إلى نفسيهما، وإن كانت المعاملة لغيرهما فلا بد من تعيين المالكين

إذا كان العوضان معيّنين لا حاجة إلى تعيين المالكين ..... ٣٠٥

فلا يصحّ لو قال مثلاً: بعث متاً من الدهن بخمس قرانات من أحد هذين، لأنّ الكلّي ما لم يسند إلى ذمّة شخص، ولم ينطبق على مصداق خارجي، صرف مفهوم لا يكون مالاً ولا ملكاً، حيث إنّ العقلاء لا يعتبرون الذمّة للمبهم.

إن قلت: على هذا لا يصحّ افتراض الحاكم الشرعي على الزكاة إذا احتاج لبعض مصارفها، وكذا لا يصحّ أن يستدين متولّي الوقف عليه إذا احتاج لعمارته. قلت: إنّ العقلاء يعتبرون الذمّة لمثل عنوان الزكاة والوقف.

لكنّه يكون محلّ الخدشة: حيث لا نسلم اعتبار الماليّة لاحدى الذمّتين، ويؤيد ذلك ما ورد من صحّة عتق أحد العبدین، وطلاق احدى الزوجتين، وبطلان الزائد على الأربع من دون تعيين فيما لو أسلم الوثنى والكتابي على أكثر من أربع نسوة. فالقول بأنّ هذه الأمثلة ثبتت بالتعبّد لا على طبق القاعدة - فإنّ القاعدة لا تقتضي تعلق الطلاق باحدى الزوجتين، فإنّ طلاق القدر المشترك لا معنى له، ولا معيّن في الواقع أيضاً، حتى يتعيّن بالقرعة، فالقاعدة تقتضي البطلان - لا يفهم معناه، حيث إنّ غير المعقول لا يصير بالنصّ معقولاً، بل نستكشف المعقوليّة من الحكم بالصحة.

وإن كان أحدهما كلياً فيعتبر تعيين المالك بالإضافة إلى الكلّي - لما عرفت - لكن قد عرفت الخدشة فيه.

وقد ظهر ممّا ذكر الخدشة في الوجهين المتقدّمين الذين استدلّ بهما على اعتبار تعيين المالكين في العقد.

أما مخدوشية الوجه الأول: فمن جهة أنّ الغلبة الاستعماليّة تكون موجبة للظهور والانصراف، ولكنّ الغلبة الوجوديّة لا تكون منشأً له، ولم يحرز في المقام غلبة استعمال لفظ العقد في البيع الذي يعيّن فيه المالك.

نعم، غلبة وجوده في ذلك متحقّقة، ولكن تعارف تعيين المالكين في العقد وغلبة وجوده فيه لا يكون موجباً لانصراف الأدلّة إلى ذلك.

أما مخدوشية الوجه الثاني، فأولاً: من جهة أن تعيين المالكين ليس بنفسه شرطاً لتحقق العقد ولا لتأثيره، بل يكون مقدّمة لتحقق الشرط، أي ماليّة العوض كما عرفت.

وثانياً: لا نسلّم عدم اعتبار الماليّة لاحدى الذمتين كما عرفت.

وثالثاً: لزوم بقاء الملك بلا مالك مع عدم تعيين المالكين لا يتم في جميع الأقسام المتقدّمة، لأجل أنه إن كان العوضان كليّين لا يتحقق النقل قبل التعيين حتى يبقى الملك بلا مالك.

### في أنه يعتبر في نفوذ عقد البيع وجود الطيب من المالك

الأمر الثالث: من شرائط المتعاقدين، هو أنه يعتبر في نفوذ عقد المالكين الاختيار، يعني الرضا منهما، الذي يكون في مقابل الكراهة لا الجبر، لأنّ الاختيار في مقابل الجبر أعمّ من الرضا، حيث إنّ المكره مختار في فعله، ولكن لا طيب له بترتب الأثر عليه في الخارج، وإجمال الكلام في ذلك يكون في ضمن أمور: الأول: هو أنّ الفعل الواقع في الخارج إمّا أن يكون صادراً على وجه الإيجاب كحركة يد المرتعش، حيث لا يصحّ إسناد الحركة إلى المرتعش بنحو الحقيقة، بل إن أسندت إليه يكون الإسناد على وجه المجاز، ومثل من كُتّف وألقي في مكان وأمثالهما.

وإمّا أن يكون الفعل صادراً من الفاعل على وجه الاختيار، وذلك يكون على أنحاء: تارة يكون الفعل مسبوقاً بالمبادئ الأربعة الاختيارية وممحصّاً فيها من جميع الجهات، بحيث لا ينتهي إلى الأمر الغير الاختياري، والبيع إذا وقع في الخارج بهذا النحو لا إشكال في صحّته.

وأخرى يكون الفعل أيضاً صادراً على وجه الاختيار إلا أنه ناش عن أمر غير اختياري، بمعنى أنّ الفاعل يعالج الأمر الغير الاختياري وما اضطرّ إليه بشيء آخر

في أنه يعتبر في نفوذ عقد البيع وجود الطيب من المالك ..... ٢٠٧

بالاختيار، كأن ابتلي بمرض أو جوع مثلاً، واضطرَّ إلى دفعهما فباع ماله ليدفع بثمنه مرضه، أو ليشتري بثمنه خبزاً لدفع جوعه، والبيع في هذه الصورة أيضاً محكوم بالصحة، حيث إنَّه مع كونه صادراً على وجه الاختيار مقرون بالطيب وعدم الكراهه.

**إن قلت:** حديث رفع الاضطرار يرفع صحة البيع.

**قلت:** لا يرفع الصحة، حيث إنَّ شموله لبيع المضطر منافٍ للامتنان.

وتارة أخرى يكون الفعل صادراً أيضاً على وجه الاختيار، إلا أنه مسبب عن أمر غير اختياري وناش عن ناحية الغير، يعني عن الإكراه الذي عبارة لغة وعرفاً عن حمل الغير على ما يكرهه، بحيث لا يكون له الطيب بترتب الأثر عليه خارجاً، يعني الفاعل يوجد باختياره نفس الفعل الخاص الذي اضطر إليه، كأن أكره على بيع ماله بحيث لو لم يبعه يظنَّ بإيراد الضرر عليه من المكروه - بالكسر - والفارق بوجود الطيب في الصورة الثالثة دون هذه الصورة يكون هو الوجدان، حيث إنَّ النفس مجبولة على كراهة ما يحمله غيره عليه مع الإيعاد عليه بما يشقَّ تحمُّله.

فالإكراه بالإضافة إلى البيع مثلاً، لا يتحقَّق إلا بوجود أمور فيه من إلزام الأمر وطلبه البيع إما باللفظ أو القرائن الحالية، وتوعيده على الترك والظن بإيراد الضرر منه على المكروه أو متعلقه نفساً أو عرضاً بالترك، فالميزان في كون الفعل مكراً عليه هو أن يسقط المكروه - بالفتح - بالإكراه المقترن بإيعاد الضرر عن الاستقلال في التصرف بحيث لا يطيب نفسه بما يصدر منه، فلا يصحَّ البيع في هذه الصورة لعدم الطيب.

**إن قلت:** على هذا يلزم أن يكون العبد مكراً بالإضافة إلى امتثال أمر الشارع،

فلا يصحَّ منه العمل.

**قلت:** أولاً: على فرض تسليم الإكراه في ذلك يكون ذلك من الإكراه بالحق،

نظير إلزام الحاكم الشرعي المديون المماطل عن أداء دينه على بيع ماله لأداء دينه.

وثانياً: لا نسلّم الإكراه في ذلك، حيث إنّه بعد أن تصوّر العبد المصالح التي تكون في أوامر الشارع يحصل له الطيب في إيجادها.

الأمر الثاني: هو أنّه هل الطيب شرط لصحة البيع ونفوذه، أو الإكراه مانع عن ذلك؟ وتظهر الثمرة بينهما في موارد الشك، فإن كان الإكراه مانعاً فإن أحرز فهو، وإن شك في اعتبار شيء في تحقّقه وإنه هل يعتبر في تحقّقه العجز عن التوريّة مثلاً، أو يتحقّق مع إمكانها أيضاً فالشبهة مفهوميّة، فإن وقع البيع بدون التورية مع إمكانها يكون المرجع فيه عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ وإن كان الشك في المصداق وأنّ صدور البيع الفلاني هل كان على وجه الإكراه أم لا، يكون مقتضى الأصل عدم المانع، فالبيع أيضاً محكوم بالصحة.

وإن كان الطيب شرطاً، فإن أحرز فهو، وإن شك في تحقّقه بالشبهة المفهومية يكون المرجع فيها عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ وإن كان في المصداق يكون المرجع هو أصل الفساد.

لكنّ الظاهر هو أنّ ما دلّ على رفع الإكراه يكون مفاده أنّ الطيب غير متحقّق، فالطيب شرط لصحة البيع، كما يكون هو مفاد ﴿إلا أنّ تكون تجارة عن تراضٍ﴾ و«لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» لا أنّ الإكراه مانع عن الصحة.

في أنّه هل يعتبر في تحقّق موضوع الإكراه عدم إمكان التفصي عن الضرر المتوعّد به بغير التورية وبها أو لا؟

الأمر الثالث: هو أنّه هل يعتبر في تحقّق الإكراه الراجع لأثر المعاملات عدم إمكان التفصي عن الضرر المتوعّد به بغير التورية، كعدم إمكان التوصل مثلاً، إلى شخص لدفع ضرر المكروه - بالكسر - أو لا؟ وعلى فرض عدم اعتبار المندوحة في موضوعه بغير التورية هل يعتبر في موضوعه عدم إمكان التورية أو لا؟ أو يفصل بين عدم إمكان التورية وبين عدم المندوحة بغيرها بالاعتبار في الأول دون

هل يعتبر في تحقق موضوع الإكراه عدم إمكان التفصي عن الضرر المتوعد؟..... ٣٠٩

الثاني؟ وتوضيح المختار في ذلك يتوقف على بيان الفرق بين الإكراه المسوغ للمحرّمات وبين الرفع لأثر المعاملات.

فقول: المتبادر من الإكراه يكون هو الإضطرار والإلجاء، فالإكراه في حديث الرفع محمول على الاضطرار، لكن لما عطف فيه الاضطرار على الإكراه يعلم منه أنه أريد فيه المغايرة بينهما، وأن الاضطرار يختص بالحاصل، لا من فعل الغير كالجوع والعطش والمرض مثلاً، والاضطرار الإكراهي بالحاصل من فعل الغير، ولا ينافيه ما ورد في رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام قال: «لا يمين في غضب ولا 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»<sup>(١)</sup>، لأن الإكراه له مراتب أشدها ما كان من السلطان، وواضح أن الاضطرار لا يتحقق عرفاً إلا بالعجز عن التفصي بغير التورية وبالعجز عن التفصي بالتورية معاً، فلا يحصل الإكراه المسوغ للمحرّمات والرفع لأثر المعاملات إلا بالعجز عن التفصي بغير التورية، وبالعجز عن التفصي بالتورية معاً.

لكن يرفع اليد عن اعتبار العجز عن التورية في تسويغ المحرّمات بإطلاق الأخبار المجوّزة للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه، مثل خبر سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام في حديث قال: سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف، قال: «لا جناح عليه...»<sup>(٢)</sup>.

وخبر السكوني عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن علي عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «إحلف بالله كاذباً، ونج أخاك من القتل»<sup>(٣)</sup>.

وخبر أبي الصباح قال: والله لقد قال لي جعفر بن محمد: «إن الله علّم نبيّه التنزيل والتأويل، فعلمه رسول الله صلى الله عليه وآله علماً، قال: وعلمنا والله، ثم قال: ما صنعت

(١) تهذيب الأحكام ٨: ٢٨٦ ح ١٠٥٣. (٢) الوسائل ١٦: ١٣٤ ح ١.

(٣) الوسائل ١٦: ١٣٤ ح ٤.

من شيء، أو حلفتم عليه من يمين في تقيّة فأنتم منه في سعة»<sup>(١)</sup>.  
 خصوصاً إطلاق قصّة عمّار، وهي على ما رواه المفسّرون عن ابن عباس أنّ جماعة أكرهوا وهم عمّار وياسر أبوه وأمه سمية، وصهيب، وبلال، وخبّاب عذبوا وقتل أبو عمّار وأمه فأعطاهم عمّار بلسانه ما أرادوا منه، ثمّ أخبر بذلك رسول الله ﷺ فقال قوم: كفر عمّار، فقال ﷺ: «كلاً أنّ عمّاراً ملئ إيماناً من قرنه إلى قدمه، واختلط الإيمان بلحمه ودمه» وجاء عمّار إلى رسول الله ﷺ وهو يبكي، فقال: ما وراك؟ فقال: شرّ يا رسول الله ﷺ ما تركت حتى نلت منك، وذكرت ألهمتهم بخير، فجعل رسول الله ﷺ يمسح عينيه ويقول: «عادوا لك فعد لهم بما قلت» فنزلت الآية: ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾<sup>(٢)</sup> حيث إنّه لو كان العجز عن التورية معتبراً لأشير إليها فيها، فالإكراه المسوّغ للمحرّم يحصل بالعجز عن التفضّي بغير التورية فقط.

### في الفرق بين الإكراه الرافع لأثر المعاملات والإكراه المسوّغ للمحرّمات

إن قلت: فكيف يكتفى في الإكراه الرافع لأثر المعاملات بأقلّ من ذلك، ولا معنى لتمسّكهم لرفع أثر المعاملات بحديث رفع الإكراه.  
 قلت: الاكتفاء بالأقلّ يكون لأجل أنّه لا يعتبر العجز عن التورية في الإكراه الرافع لأثر المعاملات، لإطلاق ما دلّ على عدم صحّة طلاق المكره وعتقه، ولا العجز عن التفضّي بغير التورية، لأنّ الصحّة وعدمها فيها تدور مدار وجود الطيب وعدمه، لقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾<sup>(٣)</sup>.  
 وقوله: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»<sup>(٤)</sup> وتمسّكهم بحديث رفع

(١) الوسائل ١٦: ١٣٤ ح ٢.

(٢) تفسير القرآن لابن كثير ٢: ٥٨٧ - ٥٨٨، تأليف أبو الفداء اسماعيل بن كثير (٧٧٤).

(٣) سورة النساء (٤): ٢٩. (٤) عوالي اللئالي ٢: ١١٣ ح ٣٠٩.

الإكراه يكون لأجل أنّ الإكراه عندهم مساوق لعدم الطيب، فلا يعتبر في موضوع الإكراه الرافع لأثر المعاملات عدم المندوحة بغير التورية إذا كان الضرر المتوّعد بالإكراه مزاحماً بغرض وضرر أخروي، أو دنيوي آخر يصدق الإكراه وجداناً، كما أفاد العلامة الأنصاري رحمته الله هذا المطلب بقوله: وأما الإكراه الرافع لأثر المعاملات فالظاهر أنّ المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة، وقد يتحقّق مع إمكان التفصّي مثلاً، من كان قاعداً في مكان خاص خال عن الغير متفرّغاً لعبادة أو مطالعة فجاءه من أكرهه على بيع شيء ممّا عنده وهو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره وهو كاره للخروج عن ذلك المكان، لكن لو خرج كان له في الخارج خدم يكفّونه شرّ المكره، فالظاهر صدق الإكراه حينئذ بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء، بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده وتوقّف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خدمه بدفعه وطرده، فإنّ هذا لا يتحقّق في حقّه الإكراه، ويكذب لو ادّعاه، بخلاف الأول إذا اعتذر بكرهه الخروج عن ذلك المنزل، ولو فرض في ذلك المثال إكراهه على محرّم لم يُعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل<sup>(١)</sup> انتهى كلامه رفع مقامه. فلا يعتبر في صدق الإكراه عدم المندوحة بغير التورية.

ولكن يعتبر في موضوعه عدم إمكان إخفاء المقصود، يعني عدم إمكان التورية، حيث إنّه إن لم يور مع الإمكان لا يصدق الإكراه، إلاّ أنّه مع عدم التورية محكوم بحكم الإكراه، لإطلاق ما دلّ على بطلان طلاق المكره وعتقه، مثل خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن طلاق المكره وعتقه؟ فقال: «ليس طلاقه بطلاق، ولا عتقه بعتق»<sup>(٢)</sup>.

وقد ظهر ممّا ذكر عدم تماميّة تفصيل بعض المحقّقين<sup>(٣)</sup> بين التفصّي بالتورية

(٣) هو المحقّق النائيني رحمته الله منه.

(١) المكاسب ٨: ٧٨ - ٨٠. (٢) الوسائل ١٥: ٣٣١ ح ١.



وبغيرها بالاعتبار في الثاني دون الأول، حيث قال: فالأولى أن يقال: بأن التورية لما كانت مغفولاً عنها غالباً، وعلى خلاف طبع الاستعمال، فمع تمكنه منها لو لم يُورِ وأوقع البيع أو الطلاق، فلا يكون إيقاعه ناشئاً عن الاختيار وطيب النفس بوقوع المضمون، بل مع كراهته له أوقع البيع أو الطلاق بمقتضى جبلته التي تقتضي قصد المعنى من اللفظ، وأما مع تمكنه من دفع ضرر المكروه بغير التورية بنحو من الأنحاء فلا محالة إذا لم يتفصّر فهو راضٍ بوقوع المضمون خارجاً<sup>(١)</sup>.

وجه عدم تمامية هذا التفصيل: هو أنك قد عرفت أنه لا يصدق الإكراه مع التمكّن من التورية، إلا أنه محكوم بحكم الإكراه شرعاً، لإطلاق ما دلّ على بطلان طلاق المكروه وعتقه، ولكن يصدق الإكراه مع التمكّن من غير التورية إذا كان الضرر المتوقع بالإكراه مزاحماً بضرر أخروي، أو دنيوي آخر.

### في أنه لا يصح بيع المُكروه

الأمر الرابع: هو أن الحكم في بيع المُكروه يكون هو عدم الصحة وتدّل عليه الأدلة الخاصة والعامة، أما الأدلة الخاصة فعبارة عن الأخبار الواردة في العتق والطلاق واليمين وهي كثيرة: منها: خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن طلاق المُكروه وعتقه؟ فقال: «ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق»<sup>(٢)</sup>.

ومنها: خبر يحيى بن عبد الله بن الحسن، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: «لا يجوز طلاق في استكراه، ولا يجوز يمين في قطيعة رحم...إنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه ولا ضرار»<sup>(٣)</sup>.

ومنها: خبر عبد الله بن سنان قال: أبو عبد الله عليه السلام: «لا يمين في غضب، ولا في قطيعة رحم، ولا في جبر، ولا في إكراه» قال: قلت: أصلحك الله وما الفرق بين

(١) منية الطالب ١: ١٨٩ - ١٩٠.

(٢) الوسائل ١٦: ٣٣١ ح ١.

(٣) الوسائل ١٥: ٣٣١ ح ٤.

في أنه لا يصح بيع المُكره ..... ٢١٣

الجبر والإكراه؟ فقال: «الجبر من السلطان، ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب، وليس ذلك بشيء»<sup>(١)</sup>.

ومنها: خبر البيزنطي عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ فقال: «لا، ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه، وما لم يطيقوا وما أخطأوا»<sup>(٢)</sup>. وأما الأدلة العامة: فكقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(٣)</sup>. وقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»<sup>(٤)</sup>. وقوله صلى الله عليه وآله: «رفع ما استكرهوا عليه»<sup>(٥)</sup>.

إن قلت: <sup>(٦)</sup> حديث رفع الإكراه وارد في مورد الامتنان، والامتنان يكون في رفع الحكم التكليفي - أي اللزوم - فلا يرفع الحكم الوضعي أي الصحة. قلت: يستفاد من استشهاد الإمام عليه السلام به في خبر البيزنطي - المتقدم على عدم صحة الطلاق والعتاق، وصدقة ما يملك مع الإكراه على الحلف بها - أن الرفع في الحديث لا يختص برفع اللزوم، بل أريد منه الأعمّ الشامل لرفع الحكم الوضعي أيضاً، وعدم صدور الجواب منه عليه السلام بأنّ الحلف بها باطل مع الاختيار، وإعمال التقيّة فيه لا يضرّ بالاستدلال، حيث إنّ التقيّة منه عليه السلام يكون في تطبيق الخبر على المورد لا في بيان الحكم الواقعي.

إن قلت: يحتمل أن يكون إعماله التقيّة في الحكم الواقعي وأنّ المرفوع بالحديث عنده عليه السلام كان مختصاً برفع الإلزام، وتمسّكه بالحديث لرفع الأعمّ كان لأجل التقيّة، فلا يصير دليلاً على المدعى.

قلت: هذا المعنى يكون خلاف الظاهر من الاستشهاد، حيث إنّ الظاهر من

(١) تهذيب الأحكام ٨: ٢٨٦ ح ١٠٥٣. (٢) الوسائل ١٦: ١٣٦ ح ١٢.

(٣) سورة النساء (٤): ٢٩. (٤) عوالي اللئالي ٢: ١١٣ ح ٣٠٩.

(٥) عوالي اللئالي ١: ٢٣٢ ح ١٣١.

(٦) المستشكل هو العلامة الأنصاري منه، المكاسب ٨: ٥٦ - ٥٧.

استشهاده عليه السلام بالحديث هو أنه أرجعهم إلى المعنى العرفي، وأن المستفاد منه عرفاً يكون هو الأعم.

### في أنه يصح بيع المكره إذا رضي به

الأمر الخامس: هو أنه إذا رضي المكره ببيعه هل يحكم بصحته ويترتب عليه الأثر من النقل والانتقال أو لا؟ والبحث في ذلك يكون من جهات: الأولى: هي أنه على فرض الصحة هل الحكم بالصحة يكون على طبق القاعدة أو على خلافها، وأن الصحة تحتاج إلى قيام الدليل من الخارج؟ والظاهر هو الأول، كما هو المشهور بين المتأخرين، لعدم اعتبار تعيين الرضا المقارن في الصحة، بل مطلق الطيب كافٍ في ذلك.

وبعبارة أخرى: عقد المكره لا يكون أدون من عقد غيره، حيث إنه قاصد للفظ ومدلوله وقصد تحققه في الخارج، فعقده مشتمل على جميع شرائط التأثير سوى الطيب، واعتباره أعم من المتقدم والمقارن والمتأخر، فإذا لحقه الطيب يؤثر المقتضي أثره، ويكون مشمولاً لـ ﴿أحل الله البيع﴾ و ﴿أوفوا بالعقود﴾ وغيرهما من المطلقات، فيكون الحكم بالصحة في بيع المكره على طبق القاعدة، بل الحكم بالصحة فيه يكون أولى من الفضولي، لأنه علاوة عن اشتراكه مع الفضولي في وجود الطيب من المالك مشتمل على أمر زائد، وهو صدور العقد من المالك، وذلك مفقود في الفضولي، فتكون الصحة في المقام أولى من الفضولي كما أفاده العلامة الأنصاري رحمته الله (١).

إن قلت: إذا كان الحكم بالصحة في المقامين على طبق القاعدة لا وجه لأولوية الصحة في المقام.

فيما استدلّ به على عدم قابليّة عقد المُكره للصحة بالرضا المتأخّر ..... ٣١٥

قلت: الصحة في المقام تكون أولى، ولو كانت في المقامين على طبق القاعدة، من جهة أنّ الحكم بصحة العقد إذا كان العاقد غير المالك بعيد عن ذهن العرف، ولكنّ الحكم بالصحة غير بعيد عن ذهن العرف إذا كان العاقد هو المالك، فالحكم بالصحة في المقام أولى من الصحة في الفضولي.

إن قلت: الحكم بالصحة في الفضولي أولى من الحكم بالصحة في المقام؛ لوجود الطيب للعاقد في الفضولي دون المقام.

قلت: لا دخل لطيب العاقد في الصحة، بل الصحة تدور مدار طيب المالك. إن قلت: إن كان الحكم بالصحة في الفضولي على خلاف القاعدة، يعني يعتبر في صحة بيع مال الغير إذنه سابقاً أو مقارناً للبيع، فبيع مال الغير بدون أحدهما باطل، فحينئذ إن قلنا بالصحة في الفضولي لأجل ما استدلّ به على صحته من النصّ الخاص لا وجه للحكم بأولوية الصحة في المقام.

قلت: الحكم بالصحة في المقام أولى من الفضولي، ولو كان الحكم بالصحة في الفضولي على خلاف القاعدة، لأنّه أحرزنا بالقطع أنّ المناط في الصحة في المقامين يكون هو طيب المالك، فالصحة في المقام بضميمة ما عرفت من صدور العقد من المالك أولى من الفضولي.

استدلّ على عدم قابليّة عقد المُكره للصحة بالرضا المتأخّر، والخذشة فيه

الجهة الثانية: هي أنّه قد استدلّ على عدم قابليّة عقد المُكره للصحة بالرضا المتأخّر بوجوه: الأول: أنّه يعتبر في صدق العقد ومفهومه مقارنة طيب نفس المالك حين العقد، وذلك مفقود في عقد المُكره، فلا يتحقّق العقد للمُكره حتى يصير مؤثراً بعد حصول رضاه.

لكنّه يكون محلّ الخدشة، أولاً: من جهة أنّك عرفت أنّ عقد المُكره من حيث العقدية لا يكون أدون من سائر العقود، فإذا تعقّب الرضا يصير تاماً في التأثير.

وثانياً: يكون لازمه عدم كون عقد الفضولي أيضاً عقداً حقيقية، لعدم طيب نفس المالك فيه أيضاً حين العقد.

الثاني: أنه يعتبر طيب نفس العاقد في تأثير عقده.

لكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة، أولاً: كما قيل: من جهة أنه غير وارد فيما إذا كان المالك مُكرهاً على التوكيل والعاقد مختاراً.

نعم، يتوجه هذا الإشكال فيما إذا كان المُكره هو المالك العاقد، وما إذا كان المالك أكره العاقد.

وثانياً: لا دليل على اعتبار اختيار العاقد من حيث إنشائه، لأنّ العقد من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المالك المُكره.

وثالثاً: يكون لازمه عدم صحّة بيع المُكره بحق، وكون إكراهه على العقد تعبدياً لا لتأثير فيه.

الثالث: أنه يعتبر مقارنة طيب النفس للعقد في تأثيره شرعاً، لأنّ العقد بدون ذلك غير مشمول لـ ﴿أحلّ الله البيع﴾ و﴿أوفوا بالعقود﴾ وغيرهما من المطلقات. وبعبارة أخرى: قد أشتهر بينهم أنّ عناوين العقود موضوعة للمسببات، والمُكره في إرادته المسبب مقهور، فلا يندرج عقده تحت الإطلاقات.

وقد أورد عليه أولاً: بأنّ هذا الاعتبار لا شاهد له، مدفوع بالإطلاقات.

وثانياً: قيل<sup>(١)</sup>: بأنّ خروج عقد المُكره عن المطلقات لا وجه له، لأنّ المنشآت بالعقود ليست من باب المسببات، بل هي أفعال من الموجب والقابل، وذلك لأنّ المسبب إما أن يكون أمراً مترتباً على فعل إعدادي من شخص، بحيث لا يكون بين هذا الفعل والأثر المترتب عليه فعل فاعل مختار، وإن كان بين الفعل وهذا الأثر وسائط كثيرة، كالوقوع في البئر المترتب على حفر الحافر في الطريق العام،

(١) القائل هو المحقق النائيني رحمته الله منه، منية الطالب ١: ١٩٨، والكلام منقول بالمعنى.

فيما استدَلَّ به على عدم قابليَّة عقد المُكره للصحة بالرضا المتأخَّر ..... ٢١٧

فإنَّ وقوع الأعمى فيه مستند إلى الحافر، وإن لم يوجد إلا فعلاً إعدادياً، وإمَّا أن يكون فعلاً توليدياً من إيجاد الفاعل الجزء الأخير من العلة التامة، كالإحراق المترتب على الإلقاء في النار، والملكية المترتبة على الحيابة، ولا خفاء في أن المنشأ بالعقد لا يكون من كلا القسمين، بل هو من قبيل الإيلام الحاصل بالضرب، وعنوان ثانوي لفعل الفاعل، والفاعل ابتداءً يوجد هذا العنوان، ويتعلَّق إرادته به، أولاً لكونه تحت قدرته بلا واسطة، فإنَّ المتكلم ابتداءً يوجد المعنى، واللفظ ليس بمنزلة السبب والمعنى بمنزلة المسبب، بل حال المنشأ بالعقد حال الكتابة التي هي ابتداءً فعل الكاتب، وحال النجارة التي هي فعل النجار، وكما أنَّ خلق الصور الذهنية فعل من النفس، كذلك كتابتها وتكلمها وتجاريتها ونجارتها أفعال منها، غاية الفرق أنَّ خلق الصور لا يحتاج إلى آلة، والتكلم يحتاج إلى تحريك اللسان، والكتابة إلى القلم، والنجارة إلى القدوم، فإذا كان تلفظه بهذه الألفاظ فعلاً له، فالأثر الحاصل منها فعل له أيضاً بلا واسطة، لأنَّ في جميع المصادر إسم المصدر الحاصل منه لا يباينه إلا اعتباراً، فهو هو وجوداً وإن اختلفا اعتباراً، فأثر الفعل لو انتسب إلى الفاعل يسمَّى تأثيراً ومصدرأ، ولو انتسب إلى المفعول يسمَّى إسم المصدر وتأثراً.

وبعبارة أخرى: لا تفاوت بين الإيجاد والوجود إلا اعتباراً.

وبالجملة: فليس المنشأ بالعقد من قبيل المسبب، والعقد من قبيل السبب، بل من قبيل الإيجاد بالآلة، والمُكره وإن كان مقهوراً في إيجاد المنشأ، إلا أنه لا دليل على اعتبار الاختيار في الإيجاد، فيصدق البيع على بيع المُكره قبل الرضا وبعده، وإمَّا أخرجته أدلة اعتبار الرضا عن حكم البيع، فلا يكون في حال من الأحوال خارجاً موضوعاً حتى يقال: كيف يخرج عنه في حال ويدخل فيه في حالة أخرى. لكن هذا الجواب الثاني يكون محل الخدشة: من جهة أنَّ المراد من اتِّحاد الإنشاء مع المنشأ إن كان هو الاتِّحاد الخارجي فهو فاسد، حيث إنه ينفك المنشأ

عن الإنشاء فيما إذا لم تكن المألية للمبيع، وإن كان هو المفهومى فهو أيضاً فاسد، لأن اللفظ طريق إلى المعنى، والطريق مغاير مع ذى الطريق، مع أنه مستلزم لاجتماع اللحاظ الآلى والاستقلالى فى شىء واحد.

وبالجملة: فالمنشأ بالعقد يكون من قبيل المسبب، والعقد سبب له، فالمتيقن فى الجواب حينئذ هو أن يقال: إن المقهورية فى المسبب لا يخرج العقد عن الاختيارية، لأن المناط فى اختيارية العقد هو أن يكون المنشىء بالعقد قاصداً للفظ ومدلوله، وذلك حاصل فى عقد المكره، فعقده مشمول للمطلقات.

الرابع: هو أن المطلقات على فرض شمولها لبىع المكره خصصت بالأدلة الدالة على اعتبار الرضا المقارن، منها: آية: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(١)</sup> حيث تدلّ إمّا بمفهوم الوصف أى إلا أن التجارة الصادرة عن تراضى المتعاقدين تكون محللة، أو الحصر المستفاد من الاستثناء على اعتبار سبق التراضى فى العقد، وأن جواز الأكل منحصر فى التجارة التى كانت ناشئة عن التراضى، وذلك مفقود فى عقد المكره، فعقده باطل.

لكن دلالتها على اعتبار الرضا المقارن تكون محلّ الخدشة: إمّا من حيث الوصف فمن جهة أن مفهوم الوصف بناءً على اعتباره يكون فى مقام لم يكن وارداً مورد الغالب، وفى المقام وارد مورد الغالب، حيث إن التجارات غالباً تكون مسبقة بالتراضى.

إن قلت: القيد فى المقام أعنى قوله: عن تراض، يكون فى مقام الاحتراز، فيدلّ على عدم كفاية الرضا اللاحق.

قلت: نسلم أن الأصل فى القيد أن يكون احترازياً، لكن يكون ذلك فى مقام لم يكن القيد وارداً مورد الغالب.

فيما استدلّ به على عدم قابليّة عقد المُكره للصحة بالرضا المتأخّر ..... ٣١٩

وأما عدم دلالتها على اعتبار الرضا المقارن من حيث الاستثناء، فتوضيح ذلك يتوقّف على بيان مقدّمة: وهي أنّ المستثنى على المشهور بين أهل الأديّة متّصل ومنقطع، أمّا المتّصل فهو المخرج عن متعدّد لفظاً أو تقديرأ، ولا يمكن تعريفهما بنحو كانا داخلين تحت جامع وحدّ واحد، لاختلاف ماهيّتهما.

وبالجملة: المتّصل على قسمين: متّصل غير مفرّغ، وهو الذي ذكر فيه المستثنى منه في الكلام، مثل ما جائني القوم إلا زيد أو زيداً مثلاً، ومتّصل مفرّغ، وهو الذي لم يذكر فيه المستثنى منه، يعني لفظة القوم، أو أحد مثلاً، في الكلام، مثل ما جائني إلا زيد.

ووجه تسميته بالمفرّغ، هو أنّه فرّغ له العامل عن المستثنى منه، فيكون المراد بالمفرّغ: المفرّغ له، ولا إشكال في أنّ هذين القسمين مفيدان للحصر عرفاً.

وأما المنقطع، وهو المذكور بعد إلا، غير مخرج عن متعدّد، لعدم دخوله في المستثنى منه، كهذه الآية المباركة، حيث إنّ الأكل عن الحلال لا يكون داخلاً في الأكل بالباطل، بل تكون بينهما المباشنة، فليس باستثناء حقيقة، بل صورة استثناء، ولذا قالوا: إنّ المنقطع يكون بمعنى الاستدراك، فيكون معنى الآية: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ أي بما لم يجوّزه الشرع كالغصب والنهب والسرقة والقمار والربا، ولكن كون تجارة عن تراض غير منهبي عنه، فلا تكون الآية مفيدة للحصر.

إلا أنّه عزّف الرضي الملقّب بـ «نجم الأئمة»: الاستثناء مطلقاً بجامع وحدّ واحد، بحيث يدخل فيه المنقطع وتبعه شيخنا بهاء الدين العاملي<sup>(١)</sup> فيكون المنقطع عنده مفيداً للحصر، حيث قال في شرحه: «حقيقة المستثنى متصلاً كان أو منقطعاً هو المذكور بعد إلا وأخواتها، مخالفاً لما قبلها نفياً وإثباتاً... فقد تبين أنّ

(١) الصمدية، النوع الرابع، ما يرد منصوباً وغير منصوب وهو أربعة الأول: المستثنى.



المتصل ليس هو المستثنى من الجنس كما زعم بعضهم<sup>(١)</sup>.  
لكنه يكون محلّ الخدشة: حيث إنّه لا يكون حدّاً حقيقياً، بل تعريف لفظي،  
فالمنقطع ليس باستثناء، فلا يكون مفيداً للحصر.

ثم إن العلامة الأنصاري<sup>رحمته الله</sup> استشكل على من استدلّ باستثناء الآية على اعتبار  
تعيين الرضا المقارن: بأن الاستثناء منقطع غير مفرّغ<sup>(٢)</sup>.

وقد أورد عليه بعض المحققين<sup>(٣)</sup> بقوله: وأمّا ما أفاده المصنّف<sup>رحمته الله</sup> من منع  
دالتها على الحصر مع تسليمه دلالتها على اعتبار الرضا المقارن للعقد، ففيه أولاً:  
أن كلامه هنا مناف لمختاره في سائر الأبواب، فإن استدلاله بها على أصالة اللزوم  
لا يتم إلا على فرض دلالتها على الحصر، لأن الأكل بالفسخ لو لم يكن حلالاً  
فلا وجه له إلا عدم كونه تجارة عن تراض، فيجب أن يكون أكل الحلال منحصرأ  
بالتجارة عن تراض.

وثانياً: لا وجه لإشكاله في الحصر إلا كون المستثنى منقطعاً، وأمّا كونه غير  
مفرّغ فلا دخل له في الإشكال، مضافاً إلى أنه قيد توضيحي، لأن الاستثناء المنقطع  
لا ينقسم إلى قسمين: مفرّغ وغير مفرّغ، لأن كلّ مفرّغ لا محالة الاستثناء فيه  
متصل، لأنه لا موجب لتقدير المستثنى منه معنى لا يشمل المستثنى، فلو قيل ما  
جائني إلا حمار فيقدر ما جائني حيوان، فيصير متصلاً.

وبعبارة أخرى: المتصل ينقسم إلى قسمين: مفرّغ وغيره، والمفرّغ مفيد  
للحصر قطعاً، والمنقطع لا يكون إلا غير مفرّغ، وكونه غير مفرّغ لا يوجب عدم  
إفادته الحصر، لأنه بناء على عدم إفادة غير المفرّغ الحصر، فإنما هو في المتصل  
لا المنقطع، فإنه مفيد له ولو كان المستثنى منه المذكوراً، بل هو أبلغ في الحصر من  
المتصل المفرّغ، لأنه لا يصحّ التعبير بالانقطاع إلا فيما كان بين المستثنى منه

(١) شرح الكافية ١: ٢٢٤، أفست المكتبة المرتضوية طهران.

(٢) المكاسب ٨: ٢٠٢.

(٣) هو المحقق النائيني<sup>رحمته الله</sup> منه.

فيما استدّل به على عدم قابليّة عقد المُكره للصحة بالرضا المتأخّر ..... ٢٢١

والمستثنى ارتباط ما ومناسبة في الجملة، فكُلّ ما يناسب مع المستثنى منه يخرج عنه بإداة الاستثناء، ولا يبقى إلا خصوص المستثنى، فقوله: ما جائي إلّا حمار أي من كلّ من احتمال أن يجيء من القوم ومن دوابهم ما جائي إلّا حمارهم، فانهصر الجائي بالحمار وهكذا مفاد الآية الشريفة، أي كلّ كسب واكتساب أكل بالباطل إلّا الكسب عن الرضا.

**وبالجملة:** وجه توهم عدم إفادة الاستثناء المنقطع للحصر عدم محصوريّة المستثنى بالخروج وكون الخارج ممّا لا يتناهى، فإنّ المنقطع من القوم ليس خصوص الحمار، فإنّ البقر والفرس وغيرهما أيضاً غير داخل في القوم، فلا يفيد نفي المجيء عن القوم وإثباته للحمار اختصاصه به، لإمكان اشتراك سائر الحيوانات معه.

وهذا التوهم فاسد، فإنّ المستثنى في المنقطع ليس كلّ ما لا يرتبط بالمستثنى منه حتى يكون ممّا لا يتناهى، بل لابدّ في صحة المستثنى المنقطع من عناية وتنزيل، فينحصر فيما يناسب مع المستثنى منه ولو كان أدنى مناسبة، فإذا انتفى المجيء من القوم وما يناسبهم وانهصر الجائي في الحمار فيفيد اختصاص الحكم به ونفيه عمّا عداه، ففي الحقيقة كلّ منقطع راجع إلى المتصل.

هذا، مضافاً إلى أنّه لا يمكن في خصوص المقام عدم إفادة الجملة للحصر، لأنّ أكل المال بالباطل لا يمكن أن يكون حلالاً في مورد من الموارد، فيكون الاستثناء في المقام من قبيل التخصّص لا التخصيص، لأنّه لم يستثن موضوع من الموضوعات من حكم الأكل بالباطل، بل التجارة عن تراض مغايرة للأكل بالباطل، ويكون مفاد الآية الشريفة أنّ كلّ كسب واكتساب متداول بينكم من النهب والسرقة والقمار أكل للمال بالباطل إلّا التجارة عن تراض فإنّها ليست كذلك، فيكون قوله عزّ من قائل: «بالباطل» بمنزلة التعليل لقوله: ولا تأكلوا، فيرجع مفاد المعلّل والتعليل إلى قوله: «ولا تأكلوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه، لأنّ

كَلَّ وجه باطل إلا التجارة عن تراض» وهذا راجع إلى المتصل<sup>(١)</sup> انتهى كلامه رفع مقامه.

ولا يخفى أن الإشكال الأول وارد على العلامة الأنصاري رحمته الله لأجل أنه استدل في مسألة المعاظة بالجملة المستثنى منها على اللزوم، حيث قال: «ويمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها، حيث إن أكل المال ونقله عن مالكه بغير رضا المالك أكل بالباطل»<sup>(٢)</sup> انتهى كلامه رفع مقامه، وواضح أنه لا يتم الاستدلال بتلك الجملة على اللزوم إلا على فرض دلالتها على الحصر، كما أفاده المورد رحمته الله. ولكن الإيراد الثاني غير وارد أولاً: من جهة أن الاستثناء المنقطع كما عرفت يكون بمعنى الاستدراك، فلا يحتاج إلى ارتباط بينه وبين المستثنى منه، فلا يكون راجعاً إلى المتصل فغير مفيد للحصر.

وثانياً: أنه أعمل التناقض في مقام تقريب الاتصال، حيث إن قوله: مضافاً إلى أنه لا يمكن في خصوص المقام عدم إفادة الجملة للحصر، لأن أكل المال بالباطل لا يمكن أن يكون حلالاً في مورد من الموارد، فتكون الاستثناء في المقام من قبيل التخصيص لا التخصيص... بيان للانقطاع لا الاتصال.

وثالثاً: ما أفاده في معنى الآية من جعل قوله: «بالباطل» خير لمبتدأ، وجعل الاستثناء متصلاً، قول ضعيف، ويكون خلاف الظاهر من الآية، حيث إن التقدير يكون خلاف الأصل، والظاهر منها هو أن قوله: «بالباطل» يكون متعلقاً بالفعل، أي بلا تأكلوا، لا أنه خير لمبتدأ مقدر.

**وبالجملة:** فالظاهر منها هو أن الاستثناء فيها منقطع، فلا يكون مفيداً للحصر كما عرفت.

**ومنها:** قوله رحمته الله في النبوي المشهور: «رفع ما استكروهوا عليه»<sup>(٣)</sup> حيث يدل

(١) منية الطالب ١: ١٩٩. (٢) المكاسب ٦: ١٨٤. (٣) عوالي اللئالي ١: ٢٣٢ ح ١٣١.

فيما استدّل به على عدم قابليّة عقد المُكره للصحة بالرضا المتأخّر ..... ٣٢٣

على رفع الحكم بالإضافة إلى الفعل المُكره عليه.  
وقد أورد عليه أولاً: بما حاصله، أنّه يرفع ما يكون منافياً للامتنان كاللزوم،  
فلا يرفع الحكم مطلقاً حتى الحكم الوضعي.  
لكن قد عرفت الخدشة فيه في الأمر الرابع.

وثانياً: بأنّه يدلّ على أنّ الحكم الثابت للفعل المُكره عليه لو لا الإكراه يرتفع  
عنه إذا وقع مُكرهاً عليه، كما هو معنى رفع النسيان والخطأ أيضاً، وأنّه كما أنّ ترك  
التشهُد في الصلاة عمداً موجب لبطلانها، والقتل عمداً موجب للقصاص من  
القاتل، ورفع النسيان والخطأ يرفعان هذا الأثر العمدي، ولا يرفعان ما يجيء من  
ناحيتهما من وجوب سجدة السهو والدية، لأنّ ما يكون مثبتاً للشيء لا يمكن أن  
يكون رافعاً له، وإلّا يلزم اجتماع النقيضين، كذلك يكون العقد مع قطع النظر عن  
الإكراه سبباً مستقلاً للنقل والانتقال.

وقوله: رفع ما استكرهوا يرفع سببته المستقلّة لا الناقصة، لأنها لم تكن ثابتة  
للعقد مع قطع النظر عن الإكراه، بل يثبت به، فلا يعقل أن ترتفع بالإكراه، فإذا انظمّ  
اليها الطيب يصير السبب تاماً.

إن قلت: هذا الحديث حاكم على الإطلاقات، فتقيّد الإطلاقات بالمسبوقيّة  
بطيب النفس، فعقد المُكره باطل وإن تعقّب الرضا، لأنّ ثبوت السبب الناقصة لترك  
التشهُد يكون لقيام الدليل من الخارج، وذلك مفقود في المقام، فلا دليل على  
صحة عقد المُكره بعد تعقّب الرضا، فيكون المرجع فيه أصل الفساد.

قلت: إنّ الإطلاقات المفيدة للسبب المستقلّة قيّدت بالأعم من الطيب السابق  
واللاحق، لأنّ قوله سَلَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رفع ما استكرهوا» مساوق لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ  
تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.

وقد ظهر من ذلك الخدشة في بيان من قال<sup>(١)</sup> بارتفاع الأثر الناقص بهذا الحديث، بأن الإطلاقات قيّدت بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ ونتيجة هذا التقييد تكون صحة العقد المرضي به سبقه الرضا أو لحقه. ثم، نتيجة حكومة حديث الرفع على المطلقات المتقيّدة تكون اعتبار الرضا السابق، وذلك مفقود في عقد المُكره، فعقده باطل وذلك لما عرفت من أنّ حديث الرفع والآية يكونان في مساق واحد، لأجل أنه ليس الإكراه عنواناً مستقلاً غير خلوّ عقد المُكره عن الطيب، فعلى هذا لا حكومة للحديث على المطلقات، بل لا معنى لذلك، لأنّ العقد المرضي به سابقاً لا يعقل أن يعرض عليه الإكراه، والمرضي به لاحقاً يعرض الإكراه على الموصوف، يعني البيع قبل الرضا، فلا تأثير له قبله، فإذا انضم إليه الرضا يصير السبب تاماً.

وبالجملة: فالعقد المُكره عليه يكون بعض المؤثر التام، وهذا لا يرتفع بالإكراه لأنه يثبت به، وما يكون مثبتاً للشيء لا يمكن أن يكون رافعاً له، وإلا يلزم اجتماع النقيضين.

إن قلت: إنّ أدلة الإكراه كما ترفع السببية المستقلة التي أفادتها المطلقات قبل التقييد كذلك ترفع مطلق الأثر عن العقد المُكره عليه، لأنّ التأثير الناقص أيضاً استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالأعم من الرضا اللاحق، فلا يبقى شيء حتى ينضم إليه الرضا اللاحق.

قلت: أولاً: أنّ الأثر الناقص يثبت بالإكراه فلا يعقل أن يرتفع به لما عرفت. وثانياً: أنّ المراد من الرفع ليس هو الرفع التكويني حتى يتغير البيع، والأثر الناقص عمّا وقع عليه، بل المراد منه يكون هو الرفع التشريعي، فالأثر التكويني البيعي لا يرتفع بحديث الرفع، لأنه يرتفع به ما كان أمر وضعه ورفعته بيد الشارع،

(١) القائل هو المحقق السيّد البيزدي رحمته الله في حاشيته على المكاسب، منه، / ١٢٧.

فيما استدَلَّ به على عدم قابليَّة عقد المُكره للصحة بالرضا المتأخَّر ..... ٣٢٥  
والأثر التكويني البيعي لا يكون كذلك، فبيع المُكره إذا تعقَّبه الرضا منه يكون  
محكوماً بالصحة.

إن قلت: بعد أن يكون حديث الرفع رافعاً للسبب التام لا الناقص - بناءً على  
كون الرضا المتأخَّر ناقلاً - يكون البيع جزء المؤثِّر، لا يكون حديث الرفع رافعاً له،  
ولكن بناءً على كون الرضا المتأخَّر كاشفاً يكون السبب تاماً فيكون حديث الرفع  
رافعاً له.

قلت: إن قلنا بالكشف لا نقول بالحقيقي منه، حيث إن معنى الكشف الحقيقي  
هو أنه لا موضوعية للإجازة، بل تكون طريقاً إلى أن العقد كان مؤثِّراً من حين ما  
وقع، والحال أنه لا إشكال في موضوعية الإجازة وكونها دخيلة في تأثير العقد،  
فليس المراد من الكشف هو الكشف الحقيقي، بل المراد منه يكون هو الكشف  
الحكمي، وعلى هذا كون الرضا المتأخَّر كاشفاً يكون مثل كونه ناقلاً، فيكون العقد  
جزء المؤثِّر، فلا يكون حديث الرفع رافعاً له - لما عرفت - فبيع المُكره إذا تعقَّبه  
الرضا منه يكون محكوماً بالصحة.

ومنها: قوله عليه السلام: «لا يحلُّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»<sup>(١)</sup> حيث يدلُّ  
على عدم نفوذ بيع مال الغير بدون الطيب المقارن.

لكن الاستدلال به على اعتبار الطيب المقارن يكون محلَّ الخدشة: من جهة أن  
الظاهر منه يكون هو الحلُّ التكليفي، وأنه لا يجوز التصرف في مال الغير إلا  
برضاه، لا الحلُّ الوضعي.

الخامس: النقص ببيع الهازل، حيث لم يقولوا بصحته بعد لحوق الرضا.  
لكنَّ النقص بذلك يكون محلَّ الخدشة: حيث إن قياس بيع المُكره ببيع الهازل  
يكون مع الفارق، لأنَّ المُكره يكون له القصد إلى اللفظ، والقصد إلى وقوع مدلوله

(١) عوالي اللئالي ٢: ١١٣ ح ٣٠٩.

في الخارج دون الهازل.

### في أنه هل الرضا المتأخر ناقل أو كاشف عن سبق الملك

الجهة الثالثة: هي أنه هل الشرط يعني الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟ وإجمال البحث في ذلك يكون من جهتين: الأولى: هي أن الشرط الذي يكون مصبّ البحث عبارة عن كل شرط كان تنفيذاً لما وقع من أجزاء العقد مثل الإجازة، وأما ما كان من أجزاء العقد ومتّماته ويكون دخيلاً في تأثير بقية الأجزاء مثل القبض في الصرف والسلم والقبول فلا يجري فيه هذا النزاع، حيث إنّه لا يكون إلا ناقلاً، لكن ناقليّة القبول في الوصية تكون محلّ الإشكال بين الأصحاب، بل الأقوى أن القبول فيها كاشف عن سبق الملك بالموت، كما ذهب إليه المشهور، لطائفة من الأخبار منها: خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب، فتوفى الموصى له الذي أوصى له قبل الموصى قال: «الوصية لو ارث الذي أوصى له، قال: ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفى الموصى له قبل الموصى، فالوصية لو ارث الذي أوصى له، إلا أن يرجع في وصيته قبل موته»<sup>(١)</sup> وخبر محمد بن عمر الباهلي قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أوصى إليّ وأمرني أن أعطي عمّاً له في كل سنة شيئاً فمات العم؟ فكتب: «إعط ورثته»<sup>(٢)</sup>.

إن قلت: يقيّد إطلاقهما بالإجماع القائم على اعتبار القبول في الوصية. قلت: لا يمكن أن يكون القبول في الوصية محمولاً على الناقلية، وإلزام بقاء الملك بعد موت الموصى بلا مالك، إذ الميت لا يملك لخروجه به عن أهليته كالجمادات، وانتقال ماله عنه. ولا الوارث لظاهر قوله تعالى: ﴿من بعد وصية

(٢) الوسائل ١٣: ٤١٠ ح ٣.

(١) الوسائل ١٣: ٤٠٩ ح ١.

يوصين بها أو ذين<sup>(١)</sup> ﴿فلو لم ينتقل إلى الموصى له لزم خلوه عن المالك، إذ لا يصلح لغير من ذكر، فلا بد أن يكون القبول في الوصية كاشفاً عن سبق الملك بالموت.﴾

### مقتضى الدليل الاجتهادي كون الإجازة ناقله

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن مقتضى الدليل الاجتهادي - أي ظاهر ما دلّ على شرطية الرضا والطيب الخارجي مثل ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراخي﴾ و «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» والأصل العملي أي استصحاب عدم تحقق النقل قبل الإجازة - هو أن الإجازة تكون ناقله.

وقيل: إن مقتضى الأصل يكون هو الكشف، لأن معنى الرضا بالعقد السابق يكون هو الرضا بما أفاده العقد من نقل الملك حين صدور العقد، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى لا يكون إلا بالحكم بتحقق الملك في زمان النقل.

وقد أجاب العلامة الأنصاري<sup>رحمته</sup> عنه بما حاصله: أنه لا إشكال في أن كل زمانٍ يقع في الزمان، ولكن العقد لا يدل على النقل من حين العقد، بل يكون مفاده إطلاق النقل كالفسخ، حيث إنه 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.

لكن ما أفاده يكون محلّ الخدشة، أولاً: من جهة أنه تارة يتعلّق بإنشاء المنشئ بشيء يكون منشأه في الاستقبال.

وأخرى يتعلّق بشيء يكون منشأه في الحال، إمّا بتصريح المنشئ بذلك أو الخارج أو الانصراف.

(١) سورة النساء (٤): ١٢.



وتارة أخرى يكون المنشأ مجرداً عن التقييد بالحال أو الاستقبال، والأخير منصرف إلى الحال، والمنشأ في المقام مطلق، فيكون المتبادر منه هو الحال، فمقتضى الرضا بالعقد السابق يكون هو الرضا بما أفاده العقد من نقل الملك حين صدوره، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى لا يكون إلا النقل من حين العقد.

**وثانياً:** بما أفاده بعض المحققين: من أنه لا وجه لاستفادة حكم الرضا في المقام من حكم فسخ ذي الخيار، لأن كونه الفسخ حلاً للعقد من حين الفسخ لا حين العقد لا يلزم أن يكون الرضا والإجازة أيضاً كذلك، فإن الفسخ مقابل لإجازة ذي الخيار، وكل زمان أعمل الخيار فيه بإزالة العقد أو إقراره يؤثر في ذلك الزمان، وأما الإجازة أو الرضا في المقام فمقابل لردّ عقد الفضولي وردّ المالك، كما يؤثر من حين العقد يمكن أن يقاس عليه الرضا من المكره والإجازة من المالك. **الجهة الثانية:** هي أنه لو قلنا في الفضولي بالكشف تعبداً، هل يمكن إحراز وحدة المناط بنحو القطع من التعبد، حتى نقول به في المقام أيضاً أو لا؟ والظاهر هو الأول، حيث إنه يستفاد من بعض الأخبار الواردة في الفضولي - مثل قوله عليه السلام: «فإذا أجاز فهو له جائز» في خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: «ذاك إلى سيده، إن شاء أجازته وإن شاء فرّق بينهما»، قلت: أصلحك الله أن الحكم بن عيينة، وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، ولا تحلّ إجازة السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: «إنه لم يعص الله إنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز»<sup>(١)</sup> - أن كل من تصرف في متعلق حق الغير ولم يكن فيه عصيان بالإضافة إلى الله تعالى يكون أمر هذا التصرف بيد صاحب الحق، إن شاء أنفذه وإن شاء أبطله، وأنه لا خصوصية لإجازة المالك عقد الفضولي.

يعتبر في صحّة البيع إذن المولى لو كان العاقد عبداً ..... ٣٢٩

فرع: وهو أنّه هل يكون للأصيل - أي الطرف الغير المُكره - أن يفسخ قبل رضا المُكره أو لا؟ والظاهر هو الجواز على النقل، لأنّ العقد يكون جزء المؤثر، ولا يتمّ إلا بعد لحوق الإجازة، حيث المفروض هو أنّ الإجازة على النقل تكون دخيلة في تأثير العقد، فقبل لحوق الإجازة لا يكون العقد تاماً، حتى كان لازماً بالإضافة إليه، فلا مانع عن فسخه قبل رضا المُكره دون الكشف، لتامة العقد بالإضافة الى الأصيل.

في أنّه يعتبر في صحّة البيع إذن المولى لو كان العاقد عبداً

الأمر الرابع: من شرائط المتعاقدين إذن السيّد لو كان العاقد عبداً، وإجمال الكلام في ذلك يتوقّف على بيان مقدّمات: الأولى: هي أنّ هذا البحث يكون بعد الفراغ عن عدم كون العبد مسلوب العبارة، كالمجنون والصبي، حتى لا يكون إذن المولى مؤثراً في قوله وفعله، حيث إنّ أفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار، فهذا البحث يكون بعد الفراغ عن عدم كونه مسلوب العبارة.

الثانية: هي أنّ هذا البحث لا يكون مبنياً على القول بعدم مالكيّة العبد، أو القول بمالكيّته لما في يده لإرث ونحوه، بل هذا النزاع جار على كلا القولين لما سيأتي.

الثالثة: هي أنّه هذا البحث لا يكون مبنياً على القول بأنّ تصرف العبد في نطقه تصرف في مال الغير، والنهي في المعاملة يدلّ على الفساد، لأنّه على هذا من يقول بعدم دلالة النهي على الفساد في المعاملات لا بدّ أن يقول في المقام بالصحّة، والحال أنّه ليس كذلك، لدلالة الآية والرواية الآتيتين على البطلان، فحينئذ إن باع مال مولاه بدون إذنه، أو مال غيره أو زوج امرأة من شخص بدون الإذن يكون الإشكال في الصحّة من جهتين: يعني من جهة الفضوليّة، ومن جهة استقلاله في إيقاع العقد، وإن صار وكيلاً لغير مولاه وأوجد صيغة العقد له، أو باع مال نفسه، أو زوج لنفسه بدون إذن المولى يكون الإشكال من جهة استقلاله في

إيجاد العقد، حيث إن هذه الصورة لا تكون من الفضولي الإصطلاحي. وقد علم من ذلك وجه إفراد هذه المسألة بالبحث في قبال المسألة الآتية يعني الفضولي.

ويدل على عدم صحة عقده عموم قوله تعالى: ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾<sup>(١)</sup> والاستدلال بهذه الآية المباركة يتوقف على بيان أمور: **الأول:** أن يكون قوله ﴿مملوكاً﴾ وقوله: ﴿لا يقدر على شيء﴾ وارداً على خلاف الأصل، يعني قيداً توضيحياً لا احترازياً، حيث إن العبد لا يتنوع إلى مملوك وغيره، كما لا يتنوع إلى القادر والعاجز، لأن المملوكية تنافي الاستقلالية، وإلا تصير الآية مجملة، من حيث إنه لا يفهم منها على الاحترازية أن أي عبد لا يقدر على شيء وأي عبد يقدر، فلا يمكن الاستدلال بها على الاحترازية.

**الثاني:** أن المراد من عدم قدرته يكون هو عدم قدرته شرعاً لا عقلاً، وإلا يلزم الكذب على الحكيم تعالى.

**الثالث:** هو أنه ليس المراد من الشيء هو مفهومه العام الشامل لكل حركة وسكون، حتى مثل المشي وتمدد الأعصاب والتكلم والنظر وأمثال ذلك من الأمور الغير المتعبد بها، بل يكون المراد منه كلما يعد شيئاً بحسب العرف والعادة، كما تدل عليه رواية زرارة الآتية، حيث عبر فيها عن «الشيء» بالطلاق.

**الرابع:** هو أن يكون الشيء عاماً بحيث كان شاملاً للأقوال وغيرها، كما تشهد على العموم رواية زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالوا: «المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده» قلت: إن كان السيد زوجته، بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾ فشيء «الطلاق»<sup>(٢)</sup>. إذا علم ذلك: فيكون حاصل مفاد الآية الشريفة هو أن كلما يعد شيئاً بحسب

(١) سورة النحل (١٦): ٧٥، (٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٥٠ ح ٢.

يعتبر في صحة البيع إذن المولى لو كان العاقد عبداً ..... ٣٣١

العرف والعادة كالبيع والنكاح والوكالة ونحو ذلك، لا يقدر العبد عليه بنحو الاستقلال، كما هو الظاهر من القدرة، خصوصاً بقريته الرواية المتقدمة، لأن المحتاج إلى غيره في فعل غير قادر عليه، فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شيء، فكل ما وقع عنه بدون إذن المولى يكون شرعاً بمنزلة العدم، ولا يكون منشاء للأثر والمقصود منه، يعني لا ينفذ منه منفرداً.

فلا إشكال في صحة عقده وفعله مع الإذن السابق من المولى، إنما الكلام في أنه هل يصح عقده وفعله بالإجازة اللاحقة أو لا؟ قيل: بالثاني لأن ما واقعه العبد مستقلاً لا يخرج له حقوق الإجازة عن الاستقلال، لأن الفعل لا يتغير عما وقع عليه. لكنه يكون محل الخدشة: لأن العبد لا يقدر على إيجاد البيع منفرداً، فالبيع الواقع منه يكون جزء السبب لا السبب التام، حتى يقال لا يخرج له حقوق الإجازة عن الاستقلال، فما أوقعه العبد يكون جزء السبب وتتوقف تماميته على الإجازة. وبالجملة: فعقد العبد محكوم بالصحة مع الإجازة اللاحقة من المولى، أولاً: لعموم «أوفوا بالعقود» حيث إن الخارج من هذا العموم يكون هو عقد العبد بلا إذن لا سابقاً ولا لاحقاً، فالعقد الملحق بالإجازة يكون باقياً تحت العموم، لأن المخصص المنفصل في المقام - أي الآية والرواية المتقدمتين - مجمل مفهومي مردد بين الأقل والأكثر، فيؤخذ بالمتيقن منه، وهو ما إذا لم يكن لعقده إذن سابقاً ولاحقاً، فيكون الفرد المشكوك - أي العقد الملحق بالإجازة - باقياً تحته.

وثانياً: لصحيفة زرارة المتقدمة الدالة على صحة نكاحه بالإذن، فإذا صح النكاح من العبد بالإجازة اللاحقة من المولى يصح منه جميع العقود بالإجازة اللاحقة، لعدم خصوصية للنكاح من بينها.

نعم، لا يصح الطلاق من العبد بالإجازة اللاحقة من المولى، أولاً: لقيام الاتفاق على ما ادعاه العلامة الأنصاري رحمته في أول البحث عن البيع الفضولي على بطلان الفضولي في الإيقاعات، الصحيحة لا تنافي ذلك، لأنها تكون في مقام عدم كون

العبد مستقلاً في الطلاق، لا أنه يصح من العبد بالإجازة اللاحقة من المولى.  
وثانياً: لورود طائفة من الأخبار بالخصوص على البطلان في مثل الطلاق  
والعتق، منها: خبر منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله:  
«لا طلاق قبل نكاح، ولا عتق قبل ملك»<sup>(١)</sup>.

ومنها: الخبر المشهور: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»<sup>(٢)</sup>.

وثالثاً: للأخبار الدالة على أن إجازة المولى تكون موجبة لصحة نكاح العبد،  
منها: عموم خبر زرارة المتقدم في الجهة الثانية الدالة على صحة نكاح العبد الواقع  
بغير إذن المولى إذا أجازته، معللاً بأنه لم يعص الله تعالى، وإنما عصى سيده، فإذا  
أجازته فهو له جائز، بتقريب أن الخبر يشمل ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه،  
وحملة على ما إذا عقد الغير له مناف لترك الاستفصال.

مع أن معنى تعليل الصحة بأنه لم يعص الله تعالى هو أنه إذا عصى الله تعالى  
بعقد كان باطلاً، ولكن كلما لم يعص الله تعالى وعصى سيده أمكن رضاه سيده  
فيما بعد، فإذا رضي به كان صحيحاً.

فرع: وهو أنه قال المحقق عليه السلام في الشرايع: ولو أمره أمر أن يبتاع له نفسه من  
مولاه قيل<sup>(٣)</sup>: لا يجوز، والجواز أشبه<sup>(٤)</sup>.

أقول: إجمال الكلام في ذلك هو أنه تارة يوكله المشتري في الاشتراء من  
نفس المولى، وأخرى يوكله في الاشتراء من وكيل المولى، وعلى الأخير تارة  
وكيل المولى يكون وكيلاً في بيع العبد وإذنه له في وكالته عن الغير، وأخرى وكيلاً  
في خصوص بيع العبد لا في بيعه وإذنه للعبد في وكالته عن الغير.  
أما الصورة الأولى والثانية فلا وجه للإشكال في صحة اشتراء العبد نفسه من

(١) الرسائل ١٦: ٧ ح ١. (٢) عوالي اللئالي ١: ٢٣٤ ح ١٢٧.

(٣) القائل بعدم الجواز هو ابن البراج، منه. لم أجد المسألة في المهذب ولا في جواهره لكن

نسب في جواهر الكلام القول إلى ابن البراج ٢٢ / ٢٧١. (٤) شرائع الإسلام ٢: ١٤.

يشترط في لزوم البيع أن يكون البائع مالكاً أو مأذوناً من المالك أو الشارع..... ٢٢٢  
مولاه أو وكيله بوكالته من المشتري، بناءً على كفاية رضا المولى الحاصل من  
تعريضه للبيع من إذنه الصريح.

لكن يمكن أن يستدل على عدم الصحةً بوجهين: الأول: بأنه يعتبر في العقد  
تعدّد الموجب والقابل، وفي المقام واحد وهو المولى، حيث إنّه بملاحظة أنّ  
العبد مال لمولاه فلسانه وعبارته يكون لسان المولى وعبارته، فالموجب والقابل  
واحد.

الثاني: بأنّ وكالته تتوقّف على إذن المولى، والحال أنّ العبد في زمان إيجاب  
المولى أو إيجاب وكيله غير مأذون من المولى أو وكيله، وإنّما يصير وكيلاً بعد  
الإيجاب، فتجب إعادته الإيجاب ثانياً.

لكن الوجه الأول يكون محلّ الخدشة: أما أولاً: فمن جهة أنّه لا نسلم الاتحاد.  
وثانياً: يكفي في التعدّد التغيرات الخارجي، ولو كان العبد متّحداً مع المولى  
بالاعتبار، لأنّ الإتحاد الاعتباري لا يكون رافعاً للتعدّد الخارجي، كما يكفي  
الاتحاد الخارجي مع التغيرات الاعتباري.

كما أنّ الوجه الثاني أيضاً يكون محلّ الخدشة: أولاً: لأجل أنّ إيجاب المولى  
أو وكيله موجب للإذن الضمني.

وثانياً: لا دليل على اعتبار الإذن حين الإيجاب، لأنّ الشروط المعتبرة في العقد  
مختلفة، بعضها يعتبر في كلّ من المتعاقدين من أول الإيجاب إلى آخر القبول،  
مثل البلوغ والعقل، وبعضها يعتبر حين إيجاد الإنشاء ممّن بيده إيجاده، واعتبار  
إذن المولى في المقام يكون من الأخير، مع أنّ اعتبار الإذن حين الإيجاب يوجب  
مدخلة إجازة المولى بعد القبول، بملاحظة أنّ القابل على الاعتبار فضول  
لا بطلان العقد رأساً.

وأما الصورة الثالثة: فلا إشكال في أنّ وكالة العبد عن الغير في الاشتراء تحتاج  
إلى الإجازة من المولى.

## يشترط في لزوم البيع أن يكون البائع مالكا أو مأذونا منه أو الشارع

الأمر الخامس: من شرائط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع، فالعقد الصادر من غير المالك؛ أو من غير المأذون منه، أو من غير المأذون من الشارع المسمى عندهم بالفضولي لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم، والبحث من ذلك يكون في مقامات: الأول: هو أن هذا الشرط لا يكون مثل اشتراط البلوغ حتى لا يكون المقتضي لصحة العقد، بل المقتضي وهو صدور العقد عمّن له أهلية الإنشاء الموجب لحصول الملكية الغير اللازمة كما هو المفروض موجود، فإذا انضم إليه الإجازة من المالك يصير العقد لازماً، ويكون مشمولاً لعمومات البيع وإطلاقاته.

وما أقيم على بطلانه من أصله وعدم قابليته للصحة حتى بعد الإجازة من المالك، فغير تام كما يأتي الإشارة إليه.

المقام الثاني: هو أن عنوان الفضولي لم يرد في آية ولا رواية، بل ذلك اصطيد من الفقهاء، ومما دلّ على أن التجارة لا عن تراض غير مبيح لأكل مال الغير، ومما دلّ على عدم جواز بيع ما ليس يملك، ومما دلّ على عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه ومن أمثال ذلك.

وإنما الكلام في أنه كما أن هذا العنوان الاصطيادي منطبق على بيع غير المالك هل يشمل وينطبق على بيع المالك ماله بدون إذن من تعلق حقه به، كبيع الراهن ماله المرهون بدون إذن المرتهن مثلاً، أو لا؟ يعني هل يستفاد منه معنى جامعاً كان شاملاً لكلا القسمين أو لا؟ الظاهر من كلمات أهل اللغة مثل «المنجد» و«مجمع البحرين» وغيرهما من أن الفضولي عبارة: عن الذي يتعرض لما لا يعنيه، أي لا يهيمه، ولا ينبغي له عرفاً أو شرعاً، ومن تعريف الشهيد بالكامل الغير المالك، ولو كان غاصباً هو الشمول.

يخرج البيع عن الفضولي إن علم رضا المالك حينه من دون إذن منه أو لا؟ ..... ٣٣٥

## في أنه هل يخرج البيع عن الفضولي إن علم رضا المالك حينه من دون إذن منه أو لا؟

المقام الثالث: هو أنه لا إشكال في أن بيع المال بعد حصول الإذن من مالكة، أو ممن تعلق حقه به كالمترهن مثلاً، يكون خارجاً عن الفضولي. لكن إنما الكلام في أنه هل يخرج البيع عن الفضولي إذا علم رضا المالك حين البيع من دون إذن منه صريحاً أو فحوى، بحيث لم يكن محتاجاً إلى الإجازة اللاحقة أو لا؟ فنقول: منع العلامة الأنصاري خروجه عن الفضولي في مسألة عقد الصبي<sup>(١)</sup> ولكن في المقام قوى خروجه، وأنه يكفي في عدم كون البيع فضولياً 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<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يستدل له أولاً: بطائفة من الآيات مثل عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(٣)</sup> وقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾<sup>(٤)</sup> وقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾<sup>(٥)</sup> لكن التمسك بالآية الأولى يكون محل الخدشة: لأن معناها يكون أوفوا بعقودكم، ومجرد رضا المالك باطناً بالعقد لا يكون منشأً لأن يصير عقد الغير عقداً له، وكذا الآية الثانية لأن معناها يكون أحل الله بيوعكم، ومجرد الرضا الباطني من المالك بدون الكاشف لا يكون موجباً لاستناد البيع إليه، وكذا الآية الثالثة، حيث لا تستند التجارة إلى المالك بمجرد الرضا الباطني وعلى فرض أن نشك في استناد البيع إلى المالك بمجرد الرضا الباطني لا يصح التمسك بهذه الآيات على صحة البيع، لأن التمسك بها على الصحة في الفرض يكون من

(٢) المكاسب ٨: ١٥٦-١٥٧.

(١) المكاسب ٧: ٣٣٦-٣٣٧.

(٣) سورة المائدة (٥): ١. (٤) سورة البقرة (٢): ٢٧٥. (٥) سورة النساء (٤): ٢٩.



التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، وقد قرّر في محله بطلانه.  
وبالجملة: لا يصير العقد مستنداً إلى المالك إلا أن يوجد بالباشرة، أو يوجد الغير بالإذن السابق، أو يجيزه المالك بعد العقد، فالرضا الباطني لا تخرج من عهده التنفيذ، لأنّ التنفيذ أمر إنشائي لا يتحقّق إلا بكاشف فعلي أو لفظي.  
فالأولى حينئذ في تعريف البيع الفضولي هو أن يقال: إنّه عبارة عن العاقد الغير المالك، أو غير المأذون من المالك بالإذن السابق، أو بغير الإجازة اللاحقة.  
وثانياً: بطائفة من الأخبار منها: قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»<sup>(١)</sup> حيث إنّ الطيب مطلق يشمل الفرض.

لكنه يكون محلّ الخدشة، أولاً: لمنع الإطلاق، وأنّه على فرض تسليم أن يكون المراد من الحل هو الحلّ الوضعي، المتيقّن منه هو أنّه يكون في مقام بيان اعتبار الطيب في نفوذ المعاملة، فاستفادة كفاية الطيب الغير المنكشف بكاشف تكون محلّ التأمل.

وثانياً: لا نسلم كون الحلّ فيه وضعياً، بل الظاهر منه يكون هو الحلّ التكليفي، وأنّه لا يجوز التصرف في مال الغير إلا برضا مالكه.

ومنها: ما دلّ على أنّ سكوت البكر البالغة الرشيدة كاف عن الإذن مثل خبر ابن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يريد أن يزوّج أخته؟ قال: «يؤمرها فإن سكنت فهو إقرارها، وإن أبت لم يزوّجها»<sup>(٢)</sup>.

لكن التمسك به أيضاً يكون محلّ الخدشة، أولاً: من جهة أنّ كفاية السكوت عن الإذن في هذا المورد يكون للتعبّد، وأنّ الشارع اكتفى في مورد البكر الرشيدة بسكوتها عن الإذن لحكمة استحياؤها.

وثانياً: أنّ السكوت في مقام الاستيذان كاشف عند العرف عن الإذن والإجازة،

(١) عوالي اللئالي ٢: ١١٣ ح ٣٠٩. (٢) الوسائل ١٤: ٢٠٦ ح ٢.

يخرج البيهق عن الفضولي إن علم رضاء المالك حينه من دون إذن منه أو لا؟ ..... ٣٣٧

ويدلّ على ذلك قوله عليه السلام: فإن سكنت فهو إقرارها.

**ومنها:** ما دلّ على أن العبد إذا تزوّج بغير إذن مولاه كان سكوته بعد علمه كافياً في الإجازة، مثل خبر الحسن بن زياد الطائي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّي كنت رجلاً مملوكاً فتزوّجت بغير إذن مولاي، ثمّ أعتقني الله بعد، فأجدد النكاح؟ قال: فقال: «علموا أنك تزوّجت؟ قلت: نعم قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً، قال: ذلك إقرار منهم، أنت على نكاحك»<sup>(١)</sup>.

لكنّ التمسك به أيضاً يكون محلّ الخدشة: لأنّ السكوت في مقام الإمضاء والرّد كاشف عرفاً عن الإجازة، ويدلّ على ذلك قوله عليه السلام: «ذلك إقرار منهم».

**ومنها:** ما عن الحميري أن مولانا - عجل الله فرجه - كتب في جواب بعض مسائله: «أنّ الضيعة لا يجوز ابتاعها إلا عن مالكها، أو بأمره، أو رضى منه»<sup>(٢)</sup>.

وما في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد في أرض بقم النيل اشتراها رجل وأهل الأرض يقولون هي أرضنا، وأهل الأسنان يقولون هي من أرضنا؟ فقال: «لا تشتريها إلا برضا أهلها»<sup>(٣)</sup>.

حيث إنّ قوله: أو رضى منه، في الأول يكون له الإطلاق بقريته ذكره في قبال «أو بأمره» كذا قوله: «إلا برضا أهلها» في الثاني.

لكن ثبوت الإطلاق لهما بحيث كانا دالّين على كفاية الرضا الباطني يكون محلّ التأمل.

**ومنها:** حديث عروة البارقي الآتي حيث أقبض المبيع وقبض الدينار لعلمه برضا النبي صلّى الله عليه وآله ولو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يجز التصرف في المعوض والعوض بالقبض والإقباض، وتقرير النبي صلّى الله عليه وآله له على ما فعل دليل على جوازه.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٥٠ ح ٨.

(١) الوسائل ١٤: ٥٢٦ ح ٣.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٤٩ ح ٣.

لكنّ التمسك به على كفاية الرضا الغير المنكشف يكون أيضاً محلّ الخدشة: لا احتمال كون عروة البارقي وكياً مطلقاً من طرف النبي ﷺ.

- وثالثاً: يظهر من كلمات الأصحاب في بعض المقامات خروج هذا الفرض عن الفضولي، وعدم وقوفه على الإجازة مثل قولهم في الاستدلال على الصحة: أنّ الشرائط كلّها حاصلة لإرضاء المالك.

وقد أورد عليه بعض المحققين: بأنّ الرضا المذكور في كلمات الأصحاب يكون بمعنى الاختيار لا طيب النفس، فإنه يطلق على الاختيار أيضاً، ومن ذلك قول السيّد في الدرّة: كما ارتضاه المرتضى<sup>(١)</sup> وقوله: «فذلك رضى منه» الوارد في أنّ إحداهن ذي الخيار يوجب سقوط خياره<sup>(٢)</sup>.  
وقوله ﷺ: «ورضيكم خلفاء»<sup>(٣)</sup>.

وقول العامة: إنّما سمّي الرضا ﷺ بالرضا لأنّ المأمون اختاره ولي العهد، فقولهم: إنّ الشرائط كلّها حاصلة لإرضاء المالك، أي إلا اختياره، فلا شبهة أنّ الاختيار معنى إنشائي لا بدّ من حصوله بكاشف فعلي أو قولي.

لكن هذا الإيراد يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ الكلام لا يكون في مفهوم الرضا والاختيار، حتى يفرّق بينهما، بل يكون في واقعهما، والاختيار الواقعي عبارة عن الرضا، مع أنّ الاختيار إذا كان بالاختيار يلزم التسلسل، فالأولى في مقام الرد أن نقول لا يظهر من كلماتهم خروج هذا الفرض، لا احتمال أن يكون المراد من الرضا الغير الحاصل في كلماتهم هو الرضا المنكشف.

إن قلت: لو سلّمنا كون الفرض فضولياً، لكن ليس فضولي يتوقّف لزومه على الإجازة، لأنه لا دليل على توقّفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة، كما هو أحد الاحتمالات في مسألة من باع ملك غيره ثمّ ملكه.

(١) الدرّة النجفية للسيّد محمد مهدي بحر العلوم (- ١٢١٢) في «أوقات الصلاة».

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٠ ح ٤. (٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٧١.

في أن يبيع الفضولي للمالك مع عدم سبق المنع منه ..... ٣٣٩

قلت: يأتي أنّ الأرجح في تلك المسألة أيضاً يكون هو توقّف اللزوم على الإجازة، لأنّ رضا الشخص ببيع مال الغير يكون غير رضائه ببيع مال نفسه. وبعبارة أخرى: أنّ الشخص قد يكون راضياً ببيع المال إذا كان من الغير، ولا يكون راضياً إن كان من مال نفسه.

### في أن يبيع الفضولي للمالك مع عدم سبق المنع منه

المقام الرابع: هو أنّ الفضولي إما أن يبيع للمالك، وذلك تارة يكون بدون سبق المنع من المالك، وأخرى مع سبق المنع منه، أو يبيع لنفسه، فهنا مسائل ثلاث: الأولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق المنع منه، وقد ذهب المشهور في هذه الصورة إلى الصحة، لكن لا بد من أن يلاحظ في أنّ الحكم بالصحة هل يكون على طبق القاعدة يعني الأدلة العامة، مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾ و﴿أحلّ الله البيع﴾ وأمثالهما حتى لا نحتاج إلى التمسك على الصحة بالأدلة الخاصة من الأخبار والشهرة وإجماع العلامة، وكان التمسك بها لأجل إبرام المطلب، أو يكون على خلاف القاعدة حتى نحتاج إلى التمسك بالأدلة الخاصة، والظاهر أنّ الحكم بالصحة يكون على طبق القاعدة.

### في أنّ الصحة في الفضولي هل يكون على طبق القاعدة أو لا؟

توضيح ذلك يتوقّف على بيان مقدّمتين: الأولى: هي أنّ الفعل الذي يكون منشاءاً للأثر تارة فعل يكون من سنخ الخارجيات لا ينفك أثره عنه، كالضرب مثلاً، حيث إنّ أثره أي الإيلام حاصل بنفس تحقّقه، وأخرى فعل يكون من سنخ الاعتباريات لا يترتب عليه أثره بنفس تحقّقه، بل الترتب متوقّف على إيجاد الفعل ممّن ينفذ إيجاده كالفعل البيعي، وكلّ واحد من القسمين يصحّ التوكيل والاستنابة فيه، كالأمر بالضرب والتوكيل في إيجاد العقد، لكن ليس كلّما يقبل النيابة يقبل

الإجازة على الإطلاق، فإنَّ الفعل في القسم الأول إن كان بإذن المنوب عنه يقبل النيابة، ويستند إليه إن كان في السببية أقوى من النائب، لكن لا يقبل الفضولي حيث لا يستند الضرب إلى غير الضارب بالإجازة منه، لأنَّ الخارجي الذي لا ينفك أثره عنه لا ينقلب عمَّا وقع عليه.

فما قيل: من أن كلِّما يقبل النيابة يقبل الفضولي، ليس بصحيح على الإطلاق، بل لا بدَّ أن يقيَّد بأنه كلِّما يقبل النيابة والتبرُّع يقبل الفضولي، مع أنَّه منتقض أيضاً بأداء الدين من الغير تبرُّعاً، حيث إنَّ الأداء من الغير موجب لتفريغ ذمَّة الدائن، لكن لا يستند الأداء إلى الدائن بإجازته، لأجل أنَّه تفرغ ذمَّته بأعطاء الغير وإن لم يكن راضياً بذلك، لعدم الدليل على رضاه في ذلك.

**وبالجملة:** لا يتغيَّر الفعل الخارجي بالإجازة عمَّا وقع عليه، فما ورد: من أن «الراضي بفعل قوم شريك في فعلهم» يكون المراد منه الدخول الحكمي لا الواقعي، بخلاف الفعل في القسم الثاني، حيث إنَّ السبب يعني الإنشاء وإن تحقَّق في الخارج والإجازة لا تغيِّره عمَّا هو عليه، يعني لا يستند بها إلى المجيز، لكنَّ المسبَّب والمنشأ لم يتحقَّق في الخارج، فإجازة من يكون الإجازة بيده يستند إليه.

**الثانية:** هي أنَّه يعتبر في صحَّة العقد الفضولي أمران: الأول: أن يكون فعل الغير علَّة تامَّة لتحقُّق أثره، وإلا يخرج الفعل عن عنوان الفضولي، فبعض الإيقاعات مثل أداء زيد دين عمرو مثلاً، والقبض خارج عن عنوان الفضولي، بل إعطاء زيد تبرُّعاً من مال نفسه خمس مال عمرو وزكاته، إن تمشَّى من زيد في إخراج الزكاة قصد القرية، مثل أن يكون عالماً برضا عمرو في الأداء بعد أن لم تكن المباشرة معتبرة من المالك في الإخراج، ولكن إن أعطى زيد الخمس والزكاة من مال وجبت عليه لا يكون خارجاً عن عنوان الفضولي، حيث إنَّ أمر إخراج الزكاة من المال الذي وجبت الزكاة فيه يكون بيد صاحب المال، فلا يصدق

في أنّ الصّحة في الفضولي هل يكون على طبق القاعدة أو لا؟ ..... ٣٤٦

الأداء بدون رضاه.

وقد انقدح من ذلك أنّ ما في شرح الأستاذ على ما حكى الجواهر عنه، حيث قال: وفي جري الفضولي فيما جرت فيه الوكالة من العبادات كالأخماس والزكوات وأداء النذور والصدقات ونحوها من مال وجبت عليه أو من ماله، وقيما قام من الأفعال مقام العقود ونحوه، وكذا الإيقاعات ممّا يقيم الإجماع على المنع فيها وجهان، أقواهما الجواز، ويقوى جريانه في الإجازة وإجازة الإجازة وهكذا، ويتفرّع عليها أحكام لا تخفى على ذوي الأفهام<sup>(١)</sup> انتهى كلامه زيد في علوّ مقامه. ليس بصحيح على الإطلاق.

الثاني: أن لا تكون الإجازة علّة تامّة لتحقق الأثر، بل كانت موجبة لإنفاذ فعل الفضولي، وإلا يخرج الفعل عن عنوان الفضولي، فعلى هذا تكون العقود الإذنية مثل الوكالة في التصرف والعارية والوديعة، وبعض الإيقاعات مثل الفسخ والإجازة والإبراء والجعالة خارجة عن عنوان الفضولي، لأنّ وقوع هذه العقود والإيقاعات من الفضولي وعدمه على حدّ سواء، كما أفاده بعض المحققين، لأجل أنّ إجازة هذه بنفسها تكون وكالة وعارية ووديعة وفسخاً وإجازة وإبراء جعلاً. لكن هذا الكلام على الإطلاق يكون محلّ الخدشة: لأنّ وقوعها وعدمه من الفضولي يكون على حدّ سواء، بناءً على ناقلية الإجازة دون الكاشفيّة.

إذا تقرّر ذلك فاعلم: أنّه لا يعتبر أن يكون السبب والإنشاء من الفضولي مستنداً إلى المالك، ولو استند إليه مع الإذن السابق، لأنّ المنشئ حينئذ يكون نائباً عن المالك، أولاً: لأنّ إجازة المالك لا تكون موجبة لاستناد السبب إليه، لأنّ الفعل الخارجي لا ينقلب عمّا وقع عليه.

وثانياً: لا دليل على اعتبار الاستناد في ذلك.

**وثالثاً:** على فرض الشك يدفع اعتباره بأصالة عدم تقييد المطلقات، حيث إن قوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾ غير مفيد للحصر، فالمرجع في صورة الشك في الاعتبار يكون هو المطلقات، فيعتبر الاستناد إلى المالك فقط في المنشأ، حيث إن تحققه متوقف على إجازة المالك، فإذا أجاز يتحقق ويستند إليه، فيجب على المالك بعد الإجازة ترتيب صحة العقد، فعقد الفضولي مبكوم بالصحة للعمومات والإطلاقات، فصحة عقد الفضولي تكون على طبق القاعدة فلا نحتاج إلى التمسك على الصحة بالأدلة الخاصة إلا لإبرام المطلوب.

### في التمسك على صحة الفضولي بالأدلة الخاصة

الأدلة الخاصة التي استدلت بها على الصحة عبارة عن: الشهرة والإجماع المستفاد من ظاهر كلام العلامة عليه السلام في التذكرة، حيث نسب الصحة فيها إلى علمائنا تارة صريحاً وأخرى ظاهراً بقوله: «عندنا».

لكن لا اعتبار بهما أما الأول، فلعدم الدليل على حجتيه - كما قرّر في محله وأما الثاني فمضافاً إلى كونه معارضاً بادعاء الإجماع على البطلان يحتمل أن يكون مدركة الأخبار الآتية.

والأخبار: وهي كثيرة، منها: قضية عروة البارقي، وهي أنه قال العلامة في كتاب الوكالة من التذكرة، روى عروة بن الجعد<sup>(١)</sup> - أو الجند - البارقي قال: عرض للنبي صلى الله عليه وآله فأعطاني ديناراً فقال: يا عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة، فأتيت الجلب فسأومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار، فجئت أسوقهما - أو أوقودهما - فلقيني رجل بالطريق فسأومني، فبعت منه شاة بدينار، وأتيت النبي صلى الله عليه وآله بالدينار والشاة، فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وآله: هذا ديناركم وهذه شاتكم، قال: كيف صنعت؟ قال:

(١) وفي خلاصة الرجال، ورجال أبو علي: عرفة الأزدي منه، رجال العلامة / ١٣١.

فحدثته الحديث، فقال: «اللهم بارك في صفقة يمينه»<sup>(١)</sup>.

وتقريب الاستدلال بها: هو أن عروة باع إحدى الشاتين بلا إذن من النبي ﷺ وقد أمضى النبي ﷺ ذلك بقوله: «اللهم بارك في صفقة يمينه» فتدل على صحة بيع الفضولي وأما شراء عروة شاتين بدينار، فالظاهر أنه ليس من الفضولي، أولاً: من جهة أنه يمكن أن يكون المراد من الشاة في قول النبي ﷺ: «فاشتر لنا شاة» هو جنسها بأن يجعل تنوين الشاة للتمكّن لا التنكير.

وثانياً: للفحوى لأجل أن إذن النبي ﷺ له في شراء شاة بدينار يدل على إذنه له في شراء شاتين بذلك بالأولوية.

لكن الاستدلال بها على الصحة يكون محلّ الخدشة: لأن هذه القضية فعل ولا لسان للفعل، من جهة أنه كما يحتمل أن يكون بيعه إحدى الشاتين على وجه الفضولي حتى يكون دليلاً على الصحة يحتمل عدم الفضولي، لاحتمال أن يكون عروة البارقي وكليلاً مفوضاً من طرف النبي ﷺ فلا وجه للاستدلال بقضية البارقي على صحة الفضولي.

### في الاستدلال على صحة بيع الفضولي بخبر محمد بن قيس

ومنها: خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها، فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال عليه السلام: «الحكم أن يأخذ وليدته وابنها» فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع، فلما رآه أبوه قال له: أرسل ابني، قال: لا والله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع



ابنه»<sup>(١)</sup>.

حيث إن الظاهر من قول الأمير عليه السلام: «حتى ينفذ لك البيع» وقول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية: «فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه» هو أن للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه وينفذه، وأن الإجازة تكون كاشفة لا ناقلة، وإلا كان الواجب على السيد الثاني أن يرد على السيد الأول قيمة الولد، كما هو حكم الولد في وطى الحر الأمة بالشبهة، والحال أن الظاهر من ذيله هو أن الإجازة وقعت من دون أخذ العوض، فلا إشكال في دلالة على صحة بيع الفضولي.

ولكن قد أورد عليه بإشكالات ستة، والعمدة منها هو ظهوره في مؤثرية الإجازة بعد الرد، والحال أن الإجازة لا تكون مؤثرة بعده - كما يأتي في محله وظهوره في الرد يكون من وجوه، كما أفاده العلامة الأنصاري رحمته الله<sup>(٢)</sup> الأول: أن الظاهر من مخالفة السيد الأول يكون هو رد البيع.

الثاني: أن جواز أخذ الوليدة للسيد الأول متفرع على رده البيع، فيعلم من قوله عليه السلام بنحو الإطلاق الحكم بأن يأخذ وليدته وابنها من دون استفصال عن إجازة السيد ورده أن هذا الحكم كان بعد رد السيد.

الثالث: أنه يعلم من التجاء المشتري بالإمام عليه السلام في فكاك ولده أن السيد رد البيع، وإلا لا معنى لمناشدة المشتري بالإمام عليه السلام لفك الولد.

الرابع: أن أخذ السيد الأول ابن الوليدة كما يدل عليه قول المشتري: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني ظاهر في الرد.

إلا أنه يمكن دفع الأولين: من جهة أنه لا استفاد من عنوان المخاصمة أزيد من الكراهة، والكراهة لا تكون رداً.

وبالحملة: عنوان المخاصمة وإطلاق الحكم بتعيين أخذ الوليدة لا يكونان

في الاستدلال على صحة بيع الفضولي بخبر محمد بن قيس..... ٢٤٥

ظاهرين في ردّ البيع، بل كان عنوان المخاصمة والحكم بأخذ الوليدة لاستيفاء الحقّ والتمن.

كما أنّ التجاء المشتري بالإمام لفكّ ولده لا يكون ظاهراً في ردّ السيّد بيع ابنه، بل كان الالتجاء لثلاث يردّ السيّد البيع.

كما أنّ أخذ السيّد ابن الوليدة لا يكون ظاهراً في الرد، بل كان لاستيفاء الحق. وأمّا الإشكالات الأخر مثل عدم كون تعليم الحيل من وظيفة الحاكم، ومثل حكم الإمام عليه السلام بأخذ المشتري ابن السيّد الأول، مع أنّ قبضه غير جائز، لعدم كونه مملوكاً وإنّما يكون عليه الغرامة، ومثل حكم الإمام عليه السلام للسيّد الأول بأخذ ابن الوليدة معها، مع أنّ الإبن حرّ بملاحظة أنّه تولّد من الوطي بالشبهة، لعدم علم المشتري بواقع القضية، ومثل حكم الإمام عليه السلام للسيّد الأول بأخذ الوليدة من دون استفصال الإجازة والردّ منه، ومثل حكم الإمام عليه السلام للسيّد الأول بأخذه الوليدة قبل سماع دعوى المشتري ولعلّه كان يدعي وقوع العقد بأذن السيّد.

فدفعها أسهل من دفع إشكال مؤثريّة الإجازة بعد الرد، أمّا دفع الأول: فمن جهة أنّ الحاكم إذا كان عالماً بخصوصيّات الواقعة يجوز له تعليم الحيل لذي الحق.

وأما الثاني: فمن جهة أنّه يجوز حبس الإبن لأخذ المال الذي أخذه بدون حق. وأمّا الثالث: فمن جهة أنّ الحكم بأخذ إبن الوليدة معها كان لأجل أخذ قيمته يوم الولادة، فجاوز أخذ الإبن لا ينافي حرّيته.

وأما الرابع: فلا مانع من أخذ المبيع في مورد البيع الفضولي قبل استقرار الردّ أو الإجازة.

وأما الخامس: فمن جهة إمكان كون المشتري معتقداً بأنّ مالك الجارية يكون هو ابن السيّد.

**وبالجملة:** فهذه الإشكالات غير واردة، من جهة أنّه لم يكن مولانا الباقر عليه السلام

في نقل القضية بصدد أنّ حكم جدّه كان بأيّ نحو، بل كان غرضه من حكاية الواقعة هو أنّه يصحّ بيع الفضولي بعد الإجازة.

**ومنها:** خبر الحلبي، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً ولم يشرط على صاحبه شيئاً فكرهه، ثمّ ردّه على صاحبه فأبى أن يقبله إلاّ بوضيعة، قال: لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأول ما زاد<sup>(١)</sup>.

حيث إنّ بعد أن تكون الإقالة بوضيعة باطلة كان الثوب باقياً على ملك المشتري، فيكون البيع فضولياً.

**وبالجملة:** أنّ الحكم بردّ ما زاد - كما أفاده العلامة الأنصاري رحمته الله<sup>(٢)</sup> - لا ينطبق بظاهره إلاّ على صحّة الفضولي لنفسه.

وأما ما قيل: من أنّه يمكن حمله على شرائه ثانياً من المشتري بوضيعة، وحينئذ فيكون المراد من عدم الصلاح الكراهة من ردّ الزيادة ردّها على وجه الاستحباب، فلا دخل له بالفضولي، إذ يكون الثوب حينئذ للبائع، لأنّه رجع إليه بالشراء من المشتري بوضيعة، ولا دخل له بصاحبه الأول وهو المشتري.

وبعبارة أخرى: يحتمل أن يكون البائع اشتراه من المشتري ثانياً، فيكون ردّ الزائد استحبابياً، ويشهد لهذا قوله عليه السلام: «صاحبه» فإنّ التعبير بصاحبه الأول لا يناسب مع كون الثوب ملكاً للمشتري فعلاً، فعلى هذا لا دخل له بالفضولي أصلاً، فيكون خلاف الظاهر منه.

**ومنها:** خبر جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع إلى رجل مالاً ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى به غير الذي أمره؟ قال: «هو ضامن والربح بينهما على ما شرط»<sup>(٣)</sup>.

(١) الوسائل ١٢: ٣٩٢ ح ١. (٢) المكاسب ٨: ١٩٦ (٣) الوسائل ١٣: ١٨٢ ح ٩.

وخبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط عليه؟ قال: «هو ضامن، والريح بينهما»<sup>(١)</sup>.

وخبره الآخر عنه 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 لا ينزلوا بطن واد، ولا يشترروا ذا كبد رطبة، فإن خالفت شيئاً مما أمرت به فأنت ضامن للمال»<sup>(٢)</sup>.

لكن تطبيقها على القواعد بحملها على صورة الإجازة المتأخرة جمعاً بينها وبين ما دلّ على اعتبار رضا المالك لتكون مواردها مندرجة في الفضولي، كما أفاده العلامة الأنصاري رحمته الله<sup>(٣)</sup> بعيد لا شاهد له، حيث لا إشارة إلى ذلك في شيء من هذه الأخبار، فهذه الأخبار بظواهرها مخالفة للقواعد، من جهة أن مقتضى القاعدة هو أن لا يستحق العامل شيئاً لأنه فضولي، فيمكن العمل بها في مواردها تبعداً، ولو كانت المضاربة غير باقية مع المخالفة، لكنه أيضاً بعيد، فهذه الأخبار محمولة على صورة تعدد المطلوب، فالضمان إنما هو من جهة المخالفة في المطلوب الثاني، وكون المعاملة صحيحة والريح بينهما من جهة الموافقة في المطلوب الأول، وهو أصل التجارة المربحة، ويشير إلى ذلك ذيل خبر الحلبي المتقدم المشتمل على قضية عباس، فإن ظاهره أنه كان يشترط الضمان مع بقاء الإذن في التجارة، فيكون المراد من الاشتراط فيها الضمان، لا تخصيص مورد الإذن في التجارة والتقييد فيه، فعلى هذا لا دخل لها بمسألة الفضولي.

ومنها: خبر مسمع أبي سيار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنني كنت استودعت رجلاً مالا فوجدنيه وحلف لي عليه، ثم إنه جاء بعده بستين بالمال الذي كنت

(٢) الوسائل ١٣: ١٨٢ ح ٧.

(١) الوسائل ١٣: ١٨١ ح ٥.

(٣) المكاسب ٨: ١٨٧.

استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ، وهذا أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي مالك مع مالك اجعلني في حل، فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح، وأوقفت المال الذي كنت استودعته، وأتيت حتى استطعت رأيك فماذا ترى؟ قال عليه السلام: «فخذ نصف الربح واعطه النصف، أن هذا رجل تائب والله يحب التوابين»<sup>(١)</sup>.

حيث إن الظاهر من الذيل هو تمام الربح يكون للمالك، وأن الإمام عليه السلام أمره بإعطائه النصف من الربح ودفعه إلى المستودع لأجل كونه تائباً، وذلك لا ينطبق إلا على صحة الفضولي.

وقد استدل<sup>(٢)</sup> على الصحة بخبر أبي حمزة الشمالي، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الزكاة تجب عليّ في موضع لا يمكنني أن أؤديها؟ قال: «اعزلها فإن أتجرت بها فأنت لها ضامن ولها الربح، وإن نويت في حال ما عزلتها من غير أن تشتغلها في تجارة فليس عليك، فإن لم تعزلها فاتجرت بها في جملة مالك فلها بقسطها من الربح ولا وضعية عليها»<sup>(٣)</sup>.

لكن التمسك به على صحة الفضولي يكون محلّ الخدشة: من جهة أنه لا إشارة فيه إلى إجازة حاكم الشرع، وإن كان قوله عليه السلام فيه: ولها الربح، وقوله: فلها بقسطها من الربح، إجازة عامة من الشارع تخرج المعاملة عن الفضولية، مع أن عدم الوضعية على الزكاة وكون الربح لها لا ينطبق على الفضولي، حيث إنه لو أجاز المعاملة من بيده الإضاء تكون الوضعية على الزكاة في صورة عزلها، وتكون الوضعية عليها بمقدارها مع عدم العزل، ولو ردها فلا تكون في البين وضعية حتى تكون على المتجر، فيعمل بمضمونه تبعداً في اتجار المالك بالزكاة ولا ربط بالفضولي أصلاً.

(١) الوسائل ١٣: ٢٣٥ ح ١. (٢) المستدل هو المحقق السيد الزيدي منه، حاشية المكاسب / ١٣٨.

(٣) الوسائل ٦: ٢١٤ ح ٣.

ومنها: قال العلامة الأنصاري رحمته الله: ومن هذا القبيل الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم وأن الربح لليتيم<sup>(١)</sup>.

أقول: والأخبار الواردة في هذا المضمار كثيرة، منها: خبر سعد السمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «ليس في مال اليتيم زكاة إلا أن يتجر به، فإن اتجر به فالربح لليتيم، وإن وضع فعلى الذي يتجر به»<sup>(٢)</sup>.

وخبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «ليس على مال اليتيم زكاة إلا أن يتجر به، فإن اتجر به ففيه الزكاة والربح لليتيم، وعلى التاجر ضمان المال»<sup>(٣)</sup>.

وخبر الحلبي عن أبي عبد الله قال: قلت له: في مال اليتيم عليه زكاة؟ فقال: «إذا كان موضوعاً فليس عليه زكاة، فإذا عملت به فأنت له ضامن والربح لليتيم»<sup>(٤)</sup>.

وخبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في مال اليتيم، قال: «العامل به ضامن ولليقيم الربح إذا لم يكن للعامل مال، وقال: إن عطب أذاه»<sup>(٥)</sup>.

وخبر ربعي بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال في رجل عنده مال اليتيم فقال: «إن كان محتاجاً وليس له مال فلا يمسه، وإن هو اتجر به فالربح لليتيم وهو ضامن»<sup>(٦)</sup>.

وخبر منصور الصيقل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن مال اليتيم يعمل به؟ قال: فقال: «إذا كان عندك مال وضمنته فلك الربح وأنت ضامن للمال، وإن كان لا مال لك وعملت به فالربح للغلام وأنت للمال»<sup>(٧)</sup>.

فهذه الأخبار بإطلاقها شاملة لاتجار غير الولي بمال اليتيم، وتدل على أن ملكية الربح متوقفة على إجازة الولي، فتكون هذه الأخبار دليلاً على صحة الفضولي. لكن التمسك بها على الصحة مدخول، أولاً: من جهة أنه لا نسلم لها الإطلاق،

(١) المكاسب ٨: ١٨٨. (٢) الوسائل ٦: ٥٧ ح ٢. (٣) الوسائل ٦: ٥٨ ح ٨.  
(٤) الوسائل ٦: ٥٤ ح ١. (٥) الوسائل ١٢: ١٩١ ح ٢. (٦) الوسائل ١٢: ١٩١ ح ٣.  
(٧) الوسائل ٦: ٥٨ ح ٧.

حيث لا دلالة لها على توقّف ملكية الربح على إجازة الولي، فتخصّص هذه الأخبار بما إذا كان المتّجر هو الولي، بل يتعيّن ذلك في الثلاثة الأخيرة، لأجل أنّه قيّد فيها الضمان بما إذا لم يكن للمتّجر مال، وفي غير الولي يكون التصرف موجّباً للضمان كان له مال أو لم يكن، لعدم كونه مأذوناً في التصرف فلا ربط لها بمسألة الفضولي أصلاً.

**وثانياً:** على فرض تسليم الإطلاق لها وشمولها لاتّجار غير الولي، وأن ملكية الربح متوقّفة على إجازة الولي لا تنطبق هذه الأخبار على الفضولي، من جهة أنّ الولي إن لم يجز المعاملة فلا وضعية حتى تكون على المتّجر، وإن أجازها فتكون الوضعية على اليتيم.

**وثالثاً:** على فرض تسليم الإطلاق لها وشمولها لاتّجار غير الولي لا إشارة للإجازة في شيء منها على كثرتها، وإن جعلنا قوله **على الإطلاق** فيها: والربح لليتيم، إجازة عامة من الشارع يخرج اتّجار غير الولي بمال اليتيم أيضاً عن الفضولية.

**ورابعاً:** على تسليم الإطلاق لها يمكن أن نستكشف منها الولاية لغير الولي أيضاً في التصرف في مال اليتيم فيما إذا كان التصرف في ماله مصلحة له، وإن كان ضامناً في صورة الوضعية.

وبعبارة أخرى: يمكن أن يقال: - لأجل هذه الأخبار - بصحّة تصرف غير الولي في مال اليتيم تعبداً إذا كان فيه المصلحة له، وإن كان ضامناً في صورة الوضعية، فلا ربط لها بمسألة الفضولي أصلاً.

### في الاستدلال على صحّة بيع الفضولي بفحوى صحّة عقد النكاح من الفضولي في الحرّ والعبد

**ومنها:** فحوى صحّة عقد النكاح من الفضولي في الحرّ والعبد الثابتة بالإجماعات المحكيّة والأخبار الكثيرة، منها: ما في خبر الفضل بن عبد الملك

استدل لصحة بيع الفضولي بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي..... ٣٥١

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا زوّج الرجل ابنه فذاك إلى ابنه...»<sup>(١)</sup>.

ومنها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه سأله عن رجل زوّجته أمه

وهو غائب، قال: «النكاح جائز إن شاء المتزوّج قبل وإن شاء ترك...»<sup>(٢)</sup>.

ومنها: ما ورد في نكاح الولي العرفي من الأخ والعم والوصي والحاكم مثل

صحيحة أبي عبيدة الحذاء قال: سألت أبا جعفر عليه السلام: عن غلام وجارية زوّجهما

وليّان لهما وهما غير مدركين، فقال: «النكاح جائز وأيّهما أدرك: كان له

الخيار...»<sup>(٣)</sup>.

إن قلت: الرواية متروكة الظاهر، لتضمّنها أنّ عقد الولي يقع موقوفاً وأنتم

لا تقولون به، فلا يصح الاستدلال بها على صحة نكاح الفضولي، لسقوط اعتبارها

بذلك.

قلت: لا يلزم من ثبوت الولاية لأحد على الأطفال أن يجوز له تزويجهم، لأنّ

ولاية التزويج أخصّ من مطلق الولاية، وعدم الأخصّ أعمّ من عدم الأعمّ، ووجه

خصوصيته يظهر في الحاكم والوصي، فإنّهما وليّان على الأطفال وليس لهما

تزويجهم، فيمكن حمل الولي هنا على ذلك بقريته جعل الخيار لهما إذا أدركا،

كما يمكن حمله على الأخ والعمّ، فإنّ كلاً منهما يطلق عليه اسم الولي، لكنّه ولي

غير مجيز.

وبالجملة: فالنكاح بملاحظة كونه في الفروج والأنساب التي يطلب فيها

الاحتياط يكون أهمّ من غيره، فبعد أن لزم تملك بضع الغير بالإجازة يلزم تملك

ماله بها بالطريق الأولى.

إن قلت<sup>(٤)</sup>: ينافي الفحوى ما في خبر العلاء بن سيّابة عن أبي عبد الله عليه السلام في

مقام الردّ على المخالفين الفارقين بين بيع الوكيل المعزول مع جهله بالعزل، وبين

(١) الوسائل ١٤: ٢٠٨ ح ٤ (٢) الوسائل ١٥: ٥٣ ح ١ ب ٤٧. (٣) الوسائل ١٥: ٧١ ح ٢.

(٤) المستشكل هو العلامة الأنصاري رحمته الله منه، المكاسب ٨: ١٧٨.



تزويجه، بالصحة في الأول، لأن المال منه عوض لصاحبه، دون الثاني، لأن البضع ليس له عوض إذا وقع منه ولد، حيث قال الإمام فيه في ردّهم: «سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسد، أن النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه، وهو فرج، ومنه يكون الولد...»<sup>(١)</sup>. وجه كونه منافياً للفحوى، هو أنه يستفاد من كلام الإمام عليه السلام أنه جعل صحة البيع أصلاً، وصحة النكاح فرعاً، وأنه إذا صحّ البيع فالنكاح يكون أولى بالصحة، فلا وجه حينئذٍ للتعدّي من صحة نكاح الفضولي إلى البيع، لأن الحكم في الفروع لا يستلزم الحكم في الأصل في باب الأولوية، وإلا لم يتحقّق الأولوية.

قلت: والظاهر أن هذا الإشكال غير وارد، وأن الخبر لا يكون منافياً للفحوى، وتوضيح عدم كونه منافياً لها يتوقّف على نقل الخبر بتمامه، وهو أنه روى العلا بن سيّابة عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن امرأة وكّلت رجلاً بأن يزوّجها من رجل فقبل الوكالة فاشهدت له بذلك، فذهب الوكيل فزوّجها ثمّ إنّها أنكرت ذلك الوكيل، وزعمت أنه عزلته عن الوكالة، فأقامت شاهدين أنّها عزلته، فقال: ما يقول من قبلكم في ذلك؟ قال: قلت: يقولون ينظر في ذلك، فإن كانت عزلته قبل أن يزوّج فالوكالة باطلة والتزويج باطل، وإن عزلته وقد زوّجها فالتزويج ثابت على ما زوّج الوكيل، وعلى ما أنفق معها من الوكالة إذا لم يتعدّد شيئاً ممّا أمرت به واشترطت عليه في الوكالة، قال: ثمّ قال يعزلون الوكيل عن وكالتها ولم تعلمه بالعزل؟ قلت: نعم، يزعمون أنه لو وكّلت رجلاً وأشهدت في الملاء وقالت في الخلاء اشهدوا أنّي قد عزلته وأبطلت وكالتها بلا أن تعلم في العزل، وينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصّة، وفي غيره لا يبطلون الوكالة إلا أن يعلم الوكيل بالعزل، ويقولون المال منه عوض لصاحبه، والفرج ليس منه عوض إذا وقع منه

(١) الوسائل ١٣: ٢٨٦ ح ٢.

ولد، فقال عليه السلام: «سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسد، أن النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه، وهو فرج، ومنه يكون الولد، أن علياً عليه السلام أته امرأة تستعديه على أخيها، فقالت: يا أمير المؤمنين إنني وكّلت أخي هذا بأن يزوّجني رجلاً وأشهدت له ثمّ عزلته من ساعته تلك، فذهب يزوّجني، ولي بيّنة أني قد عزلته قبل أن يزوّجني، فأقامت البيّنة، فقال الأخ: يا أمير المؤمنين أنها وكّلتني ولم تعلمني أنها عزلتني عن الوكالة حتى زوّجتها كما أمرتني، فقال لها: ما تقولين؟ قالت: قد أعلمته يا أمير المؤمنين، فقال لها: ألك بيّنة، فقالت: هؤلاء شهودي، يشهدون بأنّي قد عزلته، فقال أمير المؤمنين: كيف تشهدون؟ فقالوا: نشهد أنها قالت اشهدوا أنّي قد عزلت أخي فلاناً عن الوكالة بتزويجي فلاناً، وأنّي مالكة لأمري قبل أن يزوّجني، فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضر؟ فقالوا: لا، فقال: تشهدون أنّها أعلمته بالعزل كما أعلمته الوكالة؟ قالوا: لا، قال: أرى الوكالة ثابتة، والنكاح واقعاً، أين الزوج؟ فجاء، فقال: خذ بيدها، بارك الله لك فيها، فقالت: يا أمير المؤمنين إحلفه أنّي لم أعلمه العزل، ولم يعلم بعزلي إياه قبل النكاح، قال: وتحلف؟ قال: نعم يا أمير المؤمنين، فحلف فأثبت وكالته وأجاز النكاح»<sup>(١)</sup>.

فحينئذ نقول: لا يكون الخبر منافياً للفحوى، من جهة أنّه ليس غرض الإمام عليه السلام من قوله فيه: إنّ النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه، فرعية النكاح بالإضافة إلى البيع، حتى يستشكل بما ذكر، بل مقصوده منه يكون الردّ على المخالفين بطريقتهم، وردّ تفكيكهم بوجهين: الأول: أنّه لا أثر لعزل الوكيل مطلقاً مع جهله به، فلا وجه لتفكيكهم بين البيع والنكاح، بالصحة في الأول دون الثاني، لأجل ذلك الأمر الاستحساني، حيث إنّ مقتضى الرأي والاستحسان يكون على العكس، لأنّ النكاح أولى بأن يحتاط فيه ويحكم بصحته، لأنّه الفرج ويكون منه

الولد.

**والثاني:** أنهم التزموا بحجية قول الصحابي، وقد قضى أمير المؤمنين أقضى الصحابة، وباب مدينة العلم بصحة النكاح في مثل هذه المسألة، فيكف لا يلتزمون بصحة النكاح.

نعم، يمكن الخدشة في الفحوى: من جهة أخرى وهي: أنها ظنيّة لم نحرز قطعيتها، لعدم علمنا بالمصالح المقتضية لجعل الأحكام، حيث إنه يمكن أن تقتضي الحكمة التوسعة في أمر النكاح لدفع بعض المفاسد وعدم الوقوع فيه دون غيره.

### في الاستدلال على صحة بيع الفضولي بالأخبار الدالة على عدم بطلان نكاح العبد بدون إذن مولاه

**ومنها:** الأخبار الدالة على عدم بطلان نكاح العبد بدون إذن مولاه، معللاً بأنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده، مثل خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: ذلك إلى سيده إن شاء أجازته وإن شاء فرّق بينهما، قلت: أصلحك الله أنّ الحكم بن عيينة، وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد ولا تحلّ إجازة السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: «إنّه لم يعص الله وإنما عصى سيده، فإذا أجاز فهو له جائز»<sup>(١)</sup>.

وخبره الآخر: عنه عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج عبده امرأة بغير إذنه فدخل بها، ثمّ اطّلع على ذلك مولاه، قال: «ذاك لمولاه إن شاء فرّق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً، وإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول، فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإنّ في

(١) الوسائل ١٤: ٥٢٣ ح ١.

استدل لصحة بيع الفضولي بالأخبار الدالة لعدم بطلان نكاح العبد بدون إذن مولاه ... ٣٥٥

أصل النكاح كان عاصياً، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنمّا أتى شيئاً حلالاً وليس بعاص لله، إنمّا عصى سيّده ولم يعص الله، أنّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة وأشباهه»<sup>(١)</sup>.

وخبر منصور بن حازم: عن أبي عبد الله عليه السلام في مملوك تزوّج بغير إذن مولاه أعاص لله؟ قال: عاص لمولاه، قلت: حرام هو؟ قال: «ما أزعّم أنّه حرام ونوله «وقل له خ ل» أن لا يفعل إلاّ بإذن مولاه»<sup>(٢)</sup>.

والاستدلال بهذه الأخبار يتوقف على بيان مقدّمتين: الأولى: هي أنّ المراد من العصيان فيها يعني عدم كون العبد في النكاح عاصياً لله، وكونه عاصياً لسيّده يكون هو العصيان الوضعي لا التكليفي، وإلاّ لا وجه للتفصيل يعني الحكم بأنّ نكاح العبد بدون إذن سيّده عصيان لمولاه دون الله تعالى، حيث إنّ على التكليف تكون معصية السيّد معصية الله، وواضح أنّ سخط الله تعالى بفعل غير قابل لأنّ ينقلب برضاه، لأنّ ما وقع لا ينقلب عمّا هو عليه، لأجل أنّ الانقلاب يستلزم أن تصير ذات المبدأ محلاً للحوادث، ولذا نقول: ليس البداء وكذا النسخ في حقّه تعالى عبارة عن الظهور بعد الخفاء، لاستلزامه الجهل وضرورة الذات محلاً للحوادث، بل عبارة عن الإظهار بعد الخفاء.

وبالجملة: فالمراد من عصيان العبد لسيّده في هذه الأخبار يكون هو العصيان الوضعي، يعني يكون نول<sup>(٣)</sup> العبد وحقّه أن يستأذن لأمر نكاحه من سيّده، ولا ينبغي له أن يفعل ذلك من دون إذنه، لأجل أنّه لا ينفذ بدون ذلك، فعصيانه عبارة عن ترك ذلك.

الثانية: هي أنّ ورود هذه الأخبار في مورد العبد لا يكون مخصّصاً له بعد أن تستفاد كبرى كليّة من التعليل الوارد فيها، يعني كلّ من تصرف في شيء ولم يكن

(١) الوسائل ١٤: ٥٢٣ ح ٢.

(٢) الوسائل ١٤: ٥٢٢ ح ٢.

(٣) يقال: نال له أن يفعل كذا، أي حان، المنجد / ٨٤٨.

ذاك التصرف عصيانياً لله، بل كان في متعلق حق الغير يكون أمر ذاك التصرف من حيث الإبطال والإجازة إلى ذاك الغير، فعنوان كون العاقد فيها عبداً، وكون ذي الحق سيّداً، يكون ملغى بعد استظهار عموم الحكم منها، وتطبيقه على المورد، ولأجل أن الحكم بالصحة في المورد بعد إجازة السيّد يكون من مصاديق ذاك العموم.

إذا عرفت ذاك فاعلم: أن تقريب الاستدلال بهذه الأخبار هو أنه يستفاد منها أن المنشأ يكون باطلاً إن لم يكن مشروعاً من قبل الشارع، ولكن إذا كان مشروعاً من قبله إلا أنه كان متعلقاً لحق الغير تكون صحته متوقفة على إجازة ذاك الغير، فإذا أجاز جاز، فيستفاد عموم الحكم من التعليل الوارد فيها، كما أفاد العلامة الأنصاري رحمته الله في باب الرهن بقوله: إذ المستفاد من قوله عليه السلام: إنه لم يعص الله وإنما عصى سيّده، أن كلّ عقد كان النهي عنه لحقّ الأدمي فيرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع وحصول الرضا، وليس ذلك كمعصية الله تعالى إصالة في إيقاع العقد التي لا يمكن أن يلحقها رضى الله تعالى <sup>(١)</sup> انتهى كلامه رفع في الخلد مقامه.

وقد انقدح من ذلك الخدشة في قول <sup>(٢)</sup> من استفاد عموم الحكم من قوله عليه السلام: فإذا أجاز فهو له جائز، حيث إن العموم يستفاد من التعليل، يعني قوله عليه السلام: إنه لم يعص الله وإنما عصى سيّده، لا من قوله: فإذا أجاز فهو له جائز، لأجل أنه يكون بمنزلة النتيجة للعموم المستفاد من التعليل.

إن قلت: تزويج العبد لنفسه يكون من التصرف في متعلق حق الغير، نظير بيع الراهن مال المرهون، ولا يكون من قبيل بيع مال الغير، فلا يصح التمسك بهذه الأخبار على صحة الفضولي.

(١) المكاسب ١٨١ طبعة تبريز لطاهر خونويس.  
(٢) والقاتل هو المحقق الثاني رحمته الله منه، منية الطالب ٢: ٢١٥.

استدل لصحة بيع الفضولي بالأخبار الدالة لعدم بطلان نكاح العبد بدون إذن مولاه... ٣٥٧

قلت: أولاً: أن الملاك في العقد الفضولي هو أن تكون صحته متوقفة على إجازة الغير، أعم من أن يكون وجه التوقف كون المبيع مال الغير أو كونه متعلقاً لحق الغير.

وثانياً: تزويج العبد لنفسه يكون من قبيل بيع الفضولي مال الغير، لأجل أن نفسه ملك لمولاه.

إن قلت: أحرزنا الصغرى في مورد هذه الأخبار، وأن نكاح العبد مشروع من قبل الشارع، ولكن لم نحرز الصغرى في المقام، يعني ما أحرزنا كون بيع مال الغير مشروعاً من قبل الله ولم يكن عصياناً له.

قلت: الظاهر أن صرف إنشاء البيع لا يعد تصرفاً في مال الغير عرفاً حتى كان عصياناً لله تعالى.

ومنها: إطلاق خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: «عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق ويشترط عليه أنك تأتي بما تشتري، فما شئت أخذته وما شئت تركته، فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع، فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت؟ قال عليه السلام: لا بأس»<sup>(١)</sup>.

حيث يحتمل كما أفاد العلامة الأنصاري رحمته الله أن يكون شراء السمسار لنفسه، ليكون الورق عليه قرضاً، فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعة، ويوفيه دينه، ولا ينافي هذا الاحتمال فرض السمسار في الخبر ممن يشتري بالأجر، لأن توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته وشغله لا بملاحظة هذه القضية الشخصية، فعلى هذا لا ربط له بالفضولي.

ويحتمل أن يكون شراء السمسار لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بايع الأمتعة، فيلتزم بالبائع فيما رضي ويفسخه فيما كره، ولا ربط له على هذا أيضاً

(١) الوسائل ١٢: ٣٩٤ ح ٢.

بالفضولي.

ويحتمل أن يكون فضولياً عن صاحب الورق فيتخير ما يريد ويرد ما يكره، وليس في مورد الخبر ظهور في إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافي كونه فضولياً، كما لا يخفى، فإذا احتتمل مورد السؤال لهذه الوجوه وحكم الإمام عليه السلام بعدم البأس من دون استفصال عن المحتملات، أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات<sup>(١)</sup>.

لكن يمكن أن يقال: إن الظاهر من الخبر يكون هو الاحتمال الوسط، يعني شراء السمسار لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بايع الأمتعة، فيكون خيار صاحب الورق مستنداً إلى شرط الخيار له على بايع الأمتعة لا إلى كون الشراء فضولياً، فلا يكون دليلاً على صحة بيع الفضولي.

### في أن من أدلة صحة عقد الفضولي خبر ابن أشيم

ومنها: خبر ابن أشيم الذي رواه عن أبي جعفر عليه السلام قال له عبد لقوم مأذون له في التجارة، دفع إليه رجل ألف درهم فقال اشتر بها نسمة واعتقها عني وحب عني بالباقي، ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه واعتقه عن الميت ودفع إليه الباقي ليحب عن الميت، فحب عنه وبلغ ذلك مولى أبيه ومواليه وورثة الميت جميعاً، فاختصموا جميعاً في الألف، فقال موالي العبد المعتق إنمّا اشتريت أباك بمالنا، وقال الورثة: إنمّا اشتريت أباك بمالنا، وقال موالي العبد: إنمّا اشتريت أباك بمالنا، فقال أبو جعفر عليه السلام: أمّا الحجّة فقد مضت بما فيها لا ترد، وأمّا المعتق فهو ردّ في الرق لموالي أبيه، وأيّ الفريقين بعد أقاموا البيّنه على أنّه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقاً<sup>(٢)</sup>.

(٢) الوسائل ١٣: ٥٣ ح ١.

(١) المكاسب ٨: ١٩٨ - ٢٠٠.

في أن من أدلة صحة عقد الفضولي خبر ابن أشيم ..... ٢٥٩

ويستدل به تارة على صحة الفضولي بأن العبد المأذون كان وكيلاً عن دافع الألف في شراء عبد وعتقه، فبعد أن مات الدافع قبل الشراء بطلت وكالة المأذون، وانتقل الألف إلى ورثة الدافع، فيكون الشراء فضولياً بالنسبة إلى الورثة، حيث لم يكن العبد المأذون مأذوناً في شراء عبد من طرفهم، فحينئذ اختصاصهم الورثة وادّعائهم بأن العبد اشترى بمالهم يكون إجازة له.

كما يمكن أن يكون الشراء فضولياً بالنسبة إلى مولى المأذون، بأن يقال: إن إذن المولى له في التجارة غير شامل لشراء العبد، يعني الإذن فيها يكون منصرفاً عنه، فيكون شراء العبد بماله فضولياً، فادّعائه شراء العبد، بماله يكون إجازة له، والإمام عليه السلام لم يردع عن هذا الأمر، بل أمضاه بقوله: وأي الفريقين، يعني ورثة الدافع ومولى المأذون بعد أقاموا البيّنة على أنه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقاً.

وأما دعوى مولى الأب شراء العبد بماله فلا ربط لها بالفضولي، لأن شراء عبد شخص بماله باطل، حيث لا يتحقق حقيقة المبادلة بذلك، فمولى الأب يدّعي بطلان المعاملة، فلا ربط لدعواه بالفضولي أصلاً.

وأخرى يستدل، به على صحة الفضولي بأنه: تدعى ورثة الدافع بأن العبد اشترى بمالهم لغيرهم، وكذلك يدّعي مولى المأذون بأن العبد اشترى بماله لغيره، فيكون الشراء فضولياً، فادّعاء الورثة بأن العبد اشترى بمالهم وكذلك ادّعاء مولى المأذون بأن العبد اشترى بماله يكون إجازة له، فيدل هذا الخبر على صحة الفضولي.

لكن يورد عليه <sup>(١)</sup> أولاً: بأن الظاهر من الخبر هو أنه كانت لورثة الدافع أموالاً عند العبد المأذون، وكان مأذوناً أيضاً من طرفهم في التجارة، فادّعاء الورثة راجع

(١) المورد هو المحقق النائيني رحمته الله منه، منية الطالب ١: ٢١٩.



إلى أن العبد لهم، لأجل أنه اشترى بمالههم وكذلك ادعاء مولى المأذون راجع إلى أن العبد له لأنه اشترى بماله، وأنه كان مأذوناً من قبله حتى لشراء العبد. إلا أن هذا الإيراد يكون محلّ الخدشة: من جهة أن الظاهر من عمل المأذون خارجاً هو أنه اشترى العبد لدافع الألف، فلا يكون عمله خارجاً عن عنوان الفضولي.

وثانياً<sup>(١)</sup>: بأن الظاهر من الخبر هو أن دفع الألف إلى المأذون كان بعنوان الوصية، ويؤيد ذلك حكم الإمام عليه السلام بصحة الحج بقوله: أما الحجّة فقد مضت بما فيها.

لكن هذا الإيراد أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أنه ينافي الوصية قوله عليه السلام وأما المعتق فهو ردّ في الرق لموالي أبيه، وأيّ الفريقين بعد أقاموا البيّنة على أنه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقاً.

وثالثاً: بأن هذا الخبر مخالف للقواعد من وجوه: الأول: كما قيل<sup>(٢)</sup>: مخالف لقاعدة من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

بيان ذلك: هو أن الظاهر من القضية أن العبد المأذون كان عنده المال من جميع الخصماء، وكان مأذوناً في التجارة لمولاه ومولى أبيه، ومأذوناً في اشتراء العبد وعتقه وصرف بقية الألف للحجّ من قبل الدافع، بإقراره ماض على كلّ واحد، لأن من ملك شيئاً ملك الإقرار، والظاهر من عمله الخارجي أنه كان مقرراً بأنه اشترى العبد من دراهم الدافع، فحجّية عمله أو إقراره يقتضي نفوذه على مولى الأب، فعود الأب رقاً يكون على خلاف القاعدة.

لكن هذا الوجه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنك عرفت أن الظاهر من ذيل الخبر هو أن العبد المأذون كان وكيلاً عن دافع الألف في شراء العبد، فبعد أن مات

(١) المورد هو صاحب الجواهر عليه السلام منه، والحديث في الوسائل ١٣: ٥٣.

(٢) القائل هو المحقّق النابيني منه، منية الطالب ١: ٢١٩.

في أن من أدلة صحة عقد الفضولي خبر ابن أشيم ..... ٣٦١

الدافع قبل الشراء بطلت وكالته عنه وانتقل الألف إلى الورثة، ولم يكن العبد المأذون مأذوناً من طرفهم في أمر الألف وشراء العبد به، فلم يكن مالكاً لأمر المعاملة من طرفهم، حتى كان إقراره نافذاً على مولى الأب، وكان عود العبد رقاً على خلاف القاعدة.

**والثاني:** أن الحكم بتقديم قول مولى الأب على قول مولى المأذون وورثة الدافع يكون من باب الاستصحاب، والحال أن أصل الصحة حاكم على الاستصحاب.

لكن هذا الإشكال وارد إن قلنا بجريان أصل الصحة في شرائط العقد وأركانه معاً كما ذهب إليه المشهور، ولكن إن قلنا بجريانه في الشرائط دون الأركان، كما سلك إليه المحقق الثاني<sup>(١)</sup> والعلامة<sup>(٢)</sup> رحمهما الله فغير وارد، حيث إن مصب أصل الصحة في المقام يكون في الأركان، لأجل أنه لا يدري أن العبد المأذون اشترى عبد المولى بماله حتى كان الشراء باطلاً، أو بمال غيره حتى كان صحيحاً، فبعد أن لا يكون أصل الصحة جارياً كان المرجع هو الاستصحاب.

**والثالث:** أنه يدل على صحة استيجار أب المأذون للحج، مع أن أمر الدافع ظاهر في أن يحج المأذون عنه بالمباشرة.

لكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة، أولاً: من جهة أن الأمر الإلهي وإن كان ظاهراً في اعتبار المباشرة، ولكن ظهور أمر غيره كأمر الدافع في المقام أعم من أن يكون بنحو الوصية أو التوكيل والاستنابة للحج؛ خصوصاً في التدبّي غير معلوم.

**وثانياً:** على فرض ظهور الأمر مطلقاً في المباشرة يفهم من عمل العبد المأذون خارجاً أنه فهم الأعم من المباشرة في المورد.

**والرابع:** أنه يدل على عدم تقديم قول مولى المأذون، والحال أنه تكون له اليد

(١) جامع المقاصد ٧: ٣٠٧، تأليف الشيخ علي بن الحسين الكركي ( - ٩٤٠).

(٢) تذكرة الفقهاء ١: ٧٨.

بالنسبة إلى عبده وما في يده.

لكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أنه تكون له اليد بالإضافة إلى عبده، لا بالنسبة إلى ما في يده من الألف الذي كان محللاً للنزاع بينه وبين موالي أب المأذون وورثة الدافع.

**والخامس:** أنه يدلّ على عود العبد رقاً لمولاه مع أن مولاه كان معترفاً ببيعه وإن ادعى فساده.

لكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أن العبد المأذون - كما عرفت - كان وكيلاً عن دافع الألف، والدافع مات قبل الشراء، فتبطل وكالة المأذون، فيكون شرائه فضولياً، فلم يحصل العتق، فيكون العبد رقاً لمولاه.

**والسادس:** أنه يدلّ على صحّة حجّ العبد بدون إذن مولاه.

لكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أن إتيان العبد بالحجّ بدون إذن مولاه غير معلوم، بل يكون مقتضى أصل الصحّة في فعله وفعل العبد المأذون هو أن العبد أتى بالحجّ بإذن مولاه، ولعلّ حكم الإمام عليه السلام بالصحّة يكون مبنياً على ذلك.

### فيما استدلّ به على بطلان الفضولي

وقد استدلّ على بطلان بيع الفضولي أولاً: بالإجماع الذي ادّعاه الشيخ في الخلاف، وابن زهرة في الغنية.

لكن التمسك به يكون محلّ الخدشة، أولاً: من جهة أن المحصل منه غير حاصل، والمنقول منه لا اعتبار به.

**وثانياً:** لأجل أنه يوهنه ذهاب المشهور على خلافه.

**وثالثاً:** لاحتمال أن يكون مدركه الوجوه الآتية.

**وثانياً:** بقوله تعالى في سورة النساء: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾ ويستدلّ به تارة بالمفهوم المستفاد من الحصر، وأخرى

بالمفهوم المستفاد من الوصف.

أما الأول: فهو أنّ مفاده عبارة عن النهي عن المسبّب، أي التصرف في الأموال إن لم يكن التصرف فيها ناشئاً عن التجارة الناشئة عن سبق التراضي، فيكون معناه أنّه لا تصرفوا في الأموال التي بينكم بالباطل إلا أن يكون التصرف فيها ناشئاً عن التجارة الناشئة عن سبق التراضي.

وأما الثاني: فإنّ عدم المفهوم للوصف يكون في مورد عدم التحديد، وأما إذا كان في مقام التحديد - كما في هذا الكلام - فيكون له المفهوم عرفاً، فبدل هذا الكلام بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على أنّ غير التجارة عن تراض أو التجارة لا عن تراض غير مبيح لأكل مال الغير وإن لحقها الرضا، ومن المعلوم أنّ عقد الفضولي غير داخل في المستثنى، فبدل على بطلان عقده.

وقد أورد<sup>(١)</sup> عليه بأنّ كلاً من الوجهين لا يفيد المستدل، لأنّ التجارة هي المسبّب، أي النقل والانتقال الخارجي، واعتبار مقارنة الرضا معه لا إشكال فيه، وأما العقد فلا يطلق عليه تجارة حتّى يعتبر صدوره عن رضی المالك... لكن هذا الإيراد يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ التجارة تكون بمعنى الكسب، فالتجارة ظاهرة في السبب لا المسبّب، فهذا الإيراد على الاستدلال لا وجه له.

فالأولى أن يورد على الوجه الأول: بأنّه لا يدلّ على الحصر، لأنّ الاستثناء منقطع وعلى الثاني أولاً: بأنّ الوصف وارد مورد الغالب فلا مفهوم له.

وثانياً: يحتمل أن يكون عن تراض خبراً بعد خبر، لتكون الناقصة على قراءة نصب التجارة لا قيدياً لها، وإن كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد، فيكون المعنى إلا أن يكون سبب الأكل تجارة، ويكون عن تراض، ومن المعلوم أنّ

(١) هو المحقّق النائيني رحمته الله منه، منية الطالب ١: ٢٢٠.

السبب الموجب لحل الأكل في الفضولي إنما نشأ عن التراضي.  
**وثالثاً:** أن الخطاب لملاك الأموال والتجارة في الفضولي إنما يصير تجارة المالك بعد الإجازة، فتجارته عن تراض.

**وثالثاً:** بالأخبار، منها: خبر شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد، عن الصادق، عن آبائه في مناهي النبي ﷺ قال: «ونهى عن بيع ما ليس عندك، ونهى عن بيع وسلف»<sup>(١)</sup> حيث إن عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلطه على تسليمه، لعدم تملكه.

**ومنها:** ما ورد في توقيع أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام إلى محمد بن الحسن الصفار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من جهة البائع على ما يملك<sup>(٢)</sup>» لكن الاستدلال بهما يكون محل الخدشة، أولاً: من جهة أنهما لا يدلان على بطلان الفضولي، إلا أن تكون في اليمين قرينة على أن المراد من عدم الجواز والنهي عن البيع فيهما يكون هو الجواز الوضعي، أي عدم الصحة، والقرينة على ذلك مفقودة.

**وثانياً:** يدلان على أن المشتري لا يملك ما باعه الفضولي من مال غيره، ولا يدلان على عدم حصول الملكية للمشتري بعد إجازة المالك.

**وثالثاً:** على التسليم تخصصان بما دل على صحة الفضولي.

**ومنها:** خبر محمد بن القاسم بن الفضيل، قال سألت أبا الحسن الأول عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم فكتب عليه عليه السلام كتاباً قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطها المال أم يمنعها؟ قال: «قل له ليمنعها أشد المنع فإنها باعت ما لم تملكه»<sup>(٣)</sup>.

لكن التمسك به أيضاً يكون محل الخدشة: من جهة أنه لا يعلم أن الحكم

(٢) الوسائل ١٢: ٢٥٢ ح ١.

(١) الوسائل ١٢: ٣٧٥ ح ٥.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٤٩ ح ٢.

فيما استدَلَّ به على بطلان الفضولي ..... ٣٦٥

بمنع إعطاء الثمن هل يكون لأجل أن يبيع الفضولي باطل رأساً حتى مع رضاء المالك، أو الحكم بالبطلان والمنع يكون في صورة عدم رضاء المالك، فيسقط الاستدلال به لذلك.

ومنها: عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بقم النيل، وأهل الأرض يقولون هي أرضهم، وأهل الاستان<sup>(١)</sup> يقولون هي من أرضنا؟ فقال: «لا تشتريها إلا برضا أهلها»<sup>(٢)</sup>.

حيث إنه يدل على اعتبار كون البيع مصاحباً لرضاء المالك. لكن التمسك به أيضاً يكون محل الخدشة: من جهة أنه يمكن أن يقال: إنه يدل بإطلاقه على صحة الفضولي.

ومنها: ما عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحميري أن مولانا «عجل الله فرجه» كتب في جواب بعض مسائله: «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو رضى منه»<sup>(٣)</sup>.

حيث يدل على اعتبار كون البيع مصاحباً لرضاء المالك. لكن الاستدلال به أيضاً يكون محل الخدشة: من جهة أنه يمكن أن يقال إنه بإطلاقه يدل على صحة الفضولي، مع أنه على فرض تسليم دلالتها على البطلان تخصص بمادد على صحة الفضولي.

ورابعاً: بمادد من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، فإن الرضا اللاحق لا يمنع في رفع القبح الثابت حال التصرف، ففي التوقيع المروي في الاحتجاج: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه»<sup>(٤)</sup> ولا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً.

(١) والاستان: بضم الهمزة وسكون السين والتاء المفتوحة المثناة من فوق، على ما في القاموس، والمجمع أربع كور ببغداد عال وأعلى وأوسط وأسفل، ذكره في «ق» في س ت ن، وفي المجمع في اس ت، منه. (٢) الوسائل ١٢: ٢٤٩ ح ٣. (٣) الوسائل ١٢: ٢٥١ ح ٨. (٤) الوسائل ٦: ٣٧٦ ح ٦.

لكنه يكون أيضاً محلّ الخدشة، أولاً: من جهة أنّ المراد من البيع إن كان هو السبب والإنشاء فكونه تصرفاً أول الكلام، لأنّ التصرف في الأموال يختلف أمره عند العرف بواسطة اختلاف الأثر المرغوب منها، حيث إنهم يرون الاستظلال تحت خيمة الغير تصرفاً فيها، ولا يرون الاستظلال والاستضاءة والاصطلاء بحائظ الغير ونوره وناره تصرفاً فيها بل انتفاعاً، وبالجمله كون صرف إنشاء الفضولي في المقام تصرفاً أول الكلام.

وإن كان المراد منه هو المسبب أي النقل والانتقال فهو وإن كان تصرفاً لكن لا يكون حرمة التصرف موجباً لفساد البيع، إلا أن يكون للإرشاد والوضع، لكنه يكون خلاف الظاهر منه يحتاج إلى القرينة، وهي مفقودة.

وقد أورد<sup>(١)</sup> على ذلك «بأنه لا يوجب الحرمة الفساد إذا رجع النهي إلى السبب، من حيث إنه فعل من أفعال البائع، كحرمة البيع وقت النداء، وأما إذا تعلّق بالمسبب فلا ينبغي الإشكال في فساده، كبيع المصحف من الكافر على ما بيّناه في الأصول، وإجماله: أنّ ما كان واجباً أو حراماً يخرج عن تحت قدرة المكلف، لأنّ معنى كون الشيء مقدوراً أن يكون كلا طرفي الفعل والترك تحت اختياره، والتصرف في المقام لو قيل بحرمة راجعة إلى التملك الحاصل من السبب...».

لكنه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّه كما يعتبر أن يكون الشيء قبل تعلّق النهي به مقدوراً للمكلف من حيث الفعل والترك، كذلك يعتبر أن يكون مقدوراً له من حيث الفعل والترك بعد تعلّق النهي به أيضاً، وإلا لا معنى لأن يتوجه إليه النهي، مع أنّ خروج الواجب والحرام عن تحت قدرة المكلف بواسطة الوجوب والحرمة يستلزم سدّ باب الإطاعة والعصيان، على أنّه على التسلم لا وجه

(١) المورد هو المحقق النائيني رحمته الله منه، منية الطالب ١: ٢٢٢ - ٢٢٣.

في أن يبيع الفضولي للمالك مع سبق النهي عنه ..... ٣٦٧

للتفكيك بين تعلق النهي بالمسبب وبين تعلقه بالسبب، وأنه كما تعلق النهي بالمسبب يكون موجباً لخروج السبب عن السببية، كذلك تعلقه بالسبب يكون موجباً لخروجه أيضاً عن تحت قدرة المكلف.

وثانياً: على فرض تسليم أن يكون النهي للإرشاد والوضع، يدل على فساد البيع من قبل الفضولي، ولا يدل على فساد مع إجازة المالك.

### في أن يبيع الفضولي للمالك مع سبق النهي عنه

المسألة الثانية: أن يبيع الفضولي للمالك مع سبق المنع منه، والأقوى وفاقاً للمشهور أن البيع في هذه الصورة بعد إجازة المالك أيضاً محكوم بالصحة للأدلة العامة والخاصة، أما مشموليته للأول - أي المطلقات والعمومات - مثل ﴿أحل الله البيع﴾<sup>(١)</sup> و ﴿تجارة عن تراض﴾<sup>(٢)</sup> و ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(٣)</sup> فالظاهر أنه ممّا لا إشكال فيه.

وأما الثاني: فالظاهر أيضاً كونه مشمولاً لفحوى أخبار صحة نكاح العبد بدون إذن مولاه، حيث إنها ظاهرة في المنع، ولو بشاهد الحال بين الموالي والعبيد. وقد استدل العلامة الأنصاري رحمته الله على الصحة بترك الاستفصال في خبر محمد بن قيس المتقدم وغيره، ممّا تقدّم من أخبار بيع مال اليتيم، وأخبار مخالفة العامل لما اشترط عليه رب المال الصريحة في منعه عمّا عداه.

لكنّ التمسك بترك الاستفصال يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ قول السيّد الأول في الخبر المذكور أي قوله: وليدتي باعها ابني بغير إذني ظاهر في غير صورة النهي.

وأما أخبار مال اليتيم وأخبار مخالفة العامل في المضاربة، فقد عرفت أنّه

(١) سورة البقرة (٢): ٢٧٥. (٢) سورة النساء (٤): ٢٩. (٣) سورة المائدة (٥): ١.



لا دلالة لها على صحة الفضولي في المسألة الأولى، فضلاً عن هذه المسألة. وقد استدل على بطلان البيع في هذه الصورة أولاً: بأن المدرك لصحة عقد الفضولي يكون هو خبر عروة، ولا يكون ذلك شاملاً للمقام. لكنّه مخدوش: لما عرفت من أن الدليل على صحة الفضولي لا يكون منحصراً لخبر عروة.

وثانياً: بأننا نسلم أن نهي المالك قبل البيع لا يوجب إلا عدم استناد البيع إليه، كما نسلم أيضاً أنه لا يمكن أن يكون ردّاً للبيع، لأنه غير متحقق حين النهي، إلا أن النهي وعدم الرضا باقٍ بعد البيع ولو أنا ما، والمنع الباقي بعد البيع ليس إلا الرد، والإجارة لا تنفع بعده، 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 إمارة على عدم الرضا باشترائه. وقد أورد العلامة الأنصاري رحمته الله (١) عليه: بأنه لم يدل دليل على كون المنع الباقي بعد العقد ردّاً لا تنفع بعده الإجارة، وفسخ عقد الوكيل لو كان خيارياً بحلف الموكل على نفي الإذن غير مسلم، وعلى التسليم يكون لأجل أن الحلف إمارة على الرد.

لكن يرد عليه رحمته الله: أنه اختار في صدر المسألة بأن الرضا الباطني من المالك حين عقد البيع يكون كافياً في صحته، وموجباً لخروجه عن دائرة الفضولي، فعليه لا بد أن يقول بأن الكراهة الباطنية بعد البيع، ولو أنا ما تكون ردّاً له، فالتفرقة بين الرضا الباطني والكراهة الباطنية تفكيك بلا مفكك.

## فيما إذا باع الفضولي لنفسه

المسألة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا تارة يكون مع سبق النهي من المالك، وأخرى بدون سبق المنع منه، وكيف كان فهل قصد الفضولي البيع لنفسه مانع عن الصحة، وأنه بعد إجازة المالك لا يستند البيع إليه، فلا يكون مشمولاً لما دلّ على صحة الفضولي أو ليس بمانع؟.

فنقول: قصد الفضولي البيع لنفسه ليس بمانع بل لغو، فالأقوى وفاقاً للمشهور في هذه الصورة أيضاً هو الصحة، وأنه بعد إجازة المالك يستند العقد إليه، ويكون مشمولاً للأدلة العامة من المطلقات والعمومات، والأدلة الخاصة من فحوى الصحة في النكاح، وخبر محمد بن قيس، وعلى فرض الشك في مانعية قصد الفضولي البيع لنفسه عن الصحة ترفع ذلك بالعمومات والمطلقات المتقدمة.

وبالجملة: فالبيع في هذه الصورة أيضاً محكوم بالصحة، إلا أنه قد استدلّ على بطلان البيع في هذه الصورة بوجوه: الأول: وهو العمدة منها أنه لا يمكن تحقق البيع الحقيقي من الفضولي في الفرض، حتى كان مشمولاً لأدلة الصحة، من جهة أنه يبيعه مال الغير لنفسه لا يتحقق منه حقيقة المعاوضة، إذ يستحيل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه العوض الآخر، فبيع الفضولي في الفرض يكون راجعاً إلى إعطاء المثلن وأخذ الثمن لنفسه، وهذا لا يعدّ بيعاً.

وقد أوجب عن هذا الإشكال بما حاصله: أن الفضولي يجعل نفسه مالكاً للمال بالعناية، يعني يقطع الربط الذي يكون بين المالك وماله ويربطه بنفسه، فيرى نفسه واجدة فيوجد المعاوضة الحقيقية.

لكن هذا الجواب يكون محلّ الخدشة: من جهة أنه بالادعاء لا يثبت الحقيقة، بواسطة أن الأمر الحقيقي لا يمكن أن يتولد من المجازي، فالأولى في جواب الإشكال هو أن يقال: بأنه تصدق المبادلة على بيع الفضولي، للتبادر وعدم صحة

سلب المبادلة عنه عند العرف، ولا يكون من مقومات المبادلة، وحقيقة المعاوضة عندهم دخول العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوض.

**الثاني:** أنه إن تعلقت إجازة المالك بما قصده الفضولي كان منافياً لصحة العقد، لأن معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلثن بإجازته، وإن تعلقت بغير ما قصده البائع الفضولي كانت بعقد مستأنف لا إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز والمجاز غير منشىء.

وقد أجب عن هذا الإشكال بما حاصله: أن الإجازة تكون بمنزلة عقد جديد، كما هو أحد الأقوال في الإجازة.

لكنه يكون محل الخدشة، أما أولاً: فمن جهة أنه يلزم أن يقع البيع بالألفاظ الكنائية مثل أجزت وأمثاله.

**وثانياً:** يلزم أن يكون الموجب والقابل واحداً حقيقة.

**وثالثاً:** يلزم أن تخرج من عهدة الإيجاب للمجيز والقبول للمشتري، وهذا يكون خلاف الإجماع والعقل.

وبعبارة أخرى: يلزم أن يصير العقد المركب من الإيجاب والقبول بسيطاً وهو باطل جداً، وتصحيح التركيب يجعل الإجازة إيجاباً من المجيز يضم إليه القبول المقدم من المشتري، موجب لتخلل الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول.

فالأولى في جواب الإشكال هو أن يقال: أن الفضولي قاصد للتملك، والداعي له عليه يكون هو تملك الثمن والتصرف فيه، وهذا الداعي ولو كان جزءاً لإنشائه، إلا أن الداعي خارج عن ذي الداعي، ويكون من قبيل ضم الحجر بجانب الإنسان، فإذا تعلقت الإجازة من المالك بمضمون العقد يصير العقد عقداً له، ويكون مشمولاً للمطلقات والعمومات الدالة على النفاذ واللزوم.

## لا فرق في صحّة بيع الفضولي بين كون مال الغير عيناً أو في ذمّة الغير

**فائدة:** وهي أنه بناءً على الأقوى المشهور من صحّة بيع الفضولي لا فرق بين كون مال الغير عيناً أو في ذمّة الغير، كما لا فرق على الثاني بين أن يجعل الثمن في ذمّة الغير أو المثلث على الأقوى، لعموم ما دلّ على جِلّ البيع ولزوم الوفاء بالعقد، كما أنه لا فرق في جميع أقسام بيع الفضولي بين العقدي والمعاطاتي، بناءً على المختار من أن المعاطاة تكون بيعاً مفيداً للملك، وتكون الصحّة فيها وفي الفضولي على طبق القاعدة، فبيع الفضولي المعاطاتي أيضاً مشمول لعموم ﴿أحلّ الله البيع﴾.

## في إجازة بيع الفضولي

**المقام الخامس:** في إجازة بيع الفضولي وردّه، والكلام في الإجازة يكون من جهات: **الأولى:** في حكمها وأنّ الإجازة بحسب العمومات والقواعد والأخبار ناقلّة أو كاشفة، أمّا بحسب العمومات والقواعد فقليل إنّه بعد دخالة رضا المالك في تأثير البيع واشتراطه به، كما هو مفاد آية: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾<sup>(١)</sup> وخير «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»<sup>(٢)</sup> يترتب أثره عليه من حين الإجازة، حتى كأنّ العقد وقع حالها، فتكون الإجازة ناقلّة، وذهب المشهور إلى أنّ أثر البيع يترتب عليه من حين وقوعه بعد إجازة المالك، حتى كأنّ الإجازة وقعت مقارنة للعقد.

(١) سورة النساء (٤): ٢٩. (٢) عوالي اللئالي ٢: ١١٣ ح ٣٠٩.

## في استدلال القائلين بالكشف

وقد استدلل لهم على كاشفية الإجازة بوجوه: منها: أن العقد سبب تام في الملك لعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ ويعلم تماميته في الفضولي بالإجازة، فإذا أجاز المالك كشف كونه تاماً من حين وقوعه، ولا يلزم أن يكون الوفاء بالعقد فقط، بل به مع شيء آخر.

ولكنه محلّ الخدشة: من جهة أنه بعد اشتراط تأثير العقد بالرضا من المالك، كما يدل عليه آية: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾ وخبر «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» ادعاء كشف الإجازة عن كون العقد تاماً من حين وقوعه ممنوع، إذ الإجازة لا يكشف عن مقارنة الرضا، لأعميتها عن ذلك، فلا معنى لحصول الملكية قبلها.

ومنها: أن الإجازة متعلقة بالعقد، فهي رضا بمضمونه، وليس مضمونه إلا نقل العوضين من حينه.

ولكنه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أن الإجازة وإن كانت إمضاءً لمضمون العقد، ولكن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه، بحيث كان الزمان قيداً للنقل، حتى تتعلق الإجازة بذلك النقل المقيد بكونه في ذلك الحال، بل مضمونه يكون نفس النقل، مجرداً عن ملاحظة وقوعه في زمان الحال، وإلا كان إخباراً، فيحتاج إلى انشاء آخر، وهكذا فيلزم التسلسل، وأن لا يوجد النقل أبداً.

وبالجملة: فالمنشئ يقصد صرف إيجاد النقل عارياً عن الزمان، وإن كان الإنشاء في الحال، إلا أن عنوان الحال لا يكون جزءاً لمدلوله، بل ظرف لوقوعه، حيث إن كل زمني لا يبد أن يكون في الزمان.

ومنها: أن الإجازة لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود، لأن العقد حالها عدم، يعني لو كانت الإجازة ناقلة بأن تكون دخيلة في تأثير إنشاء المنشئ،

بحيث لا يتحقق المنشأ والملكيّة بإنشاء الفضولي، بل يتحقّق المنشأ حين رضا المالك وإجازته، يلزم تأثير الإنشاء المعدوم في الوجود والملكيّة حال الإجازة وهو محال، وأما إذا لم تكن الإجازة دخيلة في تأثير إنشاء المنشئ بل كانت كاشفة عن تحقّق المنشأ والملكيّة حال الإنشاء، فلا يلزم تأثير المعدوم في الوجود.

ولكنّه أيضاً يكون محلّ الخدشة، أما أولاً: فمن جهة أنّ إشكال تأثير المعدوم في الوجود كما أنّه وارد على القائل بالنقل وارد على القائل بالكشف أيضاً، حيث إنّ القائل بالكشف أيضاً يعتبر في صحّة عقد الفضولي وترتب الأثر عليه لحقوق الإجازة به، والحال أنّه معدوم حال الإجازة.

وثانياً: المحال يكون هو تأثير المعدوم المحض في الوجود لا المعدوم بعد الوجود، فيكون تأثير العقد في الملكيّة في المقام بعد الإجازة، مثل تأثير العلة المركّبة، يعني تأثير الإيجاب مثلاً، في الملكيّة بعد القبول، مع أنّ الإيجاب معدوم حال القبول.

هذا ما خطر لنا في بيان مرام فخر المحقّقين والجواب عنه، وعليك بالتأمّل في أطراف كلامه من صدره إلى ذيله، حتى لا يشبه عليك مقصوده، فتفسّر كلامه بخلاف ما ذكر وتجب عنه بغير ما أجبنا عنه، فالإجازة بحسب القواعد والعمومات تكون ناقلة لا كاشفة.

### في أنّ الإجازة بحسب الأخبار كاشفة لا ناقلة

وأما بحسب الأخبار فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس المتقدّمة وغيرها من الأخبار المتقدّمة في الصورة الأولى من صور بيع الفضولي يكون هو الكشف، كما أنّ الظاهر من صحيح الحدّاء - عن الباقر عليه السلام سألته عن غلام وجارية زوّجتهما وليّان لهما وهما غير مدرّكين؟ فقال: «النكاح جائز وأيّهما أدرك كان له الخيار، وإن

ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا، قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضي، قلت: فإن كان الرجل أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أثره؟ قال: نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر، قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك؟ قال: لا لأن لها الخيار إذا أدركت، قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الأب، ويجوز على الغلام، والمهر على الأب للجارية»<sup>(١)</sup>.

أيضاً يكون هو الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقياً على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفاً لقاعدة تسلط الناس على أموالهم، بإطلاق الحكم بالعزل منضمّاً إلى عموم «الناس مسلطون على أموالهم» يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة الغير المدركة وارثة في الواقع، فكأنه احتياط في الأموال، وقد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة، كعزل نصيب الحمل وجعله أكثر ما يحتمل، ويتعدى من باب النكاح إلى سائر الأبواب من البيع ونحوه، لدعوى الإجماع المركّب، أو تنقيح المناط.

لكن بملاحظة عدم معقولية تأثير الأمر المتأخر في المتقدم لا بد من التصرف في الأخبار، وأنها محمولة على أن الشرط يكون هو تعقب الإجازة ولحوقها بالعقد، وهذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة، وإن كان هذا التصرف والحمل خلاف الظاهر منها، حيث إنه لا مناص عنه بعد عدم صحة تأثير الأمر المتأخر في المتقدم.

## في الثمرة بين الكشف والنقل

الجهة الثانية: هي أن الفقهاء ذكروا للثمرة بين الكشف والنقل مواضع: منها: النماء، فإنه على الكشف لمن انتقل اليه العين، وعلى النقل لمن انتقلت عنه. قال الشهيد الثاني رحمته الله في الروضة: وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، ونماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز<sup>(١)</sup>. ولكن يشكل حكمه بكون النمايين كلاهما على النقل للمالك المجيز. وقد وجه بعض العلماء هذه العبارة بالحمل على خلاف ظاهرهما بحيث تطابق القواعد: بأن المراد من المالك المجيز يكون هو الجنس، ويفرض الكلام فيما كان كلا الطرفين فضولياً، فيكون نماء المبيع لمالكة الأول، وكذا نماء الثمن لمالكة الأول، أو يكون الغرض بيان حال صورة يكون الفضولي من طرف البائع، وصورة يكون من طرف المشتري، فيكون نماء المبيع للمالك المجيز، إذا كان الفضولي من طرفه، ونماء الثمن للمالك المجيز إذا كان الفضولي من طرفه. ووجهها بعض آخر، وتكلف في ذلك بنحو تطابق القواعد مع إبقائها على ظاهرها: بفرض الكلام فيما إذا كان المالك المجيز هو البائع، بأن كون نماء المبيع له واضح، لأنه بعد لم ينتقل عنه، ويكون له أيضاً نماء الثمن، لأن البيع من طرف المشتري لازم، لكونه أصيلاً وقد أخرج الثمن عن ملكه اختياراً وسلط البائع عليه وعلى نمائه، فيؤخذ بما أقدم عليه، إلا أن يرد المالك البيع، فهو قبل الرد مأخوذ بما أقدم وعاهد عليه، وإن لم يجز له التصرف في المبيع، لعدم كون بيعه مقروناً برضى مالكة.

(١) شرح اللمعة الدمشقية ٣: ٣٢٩ - ٣٣٠.



ولكن هذا التوجيه التكليفي يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ المشتري لم يسلم الثمن إلى البائع مجاناً، وإنما سلّمه إليه بعنوان المعاوضة، والعوض لم يسلم له.

وإلى ما ذكر أشار العلامة الأنصاري رحمته الله بقوله: وللشهيد الثاني في الروضة عبارة، توجيه المراد منها كما فعله بعض أولى من توجيه حكم ظاهرها، كما تكلفه آخر<sup>(١)</sup>.

ومنها: أنّ فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على النقل، وأنّ فسخ الأصيل يكون كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغياً لإنشائه السابق. إن قلت: منشأ كون فسخه مبطلاً لإنشائه يكون هو اشتراط عدم تخلّل الفسخ بين العقد والإجازة، واشتراط ذلك مدفوع بالعمومات والإطلاقات، فيكون البيع بعد الإجازة مشمولاً للعمومات والإطلاقات.

قلت: إذا رجع الأصيل عن إنشائه قبل الإجازة لا يبقى صدق المعاهدة، فلا يكون البيع بعد الإجازة مشمولاً للعمومات والإطلاقات.

### في أنّ الإجازة كاشفة على وجه اللزوم

الجهة الثالثة: هي أنّه لا إشكال في أنّ الإجازة إمضاء للعقد، ولكن إنّما الكلام في أنّ الأدلة الدالة على صحّة الفضولي بالإجازة هل تدلّ على كون الإجازة كاشفة أو ناقلة على وجه اللزوم أو لا؟ والظاهر من الأخبار المتقدمة هو الكشف على وجه اللزوم، فلو أجاز القائل بالكشف البيع من حين الإجازة، والقائل بالنقل من حين البيع كانت الإجازة لغوياً، ولكن الإجازة الفاسدة لا تكون رداً للعقد، فلو أجاز على طبق مسلكه ثانياً تكون مؤثرة.

## في أنّ تأثير الإجازة موقوف على عدم سبق الرد

**الجهة الرابعة:** هي أنّ من شرط الإجازة أن لا يسبقها الرد من جهة أنّ وجوب الوفاء يكون بالنسبة إلى العاقد، والمالك بعد الإجازة مع عدم الرد قبلها يصير أحد طرفي العقد، ويشمله خطاب: ﴿أوفوا بالعقود﴾ ولكن إذا سبقها الرد يفسخ به العقد، فلا موضوع للإجازة حتى يصير المالك بها أحد طرفي العقد ويشمله خطاب ﴿أوفوا بالعقود﴾.

## في أنّ الإجازة تكون من الأحكام

ثمّ إنّ ثبوت الإجازة للمالك ليس من الحقوق، بل يكون من الأحكام الشرعيّة، ومن آثار سلطنة المالك على ماله، فلو مات المالك لم تورث الإجازة، لأنها ليست ممّا تركه الميت، وإنّما يورث المال الذي عقد عليه الفضولي. نعم، يجوز لمن انتقل إليه المال إجازة بيع الفضولي، بناءً على الأقوى من جواز مغايرة المجيز والمالك حال العقد.

**الجهة الخامسة:** في المجيز، ويشترط فيه أن يكون حال الإجازة جائز التصرف بالبلوغ والعقل والرشد من غير فرق بين كون الإجازة كاشفة أو ناقلة. وهل يشترط في صحّة العقد الفضولي وجود مجيز حين العقد، فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحة، ولا ينفعه إجازته إذا بلغ، أو إجازة وليّه إذا حدثت المصلحة بعد البيع أو لا يشترط؟.

والأقوى عدم الاشتراط للأخبار الواردة في تزويج الصغار فضولاً، الشاملة بإطلاقها لصورة وجود وليّ النكاح وإهماله الإجازة إلى بلوغهم، وصورة عدم وجود الولي بناءً على عدم ولاية الحاكم على الصغير في النكاح، وانحصار الولي في الأب والجد والوصي على خلاف فيه.

فلا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد، أعم من أن يكون عدم التصرف لأجل عدم المقتضي من عدم كونه مالكاً ولا مأذوناً، وكونه محجوراً عليه حال العقد، أو لوجود المانع، كما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن ثم فك الرهن، أولاً: للأولوية، حيث قد عرفت أنه لا يشترط وجود مجيز حال العقد، فلا يشترط كونه جائز التصرف حال العقد بالأولوية.

**وثانياً:** قال العلامة الأنصاري رحمته الله: للأصل والعمومات <sup>(١)</sup>.

**قيل:** <sup>(٢)</sup> إنهما ليسا دليلين مستقلين، إذ المراد من الأصل إما القاعدة المستفادة من العمومات من صحة كل عقد شك في صحته شرعاً، وإما أصالة عدم شرطية مالكية المجيز حين العقد، وهي أيضاً لا تنفع إلا بضميمة العمومات، إذ مع قطع النظر عنها الأصل عدم ترتب الأثر، والفرق بين العبادات والمعاملات أن في الأولى يمكن أن يؤخذ بالقدر المعلوم من التكليف، وينفى الزائد بالأصل، لعدم أصل موضوعي، وفي الثانية مجرد أصالة عدم الشرطية لا تثبت الصحة، بل لا بد من إحراز المقتضي، وهو مثل قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ والسر ما أشرنا إليه من وجود الأصل الأولي، وهو عدم ترتب الأصل فتدبر <sup>(٣)</sup>.

ولكن يمكن أن يقال: إن المراد من الأصل في كلام العلامة الأنصاري رحمته الله يكون استصحاب الصحة قبل الاشتراء الحاكم على أصالة الفساد في المعاملات، لكونه سبباً بالنسبة إليه.

وبعبارة أخرى: يكون بيع الفضولي محكوماً بالصحة، وترتب الأثر عليه لو لحقته الإجازة من المالك فيستصحب هذه الصحة التأهيلية التي كانت قبل الاشتراء، وهذا الاستصحاب التأهلي حاكم على استصحاب الفساد، أي عدم ترتب الأثر عليه، لأنّ الشك في الثاني مسبب عن الأول.

(١) المكاسب ٩: ٣٢. (٢) والقائل هو المحقق السيد محمد كاظم اليزدي رحمته الله منه.

(٣) حاشية المكاسب للسيد اليزدي / ١٦٣.

في أن الإجازة تكون من الأحكام ..... ٣٧٩

إن قلت: قد تقدّم الإشكال في بيع الفضولي مال الغير لنفسه، وربما لا يجري في المقام بعض ما ذكر هناك من التوجيهات من جعل الفضولي نفسه مالكا، حيث إن بيع صاحب المال لا يكون بدعوى كون سهم الفقير له.

قلت: قد تقدّم أن الأقوى صحته، وربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك، مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدون.

إن قلت: إن الإجازة كاشفة فيلزم خروج المال عن ملك البائع الفضولي قبل دخوله فيه، والحال أن الخروج قبل الدخول غير ممكن.

قلت: بعد كون البيع مشمولاً للعمومات تكون الإجازة كاشفة بمقدار كشفها، وأنها كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز في أول أزمنة قابليته، لا من حين العقد.

إن قلت: صحّة العقد الأول وترتب أثره عليه متوقّفة على إجازة الفضولي، والإجازة من الفضولي متوقّفة على صحّة العقد الثاني، وصحّة العقد الثاني متوقّفة على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي، فيلزم من صحّة العقد الأول بناءً على كاشفيّة الإجازة اجتماع مالكين، أي الأصلي والمشتري، بل ثلاثة قبل العقد الثاني على ملك واحد في زمان واحد، لوجوب التزام مالكيّة المالك الأصلي حتى يصحّ العقد الثاني وملكيّة المشتري له، لأنّ الإجازة تكشف عن ذلك وملكيّة العاقد له، لأنّ ملك المشتري لا بدّ أن يكون عن ملكه، وإلّا لم تنفع إجازته في ملكه من حين العقد، حيث إنّ إجازة غير المالك لا تخرج ملك الغير إلى غيره.

قلت: صحّة العقد الأول وترتب الأثر عليه تكون من زمان ملك العاقد لا من زمان العقد، فلا يلزم اجتماع المالكين على الملك الواحد فضلاً عن الثلاثة.

إن قلت: بناءً على كاشفيّة الإجازة وقع العقد الثاني على ملك المشتري الأول، فصحّة البيع الثاني متوقّفة على إجازته، فيلزم توقّف إجازة كل من الشخصين على

إجازة الآخر، وتوقف صحة كل من العقدين<sup>(١)</sup> على إجازة المشتري الغير الفضولي وهو من الأعاجيب، بل من المستحيل، لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصلي شيئاً من الثمن والمثمن، وتملك المشتري الأول المبيع بلا عوض إن اتحد الثمنان، ودون تمامه إن زاد الأول، ومع زيادة إن نقص، لانكشاف وقوعه على ملكه فالثمن له، وقد كان المبيع له أيضاً بما بذله من الثمن.

قلت: والتوقف وكذا الاستحالة مبني على كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين العقد لا من زمان ملك العاقد، وقد عرفت أن الأمر يكون بالعكس، وأن الإجازة كاشفة عن الملك من زمان ملك العاقد، فلا يلزم التوقف ولا الاستحالة. إن قلت: تدل طائفة من الأخبار على فساد بيع من باع عيناً شخصية ثم ملكها، منها: رواية يحيى بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لي اشتر لي هذا الثوب وهذه الدابة ويعنيها اربحك كذا وكذا؟ قال: «لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجب البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها»<sup>(٢)</sup>.

ومنها: رواية خالد بن الحجاج قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني ويقول: اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا؟ قال: «أليس إن شاء أخذ، وإن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: «لا بأس به، إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام»<sup>(٣)</sup>.

بناءً على أن المراد بالكلام «عقد البيع» فيحلل نفيًا ويحرم إثباتًا، كما فهمه في الوافي<sup>(٤)</sup> أو يحلل إذا وقع بعد الاشتراء، ويحرم إذا وقع قبله، أو أن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم، ويحلل إذا كان على وجه المساومة والمرضاة.

ومنها: الأخبار الحاكية لنهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع ما ليس عندك<sup>(٥)</sup>.

(١) والوجه في توقف صحة العقد الأول على إجازة المشتري الغير الفضولي هو أنه موقوف على العقد الثاني الموقوف على إجازته، فتوقفه يكون بالواسطة، منه.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٧٨ ح ١٣. (٣) الوسائل ١٢: ٣٧٦ ح ٤.

(٤) الوافي كتاب البيع باب ١٠٩ الرجل يبيع ما ليس عنده. (٥) الوسائل ١٢: ٣٧٥ ح ٥.

قلت: قد أجاب عنها العلامة الأنصاري<sup>(١)</sup> بأنها لا تدلّ إلا على أنّ الممنوع منه هو الإلزام والالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة إلى إجازة.  
ثمّ إنّ لو لم يجز المالك بعد تملكها كان البيع الأول باطلاً لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقيناً.

### في المجاز

الجهة السادسة: في المجاز، اعلم: أنّه يشترط في العقد الفضولي كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدى رضا المالك، لأنّ الإجازة ليست نفس العقد ولا طرفاً منه، بل إمضاء وإنفاذ للعقد.

نعم، ما يعتبر في ترتّب الأثر الشرعي على العقد مثل القدرة على التسليم وإسلام المشتري المصحف، والمسلم لا يشترط وجوده حال العقد، بل يكفي وجوده حين التسليم، فلو باع الفضولي سلماً يكفي القدرة على التسليم حين لزومه، حيث لا يكون البيع غررياً بالقدرة على تسليم المبيع حين لزوم التسليم، كما أنّه لو كان المشتري حال العقد كافراً لا يضرّ بشرائه المصحف، أو العبد المسلم إذا صار مسلماً حال وصولهما تحت يده واستيلائه، لأنّ اعتبار إسلام المشتري يكون لأجل عدم استيلاء الكافر على المصحف والمسلم، فيعتبر في العقد جميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدى ما يعتبر في ترتّب الأثر الشرعي على العقد، ولكن لا يعتبر استمرار الشروط من زمان العقد إلى زمان الإجازة، كما يدلّ عليه ما ورد في نكاح الصغير من صحيح الحدّاء المتقدّم وغيره.

كما يعتبر في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل من تعيين العوضين، ونوع

العقد من كونه بيعاً أو صلحاً، فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته، أو بيعاً لها، وإلا تصح الإجازة.

أولاً: من جهة أنه إن لم يكن المجاز معلوماً بالتفصيل لا تشمله الأدلة الدالة على نفوذ الإجازة.

وثانياً: تدرج الإجازة في عموم «نهى النبي ﷺ عن الغرر».

وثالثاً: لما أفاده العلامة الأنصاري رحمته: من أن الإجازة بحسب الحقيقة تكون أحد ركني العقد، لأن المعاهدة الحقيقية إنما تحصل بين المالكين بعد الإجازة، فتشبه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل<sup>(١)</sup>.

### في ترتب العقود

ثم إنهم قالوا: لو ترتبت العقود على المضمن يصح المجاز وما بعده، ولو ترتبت على الثمن يصح المجاز وما قبله، ولا يخفى أن الكلام يكون في العقود الطولية المترتبة على مال المميز الواقعة من أشخاص متعددة على نحو تعاقب الأيدي، أو الواقعة على أثمان متعددة ولو من شخص واحد - كما يذكر مثال ذلك فيما بعد - فلو كانت عرضية ولو كانت طولية بحسب الزمان، يعني وقعت عقود متعددة من فضول واحد أو متعدد في زمان واحد أو أزمنة مختلفة على مال المالك كان ذلك خارجاً عن محل الكلام، حيث إنه لو بيع بستانه بدرهم، وبيع البستان في زمان البيع الأول أو بعده بثوب، وبيع البستان ثالثاً بدينار لا يصح منها إلا ما أجازاه المالك، ولا تتوقف صحته على صحته غيره.

وحيث إن التعبير المذكور من الفقهاء يختص بالترتب البسيط، والعقد الواقع على ما وقع عليه الأول والآخر، ولا يشمل الترتب التركيبي، وهو ما وقع على غير

ما وقع عليه الأول والآخر، عدل عنه العلامة الأنصاري رحمته الله لإدخال الترتب التركيبي الى قوله: المجاز إما العقد الواقع على نفس مال الغير، وإما العقد الواقع على عوضه وعلى كلي منهما إما أن يكون المجاز أول عقد وقع على المال أو عوضه أو آخره، أو عقداً بين سابق ولاحق واقعين على مورده، أو بدله أو بالاختلاف، ويجمع الكل فيما إذا باع عبد المالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث بدينار، وباع البائع الفرس بدرهم، وباع الثالث الدينار بجارية، وباع بائع الفرس الدرهم برغيف، ثم بيع الدرهم بحمار، وبيع الرغيف بعسل<sup>(١)</sup>.

فلو ترتب العقود على المثلن أو الثمن أو هما معاً وأجاز المالك الجميع صح الجميع، وإن أجاز أحدهما فإن أجاز بيع المثلن مثل ما إذا باع الفضولي بستان زيد من بكر بعبد، وباع بكر المشتري البستان من عمرو بثوب، وباع عمرو المشتري البستان من خالد بدرهم، وهكذا بأن باع كل بائع البستان الذي اشتراه صح المجاز وما بعده على الكشف، سواء كان المجاز من الأول أو الوسط، غاية الأمر تقتضي الإجازة رد ما قبله، وتستلزم إجازة ما بعده إن كان المجاز من الوسط، من جهة أن إجازة المبيع تستلزم انتقاله عن ملك المالك المجيز إلى المشتري، فتصح العقود المتأخرة عنه المترتبة على فعل المشتري، وتبطل السابقة لعدم الإجازة.

كما أنه لو ترتبت العقود على الثمن الأول مراراً مثل أن باع الفضولي بستان زيد بثوب، ثم باع الثوب بمائة، ثم باع المشتري بمأتين، ثم باعه مشتريه بثلاث مائة وأجاز المالك من الأول أو الوسط كان حكم ذلك مثل حكم المثلن في صحة ما اجيز وما بعده، نعم لو أجاز العقد الأخير تقتضي إجازة ما قبله.

هذا كله على الكشف، وأما على النقل فيصح المجاز فقط، ولا يصح شيء من

(١) المكاسب ٩: ١٢٦ - ١٣١.



العقود اللاحقة إلا مع إجازة المالك حال العقد.

وإن أجاز بيع الثمن فيما إذا بيعت الأثمان في جميع العقود صحَّ المجاز وما قبله، لأجل أن إجازة الثمن تستلزم انتقاله إلى ملك المميز، فتبطل التصرفات المتأخرة عنه فيه، حيث لم يجزها وتصحَّ السابقة، لأنَّ ملك الثمن المتوسط يتوقف على صحَّة العقود السابقة، وإلا لم يمكن تملك ذلك الثمن، فإذا باع الفضولي مثلاً، ثوب زيد بكتاب، ثم باع الكتاب بسيف، ثم باع السيف بفرس، وأجاز المالك بيع الأخير تستلزم إجازة ذلك إجازة العقود السابقة، فيحكم بصحتها، حملاً لفعل المسلم على الوجه المعتدَّ به شرعاً، لأنه إنما يملك السيف إذا ملك العوض الذي اشترى به وهو الكتاب، ولا يملك الكتاب إلا إذا ملك العوض الذي اشترى به وهو الثوب.

### في الردِّ وأحكامه

وأما الكلام في ردِّ بيع الفضولي فيكون أيضاً من جهات: الأولى: هي أنه كما يتحقق إنشاء الردِّ بالقول يتحقق أيضاً بالفعل.

الجهة الثانية: هي أنه مع عدم إجازة المالك يبحث عن حكم رجوع المالك إلى الفضولي والمشتري فنقول: إن كان المبيع في يد المالك فهو، وإلا فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقاءه، ويرجع بمنافعه المستوفاة وغيرها على الأقوى، كما تقدّم في البيع الفاسد، ومع التلف يجوز له أن يرجع إلى كل من وضع يده عليه من البائع ومن تلف عنده، وغيره ممن ترتبت يده عليه، ويؤخذ منه قيمة يوم التلف إن كان قيمياً، وقيمة يوم تفرغ الذمة والدفع مع تعذر المثل إن كان مثلياً، ولكن إن رجع إلى السابق يرجع السابق إلى اللاحق، لاشتغال ذمته للمالك بماله بدل في ذمة السابق.

الجهة الثالثة: هي أنه مع عدم إجازة المالك ورجوعه إلى المشتري يبحث عن

حكم رجوع المشتري إلى الفضولي بالنسبة إلى الثمن فنقول: إن كان المشتري جاهلاً بكون البائع فضولياً يرجع إليه بالثمن مطلقاً، سواء كان باقياً أو تالفاً لقاعدة الغرور، ولعدم تسليمه الثمن إليه مجاناً، فلم يتحقق منه ما يرفع الضمان.

وإن كان عالماً بالفضولية ولم يكن الثمن تالفاً كان باقياً على ملكه، فيرجع أيضاً إليه، لعموم «أن الناس مسلطون على أموالهم» دون ما إذا كان تالفاً على المشهور، لأن الضمان إما أن يكون لأجل عموم «على اليد ما أخذت» أو لقاعدة الإقدام.

والأول: مخصَّص بفحوى ما دلَّ على عدم الضمان في صورة الاستيمان حيث إنَّه إذا لم يكن الضمان في الاستيمان مع عدم الإذن في الإتلاف في ذلك فلا ضمان مع الإذن في التصرف، والإتلاف كالمقام بالطريق الأولى. والثاني: لا موضوع له، لعدم إقدام البائع على ضمان الثمن إلا بما علم المشتري أنه ليس ملكاً له.

وبالجملة: إذا كان تالفاً لا يرجع حيث تحقق منه ما يرفع الضمان، وهو تسليطه عليه بلا عوض، وإقدامه على المجانية، ولكن المتيقن من حكمهم بعدم الضمان ما إذا باع الفضولي لنفسه، فلو باع عن المالك ودفع المشتري الثمن إليه ليوصله إلى المالك فتلف في يده يرجع إليه، حيث لم يسأطه عليه، ولا إذن له في التصرف فيه فضلاً عن إتلافه.

ولكن مقتضى إطلاق قولهم: «إنَّ كلَّ عقْدٍ يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» يكون هو الرجوع والضمان.

الجهة الرابعة: هي أنه مع عدم إجازة المالك ورجوعه إلى المشتري يبحث عن حكم رجوع المشتري إلى الفضولي بالنسبة إلى ما يغرمه للمالك زائداً على الثمن، وغرامة المشتري لغير الثمن إما أن يكون غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع، كالنفقة وما صرفه في العمارة والمنافع الفائتة، وإما أن يكون غرامة حصل له

في مقابلها نفع كسكنى الدار مثلاً، وإما أن تكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن الذي اشترى به، كأن اشترى المبيع بخمسة وتلف وأخذ المالك عشرة، إما لأجل أن قيمته كانت عشرة حين الشراء أو زادت بعد ذلك، وإما أن تكون الغرامة في مقابل نقص جزء أو وصف.

**فنقول:** إن كان المشتري عالماً بكون البائع فضولياً لا يرجع بشيء في هذه الموارد لعدم الدليل عليه، وإن كان جاهلاً فالمشهور الرجوع في القسم الأول، لقاعدتي الغرور ونفي الضرر، وظاهر رواية جميل أو فحواها، عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية؟ قال: «يأخذ الجارية المستحق، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية، وقيمة الولد التي أخذت منه»<sup>(١)</sup> فإن حرية ولد المشتري إن كانت منفعة عائدة إليه تكون الدلالة بالفحوى، حيث إنه إذا كان الحكم جواز الرجوع فيما قابله نفع وهو القسم الثاني، ففيما نحن فيه مما ليس في مقابله نفع يجوز الرجوع بالطريق الأولى.

وإن لم تكن منفعة عائدة إليه يكون مما نحن فيه، مع أن في توصيف قيمة الولد بأنها أخذت منه، نوع إشعار لعلية الحكم، فيطرد في سائر ما أخذت منه.

ولا يعارضها رواية زرارة في رجل اشترى من سوق المسلمين جارية، فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم أتاهم من يزعم أنها له، وأقام على ذلك البيّنة؟ قال: «يقبض ولده، ويدفع إليه الجارية، ويعوّضه من قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها»<sup>(٢)</sup>.

كما لا يعارضه رواية زريق، قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام يوماً إذ دخل عليه رجلان فقال أحدهما أنه كان عليّ لرجل من بني عمّار مال، وله بذلك ذكر حق

وشهود...<sup>(١)</sup> إلى آخر ما ذكره العلامة الأنصاري رحمته الله.

ووجه عدم معارضتهما لرواية جميل هو أنهما تكونان في مقام بيان حكم رجوع المالك إلى المشتري، وساكتان عن حكم رجوع المشتري إلى البائع، ورواية جميل بيان ونص في الرجوع.

وكذا يرجع المشتري إلى البائع في القسم الثاني، لقاعدتي الغرور ونفي الضرر. كما يرجع في القسم الثالث وفي الرابع أيضاً للقاعدتين المذكورتين.

ثم إنه قال العلامة الأنصاري رحمته الله: ظهر ممَّا ذكرنا أن كلَّما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع إليه فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رجع عليه، لأنَّ المفروض قرار الضمان على البائع، وأمَّا ما لا يرجع المشتري به على البائع كمساوي الثمن من القيمة، فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك، والوجه في ذلك حصول التلف في يده<sup>(٢)</sup>.

أقول: يعني أن المشتري إذا كان مغروراً من البائع بأن يكون جاهلاً بكون البائع فضولياً، ورجع المالك في الغرامة إلى المشتري يرجع المشتري فيما اغترمه للمالك إلى البائع، ولكن إذا رجع المالك إلى البائع في الغرامة لا يرجع البائع فيما اغترمه للمالك إلى المشتري، حيث يكون قرار الضمان على البائع، وأمَّا إذا لم يكن المشتري مغروراً من البائع كصورة تساوي الثمن المسمّى مع الغرامة والقيمة، فإذا رجع المالك إلى المشتري لا يرجع المشتري فيما اغترمه للمالك إلى البائع، وإذا رجع المالك إلى البائع يرجع البائع فيما اغترمه للمالك إلى المشتري، لحصول التلف في يده.

## في توارد الأيادي على العين الواحدة

ثم إن هنا إشكالين، يكون ثانيهما أعظم من أولهما: الأول: أن بدل الواحد واحد، ولكن تعدد الضامن يقتضي تعدد البدل، حيث لا يمكن أن يكون الواحد في آن واحد في محالّ متعدّدة، ففرض تعدد البدل ينافي عنوان البدلية، وفرض وحدته ينافي تعدد الضامن.

وبالجملة: مقتضى وحدة التالف يكون وحدة البدل، لأنّ الواحد لا يكون له بدل إلا واحد، فكيف يكون إثنان أو أكثر ضامناً لبديل واحد في عرض واحد، ويكون للمالك الرجوع إلى كلّ واحد منهم، حيث يلزم أن يكون البدل الواحد في آن واحد في محالّ متعدّدة وهو محال، نظير استحالة كون شيء واحد في آن واحد في أمكنة متعدّدة.

الثاني: أنه على فرض تصوير اشتغال ذمم متعدّدة لمال واحد في عرض واحد، كيف يرجع السابق إلى اللاحق في فرض رجوع المالك إلى السابق، مع أنّ شمول على اليد ما أخذت للسابق واللاحق يكون على حدّ سواء، فلا وجه لرجوع السابق إلى اللاحق في تعاقب الأيدي، كما هو المشهور من كون قرار الضمان على من تلف في يده العين.

وبعبارة أخرى: وجه رجوع المشتري على البائع في صورة الغرور، كان هو الغرور، وأما رجوع البائع عليه في غير صورة الغرور فلا وجه له، فإن رجع المالك عليه فهو، وإن رجع على البائع فلا ينبغي أن يرجع على المشتري وإن كان التلف في يده.

نعم، لو كان متلفاً أمكن الرجوع عليه من جهة قاعدة التسيب، من حيث إنّه صار بإتلافه سبباً لضمان البائع، وعلى هذا فيشكل رجوع كلّ سابق إلى اللاحق في تعاقب الأيدي، كما هو المشهور من كون قرار الضمان على من تلف في يده

العين.

ولكن الإشكال الأول من دفع، أولاً: من جهة أن كون شيء واحد في محال متعدّدة حقيقة محال، ولكن كون شيء واحد في محال متعدّدة اعتبارية لا استحالة فيه، والمقام يكون من الثاني دون الأول، لأنّ تعدّد المحل في المقام اعتباري لا حقيقي، ولا محذور عقلاً في كون البديل الواحد في محالٍ متعدّدة اعتبارية، حيث لا تكون العهدة والذمة إلا محلاً اعتبارياً.

وثانياً: لا يكون لمبدل واحد بحسب حكم العقل والعرف أبدال عديدة، بل بديل واحد ضمناه متعدّدة.

توضيح ذلك - كما أفادة العلامة الأنصاري رحمته الله - : هو أن معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدها ودركها بعد التلف عليها، فإذا فرض أيدي متعدّدة تكون العين في عهدة كل من الأيادي، لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعدّدة معناه لزوم خروج كل منها عن العهدة عند تلفها، وحيث إن الواجب هو تدارك التلف الذي يحصل ببديل واحد لا أزيد كان معناه تسلّط المالك على مطالبة كل منهم عن العهدة عند تلفه، فهو يملك ما في ذمة كل واحد منهم في عرض واحد، لكن لا بنحو التعيين، بل على البديل، بمعنى أنّه إذا استوفى من أحدهم سقط الباقي، لخروج الباقي عن كونه تداركاً، لأنّ المتدارك لا يتدارك فيمكن اشتغال ذمم متعدّدة عرضاً لمال واحد على سبيل البديل.

نظير ضمان المالك على طريقة الجمهور، حيث لا يقولون في ذلك بانتقال المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، بل يقولون إنّ الضمان عبارة عن ضمّ ذمة إلى ذمة أخرى، فالضامن والمضمون عنه ضامنان عرضاً على نحو الاستقلال عندهم لمال واحد.

و ضمان عهدة العوضين لكل من البائع والمشتري عندنا - كما في الإيضاح يعني ضمان شخص عن البائع للمشتري عهدة الثمن، فإذا خرج المبيع

مستحقاً للغير؛ أو ضمان شخص عن المشتري للبائع عهدة المبيع إذا خرج الثمن مستحقاً للغير، فالضامن والمضمون عنه ضامنان عرضاً على نحو الاستقلال لمال واحد.

و ضمان الأعيان المضمونة - على ما استقره في التذكرة، وقواه في الإيضاح يعني الضمان في مورد الغصب، والمقبوض بالبائع الفاسد، والضمان عن المستعير في العارية المضمونة، فالضامن والقابض ضامنان عرضاً على نحو الاستقلال لمال واحد.

و ضمان الإثنين لواحد، حيث قيل بصحة ذلك، وأن المضمون له يكون مخيراً في الرجوع إلى أيهما شاء، فالوضع في المقام يكون كالتكليف في الواجب الكفائي<sup>(١)</sup>.

وقد انقدح من ذلك أن ما أفاده بعض المحققين من أنه لا يمكن تعدد الضمناء لمال واحد بعنوان العرضية على نحو الاستقلال، فالقائل بصحة تعدد الضمناء لمال واحد لا بد أن يقول بالطولية، أو أن يكون الضمان على كل واحد من الضمناء بنحو الاشتراك، وتصحيح التعدد الاستقلالي بنحو الواجب الكفائي إنما يتم لو قلنا بأن أداء المال إنما هو على نحو الواجب التكليفي، وأن كل واحد منهما مخاطب بوجوب الأداء إن لم يؤده الآخر، وأما لو كان الضمان وضعياً فلا يمكن تضمين كل منهما عرضاً ولو بنحو تقييد الإطلاق، بأن يقال أنت ضامن لو لم يضمه الآخر، فإن هذا لا محصل له، لأن نتيجة كون ضمان كل منهما في مورد عدم ضمان الآخر عدم ضمان كل منهما فعلاً<sup>(٢)</sup> في غير محله.

كما يجاب عن الإشكال الثاني، أولاً: - كما في الجواهر في باب الغصب - بأن ذمة من تلف المال في يده مشغولة للمالك بالبدل، وإن جاز له إلزام غيره باعتبار

الغضب بأداء ما اشتغلت ذمته به، فيملك حينئذ من أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية، قال: وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمي، إذ لا دليل على شغل ذمم متعدّدة بمال واحد، فحينئذ يرجع عليه، ولا يرجع هو<sup>(١)</sup>.

ولكن يחדش فيه أولاً: بأنه لا وجه للتفكيك بين السابق واللاحق، بكون خطاب السابق بالأداء تكليفاً وخطاب اللاحق به وضعياً، حيث إن دليل الضمان أي «على اليد» يكون بالنسبة اليهما على حدّ سواء.

وثانياً: لا فرق بين التكليف والوضع، مع أنه معترف بصحة اشتغال ذمّتين بتكليف واحد، كما في الواجب الكفائي، فكيف لا يحكم بصحة ذلك في الوضع. وثالثاً: تملك غير من تلف المال في يده لما في ذمته من تلف المال في يده لا دليل عليه، مع أنه لا معنى لاعتبار التالفة بعد تلفها ملكاً لأحد.

ورابعاً: لا خلاف من أحد في كون كل من ذوي الأيدي مشغول الذمة بالمال فعلاً ما لم يسقط بأداء أحدهم، أو إبراء المالك، نظير الاشتغال بغيره من الديون في إجباره على الدفع، أو الدفع عنه من ماله، وتقديمه على الوصايا، والضرب فيه مع الغرماء ومصالحه المالك عنه مع آخر، إلى غير ذلك من أحكام ما في الذمة. وخامساً: أن اللازم ممّا ذكره أن لا يرجع الغارم إلى من لحقه في اليد العادية إلا من تلف في يده، مع أن الظاهر خلافه، فإنه يجوز له أن يرجع إلى كل واحد ممّن بعده.

نعم، لو كان غير من تلف في يده فهو يرجع إلى أحد لواحقه، إلى أن يستقر على من تلف في يده.

وثانياً: قيل إن اللاحق بوضع يده على المال وعدم رفعه إلى المالك أو إلى من



أخذ منه صار سبباً لضمان السابق، لأنه لو دفعه إليه أو إلى المالك كان السابق فارغاً من الضمان، فضمامه بمعنى استقرار العوض في ذمته مستنداً إلى اللاحق، من جهة حيلولته بينه وبين المال.

**وثالثاً:** قيل إن السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدل، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل، إذ لا يعقل ضمان المبدل معيناً من دون البدل، وإلاً خرج بدله عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثاني فإنما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمة الأول بخلاف ما يدفعه الأول، فإنه تدارك نفس العين معيناً، إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد، فإن أداه الضامن الثاني إلى المالك سقط تدارك الأول له، ولا يجوز دفعه إلى الأول قبل دفع الأول إلى المالك، لأنه من باب الغرامة والتدارك، فاشتغال الذمة لا يكون فعلياً منجزاً قبل تلف المتدارك، وليس من قبيل العوض لما في ذمة الأول، فحال الأول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنه لا يستحقّ الدفع إليه إلا بعد الأداء.

**والحاصل:** أن من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البدل من المالك ومن سبقه في اليد، فيشتغل ذمته إما بتدارك العين وإما بتدارك ما تداركها، وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل، كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمة أشخاص على البدل لشيء واحد لشخص واحد...

ملخص هذا الجواب: أن السابق ضامن للمبيع مجرداً عن خصوصية كونه في ذمة أحد بخلاف اللاحق، حيث إنه ضامن لما كان في ضمان الآخر وذمته، فيرجع السابق إلى اللاحق دون العكس.

وقد انقذ من ذلك أن ما أفاده المحقق السيد محمد كاظم اليزدي رحمته الله في

بيع ما يملك وما لا يملك، وبيع من له نصف الدار نصف الدار ..... ٣٩٣

حاشيته<sup>(١)</sup> في المقام من الإشكالات السبعة على العلامة الأنصاري رحمته الله غير وارد عليه.

ورابعاً: أن سيرة العرف قائمة على جواز رجوع البائع على المشتري، ويكفي لاعتبارها عدم ثبوت الردع عنها، بل جميع أبواب المعاملات والضمانات والغرامات أمور عرفية لا يرفع اليد عما يكون عليه بناء العرف فيها، إلا أن يرد الردع والتخطفة من الشرع.

وهنا مسائل: الأولى: هي أنه لو باع مال غيره مع مال نفسه، أو مع مال موكله أو المولى عليه لا إشكال في صحة البيع في كلا الجزئين، بناءً على صحة الفضولي وإجازة الغير، وفي جزء نفسه مع رد الغير إن لم يتولد من الرد مانع شرعي عن الصحة، كلزوم الربا أو عدم القدرة على تسليم المبيع أو الجهل في المثلن.

كما يصح البيع بالنسبة إلى جزء نفسه على القول ببطلان الفضولي.  
أولاً: بواسطة أن الصحة تكون على طبق القاعدة، لأن العقد أي التملك وإن كان أمراً واحداً بسيطاً، ولكن بلحاظ كون متعلقه مركباً من الجزئين ينحل إلى عقدين، فيكون مشمولاً لعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ و﴿أحل الله البيع﴾ و﴿تجارة عن تراض﴾.

وثانياً: لدعوى الإجماع على الصحة.

وثالثاً: لرواية الصفار قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل باع قرية، وإنما له فيها قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك، وقد أقر له بكلها؟ فوقع: «لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء على ما يملك»<sup>(٢)</sup> فيصح البيع بالنسبة إلى جزء نفسه، غاية الأمر يكون خيار تبعض الصفقة للمشتري مع جهله بالحال.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٥٢ ح ١.

(١) حاشية المكاسب للمحقق اليزدي / ١٨٥.

ثم، إنه لما كان الغالب عدم اختلاف قيمة الهيئة الاجتماعية من حيث الزيادة والقيصة مع حال الانفراد جعل العلامة الأنصاري رحمته الله (١) - تبعاً لما ورد في إرشاد العلامة رحمته الله - الضابط في معرفة حصّة نفسه عن حصّة غيره في القيمي أن يقوم كلٍ منهما منفرداً، فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن، نسبه اليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين، فإذا باع مجموع المالين بثلاث دنانير وقوم مال الغير بأربع دنانير، ومال البائع بدنانيرين يرجع المشتري بثلثي الثمن.

وأما الطريق في معرفة حصّة نفسه عن حصّة غيره في المبيع المثلي: فهو أنه إن كان المبيع مشاعاً لما كان الغالب عدم تفاوت حصّة كلٍ منهما بتفاوت الحصّتين في المقدار يقسّم الثمن على نفس المبيع، فيقابل كلٍ من حصّتي البائع والأجنبي بما يخصّه.

وأما إن كان مفروزاً يكون الطريق في معرفة حصّة نفسه عن حصّة غيره ما مرّ في القيمي، من ملاحظة قيمتي الحصّتين وتقسيط الثمن على المجموع.

المسألة الثانية: هي أنه لو باع من له نصف الدار نصفها، فإن علم أنه أراد نصفه أو نصف الغير فهو، وإن علم أنه لم يقصد بقوله بعثك نصف الدار إلا مفهوم هذا اللفظ، فالبيع محكوم بالصحة، حيث إن المبيع معيّن والجهل يكون بالنسبة إلى المالك، والجهل بالإضافة إليه لا يضرّ بصحة البيع.

ولكن إنما الكلام في أنه هل يحمل النصف على النصف المختصّ، أو على النصف المشاع بينه وبين الشريك؟ يمكن أن يقال بالثاني، من جهة أن إنشاء البيع وإن كان ظاهر في البيع لنفسه، إلا أن ظهور القيد يعني النصف في الإشاعة يكون أقوى منه، فيحمل النصف على الإشاعة.

ولكن الأقوى هو الأول، سواء كان البائع مأذوناً في بيع نصف الشريك أو لا،

في ولاية الأب والجدّ على اليتيم وماله، وعدم اعتبار العدالة في ولايتهما ..... ٢٩٥

حيث إنّ ظهور العامل يكون أقوى من ظهور المعمول، كما أفاده العلامة الأنصاري رحمته في باب الاستصحاب في خبر «لا ينقض اليقين بالشك» وأنّ ظهور النقص في تعلّقه بالأمر المبرم يكون أقوى من ظهور اليقين في الأعمّ، وقد اختار ذلك بالأخرة في المقام، فظهور التملك في التملك الأصلي يكون أقوى من ظهور النصف في الإشاعة، فأقوائية ظهور التملك في الأصلي تكون قرينة صارفة للفظ النصف إلى نصفه المختصّ، فيحمل النصف على النصف المختصّ، إلا أن تقوم القرينة على الإشاعة.

### في ولاية الأب والجدّ على اليتيم وماله

**المسألة الثالثة:** هي أنّه يجوز للأب والجد أن يتصرّفا في مال الطفل بالبيع والشراء والإجارة والصلح وأمثال ذلك، وهذه المسألة تكون من فروع مسألة اشتراط كون المتعاقدين مالكين، أو مأذونين من المالك أو من الشارع، فالمأذون من المالك هو الوكيل، والمأذون من الشارع هو من له الولاية على التصرف في مال الغير، كولاية الأب والجدّ في التصرف في مال الطفل.

**أولاً:** للإجماع.

**وثانياً:** للأخبار المستفيضة المصرحة في موارد كثيرة، كباب الوصية، حيث ورد فيها أنّه ينفذ إذن الوالد في المضاربة بمال ولده الصغير، بحيث لا ضمان على المأذون، وباب الحجر، حيث ورد فيه أنّه وليّ الطفل والمتصرّف في ماله هو الأب والجد، وباب النكاح، حيث ورد فيه أنّه ينفذ عقد الأب والجدّ على الصغير.

**وثالثاً:** لفحوى سلطتهما على بضع البنت في النكاح.

### في عدم اعتبار العدالة في ولايتهما

ثمّ إنّ بعد ثبوت الولاية لهما يكون البحث في المقام من جهات: الأولى: هي

أَنَّهُ هل يعتبر فيهما العدالة أم لا؟ والمشهور هو العدم، أولاً: للأصل.  
ولكن هذا الأصل يكون محلّ الخدشة: من جهة أَنَّهُ إن كان المراد منه استصحاب عدم اعتبار العدالة فيهما بمفاد كان التامة فهو مثبت، وإن كان بمفاد كان الناقصة فليس له حالة سابقة، وإن كان المراد منه جواز التصرف والإباحة فقوله عليه السلام: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه» وارد عليه، بل قيل: إن الأصل على العكس، لأنّ نفوذ تصرف شخص في مال غيره يتوقف على الدليل، ومع عدمه فالأصل يقتضي عدم نفوذه.

ولكن يمكن أن يقال: إن المراد من الأصل يكون هو عدم الدليل، وأن عدم الدليل على اعتبار العدالة يكون دليلاً على العدم، وهذا الأصل وإن كان لا يفيد إلا الظن ولا دليل على اعتباره، إلا أَنَّهُ في المقام معتبر، حيث إن ولاية الأب والجد أمر شائع يعمّ ابتلاء الناس به، فلو كانت العدالة معتبرة في ثبوت ولايتهما كان اللازم على الأئمة عليهم السلام بيانها، والحال أَنَّهُم لم يتعرضوا لها أصلاً، فمن عدم بيانها يستكشف بنحو القطع عدم اعتبارها في ولايتهما.

وثانياً: لفحوى الإجماع المحكي عن التذكرة على ولاية الفاسق في التزويج.  
وثالثاً: للسيرة.

ورابعاً: للأخبار الدالة على نفوذ وصية الأب في المضاربة بماله ونفوذ عقد الأب والجد، ونفوذ عقد الجد بدون إذن الأب معللاً بأنّ البنت وأباها للجد، حيث إن إطلاقها شامل لما إذا كان الأب والجد فاسقين.

وأما قوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك» وإن كان وارداً في مقام حكم أخلاقي - وهو أنّ الأب علة لوجود الإبن ولو بنحو الإعداد، فالمناسب لذلك هو أن لا يكون الإبن مالكاً ومسلطاً على شيء لا على نفسه ولا على ماله - لا حكم فقهي، حيث لا يكون الولد وماله ملكاً للأب، ككون نفس العبد ملكاً لسيده حقيقة وماله ماله لا طوياً، إلا أنّ مقتضى تمسك الأئمة عليهم السلام به لجواز تصرف الوالد في مال ولده

في ولاية الأب والجدّ على اليتيم وماله، وعدم اعتبار العدالة في ولايتهما ..... ٢٩٧  
يكون هو ثبوت الولاية له وإن كان فاسقاً، ولكن بشرط أن لا يكون الفسق من  
المعاصي التي توجب الكفر، لعدم الإطلاق له من هذه الجهة.  
فما ذهب إليه ابن حمزة في الوسيلة<sup>(١)</sup> وفخر المحققين في الإيضاح<sup>(٢)</sup> من  
اعتبار العدالة فيهما أولاً: لآية النهي عن الركون إلى الظالم، ببيان أن المبدأ تعالى إذا  
لم يرض بركون العباد إلى الظالم فهو تعالى أولى بعدم الركون إليه.  
وثانياً: لأجل أنه يستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراره  
وإخباره عن غيره.

يكون محلّ الخدشة: أمّا الوجه الأول: فأولاً: كما قيل من جهة أن الكلام يكون  
في أنه هل جعل الشارع للفاسق منهما ولاية أم لا؟ وليس الكلام في أنه يجوز  
للمولى عليه أن يفوض أمره إلى الأب والجد الفاسقين، حتى يتوجه إليه النهي،  
والآية إنما تفيد النهي عن الركون إلى الظالم، وهو حكم تكليفي لا يصح توجيهه  
إلى الصغير.

وثانياً: ولاية الأب والجد الفاسقين ليست من باب الركون إلى الظالم، بل تكون  
من قبيل تسليط المالك على ملكه، فإنّ الطفل وماله مال لأبيه.  
وأما الوجه العقلي أي الثاني فأولاً: من جهة أنه لا يتم في الأب والجد، حيث  
لم يجعل في الحقيقة أميناً على مال الصغير، بل على مال من كان هو وماله مالاً  
لهما.

وثانياً: كون الولي فاسقاً لا يصاد مع حكمة الصانع، لأنّ الفاسق لو تعدّى وفرط  
في مال الطفل يحجره الحاكم، كحجر السفية في ماله.

الجهة الثانية: هي أنه يشترط في تصرف الولي المصلحة، أو يكفي عدم  
المفسدة، أم لا يعتبر شيء؟ وجوه خيرها أوسطها، للمطلقات الدالة على سلطنة

(١) الوسيلة / ٣٧٣ «طبع منشورات مكتبة آية الله المرعشي بقم» تأليف أبو جعفر محمد بن  
علي بن حمزة الطوسي (- ٥٦٠هـ). (٢) إيضاح الفوائد ٢: ٦٢٧.

الوالد على الولد وماله، وما دلّ على أنّ الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء.  
**إن قلت:** آية: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالتي هي أحسن﴾<sup>(١)</sup> تدلّ على اعتبار الغبطة والمصلحة.

**قلت:** لا دلالة لها على اعتبار المصلحة، أولاً: من جهة أنّ لفظ «أحسن» فيها ليس مسوقاً لبيان إفادة معنى التفصيل، كما يساعد عليه العرف، فهو معنى الحسن الذي هو عبارة عمّا لا حرج فيه، وهذا المعنى يتمّ مع عدم المفسدة، ولا يستلزم وجود المصلحة.

**وثانياً:** على تسليم الدلالة مخصّصة بما دلّ على ولاية الأب والجد على التصرف في مال الطفل بما ليس فيه مفسدة له، حيث إنّ العرف يرون ذلك شارحاً وحاكماً عليها.

**وثالثاً:** لو سلّمنا عدم التخصيص وجب الاقتصار عليه في حكم الجدد دون الأب.

ودعوى عدم القول بالفصل ممنوعة، فقد حكى عن بعض متأخري المتأخريين القول بالفصل بينهما في الاقتراض مع عدم اليسر، وأنّ الجدد مع عدم اليسر لا يجوز له أن يقترض من مال ابنه، بخلاف الأب حيث يجوز له الاقتراض من مال ابنه ولومع عدم كونه مليئاً.

**الجهة الثالثة:** هي أنّ الجد وإن علا يشارك الأب في الحكم أولاً: للإجماع.  
**وثانياً:** لما دلّ على أنّ الشخص وماله الذي منه مال ابنه لأبيه، وما دلّ على أنّ الولد ووالده لجدّه، ولكن إنّما الكلام في أنّه مع فقد الأب هل الحكم بين الأجداد عرضي، وأنّ الأقرب لا يمنع الأبعد أو طولي؟ والظاهر أنّ الولد ووالده لجدّه هو الأول.

(١) سورة الأنعام (٦): ١٥٢.

في ولاية الأب والجدّ على اليتيم وماله، وعدم اعتبار العدالة في ولايتهما ..... ٣٩٩

والتمسك للثاني بعموم قوله تعالى ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾<sup>(١)</sup> يكون محلّ الخدشة: لعدم العموم لها، حيث إنها لا تكون في مقام إثبات الولاية، بل تكون في مقام حكم الإرث، كما أنّ ما دلّ على أنّ الأولى بأحكام الميّت أولى بميراثه، لا يكون في مقام إثبات الولاية بنحو الإطلاق، بل في مقام بيان الولاية في تجهيزه.

**الجهة الرابعة:** هي أنّ ولاية الأب والجدّ ثابتة للصغيرة، ولكن إن طرأ عليهما الجنون قبل البلوغ هل تكون الولاية للأب والجدّ أو الحاكم الشرعي؟  
والظاهر أنّ الإجماع قائم على أنّ الولاية في هذه الصورة تكون للأب والجدّ. وإن طرأ عليهما السفه قبل البلوغ فقد وقع الخلاف في ذلك، قيل: إنّ الولاية تكون أيضاً للأب والجدّ لوجوه: الأول: لاستصحاب ولايتهما، ولكن بعد عروض السفه يكون الشكّ في اقتضاء الولاية لهما، فمن لا يقول باعتباره في المقتضي لا يقول باعتباره في المقام.

وأما الخدشة في هذا الأصل بعدم بقاء الموضوع فلا وجه له، لأنّ السفه وعدمه كالصغر والكبر يكون من حالات الموضوع عرفاً، ولو لم يكن الموضوع باقياً بالدقة.

**الثاني:** أنّه قام الإجماع على اعتبار إذن الأب والجدّ في النكاح، فتكون ولايتهما ثابتة في غيره بالأولوية.

ولكنّه يكون محلّ الخدشة أولاً: لعدم إحراز المناط.

وثانياً: على فرض الإحراز مناط ظني لا دليل على اعتباره.

**الثالث:** مفهوم قوله تعالى: ﴿فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾<sup>(٢)</sup> والخدشة في ذلك - بأنّها لا تدلّ على أزيد عن أنّ المال يكون عند الأولياء على

(١) سورة الأنفال (٨): ٧٥. (٢) سورة النساء (٤): ٦.



نحو الأمانة - غير واردة، حيث إن الخطاب متوجه إلى الأولياء، وتكون ظاهرة في ثبوت الولاية لهم.

وإن طرأ عليهما الجنون أو السفه بعد البلوغ هل تكون الولاية حينئذ للحاكم الشرعي أو للأب والجد؟ والظاهر أن ولاية الأب والجد قد انقطعت بالبلوغ، فمقتضى الأصل يكون عدم ثبوت الولاية لهما، فيكون الولي هو الحاكم الشرعي، لما دلّ على أن الحاكم ولي من لا ولي له.

إن قلت: أصل عدم الولاية للأب والجد معارض بأصل عدم الولاية للحاكم، حيث إن عدم ولايته مسبوق بالعدم، فهذان الأصلان يتعارضان ويتساقطان، فحينئذ نعلم إجمالاً أن الولاية في الواقع إما أن تكون للأب والجد أو الحاكم، ومقتضى ذلك يكون الاحتياط بأن يتصرفاً معاً في مال الطفل.

قلت: أصل عدم ولاية الأب والجد حاكم على أصل عدم ولاية الحاكم، حيث إن الشك في ولاية الحاكم مسبب عن الشك في ولاية الأب والجد، فبعد جريان الأصل في الأول لا يجري في الثاني، فالولاية تكون للحاكم.

إن قلت: مقتضى إطلاق الأخبار الدالة على أن أمر السفه والسفيهة والمجنون والمجنونة يكون بيد الأب والجد، هو أنه تكون الولاية للأب والجد.

قلت: لم يحرز لها الإطلاق، بل المتيقن منها - كما ذهب إليه المشهور - يكون هو السفه والجنون الغير المنفصلين عن البلوغ، فالولاية في الصورة المفروضة تكون للحاكم الجامع لشرائط الفتوى.

## في ولاية الفقيه الجامع لشرائط الفتوى

ثم إنه لا إشكال في أنه تكون الولاية للفقيه الجامع لشرائط الفتوى بالنسبة إلى مال الغائب والصغير الذين لا وليّ لهما.

ولكن إنمّا الكلام في أنه هل تكون له الولاية العامة إلى الأموال والأنفس أو لا؟ توضيح ذلك يتوقف على أمور: الأول: أنه لا إشكال في ثبوت منصب الإفتاء للفقيه فيما يحتاج إليه العامي في عمله، ومورده المسائل الفرعية، وتشخيص المفاهيم والموضوعات الاستنباطية من حيث ترتب حكم فرعي عليها، كتعيين مفهوم الكنز والمعدن والكرّ والصعيد، وأمثال ذلك.

وبالجملة: لا خلاف في ثبوت هذا المنصب للفقيه، إلاّ ممّن لا يرى جواز التقليد للعامي، كبعض علماء حلب، وتفصيل الكلام في هذا المقام موكول إلى مباحث الاجتهاد والتقليد.

كما لا إشكال في ثبوت منصب الحكم والقضاء له بما يراه حقاً في المرافعات وغيرها، إن لم يجز القضاء للمتجزّي، وتفصيل الكلام في ذلك موكول إلى كتاب القضاء.

الأمر الثاني: أن الولاية لها فردان: الأول: استقلال الولي بالتصرّف مع قطع النظر عن كون تصرّف غيره منوطاً بإذنه أو غير منوط به، ومرجع هذا إلى كون نظره سبباً في جواز تصرّف نفسه.

الثاني: عدم استقلال غيره بالتصرّف، كون تصرّف الغير منوطاً بإذنه، وإن لم يكن الولي أيضاً مستقلاً بالتصرّف، ومرجع هذا إلى كون نظره شرطاً في جواز تصرّف غيره، مثل مسألة المقاصّة، حيث إنّ جواز المقاصّة لذي الحقّ منوط بإذن الفقيه الجامع لشرائط الفتوى، والنسبة بين موارد الفرد الأول من الولاية والثاني عموم من وجه، ومادّة اجتماعهما ما يمكن أن يقع من الحاكم، ويمكن أن يقع من

غيره بإذنه، كالصلاة على ميت لا ولي له.

والإذن المعتبر من الولي في تصرف الغير لا يخلو عن أحد أمور ثلاثة: إما أن يكون على وجه الاستنابة كوكيل الحاكم، ويصح في ذلك للحاكم إبطال الوكالة قبل الفعل كما تبطل بموته.

وإما أن يكون على وجه التفويض والتولية، كمتولي الأوقاف من قبل الحاكم، ولا تبطل في ذلك تولية المتولي بموت الحاكم، لأن التولية تكون من المناصب، فلا تزول بزوال الجاعل والمعطي، ولا يعزل بعزله، مع أن عدم البطلان في ذلك إجماعي.

وإما أن يكون على وجه الرضا، كإذن الحاكم لغيره في الصلاة على ميت لا ولي له.

ويصح في ذلك للحاكم الرجوع عن الإذن قبل الفعل.

**الأمر الثالث:** أنه هل يكون مقتضى الأصل ثبوت الولاية للنبي ﷺ والإمام عليه السلام والفقهاء بالنسبة إلى الأموال والنفوس، أو يكون مقتضى الأصل عدم الثبوت؟

**فنقول:** الأصل المستفاد من قوله عليه السلام: «إن الناس مسلطون على أموالهم»<sup>(١)</sup> ومن قوله عليه السلام: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه»<sup>(٢)</sup> عدم ثبوت الولاية لأحد بشيء من الأموال والنفوس، ولكن خرجنا عن هذا الأصل بالإضافة إلى الفرد الأول من الولاية في خصوص النبي ﷺ والأنمة عليه السلام بالأدلة الأربعة: **أما الكتاب:** فقال الله تعالى في سورة الأحزاب: ﴿النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم﴾<sup>(٣)</sup>.

وقال فيها أيضاً: ﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون

(٢) الوسائل ٦: ٣٧٦ ح ٦. (٣) سورة الأحزاب (٣٣): ٦.

(١) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢ ح ٩٩.

لهم الخيرة من أمرهم ﴿<sup>(١)</sup>﴾.

وقال في سورة النساء: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾ <sup>(٢)</sup>.

وقال في سورة المائدة: ﴿إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا الذين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وهم راكعون﴾ <sup>(٣)</sup>.

قيل: <sup>(٤)</sup> وتدلل على المدعى أيضاً آية: ﴿فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم﴾ <sup>(٥)</sup> المذكورة في سورة النور.

ولكنها لا تدل على المطلوب أصلاً: من جهة أن المراد من الأمر إن كان هو أمر الله تعالى فلا ربط له بالمقام، وإن كان المراد منه هو أمر النبي ﷺ يكون الأمر بالحدز عن مخالفة الأوامر الشرعية، فلا ربط له أيضاً بمسألة الولاية إلى غير ذلك من الآيات.

وأما الأخبار: فكثيرة في هذا المضمار منها: قوله ﷺ في رواية أيوب بن عطية: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه...» <sup>(٦)</sup>.

ومنها: قوله ﷺ في يوم غدیر خم: «ألست أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا: بلى، قال: من كنت مولاه فهذا عليٌّ مولاه» <sup>(٧)</sup>.

ومنها: قول الصادق عليه السلام في مقبولة عمر بن حنظلة: «فإني قد جعلته عليكم حاكماً» <sup>(٨)</sup>.

ومنها: قوله عليه السلام في مشهورة أبي خديجة: «فإني قد جعلته قاضياً» <sup>(٩)</sup>.

ومنها: قول الإمام الثاني عشر عليه السلام في التوقيع الشريف: «وأما الحوادث الواقعة

فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله عليهم» <sup>(١٠)</sup>.

(١) سورة الأحزاب (٣٣): ٣٦. (٢) سورة النساء (٤): ٥٩. (٣) سورة المائدة (٥): ٥٥.

(٤) القائل هو العلامة الأنصاري رحمه الله، منه، المكاسب ٩: ٣١٧. (٥) سورة النور (٢٤): ٦٣.

(٦) الوسائل ١٧: ٥٥١ ح ١٤. (٧) عوالي اللثالي ٤: ٨٩ ح ١١٩.

(٨) الوسائل ١٨: ٤ ح ٤. (٩) الوسائل ١٨: ٤ ح ٥. (١٠) الوسائل ١٨: ١٠١ ح ٩.

حيث إن جعل الولاية من النبي ﷺ ومن الأئمة عليهم السلام كاشف عن ولايتهم. وأما الإجماع: قال العلامة الأنصاري رحمه الله: فغير خفي<sup>(١)</sup>.

ولكن التمسك به على المدعى يكون محلّ الخدشة: حيث إن مدركه عبارة عن الآيات والأخبار المتقدمة، ولا أقلّ من الاحتمال.

وأما العقل: فالاستدلال به على المدعى يكون بنحوين من الاستقلالي والتبعي، حيث إن حكم العقل إما أن يكون بنحو الاستقلال كحكمه بحسن الإحسان وقبح الظلم، حتى مع عدم بيان حسن الإحسان وقبح الظلم فرضاً في آية ولا رواية، أو التبعيّة كحكمه بوجوب المقدّمة بعد أن يرى أنّ الشارع أمر بذبيها، ففي المقام أيضاً له حكم استقلالي وحكم تبعي، أما الأول: فعبارة عن أنّ العقل يحكم بثبوت ولايتهم بعد أن يرى أنّهم يكونون أولياء النعم، ووسائل وعلاّماً لخلقة الخلق، ولو بنحو الإعداد لا الفاعلية.

وأما الثاني: فعبارة عن أنّ العقل بعد أن يرى أنّ الشارع حكم بثبوت الولاية للأب على الإبن بملاحظة عليّة الأب للإبن ولو بنحو الإعداد لا الفاعلية، وبملاحظة كونه مريباً له يحكم بثبوت الولاية لأولياء النعم بالأولوية. وأما إثبات الولاية لهم من طريق وجوب شكر المنعم كما قيل<sup>(٢)</sup>.

فيكون محلّ الخدشة: لأنّ وجوب شكر المنعم لا يدلّ على ثبوت الولاية، لعدم الملازمة بين وجوبه وثبوتها كما هو أوضح من أن يخفى.

وقد انقده من ذلك فساد توهم أنّ وجوب طاعة الإمام وولايته مختصّ بالأوامر الشرعية، حيث إنّها منتسبة إلى الله تعالى، وإطاعتها يكون إطاعة له تبارك وتعالى، بخلاف أوامره العرفية، لعدم الدليل على وجوب إطاعته فيها. وجه الفساد: هو أنّه قد عرفت أنّ الأدلّة الأربعة تكون خلافاً، وأنها تدلّ على

(١) المكاسب ٩: ٣١٩. (٢) القائل هو العلامة الأنصاري رحمه الله المكاسب ٩: ٣١٩.

أَنَّ للإمام سلطنة مطلقة على الرعيّة من قبل الله تعالى، وأنّ تصرفه نافذ على الرعيّة ماض مطلقاً حتى بالنسبة إلى أوامره العرفيّة.

كما أنّه قد خرجنا عن أصل عدم ثبوت الولاية بالنسبة إلى الفرد الثاني من الولاية، وهو اشتراط تصرف الغير وصحّته على إذن النبي ﷺ والأئمّة عليهم السلام بما دلّ على أنّهم أولوا الأمر والولاية، مثل: ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾<sup>(١)</sup>.

و: ﴿إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا...﴾<sup>(٢)</sup>.

فإنّ الظاهر من هذا العنوان عرفاً هو من يجب الرجوع إليه في الأمور العامّة التي لم تحمل في الشرع على شخص خاص.

وبما دلّ على وجوب الرجوع في الوقائع الحادثة إلى رواة الحديث، معللاً بأنهم حجّتي عليكم وأنا حجّة الله عليهم، حيث يدلّ على أنّ المرجع الأصلي يكون هو الإمام.

وبما عن العلل بسنده إلى الفضل بن شاذان، عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام في علل حاجة الناس إلى الإمام، حيث قال بعد ذكر جملة من العلل ومنها: «إنّا لا نجد فرقة من الفرق، ولا ملة من الملل عاشوا ويقوا إلا بقيم ورئيس لمّا لا بدّ لهم من أمر الدين والدنيا، فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم أنّه لا بدّ لهم ولا قوام لهم إلا به»<sup>(٣)</sup>.

وبما ورد في خصوص الحدود والتعزيرات والحكومات، «أنّها لإمام المسلمين»<sup>(٤)</sup>. وفي الصلاة على الجنائز من «أنّ سلطان الله أحقّ بها من كلّ أحد»<sup>(٥)</sup>.

(١) سورة النساء (٤): ٥٩. (٢) سورة المائدة (٥): ٥٥.

(٣) بحار الأنوار ٢٣: ٣٢ ح ٥٢، تأليف العلامة محمد باقر المجلسي (١٠٣٧ - ١١١١).

(٤) الوسائل ١٨: ٣٣٨. (٥) الوسائل ٢: ٢٣ ح ٤.

**وبحكم العقل:** بأن نظم العالم وانتظامه يتوقف على وجود رئيس كان مرجعاً للناس في أمر الدين والدنيا، كما يرشد إلى هذا الحكم العقلي ما تقدم من علل الصدوق عليه السلام فتدل على ولايتهم عليهم السلام بالإضافة إلى الفرد الثاني من الولاية «الأدلة الثلاثة» من الكتاب والأخبار والعقل، فالتصرف في الأمور العامة من قبيل الحدود والتعزيرات والتصرف في أموال القاصرين، وإلزام الناس بالخروج عن الحقوق يحتاج إلى الإذن منهم عليهم السلام وأما غير المصالح العامة كإخراج الخمس والزكاة وأمثال ذلك إن كان في البين إطلاق أو عموم يدل على جواز مباشرة المالك أو على عدم الجواز فهو، وإلا لا بد من الاستئذان منهم عليهم السلام ومع عدم التمكن من الاستئذان لبعض العوارض ينتهي الأمر إلى الأصول العملية، ولا تحصل براءة الذمة إلا أن يكون الإخراج والإعطاء مسبقاً بالإذن منهم عليهم السلام وأما الأمور الجزئية المتعلقة بالأشخاص من المعاملات كبيع الطعام وشرائه، وبيع الأملاك والأمتعة فنقطع فيها بعدم اعتبار إذنها عليهم السلام.

**(هل يكون للفقهاء الاستقلال في التصرف في عصر الغيبة أو لا؟)**

إذا عرفت هذه الأمور فاعلم: أنه هل يكون الفرد الأول من الولاية، أي الاستقلال في التصرف للفقهاء في عصر الغيبة أو لا؟.

**فقول:** قد استدل على ثبوته بالأخبار الواردة في شأن العلماء مثل خبر أبي البخترى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن العلماء ورثة الأنبياء، وذلك أن الأنبياء لم يورثوا درهماً ولا ديناراً، وإنما أورثوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشيء منها فقد أخذ حظاً وافراً، فانظروا علمكم هذا عمّن تأخذونه...»<sup>(١)</sup>.

ولكن صدره وإن كان دالاً على ثبوت الولاية للعلماء، إلا أن ذيله وهو قوله:

هل يكون للفقهاء الاستقلال في التصرف في عصر الغيبة أو لا؟ ..... ٤٠٧

«وإنما أورثوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشيء منها فقد أخذ خطأ وافرأ»  
موهن لهذا الظهور، حيث يدل هذا الذيل على أن وراثه العلماء تكون من جهة  
تعلم الأحكام وتبليغها إلى الأنام.

ومثل ما روى الحسن بن علي بن شعبة في كتاب تحف العقول عن أبي عبد الله  
الحسين - أرواح العالمين له الفداء - عن أبيه أمير المؤمنين عليه السلام في الأمر  
بالمعروف والنهي عن المنكر قال: قال: «اعتبروا أيها الناس بما وعظ الله به  
أوليائه... وأنتم أعظم الناس مصيبة لما غلبتم عليه من منازل العلماء لو كنتم  
تسعون ذلك، بأن مجاري الأمور والأحكام على أيدي العلماء بالله الأمان على  
حلاله وحرامه، فأنتم المسلوبون تلك المنزلة، وما سلبتم ذلك إلا بتفرقكم عن  
الحق واختلافكم في السنة بعد البينة الواضحة، ولو صبرتم على الأذى وتحملتكم  
المؤنة في ذات الله كانت أمور الله عليكم ترد وعنكم تصدر وإيكم ترجع،  
ولكنكم مكنتم الظلمة من منزلتكم...»<sup>(١)</sup>.

ولكن الاستدلال بقوله: «مجاري الأمور والأحكام على أيدي العلماء بالله» على  
ثبوت الولاية العامة للعلماء غير صحيح، حيث إن الفقرات المتقدمة عليه  
والمأخرة عنه ظاهرة بل صريحة في أن المراد من العلماء بالله هم الأئمة عليهم السلام.  
ومثل «علماء أمتي كأبياء بني إسرائيل»<sup>(٢)</sup>.

ومثل ما في الفقه الرضوي من: «أن منزلة الفقيه في هذا الوقت كمنزلة الأنبياء  
في بني إسرائيل»<sup>(٣)</sup>.

ومثل ما في نهج البلاغة من: «إن أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاءوا به»<sup>(٤)</sup>.  
ولكن يرد على الكل أولاً: أنه لا دلالة لها على الولاية، بل الظاهر منها هو أن

(١) تحف العقول / ٢٣٨، تأليف أبو محمد الحسن بن علي بن الحسين بن شعبة الحراني

الجلبي (معاصر الصدوق). (٢) عوالي اللئالي ٤: ٧٧ ح ٦٧.

(٣) بحار الأنوار ١٨: ٣٤٦. (٤) نهج البلاغة، ٤٨٤، حكم ٩٦ طبعة صبحي صالح.



مثلية العلماء وأولويتهم يكون من حيث تبليغ الأحكام إلى الأنام، بقرينة قوله في الأخير: «بما جاؤا به».

ويرد على الأخير ثانياً: أن أولوية أعلم الناس بالأنبياء من غيرهم يكون من حيث الخلافة لا الولاية، كما يدل عليه تخصيص الأولوية بالأعلم.

ومثل ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «اللهم ارحم خلفائي، قيل ومن خلفائك يا رسول الله؟ قال: الذين يأتون بعدي، ويروون حديثي وستي»<sup>(١)</sup>.

ولكن لا إطلاق للخلافة بحيث تدل على الولاية، بل المتيقن هو أن خلافة العلماء تكون من حيث الرواية وتبليغ الأحكام.

ومثل جعل العالم «حاكماً» في المقبولة، وجعله «قاضياً» في المشهورة، ولكن لا دلالة لهما على الولاية لظهورهما بقرينة الصدر والذيل في رفع الخصومة والقضاة.

ومثل ما روى المجلسي رحمته الله في المجلد السابع عشر من البحار في باب مواظب القائم عليه السلام مما كتبه عليه السلام جواباً لإسحاق بن يعقوب إلى العمري رحمته الله: «أما ظهور الفرج فإنه إلى الله وكذب الوقاتون، وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله...»<sup>(٢)</sup>.

وتقريب الاستدلال به على ثبوت الولاية المطلقة للعلماء هو أن إرجاع الحجة عليه السلام الحوادث الواقعة إلى العلماء وجعلهم حجة من قبله يدلان على ثبوت الولاية المطلقة لهم.

ولكنه يكون محل الخدشة، أولاً: من جهة أن الظاهر من الجمع المحلّي وإن كان هو العموم، حيث إن الظاهر من اللام الجنسية، إلا أن الحوادث التي ذكرها

(١) بحار الأنوار ٢: ٢٥. (٢) الوسائل ١٨: ١٠١ ح ٩.

هل يكون للفقهاء الاستقلال في التصرف في عصر الغيبة أو لا؟ ..... ٤٠٩

إسحاق بن يعقوب في السؤال تصلح للقرينية، ولأن تصرف اللام عن الجنسية إلى العهدية بأن يكون الإرجاع فقط بالنسبة إلى الحوادث المذكورة في السؤال.  
وثانياً: جعل الحجية للعلماء غير مستلزم للولاية، لعدم الملازمة عقلاً ولا عرفاً بين الحجية والولاية، وثبوت الولاية للحجة (عجل الله تعالى فرجه) يكون بالدليل كما عرفت.

وقد أورد العلامة الأنصاري رحمته على الاستدلال بالأخبار المذكورة أولاً: بأنه بعد ملاحظة سياقها أو صدرها أو ذيلها يقتضي الجزم بأنها في مقام بيان وظيفة العلماء من حيث الأحكام الشرعية، لا كونهم كالنبي والأنمة عليه السلام في كونهم أولى بالناس في أموالهم، فلو طلب الفقيه الزكاة والخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع إليه شرعاً...

وثانياً: بأنه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار وجب حملها على إرادة العام من الجهة المعهودة المتعارفة من وظيفتهم عليهم السلام من حيث كونهم رسولاً مبلّغاً، ومن حيث كونهم حافظاً ومبيناً للأحكام، والالتزام تخصيص أكثر أفراد العام، لعدم سلطنة الفقيه على أموال الناس وأنفسهم إلا في موارد قليلة بالنسبة إلى موارد عدم سلطنته<sup>(١)</sup>.

ولكن الإشكال الثاني يكون محلّ الخدشة: من جهة أنه يمكن أن يكون تخصيص العموم بمخصّص واحد وبعنوان جامع فارد، ولا أقلّ من احتمالها، فلا يلزم ما ذكره من التالي الفاسد، أعني لزوم تخصيص الأكثر والاستهجان.  
ثمّ إنّه بعد عدم ثبوت الفرد الأول من الولاية للفقهاء هل يكون له الولاية بالنسبة إلى الفرد الثاني من الولاية أو لا؟ فنقول: البحث في ذلك يكون في مقامين: الأول: في دائرة ولاية الإمام بالنسبة إلى الفرد الثاني من الولاية، الثاني: في قيام الدليل

على ثبوته للفقهاء.

**أما المقام الأول:** فالضابط فيه هو أن كل معروف علم من الشارع إرادة وجوده لا من موجد خاص كنظر الأب في مال ولده الصغير، ولا من صنف خاص كالإفتاء والقضاء، ولا ما كان وجوده محبوباً عن كل من يقدر على القيام به، كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، واحتمل كون نفوذه منوطاً بإذن الإمام، مثل النظر في أموال القاصرين، لغيبه أو موت أو صغر أو سفه يكون للإمام الولاية بالنسبة إليه.

**وأما المقام الثاني:** فهو إن كان الدليل على ولاية الفقيه بالنسبة إلى ما يكون للإمام الولاية عليه كان نفوذه منوطاً بإذنه، ولكن لا دليل على ولاية الفقيه بالنسبة إلى ما يكون للإمام الولاية عليه - كما عرفت - فيما استدل على ولايته بالإضافة إلى الفرد الأول من الولاية.

**إن قلت:** على فرض دلالة قوله عليه السلام في التوقيع: «وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله» على ولاية الفقيه بالنسبة إلى ما احتمل كون نفوذه منوطاً بإذنه يكون ذلك معارضاً بالعمومات الظاهرة في إذن الشارع في كل معروف لكل أحد مثل قوله عليه السلام: «كل معروف صدقة»<sup>(١)</sup>.

وقوله عليه السلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقة»<sup>(٢)</sup> وأمثال ذلك.

**قلت:** النسبة بينهما وإن كانت من وجه، ويكون بينهما التعارض في مادة الاجتماع «أي الحادث المعروف» إلا أن هذا التوقيع حاكم على العمومات ومفسر لها، حيث إنه يضيق دائرتها، وأن نفوذ ما يكون من الأمور الحسينية يكون بنظره، فتكون ولاية عدول المؤمنين في طول ولاية الفقيه، وفي زمان تعذر الوصول إليه.

(١) الوسائل ١١: ٥٢١ ح ٢.

(٢) الوسائل ١١: ١٠٨ ح ٢، بدل عون «عونك» جاء في المصدر.

في أنه يشترط كون كل من العوض والمعوّض متموّلاً..... ٤١١

ولكن قد عرفت عدم دلالة التوقيع على ولايته، فلا ولاية ومرجعية للفقيه في غير الإفتاء والقضاء إلا فيما قام الدليل على ولايته ومرجعيته فيه.

في أنه يشترط كون كل من العوض والمعوّض متموّلاً

**الجهة السابعة:** هي أنه يشترط في العوضين أمور: الأول: أنه يشترط كون كل من العوضين متموّلاً، وقبل الإشارة إلى دليل ذلك لابد من بيان مقدمة، وهي أن النسبة بين المال والملك عموم من وجه، لأنه يفترق الأول عن الثاني في الكلّي قبل اعتباره وإيراد البيع عليه، حيث إنه يبذل بإزائه المال وليس بملك، ويفترق الثاني عن الأول في شيء لا ينتفع به لقلته، كقشر بيضة مثلاً، حيث إنه ملك وليس بمال، ويجتمعان في ملك يبذل بإزائه المال.

إذا علم ذلك، فاعلم: أنه يشترط في المعوّض والعوض كون كل منهما متموّلاً عند العرف والعقلاء، وإلا يكون بيعاً سفهياً غير مشمول للعمومات والإطلاقات الدالة على إمضاء البيع العرفي وصحته، فلا يصح بيع ما يشترك فيه الناس، كالماء والكلاء والسموك والوحوش قبل اصطياها، لعدم كونها مالا قبل تملكها، كما لا يصح بيع قشر بيضة ونحو ذلك، ولكن يحرم غصبه إجماعاً، ويجب رده مع بقائه، ورد مثله مع تلفه، لقوله **عليه السلام**: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»<sup>(١)</sup>.

**وبالجملة:** إن أحرز لهما المالية عرفاً وشرعاً يكون البيع محكوماً بالصحة، وإلا يكون باطلاً.

**إن قلت**<sup>(٢)</sup>: في صورة الشك في المايّة يحكم بصحة البيع للعمومات الدالة على صحة البيع والتجارة.

**قلت:** لا يصح التمسك حيثئذ للصحة بما دل على صحة البيع والتجارة، لأنه

(١) عوالي اللئالي ١: ٢٢٤ ح ١٠٦.

(٢) المستشكل هو العلامة الأنصاري **رحمته**، المكاسب ١٠: ٥٩ - ٦٠.

يكون من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

في أنه يشترط أن لا يكون المعوض والعوض متعلقاً لحق الغير

الأمر الثاني: أنه يشترط أن لا يكون كل واحد من المعوض والعوض متعلقاً لحق من الحقوق المانعة عن التصرف كالوقف والرهن وأمثال ذلك، فما ذكره المشهور من اشتراط طلقية المعوض والعوض وتفريع عدم جواز بيع الوقف والرهن وأمثالهما عليها لا يخلوا عن المسامحة، حيث إن الشرط في الواقع عبارة عن عدم حق من الحقوق المانعة عن التصرف، وعنوان الطلقة ليس مثل الطهارة المعنوية والجوانحية الحاصلة من الأفعال الجوارحية، بحيث كان لها وجوداً استقلالي، بل أمر انتزاعي من انتفاء الحقوق المانعة عن التصرف، ويكون متحداً مع انتفائها بنحو إتحاد الكلّي مع أفرادها، نظير انتزاعية الكفارة عن وجوب الخصال الثلاث.

ولذا وجه العلامة الأنصاري رحمته كلام المشهور بأن ذكرهم هذا الأمر الانتزاعي وتعبيرهم به تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف، لا تأسيس لشرط، ليكون ما بعده فروعاً، بل الأمر في الفرعية والأصالة بالعكس<sup>(١)</sup>.

فالشرط عبارة عن عدم الحقوق المانعة عن التصرف، والتعبير بالطلقية يكون لأجل التسهيل والاختصار والمقدمية، لذكر منشأ الانتزاع، فالبحث عن فرعية الطلقة وأصالتها غير مهم، حيث إنه بحث علمي لا يترتب عليه ثمرة علمية، فالمهم يكون البحث عن منشأ الانتزاع وهو أمور: منها: الوقف: والبحث في ذلك يكون من جهات: الأولى: هي أنه بعد الفراغ عن صحة الوقف المؤبد حيث قد أمضاه الشارع بقوله: «حبس الأصل وسبب الثمرة»<sup>(٢)</sup> وبقوله: «الوقوف على حسب

(٢) عوالي اللئالي ٢: ٢٦٠ ح ١٤.

(١) المكاسب ١٠: ٨٨-٨٩.

ما يوقفها أهلها»<sup>(١)</sup> وقع الكلام في أنه مفيد للملك أو لا؟ ذهب العلامة الأنصاري رحمته الله إلى التفصيل<sup>(٢)</sup> وهو أن الوقف الخاص كالوقف على الذرية مثلاً، مفيد للملك، وأما الوقف العام كوقف المساجد والمدارس والربط فغير مفيد للملك، بل فك ملك، نظير تحرير العبد، فلا يصح بيع الوقف العام حيث لا يكون ملكاً لأحد، ولكن ذهب صاحب الجواهر رحمته الله إلى أن الوقف مطلقاً مفيد للملك، وأن الوقف الخاص ملك للموقوف عليه، والعام ملك للمسلمين<sup>(٣)</sup> وهذا هو الأقوى، لأن كل وقف لا بد له من موقوف عليه، ولا تكون ماهية الوقف إلا ماهية واحدة، من تحبب الأصل وتسبيل الثمرة، فالتفكيك بين موارده من حيث كونه مفيداً للملك في بعض الموارد، كالوقف الخاص دون البعض الآخر كالعام بلا مفكك، فكما أنه لو أتلّف متلف شيئاً من الوقف الخاص أو أجزائه أو استوفى من منفعتة ظالم يكون ضامناً للموقوف عليه، كذلك يكون ضامناً في الوقف العام، لعموم قاعدتي «من أتلّف مال غيره» و «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

### في عدم جواز بيع الوقف

**الجهة الثانية:** هي أن الوقف العام بناءً على كونه مفيداً للملك يكون نظير الأرض المفتوحة عنوة المحياة حال الفتح، فلا يجوز بيعه، حيث إنه ولو كان ملكاً للمسلمين، ولكن لا تكون ملكيته لهم على نحو سائر الأملاك، بحيث يكون لكلٍ منهم جزء معين منه.

كما لا يجوز بيع الوقف الخاص، أولاً: للإجماع، ولكن المتيقن منه يكون غير حال العذر.

**وثانياً:** للأخبار مثل عموم قوله عليه السلام في خبر علي بن مهزيار: «الوقوف على

(٢) المكاسب ١٠: ١٠٩-١١٠.

(١) عوالي اللئالي ٣: ٢٦١ ح ٦.

(٣) الجواهر ٢٢: ٣٥٨.

حسب ما يوقفها أهلها»<sup>(١)</sup>.

ولكن يمكن أن يقال بانصرافه إلى المصارف التي عينها الواقف، وما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين وغيره من الأئمة عليهم السلام مثل ما عن ربعي بن عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام في صورة وقف أمير المؤمنين: «بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب وهو حيّ سويّ تصدق بداره التي في بني زريق، صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض، وأسكن فلافاً هذه الصدقة ما عاش، وعاش عقبه، فإذا انقضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين...»<sup>(٢)</sup>.

وتقريب الاستدلال بذلك يكون من وجوه: الأول: أن الظاهر من الوصف وهو قوله: «لا تباع ولا توهب» هو أنه وصف لنوع صدقة الوقف الخاص، لا لشخص وقف الأمير عليه السلام فيكون معناه أنه تصدق بداره نوع صدقة لا تباع ولا توهب، وأن نوع الوقف الخاص لا يكون مثل الصدقة المستحبة والزكائية التي يجوز بيعها. ولكن الإنصاف أن الخبر من حيث كون الوصف راجعاً إلى النوع أو الشخص مجمل.

الثاني: أن الوصف راجع إلى النوع لا إلى الشخص، وإلا لا بد أن يكون ذكره متأخراً عن ركن العقد، أعني الموقوف عليهم، والحال أن الموقوف عليهم متأخر فيه عن الوصف، فالوصف راجع إلى النوع لا إلى الشخص، ولكن تقدم الوصف على الموقوف عليه لا يقتضي ذلك، بل مجمل من هذه الجهة كما مر.

الثالث: أن الوصف راجع إلى النوع لا إلى الشخص، وإلا يكون مخالفاً للسنة، حيث ورد الدليل على جواز بيع الوقف الخاص في بعض الموارد. وبعبارة أخرى: إطلاق الوصف يقتضي أن يكون راجعاً إلى النوع لا الشخص،

(٢) الوسائل ١٣: ٣٠٤ ح ٤.

(١) عوالي اللئالي ٣: ٢٦١ ح ٦.

حيث إن النوع قابل للتقييد دون الشخص، وإلا يكون مخالفاً للسنة. ولكنه يكون محل الخدشة، أولاً: من جهة أن الوصف لا إطلاق له بالإضافة إلى الطوارئ حتى يكون رجوعه إلى الشخص مخالفاً للسنة. وثانياً: على تسليم الإطلاق يلزم أيضاً أن يكون مخالفاً للسنة من جهة أن نوع الوقف الخاص قابل للبيع بملاحظة بعض الطوارئ.

وثالثاً: لا محذور في رجوع الوصف إلى شخص وقف الأمير عليه السلام لاحتمال أنه كان عالماً بعدم عروض المسوغ لبيع وقفه عليه السلام.

ومثل خبير علي بن راشد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك إنني اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم فلما عمرتها خبّرت أنها وقف، فقال: «لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلة في ملكك، إدفعها إلى من اوقفت عليه، قلت: لا أعرف لها رباً، قال: تصدّق بغلتها»<sup>(١)</sup>.

وتقريب الاستدلال به، هو أن نفي الجنس في قوله: «لا يجوز شراء الوقف» مفيد للعموم، والظاهر من عدم الجواز يكون هو العدم الوضعي، بقريئة حكمه عليه السلام بعدم دخول الغلة في ملك المشتري، حيث إن الحكم بعدم حصول المسبب كاشف عن عدم صحّة السبب، فلا يصح بيع الوقف الخاص، إلا أن يمنع عمومه بالإضافة إلى الطوارئ.

### في صور جواز بيع الوقف

الجهة الثالثة: أن الوقف عبارة عن تحييس الأصل وتسييل الثمرة، كما ورد في النبي صلى الله عليه وآله: «حبس الأصل وسبّل الثمرة»<sup>(٢)</sup> فجواز البيع منافياً لعنوان الحبس. إلا أن يخرب الوقف، بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالحيوان

(٢) عوالي اللئالي ٢: ٢٦٠ ح ١٤.

(١) الوسائل ١٢: ٢٧٠ ح ١.



المذبوح والجذع البالي والحصير الخلق، وأمثال ذلك، لأن المتيقن من اتفاهم على المنع يكون هو صورة إمكان الانتفاع، كما أن الأخبار المانعة لا إطلاق لها بالنسبة إلى صورة الطوارئ، وعدم إمكان الانتفاع.

والمتولي للبيع يكون هو البطن الموجود، بضميمة الحاكم الشرعي القيم من قبل سائر البطون، فلا يختص بالبطن الموجود، بل يكون ملكاً لجميع البطون كالمشمن، لأن المبيع يكون ملكاً للموجودين بالفعل وللمعدومين بالقوة، فيكون الثمن كذلك.

إن قلت: إن الملكية أمر إضافي يحتاج إلى الطرفين من المالك والمملوك.

قلت: الملكية التي تحتاج إلى الطرفين عبارة عن الملكية الفعلية لا الشائبة.

إن قلت: إن الثمن يدخل في كيس من يخرج عن كيسه المعوض فعلاً.

قلت: تدخل حصّة المعدومين من الثمن في ملكهم على نحو ما يكون المشمن ملكاً لهم، فمتعلق البيع أصالة يكون هو الملك الفعلي، وما يكون حقاً للموجودين ويقع الملك الشائي، وما يكون حقاً للمعدومين في متعلقه تبعاً نظير جواز بيع العبد الأبق تبعاً لشيء آخر، فالثمن يكون ملكاً لجميع البطون كالمشمن، فيشتري به ما يكون وقفاً من دون الحاجة إلى إجراء صيغة الوقف، حيث إن نظر الواقف في إنشاء الوقف في مثل هذه الصورة يكون إلى تعدد المطلوب، فالبديل يكون وقفاً من دون الحاجة إلى إجراء الصيغة لاقتضاء البدلية ذلك، كما يتفرع على تعدد المطلوب اعتبار المماثلة في البديل، وكذا إذا خرب بنحو يسقط عن الانتفاع، بحيث يصدق عرفاً أنه لا منفعة فيه لما مر.

وكذا إذا شرط الواقف بيعه عند الحاجة، حيث إنه لا يكون منافياً لمقتضى

الوقف، بل يكون منافياً لإطلاقه، فيشمله عموم «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» و «المؤمنون عند شروطهم» حيث إنه ظاهر في الحكم الوضعي من نفوذ الشرط وصحته.

فلا يرد عليها حينئذ بأن التمسك بها على صحة الشرط يكون من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، حيث قد عرفت أن الشرط لا يكون منافياً لمقتضى العقد، وإلا يلزم عدم جواز بيعه مطلقاً، والحال أنه يصح في بعض الموارد.

ويدل على الجواز ما روى صحيحاً في الكافي ما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام في كيفية وقف ماله في عين ينبع<sup>(١)</sup> وفيه: «فإن أراد (يعني الحسن عليه السلام) أن يبيع نصيباً من المال ليقضي به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه، وإن شاء جعله شروى<sup>(٢)</sup> الملك، وأن ولد علي ومواليهم وأموالهم إلى الحسن بن علي عليه السلام...»<sup>(٣)</sup>.

إن كان قوله عليه السلام ليقضي به الدين ظاهراً في اشتراطه عند الحاجة أو غيرها من العناوين الطارئة، وإلا لم يحكم المشهور بجواز البيع بصرف الاشتراط مع عدم وجود عنوان من العناوين الطارئة.

وكذا إن لحق بالموقوف عليه ضرورة شديدة لخبر جعفر بن حنان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلّة له على قرابته من أبيه وقرابته من أمّه وأوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلّة ليس بينه وبينه قرابة بثلاث مائة درهم في كل سنة، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمّه فقال: «جائز للذي أوصى له بذلك» قلت: أرأيت إن لم تخرج من غلّة تلك الأرض التي أوقفها إلا خمسمائة درهم؟ فقال: «أليس في وصيته أن يعطي الذي أوصى له من الغلّة ثلاث مائة درهم، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وأمّه» قلت: نعم قال: «ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّة شيئاً حتى يوفى الموصى له ثلاث مائة درهم ثم لهم ما يبقى بعد ذلك» قلت: أرأيت إن مات الذي أوصى له؟ قال: «إن مات كانت الثلاث مائة درهم لورثته يتوارثونها ما بقي أحد منهم، فإن انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد كانت ثلاث مائة

(١) ينبع كينصر، حصن له عيون ونخيل وزروع بطريق حاج مصر «ق» منه.

(٢) شروى الملك أي مثله «مجمع البحرين» منه، مجمع البحرين ١: ٢٤٥.

(٣) الوسائل ١٣: ٣١٢ ح ٤.

درهم لقراءة الميِّت يرد إلى ما يخرج من الوقف، ثم يقسّم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلّة» قلت: ولورثة قرابة الميِّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا، أو لم يكفهم ما يخرج من الغلّة؟ قال: «نعم، إذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم باعوا»<sup>(١)</sup>.

وقد أُجيب<sup>(٢)</sup> عن الخير بما حاصله: أنّه لم يعمل أحد بعموم الجواب، وإن قيّدناه بخصوصية السؤال، فالمستفاد منه أنّه يجوز بيعه في صورة الفقر الشرعي، وعدم كفاية غلّة الأرض لمؤنة سنة الموقوف عليهم ويكون التباين حينئذ بين المدعى والدليل بالعموم من وجه، حيث قد يكون الموقوف عليه فقيراً ولا يتفق له حاجة شديدة، بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه، وقد يتفق الحاجة الضرورة الشديدة في بعض الأوقات لمن يقدر على مؤنة سنته، ولا يمكن أن يكون أحد المتباينين وهو الجواز في صورة الفقر الشرعي دليلاً على المتباين الآخر، وهو الجواز في صورة الحاجة والضرورة الشديدة، من جهة أنّه لا بدّ أن تكون الملائمة والمناسبة بين الدليل والمدعى.

ولكنّه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ الظاهر من العطف «بأو» هو المغايرة، وأنّ الاحتياج يكون غير عدم الكفاية، حيث إنّ الموجود في نسخ الرواية هو أنّه إذا احتاجوا أو لم يكفهم غلّة الأرض، فاحتياج له مراتب، وإذا كانت المرتبة الدانية منه وهو الفقر الشرعي موجبة للجواز، فالمرتبة العالية منه وهو الضرورة الشديدة يكون موجبة لجواز البيع بالطريق الأولى.

مع أنّ غرض الواقف يكون هو الرفاهية، ودفع الهمّ والغمّ عن الموقوف عليه. ثمّ، إنّ الظاهر من هذا الخبر هو أنّ الثمن يكون مختصاً بالبطن الموجود، فالشارع أسقط حقّ المعدومين من الوقف آنأ ما قبل البيع، فاختصاص الثمن

(١) الوسائل ١٣: ٣٠٦ ح ٨.

(٢) والمجيب هو العلامة الأنصاري رحمته الله منه، المكاسب ١٠: ٢١٢.

بالظن الموجود لا يكون مخالفاً لقاعدة المعاوضة.

وكذا إذا علم أو ظنّ باداء بقائه إلى خرابه، والظن معتبر بعد إجراء مقدمات الانسداد، حيث إنّه مع عدم الاعتبار يلزم الوقوع في الضرر، فإذا علم أو ظنّ بخرابه بحيث لا يمكن الانتفاع به رأساً يجوز بيعه، أعمّ من أن يكون منشأ العلم أو الظنّ الاختلاف بين أربابه أو غيره، والعلم وكذا الظنّ في المقام إن كان مأخوذاً على وجه الطريقيّة فبعد كشف الخلاف وعدم الخراب يحكم ببطان البيع، وإن كان مأخوذاً على وجه الموضوعيّة يحكم بالصحة.

والظاهر من التعليل الوارد في مكاتبة علي بن مهزيار هو الموضوعيّة، قال: كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام أن فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها وجعل لك في الوقف الخمس، ويسألك عن رأيك في بيع حصّتك من الأرض، أو تقويمه على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفة؟ فكتب إليّ: «أعلم فلاناً أتى أمره ببيع حصّتي من الضيعة وإيصال ثمن ذلك إليّ، إن ذلك رأيتي إن شاء الله تعالى، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أرفق له» قال: فكتبت إليه أنّ بين من وقف عليهم بقيّة هذه الضيعة اختلافاً شديداً وليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذه الوقف ويدفع إلى كلّ إنسان منهم ما وقف له من ذلك، فكتب بخطه: «واعلمه أنّ رأيتي إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أنّ بيع الوقف أمثل، فإنّه ربّما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس...»<sup>(١)</sup>.

**وبالجملة:** يمكن أن يستدلّ على جواز البيع في هذه الصورة بوجوه، أقواها اثنان: **الأول:** أنّ التعليل الوارد في هذه المكاتبة وهو قوله عليه السلام: «فإنّه ربّما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس» يدلّ على جواز بيع الوقف إذا احتمل أن يكون في معرض الخراب، فإذا علم أو ظنّ بادائه إليه يجوز بالأولويّة.

(١) الوسائل ١٣: ٣٠٤ ح ٥ و ٦، ذكر الرواية في المصدر منفصلاً لا متصلاً، وعدهما روايتين.

ولكنه يكون محلّ الخدشة، أولاً: من جهة أنهم لم يحكموا بالجواز في صورة احتمال الخراب.

وثانياً: هذه المكاتبه ظاهرة في الوقف المنقطع.

الثاني: أن قاعدة نفي الضرر ظاهرة في الحكم الوضعي، وإبقاء الوقف مع العلم أو الظنّ بالخراب يكون ضرراً على البطن الموجود وهو منفي بها. وبالجملة: قاعدة نفي الضرر حاكمة على ما دلّ على عدم جواز بيع الوقف في الصورة المفروضة، فيجوز بيعه فيها.

ولكن إذا خرب بحيث تقلّ منفعته ولكن لا إلى حدّ يلحق بالمعدوم لا يجوز بيعه، فإذا قلت المنفعة من دون الخراب فأولى بعدم الجواز، للأخبار المانعة، واستصحاب عدم الجواز.

كما لا يجوز إذا كان البيع أعود، للإطلاقات المانعة، ولا مقيد لها، وأما خبر جعفر بن حنان المتقدم فلا يكون مقيداً لها، أولاً: من جهة أنه يدلّ على الجواز في صورة الحاجة والضرورة، ولا يدلّ على أنّ صرف الأعوديّة يكون موجباً لجواز البيع.

وثانياً: على تسليم أنه يدلّ على أنّ صرف الأعوديّة يكون موجباً لجواز البيع، لكنّ المشهور لم يحكموا بالجواز بصرف الأعوديّة.

### في الوقف المنقطع

هذا كله في الوقف المؤبد، وأما الوقف المنقطع فالبحث فيه يكون من جهتين: الأولى في صحته، الثانية في أنه على فرض صحته هل يفيد تملك العين أو المنفعة أو الانتفاع.

أما الكلام في الجهة الأولى، فقد قيل: إن الإجماع قائم على بطلانه. ولكنه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ الموقت قد يكون موقتاً بوقت قليل،

كوقف شيء على شخص في شهر أو سنة مثلاً، وهذا لا إشكال في بطلانه، وأما وقف شيء على شخص أو عليه وعلى ابنه فقط مثلاً، ففساده وصحته يكون محل الخلاف، والأقوى صحته لعموم «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله». ولعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ حيث إن الموقت عقد متعارف بين الناس، فيشمله عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾.

ولصحيحة ابن مهزيار، قال: قلت له عليه السلام: روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام: أن كل وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة، وكل وقف إلى غير وقت، جهل مجهول فهو باطل، مردود على الورثة، وأنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام فكتب عليه السلام: «هو هكذا عندي»<sup>(١)</sup>.

ولصحيحة ابن الصقار، كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو، فقد روي أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان موقتاً فهو صحيح ممضي، وقال قوم: إن الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان وعقبه، فإذا انقضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، قال: وقال آخرون: هو موقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، والذي هو غير موقت أن يقول هذا وقف، ولم يذكر أحداً، فما الذي يصح من ذلك؟ وما الذي يبطل؟ فوقع عليه السلام: «الوقف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله»<sup>(٢)</sup>.

وأما الكلام في الجهة الثانية: فقد قيل إنه يفيد تملك العين للآية والأخبار المذكورة.

ولكن هذا القول يكون محل الخدشة: حيث لا يستفاد منها ذلك، بل لا بد من إثبات كونه مفيداً للتملك من الخارج حتى تكون الآية والأخبار دليلاً على لزومه.

حيث إن حقيقة الوقف ليست إلا عبارة عن تحبيس الأصل وتسييل المنفعة، فلا يكون التملك داخلاً في قوام ذاته، وعلى فرض الشك في إفادته تملك العين تكون العين بمقتضى الاستصحاب باقية على ملك الواقف.

والأولى إيكال كونه مفيداً لتمليك العين أو المنفعة أو الانتفاع إلى غرض الواقف وإنشائه، فكل قسم يكون مؤدى إنشائه يؤخذ به، وفي فرض الشك في أنه هل إنشاء تملك العين أو المنفعة أو الانتفاع تكون العين بحكم الاستصحاب باقية على ملك الواقف.

ثم، على فرض كون الأدلة المذكورة دليلاً على تملك العين لكنّها تدلّ على خروج العين عن ملك الواقف في المدّة المعيّنة التي ملكها في تلك المدّة، وعلى عودها بعد تلك المدّة إلى ملك الواقف.

وبعبارة أخرى: أن الملك عبارة عن إضافة خاصة بين المالك والمملوك، وهذه الإضافة أمر مُمتد، له مراتب بحسب الأزمنة، وقد خرجت العين عن تحت سلطنة الواقف في تلك القطعة المعيّنة التي أنشأ تملكها للموقوف عليه في تلك المدّة، فبعد انقضاء تلك المدّة تعود إليه.

ثم، على فرض عدم دلالة دليل الصحّة، وكذا عدم دلالة دليل الإرث إن كانت العين منتقلة إلى الواقف بالإرث على عود العين إلى ملك الواقف بعد انقضاء تلك المدّة يكون مقتضى الاستصحاب عودها إليه بعد انقضاء تلك المدّة.

ولا يصح أن يقال: إن الموقوف كان ملكاً للموقوف عليه، فيكون باقياً على ملكه بحكم الاستصحاب، فيشملة قوله عليه السلام: «كلما ترك الميت من مال أو حقّ فلوارثه فيرثه وارثه»<sup>(١)</sup>.

ولأن هذا الأصل غير جار بناءً على عدم اعتباره في المقتضي، والخبر منصرف

(١) لم أعر على هذه الرواية في كتب الحديث، ذكرها في الجواهر ٢٣: ٧٥.

عن المقام.

ثم، إنّه إن لم يكن هذا الوقف مفيداً لتمليك العين بل كان مفيداً لتمليك المنفعة أو الانتفاع لا إشكال في عدم جواز بيعه للموقوف عليه، حيث إنّه لا بيع إلا في ملك، وأمّا الواقف فالأدلة المانعة من الإجماع والأخبار الدالة على عدم الجواز مثل قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» منصرفه عن هذا الوقف.

ولكن لا يجوز بيعه للواقف أولاً: للغرر حيث إنّه يكون مشمولاً لما ورد من «أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الغرر»<sup>(١)</sup>.

إلا أنّه يمكن الخدشة فيه: من جهة أن الغرر إذا كان مستنداً إلى مالّة المثلث والثلث يكون مشمولاً لهذه القاعدة، وأمّا إذا كان الغرر مستنداً إلى مالّة المثلث فقط - كما في المقام - لا يكون مشمولاً لها.

**وثانياً:** للغرر الذي يكون ناشئاً عن عدم القدرة على التسليم بواسطة الجهالة بزمان استحقاق التسليم التام.

وأما صحّة البيع في السكنى الموقّعة بعمر أحدهما فقد خرجت بالنص، ولكن يصحّ للواقف أن يبيع الموقوف من الموقوف عليه، حيث لا يرد عليه إشكال عدم القدرة على التسليم.

**إن قلت:** كون الواقف قادراً على التسليم بالنسبة إلى الوقف لا ربط له بلزوم التسليم الذي يجبيء من ناحية البيع، حيث لا يقدر على التسليم الذي يجبيء من ناحيته.

**قلت:** التسليم الواحد معنون بعنوانين بالتسليم الوقفي، والتسليم الذي يجبيء من ناحية البيع.



## في اشتراط القدرة على التسليم

**الأمر الثالث:** من شروط العوضين القدرة على التسليم، وقد يتوهم أن هذا الشرط يكون من شروط المتبايعين لا العوضين، وأن عجزهما عن التسليم والتسلم يكون مانعاً عن صحة البيع.

ولكنه مدخول: لأن المدار في كون الشيء مالاً هو تمكن مالكة بأي نحو من أنحاء التصرف فيه، فمع عدم التمكن من ذلك وإن تمكن من بعض التصرفات الجزئية كالعتق لا يعد مالاً عند العقلاء.

**وبالجملة:** يكون البحث في هذا الشرط من جهات: الأولى: في الدليل على اعتبار هذا الشرط، وتدلل على اعتباره أولاً: الإجماعات المنقولة المعتزدة بالشهرة المحققة.

**وثانياً:** النبوي المشهور بين الفريقين، أعني «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر» والغرر يكون بمعنى الخطر، كما ذهب إليه الأكابر من أهل اللغة. إن قلت: إن الحرمة الوضعية لا تستفاد من النهي، إلا أن تقوم قرينة على إرشاديته.

**قلت:** أولاً: نستكشف من حكم الأصحاب بالبطلان مع عدم القدرة على التسليم والتسلم أنهم وجدوا قرينة على إرشاديته.

**وثانياً:** أن النهي لأجل كثرة استعماله في أبواب المعاملات وإرادة إرشاديته، انعقد له ظهور ثانوي في الإرشادية.

**وثالثاً:** يستدل على اعتبار هذا الشرط، بأنه يكون من جملة لوازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه، فإن لم يكن البائع قادراً على تسليم المبيع يلزم التكليف بما لا يطاق.

وبعبارة أخرى: إن لم يكن البائع قادراً على التسليم إن كان البيع صحيحاً يلزم

التفكيك بين اللازم والملزوم وهو محال، وإن لم يكن البيع صحيحاً فهو المطلوب.

ولكنه يكون محلّ الخدشة، أولاً: من جهة أنّ وجوب التسليم لا يكون من لوازم العقد، وآثاره، حيث إن أثر العقد ليس إلا التمليك والتملك.

وثانياً: على التسليم إن كان الدليل على وجوب التسليم هو ما دلّ على عدم جواز التصرف في مال الغير، وأن المبيع بعد صيرورته ملكاً للمشتري يحرم إبقائه، والإبقاء يكون تصرفاً فيه ومشمولاً لما دلّ على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، فيجب على البائع التسليم.

فهو مدخول: من جهة أنّ ذلك لا يدلّ على أزيد من عدم جواز امتناع البائع عن التسليم وإن كان الدليل على وجوب التسليم هو آية: ﴿أوفوا بالعقود﴾ فهذه الآية لا تدلّ على أزيد من وجوب الوفاء بمقتضى العقد، وآثاره من عدم جواز الفسخ، وعدم جواز تصرف البائع في المبيع، وعدم جواز تصرف المشتري في الثمن. وبعبارة أخرى: لا تدلّ على أزيد من وجوب التسليم في حال التمكن كسائر الخطابات الشرعية، ففي صورة عدم القدرة ينفك اللازم عن الملزوم، ويكون الملزوم محكوماً بالصحة، فلا دلالة لها على وجوب التسليم.

وبالجملة: إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوباً مطلقاً، منعنا الملازمة، وإن أريد مطلق وجوبه فلا ينافي كونه مشروطاً بالتمكن، كما لو تجدد العجز بعد العقد.

إن قلت: يكون الأصل عدم تقيّد الوجوب بالقدرة على التسليم، حيث إنّه إذا دلّ الدليل على وجوب شيء وشكّ في إطلاق وجوبه وتقيّده، يكون الأصل والقاعدة المستفادة من الدليل هو إطلاقه.

قلت: قد أحيب عن هذا الأصل بالمعارضة، وأن أصل إطلاق الوجوب معارض بأصل عدم تقيّد صحة البيع بالقدرة، حيث لا دلالة للعمومات الدالة على

صحة البيع ونفوذه، على اعتبار هذا الشرط.

ولكن أصل الاعتراض يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّ أصل الإطلاق مسلّم في مورد يكون الوجوب قابلاً للإطلاق والتقييد، والوجوب في المقام غير قابل للإطلاق، من جهة أنّه إن كان مطلقاً يلزم التكليف بما لا يطاق في صورة عدم القدرة على التسليم.

كما أنّ الجواب عن الاعتراض بالمعارضة والحكم بتساقط الأصلين يكون أيضاً محلّ الخدشة: من جهة أنّه بعد أن لا يكون الوجوب قابلاً للإطلاق يبقى أصل عدم تقيّد صحة البيع بالقدرة بلا معارض.

**الجهة الثانية:** هي أنّه هل القدرة على التسليم شرطاً، أو العجز عنه مانع؟ والظاهر من معاهد إجماعاتهم، خصوصاً عبارة الغنية<sup>(١)</sup> المتأكّدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هو الأول وإن لم يظهر ذلك منها، وعلمنا أنّها متكفّلة لاعتبار شرطية القدرة، أو مانعية العجز، فإن كانا من قبيل المتباينين يحكم ببطلان البيع في صورة الجهل بالقدرة، وإن كانا من قبيل الأقل والأكثر فالمتيقّن من الإجماعات يكون هو مانعية العجز، ففي صورة الجهل بالقدرة يدفع المانع بالأصل، بناءً على أن يكون العجز عن التسليم أمراً وجودياً، ويحكم بصحة البيع بناءً على اعتبار قاعدة المقتضي والمانع هذا، ولكن النبويّ شامل لكليهما، وأنّ البيع إذا كان غريباً يكون باطلاً، أعمّ من أن تكون القدرة شرطاً أو العجز مانعاً.

**الجهة الثالثة:** هي أنّه بناء على اعتبار شرطية القدرة على التسليم هل اعتبار ذلك يكون من حين العقد، أو من زمان استحقاق التسليم؟ والظاهر هو الثاني، لأنّ البيع المنهني يكون هو البيع الذي يكون خطرياً، والمتبايعان إذا لم يقدر على التسليم والتسلّم حين العقد وكانا قادرين على ذلك في زمان استحقاق التسليم

(١) ذكر كلام الغنية في المكاسب ١١: ١٠٣-١٠٤.

لا يكون البيع خطرياً، فيكون البيع صحيحاً، وإن كانا قادرين على ذلك حين العقد ولم يكونا قادرين على ذلك حين الاستحقاق كان باطلاً.

**الجهة الرابعة:** هي أنه هل القدرة على التسليم يكون شرط الصحة كالبلوغ أو شرط اللزوم كالرضا من المتبايعين؟ والظاهر ممّا ذكر من الإجماعات وحديث نفي الغرر هو الأول.

**الجهة الخامسة:** هي أنه هل الشرط يكون هو قدرة الطرفين، بأن يكون البائع قادراً على التسليم، والمشتري على التسلمّ بالمباشرة أو التسيب، أو يكفي قدرة أحدهما ولو بالتسيب؟ والتمتّين ممّا دلّ على البطلان من الإجماع وحديث نفي الغرر هو ما إذا لم يكونا قادرين على التسليم والتسلمّ، فلو كان المشتري قادراً على التسلمّ يصحّ البيع لعدم الخطر.

**الجهة السادسة:** هي أنه هل الشرط يكون هو القدرة المعلومة للمتبايعين، أو القدرة الواقعيّة؟ والظاهر هو الأول، لأنّ الغرر لا يندفع عرفاً بالقدرة الواقعيّة، فلو باع ما يعتقد التمكنّ فتبيّن عجزه في زمان البيع وتجدّد التمكنّ بعد ذلك صحّ البيع، والمعتبر من العلم بالقدرة يكون هو الوثوق والاطمينان، فلا يعتبر اليقين ولا يكفي الظن.

تمّ استنساخ المجلّد الأوّل على حسب تجزئة المؤلّف يوم الثلاثاء سابع صفر المظفر عام ١٤٠٦ في بلدة قم المقدّسة على يد العبد الضعيف علي الفاضل القائيني النجفي نجل المؤلّف.

## في شرطية البلوغ

هذا كله في العقد وشرائطه، ولا بدّ من التكلّم في شرائط المتعاقدين، المشهور كما عن الدروس<sup>(١)</sup> والكفاية<sup>(٢)</sup> بطلان عقد الصبي، والكلام في ذلك يكون في مراحل: المرحلة الأولى: في أنّ البلوغ هل هو شرط لصحة العقد أو غيره مانع؟ لكن لا ثمرة بينهما في المقام، ولو في غير هذا المقام يكون بينهما الثمرة، كما في مسألة الساتر، وقيل تلك الثمرة موجودة في المقام أيضاً، بأنّ البلوغ إن كان شرطاً لا بدّ من إحرازه، وإن كان غيره مانعاً في صورة الشكّ يدفع بالأصل،

لكنّه مدخول: لعدم إمكان إجراء هذا الأصل، بل أصالة عدم البلوغ يشبّه الصباوة، وأنّه غير بالغ، والظاهر أنّ البلوغ شرط، لا أنّ غيره مانع، ويدلّ عليه قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتّى يحتلم، وعن المجنون حتّى يفيق، وعن النائم حتّى يستيقظ»<sup>(٣)</sup> بقرينة أنّ الإفاقة شرط للتكليف، لا أنّ الجنون مانع، وهكذا النوم لا يكون مانعاً عن التكليف، بل الالتفات شرط له.

المرحلة الثانية: في تأسيس الأصل، وأنّ مقتضى الأصل في عقد الصبي أيّ شيء يكون، هل يكون مقتضاه هو الفساد أو الصحة؟ لا إشكال في أنّ مقتضى الأصل الأولي يكون هو الفساد، وهل يكون في البين أصلاً ثانوياً كان حاكماً على هذا الأصل أو لا؟ الظاهر أنّ عقد الصبي المميّز مشمول للعمومات والإطلاقات، لصدق العقد عليه، وبعد صدق العقد عليه لا إشكال في مشموليته، فيكون مشمولاً لقوله تعالى: ﴿أحلّ الله البيع﴾<sup>(٤)</sup> وقوله: ﴿تجارة عن تراضٍ﴾<sup>(٥)</sup> وقوله: ﴿أوفوا

(١) كتاب الدروس / ٣٣٥، أفست مطبعة مهر.

(٢) كفاية الأحكام / ٨٩.

(٣) سورة البقرة (٢): ٢٧٥. (٤) سورة النساء (٤): ٢٩.

(٥) عوالي اللئالي ١: ٢٠٩ ح ٤٨.

بالعقود<sup>(١)</sup> وقوله: البيعان بالخيار ما لم يفترقا<sup>(٢)</sup>.

وقد أورد على الاستدلال بالآية الأولى: بأنه لا دلالة فيها على المطلب، بقريئة حرمة الربا.

لكنه مدخول: لأن عدم حرمة الربا للصبي يكون بالدليل، والقرائن الخارجية. وقد أورد على الاستدلال بالآية الثالثة: بأنها ظاهرة في وجوب الوفاء، ولا تكليف على الصبي.

لكنه أيضاً مدخول: من جهة أن الأوامر الواردة في المعاملات كلها محمولة على الإرشادية، بلحاظ القرائن الخارجية - كما لا يخفى على المتأمل - فتأمل. المرحلة الثالثة: في أنه هل مخصصاً لهذا الأصل الثانوي أو لا؟ اعلم: أن عقد الصبي إما أن يكون على نحو الاستقلال<sup>(٣)</sup> أو على نحو الآلة والوكالة من طرف الولي، لا إشكال في خروج الصورة الأولى عن العمومات والإطلاقات للإجماع، وأما الصورة الثانية فقد حكم المشهور بخروجها أيضاً، ويمكن أن يستدل لهم على الخروج بوجوه: الأول: ما أفاده الشيخ ضياء الدين<sup>(٤)</sup> العراقي (مدّ ظله) وهو: أنه لا يصدق العقد على عقد الصبي، بل يكون مسلوب العبارة.

لكنه مدخول: بل خارج عن البحث، لأن الكلام يكون في المخرج والمخصص بعد صدق العقد على عقد الصبي المميّز، وأنه هل يكون في البين مخرجاً يخرج عن الإطلاقات والعمومات أو لا؟ فما أفاده (مدّ ظله) لا ربط له بالمقام أصلاً كما لا يخفى.

(١) سورة المائدة (٥): ١. (٢) عوالي اللئالي ١: ١٣٣ ح ٢١.

(٣) وكونه مستقلاً بمعنى أن يكون العقد والقبض والإقباض كلها صادراً عن نفسه، غاية الأمر كان ذلك بإذن من الولي، وكونه آلة بمعنى أن يكون آلة لإجراء العقد بإذن من الولي، ولكن القبض والقبض وغيرهما كان بيد الولي (منه).

(٤) المحقق المرحوم الشيخ آغا ضياء الدين العراقي (١٣٦١هـ) أحد أساتذة المؤلف، ويظهر أن المؤلف رحمه الله شرع في تأليف هذا الكتاب في حياة أستاذه، حيث عبّر عنه بـ «مدّ ظله».

**الثاني:** ما ادّعه الغنية من الإجماع على بطلان عقد الصبي، وإن أجاز الولي<sup>(١)</sup> وفي كنز العرفان نسبة عدم صحّة عقد الصبي إلى أصحابنا<sup>(٢)</sup>.

وعن التذكرة أنّ الصبي محجور عليه بالنص والإجماع، سواء كان مميّزاً أو لا، في جميع التصرفات إلا ما استثني، كعباداته وإسلامه وإحرامه وتدييره وصيته، وإيصال الهدية وإذنه في الدخول على خلاف في ذلك...<sup>(٣)</sup>

**الثالث:** الأخبار، ومنها: قوله صلى الله عليه وآله: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ»<sup>(٤)</sup>.

تقريب الاستدلال بهذا الخبر: أنّ اللام في قوله: «رفع القلم» يكون للجنس، أي رفع جنس القلم عن الصبي، أعمّ من أن يكون تكليفاً أو وضعياً، ويؤيد ذلك رواية قرب الإسناد، بسنده عن أبي البختری، عن جعفر، عن أبيه، عن علي أنّه كان يقول: «المجنون، والمعتوه الذي لا يفيق، والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ، يحمله العاقلة، وقد رفع عنهم القلم...»<sup>(٥)</sup>.

**ومنها:** خبر حمزة بن حرمان، عن مولانا الباقر عليه السلام: «أنّ الجارية إذا زوجت و دخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء ... والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء، ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمسة عشر سنة...»<sup>(٦)</sup>.

فقوله: «والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء» أي لا ينفذ أمره، فدلالته على المرام واضحة.

لكن هذان الوجهان أيضاً مدخولان، أمّا الأول: من جهة أنّ إجماع الغنية

(١) الغنية / ٥٨٥ الطبعة الحجرية، تأليف أبوا المكارم حمزة بن علي بن زهرة الحلبي (٥١١-٥٨٥).

(٢) كنز العرفان ٢: ٣٤ قال: الرضا يراد به المعتبر شرعاً، فلا اعتبار برضى الصبي... فلا يصح عقودهم. (٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٧٣. (٤) عوالي اللئالي ١: ٢٠٩ ح ٤٨.

(٥) الوسائل ١٩: ٦٦ ح ٢. (٦) الوسائل ١: ٣٠ ح ٢.

لا اعتبار له، لكون إجماعه مبنية على الحدسيات والاستحسانات، مع أن الكلام يكون في عقده الصادر عن إذن الولي.

وقوله: «وإن أجاز الولي» ظاهر في عدم الاعتبار بعقده إذا كان صادراً بلا إذن من الولي.

وأما إجماع كنز العرفان من نسبة عدم صحة عقد الصبي إلى أصحابنا لا يفيد منه الإجماع، وقد بقي من الإجماع وما يكون محل اعتبار إجماع العلامة في التذكرة، وهو أيضاً لا دلالة فيه على المدعى، لأن قوله: «في جميع التصرفات» يكون بمعنى التقلبات، أي التقلبات والتصرفات المستقلة من البيع والشراء وغيرهما بلا إذن من الولي، وبلا إجازة منه، مع أن التصرف لا يصدق على الشراء التملك والتملك كما هو واضح.

وأما الثاني: من جهة أن حديث رفع القلم يتبادر منه رفع قلم المؤاخذة لا قلم جعل الأحكام، وإن فهم المشهور منه الأعم من التكليف والوضع، كيف حكموا بشرعية عبادات الصبي، فحكمهم بشرعية عباداته كاشف عن أنهم ما فهموا منه الأعم، وإلا يلزم التناقض كما هو واضح، فإن لم ينصرف الطبيعة والجنس إلى فرد خاص كان المراد منه هو العموم، ولكن المتبادر منه والمنصرف هو الفرد الخاص، أي قلم المؤاخذة لا رفع مطلق القلم، مثل رفع ما لا يعلمون.

وقد أورد على ما أفاده الشيخ عليه السلام بما حاصله: أن حديث رفع القلم شامل لرفع التكليف والوضع معاً، ولكن الحكم بشرعية عبادات الصبي كان بملاك آخر، وهو كون العمل في حده راجحاً ومحبوباً للمولى عليه السلام ولا يتوقف حسن العمل وشرعيته على الأمر، واحتمال نفي المؤاخذة ولو بنفي منشئها لا يكون في المقام، لأن مرحلة الاستحقاق غير صالحة لأن يصير مجرى القلم ولو بالواسطة، إذ جرى القلم على التكليف ليس جريه على الاستحقاق، وبذلك يمتاز هذا المضمون عن مضمون حديث الرفع المعروف.



لكن لا يخفى أنه لا يرد على الشيخ شيء مما أورده، أما ما أفاده من الحكم بصحة عبادات الصبي وشرعيتها بالملاك الآخر، لا معنى له على المسلك المشهور، حيث قالوا: إن الصحة والشرعية وترتب الثواب متفرعة على الأمر، والشيخ سلك أيضاً هذا المسلك، فعلى مسلكهم لا مفر إلا بما أفاده الشيخ رحمته في المقام، من عدم كون حديث رفع القلم شاملاً للوضع<sup>(١)</sup>.

وأيضاً يسأل منه الفرق بين حديث القلم وحديث الرفع، حيث فرق بينهما في المقام، فإن حديث الرفع ظاهر في نفي المؤاخذة دون حديث رفع القلم، من جهة أنه إن لم يمكن رفع المؤاخذة من حديث رفع القلم ولو باعتبار منشئها، كذلك يقال في حديث الرفع، وإن أمكن ذلك في حديث الرفع كذلك ممكن في حديث رفع القلم من غير فرق، ولاتحاد السوق كما هو واضح لا يخفى على المتأمل.

إن قلت: إن حديث رفع القلم ولو بوحدته لا يكون دالاً على المطلب، ولكن مع انضمامه بخبر «قرب الإسناد» يكون دالاً على المطلب، أي كان شاملاً لرفع التكليف والوضع معاً، بيان أن قوله: وقد رفع عنهما القلم لا بد إما أن يكون متعلقاً بقوله: يحلمه العاقلة، أو بقوله: «عمدها خطأ» لأنه لا يكون أمراً أجنبياً عن الكلام، فلا بد من ربطه بأحدهما، ولا يمكن ارتباطه بهما معاً في مرتبة واحدة لاجتماع اللحاظين، من جهة أنه إن كان متعلقاً بالأخيرة كان علة للحمل، وإن كان متعلقاً بالأول كان معلولاً.

لكنه مدخول: من جهة أن الرفع والحمل يكون من آثار كون عمده خطأ، فيكون ذلك - أي كون عمده خطأ - بمنزلة الأصل وهما متفرعان عليه، ولا يكون في البين عليّة ولا معلوليّة، حيث لم يقل عليه: لأنه تحمله العاقلة، أو لأنه رفع القلم، أو فإنه رفع القلم عنهما.

**فظهر وتحقق:** أن حديث رفع القلم لا يدل على المطلوب أصلاً، بل فقط يدل على رفع الحكم التكليفي دون الوضعي، وعليه كان مؤاخذه المجنون والصبي بالاتلاف خارجاً موضوعاً.

ولكن بناءً على تعميم الرفع - كما سلكه الشيخ رحمته الله - يرد إشكال مؤاخذتهما بالاتلاف، إلا أن يقال: خروج مؤاخذتهما بالاتلاف بالإجماع، لكن تخصيص رفع القلم بمؤاخذتهما بالاتلاف بعيد عن سوق الكلام، لوروده في مقام الامتنان والمنة، كما هو واضح.

فلم يثبت المخصص للأصل الثانوي، فلا بد من التكلم في أن الأصل الثانوي هل شامل لبيع الصبي أو لا؟ مثل ﴿أحل الله البيع﴾ و﴿تجارة عن تراض﴾ و﴿أوفوا بالعقود﴾ وأمثالها.

وأما عدم دلالة خبر حمزة بن حمران على المطلب فواضح، لأن قوله: والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء، ظاهر في التصرفات من البيع والشراء والقبض والإقباض، ولا يكون شاملاً لمثل الإنشاء، وذلك أن الأمر جاء بمعان، ولا يناسب تلك المعاني في المقام إلا الفعل، والفعل منصرف عن مثل الإنشاء.

فعمدة الكلام في المقام هو أن الأصل الثانوي المستفاد من الآيات والأخبار هل هو شامل لبيع الصبي أو لا يكون شاملاً له؟ والظاهر هو أن بيع الصبي مشمول لذلك جداً كما لا يخفى، فإن قوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» ظاهر في أن الخيار يكون لطبيعة البائع والمشتري.

وقوله: ﴿أحل الله البيع﴾ حكم بمضيه ونفوذه.

إن قلت: ﴿أوفوا بالعقود﴾ و﴿تجارة عن تراض﴾ و﴿أحل الله البيع﴾ كلها

ظاهرة في الحكم التكليفي، والصبي خارج عن دائرة الحكم التكليفي.

قلت: إن الأوامر الواردة في أبواب المعاملات ولو كانت ظاهرة بحسب الوضع

في الحكم التكليفي، ولكنها محمولة على الإرشاد بحسب الوضع الثانوي، بل في

بعض العبادات أيضاً محمولة على الإرشاد، وعلى فرض أن تكون باقية على المولوية والحكم التكليفي يكون الصبي مشمولاً لها، ولذا حكموا بشرعية عباداته، غاية الأمر قد حكم الشارع برفع المؤاخذة عنه.

وأيضاً على فرض أن تكون ظاهرة في التكليفي إذا كان التصرف والقبض والإقباض بيد البائع والمشتري، وكان الصبي آلة لإجراء الصيغة فقط، بعيد غاية البعد أن لا يكون مثل ذلك البيع مشمولاً لقوله: ﴿أحلَّ اللهُ البيع﴾ والإطلاقات والعمومات الأخرى، ولا دليل في البين كان دالاً على أن الصبي يكون مسلوب العبارة كما لا يخفى على المتأمل.

فإذا كان إجراء الصيغة بإذن الولي أو البائع والمشتري، وكان القبض والإقباض والتصرف بيد الولي، أو البائع والمشتري، والطفل فقط كان آلة للإجراء لا معنى للحكم باللغوية والقدر المتيقن من الحكم.

فباللغوية هو ما إذا كان الطفل مستقلاً في التصرف، إلا أن المشهور حكموا في الصورة المذكورة أيضاً باللغوية.

**الحاصل:** لا معنى للحكم باللغوية في تلك الصورة، ولكن الحكم باللغوية في غير تلك الصورة وبعدم اعتبار الأفعال الصادرة عنه، مثل تصرفاته المستقلة، ومثل الضمان والنذر والإيجار والإقرار يكون في محله.

قال العلامة في التذكرة: ولو قال مستحق الدين للمديون: سلم حقي إلى الصبي فسلم مقدار حقه إليه لم يبرأ عن الدين، وبقي المقبوض على ملكه، ولا ضمان على الصبي<sup>(١)</sup>.

لأن المالك ضيعة، حيث دفعه إليه وبقي الدين، لأنه في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح، كما لو قال: ارم حقي في البحر، فرمى مقدار حقه، بخلاف ما لو

عدم الفرق في معاملة الصبي بين اليسير والكثير ..... ٤٣٥

قال للمستودع: سلّم مالي إلى الصبي أو القه في البحر، لأنه امتثل أمره في حقّه المعين.

ويمكن أن يقال أنّ الصورة الأولى تكون مثل الصورة الثانية من حيث البرء، من جهة أنه إذا قال: سلّم حقّي إلى الصبي يكون معناه أنت وكيل في إيصال حقّي إليه - كما لا يخفى - فيكون مثل ما إذا كان الحقّ معيناً في البرء.

### عدم الفرق في معاملة الصبي بين اليسير والكثير

وقيل بالتفصيل في المقام بين جواز بيعه وشرائه في الأشياء اليسيرة دفعاً للحرص، وبين عدمه في الخطير، ويدلّ على الجواز في غير الخطير ما ذكر حكاية: أنّ أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبيّ وأرسله، ودلالته على الجواز في الأشياء اليسيرة واضحة.

لكنّه صرف حكاية، وعلى فرض صحّة ذلك لا حجّة في فعله لنا، لعدم عصمته، مع أنّ المخصّص للأصل الثانوي - إن كان تماماً ولم يكن مدخولاً - مثل حديث رفع القلم، وهكذا الأخبار الأخرى، يحكم بعدم الفرق بين الخطيرة وغيرها. كما أنّه لا فرق في الجواز على المسلك المختار في الصورة المتقدمة أيضاً بين الخطيرة واليسيرة، فالتفصيل المتقدّم على أيّ حال مدخول لا دليل عليه، كما لا يخفى على المتأمل.

وأيضاً قيل بالتفصيل في مقابل المشهور: بالجواز في المحقّرات دون الأمور الخطيرة، وهو المحكي عن الكاشاني ما هذا لفظه: أنّ الأظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة دفعاً للحرص الشخصي<sup>(١)</sup>.

ويمكن له الاستدلال أيضاً بخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

(١) مفاتيح الشرائع ٣: ٤٦.

«ونهى النبي ﷺ عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده»<sup>(١)</sup> معللاً إن لم يجد سرق.

بيان ذلك أن يكون النهي متعلقاً بالكسب بالمعنى المصدرى لا لما اكتسبه الصغير، وحينئذ يكون النهي محمولاً على الكراهة بملاحظة التعليل، وواضح أن كل مكروه جائز.

إن قلت: على هذا لا فرق بين المحقرات والأمور الخطيرة.

قلت: إن الأمور الخطيرة خارجة بالإجماع.

ولكن هذا التفصيل مدخول: أما الوجه الأول، لعدم الحرج لا للأطفال ولا للبالغين، مع أن المراد من الحرج هو الشخصي لا النوعي، فإذا بلغ في مورد إلى حد الحرج كان جائزاً، ولكن ذلك لا يكون موجباً للجواز كلياً.

وأما الثاني أيضاً مدخول: لأن الظاهر من الخبر هو النهي عما اكتسبه وحصله لا الكسب بالمعنى المصدرى أي (بكسب دادن او) كما هو واضح لا يخفى.

ثم صحح صاحب الرياض هذه المعاملات إذا كان الصبي بمنزلة الآلة لمن له أهلية التصرف، من جهة استقرار السيرة، واستمرارها على ذلك<sup>(٢)</sup>.

وقد أورد عليه الشيخ بقوله: وفيه إشكال من جهة قوة احتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين، كما في كثير من سيرهم الفاسدة، ويؤيد ذلك ما يرى من سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين وغيرهم، ولا بينهم ولا بين المجانين... مع أن الإحالة على ما جرت العادة به كالإحالة على المجهول، فإن الذي جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كل صبي ماهر فطن فيه، بحيث لا يغلب في المساومة عليه، فيكلون إلى من بلغ سنتين شراء باقة بقل، أو بيع بيضة دجاج

(١) الوسائل ١٣: ١١٨ ح ١ باب ٣٣.

(٢) رياض المسائل ١: ٥١١، تأليف المحقق السيد علي الطباطبائي (-١٢٣١).

بفلس... (١).

لكن ما سلكه مدخول: من جهة أنه كيف يحتمل أن تكون سيرة المسلمين بما هم مسلمون من جهة عدم المبالاة، خصوصاً من مثل الفقهاء. فالأولى أن يورد على صاحب الرياض بأن سيرة غير الفقهاء يحتمل أن تكون من جهة عدم الاعتبار بالدين، وعمل بعض الفقهاء على ذلك لعلّه كان بملاحظة بنائهم على الجواز. لكنّه أيضاً لا وجه له.

وقوله: ويؤيد ذلك ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميّزين وغيرهم، ولا بينهم وبين المجانين، أيضاً مدخول: لعدم كون السيرة على الفرق، بل نرى أنهم يفرّقون بين المميّز وغيره، وبين المجنون وغيره. وقوله: مع أنّ الإحالة على ما جرت العادة به كالإحالة على المجهول، أيضاً مدخول: لعدم الإحالة على المجهول، بل إحالة على المعلوم، لأنّ السيرة بالإضافة إلى كلّ تكون مرتبة على حسب تلك المرتبة كما أفاد هو ﷺ بقوله: فإنّ الذي جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كل صبي ماهر فطن فيه، إلى آخر ما أفاد من المراتب، كما لا يخفى على المتأمل فافهم.

فظهر وتحقّق من أول المبحث إلى هنا: أنّ تصرّفات الصبي - أي تصرّفات الاستقلاليّة بلا إذن من الولي - لا إشكال في بطلانها، وهكذا التصرفات الصادرة الناشئة عن الإذن، أي التصرفات الاستقلاليّة من البيع والشراء والقبض والإقباض. ولكنّ الأقوى في هذه الصورة هو الصحة، خصوصاً إذا كان الصبي آلة، أو كان مجرياً للصيغة، لكون ذلك مشمولاً للمعومات والإطلاقات.

## في اعتبار قصد المتعاقدين لمدلول العقد

مسألة: ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به، وهذا الشرط ينحلّ إلى أمور ثلاثة: الأول: القصد إلى اللفظ، الثاني: القصد إلى مدلوله الانشائي الحقيقي، الثالث: القصد إلى ترتّب الأثر عليه خارجاً.

وظهر الفرق من ذلك بين هذا الشرط والشرط الآتي وهو الاختيار، لعدم الملازمة بين الثلاثة المتقدّمة وبين الاختيار، حيث تتحقّق تلك الثلاثة من المكره ولا يكون الاختيار منه في البين.

ثمّ فرق آخر بين هذا الشرط والشرائط الأخر مثل الاختيار والبلوغ، لأنّ البلوغ والاختيار يكونان من المقدمات الخارجية، وهذا الشرط يكون من المقدمات الداخلية.

وبعبارة أخرى: هذا الشرط يكون من الأجزاء الماهوي للعقد ولا يتحقّق العقد بدونه، بخلاف البلوغ والاختيار، حيث يتحقّق العقد بدونهما، إلا أنّ الأثر الخارجي لا يترتّب بدونهما.

وقد ظهر أيضاً أنّ إطلاق الشرط على القصد يكون على نحو المسامحة لا الحقيقيّة، إلا أنّ الشرط - كما ذكر مراراً - له إطلاقات، منها: أنّه يطلق على الشيء الذي يكون متممّاً للمقتضي، وعليه يكون على نحو الحقيقة، لكن المشهور خلافه.

وهنا مسائل: الأولى: هل يعتبر تعيين المالكين أم لا؟ الثانية: هل يعتبر تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البائع أو لا؟ الثالثة: إذا كان الموجب والقابل وكيلين هل يصحّ لهما إجراء العقد على نحو ما يجريانه لهما أصالة أو لا؟

أما المسألة الأولى: قيل: إنّ توقّف تعيين المالك على التعيين حال العقد،

لتعدّد وجه وقوعه اعتبر التعيين، كأن يكون الشخص وليّاً عن اثنين، ويريد أن يشتري لكل واحد منهما كتاب «الجواهر» مثلاً، فإذا اشترى كتاب الجواهر بخمسة آلاف دينار ولم يعيّن أنّ الكتاب يكون له أو لطفل زيد أو عمرو، كان باطلاً، لوجوه، **الأول**: لزوم الملك بلا مالك، لأنّ الملك يكون من الأمور التي يحتاج إلى الطرف، ولا يكون مثل المال لعدم احتياجه إلى الطرف، كالمباحات الواقعة في الصحاري.

**الثاني**: عدم الجزم بالعقد.

**الثالث**: عدم شمول الإطلاقات والعمومات لمثل هذا البيع، والعمدة في المقام هو ذلك، وأنّ مثل هذا البيع هل مشمول للإطلاقات والعمومات، ولكن إن لم يتوقّف تعيين المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معيّنين، ولا يقع العقد فيهما على وجه يصحّ إلاّ لمالكهما، فلا يجب التعيين، لأنّ تعيين العوض يغني عن تعيين المالك، لكن ترتّب الأثر في الخارج يتوقّف على تعيين المالك، فالمالك معيّن في هذه الصورة في الواقع، بخلاف الصورة الأولى لكونه مجهولاً في الواقع، بل عند الله أيضاً معلوم مبهم، أي معلوم على نحو الإبهام.

وأما **المسألة الثانية**: فالظاهر هو اعتبار التعيين ولو إجمالاً، ليتوارد الإيجاب والقبول على أمر واحد، وإلاّ لم يكن عقداً بل إيقاعين.

الحاصل هل يجب تعيين الموجب لخصوص المشتري أصالة أو وكالة، والقابل لخصوص البائع كذلك أو لا؟

والأقوى هو التفصيل بين البيع والنكاح، بالاعتبار في الثاني دون الأول للتعريف، بل الأقوى في البيع أيضاً التفصيل بين الأعيان وغير الأعيان، بالاعتبار في الثاني دون الأول، للتعريف في الأول دون الثاني، بملاحظة أنّ البائع في بعض الموارد لا يعتمد على ذمة المشتري، إلاّ أن يعيّن المشتري أنّه يشتري لعمرو - مثلاً - والبائع يعتمد على ذمة عمرو وهو واضح لا يخفى.



## في اعتبار الاختيار

ومن شرائط المتعاقدين الاختيار في مقابل الكراهة لا الجبر، والكلام في الكراهة يكون من جهات، الأولى: في بيان موضوع الكراهة وما هيته، الثانية: في الأدلة الدالة على اعتبار عدم الإكراه، الثالثة: في الصور الخارجة عن الأدلة الدالة على اعتبار عدم الكراهة، فلا بد من التكلّم في هذه المراحل.

أما الكلام في الجهة الأولى، توضيح الكلام في ذلك يحتاج إلى بيان مقدّمة، وهي أنّ الأفعال الصادرة عن الفاعل إمّا أن تكون على وجه الاختيار مثل أن يكون الفعل مسبوقة بالمبادئ الاختيارية الأربعة، وإمّا أن تكون صادرة على وجه الإيجاب وغير الاختيار كحركة يد المرتعش، بل نسبة الفعل في ذلك إلى فاعله مجاز، وإمّا أن يكون على وجه الإكراه، وهذا على الماديات مثل أن يبيع ماله لقوته وحفظ نفسه من دون تحميل وتوعيد عن الغير، بحيث يطيب نفسه بفعله وإن كان لدفع الضرر، وأخرى يبيع ماله لكن من جهة توعيد، كأن يقول السلطان: لا بد أن آخذ منك ألف دينار وإلا اقتلك، فتوعيد السلطان يكون بالإضافة إلى أخذ الدينار، لا بالإضافة إلى بيع الدار، وفي هذان الوجهان لا إشكال في الصحة.

وتارة يكون التوعيد بالإضافة إلى الفعل الخاص كأن يقول طلق زوجتك وإلا اقتلك، والإكراه الذي نفي في المقام عبارة عن هذا - أي كان التحميل والإيعاد على فعل خاص - وكان الموعد قادراً على ذلك.

إن قلت: إن كان المناط في الصحة هو الطيب، والطيب موجود في هذه الصورة، ولو في المرحلة الثانية، وفي صورتين المتقدمتين وإن لم يكن المناط هو الطيب، فكذلك، أي إن كان المناط في البطلان هو الإكراه ففي الكل موجود. قلت: في الإكراه الذي نفي في المقام نحتاج إلى شيء آخر، وهو أن يكون الإكراه والإيعاد من الغير، ولكن يختلف التمسك بالأدلة إن كان المناط هو الإكراه،

من جهة أنه حينئذ لابد من أن يتمسك بحديث نفي الإكراه، وإن كان المناط هو الطيب لابد من التمسك بقوله: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه»<sup>(١)</sup> كما هو واضح.

والكلام يكون في المكروه الذي كان قاصداً إلى مدلول اللفظ وإلى وقوع المدلول في الخارج غاية الأمر عن غير طيب، والنزاع في الصحة والبطلان يكون في هذه المرحلة.

وقيل إن المكروه لا يكون قاصداً إلى مدلول اللفظ، كإصدار البيع عن التجاء، والشيخ رحمته الله يصر أشد الإصرار على عدم إمكانه<sup>(٢)</sup>.

لكن إصراره على عدم ليس في محله، لإمكان أن يصدر البيع عن المكروه من دون قصد إلى المدلول.

**الحاصل:** أن الإكراه مقول بالتشكيك، تارة يصدر البيع عن المكروه من دون قصد إلى المدلول، وأخرى قاصد إلى المدلول وغير قاصد إلى وقوع المدلول في الخارج، وتارة أخرى قاصد إلى المدلول ووقوعه في الخارج ولكن لا يكون ذلك عن طيب، وحينئذ من قال إن المكروه غير قاصد إلى المدلول لازمه البطلان ولو لحقته الإجازة.

ومن قال إن المكروه قاصد إلى المدلول لازمه الصحة إذا لحقته الإجازة، والكلام يكون في هذه الصورة، كما يظهر من الكلمات والأخبار الواردة في المقام، مع أن المكروه إذا لم يكن قاصداً إلى المدلول لم يتحقق الموضوع - أي البيع - فالكلام يكون في بيع المكروه بعد كون المكروه قاصداً إلى المدلول، وقد مرّ اعتبار القصد إلى المدلول في الشرط المتقدم، ويدل على اعتبار الاختيار ووقوع مضمون العقد عن طيب نفس «الإجماع».

ولكنه يكون محلّ الخدشة: لأنّ مدركه الأخبار الواردة في المقام، ولا أقلّ من الاحتمال، فلا يكون الإجماع بنفسه كاشفاً.

والأخبار، مثل قوله: «لا يحلّ مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفسه»<sup>(١)</sup>.

والكتاب، مثل قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(٢)</sup>.

وقد أورد على الخبر: بأنّه يدلّ على عدم الحلّية بدون الطيب إذا كان المال مالاً له، ولكن بعد البيع كان المال مالاً لغيره، ولا يكون المال مالاً له حتّى يحتاج إلى إذنه.

وهذا الإشكال يكون في غاية الوهن، من جهة أنّ معنى الخبر عبارة عن أنّه لا تحلّ مال امرىء مسلم بأي سبب كان إلا بطيب نفسه، ففي صورة عدم الطيب لا يحلّ ولو كان المكره قاصداً للمدلول والوقوع.

ويدلّ على الاختيار قوله في الخبر المتفق بين الفريقين: «رفع عن أمتي تسعة أشياء، ومنها ما أكرهه عليه»<sup>(٣)</sup>.

لا يقال: هذا ظاهر في رفع المؤاخذة.

فإنّه يقال: استشهاد الإمام به في رفع بعض الأحكام الوضعيّة شاهد على رفع العموم.

مضافاً إلى الأخبار - الواردة الدالة على بطلان طلاق المكره.

فذلكة الأدلّة: من جملة الأدلّة - أنّه يدلّ على اعتبار الاختيار والطيب النبوي المعروف، وهو قوله: لا يحلّ مال امرىء - ولو كان سبب الحلّ هو البيع - إلا بطيب نفس منه.

وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(٤)</sup>.

والإجماع: بسيطة ومركبه.

(١) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢ ح ٩٨. (٢) سورة النساء (٤): ٢٩. (٣) الوسائل ٥: ٣٤٥ ح ٢.

(٤) سورة النساء (٤): ٢٩.

ولكنّ الإجماع مدخول بكلا قسميه، أمّا البسيطة بملاحظة أنّ مدركه يكون الأخبار الواردة في المقام، ولا أقلّ من الاحتمال.

وثانياً: لا نستكشف منه رأي المعصوم، من جهة أنّه حكم بعض بالبطلان، بملاحظة أنّ المكره لا يكون له القصد إلى المدلول، وبعض بلحاظ عدم الطيب، فلا يمكن إحراز أنّ الإجماع يكون على البطلان في المقام - أي في صورة عدم الطيب -

وأما مركّبه، أيضاً مدخول: بملاحظة أنّ كلّ من قال ببطلان طلاق المكره لا يقول بالبطلان في جميع الموارد.

ثمّ إنّ بقي شيء في المقام يتعلّق بالموضوع والجهة الأول من البحث، وهو أنّ الإكراه هل يتحقّق مع إمكان التورية، كأن لا يقصد الإنشاء من بعث، بل قصد منه الإخبار، أو مع إمكان غير التورية، أو يفصل بين إمكان غير التورية وإمكان التورية، بعدم تحقّق الإكراه في الأول دون الثاني.

ثمّ، على فرض عدم تحقّق الإكراه مع إمكان التورية وغيرها هل يترتّب عليه حكم الإكراه أو لا؟ أمّا التفصيل بين التورية وغير التورية لا محلّ له، لوجود المناط والملاك في عدم تحقّق الإكراه في إمكان التورية وإمكان غيرها على حدّ سواء، فإن لم يتحقّق الإكراه مع إمكان التورية لم يتحقّق مع إمكان غيرها، وإن تحقّق مع إمكان التورية يتحقّق مع إمكان غيرها أيضاً، فالفرق يكون بلا فارق.

وما هو صريح الشيخ هو أنّ الإكراه يتحقّق مع إمكان التورية، لإطلاق الأخبار الواردة في المقام<sup>(١)</sup> والشارع كان فيها بصدد البيان.

وما قيل: إنّ الإكراه يتحقّق في صورة عدم إمكان التورية، ولكن إن لم يتحقّق الإكراه مع إمكان التورية يترتّب عليه حكم الإكراه.

ولكنه مدخول: من جهة أن المكره إذا كان قادراً على التورية وغيرها لا يتحقق الإكراه، وبعبارة أخرى: إذا كان قادراً على أن يقصد من «بعت» الإخبار فقصد الإنشاء، لا يصح أن يقال إنه مكره في ذلك، بل كان فاعلاً مختاراً في قصده، وهكذا في صورة إمكان غير التورية، كما هو واضح.

فيعتبر في صدق الإكراه وتحققه عدم إمكان التورية وغيرها.

إن قلت: يصدق الإكراه مع إمكان التورية، كما يصدق الإكراه إذا كان متعلق الإكراه متعدداً، كأن يقول المُكْرَه للمكْرَه: بع دارك، أو طلق زوجتك، حيث يتحقق الإكراه بالإضافة إلى كليهما.

قلت: بين المقامين فرق واضح، من جهة أن بيع الدار والطلاق كل واحد منهما متعلق للإكراه، لكن التورية لا تكون طرفاً للإكراه.

الحاصل: إن استفيد الإطلاق من الأخبار الواردة في المقام - أي يتحقق الإكراه ولو مع إمكان التورية - فلا فرق في ذلك بين إمكان التورية وإمكان غير التورية، لعدم المفكك والفارق، وإن لم يكن لها الإطلاق بل كانت هذه الأخبار محمولة على الغالب، وأن الغالب هو عدم كون المكره ملتفتاً إلى التورية حين كونه مكرهاً مثل العوام، بل الغالب من الطلاب والعلماء، فإذا كان المكره ملتفتاً حين كونه مكرهاً إلى التورية وغيرها، وكان قادراً على ذلك فلم يفعل لم يكن مكرهاً، بل كان فاعلاً مختاراً في فعله، فيحكم بصحة عمله وبيعه.

### في أن القادر على التورية يعدّ مكرهاً أم لا؟

ولكن عرفت أن الشيخ رحمته الله فرّق بين أن يكون المكره قادراً على التورية وقدرته على غيرها، بصدق الإكراه في الأول دون الثاني<sup>(١)</sup> إلا أنك قد عرفت ما

فيه، ثمّ فرّق بين الإكراه المتعلّق بفعل المحرّمات، وبين الإكراه المتعلّق بالمعاملات، بما حاصله: أنّ الإكراه في الأول لا يتحقّق إلاّ بالعجز عن التورية وغيرها معاً، لكن بخلاف الإكراه في الثاني، لتحقّقه ولو مع إمكان التفصي، لاعتبار الإضطرار على الحليّة في المحرّمات، كما نطقت به الروايات بخلاف الثاني، كما يدلّ عليه خبر ابن سنان، من أنّ المناط في الإكراه هو عدم طيب النفس، وهو يتحقّق ولو مع كون المكره قادراً على التفصي عن الإكراه بالتورية وغيرها.

ولكن ما ذكره مدخول: بملاحظة أنّ المكره إذا كان قادراً على التفصي بغير التورية لا يعدّ مكرهاً جداً، والتمسك بالإطلاقات مدخول، أمّا أولاً: لما عرفت من أنّها محمولة على الغالب.

**وثانياً:** التمسك يكون بعد فرض صدق الإسم - أي إسم المكره - لكن في صورة إمكان التفصي بغير التورية لا يصدق عليه المكره حتّى يتمسك لدخوله بالإطلاقات الواردة فتأمل.

ثمّ إن علم اعتبار التفصي من التورية وغيرها في تحقّق الإكراه فإن أمكن منها وما توزّى فيكون البيع مشمولاً للعمومات والإطلاقات، وإن قلنا مع التمكن منهما يتحقّق الإكراه فأدلة الإكراه تحكم بعدم ترتّب الأثر، ولكن إن شككنا في أنّ التمكن من التورية وغيرها هل يكون موجّباً لعدم تحقّق الإكراه، أو مع التمكن يتحقّق الإكراه؟ فحينئذ لا بدّ من القول بصحّة البيع، لدخوله في الإطلاقات والعمومات، لإجمال أدلة الإكراه، فيكون المقام من قبيل المخصّص المجمل المفهومي، أي فيما لم يمكن التورية وغيرها لا إشكال في أنّ أدلة الإكراه تحكم برفع الأثر.

ولكن إذا تمكّن من التورية وغيرها نشكّ في أنّ الأدلة هل ترفع أثر الإكراه أم لا؟ فإن كان المكره عليه هو البيع كان مشمولاً للأدلة الثانويّة، مثل ﴿أحلّ الله البيع﴾ و﴿أوفوا بالعقود﴾ وإن كان المكره عليه المحرّمات تشمله أدلة

المحرّمات، والأدلة الواردة لرفع أثر الإكراه لا ترفع أثره، فمقتضى الأصل في صورة الشك في الاعتبار وعدمه هو التمسك بالعمومات والإطلاقات في مثل المعاملات، والتمسك بأدلة المحرّمات إن كان المكروه عليه هو المحرّم.

### الكلام في موارد المكروه عليه

ثمّ المكروه عليه إن كان أمراً معيناً لا إشكال في تحقّق الإكراه، ولكن إن كان متعدّداً وهذا على أنحاء: تارة لا يترتب أثر على كلّ واحد من الطرفين، كأن أمر بشرب هذا الأثناء من الماء، أو ذاك الأثناء من الماء، وأخرى يكون الأثر لأحد الطرفين دون الآخر، كأن أكره على شرب الخمر أو شرب الماء على نحو البدلية، وتارة أخرى أحد الطرفين يكون ممّا يترتب عليه أثر أكره عليه أو لم يكره عليه، بخلاف الطرف الآخر، كأن أكره إمّا ببيع داره أو إيفاء دينه.

أمّا الصورة الأولى خارجة عن دائرة الإكراه، وهكذا الصورة الثانية، لأنّ الصورة الثانية ترجع بالأخيرة إلى تخيير المكروه بين شربه الخمر وعدمه، ولا يصدق عليه الإكراه، وهكذا الصورة الثالثة.

وتارة يكون الأثر لكلّ واحد من الطرفين، كأن أكره إمّا على شرب الخمر أو ببيع داره وأمثاله، فحينئذ يرفع أثر الإكراه بأدلته.

وأما إذا كان المكروه عليه واحد حقيقياً، وتعدّد المكروه، كأن يقول المكروه بالكسر - : إمّا أن تشرب أنت هذا الإناء من الخمر أو زيد، فلا إشكال أيضاً في تحقّق الإكراه، وأن أدلة الإكراه ترفع أثر فعله.

نعم، إن علم أحدهما أنّ الآخر يفعل المكروه عليه، لا يكون الإكراه متحقّقاً له، فإن فعله لم يكن مكرهاً، وأدلة الإكراه لا ترفع أثر فعله.

ثمّ إنّه قيل في الصورة الثانية من الصور المتقدّمة: أنّ الإكراه متحقّق، ولكن أدلة الإكراه لا تشملها، بل مشمولة لأدلة المحرّمات إن كان العدل محرّماً، ومشمولة

للعموومات والإطلاقات إن كان أحد الطرفين مثل البيع وأمثاله.  
ولكنه مدخول: من جهة أنه إن صدق عليه الإكراه لا معنى لأن يكون مشمولاً  
للعموومات والإطلاقات وأدلة المحرّمات، بل مشمولة لأدلة الإكراه، فهي ترفع  
أثره.

### لو كان المكروه المالك دون العاقد

ثمّ المكروه إن كان هو المالك دون العاقد، كإكراه المالك على التوكيل في بيع  
داره، فيكون العاقد قاصداً مختاراً في إجراء الصيغة وإنشائها دون المالك،  
ويلحقه حكم الفضولي إن كان حكم الفضولي جارياً في البيع، وذلك بملاحظة أنّ  
الحكم بصحة الفضولي ثابت في النكاح بالنّص، وفي إجراء حكم الفضولي في  
غيره إشكال.

**وقيل:** إنّ الوكالة ولو كانت باطلة بملاحظة الإكراه، ولكن الإذن العام موجود،  
فيكفي للصحة ذاك الإذن.

لكنه مدخول: بملاحظة أنّ الإذن ليس إلا الوكالة، والوكالة ليست إلا الإذن،  
فيرتفع الإذن بارتفاع الوكالة، وإن كان الوكيل مكرهاً من قبل المالك، وكان المالك  
مختاراً هل يحكم بالصحة أو لا يحكم بذلك؟

والظاهر هو الصحة، لوجود الطيب من المالك.

**إن قلت:** قصد الإنشاء لا يتحقق من الوكيل.

**قلت:** نتكلم في الصحة والبطالان بعد الفراغ عن هذه المرحلة، وقد حكم في  
الجواهر في المقام بالبطالان<sup>(١)</sup>.

ملخصه: أنّ حديث الرفع يرفع أثر ما استكره الوكيل عليه.



لكنه مدخول، أما أولاً: لأنَّ حديث الرفع يرفع الأثر الذي يكون للمكره، وفي المقام إن لم يكن الوكيل مكرهاً لم يكن له أثراً، بل الأثر في المقام يكون للموكل والمالك، وذاك الحديث لا يرفع الأثر الذي لغير المكره - بالفتح -

وثانياً: أنَّ ذاك الحديث وارد في مقام الامتنان، فإن رفع ذاك الحديث الأثر الذي يكون للمالك كان على خلاف الامتنان.

إن قلت: لمَّا كان الوكيل مكرهاً لا يعلم أنه هل قصد الإنشاء أو الإخبار، فلا يمكن الحكم بالصحة.

قلت: أصالة القصد جارية في فعل المتكلم، فيكون فعله محمولاً على الصحة، كما يكون عليه بناء العقلاء، إلا أن يقال: لم يعلم أنَّ عمل العقلاء وبنائهم يكون على الصحة حتى فيما كان المتكلم مكرهاً، ولعلَّ «فتأمل» في آخر كلامه إشارة إلى ذلك.

### لو كان الإكراه على بيع واحد معيّن من عبيد

لو أكرهه على بيع واحد غير معيّن من عبيد فباعهما أو باع نصف أحدهما هل ذلك مشمول لأدلة الإكراه، فلا يكون البيع محكوماً بالصحة، أو يحكم في ذلك بالصحة؟ أمّا إذا باعهما تدريجاً فالأول صدر مكرهاً، ويخرج بالإضافة إلى الثاني عن موضوع الإكراه، فلا وجه لتعيين الرجوع إلى البائع.

ويمكن أن يقال: بالبطلان بالإضافة إلى كليهما مثل ما إذا باع أحد العبيد سرّاً، والمشتري أخذ العبد وراح، ثم ادّعى المكره - بالكسر - أنك ما بعته عبدك، فباع العبد الآخر عن إكراه أيضاً.

ويمكن أن يقال بالصحة، بالإضافة إلى كليهما، كأن يبيع أحد العبيد لداع آخر غير الإكراه، ولكن المكره إذا التفت أنه باع العبد يرفع اليد عنه، ثم يبيع العبد الآخر، فصدور البيع بالإضافة إلى كلا العبيد كان عن طيب، وإذا باعهما دفعة

لو كان الإكراه على بيع واحد معيّن من عبيد..... ٤٤٩

فاليعلم أنّ المركّب من الإكراه والاختيار هل يترتب عليه أحكام الإكراه أو الاختيار؟.

ويمكن القول بعدم الصحّة، لعدم مشموليته للاطلاقات والعمومات، لأنّ التمسك بـ «أوفوا بالعقود» لذلك تمسك بالعام في الشبهة المصدقية، فيكون مثل هذا البيع مشمولاً للأصل الأولي المقتضي للبطلان.

ويمكن القول بالصحّة، بيانه: أنّ أدلة الإكراه إذا كان مفادها الاقتضاء، أي اقتضاء العدم، وأنّ هذا البيع الكذائي يؤثّر العدم، فيكون التعارض بين هذه الأدلة والإطلاقات، ولكن إذا كان مفادها الاقتضائية «أي الأثر» ليس في البين، ولكن مفاد الاطلاقات يكون إعطاء التأثير، فيكون مشمولاً للاطلاقات، لعدم التعارض بين المقتضي واللا مقتضي - كما قلنا نظير ذلك في الأصول - وهو أنّ الإباحة إذا كان فيها اقتضاء الطرفين، أي الترك والفعل، إذا ورد دليل كان دالاً على حرمة شيء، وورد دليل آخر كان دالاً على إباحته، يكون بينهما التعارض، ولكن إذا لم يكن في الإباحة اقتضاء الطرفين، بل يكون بنحو الاقتضاء فلا يكون تعارضاً في البين أصلاً.

وثانياً: أيضاً يمكن أن يقال بالصحّة، من جهة متعلّق الإكراه، كأن بيع واحد من العبيد، فإذا باعهما كان خارجاً عن متعلّق الإكراه، وذلك يكون مثل ما إذا أكرهه على بيع عبده فباع داره، ألا ترى أنّ بيعه الدار كان محكوماً بالصحّة.

ويمكن أن يقال بالتفصيل في جميع هذه الصور، وهو أنّ الإكراه على أحدهما إذا كان بحيث يخرج عن المائيّة ذاك الطرف الآخر إذا باع أحدهما، وليتضرّر المالك بذلك، ولكن إذا باعهما معاً لا يتضرّر، فإذا باعهما دفعة أو تدريجاً كان محكوماً بالبطلان، لعدم طيب النفس، ولكن إذا لم يكن كذلك بل إذا باع أحدهما لا يخرج الآخر عن المائيّة، فإذا باعهما كان محكوماً بالصحّة، لوجود طيب النفس من البائع جداً.

والأقوى في المقام هو أن يقال بهذا التفصيل في جميع الصور المتصورة في هذا الفرع.

### صور إيقاع البيع الإكراهي

ثم إيقاع البيع الإكراهي يتصور على صور، ولكن أكمل أفراده هو أن يوقع المكره - بالفتح - البيع بقصد دفع الضرر عن نفسه، ولا يرى مدفعاً باعتقاده إلا البيع - كما هو بناء أكثر العوام بل كلهم - أو يوقع البيع ولكن لا يعلم أن بيع المكره باطل ومتزلزل، ويكون جاهلاً بحكم المسألة، فحينئذ إذا لحقه الرضى هل يحكم بالصحة أو لا؟.

اعلم: أنه لا بد في المقام من التكلم في جهتين: الجهة الأولى في أن الحكم بالصحة في المقام هل يكون على طبق القاعدة، أو يكون الحكم بالصحة على خلاف القاعدة.

الجهة الثانية: أنه هل يكفي مطلق الرضى والطيب، أو يعتبر الطيب الخاص، أي المتقدم أو المقارن لإجراء الصيغة، كما يتكلم من هذين الأمرين في البيع الفضولي أيضاً.

ثم الأقوال في المقام كثيرة: قول بعدم الصحة، وقول بالتوقف، وقول بالصحة، كما هو المشهور بين المتأخرين.

### لحوق الطيب على البيع الواقع على الإكراه

اعلم: أن المكره في حال البيع قاصد لمدلوله، وقصد تحققه في عالم الخارج، فجميع الشرائط كانت متحققة إلا الطيب، فإذا لحقه الطيب يؤثر المقتضي أثره، فيكون الحكم بالصحة في المقام على طبق القاعدة، لا على خلاف القاعدة، ولا يكون الطيب من مقومات العقد، ودعوى اعتبار مقارنة الطيب لا شاهد عليها،

لحكم الإطلاقات بكفاية مطلق الطيب، ولا يعتبر اعتبار طيب العاقد، بل الحلية تدور مدار طيب المالك وعدمه، لا مدار طيب العاقد كما هو واضح لا يخفى.

ويؤيد الصحة في المقام أن المالك بنفسه أوجد العقد، بخلاف ذلك في البيع الفضولي، فيكون الصحة في المقام على نحو الأولوية.

إن قلت: الحكم بالصحة في الفضولي أولى من الحكم بالصحة في المقام، من جهة أن الطيب موجود للعاقد في البيع الفضولي بخلاف المقام، فلا يكون الصحة أولى من الحكم بالصحة في الفضولي.

قلت: قد عرفت أنه لا مدخل لطيب العاقد بالحلية أصلاً، بل الحلية تدور مدار طيب المالك وعدمه.

إن قلت: إن كان الحكم بالصحة في الفضولي على خلاف القاعدة، وبملاحظة النص الخاص مثل مسألة شراء «عروة» الشاة وغيرها، فالحكم بالصحة في المقام على نحو الأولوية لا معنى له.

قلت: هذا الإشكال مدخول غاية الدخل، من جهة أنه إذا كان الحكم بالصحة في مسألة الفضولي على خلاف القاعدة، وأحرزنا المناط القطعي في المقام أيضاً، فلا بد من الحكم بالصحة في المقام على نحو الأولوية، فهذا الإشكال غير وارد على الشيخ، بل يرد إشكال عليه لا مدفع له على الظاهر، وهو أنه إذا كانت الصحة في هذا المقام وفي مسألة الفضولي فلا معنى للحكم في المقام على نحو الأولوية، لأن الحكم بالصحة فيهما يكون على القاعدة، إلا أنه يمكن أن يدفع هذا الإشكال أيضاً، من جهة أنه إذا حكم بالصحة في الفضولي والحال أن العاقد يكون غير المالك، والحكم بالصحة بعيد إذا كان العاقد غير المالك، أي الحكم بالصحة بعيد عن ذهن العرف إذا كان العاقد غير المالك، ولكن الحكم بالصحة غير بعيد عن ذهن العرف إذا كان العاقد هو المالك، فالحكم بالصحة في المقام أولى من الحكم بالصحة في الفضولي بهذه الملاحظة.

## في أدلة القائلين ببطلان عقد المكره

وقد استدلل للقائلين بالبطلان في ذلك أولاً: بمفهوم قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(١)</sup>.

وثانياً: بحديث الرفع، فإنه يدل على بطلان البيع إذا صدر عن إكراه، فلا معنى للحكم بالصحة إذا لحقه الرضا.

**وثالثاً:** بالنقض ببيع الهاذل، حيث لم يقولوا بصحته بعد لحقوق الرضا. لكنّ النقض ببيع الهاذل مدخول: لوضوح الفرق بين المقامين، وهو أنّ الهاذل لا يكون له القصد إلى وقوع المدلول خارجاً، لكن المكره يكون له هذا القصد جداً، كما هو المفروض.

وأما الاستدلال بالآية المباركة أيضاً مدخول، من جهة أنّ الاستدلال بها إما أن يكون بلحاظ مفهوم الوصف أو الحصر، وحاصل الاستدلال على الوصف يكون هكذا: أنّ التجارة الصادرة عن تراض تكون محللة، فحينئذ نقول: لا يتمّ المطلب بذلك، لأنّ الوصف كما قرّر في محله لا حجية فيه، وعلى فرض حجيته يكون فيما إذا لم يكن الوصف وارداً مورد الغالب، وفي المقام يكون كذلك، لأنّ غالب التجارات صادرة وناشئة عن التراضي.

مع أنّه يمكن أن يكون قوله: عن تراض خبراً بعد خبر، فعلى هذا لا دلالة لها على مطلوب المستدلّ أصلاً، لأنّ حاصل المعنى عليه أنّه تحصل الحلية بالتجارة أو بالإذن والتراضي.

لكن هذا الوجه خلاف لظاهر الآية، بل الآية ظاهر في الوصف. وأما الاستدلال على البطلان بالحصر يكون معنى الآية: أنّه لا تكون الحلية في

(١) سورة النساء (٤): ٢٩.

البين إلا أن تكون التجارة صادرة على وجه التراضي وناشئة عنه.  
 لكنه أيضاً مدخول: لعدم الحصر في المقام، لأن الاستثناء إذا كان متصلاً مثل  
 جانبي القوم إلا زيداً يفيد الحصر، أعم من أن يكون مفرغاً أو غير مفرغ، ولكن إذا  
 كان منقطعاً لا يفيد الحصر، والاستثناء في المقام منقطع لا مفرغ، فلا حصر في  
 البين جداً.

والاستدلال بحديث الرفع أيضاً مدخول: لأن الاستدلال به مبني على رفعه  
 جميع الآثار من اللزوم والصحة، والحال أنه ظاهر في رفع اللزوم والمؤاخذة فقط.  
 وثانياً: أن حديث الرفع يرفع الأثر الذي كان متحققاً من غير ناحيته وهو  
 اللزوم، ولكن الأثر الذي تجيء من ناحيته فهذا لا يكون رافعاً له، وهو كون البيع  
 متزلزلاً.

وثالثاً: إن كان رافعاً للأثر الذي تجيء من ناحية المالك كان على خلاف  
 الامتنان والمنة، فهذا الحديث يرفع ما يجيء من ناحية الغير لا من من ناحية  
 المالك، وإلا كان ذلك على خلاف الامتنان والمنة، كما لا يخفى على المتأمل،  
 فتأمل جيداً.

فذلكة الكلام في المقام: أن العقد الصادر لا عن إكراه فهو سبب تام، وحديث  
 الرفع لا يرفع منه شيئاً أبداً، وأما العقد الصادر عن إكراه إذا لحقه الرضا أيضاً  
 لا يرفعه حديث الرفع، لأن جزء المؤثر وهو العقد جاء من ناحية الإكراه، وما جاء  
 من طرفه لا يرفعه الحديث، نعم إن كان العقد سبباً تاماً والحديث يرفعه، ولكن  
 ليس كذلك إذا كان صدور البيع عن إكراه.

إن قلت: بناءً على كون الرضا ناقلاً كان العقد جزء المؤثر والحديث لا يرفعه،  
 بل الحديث يرفع السبب التام، ولكن بناءً على كون الرضا كاشفاً يكون العقد سبباً  
 تاماً والحديث يرفعه.

قلت: إن قلنا بالكشف فالمراد منه هو الكشف الحكمي لا الحقيقي، وعليه كون

الرضا كاشفاً يكون مثل كونه ناقلاً.  
فظهر أن الأقوى هو صحة بيع المكره.

### هل الرضا المتعقب للبيع المكره ناقل أو كاشف

ثمّ على الصحة هل الرضا ناقل أو كاشف؟ مقتضى الأصل أي أصالة عدم حدوث حلّ مال الغير بالعقد الخالي عن الرضا هو كونه ناقلاً، ولا يكون ذلك مثبتاً، لأنّ عدم الحلّ يكون من الأحكام الشرعية، والمثبت يكون في الموضوع الذي لم يكن له أثراً شرعياً، لكن مقتضى النقل يكون هو الكشف، كما ثبت ذلك في الفصولي؛ لكن لا بدّ من أن يلاحظ الأخبار الواردة في باب الفضولي الدالة على صحة بيع الفضولي إذا لحقه الرضا من المالك، في أنه هل يظهر منها المناط الكلّي حتى نقول به في المقام، ولكن إن لم يظهر منها المناط الكلّي لا يصحّ أن نقول في المقام بالكشف بل لا بدّ من القول بالنقل، بمقتضى الأصل، فافهم.

بل مقتضى القاعدة والأصل اللفظي هو النقل من حين العقد، بيان ذلك يحتاج إلى ذكر مقدّمة، وهي أنّ الإنشاء تارة يتعلّق بشيء يكون المنشأ بعد مضيّ زمان، وأخرى يكون في الحال، إمّا بالتصريح بذلك، أو فهم ذلك من الخارج، مثل الانصراف وأمثاله، وتارة أخرى يكون الإنشاء مجرداً عن تقييده، بالحال أو الاستقبال، والأخير منصرف إلى الحال، فحينئذ نقول إنّ الإنشاء في المقام مطلق، والمتبادر منه هو الحال، فمقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى هو النقل من حين العقد، لكن ترتّب الأثر عليه لا يكون إلا من زمن الحكم بحصول الملك في زمان النقل، وهل يكون للطرف الغير المكره - أعني المشتري - أن يفسخ قبل رضا المكره - بالفتح - أو لا؟ يمكن أن يقال بعدمه، من جهة تمامية العقد بالإضافة إليه، فالعقد من طرفه مشمول للعمومات، لكن الأقوى جوازه، لأنّ العقد - كما مر - جزء مؤثر،

هل الرضا المتعقب للبيع المكروه ناقل أو كاشف ..... ٤٥٥

ويؤثر أثره إذا جاء الجزء الآخر وهو الرضا، فالمشتري له أن يفسخ قبل إمضاء المكروه ورضاه.

### في اعتبار إذن المولى

وهل يصح عقد العبد وإجرائه صيغة العقد أو لا؟ إذا كان ذلك بلا إذن من المولى، فالنزاع لا يكون مبنياً على أن العبد لا يكون مالكاً لشيء، فصدور العقد منه كان فضولياً، لأن ذلك داخل في الفضولي، وسيأتي الكلام في ذلك.

وأيضاً لا يكون النزاع في أن تصرف العبد في نطقه تصرف في مال، وحين إجراء العقد يتصرف في مال الغير ويكون منهياً عنه، والنهي في المعاملات يفيد البطلان، لأن من يقول بعدم دلالة النهي البطلان في المعاملات، فلا بد أن يقول بالصحة في المقام من دون نزاع وكلام، والحال أنه ليس كذلك.

فالنزاع في المقام يكون على أن إنشاء العقد من العبد بدون الإذن هل هو صحيح أو لا يصح؟ كالنزاع في أن عقد الطفل هل هو صحيح أو لا يصح بل تكون كالعدم، أعم من أن يصير العبد مالكاً لشيء أو لا، وأعم من أن يكون تصرفه النطقي حراماً أو لا؟.

وقد استدل على عدم صحة عقده وإنشائه بالآية المباركة، وهي قوله تعالى: ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾<sup>(١)</sup> والاستدلال بالآية يتوقف على بيان أمور: الأول: أن لا يكون قيد المملوكية احترازية، وأن لا يكون ذكره للتنويع.

الثاني: أن المراد من عدم القدرة هو عدم قدرته شرعاً، وإلا يلزم الكذب على الحكيم تبارك وتعالى.

(١) سورة النحل (١٦): ٧٥.



الثالث: أن يكون الشيء عاماً بحيث كان شاملاً للأموال وغيرها.  
وتشهد على العموم رواية زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام حيث قالوا فيها: «لا يقدر على شيء فشيء الطلاق»<sup>(١)</sup> فالآية بوحدتها لا تكون دليلاً على المطلب إلا بضمّ الأخبار، فكُل ما صدر منه بلا إذن من المولى كان بمنزلة العدم لا يترتب عليه شيء، فإذا كان مع الإذن السابق لا إشكال في صحته، لأن المراد من عدم قدرته هو عدم قدرته منفرداً، وعلى نحو الاستقلال لا الانضمام، وأما إذا كان بلا إذن لا سابقاً ولا لاحقاً لا إشكال أيضاً في بطلانه، وأما مع الإجازة اللاحقة هل يحكم بالصحة أو البطلان؟ يمكن أن يقال بالبطلان، لأن العبد فعل فعلاً على نحو الاستقلال، ولحقوق الإجازة لا يخرجها عن الاستقلالية، وما وقع لا يتبدل عمّا هو عليه.

لكن الأقوى هو الصحة مع لحوق الإجازة لمشموليته للعمومات والإطلاقات، والقدر المتيقن خروجه من العمومات والإطلاقات هو صدور الفعل والعقد عنه إذا كان على وجه الاستقلال، ولكن إذا لحقه الإجازة وكان على وجه الانضمام فكان مشمولاً للإطلاقات والعمومات بلا إشكال.

فالأقوى هو صحة عقد العبد إذا لحقه الإجازة والإذن من المولى.  
ويدل على الصحة عموم التعليل الوارد في صحة نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى بأنه: «لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا جاز جاز» وهذا التعليل شامل لما كان العبد هو العاقد على نفسه، لا من جهة ترك الاستفصال بل بملاحظة عموم هذا التعليل، وأن كل فعل فعله العبد ولم يكن فيه معصية الله محكوم بالصحة مع إجازة المولى وإذنه.

فرع: وهو أنه إذا أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه، فباعه مولاه هل يصح

(١) الوسائل ١٥: ٥٤٣ ح ١.

ذلك؟ قيل لا يصح، بملاحظة أن العبد ما دام لم يفرغ عن القبول يكون في ملك المولى، وحيث يُلزم أن يكون المولى موجِباً قابلاً. وهو مدخول: لكفاية التعدد الاعتباري.

**فالحق:** هو صحّة ذلك، من جهة أن العبد إذا فعل فعلاً لم يكن على وجه الاستقلال كان محكوماً بالصحة، وهكذا إذا شرى العبد نفسه من وكيل المولى بأمر أمر، من جهة أن الوكيل إذا كان وكيلاً من طرف الموكل على الإطلاق حتى في بيع العبد، فلا إشكال في الصحة، لأنه بيع صادر عن إذن المولى. وإذا لم يكن وكيلاً على الإطلاق أيضاً محكوم بالصحة إذا لحقه الإجازة والإذن من المولى، لخروج تصرف العبد بذلك عن الاستقلال، فإذا خرج كان فعله محكوماً بالصحة جداً.

### من شروط المتعاقدين كونهما مالكيين أو مأذونين

**اعلم:** أنه يشترط أن يكون العاقد البائع مالكاً أو مأذوناً أو ولياً، وهذا الشرط لا يكون مثل اشتراط البلوغ، حتى لا يكون المقتضي في البين أبداً، بل المقتضي في المقام موجود، والملكيّة الغير اللازمة حاصلة، فإذا لحقه الإجازة - بناءً على الكشف - صارت الملكيّة لازمة، وإذا كانت الإجازة ناقلة فالمقتضي لحصول الملكيّة موجود، فإذا لحقه الإجازة تحصل الملكيّة، فعدم صحّة الفضولي وترتب الأثر عليه عبارة عن هذا، لا أنه لا يكون المقتضي للصحة في البين، كما يكون ذلك في صورة البلوغ، فالكلام في المقام يكون من جهات: الجهة الأولى في موضوع الفضولي وماهيته وحقيقته، الجهة الثانية في أحكامه، الجهة الثالثة في بيان الأقوال الواردة في ذلك.

## في البيع الفضولي

أما الكلام في الجهة الأولى: قيل إن ماهية الفضولي عبارة عن العاقد الكامل الغير المالك، أو غير المأذون من المالك الاعتباري، أو الشارع والمالك الحقيقي، فالفضولي إذا كان عالماً برضا المالك أيضاً لا يخرج عن الفضولي بناءً على هذا، ولكن عقد الباكرة نفسها كان خارجاً عن الفضولي لأنها مالكة على نفسها، وأما بيع الرهن بدون إذن المرتهن ولو علم برضا المرتهن أيضاً داخل في الفضولي بناءً على هذا التعريف، وقيل: هو العقد الكامل الغير المالك للتصرف، وقيل: هو العاقد بلا إذن من يحتاج إذنه، وعليهما يدخل عقد الباكرة في الفضولي والرهن وبيع السفينة وبيع العبد بدون إذن السيد، وهكذا إذا علم الفضولي برضا المالك أيضاً داخل في الفضولي،

ويؤيده اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً أو مأذوناً أو ولياً.

وأيضاً يؤيد ذلك استدلالهم على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي، مع أن الظاهر علمه برضا النبي ﷺ.

إلا أن صريح الشيخ الحكم بالصحة في صورة العلم بالرضا مع عدم إذن في البين، لعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾.

لكن استدلالهم به مدخول: لأن الآية تدل على وجوب الوفاء على العاقد لا على غيره، ولا يلزم الوفاء على المالك بالعقد الصادر من الفضولي، كما هو أوضح من أن يخفى.

نعم، يمكن أن يستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن

تراخيص<sup>(١)</sup> وبقوله: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»<sup>(٢)</sup>.  
ولكن الاستدلال بهما أيضاً يكون محلّ الخدشة والإشكال: لأنّ الطيب الغير المنكشف بكاشف لا يصير العقد عقداً للمالك، بحيث كان العقد مستنداً إليه، كما يخرج ذلك من عهدة الإجازة اللاحقة.

فعمدة المطلب هو أنّ الرضا الغير المنكشف هل يصير العقد الصادر من الغير عقداً للمالك بحيث يستند العقد إليه أو لا؟ والظاهر أنّ ذلك لا يخرج من عهدة الرضا الغير المنكشف.

وما أفاد الشيخ في مقام التأييد على الصحة بقوله: إنّ كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الفرض عن الفضولي، وعدم وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحة أنّ الشرائط كلّها حاصلّة بالأرضاء المالك<sup>(٣)</sup>.

مدخول: بعد المراد من الرضا الغير الحاصل في كلامهم هو الرضا المنكشف لا غير، فهذا الاستظهار من كلامهم يكون في غير محلّه، فالإجازة اللاحقة لا تكون من باب الطريقيّة، بل تكون لها الموضوعيّة، وعلى فرض الشكّ في أنّ العقد الصادر من الغير مقروناً بالرضا الغير المنكشف من المالك هل يكون مشمولاً للعمومات يكفي في عدم صحّة التمسك بها، لأن التمسك بها لا يكون إلاّ من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقيّة - وقد قرّر في محلّه بطلانه - فالعقد الصادر من الغير مقروناً بالرضا الغير المنكشف من المالك داخل في الفضولي.

### المختار في تعريف الفضولي

فالأولى هو أن يقال في تعريفه: أنّ الفضولي هو العاقد الغير المالك، أو غير

(١) سورة النساء (٤): ٢٩. (٢) عوالي اللئالي ٢: ١١٣ ح ٣٠٩. (٣) المكاسب ٨: ١٥٩.

المأذون من قبل المالك بالإذن السابق، أو بغير الإجازة اللاحقة.  
ثمّ البحث في ماهية الفضولي لا وجه له، لأنّ لفظ الفضولي ما ورد في آية ولا رواية.

نعم، وقع في معقد الإجماع، حيث يقولون: قام الإجماع على صحّة الفضولي، لكن الإجماع لم يقع على شيء فارد ومعنى واحد، حيث يكون الاختلاف من المجمعين في ماهيته وموضوعه، وحينئذ فالمتبع هو لسان الدليل، ففي كلّ مورد قام الدليل على الصحّة لا بدّ من الحكم بالصحّة، وفي كلّ مورد لم يقم الدليل على الصحّة لا يمكن الحكم بها.

وكيف كان فالعاقد الغير المالك تارة يبيع المال للمالك، وأخرى لنفسه، وعلى كلّ تقدير إما أن يكون ذلك مع سبق النهي من المالك أو بدونه، فالصور تكون أربعة، فلا بدّ من التكلّم في هذه الصور على نحو الإجمال.

### (في صور بيع الفضولي )

**أما الصورة الأولى:** وهي ما إذا باع الفضولي للمالك، فقد ذهب المشهور إلى الصحّة، وللبطلان قول، وأما الفضولي في الايقاعات فلا إشكال في بطلانه ولا خلاف.

فالجبهة الثانية والثالثة تكون في الأحكام والأقوال الواردة في الفضولي: قول بالصحّة، كما سلكه المشهور، وقول بالبطلان، وحينئذ فاليلاحظ في أنّ الحكم بالصحّة في الفضولي هل يكون على طبق القاعدة، فلا يحتاج إلى التمسك بالإجماع والأخبار، أو الحكم بالصحّة فيه يكون على خلاف القاعدة حتى نحتاج إلى التمسك بالإجماع والسنة؟

يمكن أن يقال: إنّ الحكم بالصحّة في الفضولي يكون على وفق القاعدة، من جهة أنه بعد لحوق الإجازة بمضمون العقد يصير العقد عقداً للمالك، ويصحّ

في صور بيع الفضولي، أدلة القائلين بصحة بيع الفضولي ..... ٤٦١

استناد العقد إليه، فيكون مشمولاً للعمومات والإطلاقات الواردة في الباب.  
وأما إذا لم يكن الحكم بالصحة على طبق القاعدة، فلا بد من التمسك بالإجماع والأخبار.

### (أدلة القائلين بصحة بيع الفضولي)

أما الإجماع فقد ادعى على الصحة، لكنه مدخول: لعدم كونه محصلاً، وعلى فرض كونه محصلاً أيضاً مدخول: لاحتمال أن يكون مدرکه الأخبار الواردة، مثل قضية العروة وأمثالها.

وأما الأخبار فعديدة، منها: قضية عروة البارقي، حيث دفع إليه النبي ﷺ ديناراً، وقال له: «اشتر لنا به شاة للأضحية» فاشترى به شاتين، ثم باع أحدهما في الطريق بدينار، فأتى النبي بالشاة والدينار، فقال له رسول الله ﷺ: «بارك الله لك في صفقة يمينك» فإن بيعه وقع فضولاً، وإن جَهِنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولي، بأن يكون المراد من الشاة في قول النبي «اشتر لنا به شاة» للجنس، بأن يجعل التنوين في الشاة للتمكّن لا للتكثير.

وقد أورد الشيخ على هذه القضية حاصله: أن الاستدلال بهذه القضية يتوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي - والحال أن هذا خارج عن الفضولي كما تقدّم في كلامه آنفاً - وقد أيد ذلك بما ذكره في آخر كلامه، حيث قال: خصوصاً بملاحظة أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة، 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...<sup>(١)</sup>.

ولكن ما ذكره من أوله وآخره يكون محلّ الخدشة: أما ما ذكره أولاً فقد عرفت الإشكال فيه، من أن المعاملة المقرونة برضا المالك لا تكون خارجة عن الفضولي، وأن إيقاع المعاملة على هذا الوجه لا يكون موجباً لصحة استناد العقد إلى المالك، وأن يصير العقد عقداً له.

وقد انتدح من ذلك بطلان ما ذكره أخيراً، من جهة أن العلم بالمرضاة أيضاً لا يكون موجباً لصحة استناد البيع إلى المالك، ولا يصير بيعاً له، والشيخ رحمته الله جعل المعاطاة من أفراد البيع، ومن مصاديق تملك العين بالعوض، فالعلم بالمرضاة فقط لا يكون موجباً لصحة الاستناد.

فالأولى في رد الاستدلال هو أن يقال: إنه يحتمل أن يكون العروة وكياً مطلقاً من قبل النبي صلّى الله عليه وآله فإذا جاء هذا الاحتمال في البين لا يمكن الاستدلال بهذه القضية، لأن الاستدلال بهذه القضية يتوقف على إحراز أن يكون بيع العروة إحدى الشاتين فضولياً، وإذا جاء الاحتمال المتقدم لا يمكن إحراز ذلك، فالاستدلال بهذه القضية مدخول جداً.

منها: صحيحة محمد بن قيس، عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها، فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته وابنها فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك، فلما رآه أبوه قال له: أرسل ابني، قال: لا والله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه<sup>(١)</sup>. وهذه الرواية ظاهرة في صحة الفضولي، وأيضاً ظاهرة في أن الإجازة كاشفة لا ناقله.

في صور بيع الفضولي، أدلة القائلين بصحة بيع الفضولي ..... ٤٦٢

ولكن لهذه الصحيحة موهنات، الأولى: أن حكمه عليه السلام فيها يكون على خلاف قوانين باب القضاء ورفع الخصومة، لأن الحكم يكون بعد سماع مقالة المنكر والمدعي، والحال أن الإمام عليه السلام حكم فيها قبل سماع مقالة المدعي أي المشتري، حيث قال: «الحكم أن يأخذ وليدته وابنها».

ولكن يمكن الجواب عن هذا الإشكال: بأنه يمكن أن يكون حكمه بعد سماع مقالة المدعي.

الثاني: أن الإمام عليه السلام احتال فيها، والحال أن الحيلة وتعليم الحاكم ذلك يكون على خلاف قوانين القضاء.

لكنه أيضاً مدخول: بملاحظة أن الحيلة منه يمكن أن يكون لأجل إيصال الحق إلى من له الحق، لعلمه عليه السلام بأن المولى أذن للبيع، ثم أنكر فاحتال بهذه الحيلة، ليصل الحق إلى صاحبه.

الثالث: أن الرواية ظاهرة في تأثير الإجازة المسبوقة بالرد، لظهور المخاصمة في الرد، والحال أن الإجماع قائم على عدم تأثير الإجازة المسبوقة بالرد، والإجماع أمر عقلي لا يقبل التخصيص، إلا أن يكون معقده لفظاً قابلاً للإطلاق. لكن يمكن دفع هذا الإشكال: بأنه لا ظهور للمخاصمة في الرد.

وثانياً: على فرص ظهوره فيه فلا بد أن يلاحظ في أن ظهور المخاصمة في الرد هل يكون أقوى من ظهور قوله: «حتى ينفذ البيع لك» في صحة الفضولي، أو ظهور حتى ينفذ البيع لك يكون أقوى من ظهور المخاصمة في الرد.

والظاهر هو الثاني، وأن ظهور حتى ينفذ البيع لك في صحة الفضولي يكون من ظهور المخاصمة في الرد، فالصحيحة تكون دليلاً على صحة الفضولي جداً، غاية الأمر خصص جزء الصحيحة، وأن الإجازة المسبوقة بالرد لا تأثير لها، كما لا يخفى.

منها: بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي في الحر والعبد، الثابتة بالنص



والإجماعات المحكيّة، فإنّ تملك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تملك ماله أولى بذلك، لأهميّة الأول على الثاني، وتقدّم رتبته عليه، كما أنّ حفظ النفس رتبته متقدّمة على الأول، مضافاً إلى ما علم من شدّة الإهتمام في عقد النكاح، لأنّه يكون منه الولد، كما في بعض الأخبار، بل صاحب الجواهر رحمته الله حكم بصحة البيع الفضولي إذا كان واقعاً وصادراً في ضمن النكاح الفضولي، وأنّ البضع إذا لزم بالإجازة يحكم بصحة البيع الواقع في ضمن النكاح الفضولي أيضاً<sup>(١)</sup>.

**فدلّة:** ما أفاده أنّه يحكم بصحة البيع الفضولي الواقع في ضمن النكاح الفضولي، لإطلاق الأخبار الدالّة على صحّة النكاح في الفضولي، كأن يأخذ عمرو شيئاً من أموال زيد بدون إذنه، ثمّ جعله مهراً لنكاح امرأة لزيد أيضاً بدون إذنه، فزيد إذا أجاز النكاح يحكم بصحة النكاح، لدلالة الأخبار على الصحّة، ويحكم بصحة البيع أيضاً، لإطلاق تلك الأخبار لكن سيأتي الإشكال فيما أفاده صاحب الجواهر رحمته الله.

أمّا التمسك بالفحوى مدخول: لعدم إحراز المناط قطعياً، بل لعلّ المناط في الحكم بصحة النكاح من الفضولي هو التوسعة على العباد في أمر النكاح، ولذا قام الإجماع على كفاية السكوت في صحّة النكاح بخلاف البيع، حيث إنّ السكوت لا يكفي في صحته، هذا أولاً.

**وثانياً:** على فرض إحراز المناط لا تثبت الكبرى الكلّي من الأخبار الدالّة على صحّة النكاح من الفضولي، بل تلك الأخبار واردة في موارد خاصّة، مثل أن يعقد الأب لابنه امرأة، أو تعقد الأم لابنه امرأة.

ويمكن أن يكون الحكم بالصحة في هذه الموارد بملاحظة بقاء الولاية بعد بلوغ الإبن، كما كانت الولاية التامة للأب قبل بلوغه، فالحكم بالصحة يمكن أن

يكون بملاحظة بقاء الولاية الضعيفة، فلا يصح الحكم بالتعدّي من ذلك الى الأجنبي، فلا يمكن الحكم بالتعدّي من الموارد التي حكم الشارع فيها بالصحة من النكاح الفضولي إلى غيرها من النكاح الفضولي كأن يكون النكاح الفضولي صادراً من الأجنبي، فضلاً عن أن نتعدّي إلى البيع الفضولي.

نعم، إن كان في البين خبراً وكان مطلقاً بحيث يثبت به الكبرى الكلّي، أو كان في البين خبراً دالاً على صحة المتعة من الفضولي يثبت التعدّي، لكن لا يكون في البين ذلك، فعلى هذا انقلب الأمر، وأنه إن كان في البين خبراً كان دالاً على صحة البيع من الفضولي بحيث يثبت به الكبرى الكلّي ليتعدّي من ذلك إلى النكاح.

ولكن للشيخ عليه السلام في المقام بيان آخر للانقلاب قد استفاده من الخبر الوارد في ردّ العامة وفي اشتباههم الفرق بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل، وبين بيعه، حيث قال: سبحانه الله ما أجور هذا الحكم وأفسده، فإنّ النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه، لأنّه الفرج ومنه يكون الولد<sup>(١)</sup>.

حيث يظهر منه أصليّة البيع بالإضافة إلى النكاح، ولكن فيه الخدشة أولاً: بأنّ وظيفة الإمام عليه السلام يكون بيان الحكم الواقعي، وقد بيّن فيه الحكم الظاهري. وثانياً: يكون المقام في النكاح من الدوران بين المحذورين، والمرجع في ذلك يكون التخيير مع عدم المرجح، والحال أنّه حكم فيه بالاحتياط، كما أفاده العلامة الخراساني<sup>(٢)</sup>.

إلا أنّ هذا الإشكال مدفوع: لأنّ الأمر في النكاح ولو يكون دائراً بين المحذورين، لكن يكون لأحدهما المرجح، كما أفاده العلامة الأنصاري عليه السلام<sup>(٣)</sup>. والأول مدخول أيضاً: لأنّ المقام كان مقتضياً للتعبير بالاحتياط، حيث إنّ العامة عبروا بالاحتياط في المقام على عكس ما قال الإمام، فعبر هو أيضاً بالاحتياط.

(١) الوسائل ١٣: ٢٨٧، المكاسب ٨: ١٨٠.

(٢) حاشية المكاسب / ٥٣ للمحقق الخراساني. (٣) المكاسب ٨: ١٨٢.

ولكن ما أفاده الشيخ رحمته الله يكون محلّ الخدشة: من جهة أنه لا يستفاد العكس من الرواية، حتى يكون البيع أصلاً والنكاح فرعاً عليه، بل المراد من احتياطه عليه السلام في النكاح أنه لا معنى للحكم بالبطلان، بل الأولى والأجدر فيه هو إماماً أن يطلّقه الناكح الفضولي أو يزوجه بعقد آخر، وعلى هذا لا يلزم الانقلاب أصلاً، فتفسير الاحتياط بما أفاده الشيخ رحمته الله مدخول.

**فذلكة البحث:** أنّ خبر «العروة» ما صار دليلاً على صحّة الفضولي.

وأما خبر محمد بن قيس، ولو استفاد منه الكبرى الكلّي، إلا أنّ الأصحاب لم يعملوا على طبقه.

وأما الفحوى فقد عرفت عدم تماميته، فإن كان الحكم بصحّة الفضولي على خلاف القاعدة لا دليل على صحّته.

وأما ادّعاء الإجماع على الصحّة فهو معارض بالإجماع المدّعى على بطلان الفضولي، ولكن إن كان الحكم بالصحّة فيه على طبق القاعدة وأنّ الإجازة اللاحقة من المالك يصير العقد عقداً للمالك، ويصحّ بذلك استناد العقد إليه، فلا يحتاج الحكم بالصحّة إلى دليل لمشموليته للعمومات والإطلاقات، مثل: ﴿أوفوا بالعقود﴾ و﴿أحلّ الله البيع﴾ و﴿تجارة عن تراضٍ﴾ وأمثالها، ولا يبعد حكم العرف بذلك، وأنّ إجازة المالك يصير العقد عقداً له، ويصحّ استنتاج العقد إليه، وهذا هو الأقوى.

فالحكم بالصحّة في الفضولي يكون على طبق القاعدة، وعلى وفقها، لا على خلاف القاعدة.

والشيخ رحمته الله ذكر في المقام روايات تأييداً على صحّة الفضولي، مثل رواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون الذي دفع إليه مال ليشتري به نسمة<sup>(١)</sup>.

إلا أنها لا يمكن أن تكون تأييداً لظهورها في صورة الإذن، وغير ذلك ممّا لا يدلّ على صحّة الفضولي، وإن دلّ يقتصر على مورده، لعدم اشتماله على الكبرى الكلّي.

### واحتجّ للبطلان بالأدلة الأربعة

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(١)</sup> وقد استدلّ بها تارة بملاحظة مفهوم الحصر، وأخرى بلحاظ مفهوم الوصف، وأنها تكون في مقام التحديد والضابط الكلّي.

أما الاستدلال بها مع قطع النظر عن مفهوم الوصف فحاصل البيان في ذلك: أنها تدلّ على أنّ موضوع الحليّة عبارة عن التجارة الصادرة على وجه التراضي، والمفهوم في ذلك له فردان: أحدهما التجارة إذا كان على وجه التراضي، والآخر غير التجارة مثل الهبة والإرث وأمثالهما إذا كان على وجه التراضي. فمفهوم الحصر يدلّ على البطلان فيهما، لكن خرج الشقّ الثاني بالأدلة الخاصّة الدالة على الصحّة.

وأما الاستدلال بها بملاحظة مفهوم الوصف فحاصله: أنّ موضوع الحليّة عبارة عن التجارة الصادرة المتصّفة بصفة التراضي، فتدلّ بمفهومها أنّه إذا كانت على غير هذا الوصف محكومة بالحرمة.

لكن فيه أولاً: أنّه لا يمكن الاستدلال بمفهوم الحصر فقط على المطلب، وهكذا بمفهوم الوصف وحده.

نعم، يصحّ إذا كان على وجه التقييد والانضمام إذا كان لهما المفهوم. لكنّه مدخول أيضاً: لعدم المفهوم لهما.

**وثانياً:** لا دلالة على الحصر، لأن الاستثناء فيها منقطع لا متصل، والمنقطع لا يفيد الحصر.

**وثالثاً:** أن الاستدلال بها إن كان بملاحظة مفهوم الوصف فهو مدخول أولاً: من جهة عدم المفهوم للوصف، وعلى فرض أن نقول بذلك، وأن الوصف يكون له المفهوم، فهو معتبر إذا لم يكن الوصف وارداً مورد الغالب، وفي المقام وارد مورد الغالب؛ هذا كله بناءً على التمسك والاستدلال بذيل الآية المباركة.

ويمكن الاستدلال على المطلب بصدورها وهو قوله: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ أي بسبب الباطل، والبيع الفضولي يكون من الباطل، فيكون باطلاً جداً. لكن الاستدلال بالصدر باطل أيضاً: من جهة أنه إذا لحقته الإجازة يشك في أنه هل يكون من الباطل أم لا؟ وحينئذ التمسك بالصدر على بطلانه كان من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، وقد قرّر في محله بطلانه.

وأما السنّة: فهي أخبار، منها: النبويّ المستفيض، وهو قوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»<sup>(١)</sup>.

منها: ما ورد في توقيع العسكري إلى الصفار: «ولا يجوز بيع ما ليس يملك»<sup>(٢)</sup>.  
ومنها: ما عن الحميري كما نقل الشيخ رحمته الله<sup>(٣)</sup>.

منها: ما في الصحيح عن محمد بن مسلم، كما نقل الشيخ<sup>(٤)</sup>.

لكن لا دلالة فيها على بطلان الفضولي في صورة المفروضة، وهو بيع المال فضولياً لمالكة، بل القدر المتيقن منها هو بيع الفضولي لنفسه، وعلى فرض دلالتها على الأعم تكون هذه الأخبار مخصّصة بالأدلة الدالة على صحّة الفضولي في الصورة المفروضة، مثل صحیحة محمد بن قيس المتقدمة وأمثالها، وعلى عدم الدليل على صحّة الفضولي يكون بين هذه الأخبار التي أقاموها دليلاً على

(٢) الوسائل ١٢: ٢٥٢ ح ١ (٣) و (٤): المكاسب ٨: ٢٠٥.

(١) الوسائل ١٢: ٣٧٤ ح ٢.

البطلان، وبين العمومات - مثل: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ﴾  
وأمثالهما - عموماً من وجه، ولكن يقدّم العمومات على هذه الأخبار بملاحظة  
أقوائية العمومات من حيث العموم، كالجمع المعرّف في مثل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾  
على هذه الأخبار، من جهة كلمة الموصول يكون محلّ الخلاف في أنّه هل يفيد  
العموم أو لا؟ مع أنّ بعض هذه الأخبار خارج عن دائرة الفضولي، مثل صحيح  
محمد بن القاسم.

الثالث: الإجماع على البطلان: لكنّه مدخول، أمّا أولاً: من جهة أنّه يحتمل أن  
يكون مدرکه الأخبار المتقدّمة.

وثانياً: له القدر المتيقّن، كما قلنا في الأخبار.

وثالثاً: مدخول بذهاب المعظم إلى خلافه.

الرابع: ما دلّ من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه،  
ولا ريب أنّ بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً.

لكنّه مدخول، أمّا أولاً: لعدم صدق التصرف.

وثانياً: على فرض صدق التصرف لا يدلّ على البطلان والحكم الوضعي، بل  
يدلّ فقط على الحرمة.

وقد استدلّ على المنع بوجوه أخرى، منها: أنّ القدرة على التسليم معتبرة في  
صحّة البيع، والفضولي غير قادر.

لكنّه يكون محلّ الخدشة، أمّا أولاً: من جهة أنّ الفضولي قد يكون قادراً على  
رضا المالك.

وثانياً: أنّ هذا الشرط غير معتبر في العاقد، بل يكفي تحقّقه في المالك  
كالوكيل إذا كان عاقداً، وكان الموكل قادراً على التسليم، بل يكفي قدرة المشتري  
على التسليم.

منها: أنّ الفضولي غير قاصد إلى مدلول اللفظ كالمكره، كما صرح في

المسالك.

لكنّه مدخول: لأنّا نتكلّم في صحّة الفضولي وبطلانه بعد الفراغ عن كون الفضولي قاصداً إلى المدلول، ولا إشكال أنّ الفضولي والمكره قاصدان إلى المدلول عرفاً ولو بالإرادة الاستعماليّة، بل في بعض الموارد الفضولي قاصد إلى المدلول بالإرادة الجديّة.

منها: أنّ بيع الفضولي مستلزم للغرر، وهو منهي.

لكنّه مدخول أيضاً: من جهة أنّ المراد من استلزامه الغرر إن كان هو عدم القدرة على التسليم، فقد عرفت الجواب عنه، وإن كان المراد منه أنّ الإنشاء كان غررياً ويكون مشمولاً للنهي عن الغرر، فهو ممنوع أيضاً، وإن كان المراد منه عدم قدرة الفضولي على أن يصير المالك راضياً، فهو أيضاً ممنوع: لأنّ المالك قد يصير راضياً بالبيع.

الصورة الثانية: أن يسبقه منع المالك، وفي ذلك هل يمكن أن يقال بالصحة بعد إجازة المالك، أو لا بدّ من الحكم بالبطلان ولو بعد الإجازة؟ ما قيل للبطلان أو يمكن أن يقال وجوه من النقل والعقل: الأول: وهو الوجه العقلي: أنّ المنع باق بعد العقد ولو أنا ما، والمنع بعد العقد ليس إلا الرد، والإجازة لا تنفع بعد الرد.

الثاني: من الوجوه الثقلية: هو أنّ المستند في عقد الفضولي هي رواية العروة، وهذه الرواية لا تكون شاملة للمقام جداً.

الثالث: ما يقتضيه حكم بعضهم بأنّه إذا حلف الموكّل على نفي الإذن في شراء الوكيل انفسخ العقد، لأنّ الحلف عليه إمارة عدم الرضا بما صدر من الوكيل.

لكن الوجه الأول مدخول: لأنّ عدم الرضا الباطني لا دليل على كونه رداً.

إلّا أنّه يرد على الشيخ في المقام إشكال وهو أنّه قال في صدر المسألة: إذا علم البائع أنّ المالك يكون راضياً بالبيع، وكان الرضا باقياً إلى بعد العقد ولو أنا ما يحكم بالصحة، وكان خارجاً عن دائرة الفضولي، فاللازم عليه حينئذ أن يقول

صور بيع الفضولي، الصورة الثانية: أن يسبقه منع المالك ..... ٤٧١

البطلان، من جهة أن الرضا إن كان كافياً بعد العقد ولو أنا ما وكان موجِباً لخروجه عن دائرة الفضولي، كذلك الكراهة والمنع الباقي بعد العقد كافٍ في الرد، ويكفي للحكم بالبطلان.

والوجه الثاني أيضاً مدخول: لأن الدليل على صحّة الفضولي لم يكن منحصراً في خبر العروة، بل صحيحة محمد بن قيس كانت دليلاً على الصحّة، وتلك الصحيحة بملاحظة ترك الاستفصال فيها يدل على الصحّة في الصورة المفروضة أيضاً، مع كون المقام مشمولاً للعمومات بعد صيرورة العقد عقداً للمالك بملاحظة إجازته.

فعمدة المطلب في المقام هو أن العقد هل يصير عقداً للمالك بعد إجازته، ويصحّ استناد العقد إليه، حتى يكون مشمولاً لـ ﴿أحلّ الله البيع﴾ و ﴿وأوفوا بالعقود﴾ أو لا يصير العقد بعد الإجازة عقداً له عرفاً؟ فلا يكون مشمولاً للعمومات.

ولكن الظاهر هو الأول، ولكن الصحيحة لا إطلاق لها، بملاحظة ترك الاستفصال، لظهور قوله: «باعها ابني، بغير إذني» في غير صورة المنع. والوجه الثالث أيضاً مدخول: لأنّ الحلف يكون إماراً عدم الرضا، فالمشهور هو ما سلكه المشهور من الحكم بالصحّة في هذه الصورة أيضاً.

**الصورة الثالثة:** أن يبيع الفضولي لنفسه، وذلك تارة يسبقه المنع من المالك، وأخرى لا يسبقه المنع من المالك، وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب، وقد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع، والمشهور حكموا بالصحّة في ذلك أيضاً، والعمدة في ذلك هو أن يقال: إن بيع الفضولي لنفسه بعد إجازة المالك هل يصير بيعاً وعقداً للمالك ويصحّ استناد العقد والبيع إلى المالك، حتى يكون مشمولاً لـ ﴿وأوفوا بالعقود﴾ و ﴿أحلّ الله البيع﴾؟ أو لا يصير البيع والعقد عقداً له بعد إجازته، فلا يكون مشمولاً للإطلاقات والعمومات الواردة.



وقد ذكروا على الصحة وجوهاً، لكنّها تكون محلّ الخدشة.  
وقد ذكروا للبطلان أيضاً وجوهاً، لكن العمدة منها اثنان، الأول: أنّ الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة والمبادلة، لأنّ ماهية المعاوضة عبارة عن دخول العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوّض، فلا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر، فالفضولي إذا باع المال لنفسه لا يصدق عليه البيع جداً.

والأولى أن يورد عليه: بأنّه يصدق عليه المبادلة، للتبادر، وعدم صحّة سلب المبادلة عنه عند العرف، ولا يكون من مقومات المبادلة، وحقيقة المعاوضة عند العرف دخول العوض في ملك من خرج عن ملكه الآخر جداً.

وقد أجاب الشيخ رحمته عن الإشكال بما حاصله، أنّ الجواب مبني على جعل الغاصب نفسه مالاً حقيقياً، والمعاوضة المتفرّعة على هذا الجعل تكون حقيقة، نظير المجاز الادّعائي في الأصول<sup>(١)</sup> وكما أفاد السكاكي.

لكن فيه ما لا يخفى: لعدم إمكان توليد الحقيقية عن المجاز، وبالإدعاء لا يثبت ما ادّعاه المستشكل من الحقيقة، وأنّ حقيقة المعاوضة عبارة عن دخول العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوّض، فلو قلنا بصحّة ما أفاده السكاكي في محلّه لكنّه في المقام لا يصحّ المطالب، لعدم استعمال في البين.

الثاني: أنّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه فإن تعلّقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافياً لصحّة العقد، لأنّ معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلث بإجازته، وإن تعلّقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف لا إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، والمجاز غير منشئ.

وقد أجاب عن هذا المحقّق القمي بما حاصله: أنّ الإجازة في ذلك تكون

صور بيع الفضولي، الصورة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه ..... ٤٧٣

بمنزلة عقد جديد، كما هو أحد الأقوال في المسألة<sup>(١)</sup>.

ولكنه يكون محلّ الخدشة، أما أولاً: من جهة أنه يلزم أن يقع البيع بالألفاظ الكنائية، مثل «أجزت» وأمثاله.

وثانياً: يلزم أن يخرج من عهده الإجازة الإيجاب والقبول للمشتري وبعبارة أخرى: يلزم أن يصير المركّب بسيطاً، وهو باطل جداً.

ويمكن أن يجاب عن الإشكال ويحكم بالصحة في الصورة المفروضة، بأنّ البائع الفضولي والمشتري قاصدان للتمليك والتملك، والداعي للفضولي يكون هو بيع المال لنفسه والتصرف في ثمنه، ولو كان هذا الداعي جزءاً لإنشاء الفضولي، ولكن جزئية الداعي يكون كالحجر بجنب الإنسان.

وبعبارة أخرى: حقيقة البيع ليس إلا المبادلة والتمليك والتملك، والفضولي يقصد التمليك، وقصده للتصرف في الثمن يكون كالحجر بجنب الإنسان، والمشتري يشتري المال من أيّ شخص كان، وليس له نظراً إلى خصوصية البائع، بل نظره يكون إلى أخذ المال وإعطاء الثمن، فإذا تعلقت الإجازة من المالك بمضون العقد يصير العقد عقداً للمالك، ويكون مشمولاً للعمومات والإطلاقات الواردة؛ ويمكن أن يكون هذا هو مراد المحقق القمي<sup>رحمته</sup> من جوابه عن الإشكال، فإن كان مراده من جوابه هذا لا يرد عليه شيء مما تقدّم آنفاً.

وقد أجاب الشيخ<sup>رحمته</sup> (٢) عن الإشكال بما حاصله: أنّ الفضولي إنّما قصد تمليك المثلث للمشتري بإزاء الثمن، وأما كون الثمن مالا للفضولي أو لغيره فإيجاب العقد ساكت عنه، ولو كان قصد الفضولي تملك الثمن، لأنّ هذا القصد غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب، ولا يكون جزء المعاوضة، فالمالك إذا أجاز المعاوضة كان العقد عقداً له، وكان مشمولاً للإطلاقات، فالعوض منتقل إلى

(٢) المكاسب ٨: ٢٣٤.

(١) نقلاً عن المكاسب ٨: ٢٣٢.

المالك بعد الإجازة، وبعد إمضائه لمضمون العقد جداً.

إن قلت: هذا خارج عن محلّ الفرض، لأنّ المفروض أنّ الفضولي باع المال لنفسه.

قلت: معنى بيعه لنفسه أنّه بعد بنائه على أنّه يملك المثلث بنياً على تملكه، كان لازم ذلك هو البناء على تملك الثمن، وليس معنى بيعه لنفسه إلا هذا.

إن قلت: هذا لا يصحّ حقيقة المعاوضة بالمعنى المتقدم من دخول العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوّض.

قلت: والمصحّح لذلك يكون هو بناء الفضولي وادّعاءه، لكن قد عرفت الإشكال فيه، من عدم إمكان توليد الحقيقة عن المجاز، مع أنّ قصد البائع الفضولي البيع لنفسه إن لم يكن مأخوذاً في مفهوم الإيجاب لا تتحقّق المعاوضة الحقيقية على مختار الشيخ رحمته الله.

الحاصل ما أفاده من أنّ إيجاب البيع ساكت عن أنّ الثمن يكون مالاً للبائع الفضولي أو غيره، مدخول: لتضمّنه الإسناد إلى البائع الفضولي ولو ضمناً، وإلا تتحقّق المعاوضة الحقيقية على مختاره رحمته الله وكيف كان البيع الفضولي محكوم بالصحة في المسائل الثلاث.

ثمّ لا فرق على القول بالصحة بين كون مال الغير عيناً أو في ذمّة الغير، كما أنّه لا فرق في الصحة بين البيع العقدي والمعاطاة، بناءً على إفادتها للملك، وكانت صحة المعاطاة على طبق القاعدة، بمعنى كونها مشمولة للعمومات، كما هو الحق، لا على خلاف القاعدة، مثل أن تكون المعاطاة محكومة بالصحة من ناحية السيرة، لأنّ القدر المتيقّن من قيام السيرة على صحة المعاطاة هو قيام السيرة على صحتها في غير الفضولي.

## الكلام في الإجازة والرّد

والكلام في الإجازة يكون من جهات: تارة يقع الكلام في حكمها وشروطها، وأخرى في المجيز، وتارة أخرى في المجاز، فإن كان الحكم في البيع الفضولي هو البطلان فلا كلام فيه، ولكن إن كان محكوماً بالصحة بعد إجازة المالك فقد وقع الخلاف في أنّ الإجازة هل هي كاشفة أو ناقلة، وكونها كاشفة يتصور على أنحاء ثلاثة: الأول: أن تكون شرطية الإجازة من قبيل الشرط المتأخر.

الثاني: أن تكون شرطية الإجازة من قبيل الوصف المقارن، فتكون العلة العقد الملحق بالإجازة.

الثالث: الكشف الحكمي، بأن يكون الثمن باقياً على ملك مالكة، وهكذا المثلث أيضاً كان باقياً على ملك مالكة، ولكن ينتقل نماء كل منهما إلى الآخر. وعلى أي حال فقد استدلّ للكشف بوجوه: الأول: أنّ العقد علة تامّة للملك، لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ حيث جعل الشارع موضوع وجوب الوفاء هو العقد فقط لا مع الانضمام إلى شيء آخر، وإلا إن كان الموضوع هو العقد مع شيء آخر لذكره، وكون العقد علة تامّة يستكشف بعد الإجازة، ويؤيده الوجدان، بأنّ الإجازة إن لم تكن إجازة للعقد السابق لم تكن الإجازة إجازة وإمضاءً للعقد السابق عند العرف.

الثاني: أنّها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود وهو محال.

الثالث: أنّ الإجازة متعلّقة بالعقد فهو رضى بمضمونه لا اللفظ، لأنّه يكون من الأمور المتصرّمة، والمضمون ليس لأنقل العوضين من حين العقد.

الرابع: أنّ العقد الواقع جامعة لجميع الشروط، وكلّها حاصلة لإرضى المالك، فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله.

لكن يورد على الوجه الأول: بأنّ الآية المباركة ولو تدلّ على علية العقد وأنّه

سبب تام للنقل، إلا أن الآية تكون مخصصة بالأدلة الدالة على اعتبار الرضا، وأن للرضا مدخلية للنقل، مثل قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه»<sup>(١)</sup> بل القرآن دال على مدخليته، مثل: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾<sup>(٢)</sup>.

ولو كان العقد علة تامة للنقل لأثر أثره في مورد السلم والسلف قبل القبض، والحال أنه قبل القبض في السلم والسلف لا يكون علة تامة للنقل باعتراف من المستدل، ومن يقول بعليته للنقل.

والوجه الرابع أيضاً مدخول: لأن رضا المالك إذا كان من جملة الشروط فلا يعقل حصول النقل والانتقال قبل الشرط، حيث إنه كما يستحيل تقدم المعلول على جميع أجزاء العلة كذلك يستحيل تقدمه على بعض أجزاء علته، فهذا الوجه بظاهره يكون محلّ الخدشة، لكن يمكن أن يوجه كلام الشهيد<sup>(٣)</sup> بوجه لا يرد عليه هذا الإشكال، بأن لا يكون الاستثناء في كلامه متصلاً، ولو كان ظاهره ذلك بل كان الاستثناء منقطعاً، أي إذا جاء رضا المالك وحصل الإجازة يستكشف من ذلك تمامية العلة.

### تحقيق حول الشروط

وقد يوجه كلام الشهيد بوجه آخر، وهو أن يقال: بأن التفرقة بين الشروط الشرعية وبين الشروط العقلية بجواز التقدم في الأول، لأن الشروط الشرعية جعلها يكون بيد الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المشروط على الشرط، والمعلول على العلة، كغسل الجمعة يوم الخميس، وإعطاء الفطرة قبل وقته، ومثل غسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة، ومثل غسل العشائين

(١) عوالي اللئالي ٢: ١١٣ ح ٣٠٩ (٢) سورة النساء (٤): ٢٩. (٣) شرح اللمعة ٣: ٢٢٩.

لصوم اليوم الماضي على القول به.

لكنه مدخول: من جهة أنه بعد أن يكون تقدّم المشروط على الشرط محالاً، و هكذا تقدّم المعلول على العلة لا فرق فيه بين العقليّات والشرعيّات، فما ورد من الشارع ممّا يوهم ظاهره تقدّم المسبّب على السبب، والمشروط لا بدّ من تأويله وتوجيهه، إمّا بأن يقال: أنّ غسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة ولو يكون في هذا العالم متأخراً، ولكن الصوم والغسل مجتمعان في روح هذا العالم ومتقارنان، كما أفاده المرزا الشيرازي رحمته الله في الشرط المتأخّر<sup>(١)</sup>.

أو يقال: بأنّ المصلحة يكون في الصوم الذي يكون طرف الإضافة للغسل المتأخّر، كما أفاده العلامة الخراساني في الشرط المتأخّر<sup>(٢)</sup>.

أو يقال: إنّ الشرط ليس تأخّر ذات الغسل، بل الشرط عبارة عن تأخّر الغسل بوصف كونه متأخراً عن الصوم، ولا إشكال أنّ هذا الأمر الانتزاعي أمر مقارن مع الصوم، كما أفاده العلامة الأنصاري رحمته الله في الشرط المتأخّر<sup>(٣)</sup>.

لكن يمكن توجيه كلام صاحب الجواهر<sup>(٤)</sup> من التفرقة بين الشروط الشرعيّة والعقليّة، بأن يكون مراده من التفرقة بين الشروط الشرعيّة والعقليّة بجواز تقدّم المشروط الشرعي على شرطه دون العقلي، بحمل العلل والشروط الشرعيّة على المعرفيّة، يعني إذا حصل الغسل بعد الفجر يكشف ذلك عن أنّ المشروط والصوم كان مع الشرط، غاية الأمر لا يكون لنا العلم بذلك الشرط.

إلا أنّ قياس المقام على الموارد المتقدّمة قياس مع الفارق، حيث إنّه ورد الدليل على الصحّة في الموارد المتقدّمة من أول الأمر، فإذا حصل الشرط كان حصوله كاشفاً عن أنّ المشروط كان مع الشرط، ولكن في المقام ما ورد الدليل على صحّة عقد الفضولي من أول الأمر قبل إجازة المالك حتى يستكشف من

(١) تقريرات المرزا حسن الشيرازي (١٣١٢) للمولى على الروزدرى ١: ٢٧٠.

(٢) الكفاية ١: ١٤٥ (٣) المكاسب ٨: ٢٨١. (٤) الجواهر ٢٢: ٢٨٦.

إجازة المالك عن أن المشروط والنقل والانتقال كان مع الشرط، فلا بد من أن نقول: بأن الإجازة من المالك ناقله لا كاشفة.

مع أن ما ذكرنا في توجيه كلام صاحب الجواهر رحمته الله - ولو بعض فقرات كلامه يشهد عليه، مثل قوله: فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب على السبب<sup>(١)</sup> إلا أن ذلك يكون مخالفاً لظاهر الأدلة، حيث إن الأدلة الواردة تدل على أن ذات الطيب والإجازة لها مدخلية في النقل والانتقال.

كما أن جعل الشرط تعقب الإجازة ولحوقها بالعقد مخالف لظاهر الأدلة، حيث إن الاستفادة من الأدلة ليس إلا شرطية ذات الإجازة والرضا، لا الأمر الانتزاعي. وقد قال السيد الطباطبائي في حاشيته على المكاسب في هذا المقام: إن الإجازة كاشفة عن الرضا والطيب التعليقي<sup>(٢)</sup> وهو أيضاً مدخول، لمخالفته لظاهر الأدلة.

**فالحق**، في رد هذا الوجه ومدخليته - كما عرفت - هو أن يقال: إن العقد ليس علة تامة للنقل، بل الآية مخصصة بالآية الأخرى، وهي قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾<sup>(٣)</sup> ومثل قوله: «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه»<sup>(٤)</sup>.

وقد أورد على الوجه الثالث أولاً: بما حاصله أن الإجازة وإن كانت رضى بضمون العقد، إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه، والزمان لا يكون جزء مدلول العقد حتى يتعلّق الإجازة بذلك النقل المقيد بكونه في زمن الإنشاء، بل مضمون العقد ليس إلا النقل مجرداً عن لحاظ وقوعه في زمان، وإنما الزمان يكون من ضروريات إنشاء المنشئ، كما هو الحال في كل حادث من الحوادث الواقعة في هذا العالم، حيث إن كل حادث يحتاج قهراً إلى الزمان والمكان أو

(٣) سورة النساء (٤): ٢٩.

(١) الجواهر ٢٢: ٢٨٦. (٢) حاشية المكاسب / ١٤٩.

(٤) عوالي اللئالي ٢: ١١٣ ح ٣٩.

المحل.

**وبالجملة:** الزمان ظرف في المقام للنقل لا قيد له، فإجازة ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه من المجيز في زمان الإجازة، ولأجل ذلك لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أن القبول ليس الأرضى بمضمون الإيجاب. وأيضاً لأجل ذلك لا يكون فسخ العقد إلا انحلاله من زمانه، لا من زمن العقد. **وثانياً:** على فرض أن يتعلّق الإجازة بالنقل المقيد لا دليل على إمضاء مثل تلك الإجازة، لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف للعاقِد، والمالك لا يصير عاقداً إلا بعد الإجازة، ومن المعلوم أنّ الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي، فما لم يجب الوفاء فلا ملك، فلا بدّ أن تكون الإجازة ناقلة لا كاشفة.

**وثالثاً:** على فرض تسليم أن يكون مضمون العقد النقل المقيد، وعلى فرض دلالة الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك، وأنّ العقد السابق محكوم بالصحة، لكن بعد أن لم يكن للعقد أثراً قبل الإجازة، فكيف تعطيه الإجازة صفة التأثير والمؤثريّة؟ بل غير معقول.

لكن الردّ الثالث مردود: لأنّ العقد لم يكن فيه اقتضاء عدم التأثير حتى لا يمكن أن تعطيه الإجازة صفة التأثير والمؤثريّة، بل العقد كان فيه اقتضاء التأثير، غاية الأمر لم يكن أثره فعلياً، فإذا حصلت الإجازة أثار العقد أثره الفعلي.

والردّ الثاني أيضاً مدخول: لأنّ الإجازة لا يتعلّق بشيءٍ أجنبي غير العقد، بل الإجازة يتعلّق بالعقد الماضي، فإذا تعلّقت الإجازة به كان ذلك العقد عقداً للمالك، فكان الواجب عليه الوفاء بذلك العقد، وكان النقل وحصول المملكيّة من حين العقد، لا من حين الإجازة مع أنّ هذا منتقض بإجازة الفضولي، كأن يوجر عمرو ملك زيد فضولياً بثالث في مدّة سبعة أشهر، فإذا أجاز زيد تلك الإجازة بعد انقضاء المدّة لا إشكال عندهم في كاشفيّة الإجازة في ذلك.

والردّ الأول أيضاً يكون محلّ الخدشة، أمّا أولاً: من جهة أنّ المتبادر من العقد



عند العرف ليس إلا العقد المقيّد بالزمان.

**وثانياً:** على فرض أن لا يكون الزمان قيداً، بل كان الزمان ظرفاً للنقل، لكن الزمان شخص له، فالإجازة يتعلّق بذلك الموضوع المشخّص بتلك الخصوصية، وتنظير المقام بالقبول والفسخ لا وجه له، بل قياس مع الفارق. أما الفسخ من جهة أنّه لا يكون معناه إلا انحلال العقد من حين الفسخ لا من حين العقد.

وأما القبول من جهة أنّه يكون من أركان العقد؛ فإذا لم يوجد القبول ولم يصدر من القابل لم يتحقّق العقد.

ونظير ما أفاد الشيخ في المقام من أن الزمان لا يكون قيداً للمنشئ<sup>(١)</sup> أوردوا على القائلين بأنّ الأمر يدلّ على الفور، وحيث قالوا إنّ الإنشاء يكون في مثل إضرب زيدا يكون في الحال، والزمان قيد للمنشئ، فالأمر يدلّ على الفور، والشيخ رحمته الله يعترف بأنّ الزمان إن كان قيداً في مسألة الأمر يدلّ على الفور، وفي المقام أيضاً إن كان قيداً تكون الإجازة كاشفة لا ناقلة.

لكنّه مخدوش: لوضوح الفرق بين المسألتين، من جهة أنّه في مسألة الأمر تكون في البين أمور ثلاثة: الإنشاء، والمنشئ وهو الطيب، ومتعلّق الطلب وهو الضرب، ولكن في المقام شيان: الإنشاء والمنشئ؛ ففي مسألة الأمر ولو كان الزمان قيداً للمنشئ لا يدلّ الأمر على الفور، ولكن في المقام إن كان الزمان قيداً للمنشئ فالإجازة تكون كاشفة، فقياس الأمر على المقام قياس مع الفارق.

ثمّ يمكن الخدشة في الوجه الثاني بوجوه، الأول: أنّه معارضٌ بالمثل من جهة أنّ الإجازة إن كانت كاشفة أيضاً يلزم تأثير المعدوم في الموجود، بملاحظة أنّ الإجازة لم تكن موجودة حين العقد.

**الثاني:** أنه منقوض بمثل القبول في جميع العقود، حيث إن الألفاظ في طرف الإيجاب تكون من الأمور المتصرمة، ولا فرق في محالية تأثير المعدوم في الموجود بين طول المدّة وقصرها.

**الثالث:** أن العقد ولو يكون من الأمور المتصرمة، إلا أنه تولد من العقد شيء يبقى ويستمر من حين العقد إلى حين الإجازة وهو النقل الانشائي، فلا يلزم تأثير المعدوم في الموجود، وهذا الوجه متين في غاية المتانة، إلا أنه يكون خلاف الظاهر من الأدلة.

### أدلة القول بكون الإجازة كاشفة

**فالحق:** هو أن الإجازة كاشفة لا ناقلة، وتدلّ على ذلك صحيحة محمد بن قيس المتقدمة، لكن الكشف يكون على صور وأنحاء، **الأول:** أن يكون العقد علة تامة للنقل، والإجازة كانت أمراً تعدياً لم يكن لها دخلاً في التأثير أبداً، لكنّه خلاف الظاهر من الأدلة.

**الثاني:** أن تكون الإجازة كاشفة عن الرضى التقديري، وهو أيضاً خلاف الظاهر من الأدلة.

**الثالث:** أن تكون الإجازة كاشفة عن خصوصية كانت مقارنة مع العقد المعلومة عند الله تعالى المجهولة عندنا.

لكنّه أيضاً يكون محلّ الخدشة: من جهة أن تلك الخصوصية إن كانت لا تكون أمراً آخر غير الرضا.

**الرابع:** أن الإجازة ولو تكون متأخرة عن العقد في هذا العالم، إلا أن الإجازة والعقد متقارنان في روح هذا العالم، وفي وعاء الدهر.

لكنّه أيضاً مدخول، أما **أولاً:** من جهة رجوع ذلك إلى الشرط المقارن.

**وثانياً:** يكون الكلام في الشرائط المتعلقة بهذا العالم لا الآخرة.

**الخامس:** أن تكون الإجازة كاشفة عن الإمر الانتزاعي وعن العقد الملحق بالإجازة.

**السادس:** أن تكون الإجازة كاشفة عن أن العقد مشروط بالشرط المتأخر بوصف كونه متأخراً.

والكشف الحكمي يتصور على نحوين، **الأول:** أن يكون الثمن والمثمن كل واحد منهما باقياً على صاحبه إلى حين الإجازة، إلا أن نماء المثمن كان للمشتري من حين العقد ونماء الثمن للأصل كذلك.

**الثاني:** أن يصير إجازة المالك ذلك العقد المتقدم للمالك، وينقلب العقد عما هو عليه.

وبعبارة أخرى: كانت إجازة المالك منشاءً لانقلاب العقد عما هو عليه من حين وقوعه.

**فاليعلم:** أن هذه الصور المتصورة للكشف بكلا قسميه من الحقيقي والحكمي، أي صورة يكون المراد في هذا المقام؟ أما الكشف الحكمي بالمعنى الثاني فهو غير معقول، لأن العقد يلزم أن يكون مؤثراً وغير مؤثر، وأن يفيد النقل والملك للمشتري، وغير مفيد للمالك وبالعكس.

وبعبارة أخرى: يلزم اجتماع المالين على ملك واحد، كما قال صاحب الجواهر رحمته الله (١).

والحق والتحقيق في المقام: هو أن المراد من الكشف يكون هو الحقيقي، لكن بمعنى أن يكون الشرط عبارة عن لحوق العقد وتعقبه بالإجازة، كما هو مراد المشهور من الكشف.

وحاصل البيان في ذلك أن الحكم بصحة الفضولي إما أن يكون على طبق

القاعدة كما هو الحق، أو على خلاف القاعدة، فعلى الأول يكون معناه أن العقد بعد إجازة المالك يصير عقداً له، ولما صار العقد عقداً له لا بد من أن نلتزم بأن الشرط عبارة عن الأمر الانتزاعي، وعن لحوق العقد وتعقبه بالإجازة؛ فالشرط عبارة عن الإجازة المتأخرة والرضى اللاحق بوصف تأخره، وهذا أمر مقارن مع العقد، فلا يلزم تقديم المعلول والمشروط على العلة والشرط، ولا يلزم المحال العقلي، وبعد ورود الدليل على الصحة لا بد من الالتزام بهذا التأويل.

ولكن على الثاني القول بالكشف يكون أوضح، من جهة أنه بعد الجمع بهذا بين الأدلة الدالة على اعتبار الرضا والطيب وبين الأدلة الدالة على صحة الفضولي، كالأخبار الواردة في نكاح الفضولي المعللة بأنه «لم يعص الله وإنما عصى سيده، فإذا أجاز جاز» وليست الإجازة إلا الرضا بوصف تأخره، لأن العناوين التي تكون في المقام لا تكون أزيد من الإذن والرضا والإجازة، والمفهوم من كل واحد مغاير مع مفهوم الآخر، حيث إن المفهوم من الأول عبارة عن التقدّم، ومن الثاني التقارن، ومن الثالث التأخر.

والأخبار الواردة في باب البيع مثل صحيحة محمد بن قيس وأمثال ذلك يظهر ما ذكرنا من الكشف الحقيقي، لأنّ قوله: «خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك» ظاهر في الكشف، لكن لا ظهور لهذه العبارة في الحقيقي، بل ظاهر في الكشف في الجملة.

نعم، صحيحة أبي عبيدة الحذاء الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً، الأمرة بعزل من الزوج المدرك الذي أجاز فمات للزوجة الغير المدركة حتى تدرك وتحلف ظاهرة في الكشف الحقيقي، لوجوه، الأول: أن الإجازة إن لم تكن كاشفة لم يكن معنى للعزل، لمخالفته لقاعدة السلطنة.

الثاني: أن الإجازة لا بد وإن تكون كاشفة، وإلا لم يكن معنى لوجوب العزل لمخالفته مع مفاد الأصل، لأنّ مفاد الأصل في المقام عبارة عن عدم تحقّق الإجازة.

بيانه: أن الصغيرة الموجودة ولو من جهة المسامحة في الموضوع ما تحققت منها الإجازة، فالأصل هو بقاء هذا العدم على عدمه.

**الثالث:** أن إجازة الزوحة لا بد وأن تكون كاشفة، وإلا يلزم أن يكون العزل مخالفاً لقاعدة: «كل ما تركه الميت من مال أو حق فلوارثه» فحينئذ يدور الأمر بين مخالفة قاعدة واحدة - إن قلنا بأن الإجازة كاشفة - وبين مخالفة القواعد المتقدمة إن كانت الإجازة ناقلة، ولا إشكال في أهوية الأول وتقدمه على الثاني؛ إلا أن حمل الإجازة على الكاشفية في الرواية يكون بملاحظة عدم مخالفة تلك القواعد، لكن الرواية ليست ظاهرة في الكاشفية.

ثم، بناءً على مذهب الشيخ لا بد من حملها على معنى آخر، لأنه قال: إن الإجازة بحسب القواعد الأولية تكون ناقلة<sup>(١)</sup> لشبهة أن ما وقع غير مؤثر يستحيل أن ينقلب عما هو عليه وغيرها، فلا بد على هذا المسلك أن يقال إن الإجازة ناقلة، لكن الحكم بوجوب العزل يكون من باب الاحتياط.

ثم على فرض أن تكون الرواية ظاهرة في الكاشفية لا بد من الاقتصار على موردها ولا تدل على الكاشفية في جميع الموارد حتى في البيع إلا بإجماع المركب، والحال أن ادعاء العكس أولى بأن يقال إن الإجازة في البيع بحسب القواعد الأولية ناقلة، ففي مورد العزل تكون كذلك.

**الحاصل والحق:** أن الإجازة كاشفة بحسب القواعد الأولية كما عرفت، كما تكون الإجازة كاشفة بحسب الأخبار والقواعد الثانوية مثل صحيحة محمد بن قيس المتقدمة، وصحيحة أبي عبيدة الحذاء.

ولا يمكن أن يقال بأن وجوب العزل يكون بملاحظة أن المال يكون باقياً على ملك الميت، لأن الميت بالموت يخرج عن الأهلية والمالكية.

ثم الشيخ رحمه الله اختار الكشف الحكمي بالمعنى الغير الانقلابي، بملاحظة الجمع بين الأدلة وبين الوجه العقلي الذي ذكره، لامتناع الكاشفة من أن ما وقع غير مؤثر محال أن يقع مؤثراً وتوجد فيه صفة التأثير والمؤثرية<sup>(١)</sup>.  
ثم إن كلامه ظاهر بل صريح في أن الإجازة بحسب القاعدة ناقلة، إلا أن الأخبار ظاهرة في الكشف.

ويرد عليه أن البرهان العقلي إن كان مصاعداً على النقل لابد حينئذ من تأويل الأخبار والتصرف فيها، وكيف كان الاستدلال للقول بالنقل أولاً: بالأصل، بأن الأصل عدم انتقال المبيع إلى المشتري، وهكذا الثمن إلى الأصيل إلى زمن الإجازة.

وثانياً: بأن الرضاء له مدخلية، إما لقابلية المحل أو لفاعلية الفاعل، وهذا الرضاء قبل الإجازة لم يكن بموجود.

والأول مدخول، لورود الدليل الاجتهادي على خلافه كما عرفت آنفاً، وهكذا الثاني، من جهة أن الرضاء يتعلّق بمتعلّقه السابق لا بشيء آخر، ويكفي لصحة النقل السابق أن يصير ذلك النقل مرضياً به، وهذا المعنى متحقّق بالإجازة والرضاء.

### ثمرة القول بكون الإجازة كاشفة أو ناقلة

إذا عرفت ذلك، لابد من بيان الثمرة بين الكشف بأقسامه واحتمالاته والنقل، وفي بيان الثمرة بين الكشف الحقيقي والكشف الحكمي الغير الانقلابي.  
أما الثمرة بين الكشف الحقيقي بين أن تكون نفس الإخبار شرطاً - بناءً على تسليم كونه معقولاً - وبين أن يكون الشرط تعقّب العقد بالإجازة، فظهر على مسلك المشهور في معنى الكشف في جواز تصرف كل منهما فيما انتقل إليه

بإنشاء الفضولي إذا علم إجازة المالك فيما بعد، حيث يجوز التصرف لكلٍ منهما على الثاني بملاحظة وجود الشرط دون الأول لعدمه، حيث إن الشرط على الأول لا يكون التعقّب والأمر الانتزاعي، بل الشرط عبارة عن ذات الإجازة ونفسها وهي غير حاصلة.

هذا حاصل ما أفاده الشيخ في بيان الثمرة بين هذين القسمين<sup>(١)</sup>.

ولكنّه يكون محلّ الخدشة: من جهة أنّه على الأول أيضاً لا بدّ من القول بالجواز، بملاحظة أنّ من يجعل الإجازة - كاشفة ولو كانت الإجازة ذاتها شرطاً يقول إذا صدرت الإجازة من المالك يكشف عن أنّ المبيع كان ملكاً للمشتري من حين العقد، فعلى تقدير تسليم معقولية كون الإجازة بذاتها شرطاً لا معنى للتفرقة بين الوجهين في صورة العلم بتحقّق الإجازة فيما بعد.

**فالحقّ:** هو جواز التصرف إذا كان العلم بتحقّق الإجازة من المالك في جميع أقسام الكشف بالمعنى الذي سلك إليه المشهور، ولكن على الكشف بالمعنى المختار من أنّ الإجازة إذا صدرت من المالك يكون في معنى أنّ العقد صار مرضياً له من أول الأمر، فلا يجوز للمشتري التصرف في المبيع ولو علم بإجازة المالك فيما بعد.

نعم، الفرق بين الكشف الحقيقي بالمعنى المختار والحكمي الغير الانقلابي هو أنّه على الكشف بالمعنى المختار يحكم بمالكية المشتري للمبيع ونمائه بعد الإجازة من المالك من أول زمان العقد، بخلاف الكشف الحكمي، حيث يحكم بمالكية نماء المبيع للمشتري من أول زمان العقد، ولكن ملكية المبيع للمشتري تحصل من حين الإجازة.

## الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي

وأما الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي مع كون نفس الإجازة شرطاً في صورة الجهل بتحقق الإجازة فيما بعد، قال الشيخ رحمته الله: يظهر في مثل ما إذا وطىء المشتري الجارية قبل إجازة مالكها فأجاز، فإنّ الوطىء على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً، لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعاً لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه، ولو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقي والحكمي<sup>(١)</sup>.

وقد أورد العلامة الخراساني رحمته الله في المقام بما حاصله<sup>(٢)</sup>: أنه يظهر من كلام الشيخ رحمته الله الفرق بين كون نفس الإجازة شرطاً في صورة الجهل، وبين كون الشرط عبارة عن الأمر الانتزاعي، والحال أنه لا فرق بينهما من حيث الحكم الذي ذكره في بيان الثمرة بين الكشف الحقيقي وبين الكشف الحكمي إلا من حيث كيفية إجراء الأصل، حيث إن الشرط إن كان هو ذات الإجازة، الأصل يجري في نفس الإجازة، وإن كان التعقب الأصل يجري في عدم تحقق التعقب، يعني عدم تحقق مصداقه، وأما مفهومه فموجود حال العقد.

لكن هذا الكلام يكون محلّ الخدشة: من جهة أن إجراء الأصل فيهما يكون بنحو واحد، حيث إن الشك في تحقق التعقب وعدمه ناش عن الشك في تحقق الإجازة، فإذا كان الأصل جارياً في السبب لا يجري في المسبب، فإجراء الأصل في كليهما يكون بنحو واحد وهو عدم تحقق الإجازة.

إلا أن بين كلامه في صورة العلم وبين كلامه في صورة الجهل تهافت واضح، وهو أنه في الصورة المتقدمة أي في صورة العلم حكم بحرمة التصرف واقعاً إذا كان الشرط نفس الإجازة، بناءً على الكشف، وفي صورة الجهل حكم بالحلية



واقعاً بناءً على الكشف، وكون الشرط نفس الإجازة أيضاً، كما لا يخفى على المتأمل.

### الثمرة بين الكشف والنقل

ثم إن القوم ذكروا للثمره بين الكشف والنقل مواضع، منها: النماء، فإنه على الأول بقول مطلق لمن انتقلت إليه العين، وعلى الثاني لمن انتقلت عنه. وللشهيد الثاني في الروضة في المقام كلام يحتاج إلى التوجيه فراجع<sup>(١)</sup>. ومنها: أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على النقل دون الكشف، وهذا مبني على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه.

وقد اعترض عليه المحقق القمي بمنع جواز الإبطال ولو على القول بالنقل، لأن ترتب الأثر على جزء السبب يكون من الأحكام لا الحقوق، فلا يجوز الفسخ للأصيل<sup>(٢)</sup>.

لكنه مدخول: من جهة أن عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب شرط، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجد في وجود الأثر، إلا أن يتمسك بـ ﴿أوفوا بالعقود﴾ وهو مخدوش، لأنه يكون من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

ومنها: جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناءً على النقل، وإن قلنا بأن فسخه غير مبطل لإنشائه.

وربما احتمل عدم جواز التصرف على النقل أيضاً، لعموم وجوب الوفاء

(١) شرح اللمعة ٣: ٢٣٠، وهي قوله: ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز. وجه مراده بأن المقصود من «فهما للمالك» أي نماء الثمن والمثمن للمالك المجيز في صورة كون طرفا العقد فضولين. (٢) المكاسب ٨: ٣١٢.

بالعقد في حق الأصيل، وإن لم يجب في الطرف الآخر.  
 لكنّه مدخول جدّاً: من جهة أنّ الإجازة على هذا القول له مدخل في العقد، فما  
 لم يتحقّق لم يجب الوفاء، وأمّا على الكشف فلا يجوز التصرف فيه.  
 وقال صاحب الجواهر رحمته الله (١) بجواز التصرف على القول بالكشف أيضاً، لأنّ  
 مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع لا يقدح في السلطنة الثابتة له.  
 نعم، إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرف مناف لانتقال المال إلى  
 المجيز، فيأخذ المال مع بقائه وبدله مع تلفه.

وقد أورد عليه الشيخ رحمته الله بقوله: 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 الإجازة (٢).  
 لكن هذا الإيراد مردود: من جهة أنّ المقام إن كان مشمولاً للعمومات لا معنى  
 للتفكيك بين الآثار، وإن لم يكن مشمولاً يجوز التصرف في كلا الطرفين،  
 ولا يجب الوفاء بالنسبة إليهما، وعلى المشهور في معنى الكشف من كون نفس  
 الإجازة المتأخّرة شرطاً لا يجب الوفاء بالعقد إلا إذا تحقّق الكاشف، فلا يجب  
 الوفاء إلا بالعقد المنكشف بكاشف، فيجوز التصرف بمقتضى أصالة عدم الإجازة.  
**فالحقّ:** هو ما أفاده صاحب الجواهر رحمته الله.

ثمّ إنّ الشيخ جعفر صاحب كشف الغطاء ذكر ثمرات آخر، منها: ما لو انسلخت  
 قابليّة الملك عن أحد المتبايعين بموته قبل إجازة الآخر، أو بعروض كفر بارتداد  
 فطري أو غيره، مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً، فيصحّ حينئذ على الكشف  
 دون النقل، وكذا لو انسلخت قابليّة المنقول بتلف أو عروض نجاسة له مع ميعانه  
 إلى غير ذلك، وفي مقابله ما لو تجددت القابليّة قبل الإجازة بعد انعدامها حال

العقد، كما لو تجددت الثمرة وبدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة، وفيما قارن العقد فقد الشرط ثم حصلت، وبالعكس<sup>(١)</sup>.

وقد أورد صاحب الجواهر رحمته الله على الأول بإمكان دعوى ظهور الأدلة في اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الكشف<sup>(٢)</sup>.

وقد أورد الشيخ على صاحب الجواهر بما حاصله من الحلّي والنقضي، أمّا حاصل الجواب الحلّي: هو أنه لا يعتبر استمرار القابلية، لظهور بعض الأخبار بل صريحها في عدم الاعتبار بالنسبة إلى حياة المتعاقدين حال الإجازة، مثل فحوى خبر تزويج الصغيرين، وإطلاق رواية عروة.

وأما النقضي: فقد انتقض المقام بالإجازة المتعلقة بالبيع الأول من البيوع المتعاقبة، حيث إنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحّة الجميع مع عدم بقاء مالكيّة الأول مستمراً<sup>(٣)</sup>.

ولكن لا يرد على صاحب الجواهر شيء من ذلك، أمّا مدخوليّة النقضي فواضحة، من جهة أن العين في مشكلة الأيدي موجودة قابلة للنقل والانتقال والتملك والتملك، بخلاف المقام، فقياس المقام على مسألة الأيدي قياس مع الفارق وأما الحلّي كذلك؛ أمّا رواية عروة يمكن أن يقال: إن النبي صلّى الله عليه وآله كان عالماً بحياة البائع أمّا وجداناً أو تنزيلاً وبالاستصحاب، مع أنك قد عرفت الإشكال في هذه الرواية، من أن المشتري كان وكيلاً مطلقاً عن قبل النبي صلّى الله عليه وآله أو كان عالماً برضاه.

وأما خبر الصغيرين، لا يكون دليلاً على المدعى، لوروده مورد النكاح، وقد عرفت أن الأولوية تكون على العكس، بل رواية محمد بن قيس صريحة في حياة المتبايعين، ولا إطلاق للأخبار الواردة بالنسبة إلى هذه المرحلة، كما لا يخفى.

(١) نقلاً عن المكاسب ٨: ٣٢٧ - ٣٢٨. (٢) الجواهر ٢٢: ٢٩١. (٣) المكاسب ٨: ٣٣٠.

ولابد من التكلم في جهات، **الأولى**: في أنه لا يكون النزاع في كون الإجازة ناقلة أو كاشفة مبنياً على الخلاف في معنى الإجازة، بل النزاع واقع، ولولا يكون الخلاف في معنى الإجازة، والإجازة لا تكون معناها إلا الإمضاء، فالمنشأ لهذا الخلاف يكون الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقود وغير ذلك، وعلى هذا إن كان مقتضى الأدلة هو الكشف وكان صدور الإجازة من المالك بهذا النحو لا إشكال في الصحة، وكذا إن كان مقتضى الأدلة هو النقل وكان صدور الإجازة من المالك على نحو النقل، وكذا إذا أجاز على الإطلاق؛ ولكن إن كان مقتضى الأدلة هو الكشف، وكان صدور الإجازة منه على نحو النقل، الأقوى هو البطلان، لأن المجاز غير واقع، وما وقع غير مجاز، وكذا إن كان مقتضى الأدلة هو النقل، وكان صدور الإجازة منه على نحو الكشف؛ كما هو واضح.

**الجهة الثانية:** في أن الإجازة هل تتحقق بالرضا الباطني؟ كما سلك إليه الشيخ رحمته الله <sup>(١)</sup> من جهة العمومات المتمسك بها لصحة الفضولي، ومن جهة ما ورد في عدة أخبار من أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج العبد إقرار منه له عليه، ومن جهة أنه صرح غير واحد بأنه لو رضى المكره بما فعله صح، ولم يعبروا بالإجازة، ومن جهة ما ورد فيمن زوجت نفسها في حال السكر: أنها إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فذلك رضى منها.. <sup>(٢)</sup> حيث يظهر منه أن المناط يكون هو الرضا، ولا يظهر منه الرضا المقيّد بالكاشف.

لكن هذه الوجوه كلها تكون محلّ الخدشة: أما العمومات المتمسك بها لصحة الفضولي فلا معنى للتمسك بها في المقام، من جهة الشك في أن الرضا الباطني هل يكون موجبا لصيرورة العقد عقداً للمالك أو لا؟ والتمسك بها يكون فرع هذا الصدق، كما أن قياس المقام بالمكره قياس مع الفارق، من جهة أنه إذا تحقق

(١) المكاسب ٨: ٣٣٩. (٢) الوسائل ١٤: ٢٢١ ح ١.

الرضا الباطني من المكره يصح استناد العقد إليه، حيث إن العقد قد صدر من نفسه لا من غيره بخلاف المقام.

وقد انقذ من ذلك السرّ في عدم التزام الأصحاب بكفاية الرضا الحاصل قبل العقد من المالك، فالإجازة لا تتحقّق إلا بالكاشف والإنشاء، ولو كان الإنشاء عبارة عن الإنشاء الإضماري والحديث النفسي.

أو تحقّقها يحتاج إلى كاشف، كما سلك إليه المشهور، أعمّ من أن يكون ذلك الكاشف قرينة حالية أو مقالية، أو يحتاج إلى الكاشف اللفظي، كما ذهب إليه بعض؟.

وقد استدل على اعتباريّة اللفظ بوجوه، منها: أنّ الإجازة تكون كالبيع، وقد قام الإجماع على اعتبار اللفظ في النواقل اللازمة، خصوصاً على القول بالنقل وكون الإجازة عقداً مستأنفاً.

ومنها: أنّ المحلّية والمحرّمية منحصرة في اللفظ والكلام، لما رواه الكليني عن ابن أبي عمير، عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج أو ابن نجيج قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني ويقول: اشتر لي هذا الثوب وأربحك كذا وكذا، فقال: «أليس إنشاء أخذ وإنشاء ترك؟ قلت: بلى، قال: «لا بأس، وإنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام...»<sup>(١)</sup>.

لكن هذان الوجهان مدخولان، أمّا الأول: من جهة أنّ الإجازة لا تكون من العقود، بل تكون من الشروط، مع قيام الإجماع على اعتبار اللفظ في النواقل اللازمة ممنوع، نعم الشهرة تكون على ذلك.

وأما الوجه الثاني أيضاً مدخول: من جهة أنّ المراد من محلّية الكلام ومحرّميته بقرينة صدور الخبر هو أنّ المقابلة والمواعدة محلّلة، والبيع الواقع على

(١) الوسائل ١٢: ٣٧٦ ح ٤.

مال الغير والتصرف فيه محرّم، وعليه لا ربط له باعتبار اللفظ في النوافل وبالمقام أصلاً.

**ومنها:** اعتبار اللفظ في النواقل من جهة استظهار ذلك من عدّة من الأخبار الأخر.

ولكن قد عرفت الإشكال في ذلك.

**فالحق:** كما عرفت أنفاً أنّ الإجازة لا تتحقّق بالرضا الباطني، بل يحتاج تحقّقها إلى الكاشف لأن يصير العقد عقداً للمالك، وبالرضا الباطني لا يحصل ذلك، فافهم واغتنم ذلك جيداً.

**الجهة الثالثة:** قالوا إنّ من شروط الإجازة أن لا يسبقها الفسخ والرد، إذ مع الردّ يفسخ العقد، بملاحظة قاعدة السلطنة، حيث إنّ المالك يكون له الردّ والإجازة. لكنّ التمسك بالقاعدة لذلك مخدوش: لأنّ الردّ والإجازة لا يكونان من الأموال بل من الأحكام، وعلى فرض الشكّ لا يمكن ترتيب أثر المال والحق.

**فالحق:** هو أن يقال إنّ الفاسخ إن كان هو العاقد ينحلّ العقد بفسخه وردّه، ولكن إن كان الفاسخ غير العاقد لا ينحلّ العقد بفسخه وردّه، ولو بفسخ ألف مرّة، فإذا فسخ المالك لا يكون العقد عقداً لا للفضولي ولا للمالك، ولكن إذا صدرت الإجازة من المالك بعد الردّ يكون العقد عقداً له، وكان مشمولاً له ﴿أوفوا بالعقود﴾.

وبعبارة أخرى: فسخ المالك يكون مؤكداً لعدم ارتباط العقد إليه، لا أنّ فسخ المالك يوجب انهدام المعاهدة رأساً، فإذا صدرت الإجازة من المالك بعد الردّ يصير العقد عقداً له، ويكون مشمولاً للعمومات والإطلاقات، وبملاحظة الإجماع على عدم صحّة الإجازة بعد الردّ والفسخ.

لكنّه أيضاً مدخول: من جهة أنّ مدرك المالك الإجماع يكون هو التعليقات الواقعة في الكلمات، مثل قولهم: «إذ مع الردّ يفسخ العقد» وأمثال ذلك، ولا أقلّ

من هذا الاحتمال، وبملاحظة أنه إذا صدرت من المالك بعد الردّ يشك في مشموليته للعمومات.

لكنه أيضاً مخدوش: من جهة أنه يمكن أن يكون عدم المشمولية خطأ عند العرف، والشارع خطأهم في ذلك، وتدّل على هذا المعنى صحيحة محمد بن قيس الظاهرة في صحّة الإجازة بعد الفسخ، فالشارع خطأهم في صورة قطعهم، لعدم المشمولية، وحكم بالصحة، فضلاً عن صورة الشك في المشمولية.

وقد انقدح مما ذكر أن الإجازة تكون من الأحكام لا الحقوق، وتظهر الثمرة بينهما في الأثر.

**الجهة الرابعة:** أن الإجازة من الأصل المالك هل تكون على الفور، وأن الإجازة لا بدّ وأن تصدر منه بعد سماعه البيع فوراً، أو لا يكون على الفور؟ والحقّ هو الثاني، وتدّل على ذلك صحيحة محمد بن قيس المتقدمة<sup>(١)</sup> وأن البيع يكون بيعاً له وعقداً بعد إجازته، ولو بعد مدّة طويلة، وكان مشمولاً للعمومات والإطلاقات الواردة.

وعلى هذا لو لم يجز المالك ولم يردّ حتى لزم تضرر المشتري هل يكون الخيار للمشتري، أو الحاكم الشرعي يجبر المالك على أحد الأمرين: من الإجازة والردّ؟

إن كان مفاد لا ضرر ولا ضرار في الإسلام عدم جعل موضوع ضرري يكون الخيار للمشتري، وإن كان مفاده عدم جعل حكم ينشأ منه الضرر فالحاكم الشرعي يجبر المالك على أحد الأمرين - إن قيل بثبوت الولاية للحاكم في هذا المقام والظاهر مفاد لا ضرر ولا ضرار هو الأول ولو كان الإسلام عبارة عن الأحكام.

ولكن الشيخ رحمته الله سلك في الأصول إلى الثاني<sup>(١)</sup> إلا أنه خلاف الظاهر من السياق.

ثم، هل إجازة البيع تكون إجازة لقبض الثمن وإقباض المبيع أو لا؟ والظاهر هو الثاني، لعدم الملازمة بينهما عرفاً إلا بالقرينة، كإجازة عقد الصرف والسلم بعد قبض الفضولي والتفرق، حيث إن إجازة العقد إجازة للقبض حفظاً لكلام الحكيم عن اللغوثة، بملاحظة أصالة الصحة.

لكن هذا المورد أيضاً يكون محلّ الخدشة، أمّا أولاً: يحمل كلامه على ذلك في صورة علمه بالمسألة، وأمّا في صورة جهله بذلك لا معنى لهذا الحمل. وثانياً: الحكمة لا تنحصر في ذلك، بل يمكن أن تكون إجازة العقد من المالك الأصيل لحكمة أخرى، ولو تصدر من المالك الأصيل إجازة العقد والقبض معاً يسقط ضمان الثمن من عهدة المشتري، إن كان قد قبضه البائع الفضولي، إن كان الضمان من الحقوق لا الأحكام، من جهة أنه يكون قبض البائع الفضولي قبض للأصيل بإجازته، ويصير القبض مستند إليه، كاستناد العقد إليه بعد إجازته، ولا فرق في ذلك بعد قبض البائع وإجازة المالك ذلك القبض بين أن يكون الثمن شخصياً أو كلياً.

وقد انقدح من ذلك أن ما اختاره الشيخ رحمته الله في المقام من التفرقة بين الثمن الكلي والثمن المعين لا محلّ لها، من جهة أن إجازة المالك قبض البائع الفضولي إن كانت موجبة لاستناد القبض إلى المالك لا فرق في ذلك بين أن يكون الثمن كلياً أو معيناً، وإن لم تكن موجبة لذلك أيضاً لا فرق بينهما في ذلك.

وأما مرجع إجازة إقباض المبيع يكون إلى أن المبيع حصل في يد المشتري برضى البائع، فإن تلف قبل إجازة المالك كان من ماله، للقاعدة المعروفة: من «أن



# مَدِينَةُ الْبَيْتِ الْمَقْدِسِ

٤٩٦ ..... مِنْ مَدِينَةِ الْبَيْتِ الْمَقْدِسِ ..... الدرر النجفية / شرائط المتعاقدين

كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ بِإِجَازَةٍ صَحَّةً لَمْ يَمُنْ مَالًا بِإِعْهَادِهِ وَإِنْ تَلَفَ بَعْدَ الْإِجَازَةِ كَانَ مِنْ مَالِ الْمَشْتَرِيِّ.

**الجهة الخامسة:** إذا صدرت الإجازة من المَجْبِزِ مطابقة للعقد الفضولي لا إشكال في الصَّحَّةِ، وأما إذا كانت الإجازة مخالفة له إمَّا من حيث الجزء أو الشرط فهل يحكم بصحَّةِ العقد أو لا؟ فيه خلاف.

ثمَّ، إجازة البعض هل يكون في حكم ردِّ البعض الآخر بحيث إذا صدرت الإجازة بعد المخالفة مطابقة لا تكون موجبة للصَّحَّةِ أو لا يكون كذلك؟ الظاهر هو التفصيل بين صورة الجهل والعلم، بالبطلان في الثاني دون الأول.

ثمَّ، إنَّ الشَّيْخَ رحمته الله في صورة المخالفة اختار التفصيل بين المخالفة في الجزء، والمخالفة في الشرط، بالصَّحَّةِ في الأول دون الثاني.

لكن الأولى هو أن يقال: إنَّ مقصود المتبايعين إن كان بنحو العام المجموعي، فالحكم في جميع صور المخالفة يكون هو البطلان من غير فرق بين المخالفة في الجزء أو الشرط.

وبعبارة أخرى: إن كان مقصود المتبايعين من البيع وحدة المطلوب، وإن كان العقد مشروطاً بشرط كان الشرط من قبيل الشرط الأصولي، لا إشكال في البطلان في جميع الصور؛ وإن كان مقصود المتبايعين بنحو العام الاستغراقي وتعدَّد المطلوب كان الحكم هو الصَّحَّةِ، من غير فرق بين أن تكون المخالفة في الجزء أو الشرط، من جهة أنَّ المناط في الصَّحَّةِ هو أن يكون العقد مستنداً إلى المالك بواسطة إجازته، والمناط في البطلان عبارة عن عدم الاستناد والربط، وواضح أنَّ مقصود المتبايعين إن كان بنحو العام المجموعي، فالعقد في صورة مخالفة الإجازة لا يرتبط بالمالك المَجْبِزِ، ولكن إن كان المقصود العام الاستغراقي يرتبط العقد بالمالك المَجْبِزِ ولو كانت الإجازة مخالفة فتأمل جيداً.