تحقيق وتقريرات
في باب
البيع والخيارات

الجزء الثالث

البيع


بسم الله الرحمن الرحيم

تحقيقٌ و تقريراتٌ
فى باب البيع

آية الله العظمى السيد محمد كاظم الشريعتمدارى



المجلد الثالث

باهتمام آية الله

الشّيخ حسين حقّانى الزّنجانى

حقاني زنجاني، حسين، ١٣١٣ -
تحقيق وتقريرات في أبواب البيع والخيارات؛تقريرات دروس آية الله العظمى السيد كاظم الشريعتمداري/ المؤلف حسين الحقاني.- قم: نشر تولاّ، ١٣٨٨.
٧ ج.
شابك: دوره: ٣-٠٧١-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج١: ٠-٠٧٢-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٢: ٧-٠٧٣-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٣: ٤-٠٧٤-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٤: ١-٠٧٥-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٥: ٨-٠٧٦-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٦: ٥-٠٧٧-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٧: ٢-٠٧٨-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨.
فهرستنويسى بر اساس اطلاعات فيپا.
مندرجات: ج١: بيع؛ ج٢: في عقد الفضولي والرد والاجازة والنقل؛ ج٣: في المجير وشرايطه واحكامه والعقد المجاز وفروعات عقد الفضولي؛ ج٤: في أولياء العقد وشرايط العوضين وبيع المباحات قبل حيازتها والأراضي المفتوحة عنوة وبيع الموقوفة و ...؛ ج٥: في بيع العين المرهونة واشتراط القدرة على التسليم والعلم بقدر الثمن والمثمن و...؛ ج٦و٧: في الخيارات.
١. معاملات (فقه). ٢. خيارات. ٣. فقه جعفري — قرن ١٤. الف. شريعتمداري، كاظم، ١٢٨٢-١٣٦٥. ب. عنوان
BP ١٩٠/ت٧ح٣ ٢٩٧/٣٧٢
١٣٨٨
شماره كتابشناسى ملى: ١٧٨١٣٦٩

تحقيق وتقريرات في أبواب البيع والخيارات

في المجير وشرائطه وأحكامه والعقد المجاز وفروعات عقد الفضولي (٣)

تقريرات دروس فقه آية الله العظمى السيد كاظم الشريعتمداري

المؤلف: آية الله الشيخ حسين الحقاني الزنجاني
الناشر: مؤسسة نشر تولا
الطبعة الأولى: ١٤٣٠ - ١٣٨٨ ب.م
المطبعة: نگين الكمية: ١٧٠٠ نسخة
عدد الصفحات: ٥١٢ ص. حجم الغلاف: كبير
رقم الإيداع الدولي [دوره (١-٧)]: ٣-٠٧١-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨ (ISBN Set.)
رقم الإيداع الدولي [ج٣]: ٤-٠٧٤-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨ (ISBN)

جميع حقوق الطبع محفوظة ومسجّلة للناشر

انتشارات تولاّ
هاتف محمول: ٠٩١٢١٥٣٦٠٢٥
هاتف أرضي: ٨٨٢٣٥٣٥

فهرس المطالب

تمهيد ٩
القول فى المجير وشرائطه واحكامه ١٥
فُروعاتُ مسألةِ ١٠١
اَلْكَلامُ فِى الْعَقْدِ الْمُجاز ١٤٤
اَلْكَلامُ فِى ما يَحْصُلُ به الْرَدُّ ١٧٢
الكلامُ فى اَحكامِ الرّدِ ١٩٩
اَلاتلاف المباشريُّ والاتلافُ السّببيُّ ٢٦٨
تَرَتُّبِ البايعِ والمشترِي ٣١٨
لو اَبرأ المالك واحداً من سِلسلَةِ الايادىّ ٣٣٨
المختارُ فى مسألةِ ترتّبِ الايادىِّ ٣٩٣
فى صحّةِ بيعِ ما يملكُ وما لا يملك ٣٩٨
فى كيفيّة التّقويم ٤٢٠
هل للشّريك المشروع، حقّ تقسيمه مع الغاصبِ ٤٩٤

بسم الله الرحمن الرحيم

١٤٠٥/٣٤ ٢٣

الحمد لوليه والصلاة والسلام على صفوة انبيائه وخلفائه محمد وآله .

اما بعد: فانه لما كان شرف كل علم بشرف موضوعه وشرف غايته المتوخاة منه ، فان من اشرف العلوم واجلها علم الفقه اذ هو نور لمن يستضيئ به ونجاة لمن يتمسك بعراه ودليل لمن يعتمد عليه .

وهمن بذل جهده الأكيد وصرف شطراً من عمره في حل مشاكله وترتيب مسائله ودراسة مباحثه صاحب الفضيلة حجة الاسلام الحاج الشيخ حسين الحقاني الزنجاني حفظه الله فبلغ الغاية والأمنية في التوسع في مجال الفقه بعد ان حضر دروسنا سنين عديدة وحرر كثيراً مما القيناه من ابحاثنا على المستوى الرفيع في الجامعة العلمية بقم المقدسة .

وقد اطلعت النظر على ما كتبه من مباحث الطهارة فوجدت فيه دليلاً على عمق صاحبه وحسن بيانه وروعة اسلوبه وافياً لما حققناه وجامعاً لما قررناه .

فاشكره تعالى على آلائه واسأله ان يوفق الجميع لخدمة شريعته

كاظم الحسيني الحائري

تمهيدٌ

تميّز علم الفقه من بين العلوم الاسلاميّة من علم الكلام و الفلسفة و علم اصول الفقه و سائر العلوم الاسلاميّة تميّزاً ليس نظيره لسائر العلوم، بل العلوم الاسلاميّة.

لأنّ علم الفقه هو، علم يبحث عن الاحكام الشّرعية الاسلاميّة و المبادى و ادلّة الاحكام الا لهيّة و تحقيقها و دراستها و يبحث عن وظائف الانسان فيما يرتبط بنفسه فى المجتمع و الأسوة و حتّىٰ فى اَعماله الشّخصيّة و حالاته المختلفة و حتّىٰ علم الفقه له ارتباطٌ قريب بكيفيّة الحياة بعد هذه الدّنيا فى عالم البرزخ و يوم القيامة و يعيّن هذا العلم، الوظائف و انجاز الاعمال التّى تحتاجها الحياة بعد هذه الدّنيا الفانية.

و هذا العلم انّما يعبّر بوضوحٍ، ارتباط العلمى و الرّوحى للعباد مع خالقهم و كذا الاحكام و المسائل المتعلّقة بهم.

من مميّزات الفقه الاسلامى، هو ما اذا عُمِلَ بالقوانين و اقوال الفقهاء بالدّقة، يسبّب التّنمية و الرُّقىٰ و التّعالى و تكامل ارواح البشريّة و فى النّتيجة هو موجبٌ، لسعادة البشريّة فى الدّنيا و الآخرة.

لأنّ من البديهى، لوتريد الحياة الانسانيّة، السّعادة و الصّحّة فى الجسم و الرّوح، فى الأُسرة و فى المجتمع الّذى يعيش فيه، لابدّ لها ان تستفيد من الاوامر و القوانين السّماويّة الصحّيحة غير المحرّفة. و هذا لا يمكن حصوله الاّعن طريق الارتباط بالمسائل المرتبط بالفقه و الفقاهة و المعرفة باوامر السّماويّة. و هذه المعرفة تحصل بالدّقّة اذا يستفيد من المستندات الصّحيحة و السّديدة و غير قابلة للانكار، التّى

وصلت الیٰ البشر و مجتمعاته البشريّة المختلفة، عن طريق الوحی فقط.

لهذا، ما كانت المسائل الفقهيّة مولودة للفكر البشریّ بل يلزم ان تكون من ناحية ربّ العالمين الّذی هو خالق كلّ مخلوقات و له صفات و كمالات لا نهاية لها و هنا يستفاد فی علم الفقه من المصادر الاصليّة التّی ترتبط بذاته الكريم.

من جملة هذا الوسائل المعتبرة و الاساسيّة هو القرآن الكريم الّذی يحتوی علیٰ قوانين الحياة الماديّة و المعنويّة فی شئون الحياء البشريّة و مجتمعات البشريّة كلّها، و هذا الكلام الالهی وُصِلَ الیٰ النّبیّ الاعظم من طريق الوحی، طبقاً للآيات القرآنيّة، منها: **«اليوم اكملتُ لكم دينكم و اتممت، عليكم نعمتی و رضيت، لكم الاسلام ديناً»**[1]

فالقرآن الحكيم كان واحداً معتبراً من المصادر الا صليّة لعلم الفقه و مصدره الثّانی هی آلاف الرّوايات و الاحاديث المنقولة من الرّسولﷺ و الائمّة المعصومينعليهم‌السلام من طُرق صحيحة و معتبرة و حقّاً لأیّ علم من العلوم البشريّة حتّیٰ العلوم الاسلاميّة، هذه المميّزات؟

لو استفيد من هذه المميّزات فی حقل العلم و العلم، كانت وجودها كلّها بلاشكّ ناشئة من الوحی و ارتباط انبياء اللّه و المعصومينعليهم‌السلام بخالق الكائنات كلّها ولكنّ اللّه تبارک و تعالیٰ خَلَقَ الانسان بنحوٍ جَعَلَ فی باطنه العقل و الدّراية و الفكر التّی تتناسب مع هذه المميّزات. لاجل هذا ما اعظم العلم و عمل الفقهاء و العلماء الّذين كانت دراستهم، التّحقيق و الاجتهاد فی القرآن و الرّوايات و دراستها و الاستفادة من مصادر الوحی؟

ولا يقدر كلّ فرد ان يقبل هذه المسئوليّة العظيمة و الخطيرة و انجازها.

و من ثمَّ يلزم ان تكون الافراد لانجاز هذه الوظيفة، أناسٌ طيّبون و عدولٌ و فيهم قداسةٌ و اصحاب آراءٍ فی الاحكام الالهيّة و مضطلعين فی الدّقائق القرآنيّة و الآيات و الرّوايات و سائر المصادر الاسلاميّة.

---

١. المائدة / ٣.

لذلک، ينبغی للفقهاء، الیٰ جانب التّخصّص و الاجتهاد، ان يتّصفوا بالنّزاهة و الصّداقة و الدّقة فی الفهم و غيرها تعتبر من المسائل المهمّة و ابرزها ادارة المجتمع الانسانی من طريق استنباط الاحكام الشّرعيّة و الوظائف العلميّة من المصادر الاصليّة من الوحی و القرآن و السنّة و الاجماع و غيرها الّتی يقوم بانجازها، فقهاء الاسلام الكبّار.

الشّروط و المميّزات الّتی ذُكرت، لم تكن موجودةً فی اَیِّ علمٍ من العلوم الاسلاميّة الاُخریٰ لأنّ بامكان الافراد ان يكونوا فلاسفة او متكلّمين و حتّیٰ يقوموا بالتّدريس و مع ذلک لم يكن لديهم واحدةٌ من مميّزات علم الفقه.

مضافاً الیٰ أنّ المعرفة بالاصول و القواعد و المميّزات لعلم الفقه و القرآن و الاحاديث المعتبرة، تزيد فی التّبحّر و الفائدة الوجوديّة للإنسان فی العلم المرتبط بنفسه فی الفلسفة و الكلام و علم اصول الفقه، تعتبر اعتزازاً و امراً مفيداً الذّی يسبّب التّنْمية و الوَعْی و الإزدهار.

حاصل الكلام، وجود هذه المميّزات فی بعض النُّبَلاء من النّاس تُسبّب ان تكون ادارة شئون المجتمع الانسانی كلّها بيد الفقهاء و يُشرفون علی شئون ذلک المجتمع و اِعمال النّاس فی مِهَنهم المختلفة فی حياتهم. لأجل ذلک لم يستغن كلّ طالب علمٍ الّذی يدخل فی الحوزات العلميّة من سير الدّراسة الفقهيّه و المعرفة بالمبادی الفقه الاسلامی و القرآن الكريم و الاحاديث.

بناءً علی هذا، اَنَا ايضاً دخلتُ الحوزة العلميّة بقم منذ اربعة و خمسين سنة فی زمنِ آية اللّه البروجردی و آية اللّه حجّت‌ﷺ و بعد قضاء عشر سنواتٍ فی مراحل الابتدائيّة من الصّرف و النّحو و المنطق و الفلسفة و علم الكلام و الاستفادة من محضر الاساتذة الكبار من جملتهم السيّد حاج محمّد حسين طباطبائی، تهيّئتُ نفسی لاشتراک فی الدّورس الخارج للفقهاء العظام آنذاک من جملتهم امام الخمينیﷺ قائد الاعظم للثّورة الاسلاميّة فی ايران و آية اللّه الحاج شيخ هاشم آملی الّلاريجانی و آية اللّه السيّد كاظم شريعتمداریﷺ.

لهذا، اشترکتُ فی حلقات الدّرس فی «علم اصول الفقه» للامام الرّاحل فی مسجد السّلماسی بقم مدّة طویلة و فی حلقات درس المکاسب له الیٰ موضوع عقد الصبّی حتّی زمن اِبعاد الامام الخمینی من ایران و اشترکتُ ایضاً فی حلقات الّدرس لآیة اللّه حاج شیخ هاشم آملی الآریجانی الّذی کان هو من ابرز تلامذة آیة اللّه حاج آقا ضیاء بالنّجف الاشرف، من مباحث الاستصحاب الیٰ الاستصحاب دورة کاملة من الاصول باللّغة العربیّة الّتی تکون موجودة حالیّاً. و کذلک استفدتُ من حلقات الدّرس آیة اللّه شریعتمداری منذ ثلاث و عشرین سنة الّذی اشتهر فی الفقه و الفقاهة فی مدرسة الفیضیة و البَناء التّحتانیّة لمکتبتها و فی مسجد اعظم و لم اکن اغیب حتّیٰ یوماً واحداً و کنتُ اُبّدل دروسه الفارسیّة باللّغة العربیّة بعد انتهاء الدرّس.

و اَشْرِطَتُها موجودة حالیّاً. منذ استفادة من الدّرس الخارج له مدّة ثلاث و عشرین سنة حصلتُ علی دورة کاملة فی الفقه من بیع المکاسب الیٰ نهایة الخیارات و مباحث الطّهارة و الصّوم و الزّکاة و الخمس و الّتی بالغت علیٰ اکثر من سبع مأة دفتر ذاتَ مأتَی ورقة باللّغة العربیّة الموجودة حالیّاً و الجدیر بالذّکر و هوﷺ نفسه فی حیاته، قرأ کثیراً من تلک المباحث الفقهیّة و قام بدراستها و تصحیحها و فی النّتیجة اعطانی اجازة الاجتهاد الّتی تعرض علیٰ القرّاء الاغرّاء فی هذا المقدّمة و الّتمهید.

و من الرّائع، قام مکتب الاعلام الاسلامی فی الحوزة العلمیّة بقم و المرکز الّذی کان مسئولاً عن دراسة و تعیین مراتب العلمیّة للطّلاب، من هذا المرکز و الجامعات و اعضاء الحکومة الاسلامیّة، بدارسة کَمیّةٍ کبیرةٍ من هذه الکُرّاسات (الدّفاتر) و کان تحت اشراف الشّیخ العبائی آنذاک، ثمّ ارسلوا إلَیَّ اجازةِ اجتهادٍ عن حوزة العلمیّة غیر الاجازة الاوُلیٰ و الّتی کانت موجودة الآن.

اَشکراللّه سبحانه و تعالی ان وفّقنی لِکَیْ اَقومَ بتهیئة هذه الدّروس فی تلک الازمنة الّتی قَلَّ ما تکون اجهزة السّجیل و البثّ و التّحقیق و الدّارسة، و لم اکن

اغیب حتّیٰ یوماً واحداً و کنت اَسْهَرُ اللّیالی الی ساعتین او ثلاث ساعاتٍ بعد منتصف اللّیل و اشتغل بهذه الدّراسات و الآن بحول اللّه و توفیقه بعد دراستها من جدید و بدقّة کاملةٍ اُقدّمُها لکم ایّها القرّآء الاعزّاء و الافاضل و العلماء، رویداً رویداً.

و الملاحظة الّتی یلزم ذکرها فی نهایة هذه المقدّمة هی انّ المباحث الّتی تبرز فی عِدّة اجزاء مرتبطة بالبحث الخیارات و المسائل المتعلقّة بها و الّتی کانت تعتبر دروسه الاخیرة فی الفقه طیلة ثلاث و عشرین سنة و الّتی یبدأ بطبعها حتّیٰ یساعدنا التّوفیق فی طباعة بقیّة المطالب و الدّروس المرتبطة بالبیع و مباحث الطّهارة و الخمس و الزّکوة و الصّوم و المباحث المتعلّقة بالدّروس الفقهیّة و الاصولیّة للإمام الرّاحل و دورة کاملة فی اصول الفقه لآیة الله حاج شیخ هاشم آملیﷺ، شیئاً فشیئاً، نقدّمها للعلماء و الافاضل فی الحوزة العلمیّة بقم.

و السّلام حسین الحقانی الزّنجانی

یوم ۷ مهر المطابق لیوم ۱۷ من رمضان المبارک سنه ۱۴۲۸ هـ ق

القول فی المجیر وشرائطه واحکامه

اِستقصاؤُه یتّمُ ببیانِ اُمورٍ:

الاوّلُ: انّه یشترط فی المجیز حینَ الاجازة ان یکونَ مُتَصِّفاً للشّرائِطِ العامّةِ للتّصرفِ: البلوغُ، العَقلُ والرّشدُ وبالاضافة اِلیٰ انّه لابُدَّ من کونه جائِزَ التّصرفِ، لابُدّان یکونَ مالِکاً للمبیع وان یکونَ مَمْنوعاً من التّصرفِ بفلسٍ، اوسفهٍ او مرضِ موتٍ، بناءً عَلیٰ عدم نفوذِ منجّزات المریض من الاصلِ اذا مات فی مرضِ موتِه وَانّ النُّفوذَ فیها من الاصلِ، متوقِّفٌ عَلیٰ اِجازةِ الوُرّاثِ، سواءٌ کانت الاجازَةُ کاشِفَةً بِاَقسامِها الثّلاثَةِ ام ناقِلَةً؟

مثلاً یجب ان یکون المُجیزُ حینَ الاجازةِ، بالِغاً فالصغیرُ اذا باعَ فُضُولاً فی مال الصّغیرِ الآخر فاجازتُه لاتُجُوز فی حال صِغَرِه.

وَاَیضاً لایجوزُ للمجنونِ، الاِجازةُ فی حال الجنون بل یحب ان یکونَ عاقلاً حینَ الاِجازَة واَیضاً کونه مختاراً حینَ الاجازةِ فلا یجوز ان یکون مُکْرَهاً حین الاجازةِ **و اَیضاً** یجب کونه قاصداً لِلْمَعنیٰ جِدّاً فلا تجوزُ اجازةُ من کان مٰازِحاً ولا اجازةُ من لم یتوجّه اِلیٰ المعنیٰ ولم یکن قاصِداً للمعنیٰ جدّاً.

بالجملة؛ یُعتبَرُ فی المُجیزِ حصولُ الشّرائطِ الّتی یُعتبرُ فی کُلِّ التّصرفاتِ الْمالِیَّةِ ویُعبّرُ عنها بالشّرائِطِ العامَّةِ ولا تختّص عَلیٰ البیعِ وغیره من ابوابِ المعامِلَة والتّصرفاتِ.

و من هنایقع البحث فی انّه بناءً عَلیٰ انّ التّصرفات، لاتجُوزُ للمریضِ فی حالِ

مرضِ الموتِ اذا كان زائِداً عَلىٰ الثُّلْثِ ولم تُجْزِه الورثَةُ هل تَجوزُ له اجازةُ العقدِ الّذى اَوقَعَ عَليه الفضَولىُّ وكانت الاجازة كالتّصرفاتِ الْمُنْجَزَّةِ فى حالِ مرضِ الموت والمعاملاتِ الْمُنجِزَّة فِى انّه لايجوز؟ ام لا تُعَّدُ الاجازة من التّصرفاتِ الْمُنْجِزَةِ؟

الشّيخُ﵀ لم يفرُقْ بينَ التّصرفات الْمُنجَّزَةِ فِى حال مرضِ الموت وبين اِجازةِ العقدِ الّذى وَقَعَ، لِاَنّ الاِجازةَ، تصرّفٌ منجّزٌ فاذا كانت التّصرفاتُ المُنَجّزةُ لا تجوزُ فى حالِ مرضِ الموت، فلا تصِحُ اَيْضاً اجازتُه ولو لم يقع اصلُ العقدِ والمعامِلَةُ فى حال مرض الموت ولكن الاجازةَ وقعت فى حالِ مرضِ الموتِ لانّ الاجازةَ اَيْضاً تصرّفٌ مُنجّز وزائِدٌ من الثُّلْثِ.

و لا فرقَ عَلىٰ عَدمِ الصِّحَةِ بينَ القول بالنّقل والكشف ولو كان عدم جواز الاجازة بناءً عَلىٰ النّقل اَوْضَحُ منها بناءً عَلىٰ الكشفِ لانّه بناءً عَلىٰ النّقل، كان النّقلُ والانتقالُ من زمانِ الاجازةِ و وقعت فى زمانِ مرضِ الموتِ ومعلومٌ انّه بناءً عَلىٰ النّقل، فى حال مرضِ الموتِ، ليس له حقُّ الْاِجازَةِ وَاَمّا بَناءً عَلىٰ الكشفِ فَاِذَا اَجازَهُ المجيزُ فى حالِ مرضِ الموتِ فَهِىَ تكشف عن كون النّقل وَالاِنتِقالِ فى حالِ الْصِّحَةِ وَ الدَّليلُ الّذى يَدُلُّ عَلىٰ عدمِ جَوازِ الاِجازةِ وَالتَّصرّفاتِ فى حالِ مرضِ الموت، لايَشمَل المقامَ.

و امّا ذلك صَرّحَ الشيخُ﵀ بانه لافرقَ بينهما ولو كانَ النّقلُ والانتقالُ فى حال الاجازةِ بِناءً عَلىٰ القولِ بالكشفِ فى حالِ الصِّحَةِ وقالَ:

لا فرقَ فيما ذُكِرَ وهو اِجتماعُ شرائط التَّصرفِ فى المُجيزِ حينَ الْاِجازةِ من الْبُلوغِ وَالْعَقلِ والرُّشدِ و قابِليَّتِه لِلتَّملكِ...

والسرُّ فى عدمِ الفرقِ عَلىٰ القولِ بِالْكَشفِ، او النّقلِ هو كونُ الاِجازة تصرُّفاً مالِيّاً **لاَنّها** المؤثِّرُ فى حُصُولِ النَّقل وَالاِنتقال، فَانّها دَخيلَةٌ فى السّبب، تكونُ **نهاية الامر** عَلىٰ القولِ بالكشفِ بنحو الشّرطِ المتأخِّرِ وَعَلىٰ القولِ بِالنّقلِ بنحو الشَّرطِ المُتَقدّمِ، فكلُّ ما يَعتَبرُ فى البائع من الشّرائطِ، يُعتَبَر فى المالك المُجيز اَيْضاً.

اِعْتَرَضَ السَّيِّدُ عَلىٰ هذا الّذی صَرَّحَ به الشّيخُ وقال: يمكن ان يُقالَ: اِنّ الاِجازةَ بناءً عَلىٰ الكشفِ ليست تصَرُّفاً بل هی شرطُ التَّصرفِ **لِاَنَّ** الفضولِیِّ، تَصرَّفَ فی المال حيث بَاعَ او آجَرَ او غيرهما من عناوين المُعامِلاتِ، والمالِكُ المُجيزُ لَم يَتصرّفْ فی حالِ مرضِ الموتِ بِاَنحاءِ التَّصرفاتِ وعناوينَ المُعاملاتِ بل اَبرَزَ المالِكُ الرّضىٰ وَالاِجازةَ بالعقدِ الواقِعِ الَّذِیَ كانَ شرطاً فِی صِحَّةِ المعاملَةِ وكان شرطاً لِلتَّصرفِ وِايجادِ شرطِ التَّصرفِ، غير التَّصرفِ **والدّليلُ الّذِی وَرَدَ** فی بابِ التّصرَفاتِ الْمُنَجَزَّةِ انّ المريضَ فی حالِ الموتِ لايجُوزُ له التّصرّفُ ولم يرد فيه انّه لا يجُوزُ للمريضِ، ايجادُ شرطِ التّصرفِ.

مَثَّلَ السيّدُ هنا مِثالاً وهو انّه اذ اباعَ اَحَدٌ بِنحوِ البيعِ الصَّرْفِ اَو الْسَّلَمِ الّذی يحتاجُ اِلىٰ القبضِ ثُمَّ عَرَضَ مَرضُ الموتِ وكانَ فی المجلسِ بَعدُ وَاقْبَضَ فی حال مَرَضِهِ؛ فَالسَّيدُ صَرّحَ بانه لم يَكُن دليلٌ لِعَدمِ القَبضِ وَالْاِقباضِ وَوَقعَ فی مرضِ الموت **لانّ** القبضَ والاقباضَ ليس بتصرّفٍ **لانّ** التَّصرّف، بيعٌ وشراءٌ والفرض انّ البيع والشّراءُ وَقَعَ فی حالِ صِحَّتِه وانّما وقع القبضُ والاقباضُ الّذی كان شرط التّصرّف، فی حال المرض **فَحينَئِذٍ** لامانعَ من القول: **بانّ الاجازةَ مثلُ القبضِ والاِقباضِ،** لانّ الاجازة ماهيّة الرّضىٰ بالعقد الّذی وَقَعَ الرّضىٰ شرطُ صِحّةِ العقدِ الفضولِیِّ، فالمحكومُ بِالْصِحّةِ، العقدُ الفضولِیُّ الّذی كان تصرّفاً وَامّا المالك فانّما اوجد شرطَ التّصرّف الّذی كان بيعاً وشراءً وغيرَهما.

فَنِسبةُ الْاِجازةِ والرِّضىٰ هنا، بمنزلة القبض و الاقباض فی باب الْصِّرْفِ وَالسَّلَمِ فماهيّةُ الاجازة هنا، الشّرط، لاماهيّةُ التّصرّفِ، فالاجازةُ شرطُ صِحَّةِ تصرّفات الفضولِیّ وليست تصرّفاً عَلىٰحِدّة بناءً عَلىٰ الكشفِ.

ثُمَّ اَضاف السّيّدُ مِثالاً آخر الّذی كان داخِلاً فی اصلِ الْمَسألةِ ولم يتعرّض الشّيخُ بِهٰذا المثالِ وهو انّه: مثلاً كان مُفَلَّسٌ ومحجورٌ من التّصرّفِ فی ماله لِفلسٍ بحيثُ لايجوز له التّصرفُ فی امواله فعلاً ولكن اِطَّلَعَ عَلىٰ انّ الفضوَلیِّ قَبِلَ حُكمَ الحاكمِ الشّرعِیِّ عامِلٌ عَلىٰ اَمواله، هل يجوز للمُفلّسِ بناءً عَلىٰ الكشفِ، اِجازَةُ

المعامِلَةِ قبل الفلس ام لا؟

قالَ السَيِّدُ هنا انه لاتَبعدُ صِحَّةُ الاِجازةِ له لانّ الفقهاء، قالُوا فى باب الفَلس انّ الفَلْس لايجوز له التّصرفُ اِبتداءً، اَمّا اذا كان له خيارُ الفسخ عَلىٰ المعاملاتِ القَبلِيَّةِ فَيَجوزُ فسخُها اِذْ الفسخُ ليس تصرُّفاً اِبتدائِيّاً وَالاجازةُ ايضاً كذلك لانّ، **لانّ** البيع وقع قَبلاً والاجازَةُ، الرِّضىٰ بالبيعِ الّذى وَقَعَ قبلاً.

بالجملة؛ فى باب المُفَلّس فيما اذا فرضنا انّ المفلّس قَبِلَ التّفليس، وَقَعَ عَلىٰ ماله، العقد من الفضوَلِيِّ فَالْمُفلسُ اذا شاءَ اِجازةَ هٰذِهِ المعامِلَةِ القبليَّة فهو رِضىً بهٰذِه المعامِلَةِ لِا انّه عامِلٌ مُستَأنَفاً وَالرِضّىٰ، ليس اِبتدءَ التَّصَرفِ، ان هو الّا كَالخيارِ.

هذا حاصِلُ كلامِ السّيِّدِ فى مسألة بيع الصّرف وَالسِّلَمِ والقبضِ والاِقباضِ وفى مسألة المفلّس ومسألة الاجازة.

نحن نَقُولُ: ما قلناه كِراراً وَمِراراً وقالَ به السّيّدُ بل اِتّكلَّ عليه فى بعضِ الْمَوارِدِ فِى باب الفضوَلِيِّ، وهو ان المرادَ من **«اَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، «اَوْفُوا بِعُقُودِكُمْ»** وَ **«اَحَلَّ اللهُ البيعَ...»** اَحَلّ اللهُ بيوعَكم واَنَّ شَأْنَ الاِجازةِ، اِنتسابُ العقدِ اِلىٰ المالكِ **حيثُ** انّ الفضوَلِيِّ كما قلناه كراراً حتّىٰ عَلىٰ القولِ بالكشفِ، كانَ اَمراً هَبَاء هدراً وليس تَصرُّفاً وكانَ شأن الفضولِيِّ مثلُ تنظيم السَّنَدِ وَالقَبالَةِ الَّذِى لم يمضِه المالِكُ؛ والاصلُ فى باب الفضوَلِيِّ اِنَّما هو الاجازةُ **حيثُ** اَنّها وَصَلَتْ اَمرَ الفضوَلِيِّ الَّذى لم يكن اَمراً مُهِمّاً، اِلىٰ حَدٍّ يحسبُ عملُ الفضوَلّي تَصَرُّفا وَاَمّا اِجازةُ المالك فليست هى تصرّفاً وهذا امرٌ عجيبٌ خُصوصاً مع نظرِ السِّيِّدِ فى هٰذِه المسألَةِ حيث فَرَضَ اَمرَ الفضوَلِيِّ الّذى هَبَاءً تَصرُّفاً جِدّياً وعَدَمَ كونِ الاِجازةِ تصرَّفاً وَاِنّما هى الرِّضىٰ بالتّصرّفِ السّابقِ، كلما قلناه سابقاً: اِنّ هذا ناشٍ من الاهتمامِ الشَّديدِ عَلىٰ اَمرِ الفضوَلِيِّ وتَقويمُهُ اَكْثرُ مِمّا يَصْلَحُ لَه وَيَلِيقُ به.

ومَبنىٰ الكلام فى هذه الفروضِ الثّلاثَةِ من: الْمُفَلِّسِ وبَيعِ الصِّرْفِ وَالسِّلَمِ وَما نحنُ فيه عَلىٰ انّ اَصلَ العملِ والتّصرّفِ، وَقَعَ مِن الفضُولِيِّ وَاَمّا المالِكُ فشأنُهُ هو الْاِجازةُ فقط مَعَ اَنّ الحقَّ ليس كَذٰلِك بل اصلُ العملِ التّصرّفُ، تَحَقّقَ من المالكِ لا

الفُضولِیِّ الّذِی کان عملُهُ هَبَاءً وکان عملُهُ بِمنزِلَةِ تنظیمِ السَّنَدِ وَالقِبالَةِ.

وقلنا سابقاً: انَّ دلیلَ جوازِ اِجازةِ المالک، اِنَّما هو بعینه دلیلُ جوازُ البیعِ له والاجازة و... لاِنَّ الاجازةَ فی الواقع، بیعُ المالکِ.

بناءً عَلیٰ کاشِفِیَّتِه الاجازةِ کما صَرَحَ به صاحبُ الجواهرﷺ انّ الاجازةَ، شرطٌ وماهِیَّتُها ماهیّةُ الشّرطِ وَکما اَنَّ للشّرطِ تأثیرٌ فَالاِجازةُ اَیْضاً مُؤَثِّرَةٌ.

غایة الامر، کان تأثیرُها قَبلَ نَفسِهَا وَلذا کانوا اَشْکَلُوا فی الشّرطِ المُتأخِّرِ بانّ الاجازةَ کیف تجوزان تکونَ شرطاً مُتَأخِّراً؟ ومع ذلک تُؤَثِرُ فی السّابقِ وهذا امرٌ محالٌ.

ولکنّ المُرافِعینَ اَجابُوا عنه بعدم کون التّأثیرِ فی السّابقِ مَحالاً لانّها من الامورِ الْاِعتباریَّةِ الّتی کان مَبناها عَلیٰ الفرضِ یعنی یُفْرَضُ کونُها موجُودةً قبلاً **فالمُسلّمُ** انّ الشّرطَ الْمُتأخِّرَ المؤثِّرُ القَوِیُّ بل اَقْویٰ، یُؤثّر فی المستقبلِ وفی الحالِ حتّیٰ فی الماضِی **و مع ذلک کیف یمکن ان یقالَ:** اِنَّ الاجازَة، لَیست تَصَرُّفاً ولیست مُؤَثِّرَةً؟

نَعم: ابتداءُ التّصرفِ، لیس من قِبَلِ المالکِ بل التّصرفُ وَاصلُ العمل، تَحَقَّقَ من قِبَلَ الفضوَلیِّ فَالْمُفْلِسُ یَتصرّفُ اَلآن وتُعَدُّ اِجازَتُهُ تَصرُّفاً حینَ الاِجازةِ **ولیس هذا مثلَ الخیارِ لانّ المعامِلَةَ** الخیارِیَّةَ تَحققّتْ سابقاً فَاَرادَ الآن فسْخَهُ او اِمضائَهُ وَاَمّا هُنا، عقدُ الفضوَلِیّ الْاَجنَبِی عن ملکِ الغیر لیس اَمراً تصَرُّفاً وکانَ هَبَاءً.

فَحِینئذٍ کیف یجوزلنا القول بانّ الْمُفَلّس تجوزُ له اِجازةُ العقدِ الَّذِی وَقَعَ عن الْاَجنَبِیّ ولیس له دخلٌ فی اِبتداءِ التّصرّفِ؟

وکذلک المریضُ بناءً عَلیٰ انّه مَمْنوعٌ من التّصرّفاتِ الْمَنَجَّزَةِ کیف تَجُوزُ له اجازةُ معاملات الْفُضُوَلیّ الّتی وَقَعَتْ قَبلاً؟ **فالمقصودُ انّ الاجازةَ** تصرّفٌ اَیّ تَصَرُّفٍ ولا یجوز القولُ بَاَنَّ الفضولِیّ تَصَرّف سابقاً وعَمِلَ اَصلَ العملِ وَاَمّا اِجازَةُ المالکِ لیست تَصرُّفاً بل شَأنُها، ایجادُ شرّطِ التَّصرّفِ.

مَسألةُ: هل يُشترطُ فى صِحَّةِ عقدِ الفضوَليِّ وجودُ مُجيز حينَ العقدِ؟

هذا، الامر الثانى فى الامور الّتى ذكرها الشّيخﷺ فى القول فى المجيز:

انّه لايَجُوزُ بيعُ مالِ اليتيم لغير مَصلَحَةٍ ولا تنفعه اِجازَتُهُ لوبيع مالُ اليتيمِ فُضُولاً ثُمَّ بَلَغَ سِنِّ الرُشدِ فَاَجازه او اجازة وليّه اذا حدثت المصلَحَةُ بَعدَ البيعِ ام لاتَشترط؟ **فيه قولان:**

اَوَّلُ القولين وهو اِشتراطُ وجود مُجيزٍ حينَ العقد لِلْعلّامَةِ فى ظاهر القواعد **وَاِستدَلَ المحقّقُ الثّانى صاحبُ جامعِ المقاصد** فى كتاب المتأجر فى توابع الفضوليّ اوّلاً:

«انّ من ليست له اهليّةُ الاجازة حينَ صُدورِ العقدِ كاليتيم الصّغير لو بيع مالُه فضولاً فالعقدُ باطِل **لانّه** فى تلك الحالةِ، ممنوعٌ عن الاجازة، فَلاٰ يَكونُ المُجيزُ مُوجوداً حينَ صُدورِ العقد **ومن المعلوم:** انّه من شرائِطِ العقدِ، وجودُ مُجيزٍ حينَ العقدِ **و ثانياً بلزوم الضّرر** عَلىٰ المشتَرِى لِاِمتناعِ تصرُّفِهِ فى العين، لِاِمكانِ عدمِ الاِجازةِ، هذا بناءً عَلىٰ شرطِيَّةِ الْاِجازَةِ للسّببِ ولو بِنَحوِ الشّرطِ الْمُتَأَخّرِ و لعدم تحقّق المُقتضِى هذا بناءً عَلىٰ جُزئِيَّةِ الاِجازةِ لِلْسّببِ.

وَلِاِمتناعِ تَصَرُّف المشترى فى الثّمن اَيْضاً لِاِمكانِ صُدورِ الْاِجازَةِ مِن المالك الاصيل فيكون الثّمن ملكاً له فقد خرج عن ملكه وصار ملكاً للمالك الْاَصيل.

ضعّف الشّيخُ الدَّلِيلَ الْاَوَّلَ لِلمُحقّقِﷺ و هو اَنّ اِمتناعَ العقدِ فى زمانٍ لازمه امتناعُهُ دائماً مُضافاً اِلىٰ ما قيل من انّ الدّليل الاوّل، مُنتَقضٌ بِالمُجيزِ الّذى يَكُونَ بعيداً عن المكان الّذى وَقَعَ العقدُ فيه فُضُولاً بحيث يمتنع الوصول اليه عادة فَاِنَّ العقدَ الواقِعَ فُضُولاً، صَحيحٌ ولكن للمشترى، الخيارُ.؟

مِنْ اَنّنا نَمنعُ الملازِمَةَ بينَ اِمتناعِ العقد فى زمانٍ، وامتناعِهِ دائماً سواءٌ قلنا بالنّقل ام بالكشف؟

وَجْهُ ردِّ الدّليل الثّانى للمُحَقّقِ الكركىُّ انّه كما قلنا بتدارك صورَةِ عدمِ اِمكانِ الوُصُولِ اِلىٰ المالك، بالخيار للمشترى كذلك نَقُولُ هنا بتدارك الضّررِ الحاصلِ

للمشترى بالخيارِ.

هذا كلّه، مضافاً اِلىٰ الْاَخبار الواردة فى تزويج الصِّغار فُضُولاً اَلشّامِلَةِ لِصُورَةِ وَلِيِّ النِّكاحَ واِهمالِهِ الاِجازةَ اِلىٰ بُلوغهم وصورةِ عدمِ وجودِ الوَلِيِّ[1] بناءً عَلىٰ عَدَم وِلايَةِ الحاكِمِ عَلىٰ الصَّغيرِ فى النّكاحَ وانحصارِ الوَلِيِّ فى الابِ وَالجَدِّ وَالوَصِيِّ فيكون الثّمن ملكاً له فقد خَرَج عن ملكِه وضار ملكاً للمالك الاصيل عَلىٰ خلافٍ فِى الْوَصِيِّ.

الشّيخُ﵀ بعد ردّ قَول العلّامةِ بِالْاَدِلَّةِ الثَّلاثَةِ الَّتِى ذَكرناها قالَ:

اَلْاَقوىٰ عدمُ اِشتراطِ وُجُودِ مُجيزٍ عندَ العقدِ وِفاقاً لِلْمَحكّي عن ابن المُتّوجِ البحرانىّ والشّهيدِ والمحقّق الثّانى و غيرهم بل لم يُرَجِّحْ اِشتراطُ وجود مجيزٍ وقت العقد غير العلّامةِ﵀

ثمّ لا يخفىٰ عَليك اَنَّ الْعَلّامة﵀ فى القواعد مَثَّلَ لِعَدمِ وُجوبِ المُجيزِ بِبَيعِ مالِ اليتيم.

قد حُكِيَ عن بعض العامّة وهو «البيضاوىّ» عَلىٰ ما قِيلَ الايرادُ عَلىٰ العلّامَةِ: بانّ تمثيل العلّامة لعدم وُجودا لمُجيزٍ حينَ العقد ببيعِ مالِ اليتيم، عَلىٰ خلافِ مذهبِ الاِمامِيَّة انّهم حَيثُ يَقُولُونَ بوجودِ الامامِ فى كلّ عَصرٍ لِعَدمِ جواز خُلُّو العَصْرِ من وجُودِه فحينَئِذٍ كيف يمثل لِعَدمِ وُجُود المُجيز بِبَيع مالِ اليَتيم، فَاِنَّ الامامَ عَلىٰ رأيهم هو المُجيزُ حينَ صدُورِ العقد، لانّه وَلِىُّ اليتيم. ولكنّ رَدِّ العلّامَةَ﵀ ما اورده البيضاوىُّ عَليه واَجابَ عنه بانّ الامامَ، غيرُ مُتَمَكِنّ من وُصُولِ اليد.

ثُمِّ انّ بعضَ الاَعلام من الطّائفة، دافع عن البيضاوِىِّ وَاَعْطىٰ الحقَّ له بانّ ايراده عَلىٰ العلّامَةِ فى مَحَلِّهِ كما نقله الشّيخُ﵀ بقوله:

أُنْتُصِرَ للبيضاوِىّ: بِاَنَّ نائِبَ الْاِمامِ وهو المُجتَهِدُ الجامِعُ لِلشَّرائِطِ موجودٌ بل لو فُرِضَ عدمُ المجتهدِ فالعدولُ موجودون، بل لِلْفُسّاقِ، الولايَةُ عَلىٰ الطِّفل فِى مَصالحه مع عدم الْعُدُولِ.

---

١. وسائل الشّيعه الجزء ١٧ ص ٥٢٧ ـ الباب ١١ ـ الاحاديث.

ثمَّ رَدَّهُ بقوله: لٰكِنَّ الانتصارَ، فى غيرِ مَحَلِّهِ، اذ كما يُمكنُ فرضُ عَدَمِ التَمكّنِ من الاِمامِ، يُمكِنُ عدمُ اِطّلاع نائِبه: من المُجتَهدِ وَالعُدُولِ اَيْضاً.

ثُمَّ قال الشّيخُ﵀ فى ذَيلِ كلامه فى هٰذه المسألَةِ: بانّ كلامَ الْعَلّامَةِ ذُو اِحتمالَيْنِ:

الاحتمالُ الاوّلُ: انّه ان كانَ مرادُ العلّامَةِ من اشتراطِ مُجيزٍ حينَ العقدِ، شَخصَهُ مُطْلقاً سواءٌ تمكنّ من الاجازة ام لا؟

فايراد البيضاوىّ صحيح، وجواب العلّامة لايدفع الايراد.

وان كان مرادُ العلّامةِ﵀ من وجود مُجيزٍ حينَ العقد، شخصَ المجيز مقيّداً بِصُورةِ التّمكن من اجازته فجوابُ العلّامَةِ عن اِيرادِ البيضاوِىّ، صحيح حيث انّ الامامَ (ع) غَيرُممكنِ الوصولِ اليه فلا يمكن الحصولُ عَلىٰ الْاِجازَةِ.

وامّا المُجتهِدُ والعدولُ اَيْضاً لايمكن الوصولُ اِلَيهِم اذا لم يَطلِعُوا عَلىٰ العقدِ.

فَالْاَوْلىٰ ما افاده فخر المحققّين والمحقّق الثّانى وهو انّ وَجهَ بطلان بِيعِ مال اليتيم، عدمُ وجودِ مَصلَحَةٍ حينَ العقد، لاعدم وجود مجيزٍ حينَه، فَاِنَّهُ لو قُيِّدَ البيعُ المذكورُ بوجودِ الْمَصلَحَةِ لَما بَطَلَ البيعُ المذكورُ عند وُجودِ الْمَصلَحةِ وان لم يكن مُجيزٌ مَوجُوداً عِندَ العقدِ.

ومن هنا، يرجِعُ الكلامُ اى من يقييد بيع مال اليتيم بوجود المصلحة، يكون مآل القيدِ اِلىٰ اِشتراطِ اِمكانِ فِعلِيَّةِ الاجازة من المُجيزِ، لا اِلىٰ اِشتراطِ وجودِ من مِنْ شأنِهِ الاجازَةُ، لانّه لو كانَ الامرُ كذلك لَلَزِمَ عدمُ وُقوع الفرضِ المَذكورِ، لا اَقَلَّ اذ من وجودِ مالكٍ حين العقد، فَتَلزَمُ لَغوِيَّةُ الشّرطِ المذكورِ وبالجملة، بناءً عَلىٰ تقييدِ بيعِ مالِ اليتيم بِوُجودِ الْمَصلَحَةِ لاَصْبَحَ الوَلِىُّ مَسْلوبَ الْاِجازَةِ فى الحالِ وَفِى الْمَآلِ، فلا يُتَصوّرُ فى حقّه الاجازةُ فى حالِ ولايَتِه عَلىٰ اليَتيم وهى حالَةُ صِغَرِهِ فَيَكونُ من ليست له الاجازةُ فى الحالِ، الاجازةُ فى المآلِ وهو اليَتيمُ الصَّغِيرُ، فَتَنْتَفِى الاجازةُ الفِعليَّةُ حينَئِذٍ من اليَتيمِ الَّذِى من شَأنه ان يُجيزَ بعدَ البلوغِ.

فالحكمُ ببُطلان بيع اليتيم فضولاً فى هذا الفرضِ معناهُ اِشتراكُ اِمكانِ فِعليَّةِ الْاِجازَةِ من المُجيزِ، لاوجودُ مُجيزٍ حينَ العقدِ.

نحن نقول: اِنَّ مقصودَ العلّامةِ﵀ من اِعتبارِ المُجيزِ فی حالِ العـقدِ، ليس ذاتَ المُجيزِ بَل مُجيزٌ يَتَمكّن الوصولُ اليه.

ومع قطعِ النّظر عن الجوابِ الّذی نُقِلَ عن العلّامةِ﵀ اَلدَّليلُ الَّذِی اَقامَ العلّامَةُ﵀ عليه كانَ مُؤَيِّداً لِهذا الاحتمال لِاَنّ الدّليل، انّه يُشتَرطُ فی عـقدِ الفـضولِیِّ، مُـجيزٌ يتمكّن الوصولُ اليه وَامّا ذاتُ المُجيز سواءٌ كان يُمكنَ الوصولُ اليه اَم لا؟ لا يؤيّدُه دَليلُه﵀ كما ذكرناه سابقاً.

والشّيخُ﵀ مع انّه اَجابَ عن البيضاوِیّ عن ايرادِهِ ودافَعَ عن العلّامَةِ﵀ **ولكن** مع ذلك، اَثَّر هذا الايرادُ فی ذِهنِ الشّيخ﵀ **لِاَنه**﵀ غَيَّرَ المثالَ و تَبِعَ فی ذكرِ المِثالِ عن فخرِ المحقّقينَ حيث غَيَّرَ فخُر المُحقِّين فی الْاِيضاحِ، مِثالَ العلّامَةِ وقال: بَيْعُ مالِ اليتيمَ بِنَحوِ المطلقِ ولكن فخرُ المحقّينَ صَرِّحَ: بيعُ مالِ اليتيمِ اذا كان عَلیٰ خِلافِ المَصلَحَةِ فاذا كانَ عَلیٰ خلافِ المَصلَحَةِ لاتجُوزُ للغَير اِجازَتُهُ اِلّا اليتيم حـتّیٰ لو فُرِضَ له ابٌ لايَجُوزُ التّصرّفُ فی ماله اِذا كانَ عَلیٰ خِلافِ الْمَصلَحَةِ وَاَمّا اذا بَـلَغَ اليتيمُ، فَتَجِوزُ اِجازتُه بِمُقتضیٰ قاعِدَةِ السّلطَنَةِ و هو قوله (ع): «**اَلنّاسُ مُسَلَّطُونَ عَلیٰ اموالِهِمْ**» وامّا الحاكِمُ اَيضاً فلا يَجُوزُ له اِمضاءُ معامِلَةٍ عَلیٰ خلافِ مَصلَحةِ اليتيمِ و كذلك عدولُ المؤمنين وغيرهما.

و لذا غَيَّرَ فخْر المحققين﵀ المثالَ حتّی لم يَتَوّحه الايرادُ عَليه لانّ بيعَ مالِ اليتيم اذا كانَ عَلیٰ خلافِ المصلَحَةِ ليس له مُجيزٌ و ليس لِاِجازَتِه وَلِیٌّ اِلا اذا بَلَغَ اليتيمُ و اَجازَهُ و كان حقّ له حينَئِذٍ الاجازَة فَصَدقَ المثالُ.

نحن نقول: اِنّ هذا المثالَ المذكورَ، اَسْوَءُ حالاً من اِلمثالِ السّابقِ وليس هـذا، مِثالَ الفرضِ وَاِذا شئنا ذِكرَ مِثالٍ هنا، لايجوزُ التّجاوُزُ عـن المِـثالِ الّـذی ذكـره العلّامَةُ﵀ فی القواعِدِ لانّ البيعَ عَلیٰ خِلافِ الْمَصلَحَةِ وَ اِن كانَ لايقبلُ الاِجـازةَ، ولكنّ الكلامُ فی عَدمِ صلاحِيّتِهِ لِلاِجازةِ هل هی لاجلِ عيبٍ فی المُجيزِ او المُجازِ و ليس عدمُ الصّلاحِيَةِ لِاَجلِ عدم وجودِ الْوَلِیّ فی البينِ لانّ الوَلِیَّ موجودٌ فی البين بل هو شرطٌ فی الفعل لِلْوَلِیّ كما انّ لفلانٍ، بيعُ المجهولِ و كونه ليس قابِلاً للاجازة

و كذلك البيعُ الرَّبَوِيُّ، ليسَ لِاَجلِ عدمِ وُجُودِ الوَلِّي لانّه بَيْعٌ باطِلٌ.

بالجملة؛ تغييرُ المثال ليس نَحوَ اِصلاحٍ له وَاَصلُ الْاِشكال انّه ليس المورِدُ، موردَ الوِلايَةِ لا انّه لم يَكُنْ وَلّيٌ بمَوجُودٍ بل الاَبُ موجُودٌ ولكن الفعلُ ليست مِمّا فيه الوِلايَةُ لانّ لاِعمالِ الولايَةِ شرائِطُ كما انّ الامامَ(ع) كانَ وَليّاً والابُ وعدولُ المؤمنين يُمكِنُ انَ يَكونُوا وَلِيّاً و مُجيزاً وَلٰكِن لِاِعمالِ وِلاٰيَتِهِمْ، شرائطُ يِجَبُ حُصُولها حتّىٰ يَكُونوا وَلِياً والشّرطُ حاصِلٌ ويَصدُقُ عليه انّ من جُملةِ شُروطِهِ، وجودُ المُجيزِ فى العقدِ ولكن اِعمالُ الوِلايَةِ لها شرائِطُ لم تَحْصُلْ هنا.

كيف ما كانَ اذا فرضنا انّ المثال اِمّا هٰذا او ذاك فَيَبقىٰ هنا سؤالٌ و هو اَنَّ دليلَ الْمَسألَةِ ماذا؟

العلّامَةُ ﷺ ذَكَرَ دليلَيْنِ:

الاَوّلُ: انّه اذا لم يكن ولىٌّ فى الحال، صِحَّةُ العقدِ فى الحال، مُمْتَنِعَةٌ لانّ الفرضَ انّه لَم يكن له وَلِيٌ ولم تمكن الاجازةُ حينَئِذٍ فاذا بَطَلَ فى الحالِ، لَبطَلَ فى جميعِ الْازمانِ يعنى اذا فرضنا انّ العقد فى حال وُقوعِهِ، مُمْتَنِع، لايَصِحُّ اَبَداً فى جَميعِ الْاَزمانِ.

الدّليلُ الثانى: لزومُ الضّرر علىٰ المشترى لانّ صبْرَهُ اِلىٰ بلوغِ الصَّبىِّ، ضررٌ عليه حيث لايجوزُ لِلْاَصيلِ المشتَرِى، الْتَصّرفُ فى الْمُثمَنِ و لا فى الثَّمنِ.

امّا فى الْمُثمنِ الّذى كان، مالَ الصَّبيّ لانّه يمكن ان يُجيزَ فيما بعدُ.

وامّا عدمُ جواز التّصرف فى الثّمنِ فَلانَّه يمكن ان يُجيزُ فيما بعدُ

و بالجملة، اذا لم يُجِزْ فيما بعدُ، ليس المبيعُ مالَه واذا اَجاز، لم يَكُنِ الثّمنُ فى الحال مالَهُ لانَّ الاجازَة كاشِفَةٌ فكانَ الاصيلُ مَمْنوعَ التّصرفِ فى الثَّمنِ وَالمُثْمَنِ والصّبرُ اِلىٰ بُلوغِ الصَّبىِّ اَيْضاً، ضررٌ.

اَجابَ الْشَّيخُ ﷺ عن هٰذينِ الدَّليلَيْنِ:

امّا عَنِ الْاَوّلِ فَلِاَنّه لم يَكُنْ دليلٌ عَلىٰ كُلِيَّةِ هٰذِه الكُبرىٰ، ما الدّليلُ عَلىٰ انّه اذا اِمتَنَعَ عَقدٌ فی اوّلِ اَزمِنَةِ وُقُوعِهِ فهو يَمْتَنِعُ فی جَميعِ الْاَزمِنَةِ فَدَليلُهُ ماذا؟ و لم يُقم العلّامَةُ عَلىٰ دَعوىٰ هٰذِه الكبرىٰ، دَليلاً فلا مانِعَ من ان يكونَ عقدٌ له شرطٌ لا تجب مقارنةُ هذا الشَّرطِ مع العقدِ لم يحصُلْ شرطُهُ حينَ العقد وَ امّا اِذا حَصَلَ شرطُهُ فيما بعدُ، كانَ صَحِيحاً مثلاً اذا عَقَدَ الشّخصانِ معاً عقَدالسِّلَمَ و ليس لِلْمسلمِ و المشترى ثمنُ نقدٍ بحيث لم يكنْ اِمكانُ تأديته.

ولكن ظَهَرَتْ تحتَ اَقدامِهِ خَزينةً اتّفاقاً و اَمْكَنَتْ تأديةُ الثَّمنِ بعدَ العقدِ مع انّه لم يتفرّق المجلِسُ.

و كذلك فی بيعِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمَ اذا كان قبض النّقدين مُمْتَنِعاً فی الآنِ الْاَوّل ثُمَّ اَمْكَنَ فی الآنِ الثّانی فلا يلزم اَنْ يُقالَ: انّ قبض الثّمن اذا كانَ مُمتَنِعاً فی زمانِ العقد، يَلْزَمُ ان يمتَنِعَ فی جميع الْاَزمانِ ولم يذكر الشّيخُ هٰذِه الْامْثِلَةَ.

و انّما قال ﷺ: لم يدلّ عَلىٰ كُلِيَّةِ هٰذِه الكُبرىٰ دَليلٌ و لم يُقِمْ دليلٌ عَلىٰ صِحَّة ما يمتَنِعُ فی زمانٍ، يَمتنِعُ فی جميعِ الْاَزمانِ.

امّا مسألة الضّرر علىٰ المالك فهو ليس امراً جديداً فهو يجرى فی الفضوليِّ بِناءً عَلىٰ الكشفِ قلنا حيث: اِنَّ عقد الفضُولِيِّ من جـانبِ الاصـيلِ، لازمٌ لا يَـجُوزُ له الفسخُ و لا يجوز اَنْ يتصرّفَ فيما انتقل عنه وفيما انتقل اليه اذا لم يعلم انّه تتحَقَّقّ الاجازةُ ام لا؟

وَ اِلتزمَ عَلىٰ هٰذا الْضَّرَرِ، القائِلونَ لِصِحَّةِ عقدِ الفضوَلِيِّ وكاشفيّة الاِجازَةِ وكـان هذا الضّرَرُ ضَرراً عامّاً فی كُلِّ مُعامِلَة الفضوَلِيِّ مع الاَصيلِ.

نعم: قيلَتْ فيما اِذا اِمتنعَ المالِكُ عن اَحدِ الْاَمرينَ وَ تَعَلَّقَ العقدُ و تَوَجَه الضّررُ الشّديدُ الزّائدُ عَلىٰ الْضَرَرِ النّاشِی عَن طبعِ المُعامِلَةِ اِحْتِمالاتٌ: من خيار الفسخِ ولو من طرفٍ واحدٍ و غيرهِ مِنَ الاحتمالاتِ و يَكُونُ كذلك فيما نحن فيه فَاِذا بَلَغَ اليتيمُ

ثُمَّ اِمتَنَعَ عن الاجازَةِ او الرَّدِ فيدخل فيما قلنا فى اِمتناعِ المالِكِ من مجئي الْاِحتمالاتِ اَيْضاً.

و الشّيخُ﵀ اَرْجَعَ البحثَ لما قررّه السّابق فى اِمتناعِ المالكِ عن اَحَدِ الاَمرَيْنِ لِاَحدٍ من الاحتمالات فى المَسألَةِ ومن جملتها: فَسخُ الْاَصيلِ او اِلزامُ الحاكِم الشَّرعِيِّ المالِكَ اِلىٰ التَّخييرِ بينَهما او عدمِ العلاج فى المسألَة فراجِعْ.

فَحِينَئِذٍ يُتدارَكُ الضّررُ الحاصِلُ بِامتناعِ الْيَتيمِ عن الاجازَةِ اَوِ الرِّدِ بما يُتدارَكُ فى سايرِ المقاماتِ و هذا جَوابُ الشّيخِ﵀ و حاصِلُهُ وِفاقاً لِجَمع من الْمُتأخّرين اَنَّ الحقَّ اَنَّ هذا الْشّرطِ، لَيسَ بشرطٍ و الحقُّ اَنَّ وجودَ مُجيزٍ فى الحالِ لايَلزَمُ وَ يَكْفِى وجودُ المُجيزِ الْمُوجُودِ فيما بعدُ.

و امّا بعضُ المُحَشينَ و منهم المُحِقّقُ الايروانِيُّ﵀ فَرَدَّ دَلِيلَ الْعَلّامَةِ﵀ و مع ذلك يُفَسِّرُهُ و يُفَصِّلُهُ عَلىٰ مَعنىً آخَر و قالَ:

اِنّ نَظَرَ الْعلّامَةِ﵀ من قوله: «اِذا اِمْتَنَعَ العقدُ فِى زمانٍ، اِمتَنَعَ فى جميعِ الْاَزمانِ، اَنَّ الْاِمتناعَ فى الْاَزمانِ يعنى لاتَكُونُ الخِطابَاتُ فى زَمانٍ تُحِقّقَ العقدَ قابِلاً لِلشُّمُولِ يعنى اَلعقدُ الْفُضوَلِيُّ فى الْفَرضِ المذكورِ، يَخْرُجُ عنِ تحتِ الْاِطلاقاتِ وَ بِعبارَةٍ اُخرىٰ، بناءُ الكلامِ عَلىٰ كاشِفِيّةِ الاجازَةِ ومعنىٰ الكاشِفيّةِ اَنَّ الاجازَةَ اذا تَحَقّقت فيما بعدُ تَكْشِفُ عَنْ اِنعقادِه و كانَ صَحِيحاً وهذا فيما اذا كانَ له مالِكٌ ومُجيز يَصِحُّ و امّا فيما لم يكنْ له مُجِيزٌ و لم تَمكنْ صَحِيحةً من الاوّلِ فَكَيْف يُمكنُ اَنْ تَصِّحَ فيما بَعدُ؟

و من هنا قالَ الشّيخُ﵀ فى المقام انّه لايَجُوزُ التَّمَسُكُ بِقاعِدَةِ: «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فى الزَّمان الثّانى فى كُلِّ خيارٍ شكٍّ فِى اَنَّهُ فورِّىٌ اوْ متَراخ؟ لِاِثْباتِ فَوْرِيّةِ الخيارِ لانّ القدرَ المتيقّنَ من «اَوْفُوا...» الزَّمانُ الْاَوَّلُ وَالْاَزمِنَةُ الآتِيَةُ مَشْكُوكَةٌ وَيَجِبُ التّمَسُكُ هنا بقاعِدَةِ: **«اَوْفُوا...»** و كانت لاٰزِمَةَ الوفاءِ ولَيْسَ له الخيارُ بل يَجِبُ هنا اِستصحابُ حُكمِ المُخَصِّصَ وَاِستصحابِ بَقاءِ الخيارِ وَيَثْبُتُ به اَنَّ الخيارَ مُتَراخٍ **لاَنّهُ** خَرَجَ فردٌ يعنى العقدُ الْمَغبُونِ فى زمانِ الْاِطّلاعِ وهو الْزّمانُ الاَوَّلُ من تحتِ العامِّ

يَمتَنِعُ ان يَدخُلَ فى الزَّمانِ الثّانِى تَحتَ العامِّ لانَّ الفرضَ اَنَّ قطعاتَ الزَّمانِ ليس كُلٌّ واحدٍ منها فَرداً ولَم يَقُلْ كُلِّ عقدٍ فى كُلِّ زَمانٍ ولم يَقُل مَثلاً صَلِّ كُلَ يومٍ اوصُمْ كُلِّ يومٍ مِن اَيّامِ رمضانِ بحيثُ يَكُونُ اليومُ قيداً لِلْموضُوعِ ولا اَنَّ العقدَ واجِبُ الوفاءِ فى جميع الْاَزمِنَةِ فلا تَكُونُ كُلُ قطعَة من الزَّمانِ فَرداً حتّىٰ يقالَ: اِنَّ هٰذِه القطعَةَ خَرَجَتَ ولم يُعلَمْ خُروجُ الْقَطعَةِ الأُخرىٰ.

فبناءً عليه اَرادَ المحققُ الايروانِىُّ ﷺ ان يُوجِّهَ دليلَ العلّامة ﷺ بهذا النّحو:

«اِمتنَعَ صِحّةَ العقد فى زمانٍ» يعنى هو خارجٌ عن تحتِ قاعدةِ: «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ...»

وامّا فى الزّمانِ الثّانِى فكيفَ يدخل تحتَهُ؟ وَلم يَدُّلْ العامُّ عَلىٰ صحّته فى الآن الثّانى و معنىٰ دلالة العامّ، انّ العقد من حين وِقوعِهِ اذا اَجاز، يَشْمَلُهُ حيث تكون الاجازة كاشِفةً فاذا اِمتنعَ حين اِنعقادِهِ فلا يشمَلُ فى جميعِ الْاَزمانِ. و هٰذه عبارةُ المحقّق الايروانىِّ فى حاشيته عَلىٰ المكالب ص ١٣٤:

«وعمدةُ ما اِستدَّل به العلّامةُ عَلىٰ ما ذهب اليه من اعتبار وجودِ من يَصِّحُ العقد باجازته حالَ العقد، هو انّه اذا لم يكن، اِمْتَنَع صِحّةُ العقد واندراجه تحت خطاب: «اَوْفُوا...» فاذا اِمتنع اندراجُه تحت خطاب: «اَوْفُوا...» فى زمان اِمتنع اندراجُه تحته اَبَداً وما هو الا معنىٰ بطلانِ العقد و بناءُ هذا عَلىٰ امرينِ:

احدهما: القولُ بالكشفِ فى الاجازةِ.

الثّانى: انّ العامّ اذا خُصِصٌ بخروجِ فردٍ منه فى زمانٍ لم يرجع اليه فى ذلك الفردِ فى ما عدىٰ ذلك الزّمان فيقال حينئذٍ: انّ العقد اذا لم يكن له من يصحّ باجازته حالَ العقد، اِمتنعَ دخولُه حالَهُ تحت خطاب: «اَوْفُوا» فاذا اِمتنع وقوعُه، لم يؤثّر اَبَداً لانّ الفردَ اذا خَرَجَ عن العامّ فى زمانٍ، خَرَجَ عنه رأساً ولم يرجع اليه ثانِياً بعدَ خُروجه عنه اوّلاً اِلّا ان يكونَ منّحلاً اِلىٰ اَفرادٍ بحسبِ كَثَراتِ الازمانِ والحال فى المقام ليسَ كذلك فانّ كُلَّ عقدٍ، فردٌ واحِدٌ من عموم: «اَوْفُوا» فاذا خَرَجَ هذا العقدُ الّذى لا مُجيزَ له من مبدأ وُجودِهِ عن عموم «اَوْفُوا...» خَرَجَ عنه رَأساً ولم يشمل «اَوْفُوا» اَبَداً وهو

معنىٰ بطلانه ثمّ انّ المحقّق الايروانىّ بعد نقل كلامِ العلّامَة وتوضيحه رَدَّهُ بقوله:

«يردّه اَوّلاً»: انّ نتيجة هذا الدّليل، ليس هو وجودُ من يَصِحُّ العقدُ بِإجازتِهِ حالَ العقد بل وجودُ من يصّح العقدُ من مَبدأ وُجوده بِإجازته ولو فى زمان متأخِّرٍ فالعقدُ عَلىٰ خلافِ مَصْلَحَة الصّغير، عَلىٰ هذا قابلٌ لِاَنْ يَصِّحَ من مَبدأِ وُجُودِه بـان يـبلغ الصّغيرُ فَيُجيزُهُ و تؤثّرا جازتُه حينَئِذٍ فى انتقالِ المال عنه من حالِ صغره.

و ثانياً: مجرّدُ وجودِ من يَصِحُّ العقدُ بِاجازته حـالَ العـقد لا يَكـفِى فـى دفـع المحذورِ فانّه لو كان مثل هذاالشّخص، لم يُجِزْ حتّىٰ انتقل المالُ عنه فَاَجازَ المالِكُ الثّانِى لم تجد اِجازتُه بمقتضىٰ هذا البرهان بِعينه لعدم تعقّل الكشف من حينِ العقدِ وعدم تصوّرِ وُجوبِ الوفاء بالعقدِ من حينِ تحقُّقِهِ فاذا لم يحسب الوفاءُ به من حين وقوعه لم يجب الوفاءُ به دائِماً وهو موضوعُ المسألة الآتية.

وقد اِستدَلّوا بهذا البرهان اَيْضاً عَلىٰ البطلانِ هناك فَكَأنَّ الْمَسئَلَتَيْنِ تَرتَضِعانِ من ثَدىٍ واحِدٍ فكانت نتيجةُ الدّليل، وجودُ من يصّح العقدُ من مبدأ وجودِهِ بِإجازته فلو لم يكن بل كانَ من يصّح باجازته العقدُ من اَواسِط وجوده، لم تُجد اجازتُه فى صِحَّةِ العقد بل بَطَلَ العقدُ رأساً فالعقدُ اِمّا اَنْ يَقَعَ عَلىٰ صِفَةِ التأثّير من حينِ تِحقّقِهِ او يَبْطُلُ رأساً.

نحن نقول:

نَحنُ مع قطعِ النّظر عن تفصيل المحقّقِ الايروانیّ﵀ والاشكالِ فيه، نَقُولُ مَعنیٰ آخر سواءٌ كان نظرُ العلّامَةِ﵀ هل يرجع اِلیٰ ما نقول ام لا؟

و هو اَنَّ المُستفادَ من كلماتِ الفقهاء فی الموارِدِ المتعدِّدَةِ كما قلناه سابقاً اَنَّ عقدَ الفضوَلیِّ يلزم يجمعُ فيه. جميعُ شرائِطِ الصِّحَةِ اِلّارِضیٰ المالك كما صَرَّحُوا بها و من جملة الشّرائط حالَةُ الجدِّ وَالارادَةِ الجدِّيةِ للعقدِ يعنی تحب للفضوَلیِّ عندَ العقدِ، ارادةُ المعامِلَةِ جِدّاً لانّه تُعتبُر فی كُلّ انشاءٍ، الارادةُ الْاِستعمالِيَّةُ و الارادةُ الجِدّيةُ كلاهما يعنی اِذٰا اَنشَأَ كُلِّ عَقدٍ من البيعِ والاجازةِ والنّكاح ونحوهما من دونِ جِدٍّ فيها سواءٌ كان عن لَعِبٍ او مزاحٍ او غيرهما من المصالِحِ لايَصِّحُ كما قِيلَ فی معنیٰ الامر: خمسةُ عَشرَ معناً وقال: المحقّقُ الخراسانِیُّ﵀ انّ كُلّها من قبيل الدّواعِی و الاغراضِ و كلّ هٰذِه المعانّی يشتركُ فی انّه لم يَكُنْ فيها جِدٌّ فهو مجرّدُ تَحَكُّمٍ و تَمَسخُرٍ و غير ذلك.

وكلّ هذا النّوع من الاوامر، لايجب الوفاءُ بها اِلّا الامرُ الّذی صَدَرَ عن جِدٍّ و كلُّ الانشاءاتِ حالُها كذلك يعنی يُمكنُ ان ينشاء شيئاً من دونِ ان يتحقّق معنیٰ الانشاء فی الخارج و هو صَدَرَ عن غير جِدٍّ وهذا ليس بعقدٍ وليس قابلاً لِلاِجازَةِ وكانت هی صورة العقد، ليست فيها شرائطُ صِحَّةِ العقدِ.

ومن العجيب من صاحب الجواهر﵀ حيث قال: يَجُوزُ للمالك اَنْ يَبيعَ مالَه فضولَةً حيث عٰامَلَ فی ماله حالَ كونه مُتَرَدِّداً فی رضاه حتّیٰ يفكّر فيه ثُمَّ اَجازَهُ فيما بعدُ لانّا اِذا قلنا انّ الغير، جاز له ان يَبيعَ مالَ الغير فَلِمَ لايجوز للمالِكِ البيعُ فُضُولَةً فی ماله؟

ثُمَّ قال﵀: يمكن ان يكونَ تصحيحُ بيعِ المعٰاطٰاةِ من هذا القبيلِ.

مثلاً المالكانِ المتبايِعانِ، لِاَجلِ اِيجاد الرّغبَةِ فی المشتَرِی الثّالِثِ، باعَ احدُهما مالَه بِاَزْيدَ من قيمته الواقعيَّة ويشتَرِی الآخرَ بِاَزيَدَ من قيمته الحقيقيَّةِ.

و معلومٌ انّ البيعَ بينهما ليس عَلىٰ حقيقتِهِ بَل لِتَرغيبِ الغير اِليهِ ثُمَّ اَجازَ الآخَرُ فيما بعدُ.

قالَ صاحبُ الجواهرﷺ: انّ فيه حكمُ الفضوليِّ واذا اَجازَ، يَصِّحُ العقدُ السّابقُ الَّذِى وَقَعَ لترغيبِ المشترِى الثّالث اِلىٰ بيع هذا الجنس اَزيدَ من قيمتِهِ الحقيقيّة.

وجهُ التّعجّبِ منهﷺ انّ المالك فى بيع ماله فضولَةً وبيع اَحَدِهما عَلىٰ الآخَرِ لِتَرغيبِ الغير، ليست له اِرادَةٌ جِدِّيَةٌ و لايَصِحُّ لانّ من شرائط صِحَّةِ العقدِ، الجِدُّ وَاَصالَةُ الجدِّ وهو هنا مَفْقودٌ وان كانت لِاَحدهما ارادةٌ جِدِّيَّةٌ فالعقدُ يَصِّحُ من الاوّل وليس من الفُضوَلِّى وحتّىٰ قلنا فى باب الفضوَلِىِّ اَيْضاً بانّه اِن كانت له هٰذِه الحالَةُ فيبطلُ بيعُهُ والغالِبُ فى مُعاملاتِ الفضوَلِىِّ ولو كان غاصِباً ولكن كان لَهُ فى معاملاتِهِ جِدٌّ.

واذا وُجدَ فضوَلِىٌّ ليست له ارادَةٌ جِدَّيةٌ فهو اَيْضاً ليس لقابلٍ لِلاِجازةِ كلما قلناه سابقاً.

وهذا القول من صاحبِ الجواهر الذّى كان بحراً ذَخّاراً فى الفقه، محلٌ للتَّعَجُّبُ ومِمّا قلناه يظهَرُ اَنَّ مقصودَ العلّامَةِ فى قوله: «اذا اِمتَنَعَتْ صِحَّةُ العقدِ فى زمانٍ، اِمْتنعت فى جميعِ الْاَزمانِ» انّه اذا لم يكن وَلِىٌّ لِلْيَتيمِ فى مواردَ، لم يَتحقّقِ العقدُ وكانَ هذا العقدُ فى غالب الفُروضِ غَيرَ عَقْلانِيٍّ وليس فيه جِدٌّ فليست له اَصالَةُ اِلجِدِ ولم يتحقّق شرطُ صِحَّةِ عقدِ الفضوَلِىِّ وهو كونُ عقدِ الفضوَلِىِّ جامِعاً لِشرائِطِ الصّحةِ اِلّا الرِضّىٰ من المالك موجوداً فى غالبِ فُروضِ هذا العقد.

و الشّيخُﷺ صَرَّحَ بِاَنَّ اِطلاقَ رواياتِ نِكاحِ الصّغيرين، يَشْمَلُ صورةَ عَدمِ الوَلِىِّ ولكن معلومٌ انّ هذه الاطلاقات، ليست مِنْساقَةً من تلك الجهة وليسن من هذه الجهة فى مقام البيانِ حتّىٰ يقالَ بالاطلاقِ و كان مَرمىٰ هٰذِهِ الرّواياتِ شيئاً آخَر ولا يجوز اَخْذُ الاِطلاقِ من هٰذِهِ الرّواياتِ حتّىٰ يقالَ بِشُمُولِ اِطلاقِها عَلىٰ مواردَ غير العُقَلائِىّ وغير العرْفِىّ من الموارد الّتى ليس فيها جِدٌ و هذا لانَقْبَلُ من الشّيخﷺ.

وَمِمّا ذكرنا يَظهَرُ انّ قولَ البيضاوىّ من اَنّ بناءً عَلىٰ اُصولِ الشّيعة، كانَ الامامُ

موجوداً و مع وُجودِ الاِمام كيف قالَ الشّيعَةُ انّ فى العقد، ليس وَلِىٌّ مُجيزٌ؟ خارجٌ عن مَحّلِ البحثِ المقصودَ لانّ اِصلاحَ العقدِ وَالاحتياجَ اِلىٰ الْوَلِىِّ لِاَجلِ اِجازَةِ اِلعقد وَامّا عَقِيدةُ الشّيعَةَ بوجود الامام الغائب، فَلا اِرتباطَ له لِاِصلاحِ العقد هل يُجيزُ ام لا يُجيزُ؟

وَيُعلَمُ منه انِّ ذِهنَ البيضاوِىِّ كانَ خارجاً عن مَرْمىٰ المسألَةِ حتّى اَوْرَدَ الايرادُ عَلىٰ العلّامَةِ ﷺ و الحّقُ مع ما قالَ العَلّامَةُ لاَنَّ وجودَ الْوَلِىِّ حينَ العقدِ لِاِصلاحِ حالِ العقدِ وَاَنْ يَكُونَ مُتَمَكِنّاً من الوُصولِ اليه.

التَحقيقُ فى مسألة: هل يُشترَطُ مُجيزٌ عِندَ العقد من شأنه اَنْ تَصِّحَ منه الاِجازة ام لا يُعتَبرُ؟

التّحقيقُ يتوقّف عَلىٰ ذكرِ مقدّمَةٍ حتّىٰ يتبيّن حكمُ الْمَسألَةِ.

وهو اَنَّ كُلِّ عقدٍ له حالاتٌ ثلاثَةٌ:

اِمّا صَحِيحٌ فِعلِيٌّ او باطِلٌ فِعلّىٌ او بَيْنَ الصِّحَةِ والبُطلانِ ويُعبّر عنه بالصِّحَّةِ التَّأهُلِيَّةِ.

ومعنىٰ الصّحّة التّأهليّة للعقد بل لكلّ عمل عقدا كان او ايقاعاً او عِبادةً وغيرها، تَرتَبُّ اَثرِهِ مِن المِلكِيَّةِ وَالنَّقل وَالاِنْتِقال عَلىٰ العقدِ و وجوبِ الوفاءِ به فَمَعنٰاها فى المعاملات، ترتُّبُ الاثَرِ المَقْصُود عليهٰا.

فَالْاَثرُ المقصودُ ان كان ترتّبه بلا تَراخٍ فهو الصِّحَةُ الْفِعليَّةُ.

وان كان العقدُ علىٰ نحوٍ لا يترتّب عليه الاثرُ ولو كانَ من بعدُ فهو باطلٌ فِعلِيٌّ مثلُ بَيْع المجهولِ فاذا بٰاعَ ما فى الصّندوقِ يبطلُ من دوُنِ اِنتظارِ اِلىٰ تحقيقِهِ فيما بعدُ.

وهنا حالَةٌ بينَ الحالَتَيْنِ، لاباطِلٌ بَطِّيٌ ولا صَحِيحٌ بَطِّيٌ قَطْعِيٌّ يُعبّر عنه العقدُ المُراعىٰ وَالصَّحةُ التَّأهُلِيَّةُ.

ومعناها: انّ العقدَ فى حالٍ له شرطٌ لايلزَمُ مُقارَنةُ هذا الشّرط مع العقدِ ولكن يلزَمُ وجودُهُ و اِذا حَصَلَ الشّرطُ فى المُستَقبلِ يُحكَمُ بِالصِّحَةِ الفِعلِيَّةِ فَاِذا لم يحصل يُحكَمُ بالبُطلانِ البَطِيِّ الفِعلىِّ وَيَصيرُ باطِلاً قَطْعِيّاً؛ هذا، شأنُ كُلّ اَجزاءِ الْمُركَّبِ سواءٌ كانَ جزءً واحِداً او تمامَ الْاَجزاءِ.

فمعنىٰ الجزء التَّأهُّلِيّ وَصِحَّتَهُ كونُ جزءٍ اَهْلاً لِاَنْ يقع جزءً من الْمُركّبِ المطلُوبِ كما فى صِحَّة الاِيجابِ بِالنّسبة اِلىٰ لحوقِ القبولِ اِليه يعنى الايجابُ كانَ اَهْلاً بحيثُ اذا اِنضمّ اليه القبولُ، تَركَّبَ منه عقدٌ صحيحٌ ذُواثَرٍ.

فعقدُ الفضوَلِيّ له هٰذِهِ الحالَةُ يعنى له صِحَّةُ العقد ومرادُ من قال لصِحّة عقد الفضولىّ قَبلَ لُحوقِ الاِجازة له، الصَّحَّةَ التّأهِلَيَّةَ لا الصِّحَةَ الفعلِيّةَ بأَنْ يترتّب عليه الاثَرُ بلا تراخٍ عليه ولا الباطِلِ القَطعِيّ ولكن هنا، الباطِلُ والصّحيحُ وكان امرُه

مُراعیٰ یعنی لم یحصل اَثَرُ الصّحة الفعلیّة وهو الملکیّةُ فی عقد الفضوَلِّی ومن جهةٍ اُخریٰ لو اجازه المالك لحصلت الملکیّةُ وهذا معنیٰ کونه بینَ الصّحَةِ والبطلان ومعنیٰ الصِّحَةِ التّأهلیّة وهٰذِه الحالَةُ توجَدُ فی جمیعِ اَقسام عقدِ الفضوَلِیّ عَلیٰ القولِ بصّحته.

اذا عرفت هٰذِه المقدّمةَ فقَولُ العلّامةﷺ من صِحَّةِ العقد مع انّه قالﷺ: «اذا امتنعت صِحّةُ العقد فی زمان تمتنع فی جمیع الازمان» قابلٌ لِلسّؤالِ عنهﷺ: هل المرادُ من الصّحّةِ، الْصِّحَّةُ الفِعلیَّةُ او الْصِحَّةُ التّأهلیّةُ فان کان المرادُ من الصِّحَّةِ، الصّحة التأهلیّة فتصّح هٰذِه الکُبریٰ وهو قولکم: «اذا امتنعت الصِّحةُ التّأهلیّة فی زمانٍ، اِمتنعت فی جمیع الازمانِ لانّ العقد، حینَ وُقُوعِهِ، کان فاسِداً وباطِلاً قَطْعاً و لیست الصّحّةُ تَأَهُلِیَّةً فلا یَصِّحُ ایجاد الصّحّة له فیما بعدُ ولکن لیس له الصُّغری لانّه اذا امتنعت صحّتُهُ یعنی الصّحّةُ التّأهلیّة، ما امتنع صِحَّتُها فی الفرضِ والمقامِ لانّ ما لم یکن وَلِیٌّ مُوجوداً فتبقیٰ صِحّتُهُ التّأهلیّة اَیْضاً عَلیٰ حالِها یعنی کان ایجابُه هو الایجابُ وقبولُه هو القبولُ وکان فیها قصدُ الانشاءِ والارادة الجدیّة و کانت فیه القدرةُ عَلیٰ التّسلیم و لیست فیها جهالَةٌ،

بالجملة: کلّ الشّرائِطِ الّتی تشترط فی کُلِّ عقدٍ، کانَت هنا موجودَةً الّا رِضیٰ المالکِ او الْوَلیِّ.

فان کان مقصودُ العلّامةﷺ من الصّحّة الصّحّةُ الفعلیَّةُ فاذا امتنعت صِحّتُهُ کان باطلاً فعلیّاً یعنی ان کان مقصودُهﷺ العقدَ الّذِی عند وقوعه حکمٌ ببطلانه قطعاً فَلا یصیر فیما بعدُ صحیحاً وتصیر الْکُبریٰ صَحیحةً فلا یَرجِعُ اِلیٰ الصّحّة.

ولکن العقدَ الموجود، ما صارَ محکوماً بالبطلانِ القطعِیِّ لانّه لم یَدُّل دلیلٌ عَلیٰ بطلانِ بیع مالِ الیتیم الَّذِی لیس له اَبٌ وَملاحظاتُ الدّلیلِ، ملاحظاتُ الدّلیلِ فی سایر الموارد.

فلیس فرقٌ بینَ هذا النّوع من الفضوَلِیّ وسایر افراد الفضوَلِیّ فی الشّرائِطِ وَالْاِیجابِ والقبولِ الّتی حَکَمَ العلّامَةُﷺ لِصِحّتها وتجری هٰذِه الملاحظاتُ هنا اَیْضاً

فليس فرقٌ فى الصِّحَّةِ التّأهليَّةِ بينِ هذا الفرض و سايرِ موارد بيع الفضوَلِيّ ويلزم فى صحّته رِضىٰ المالك سواءٌ كانَ مُقارِناً للعقدِ او مُتَأَخِّراً و وجودُ الولّي وعـدمه عند العقد لا يُفرَقُ فى المسألة ومناطُ المسألةُ انّ الشّارع اذا رتّب اَثَراً عَلىٰ مُرَكَّب وكان اكثرُ اَجزائه حاصِلاً وانّما لم يحصل شرطٌ فيه الّذى لم تشترط مقارنته مـع المركّب فاذا حَصَلَ الشّرطُ، اَثَّرَ الشّرطُ اَثَرَهُ.

بالجملة: المناطُ هو الصّحّةُ التّأهليّةُ فى المسأله لم يفرق مع الصّحّة التّأهليّة فى ساير معاملات الفضوَلِيّ.

فَحِينَئِذٍ ان كان مقصودُه﵀ من الصّحّة، الصِّحَّةُ التّأهليّةُ يعنى العقدُ عند وُقُوعه اذا لم تكن له صِحَّةٌ فِعليَّةٌ وكانت له صِحَّةٌ تأهليَّةٌ اِمتنع دائماً فَهذا مُضافاً اِلىٰ كونه ليس بصحيح، كان خلافَ مَبنىٰ العلّامَةِ﵀ لانّ عقيدةَ العلّامَةِ﵀ انّ عقد الفضوَلِيّ، يَصِّحُ فى ساير الموارد ومعنىٰ ذلك الكلام انّ عقدَ الفضوَلِيّ عند وقـوعه، لايُـحكَمُ بِـصِحّته الفعليَّةِ انّما يحكم بصحّة التّأهليّةِ بكونه مُراعىٰ يعنى تمتنع صحّته الفعليّة مع ذلك اذا اَجازَ الوَلِّيُ او اليتيمُ فيما بعدُ، يَصِحُّ العقدُ.

خلاصةُ الكلام انّ دليلَ العلّامَةِ اِمّا ليس له صُغرىٰ او ليس له كُبرىٰ فَاِنْ كـان المقصودُ اذا امتنعت صحّته يعنى حكم ببطلانه تَصِحّ الكُبرىٰ لانّ ما حُكِمَ ببطلانِه لايَصيرُ صَحيحاً فيما بعدُ ولكن ليس هنا صُغرىٰ وهو ما حُكِمَ ببطلانه قَطعاً.

و ان كان مقصودُه، ما ليست فيه صحّةٌ فعلِيَّةٌ و كانت له صِحَّةٌ تأهـلِيّةٌ ثُـمَّ لم يتّصف فيما بعدُ بِوصَف الصّحّة، فهو خلافُ مَبنىٰ العلّامَةِ لانّه كانت عقيدته، صِحَّةَ العقدِ الفضوَلِيّ.

وممّا ذكرنا يُعلم انّ تفسيرَ الْمُحقّق الايروانِيِّ دليلُ العَلّامَة﵀ اَيْضاً لم يصحّ قال المحقّق الايروانيّ انّه لايبعدُ ان يكون نظرُ العلّامَةِ فى الدّليل اِلىٰ القاعِدَةِ المعروفَةِ من انّه اذا خَرَجَ فردٌ من تحتِ عامٍّ فى زمانٍ، لا يدخُل تحته فى زمانٍ آخر.

وجهُ عدم صِحّةِ كلامِ المحقّق الايروانِيِّ﵀ انّ كلام العلّامة﵀ لااِرتباطَ لِلْقاعدَةِ المشهورة لانّ الفضوَلّي بناءً عَلىٰ صحّته التّأهليّة فى ساير الموارد، لم يدخل قبلَ

الاِجازة تحت العامّ بل يكونُ اهلاً لان يدخل تحته وبعبارةٍ اُخرىٰ، هنا تَخَصُّص لا تخصِيصٌ لانّ القاعِدَةَ المشهورَةَ فى مسألة التَّخصيصِ كانت فى موردِ اَفرادِ يشمل ظُهورَ العامّ اِيّاها وَخَرَجَ بالتَّخصيصِ مع كونه داخِلاً فيه قبل التّخصيصِ وَاَمّا فيما اذا لم يدخل تحتَ العامِّ كما فى ما نحن فيه لِفَقدِ شرائطه ثُمَّ حَصَلَ بَعضُ شرائطه فيما بعدُ اَردنا شُمُولَ العامِّ له فلا اِرتباط ما نحن فيه، لهذا البحث.

مَثلاً اذا اَوجَبَ اَحَدٌ ايجابَ عقدِ النّكاح وغيره لم يدخُل هذا، قبل القبولِ تحتَ العامِّ بعدُ ولكن لَه اَهْلِيّة الدّخولِ تحت: «اَنْكِحُوا الْاَيامىٰ» باعتبار لُحُوقِ القبولِ له.

و وجهُ عدم دُخُولِ الفضوَلِيّ تحت العامِّ لما قلناه من اَنَّ المراد من «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، عقودُكُم و «اَحَلَّ الله البيعَ» بيوعُكُم و العقدُ هنا لايصيرُ بيعَ المالِكِ و عقدَ المالكِ الاّ اِذا اجازَهُ فَما دام لم يُجزِ المالِكُ لم تَشْمَلْ اَدِلَّةُ: «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «اَحَلَّ الله البيعَ» و «لاتَاْكُلُوا اَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ...» العقدَ الفضُولِيِّ. فعقدُ الفضولِيِّ قبل اجازة المالك ما دخل تحت العمومات حتّى تقول فى هٰذا المورد بالخُصوصِ انّه خَرَجَ بِالتَّخصيصِ وَشَكٌّ فى الآنِ الثّانى انّه هل دَخَلٌ فى عُمومِ العامِّ ام لا؟

ومن هنا ظهر اَنّ تغييرَ الشّيخ﵀ المثالَ تبعاً لِفَخر المحقّقينَ فى الاِيضاحِ وعدولُ الاِيضاحِ عن مثال العلّامة﵀ لشُبْهَةٍ فيه كما ذكرناه سابقاً مُضافاً اِلىٰ الاشكال وَالشُّبهَةِ الّتى ذكرناها مِنَ انّ هذا التّغيُّر، لايُصلِحُ المثالَ، كانت شُبَهَةٌ اُخرىٰ فى المثالِ وهو انّه تُحْمَلُ قويّاً لولم يَكُنْ اَقوىٰ بانَّ مالَ اليتيم اذا وقعت عليه معامِلَةٌ عَلىٰ خلافِ الْمَصْلَحَةِ، يَدخُلُ فى القسمِ الْباطِلِ الْقَطعِيّ: «اِنّ الَّذينَ يَاْكُلُونَ اَمْوالَ اليَتامىٰ، انّما يَاْكُلُونَ فى بُطُونِهم ناراً»، قالوا: «اِنّ النَّهىَ اذا تَعَلَقَ بِالثَّمنِ اوِ المُثمنِ، يُفيدُ الفسادَ، فاذا عامَلَ فى مالِ اليَتيمِ بِالنَّحوِ الفَسادِ، فَالثَّمَنُ وَالْمُثْمَنُ تَشْمَلهما النَّواهِى الواردَةُ.

فالمثالُ الّذى ذكره الشّيخُ قلنا فيه اَنَّ خِلافَ المصلَحَةِ نَوعانِ:

نوعٌ هو فاسِدٌ و نوعٌ ليس فيه صَلاحٌ ولافَسادٌ و فى تصرّفات الولىّ من الابِ و الجَدِّ لاِ تلزَمُ مَصلَحَةُ الوَلِّي بل يَكفى عدمُ الفسادِ فيها (اِنَّ الله لا يُحِبُّ الْمُفسِدينَ)

وامّا الوصِيُّ و الحاكِمُ وَالْوَكيلُ وعدول المؤمنينِ و سايرُ الاَولياءِ فيلزم لهم مراعاةُ مَصلَحَةِ اليتيمِ و مجرّدُ عدمُ المصلَحَةِ لايَكفِى.

فان كان المقصودُ من قوله ﷺ: «عَلىٰ خلافِ الْمَصْلَحَةِ» عقدٌ كانَ فيه عدمُ الْمَصلَحَةِ وَلا المفسَدَةِ فهو مطلبٌ و اما معامِلةٌ كانت فيها مَفْسَدَةٌ فالتّعبيرُ عَلىٰ خلافِ الْمَصلحَةِ المرادُ منه غالباً المَفْسَدَةُ فهى مَنهيٌّ قطعاً بالنَّواهِى الخاصّةِ من اِفسادِ مالِ اليتيمِ.

و لايجوزُ القولُ بانّ النّهى، تَعَلَّقَ اِلىٰ خارج المعامِلَة وكان مُتَعَلّقاً عَلىٰ الاِفسادِ لانّه كانت نواهى تَعلقّت اِلىٰ الثَّمن وَالمُثمنِ بالعمومِ اَو بالخُصُوص وكيف ما كان، هذا المثالُ من هٰذِه الجهة اَيْضاً لايخلو عن اِشكالٍ وشَبْهَةٍ وامّا مسألَةُ لزومِ الضّرر عَلىٰ المالِكِ الْاَصيلِ حيث قالوا: يُجْبَرُ به كما فى سايرِ الموارِدِ فقلنا: اِنّ هذا المورِدَ، يفتَرِقُ مع سايرِ الموارِدِ. و ذلك لِاَنَّ فى سايرِ الموارِدِ الّتى يَكونُ العقدُ من طرف الْاَصيلِ لازِماً، قالوا: اِنّ هذا الضَّرَرَ، لِعِلَّة من العِلل، لايوجِبُ الفسخَ ولكن اذا ماطَلَ المالِكُ وَامتنَعَ عن اِختيارِ اَحَدِ الامرينِ من الْاِجازة وَالرَّدِ فهو يوجبُ الفسخَ يعنى: اِنّ طبعَ العقدِ ليسَ ضَرَرِيّاً وحالَةُ المالِكِ وَامتناعُه، يوجِبُ الضَّرَرَ وامّا فيما نحن فيه اى فى موردٍ لم يكن الوَلِّىُ موجُوداً وكان الصَّبِّىُ صَغيراً ولا تجوزِ اِجازَةُ احدٍ حتّىٰ بَلَغَ الصَّغيرُ فكانت هٰذِه الحالَةُ من الاوّلِ و ان كانت هٰذِه الحالَةُ، مُوجباً لِلفَسخِ عَلىٰ خِلافِ سايرِ مَواردِ الفضوَلِىّ من الاوّل مع انّهم لايَقُولونَ به ومورِدُ الفسخِ عَلىٰ طبقِ سايرِ مَواردِ الفُضُوَلِىِّ ما اذا بَالَغَ الصَّبِىُّ وَامتنع من الاجازةِ او الرّدِ وتَضَرَّرَ الاصيلُ من هٰذِه الجَهَةِ، كانَ لِلْاَصيلِ خيارُ الفسخِ مع اَنَّ الضّرَر هُنا تَوَجِّهَ من الاوّل لانّ انتظارَ الْاصيلِ اِلىٰ اَنْ بلغَ الصّبىُ ضَرَرٌ عليه فَهٰذا الضّرُر غيرُ الضّررِ فى سايرِ الموارد فيجُب القولُ بانّ هذا كانَ ضرريّاً.

الامرُ الثّالثُ الّذِى قال به الشّيخُ فى القول فى المُجيزِ: انّ المالِكَ حينَ العقدِ هو المالكُ حِينَ الْاِجازَةِ غايَةُ الامرُ ليس لَهُ حقّ التّصرفِ.

و ذلك اِمّا لِقُصور سَلْطَنِتِه لكونه مَحجُوراً لِسَفَهٍ او غيره وَاِمّا لِتَعلُّق حـقّ الغـير عليه فَعلىٰ هذا، اِذا تَصَّرفَ السَّفيهُ فى ماله، لايبطُل عقدُه و كان عقدُهُ فُضُولِيّاً يعنى يَحْتاجُ اِمّا لِاِجازةِ الوَلِيِّ او اجازَةِ السَّفِيهِ بعد الرُّشدِ وَالبُلوغِ.

فالمانِعُ هنا الْمَحْجُوريّةُ مع كونه مالِكاً و لاجل ذلك كانَ فـى سـلطنَتِهِ قُـصورٌ وهٰكَذا المجنونُ مع انّ المجنونَ مَحْجُورٌ وهكذا الصَّغيرُ.

لايخفىٰ انّ كلامَ الشّيخ﵀ كان عامّاً يدخل الغرض الّذى ذكرناه فِى الصّفحاتِ السّابِقَةِ من بيعِ مال اليتيمِ فى اَحَدِ شُقُوقِ هذا الكلام العامّ و كانَ داخِلاً فى فَرعٍ من فُروعاتِ المَحْجُوريّةِ لِاَنَّ فى بيعِ مالِ اليتيم الّذى بَحَثْنا عنه سابقاً الَّذِى ليس له وَلِّىٌ كان المالِكُ حينَ العقدِ هو المالِكُ حينَ الْاِجازَةِ وانّما كان مُحْجُوراً و مسلوبَ العبارَةِ و كانت اجازته، لااجازةٌ.

و الفرضُ انّ اَحَدَ شُقوقِ هذه المسأَلَةِ الّتى تُبحثُ فى المسأَلَةِ الآتِيَةِ انّ المالك كان مَحجُوراً لاجل قُصُور المُقتَضِى او لوجودِ المانِع.

امّا قصورُ المُقتَضِى، كَاَنْ لايَكونَ مالكاً حالَ العقد، ولا مَأذُوناً من قِبَلِ المالِك كالصِّغَرِ وَالجُنُونِ وَالسَّفَهِ.

وَ اَمّا حصولُ المانع فَمِثلُ الرّهن حيثُ تعلّق حقُّ المرتهنِ عَلىٰ ملكِ الرّاهِنِ فلا يجوزُ التَّصرفُ لِلرّاهنِ فى العينِ المرهُونَةِ مادامَ بَقىٰ حقُّ الغيرِ فيه فتعلّقُ حقِّ الغير عليه، مانِعٌ عن تصرفّاتِ الرّاهنِ فى العينِ المرهونَةِ و كذلك فى باب الفَلسِ الّذى حَكَمَ الحاكِمُ بتفليسِ المُفلَّسِ وحِجرُهُ حيثُ تكونُ ديونُه بقدر ماله او ازيدَ منه، كانَ الْمُفَلِّسُ مالِكاً مَحْجُوراً لاجلِ تَعَلُّقِ حقّ الغيرِ عليه يعنى ليس فى المالكيَّةِ قصورٌ وانّما المانِعُ، تعلّقُ حقِّ الغير عليه وكونه مَحْجُوراً لِاَجل المانعِ وبهذا يَـفْتَرِقُ مـع قَصُورِ المُقتَضِى فِى الْاَحكامِ وَالاثارِ كذلك الورثةُ بِالنّسبةِ اِلىٰ تَرَكَةِ الميِّتِ اذا كان للميّتِ دَيْنٌ الّذى يَتَعلّقُ عَلىٰ التَّرَكَةِ و كانت الورثَةُ مَحْجُوراً فى تركته وذلك الحِجْرُ

لاجل تَعَلُّقِ غَرَماءِ التَّركَةِ لا لاجل عدمِ كونِ الورثَةِ مالِكاً.

يعلم مِمّا ذكَرناه انّ فى هٰذِه المسألَةِ يعنى فى مسألَةِ: انّ المالكَ حينَ العقد هو المالِكُ حين الاجازَةِ و انما لم يُنْفَذْ تصرّفُهُ لو تَصَرَّفَ فَرضانِ:

اِمّا لِاَجَلِ قُصُورِ المُقْتَضِى مثل ما يَكونُ مَحْجُوراً لِاَحدٍ من اسبابِ الحِجْرِ وَامّا لِاَجَلّ تَعَلُّقِ حقِّ الغير عليه كالرّهنِ و الفَلسِ وَ مسألَةِ الوَرَثَةِ و الشِّركَةِ اذا كان عَليهٰا دينٌ.

ولا يخفىٰ عَلىٰ القارِئِ الكِرامِ: اِنّ هذه المسألَةَ، غيرُ المَسألَةِ التّى يأتى بحثها فيما بعدُ: من اَنّ المالك حينَ العقدِ، لَيْسَ هو المالِكُ حينَ الْاِجازَةِ كمَنْ بٰاعَ مالَ مُورِثِهِ فُضُولِيّاً ثُمَّ ماتَ و ورثه وَالاجازةُ حَقُّ الورثَةِ مع انّ المالِكَ حينَ العقدِ كانَ اَبٰاهُ لا الوَرَثَةُ.

امّا البحثُ فيما نحن فيه فقد صَرَّحَ الشّيخُ﵀ بأنّ عَقْدَ الفُضُوَلِىّ يجرِى فى هذا الفرضِ، غايةُ الامر يحتاجُ اِلىٰ الاِجازَةِ كما اذا بيع عَلىٰ مالِ السَّفِيهِ اَوِ المَجنُونِ فُضُولَةً ثُمَّ زٰال سَفهُهُ واَجازَه او اَجاز وَليُهُ، يَصِّحُ العَقدُ حَتّى صَرَحَ الشّيخُ﵀: انّ فى بَعضِ فُروضِها لايحتاجُ اِلىٰ الْاِجازَةِ اَيْضاً مثل بيعِ العينِ المرهونَةِ بِاَنْ بٰاعَ الرّاهِنُ، الْعَيْنَ المرهُونَةَ ثُمَّ فَكَّ الرَّهنَ وَزال حقُّ الغيرِ او الْدّائِنُ اَبْرَئَهُ مِنَ الدِّينِ فلا يَحتاجُ حِينَئِذٍ اِلىٰ اِجازَةِ الرّاهِنِ جَديداً وَ مُستَأنَفاً لِاَنَّ المالَ كان مالَه.

غايةُ الامر كَاَنَّ تَعَلّقَ حقِّ الغير، مانِعاً من نُفُوذِهِ فزٰالَ المانِعُ فكانّ صِحَّةَ الفضوَلِىِّ فى العينِ المَرهُونَةِ، اَقْوىٰ صِحَّةً من ساير مواردِ صِحَّةِ الفضولِىِّ بحيثُ لايحتاجُ اِلىٰ الاجازَةِ لانّ الاجازةَ فى ساير الموارد، لِاَجلِ صحيح الْاِسنادِ اِلىٰ المالِكِ وَاَمّا فى بيعِ الرّاهِنِ فالعينُ المرهونةُ فضُولَةً يَصِّحُ الْاَسنادُ حيث اِنّ الفرض، اَنَّ الرّاهِنَ نَفْسَهُ بٰاعَ العين الْمَرهُونَةَ ولايحتاجُ اِلىٰ الاجازَةِ و انّما المانِعُ عَنِ الصِّحَةِ تَعَلُّقُ حَقِّ الغيرِ عليه فاذا ازٰالَ، نَفَذَ العقدُ من دونِ حاجَةٍ اِلىٰ الاجازَةِ فيما بعدُ.

وَ اَنْتَ كما ترىٰ بناءً عَلىٰ ما ذكره الشّيخُ﵀ فى الفروضِ الْمَذْكُورَةِ من قوله: «... لاَجلِ عَدم المُقْتَضِى ام للمانع كَاَنَ يَكُونَ مَحْجُوراً».

تجرى فيه قاعِدَةُ الفُضُولِيِّ عموماً يعنى كانت فيه الصِّحَّةُ التَّأَهُلِيَّةُ و يحتاج فى اكثر فُروضِها اِلىٰ الْاِجازَةِ و امّا فى مثلِ العين المرهُونَةِ يجرى الفضوَلِّىُ ولكـن لا يحتاجُ اِلىٰ الاجازَةِ فيما بعدُ وبمجرّدِ فِكِّ الرَّهنِ يَتِمُّ العقدُ وَاِنْتَسبَ اِلىٰ المالِكِ من دونِ حاجَةٍ اِلىٰ الاِجازَةِ فيما بعدُ.

نَقُولُ:

اَوَّلاً: يرد عَلىٰ الشّيخِ﵀ عَلىٰ عبارَتِهِ مع اَنَّه لم يَكُنْ اِشكالٌ عَلىٰ مرادِهِ حيث قال الشّيخُ﵀: انّ الفضوَلِيِّ يَجرِى فى هٰذِه الفُروضِ و يَحتاجُ اِلىٰ الاِجازَةِ اِلّا فى موردِ الرّهن حيث لايحتاجُ اِلىٰ الْاِجازَةِ و هذَا ظاهِرُ كلام الشّيخ و اشكالُ هٰذِه العبارَةِ اَنَّ الفُضُولِيّ يُفْرَضُ نَحوانِ فى هذِهِ الفروضِ.

تارةً: عَقَدَ المَحْجُورُونَ اَنْفُسُهُمْ العقدَ الفضُوَلِيِّ واردنا تصحيحهُ بِالاِجازَةِ.

وَ تارةً اُخرىٰ عقدُ الغيرُ البيعَ فى مالِ المَحجُورِين وَالآنَ اردنا تَصحيحَه بِالاجازَةِ فَاِنَّ المقصودَ الاوّل يعنى عَقَدَ الرّاهِنُ وَالسّفيهُ و المجنونُ وَ الوَرَثَةُ انفسَهم العقدَ فى مالهم وكانوا مُباشِرينَ لِلعقدِ و اردنا تَصحيحَةُ بالاجازَةِ.

فنقول: انّ هذا، لايصّح فى موردا لمَجنُونِ حتّىٰ السَّفِيهِ اَيضاً ولايَخْلُو عن اِشكالٍ و لايَصِّحُ بالاِجازَةِ لانّ السَّفِيه وَ المجنونَ وَ الصَّغيرَ، كانُوا مسلوبَ العِبارَةِ و لم يَجُزْ اِنشائُهم حتّىٰ اذا بَاعَ الصّغيرُ مالَ الغير فُضُولَةً ثُمَّ اجاز صاحِبُه قال المشهورُ بِعَدمِ صِحّتِهِ لانّه مَسلوبُ العبارَةِ و كذلك ليس فى السّفيهِ، الرُّشدُ فى المالِ وكذلكَ المجنونُ ليس له رُشدٌ باعتبارٍ آخَر.

بالجملة؛ عَمَلُ السَّفيهِ و المجنونِ و الصَّغيرِ، ليس عَمَلاً جِدِّياً وَ عَقْلائيّاً عندَ العُقْلاء عَلَى هذا اِنَّ مقصودَ الشّيخِ﵀ من جريانِ الفضولِيِّ فى الْاُمورِ المذكورَةِ صورةُ ماكانَ اَنْفُسَهُمْ مُباشراً للعقد او لا اقّلَ هٰذِه الصّورةُ و ما يَعُمُّهٰا فقوله﵀ من جريانِ الفُضُولِيِّ و صحتّه بالاِجازَةِ لايَصِّحُ فى بَعضِ المذكوراتِ وَ مِنْ جملتها: السّفيهُ الّذِى داخِلٌ فى مَحلِّ الكلام و لايخلو عن اِشكالٍ و ان كانَ المقصودُ اَنَّ الغيرَ، اَجْرىٰ العقدَ عَلىٰ اَموالِهِم و يجرى فيه عقدُ الفُضُولِيِّ وَ يَحتاجُ اِلىٰ الْاِجازَةِ فَيَكُونُ هذا صَحِيحاً ولكن هذا لايَحتاجُ اِلىٰ الْاِجازَةِ فى بيعِ العينِ المرهُونَةِ مثلاً اذا بَاعَ الغير دونَ الرّاهِنِ العينَ المَرْهُونَةَ ثُمَّ فَكَّ الرّاهِنُ، يحتاجُ اِلىٰ الْاِجازَةِ فكانَ الْمُستثنىٰ وَ المُستَثنىٰ منه، لاُيلائِمانِ مَعاً.

و توضيحه انّ الشّيخ﵀ قال: اِنَّ المالك حينَ العقدِ ان كان هو المالكُ حينَ

الاجازة و كانت عِلَّةُ عدمِ نُفوذِ التّصرفاتِ اِمّا الْمَحْجُوريّةُ او تعلقّ حقّ الغير، تجرى هُنا قاعدةُ الفُضولِىّ و يحتاجُ اِلىٰ الاجازَةِ. و لايَحتاجُ فى الرّهن حتّىٰ اِلىٰ الاجازَةِ اَيْضاً.

نَقُولُ: اِنّ المُباشِرَ لِلعقد الفضوَلّى ان كانوا، اَنْفُسَهُم مِنَ الْسَّفيهِ والمَجنونِ والصَّغيرِ فليس المستثنىٰ منه بصحيحٍ فلا يصّح العقد بالاجازة ولا اَقّلَ، لا يَصِّحُ فى بعض الموارِدِ.

وَاِن كان المقصودُ عقدَ الغير فِى اَموالهم فى موردِ الرّهن حيثُ عَقَدَ الْغَيْرُ البيعَ فى العينِ المرهُونَةِ يحتاجُ اِلىٰ الاِجازَةِ اَيْضاً قَطْعاً.

و لاٰ يَخفىٰ عَلىٰ القارِئِ الِكرامِ اِنّ هذا اشكالٌ فى العبارَةِ وَ البَيانِ و اِلّا مطلَبُهُ ﷺ معلومٌ و ليس اِشكالٌ عَلىٰ مَطْلَبِهِ ﷺ.

امّا فى موردِ العين المرهونة فيما اذا باع الرّاهِنُ العينَ الْمَرهُونَةَ فهنا ثَلاثَةُ اَوْجُهٍ:

الْاَوّلُ: بطلانُ البيع قَطعَاً مُطلقاً و حتّىٰ لايَصِّحُ بالاجازَةِ اللّاحِقَةِ اَيْضاً.

الثّانى: صِحَتُهُ ولكن يَحتاجُ اِلىٰ اِجازَةِ المُرتَهِنِ.

الثّالثُ: صِحَّتُهِ من دونِ حاجةٍ اِلىٰ الْاِجازَةِ كَما ذَهَبَ اليه الشّيخُ ﷺ يلزم هنا البحثُ عن مدركِ هٰذا الوجهِ و ما قيل فيه او يمكن اَنْ يقالَ هُنا،

اما مَدركُ القولِ بِالبطلانِ فَوُجُوهٌ:

الاوّلُ: اَلْاِجماعُ عَلىٰ انّ الرّاهِنَ ممنوعٌ من التّصرفِ وَدَلَّتْ عليه الرّواياتُ اَيْضاً مُضافاً اِلىٰ هٰذا ماهِيَّةُ الرَّهْنِ و كونُ العينِ وَثِيقةً لِحُصُولِ اِطمينانِ المُرْتَهِنِ، يَقتَضِى بَقاءَ العينِ و عَدمَ التَّصرُفِ فيها مِنَ البيعِ و غيره.

بالجملة: هذا شَىءٌ يَقتَضِى مفهوم الرّهن و هو يقتضى المنع من التّصرف وليس فيه حكمُ الفضوَلِىِّ و كانَ مَنهِيّاً بِالخُصُوصِ حيث انّه لم يكن حالُ الرّهنِ حِينَئِذٍ مَراعىٰ بل كانَ مَنْهِيّاً بالنّهيِ الخاصِّ و هٰذِه اَدِلّةٌ عَلَى بُطلانِ عقدِ الرّاهنِ للعينِ الْمَرهُونَةِ قبلَ فَكِّ رَهنِهَا.

و امّا الوجهُ الثّانى فى المَقامِ فهو جَريانُ الفضولِىِّ فى هٰذا المورِدِ وَصِحَّتِهِ و

لايحتاجُ اِلىٰ اِجازَةِ المرتهِنِ قبلَ فكِّ الرّهنِ فاذا بٰاعَ الرّاهِنُ، العينَ المرهُونَةَ وَ لمّا يفكِّ رهنَه، فالامرُ يَتَوَجّهُ اِلىٰ المرتَهِن فَاِذا اَجازَ المرتَهِنُ، يَصِّحُ العقدُ فَصِحَّتُهُ مَنُوطَةٌ بِاِجازَةِ المُرتَهِنِ.

فالشّيخُ﵀ قالَ: بِمُجرّد الفَكِّ، يَصِحُ العقدُ و لايحتاجُ اِلىٰ اِجازَةِ الرّاهِنِ ولكن لِلْمُرتَهِنِ هنا حَقِّ الْاِجازَةِ فِلَم لم تُتَذَكّرْ اِجازَةُ الْمُرتَهِنِ؟ فالعقدُ حينَ اِنعقادِهِ اِنعَقَدَ مُعَلِّقاً عَلىٰ اِجازَةِ المُرتَهِنِ فى الواقِعِ ولم يَكُنْ مُعَلِّقاً عَلىٰ اِجازَتِهِ فى الْاِنشاء وَ اَمّا بَعدَ الفكِّ فَلا مَقامَ لِلْمُرتَهِنِ حتّىٰ يجيزَهُ.

بالجملة: قال الشّيخُ﵀: اذ افُكِّ الرّهنُ فلا يحتاجُ اِلىٰ اِجازَةِ الرّاهِنِ فقد يُقالُ عَلَيْهِ: اَنّ العقدَ وَقَعَ حينَ تَعَلَّق للمرتهن، حقٌّ فى هٰذا العينِ فاذا فُكِّ اِما يُجيزُ الْمُرتَهِنُ او لايُجيزُ؟ وَ ان اجازَ فهنا مَجالٌ لِلسُّؤالِ:

لِماذا كانت اِجازَتُهُ؟ مع انّه لاسِمَةَ و لامَقامَ له بَعدَ الْفَكِّ و ان لم يُجز، فَتَعَذَّرَ الْمُعَلَّقُ عَلَيْهِ.

امّا الْوَجهُ الثّالِثُ فهو انّه اِن قلنا بِصِحَّتِهِ من دونِ حاجةٍ اِلىٰ الْاِجازَةِ اَصْلاً فيقالُ: انّ هذا الْفَكِّ امّا كاشِفٌ او ناقِلٌ فيلزَمُ مِنَ الْحِينِ او مِنَ الْاَوَّلِ يعنى كانَ الفَكُّ اِمّا يَكُونُ كاشِفاً او ناقِلاً؟ فَاِنْ قلنا بانّ الفكِّ كاشفاً فَمعنٰاهُ انّ هذا كانَ مِلْكاً للغير فى الزّمانِ الّذى كانَ رَهْناً فَكٰانَ ملك الغيرِ رَهْناً، وليسَ لَهُ حَقُّ الرَّهْنِ مع اَنّا نَقْطَعُ انّ له حَقُّ الرَّهنِ من الْاَوَّل؟

و ان كانَ الفَكُّ ناقِلاً فَنَقُولُ اوّلاً: حُكْمُ الْفُضُولِيِّ كانَ عَلىٰ سِنْخٍ واحِدٍ فَاِنْ كانَ كاشِفاً فهو كاشِفٌ فى جميعِ الموارد و اِن كانَ ناقِلاً فَهُوَ اَيْضاً ناقِلٌ فى جَميعِ الموارِدِ فَالْقَولُ بِالْكَشفِ فى موردٍ و القولُ بِالنَّقلِ فى موردٍ آخَر فيحتاجُ اِلىٰ دليل لم يَكُنْ ثابتاً وَ مُضافاً اِلىٰ ذلك، كانَ الْعَقدُ، تَعلِيقاً يعنى كانت المعامِلَةُ السّابِقَةُ مُعَلَقَةً عَلىٰ الْفَكِّ الْآتِى.

بناءً عليه: بَيْعُ الرّاهِنِ، العينَ الْمَرهُونَةَ ثُمَّ حصولُ الفكِّ فيه، قال: الشّيخُ﵀ بِصِحَّةِ الْمُعامِلَةِ و كانَ لها حُكمُ الْفُضُولِيِّ من دُونِ حاجَةٍ اِلىٰ الْاِجازَةِ فَعَقيدَةٌ فِى اَنَّهُ يَصِحُ

الْعَقْدُ مِن دُونِ حاجَةٍ اِلیٰ الْاِجارَةِ هُنا وُجُوهٌ ثَلاثَةٌ:

اَلْوَجْهُ الْاَوَّلُ: البُطلانُ مُطلَقاً وَلا يجرى حُكمُ الفُضُولِيِّ فی بَيعِ العينِ الْمَرهُونَةِ وذلك اَوَّلاً: لِاقتضاءِ مَفْهُومِ الرّهنِ، عدمَ جَوازِ التَّصَرُّفِ فيها.

و ثانياً: اَلْاِجماعُ عَلیٰ ذلك كَما اَفْتیٰ الفُقَهاءُ عَلیٰ ذٰلك.

و ثالثاً: وَرَدَتْ عَلیٰ ذلك روايات، مِنَ اَنَّ الرّاهِنَ، مَمْنُوعٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِی الْعَيْنِ المَرهُونَةِ.

اَلْوَجهُ الثّانی: صِحَّةُ بَيعِ الرّاهِنِ، اَلْعَيْنَ المرتَهَنَةَ فيما اذا اَجازَ المُرتَهِنُ يعنی عَلَقُّوا صِحَّتَهُ عَلیٰ اِجازَةِ الْمُرتَهِنِ ولم تَكُنْ فُضُولِيَّتُها مِن ناحِيَةِ الرّاهِنِ بلِ مِن جانِبِ المُرتَهِنِ حيث قالوا اِنّ عَقْدَ الرَّهْنِ، لازِمٌ من جانبِ الرّاهِنِ وَ جائِزٌ مِن ناحِيَةِ الْمُرتَهِنِ وَالرَّهْنِ عَقْدٌ لَيسَ جايزاً مِنَ الطَّرَفَيْنِ وليس لازِماً مِنَ الطَّرَفَيْنِ اَيْضاً فَكانَ لازِماً من جَهَةِ الرّاهِنِ وجائِزاً من جَهَةِ الْمُرتَهِنِ فَعَقْدُ الرّهنِ، يَصِّحُ بِاِجازَةِ الْمُرتَهِنِ وَاِجازَةُ الْمُرتَهِنِ لا تُتَصَوَّرَ بَعدَ الْفَكِّ فَحِينَئِذٍ مجالٌ للسُّؤالِ: هل تَلزَمُ اِجازَةُ الْمُرتَهِنِ بعدَ الْفَكِّ اِم لا؟ فيقالُ فی جوابه: وَاِن كانَتِ الْاِجازَةُ لازِمَةً فَتَلْزَمُ اِجازَةُ من لم تَكُنْ له سِمَةٌ ومَقامٌ وليس لَهُ حقٌّ وَاِنْ لم تَلْزم الْاِجازَة مِنَ الْمُرتَهِنِ بَعْدَ الفَكِّ، فَهُوَ يُنافِی ما عُلِقَ حينَ العقدِ عَلیٰ اِجازَةِ المُرتَهِنِ وكانَ مَشْرُوطاً بها وقد تَعَذَّرَ شرْطُهُ.

امّا الْوَجهُ الثّالث: فهو انّه اذا فرضنا كونَ الفكِّ مُلْزَماً، هل الْاِلزامُ كانَ كاشِفاً ام ناقِلاً؟

عَلیٰ القولِ بِالْكَشفِ يَرِدُ عَلَيْهِ بانّه مَعنیٰ الْكاشِفِيَّةِ اَنَّ مادامَ كانَتِ العينُ فی رَهنِ الغيرِ، كانتِ العينُ مِن دونِ عِلْمِهِ بِهِ، مُنْتَقِلَةً اِلیٰ الْغَيْرِ لِاَنَّهُ فُكَّ فيما بَعْدُ فَالاِجازَةُ اِن كانت كاشِفَةً، لا يُزِيلُ حَقَّ الْغَيْرِ فی مَوْطِنِه وَ اَمّا الفكُّ اِن كانَ كاشِفاً فَمَعناهُ اِزالَةُ حقِّ الرَّهْنِ فی الزَّمانِ الْمَاضِي فِی مَوطِنِهِ وَاِن قلنا: انّ الفَكِّ ناقِلٌ فَيَرِدُ عليه **اَوَّلاً:**

يَلْزَمُ اَنْ يكونَ النَّسخُ واحِداً فَاِذا كانَ كاشِفاً فَهُوَ فی جَميعِ الموارِدِ وَاِن كانَ ناقِلاً فَهُوَ اَيْضاً فی جميعِ الْمَوارِدِ.

و ثانياً: اِن قُلنا بِكونِهِ ناقِلاً فَهُو يَستَلزِمُ التَّعلِيقَ لِاَنّهُ تَعَلّقَ نُفُوذُ عقد الرّاهن علیٰ

الفكّ و هو تعليقٌ فى العقد و التّعليق فى العقد باطِلٌ هٰذِهِ، الوُجُوهُ الَّتِى قِيلَ هُنا.

الجواب عن هذه الوجوه:

اَمّا اَلْوَجْهُ الْاَوَّلُ و هو ما قِيلَ فيهِ مِن كَوْنِ الرّاهِنِ، مَمْنُوعاً منَ التَّصَرُّفِ وَمَعناهُ: انّ تَصَرُّفاتَهِ لَيْسَت نافِذَةً.

فَنَقُولُ فيه: اِنَّ الرّاهِنَ و لو قَصَدَ التَّصَرُّفَ فيها و تَصَرَّفَ فيها وَ ارْتَكَبَ الحرامَ حيثُ تَصَرَّفَ فى مال الغير وَلٰكِنَّهُ مَعْلُومٌ: اَنَّ هٰذا النَّوعَ مِنَ النَّواهِى الّتى كانت بِمُلاحِظَةِ تَعَلُّق حَقّ الغيرِ وكانت لِاَمرٍ عارضٍ وَ خارج عَنِ العقدِ و ليست هٰذِه لِعَدَمِ صَلاحِيّة العقدِ فِى الْمَبيعِ وَلا فِى الْثَمَّنِ وَلا فِى البايع ولا فِى الْمُشتَرِى وكانَ النَّهىُ هنا مُتَعَلِّقاً اِلىٰ اَمَرٍ خارجٍ واَمرٍ عارضٍ لا يُوجِبُ الْفَسادَ وَ اَمّا الْوَجْهُ الثانّي وهو اَنَّ صِحَّةَ الْعَقدِ تَتَوَقَّفُ عَلىٰ اِجازَةِ الْمُرْتَهِنِ وَ بعدَ الْفَكِّ لَيْسَ مُرْتَهَناً فى البينِ فَهُوَ ضَعِيفٌ فِى الْغايَةِ لِاَنّ الْتَّعلِيقَ عَلىٰ اِجازَةِ الْمُرتَهِنِ، كانَ حَقّ الْمُرتَهِنِ.

وَ مَعلومٌ انّه دائِرٌ مَدارَ وُجُودِ الْحَقِّ فَاِذا ذَهَبَ الحَقُّ يَذْهَبُ الْمَشرُوطُ وَالدَّلِيلُ يَقْتَضِى هٰذا.

وَ بِعبارة اُخرىٰ: بَيْعُ الرّاهِنِ لِلْعَيْنِ الْمَرهُونَةِ يَحتاجُ اِلىٰ اِجازَةِ المُرتَهِنِ لِاَنّهُ كانَ فى رَهْنِهِ وكانَ لَهُ حَقٌّ فى هٰذِه الْعَينِ فمادامَ كانَ هٰذا الحقُّ موجُوداً يحتاجُ اِلىٰ الْاِجازَةِ فاذا فرضنا عدمَ وُجودِ الْحَقِّ فَلا يَحتاجُ حِينَئِذٍ اِلىٰ الْاِجازَةِ اَيْضاً وَبِهِ تَنْدَفِعُ الشُّبَهَةُ والدَّلِيلُ الثّانِى.

وَ اَمّا اَلْوَجْهُ الثّالِثُ فيُجابُ عَنْهُ بِاَنَّ الحقِّ اَنَّ الْفَكِّ كما قال به الْمُحَقِّقُ الثّانِى، كانَ ناقِلاً وَلَيْس بكاشِفٍ.

و الدّليلُ الَّذِى وَرَدَ فى بابِ الْكاشِفِيَّةِ سِنْخانِ:

اَلسِّنخُ الْاَوّلُ: اَلْاَدِلَّةُ الخاصَّةُ و هى لاتَشْمَلُ مِثلَ الرَّهْنِ وَالْفَكِّ.

اَمّا اَلسِّنْخُ الثّانى و هو اَنَّ الْاِجازَةَ تُنْفِذُ العقد من حينِ وُقُوعِهِ وَنَحْوِه، **فَاَيْضاً لاتجرى فِى بابِ الفَكِّ.**

وَاَمّا وَجْهُ القولِ بِاَنَّ الفَكِّ، ناقِلٌ لاكاشِفٌ فَلِاَنَّهُ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغَيْرِ فيها اِلىٰ زمانِ الْفَكِّ فلا يجوزُ القولُ بانّ الفَكَّ، يَكْشِفُ عن عَدمِ تَعَلُّقِ حقّ الْغيرِ سابقاً فِى الْعَيْنِ الْمَرهُونَةِ او مَعَ وُجُودِ حَقِّ الْغَيْرِ وَقَعَ فيها النَّقلُ وَالْاِنْتِقالُ حِينَئِذٍ فكانَ المانِعُ، مَوْجُوداً اِلىٰ زمانِ الْفَكِّ يعنى لَم يَكُن العقدُ اِلىٰ زَمانِ الْفَكِّ، لازِماً وَهٰذا مَعنىٰ النَّقلِ.

وَامّا القولُ بِاَنّا اِذا قلنا بِالنَّقْلِ فَهُوَ يَسْتَلزِمُ التَّعليقَ فَنَقُولُ:

اِنَّ التَّعليقَ ان كانَ مَمْنُوعاً فَهُوَ التَّعليقُ فِى الْاِنشاءِ لا فى حُكمِ الشّرع وهنا كان حُكمُ الشَّرعُ مُعَلّقاً بِالْفَكِّ.

نعم: اذا قالَ البائِعُ الرّاهِنُ: بِعْتُكَ لَوْ فَكَكْتُ الرَّهْنَ» فَهُو باطِلٌ لِاَنَّهُ كانَ تَعليقاً فِى الاِنشاءِ وَاَمّا اِذا كانَ اِنشاءُ الشَّرطِ، اَمْراً بِحيثُ يَستَلزِمُ هذا الشَّرْطُ تَعليقَ الْحُكمِ عَلىٰ حُصُولِ الْمُعَلَّق عَلَيْهِ، فَهُوَ لا يُضِرُّ فى بابِ الْمُعاملاتِ بل يَكونُ اَكثَرُ المعاملاتِ بهذا النَّحوِ. **فَعَلَيْهِ:** اِن قلنا اِنَّ الْفَكَّ، ناقِلٌ فليسَ مَعْناهُ اَنَّ الرّاهِنَ عِندَ بَيْعِهِ لِمَوْرِدِ الرَّهنِ، عَلَّقَ اِنْشائَهُ عَلىٰ الْفَكِّ بَلْ لَمْ يُعَلِّقْ.

هذا كُلُّه اَدِلَّةُ الْبُطلانِ.

و امّا الشّيخﷺ فَلَمْ يَقْبَلْ اَدِلَّةَ البُطلانِ وقال: انّ بيع الرّاهن للعين المرهونة، من اَفرادِ عَقْدِ الْفُضُولِىِّ فَيَقَعُ صَحِيحاً بَعدَ الْفَكِّ.

و علىٰ قولٍ وَاِحْتِمالٍ يَحْتاجُ اِلىٰ الْاِجازَةِ وَبناءً عَلىٰ اِسْتِظْهارِ الشّيخِﷺ، لا يحتاج الىٰ الاجازة.

وَ وَجْهُ عَدَمِ حاجةٍ اِلىٰ الْاِجازَةِ اَنَّ الْاِجازَةِ فى بابِ الْفُضُولِىّ لِلاِسْتِنادِ اِلىٰ الْمالِكِ وَاَمّا فى بابِ بَيْعِ الرّاهِنِ، العين المرهونة، فَحَصَلَ الْاِستِنادُ مِنَ الْاَوَّلِ وَالمانِعُ مِنَ الصِّحَّةِ هُنا تَعَلُّقُ حَقّ الغيرِ عَلَيْها فَاِذا زالَ حَقُّ الغَيرِ فَالْمُقْتَضِى مَوجُودٌ و المانِعُ مَفْقُودٌ فَالْعِلَّةُ التّامّةُ حَصَلَتْ.

وَلٰكن يُمْكِنُ الْاِشْكالُ عليه، اِشكالٌ لم يَتَعَرَّضُوا بِهِ فى الْكُتُبِ.

تَوضِيحُهُ: اَنَّ الشّيخَﷺ ذَكَرَ مَسْأَلَةً فيما بَعدُ و هو اَنَّ اَحَداً اِذا زَعَمَ اَنَّ مالَهُ مالُ الغيرِ صالَحَهُ لِنَفْسِهِ ثُمَّ انْكَشَفَ اَنَّهُ مالُه.

مثلاً: باعَ مالَ اَبيه غَصْباً لِنَفْسِهِ ثُمَّ اِنْكَشَفَ اَنَّ اَباهُ ماتَ وَكانَ المالُ، حِينَ الْبَيْعِ مالُهُ هَلْ يَحْتاجُ هٰذا اِلىٰ الْاِجازَةِ ام لا؟

قالَ بعضٌ: لِعَدَمِ الْحاجَةِ اِلىٰ الْاِجازَةِ لِاَنّ المالَ مالُهُ وَ باعَهُ لِنَفْسِهِ فَكانَ صَحِيحاً وَلايَحتاجُ اِلىٰ الْاِجازَةِ.

الشّيخُ﵀ قالَ هُنا: اَنَّهُ يَحْتاجُ اِلىٰ الْاِجازَةِ وَ كَذٰلِكَ قالَ﵀ اَيْضاً فى بَعضِ الفُروضِ الّتى كانت مُشابِهَةً لِهٰذا الفَرْضِ، انّه يَحْتاجُ اِلىٰ الْاِجازَةِ فَلَعَّلَ وَجْهُ الحاجَةِ اِلىٰ الْاِجازَةِ اَنَّ الغاصِبَ، باعَ بِادِّعائِهِ، الْمالِكِيَّةَ وَجَعَلَ مَالَ اِبْنِهِ مالَهُ ولٰكن كانَ المالُ مالَ نَفْسِهِ او كانَ مالَ الْغَيرِ ولكن اِدّعىٰ الْمالِكِيَّةَ لَهُ، يَفْتَرِقُ مِنْ حيثُ الْجِدِّ وَكَيْفِيَّةِ الْمُعامِلَةِ فالرِّضىٰ، الّذى قالَ الشّارِعُ بِاِعتبارِهِ حيثُ قال:

«لايَحِلُّ مالُ امْرِؤٍ اِلّا بِطِيبِ نَفْسِهِ» يَقَعُ البحثُ فيه اَنَهُ هَلْ هُوَ بِاِعْتِبارِ اَنَهُ مالُ نَفْسِهِ اَو بِاِعْتِبارِ ذاتِ الْمالِ وَ يَصَّحُ البحثُ اَيضاً هَلْ يَتَعَلِّقُ الرِّضىٰ بِالْعُنوانِ او بِذاتِ المالِ؟

اِنَّ ظاهِرَها اَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِعُنوانِ اَنَهُ مالٌ مَثلاً تَخَيَّلْتُ اَنَّ الخُبْزَ مَثلاً مالُ الْجارِّ فَاَجَزْتُ اَكْلَهُ لِلْغَيْرِ مَعَ اَنَّكَ عَلِمْتَ اَنَّهُ مالِى، فَالْاِجازَةُ هُنا تَعَلَّقَتْ اِلىٰ ذاتِ مالٍ لِنَفْسِى وَاَمّا اِنّى تَخَيَّلْتُ اَنَّهُ مالُ الْجارّ فَاَجَزْتَهُ مَعَ اَنَّهُ لَم يُتَقَيَّدْ هٰذا فِى الْاِجازَةِ فَهٰذِهِ الْاِجازَةُ لايُصَحَّحُ و لو كُنْتُ راضِياً بِتَصَرُّفِ الْآكِلِ فِى المالِ وَلٰكِنْ لَم اَرْضَ بِعُنوانِ اَنَّه مالِى فَعَلَيْهِ الرّاهِنُ اِن باعَ الْعَيْنَ الْمُرتَهَنَةَ مِن دوُنِ اِعتِناءٍ بِالْمُرتَهِنِ فَهُوَ غَيْرُ اَنَّهُ باعَ العينَ بِناءً عَلىٰ اَنَّهُ مِلكٌ طِلْقٌ له **فَيَجِبُ الْبَحْثُ** انّ حُدودَ الرِضىٰ الَّذِى كانَ مُعْتَبراً فى تَصَرُّفاتِ اَموالِ النّاسِ مثل التَّخَيُّلاتِ وَ الْمُلاحِظاتِ وَ الواقِعيّاتِ الَّتِى تُوجِبُ تَقْيِيدَ سِنْخِ الرِّضا هَلْ هِىَ مُؤَثِّرَةٌ فِى الْمَسْأَلَةِ الفِقْهِيَةِ اَمْ لا؟

بالجملة: هٰذا البابُ، مُشابِهٌ لِلْبابِ الَّذِى كانَ غَيرَ جايز التَّصَرُّفِ وَاِنكَشَفَ وَعِلمَ اَنَّهُ جائِزٌ التَصَرُّفُ فِيهِ مَثلاً باعَ اَحَدٌ مالَ الْغَيْرِ وَ كانَتْ مَرْهُونَةً وَعَلِمَ فيما بعُد اَنَّهُ مالُه وَ لَيْسَ بِمَرْهُونَةٍ، كانَ هُنا مَحَلُ التَّأمُّل وَالْخَدْشَةِ وَالْاِشْكالِ و حيثُ سَيَذَكَّرُ الّشيخُ﵀ بِعُنوانِ الْكُلِيِّ فى المباحِثِ الآتِيَةِ نَحْنُ لاَنَتَعَرَّضُ لِلْبَحْثِ هُنا اَزيدَ مِن هٰذا سَيجَيئُ تَحقيقُهُ اِنْشاءَ اللهِ فى بابِهِ.

انّ الشّيخ رحمه الله فَرَضَ فی المسألة المبحوثة عنها سابقاً اَمرانِ اَساسِيّان:

الاوّل، هو المالِكُ حالَ الْاِجازَة لكنّ المُجيزُ لم يَكُنْ حالَ العقد جائِزَ التَّصرفِ لِحِجْرٍ، وقال هنا: اَلْاَقوىٰ صِحَّةُ الاجازة بل عدم الحاجة اليها اذا كان عدمُ جَوازِ التّصرفِ، لِتَعلُّق حَقِّ الغير كالوبْاعَ الرّاهنُ فُكّ الرّهن قبل مراجعة المرتهن فَاِنَّهُ لاحاجَةَ اِلىٰ الْاِجازَةِ كما صرّح به فی التّذكرة.

الفرضُ الثّانی، اَنْ يَتَجدّدَ الملكُ بعدُ فيُجيزُ المالِكُ الجديدُ سواءً أكان هو البائع ای المالِكُ الجديدُ هو البائِعُ الفُضُولِيُّ او غيره.

حاصِلُه: انّ المالِكَ حينَ العقد كانَ غيرُ المالِكِ حينَ الْاِجازَةِ ووقعت عَلىٰ مال الغير معامِلَةً فُضُولَةً و حينَ العقد كان له مالِكٌ وامّا حِينَ الْاِجازَةِ فكانَ له مالكٌ آخر غيرُ المالكِ حينَ العقد و اَجازَ غَيرُ المالكِ حينَ العقد.

هذا الفرض وهو ما لو بْاعَ شيئاً ثُمَّ مَلِكَهُ بعدُ اِمّا بِالارثِ او الشِّراءِ، يُتَصَوَّرُ فيهِ ثمانِيَةُ صُورَ لانّ غيرَ المالِكِ اِمّا اَن يَبيعَ لِنَفسِهِ او للمالِكِ و هاتانِ، صورتانِ.

وَالْمِلكُ اِمّا ان يَنتَقِلَ اليه باختياره كالشّراء، او بغير اختياره كالارث، هاتانِ صورتانِ ايضاً تضربان فی الصّورتين المتقدّمتين، تُنتجان اربعةً هٰكَذٰا: ۲×۲=۴

ثمّ البائِعُ الَّذِی يشتَرِی المِلكَ اِمّا ان يُجيزَ العقدَ الاوّل وَ اِمّا اَنْ لا يُجيزَهُ، هاتانِ صورتانِ اَيْضاً تضربانِ فِیْ اَلْاَرْبَعَةِ المُتقدِّمَةِ تنتجانِ ثَمانِيَةً هكذا. ۲×۴=۸

اليك شرح الصّور المذكورة تفصيلاً:

اَلصُّورَةُ الْاُولىٰ: ان يبيع الفضوَلِيُّ لِنَفسِهِ ثُمَّ يَملِكُ المَبيعَ بالشِّراءِ فَاَجازَه البيعَ.

اَلصُّورَةُ الثّانِيَةُ: اَنْ يَبيعَ الفضوَلِّيُ لِنَفسِهِ ثُمَّ يَملِكُ المبيعَ بالارثِ فَاَجازَ البيعَ.

اَلصُّورَةُ الثّالِثَةُ: اَنْ يَبيعَ الفضُولِيِّ للمالكِ ثُمَّ عَليك المبيعَ بِالشِّراءِ فَاَجازَ البيعَ.

اَلصُّورَةُ الرّابِعَةُ: ان يَبيعَ الفضوَلِيُّ لِلْمالِكِ ثُمَّ يَمْلِكُ المبيعَ بِالارث فاجاز البيع.

اَلصُّورَةُ الخامِسةُ: اَنْ يَبيعَ الفضوَلِيُّ لِنَفسِهِ ثُمَّ يَملِكُ المبيعَ بِالشِّراءِ ولم يُجِزِ الْبَيعَ.

اَلصُّورَةُ السّادسة: ان يبيع الفضولیُّ لنفسه ثمّ يملك المبيع بالارث ولم يجز البيع.

اَلصُّورَةُ السّابِعَةُ: اَنْ يبيعَ الفضوَلِيُّ لِلمالِكِ ثُمَّ يَملكُ المبيعَ بِالشِّراءِ ولم يُجِزِ البَيْعَ.

اَلصُّورَةُ الثّامِنَةُ: اَنْ يَبِيعَ الفُضُولِيُّ لِلمالِكِ ثُمَّ يَملكُ المُبيعَ بِالارِثِ ولم يُجزِ البيعَ.

ثُمَّ انّ الشّيخَ الشّهيدِىّ (قُدِّسَ سِرُّهُ) فى تعليقته عَلىٰ المكاسبِ فى ص ٢٩٧ اَفادَ تَبَعاً لِلشّيخِ فى قوله فى ص ٢٧: «فيُجيز المالكُ سواءً اكانَ هو البايع ام غيره، اَنَّ الصُّوَرَ تَكُونُ سِتَّةَ عَشَرَ بِاِضافَةِ ثَمانِيَةٍ عَلىٰ الصُّورِ السّابِقَةِ وَالصُّورُ المُضافَةُ هِىَ الصُّورَةُ الْمُتَقَدِمَةُ بَعينِها، **لكنّ** المالكُ الَّذِى تَجَدَّدَ له المِلكُ، لايَكُونُ بائِعاً فُضُولِيّاً بِخلافِ الصُّورِ الْمُتَقَدِّمَةِ فَاِنَّ المالِكَ المُتَجَدِّدَ هو البائِعُ الْفُضُولِيُّ.

و لايخفىٰ عَلَيكَ اَنَ الشّيخَ﵀ و انْ قالَ: سواءً أكانَ هو البائِعُ ام غَيرُهُ اِلّا اَنَّهُ قالَ: لكن عنوانُ الْمَسأَلَةِ فِى كَلِماتِ الْقَوْمِ هُوَ الْاَوَّلُ: وهو ما لو بَاعَ شَيْئاً ثُمَّ مُلِكَهُ فَاِذاً لايبقىٰ مَجالٌ لِاِضافَةِ صُوَرِ ثَمانِيَةٍ اُخْرىٰ اِلىٰ تِلكَ الصُّورِ حتّىٰ يَصِيرَ الْمَجْمُوعُ سِتَّة عَشَرَ صُورَة فَغَيْر البائِعِ خارِجٌ عَن حَرِيمِ النِّزاعِ.

وَ الْمُهِمُّ هُنا، اَلتَّعَرُضُ لِبَيانِ: مالَو بَاعَ لِنَفْسِهِ ثُمَّ اِشتراهُ مِنَ الْمالِكِ وَاَجازَ وَما لَو بَاعَ و اشترىٰ و لم يُجِزْ، اذ يُعْلَمُ حُكْمُ غَيرِهما مِنْ بَقِيَّةِ الصُّورِ الثَّمانِيَةِ مِن هاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ:

اَلصُّورَةُ الْاُولىٰ: مالو بَاعَ لِنَفْسِهِ ثُمَّ اِشتَراهُ مِنَ المالِكِ فَاَجازَ.

وَالصُّورَةُ الثّانِيَةُ: ما لَوْ بَاعَ لِنَفْسِهِ ثُمَّ اِشتراهُ مِنَ المالِكِ وَلَم يُجِزْ.

اَلْكَلامُ فی الصّورة الاولیٰ

اِخْتَلفُوا فِيها و نُقِلت ثَلاثَةُ اَقوالٍ:

قَوْلٌ بِالْبُطلانِ كما هو ظاهِرُ الْمُحَقِّقِ الثّانی فِی بابِ الزَّكاةِ مِن المعتبر فيمٰا اِذا بٰاعَ المالِكُ النِّصابَ وهو الْمِقدارُ الشَّرعِیُّ المعيّنُ الّذِی بَلَغَ حَدِّ الزَّكوٰةِ وَ هُوَ ۸۶۴ كيلو، فَكُلُّ مالكٍ يَمْلِكُ هٰذَا الْمِقدارَ مِنَ الحِنْطَةِ، اَو الشَّعِيرِ، او التَّمرِ او الزَّبيبِ، يَجِبُ عَلَيْهِ اِحراجُ مِقدارٍ مُعَيِّنٍ مِنه حسب السَّقي بَعدَ اِخراجِ المَصاريفَ، والمَؤُنِ، وَضَرائِبِ الْحُكومَةِ، قبلَ اِخْراجِ الزَّكوٰةِ او رَهْنِهِ، اَنَّه صَحَ البيعُ وَالرّهنُ ای صِحَّةُ البيعِ وَ الرّهنِ بِالنِّسْبَةِ اِلیٰ حَصتِهِ، وَ اَمّا بِالنِّسبَةِ اِلیٰ حِصَّةِ الْفُقَراءِ فَلا، فَلِذا قالَ الشّيخُ﵀: فِيما عَدٰا الزَّكوٰةِ، فَاِنْ اِغْتَرَمَ حِصَّة الفُقراءِ قال الشّيخُ: صَحَّ اَلْبيعُ وَالرَّهنُ اِی بِالنِّسْبَةِ اِلیٰ الْجَميعِ من حِصَّتِهِ وَ حِصَّةِ الْفُقراءِ وَ مٰالَ اِلیٰ القولِ بالبطلانِ، الشّيخُ صٰاحِبُ الجَواهِرِ﵀ تبعاً لما ذهب اليه الشّيخُ اَسَدُ اللهِ التُّستَرِیّ﵀ صاحب المقابليس اَيْضاً.

وَ قولٌ بِصِحَّتِهِ ولزومُ الْاِجازَةِ وَاِختارَه الشّيخُ﵀ و قال﵀[1] «الاقویٰ»:

قولٌ ثالثٌ بِصِحَّتِهِ من دونِ احتياج اِلیٰ الْاِجازَةِ حَتیٰ لولم يُجِزْهُ، يَقَعُ صَحِيحاً كما نَسَبَ الشّيخُ الانصارِیُّ هذا القولَ اِلیٰ اَنَّ الْمُحَقِّقَ﵀ اِستفٰادُهُ مِن كلامِ الشّيخِ الطّوسِیّ﵀ وانّه﵀ افتیٰ كانَ لازِمُها فِی مَسألَةِ **«مَنْ بٰاعَ ثُمَّ مَلَكَ»** اَنَّ صِحَّةِ البَيْعِ لايحتاجُ اِلیٰ الْاِجازَةِ وَحاصِلُهُ اَنّ الشّيخُ الطُّوسِیِّ قال: انّ المالك اذا اَدّیٰ النِّصابَ مِنْ مَحَلٍّ آخر يَقَعُ البيعُ صَحِيحاً بَطّياً وَ كانَت المعامِلَةُ عَلیٰ تمامِ النِّصابِ فِی الزَّكوٰةِ صَحِيحَةً ثُمَّ قالَ الْمُحَقِّقُ﵀: اِنَّ فَتویٰ الشّيْخِ الطُّوسِیّ، مُشكِلٌ وَهُو لا يَصِحُّ لِاَنَّ المالِكَ ليسَ بِمالِكٍ بِمِقْدارِ الزَّكوٰةِ واذا بٰاعَ تَمامَ النِّصابِ فی الزَّكوٰةِ فهو بٰاعَ ما يَملِكُ و مٰا لاٰ يَمْلِكُ فَاِذا اَدّیٰ حِصَّة الْفُقَراءِ مِنَ الْخارِجِ فَهُوَ صٰارَ مالِكاً مُسْتَأنَفاً حِصَّة الزَّكوٰةِ فَهُوَ مِنْ قَبيلِ مَسْأَلَةِ مَنْ بٰاعَ مالَ الْغَيْرُ ثُمَّ مَلِكَهُ.

وَ مَعلومٌ: انّ فی مَسألَةِ من بٰاعَ ثُمَّ مَلِكَ، يَحتاجُ اِلیٰ الْاِجازَةِ فكيف قال الشّيخُ الطُّوسِیُّ: انّ المعامِلَةَ من دُونِ الْاِجازَةِ تَصِحُّ؟

---

۱. المجلّد التّاسع من المكاسب من منشورات مؤسّسة دارالكتاب ص ۳۲.

و قد نَقَل الشّيخُ[١٠] اِشكالَ الْمُحَقِّقِ عَلىٰ الشّيخِ الطُّوسِيِّ فيما افاده هٰكَذا: **«من اَنَّ المالِكَ لوباعَ النِّصابَ وَاغْتَرَمَ حِصَّةَ الْفُقراءِ، صَحَّ البيعُ بِالنِّسْبَةِ اِلىٰ الجميعِ».**

وَ خُلاصَتُهُ: اَنَّ حِصَّةَ الْفُقراءِ مِنَ الزَّكوةِ الَّتِى هِىَ العشرُ، نِصفُ الْعُشرِ عَلىٰ اِختلافِ السّقي عينَ مَمْلُوكَة، لهم يَحْتاجُ التَّصَرفُ فِيها لِلآخَرينَ اِلىٰ الْاِذْنِ مِنْهم، فَلَوْ اِغْتَرَمَها فى صُورَةِ بَيْعِ الْجَميعِ فَقَد مَلِكَها مِلْكاً جَدِيداً مُستَأنَفاً فَاِحتاَج بَيْعُها اِلىٰ اِجازَةٍ مُسْتَأنِفَةٍ، وَالمَفروضُ اَنَّ وَلِيِّ الفُقراءِ، لم يُجِزْ ذٰلك البيعَ، فَكَيْفَ يحكُم الشّيخُ الطُّوسِىّ بِصِحَةِ بيعِ الجَميعِ؟

فَحِينَئِذٍ، يَكونُ البيعُ او الرّهنُ بِالنِّسْبَةِ اِلىٰ حَصَّتِهِ صَحِيحاً وَبِالنِّسْبَةِ اِلىٰ حِصَّةِ الفقراءِ يَتَوَقَّفُ عَلىٰ اِجازَتِهِمْ فَلَوِ اَجازُوا صَحَّ البيعُ جَمِيعاً وَاِلّا صَحَّ بِالنِّسْبَةِ اِلىٰ حِصَّتِهِ وَلِلْمُشتَرِى حِينَئِذٍ اَلْخِيارُ بِواسِطَةِ تَبَعُضِّ الصَّفْقَةِ،

اِشكالُ الْمُحَقِّقِ التُّستَرىﷺ صاحب المقابيس عَلىٰ صِحَّةِ بيعِ الفضوَلىّ مالَ الْغَيرِ لِنَفْسِهِ ثُمَّ اِشتراهُ فَاجازَهُ اى يُريد ان يُورَدَ عَلىٰ جواز بيعِ المالكِ النِّصابَ.

و خُلاصَتُه انّ البطلان فى بيع المالكِ النّصابَ، امرٌ مُسَلَّمٌ بِخَلافِ البُطلانِ فى بيع الغاصب مالَ الغير لِنَفْسِهِ لِاَنَّهُ ذُكِرَ فى صِحَّةِ بيع الغاصب، مالَ الغَير لِنَفْسِهِ بعضُ الوُجُوهِ: وهو بَناءُهُ عَلىٰ اَنَّ المالَ له ولو اِدِعّاءً، و لولا هذا البَناءُ لَما تَحَقَّقَ فى الخارج، مفهومُ الْمُعاوِضَةِ وَالْمُبادِلَةِ.

وَ عَلىٰ هٰذا البَناءِ صَحَّ البيعُ، لِتَحَقُّقِ مَفهومِ الْمُعاوِضَةِ، وَالْاِجازَةِ الصّادِرَةِ من المالِكِ الْاَصيلِ تَرِدُ عَلىٰ هٰذا البَناءِ فَيَكُونُ مُطابِقاً لِلْقاعِدَةِ الْمُسَلَّمَةِ وَهى انّه لابُدَّ مِن دُخولِ الثَّمَنِ فى مِلكِ مَنْ خَرَجَ عنه الْمُثْمَنُ.

و من الواضح: اَنَّ هذا البناءَ، لايَأتِى فى بيعِ المالِكِ، النّصابُ قَبلِ اِخراجِ زَكاتِهِ، لَعَدَمِ دَعْواه ذلك.

فَوَجْهُ الصِّحَّةِ فى بيعِ الغاصب موجودٌ، وفى بيعِ المالِكِ النِّصابَ غَيرُ مَوجُودٍ.

و لايخفىٰ انّ وَجْهَ الصِّحَةِ هُنا جارٍ اَيْضاً، فَاِنَّ من ليست له السَّلْطَنَةُ الشَّرعِيَّةُ عَلىٰ مالِ النّاس، بِاَحَدِ الْاَسبابِ الشَّرعِيَةِ مِثلِ الولايَةِ وَالْوِكالَةِ وَالْمِلْكِ اذا بَاعَ مالَ النّاس، يَبْنِى عَلىٰ انّه مالُهُ فيُقدِمُ عَلىٰ بيعِهِ، وَالدّليلُ عَلىٰ ما قلناه ما اَفادَهُ الشّيخُ بقوله: «انّ الاقوىٰ صحتّه».[1]

وَلذا قال الشّيخﷺ انّه قد سبق انّ الاقوىٰ صحّته[2] و انّ فيما اَفادَهُ المحقّقُ التُّستَرى «من الاشكال فى بيع المالك النّصاب، وَاَنَّ الاِشكال فيه آكَدُو اشدّ من الاِشكالِ فى بيع الغاصب، مالَ الغير لنفسه» نظرٌ و اشكالٌ و حاصله اَنَّ بيعَ الغاصب، مالَ الغير لِنَفسِهِ صحيحٌ فيلزَمُ هنا الصِّحَةُ اَيْضاً ثُمَّ صَرَّحَ الشّيخُ بعدد لك انّه بالاضافة اِلىٰ ما قلناه: من الصّحة هُناك: اَنَّ ما نحن فيه وهو بيعُ المالِكِ النّصاب، يُسلَمُ من بعضِ الاِشكالاتِ الواردَةِ فى بيعِ الغاصب مالَ الغير لِنَفْسِهِ مثلِ اِشكالِ

---

١. المجلّد التّاسع من المكاسب من منشورات دارالكتاب، ص ٣۴.

٢. المجلّد التّاسع من المكاسب من منشورات دارالكتاب، ص ٣۴.

مخالِفَةِ الْاِجازَةِ لِما قَصَدَهُ المتعاقِدانِ حيثُ عَرَفْتَ من المكاسب الجزء ٨ ص ٢٢٩ و ٢٣٠: اَنَّ الفُضُوَلِّى لو قَصَدَ البيعَ لِنَفْسِهِ، فَالْاِجازَةُ الصّادِرَةُ من الاَصيلِ اِمّا تَتَعَلَّقُ بالقصدِ الصّادِرِ مِنَ الفُضُولِىِّ وَ اِمّا تتعلّق بغير ما قصده.

فَعَلىٰ الاَوَّلِ: تكونُ الاِجازَةُ مُنافِيَةً لِصِحَّةِ العقد، لانّ مَعناها، صَيْرُورَةُ الثَّمَنِ، لمالِكِ المُثْمَنِ بِاجازَتِهِ.

وَ عَلىٰ الثّانى: تَكونُ الاِجازَةُ بعقدٍ مستَأنَفٍ، لا اَنَّها اِمضاءٌ لِما نَقَلَهُ الفضوَلِىُّ اِلىٰ الْغَيرِ، فلازِمُ هٰذا القولِ انّ النَّقلَ الصّادِرَ من المُنْشِىءِ وهو الفضوَلِىُّ غيرُ مُجازٍ وَالْمُجازُ وهو العقدُ الّذى تَعَلَّقَتْ بِهِ اِجازةُ المالِكَ الْاصيلِ غيرُ مُنْشَأ، فيلزم انّ ما اَنْشأَ، لم يُجز، وما أُجيزَ لم ينشاء»

ثُمَّ اِنَّ المُحَقِّقَ التّسترىّ مُضافاً اِلىٰ الْاِشكالاتِ الوارِدَةِ عَلىٰ صِحَّةِ بيعِ الْفُضُوليّ مالَ الغيرَ لِنَفْسِهِ ثُمَّ اِشتراهُ فَاَجازَهُ ونقلناه اَورَدَ اِشكالاتاً اُخَر.

منها: اِنّ فى صُورَةِ اِجازَةِ بيعِ غَيْرِ المَمْلوكِ الَّذِى هُوَ حِصَّةُ الفُقراءِ، مع اِنَّها لَيسَت مِلكاً لِلْمالكِ، ومعَ عدمِ حُصُولِ الرِّضا من مُلّاكَها وهم الفُقراءُ، ومعَ عَدمِ القدرَةِ مِنَ المالكِ عَلىٰ تسليمِ حِصَّةِ الفقراءِ لِلمُشتَرِى، لِاَنَّها ملكٌ لِلفُقراءِ، مع اَنَّ الْقُدرةَ عَلىٰ التّسليمِ من شَرائِطِ صِحَّةِ البيع: لازِمِهُ الاكتفاءُ بِهٰذِهِ الْاُمُورِ المذكورَةِ للمالكِ المُجيزِ و هم الفُقراُء **لاِنَّه** البائِعُ الحَقِيقِيُّ.

و من الواضِح، عَدَمُ صُدورِ الاِجازَةِ القبلِيّ مِنهم، لِاَنَّ الْمَفروض، اَنَّ مالكَ النّصابِ قد بٰاعَ النِّصابَ بِاَجْمَعِهِ حَتّىٰ حِصَّةِ الفُقراء مِن دُونِ اِستِجازَةٍ مِنْهم فلم يَقَعْ بيعُ المالكِ، حِصَّةَ الفُقراءِ باجازَتِهِم مِنهم، بل وَقَعَ من المالكِ فُضُولاً.

وَيُمْكِنُ اَن يُجابَ عنه كما اَجٰابَ الشّيخُ﵀[1] بِاَنَّ الْمُسَلَّمُ وَالثّابِتُ فى صِحَّةِ العقدِ، هو اِعتبارُ رضا من يَكُونُ مالِكاً حالَ الرِّضا سواءً أكانَ مالِكاً حالَ العقد ام لا؟ لِاَنَّ الْاَدِلَّةَ القائِمَةَ عَلىٰ اعتبار الرّضا فى العقد، هى: **«اَلنّاسُ مُسَلَّطُونَ عَلىٰ اَموالِهِمْ»** و **«لا يحلُّ مٰا امرِؤٍ مُسلِمٍ الّا بِطيبِ نفسِهِ»** و **«قُبحِ التَّصرُّفِ فى مال الْغَيْرِ الّا بِرضٰاهُ»**.

و هٰذِهِ الْاَدِلَّةُ، لا تقتَضِى ازيد من اَنَّ المالِكَ حالَ الْاِجازَةِ لابُدَّ اَنْ يَكونَ راضِياً ومِنَ الواضِح: اَنَّ المُجيزَ الّذى كان مالكاً، راضٍ بِوُقوعِ العقدِ الصّادرِ مِنَ المالِكِ البائِعِ النّصاب باجمعه فلا يَصْدُقُ ما ذَكَرَهُ الْمُحَقِّقُ التُستَرى: **«مِنْ اِنتفاءِ رضا المالِك»**.

و من الواضح: انّ هذا المعنىٰ اى الدّاعِى عَلىٰ اِعتبارِ الرِّضا و هى الْاَدِلَّةُ الثّلاثةُ الْمَذكُورَةُ لا يقْتَضِىَ اَزيدَ مِمّا ذكرنا مِن اِعتبار رضا مَن هو المالكُ حالَ الرِّضا.

نَعَمَ: نَحن لا نُنكِرُ اِعتبارَ القدرَةِ فى العقدِ حينَ صُدورِ العقدِ، و لانَقُولُ بكفايَةِ حُصُولِها فيمن هو مالِكٌ حين الْاِجازَةِ **لِاَنَّ** القدرةَ من الشَّرائِطِ الْاَوَلِيَّةِ لِصِحَّةِ العقد

---

١. المأخذ السّابق ص ٣۶.

كَبَقِيَّةِ شَرائِطِ المُتَعاقِدينِ وَالعِوَضَيْنِ و لابُدَّ مِنَ الْاِلتِزامِ بها فى العُقودِ، فَهِى اَمرٌ مفروغٌ عنها لاكلامَ وَلا جِدال فيها.

لٰكِن ذٰلِكَ، لايُضِّر فيما نَحنُ بِصِددِهِ: وهو انّه لو باع مالَ الغير لنفسه ثُمَّ مَـلِكَهُ بِالشّراءِ اوِ الْاِرثِ فَاَجازَ البيعَ، لِاَنَّ الكلامَ، بعد الفراغ عن هٰذا الشَّرطِ.

من جملة الاشكالات الواردة: ايرادٌ صَرَّحَ به الْـمُحَقِّقُ التّسـتَرِی﵀ ويـتـم بِـذكرِ اَمْرِين قبلهما بيانُ مقدّمةٍ صَغِيرَةٍ:

و هی اَنَّ الْاِجازَةَ بعدَ الْبَناءِ عَلیٰ صحّتها، تكون كاشِفَةً مطلقاً: يعنی حتّیٰ فيما لوباعَ الفضوَلِیُّ لِنَفسِهِ ثُمَّ مَلِكَها فَاَجازَ، وَلا اِختصاصَ لِلكشفِ بموردِ بيعِ الفُضُولِیِّ مالَ الغيرَ لِنَفْسِهِ و لم يملكه بعدُ لا بالشِّراءِ و لا بِالارثِ.

و اذا عَرفتَ هٰذِهِ الْمُقَدَّمَةَ، فعليكَ بِالاَمرينِ:

الاَوَّلُ: اَنَّ الْاَدِلَّةَ المذكورَةَ سابِقَةً بِعُمُومِها و شمولِها لبَيْعِ الفضولِیِّ، تَقتَضِی صِحَّةَ بيع الفضوَلِیّ أَيْضاً.

و الثّانی: اَنَّ مادَّةَ الْوَفاءِ فی قوله تعالیٰ: **«اوْفُوا بِالْعُقُودِ»** تَقتَضِی الوَفاءَ بِالْعقدِ من بِدايَةِ زَمانِ تَحقُّقِهِ وَصُدُورِهِ و هذا هو مَعنیٰ الْكَشفِ.

اذا عَرَفتَ هٰذينِ الْاَمرينِ فَنَقُولُ:

اِذا اَخَذْنا بالعُموماتِ الوارِدَةِ وَصَحَّحنٰا بِها بَيعَ الفُضُولِیِّ، لَزِمَ الْقولُ بِالْكَشفِ وَاِن قُلنا بِالْكَشْفِ، لَزِمَ الْمَحذُورُ الْعَقْلِیُّ اَو الشّرعِیُّ: وهو خُروجُ المِلكِ عن مِلكِ المالكِ قبلَ دُخُولِهِ فی ملكه، وَلَزِمَ اِجتماعُ مالِكَيْنِ عَلیٰ مِلْكٍ واحِدٍ.

و هما: المالِكُ الْاَوَّلُ وَالمُشْتَرِی من الفُضُوَلیّ و كُلٌّ واحِدٍ مِنَ الْلُّزُومَيْنِ مـحالٌ وَغَيْرُ مَعْقُولٍ.

فَلابُدَّ حِينَئِذٍ من رَفعِ اليدِ عن تِلكَ الْعُموماتِ، و عدم جواز التَّمَسُّكِ بها لِصِحَّةِ بيعِ الفُضُوَلِیِّ. وَ اذَا رَفَعْنا اليد عنِ تلكَ العُموماتِ فليس لنا فی المقامِ ما يُتَمَسَّكُ به عَلیٰ صِحَّةِ بيع الفضوَلِیِّ فَنَضْطَرّ اِلیٰ مراجِعَةِ الْاُصُولِ وَالْاَصلُ هنا هو الْاِستصحابُ و هو يَقتَضِی الفَسادُ، لِاَنَّ النَّقْلَ وَالْاِنتقالَ فی بيعِ الفضوَلِیّ قبلَ صُدُورِ الْاِجازَةِ، لِمَ يَحصُلْ وَ بَعدَ صُدورِها، نَشُكُّ فِی الْحُصُولِ فَنَستَصْحِبُ العدمَ.

و فِي مٰا اَفادَهُ المُحَقِّقُ التَستَرِيّ ﷺ من لُزومِ المَحالِ الْعَقلِيّ نَظَرٌ و حاصِلُهُ: مَنْعُ كَونِ الْاجازَةِ كاشِفَةً مُطْلَقاً عن خروج الملك عن ملك المجيز من حينِ العقد حتّىٰ فيما لو كانَ المُجيزُ غيرَ مالكٍ حينَ العقد فَاِنَّ مِقدارَ كَشفِ الْاِجازَةِ تابعٌ لِصِحَّةِ البيعِ فاذا ثَبَتَ بِمُقتَضىٰ العُموماتِ، انّ العقدَ الَّذِى اَوْقَعَهُ البائِعُ لِنَفْسِهِ عقدٌ صَدَرَ من اَهلِ العقدِ فِى المُحَلِّ القابِلِ لِلْعَقدِ عليه، ولا مٰانِعَ من وُقُوعِهِ الّا عدمُ رِضا مالِكِهِ، فَكَما اَنَّ مالِكَهُ الاوَّلَ اذا رَضِىَ، يَقَعُ البيعُ له فَكَذٰلِكَ مالِكُهُ الثّانى اذا رَضِىَ يَقَعُ البيعُ له، وَلادليلَ عَلىٰ اِعتبارِ الرِّضا الْمُتَأَخِرِ مِمَّن هُو مالِكٌ حالَ العقدِ.

وَ حِينَئِذٍ فاذا ثَبَتَتْ صِحَّتُهُ بِالدَّليلَ فَلا مَحيصَ عن الْقَولِ بَانَّ الْاِجازَةَ كَاشِفَةٌ عن خُروجِ المالِ عن مِلكِ الْمُجيز فى اَوَّلِ اَزْمِنَةِ قابِلِيَّتِهِ، اذ لا يُمْكِنُ الْكَشْفُ فيه عَلىٰ وَجْهٍ آخَر وَهُو الكَشْفُ مُطلَقا ولو لَم يَكُنِ المُجيزُ، مالِكاً حينَ العقدِ كما اَفٰادَ هٰذا الْاِطْلاقَ، الْمُحَقِّقُ التُّسْتَرِى.

فَلا يَلْزَمُ من اِلتزامِ هٰذا المعنىٰ عَلىٰ الكَشْفِ، محالٌ عَقْلِيٌّ ولا شَرعِيٌّ حتّىٰ يرفع اليدَ مِنْ اَجلِ هٰذا الْمَحالِ العقلِيِّ او الشَّرعِيِّ عن الْعُمُوماتِ و هِيَ الْاَخبارُ الْمُشٰارُ اِلَيْهٰا سابِقاً المُقْتَضِيَةُ لِلصِّحَةِ.

فَاِنَ كانَ لابُدَّ مِنَ الاِشكالِ عَلىٰ صِحَّةِ بَيعُ مالِ الغيرِ لِنَفْسِهِ ثُمَّ مَلكِهِ فَاَجازَ فَيَنبَغِى فى المُقتَضِى لِلصِّحَةِ وَهىَ العُموماتُ المتقدَّمَةُ او فِى القَولِ بِاَنّ الْواجِبَ فى الكشف عَقْلاً، او شَرْعاً اَنْ يَكُونَ عن خُروجِ المالِ عَنْ مِلكِ المُجيزِ وقتَ العقد.

و قد عرفت اَنْ لا كَلامَ فى مُقتَضىٰ الصِّحَةِ **وَ لِذا،** لم يَصْدُر مِنَ الْمُستَدِّلِ عَلىٰ الْبُطلانِ، وَاَنَّهُ لامانِعَ عَقْلاً ولا شَرْعاً مِن كَونِ الْاجازَةِ كاشِفَةً من زَمانِ قابِلِيَّةِ تَأثِيرِهٰا.

و لايُتَوَهَّمُ اَنَّ بَيعَ الفُضُولِيِّ مالَ الغيرَ لِنَفْسِهِ ثُمَّ مَلِكَهُ فَاَجازَ نَظيرُ اِجازَةِ المالِكِ الْمَبيعَ الصّادِرَ مِنَ الْفُضُولِيِّ وَاِخْتِصاصِهٰا الْاِجازَةَ بِمُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ كَشَهْرٍ مَثلاً، لا مَجْمُوعِ المُدَّةِ الواقِعِ فيهٰا العقدُ فُضُولاً.

فكما اَنَّ التَّخصِيصَ هنا مُضِرٌّ لايَجُوزُ كَذٰلِكَ تَخْصِيصُ الْاِجازَةِ بِكَونِها كاشِفَةً عن

حُروجِ المِلكِ عن مِلكِ المجيز عِندَ تَمَلُّكِهِ لِلْمِلكِ، لامُطلَقا حَتّىٰ وَلو عِنْدَ زَمَنِ صُدُورِ الْعقدِ: مُضِرٌّ لايَجُوزُ.

جوابُ الْوَهمِ اَنَّ التَّخصِيصَ اِنَّما يَكُونُ مُضِراً اذا كانَتِ القابِلَيَّةُ لِلْاِجازَةِ مُوجودَةً كما فِى الْفَرَضِ المَذكورِ وَ اَمّا فِيما نَحْنُ فيه فليست القابِلَيَّةُ موجودَةً فى جميعِ اَدْوارِ الْعَقْدِ وَ اَزْمانِهِ، بَل القابِلَيَّةُ تَتَحَقَّقُ فى زَمَنِ صَيْرُورَةِ المِلكِ لِلْمُجيزِ بِالشَّراءِ اوِ الْاِرثِ.

منها اى مِنَ الْاُمُورِ الّتى اوردها المحقّقُ التُّسترِىّ عَلىٰ صِحَّةِ بيعِ العقدِ الفُضُولِىِّ، مالَ الغير لِنَفسِهِ ثُمَّ اِشتراه فَاَجازَهُ، اَنَّ العقدَ الصّادِرَ مِنَ الْفُضُولِىِّ لِنَفسِهِ، انّما صَحَّ وَتَرَتَّبَ عَلَيْهِ اَثَرُهُ بِاِجازَةِ الفُضُوَلِىِّ وَالْاِجازَةُ مُتَوَقِفَةٌ عَلىٰ صِحَّةِ العقدِ الثّانى وهو تَمَلُّكُ البايعِ الفُضُولِىِّ المَبيعَ بِالشِّراءِ، المُتَوَقِّفَةِ عَلىٰ بَقاءِ الْمِلكِ عَلىٰ مِلكِ مالِكِهِ الْاَصْلِىّ فَتَكُونُ صِحَّةُ الاوّلِ، مُسْتَلزَمَةً لِكونَ المالِ الْمُعَيِّنِ مِلكاً لِلْمالِكِ وَمِلكاً لِلْمُشتَرِى مَعاً فِى زمانٍ واحِدٍ وَهو مَحالٌ لِتَضّادِ الْمِلْكَيْنِ، اِذ مَعنىٰ كونِ البائِعِ والمشترى مالِكَيْن اَنَّ كُلِّ واحِدٍ مِنهما مالِكٌ فى عَرضِ مالِكِيَّةِ الآخِرِ وهذا مَحالٌ فَوُجُودُ الْمالِكِ الثّانى الَّذِى هُوَ الْمُشْتَرِى، يُحْكَمُ بِعدم وُجُودِ تَمَلُّكِ المالك الْاَوّلِ الّذى هو البائِعُ لِاَنَّ تَملُّكَهُ فى عَرضِ تَمَلُّكِ الاَوّلِ وهو اى وُجُودُ المالِكِ الاوّلِ الَّذِى هو البائِعُ يُحْكَمُ بِعَدمِ وُجُودِ تَمَلُّكِ المالكِ الثّانِى الّذى هو الْمُشْتَرِى، لِاَنَّ تَمَلُّكَهُ فى عَرضِ تملكّ المالكِ الثّانى فيلزم وجودُه وعدمُه فى آنٍ واحدٍ وهو محالٌ.

ثُمَّ قال الْمُحَقِّقُ التُّسترِى: اِن قُلتَ: اِنَّ اِتحّادَ مالِكِيْنِ عَلىٰ ملكٍ واحدٍ من لوازم كُلِّ عَقدٍ فُضُولِىٍّ ولا اِختصاصَ له فِيمَن بَاعَ مالَ غيره لِنَفْسِهِ، لِاَنَّ صِحَّةَ عقدِ الفضولىّ، متوقفّةٌ علىٰ اجازة المتأخّرة، وَالْاِجازَةُ متوقِفَةٌ عَلىٰ بَقاءِ مِلكِ المالكِ الْاَصيلِ، لِاَنَّهُ لولم يبقَ عَلىٰ ملكِهِ لَمَا نَفَذَتْ اِجازتُه **لانّ** من لَيْسَ مالِكاً كيف تنفذ اجازته؟ ومستَلزِمَةً لملك المشترِى فى ظرفِ كونِ الملك باقِياً عَلىٰ مِلكِ المالِكِ الاوّل؟

فلازمُ هٰذا التَوَقُّفُ وَهٰذا الاستلزامُ اَنَّ الْمِلكَ بعدَ العقدِ، مَلِكٌ لِلْمالكِ الْاَوَّلِ، وللمشترى فى زمانٍ واحِدٍ، وفى عرض واحِدٍ.

فحينئذٍ: اِمّا اَنَ نَقُولَ بِبُطلانِ عقدِ الفُضُوَلِىِّ مطلقاً، سواءً اَكانَ البايعُ الفضولِىُّ بَاعَ مالَ غيرِه لِنَفْسِهِ، ام باعَهُ لِصاحِبِهِ.

وَاِمّا اَنْ نَقُولَ بُبطلانِ الكشفِ، فلا اِختصاصَ لِلزُومِ اِتّحادِ مالِكَيْنِ عَلىٰ مِلكٍ واحِدٍ لو قلنا بَبْيع الفضوَلِىِّ مالَ الغيرِ لِنَفْسِهِ بما نحن فيه وهو بَيعُ الفُضُوَلِىِّ مالَ الغيرَ لِنَفْسِهِ.

ثُمَّ اَجابَ عَنِ الْوَهمِ الْمَذكُورِ: بِاَنَّ الْاِكتفاءَ بِالْمِلكيَّةِ الظّاهِرِيَّةِ فی المالكِ الاوَّلِ، وَالْمِلكيَّةُ الظّاهِرِيّةُ، اِنّما تَحصُلُ بِاستِصْحابِ المالِكِ الاوّلِ، مِلْكَه السّابِقُ لِاَنّها فِی الْحَقِيقَةِ رفعُ اليدَ واِسقاطٌ للحقّ ولا يَكفِی المِلكُ الصُّورِیُّ فی العقد الثّانی.

قد اَشْكَلَ الشّيخُ عَلیٰ ما اَورَدَهُ المحقّقُ التُّستَرِی عَلیٰ نَفْسِهِ بقوله: **«ان قلت...»** انّ الّذِی يقول بِصِحَّةِ بيعِ الْفُضُوَلِیِّ مالَ الغير لنفسه، انّما يقولُ بها بعد التزامه بانّ الاثرَ المترتّبَ عَلیٰ العقدِ الْاَوَّلِ الَّذِی هو النَّقلُ وَالانتقالُ بَعدَ اِجازَةِ العاقِدِ له: هو تَمَلُّكُ المُشتَرِی لِلْمِلكِ من حينِ تَمَلِكِّ العاقِدِ له، لا مِن حينِ صُدُورِ العقدِ.

فَعَلَيْهِ، يَكونُ تَوقّفُ اِجازَةِ العاقِدِ الاوّلِ عَلیٰ صِحَّةِ العقدِ الثّانی امراً مُسَلَّماً كما اَنَّ تَوقُّفَ صِحَّةِ العقدِ الثّانِی عَلیٰ بقاءِ الْمِلَكِ عَلیٰ مالِكِهِ الْاَصلِیِّ اِلیٰ زمانِ صُدُور العقدِ، اَمرٌ مُسَلَّمٌ اَيْضاً.

فلا يلزم كون المال ملكاً للمشترى وللمالك فی زمانٍ واحدٍ حَتّیٰ يَتَرَتَّبَ عليه المحالُ المذكور كما اَفادَهُ المحقِّقُ التُّسْتَرِی فی الامر الرّابِعِ، لِاَنَّ صِحَّةَ العقدِ الثّانِی، مُسْتَلزِمةٌ لِخُروجِ الملك عن ملكيّة المالك الاصيل.

نَعَم: اِنّما يَلزَمُ ما ذكرهُ الْمُحَقِّقُ التُّسْتَرِی مِنَ الْمَحالِ اِذَا اُدُعِّیَ وجوبُ كونِ الْاِجازَةِ كاشِفَةً عن الملكِ حينَ العقدَ.

ولكن، كاشِفِيَّة الْاِجازَةِ لِلملكِ من حينِ صُدُورِ العقدِ، هی الَّتی نَقَلها اَلشَّيخُ عن المُحقّقِ التّستَّرِی بقوله: اِنَّ الْاِجازَةَ حَيْثُ صَحَّتْ ومَنَعَ كونَ الْاِجازَةِ كاشِفَةً مُطْلَقاً فَلا وَجْهَ لِاِعادَتِهِ بِتقريرٍ آخَر كما لا يَخْفیٰ.

نَعَم: يبقیٰ فی بَيْعِ الفُضُولِیّ، مالَ الغير لِنَفْسِهِ، الاشكالُ الواردُ فی مُطلَقِ الفُضُولِیِّ عَلیٰ القولِ بالكشفِ و هو كونُ الملكِ حالَ الْاِجازَةِ لِلمُجيزِ والمشترى معاً.

هذا اِشكالٌ آخَر تَعَرَّضَ الْمُحَقِّقُ التُّستَرِیّ لِاندِفاعِه اَخيراً غير الْاِشكالِ الّذی اِسْتَنْتَجَهُ منَ المُقدّماتِ الثّلاثَةِ الْمَذكورَةِ فِی الامرِ الرّابِعِ الْمُشارُ اِليهِ المذكورِ عَنِ المحقّقِ التُستّرِیّ:

١ـ من تَوَقُفِ صِحَّةِ العقدِ الاوّلِ عَلیٰ اجَازَةِ المالكِ.

٢ـ تَوَقّفُ الاِجازَةِ عَلىٰ صِحَّةِ العقدِ الثّانى.

٣ـ توقّفُ صِحَّةِ العقدِ الثّانى عَلىٰ بقاء الملك عَلىٰ ملك مالِكِه الْاَوَّلِ.

وَ الاِشكالُ المُستَنْتَجُ من هٰذِهِ المقدّماتِ الثَّلاثَةِ هو اَنَّ العينَ تَصْبَحُ مِلكاً لِلمالكِ الاصيلِ، و للمشترى فى ظرفٍ واحدٍ وعرضٍ واحِدٍ ثُمَّ قالَ الشّيخُ﵀: نَعَم يلزم من ضَمِّ هذا الاشكالِ و هو كونُ المِلكِ للمالِكِ الْاَصيلِ، و لِلْمُشترى الَّذِى هو اِشكالٌ عامٌّ يَرِدُ عَلىٰ جَميعِ اَقسامَ بيعَ الفضولِىّ و لااِخْتصاصَ له بِبَيْعِ الفُضُولِىِّ مالَ الغيرِ لِنفسِهِ، اجتماعُ مُلّاكَ ثَلاثَةٍ عَلىٰ مِلكٍ واحِدٍ قبلَ العقدِ الثّانِى لوجوب التزام مالكيَّةِ المالكِ الاصلىِّ و هو المالكُ الاوَّلُ حتّىٰ يَصِّحَ العقدُ الثّانى، و مالكيّة المشترى له وهو المالك الثّانى لِاَنَّ الاجازَةَ تَكشِفُ عن ذلك و مالكيّة العاقد له و هو المالِكُ الثّالِثُ لانّ ملك المشترى لابدّ ان يَكُونَ عن مِلكِ العاقِدِ بِمَعنىٰ انّ مِلكيَّةَ المشتَرِى فرعُ مِلكيَّةِ العاقِدِ

وَاِلّا اى اِن لم تَكُنْ مِلكِيَّةُ المشتَرِى ناشِئَةً عن ملكِ العاقِدِ، لم تَنْفَعْ اِجازَتُه فى مِلكِه من حينِ العقد، لِاَنّ اِجازَةَ غيرِ المالِكِ، لايُخرِجُ مِلكَ الغيرِ اِلىٰ غيرِهِ.[1]

ثُمَّ قالَ: الشّيخُ﵀: انّ ما اجاب المحقّق التّسترى عن الاشكال الواردِ فى مُطْلَقِ الفُضُولِىّ: «بانّه يَكفِى فى الاجازة، مِلكُ المالِكِ ظاهراً»، لايُسمِنُ و لايُغْنِى لانّ الْاِجازَة اذا وَقَعَتْ فَاِنْ كَشَفَتْ عن مِلكِ المُشتَرِى قبلَها، كَشَفَتْ عَمّا يُبطِلُها، لِاَنَّ الْاِجازَةِ لاتَكونَ الّا مِنَ المالِكِ الواقِعِىِّ و المالِكُ الظّاهِرِىُّ، اِنَّما تُجدِي اِجازَتُهُ اذا لم يَنْكِشفْ كونُ غَيرِه مالِكاً حينَ الْاِجازَةِ.

وَلذا اى و لاجل اَنَّ المالكَ الظّاهِرِىِّ، اِنَّما تُجدِى اِجازَتُهُ، اذا لم يَنكَشِفُ كونُ غيرِه مالِكاً حينَ الْاِجازَةِ لو تَبيَّنَ فى مقامٍ آخر كونُ المُجيزِ غَيرِ المالِكِ، لم تَنْفَعْ اِجازَتُهُ لِاَنَّ المالِكِيَّةِ من الشَّرائِطِ الواقِعِيَّةِ دونَ العِلميَّةِ.

---

١. المجلّد التّاسع من المكاسب من منشورات دارالكتاب ص ٤٧.

انّ الشّيخ ﷺ مُضافاً اِلیٰ الاِشكالاتِ السّابقَةِ الوارِدَةِ فيما اَفاده المحقّقُ التُّستَرِی فی الامرِ الرّابِعِ من كفايَةِ الملكِ الصُّورِیّ فی العقدِ الْاَوّلِ وعَدَمِ كِفايَتِه فی العقدِ الثّانی اَوْرَدَ عَلَيه: بانّ ما ذكره ﷺ فی الفرقِ بَيْنَ الْاِجازَةِ والعقدِ الثّانِی من كِفايَةِ الملكِ الصُّورِیِّ فی الْاَوّل دون الثّانِی، تحكّمٌ صِرْفٌ خُصُوصاً مع تعليله بِاَنَّ الْاِجازَةَ رَفعٌ لِلْيَدِ وَاِسقاطٌ لِلحَقِّ.

فَلَيْتَ شِعرِی اَنَّ اِسقاطَ الحقّ كَيف يُجدی وَ يَنْفَعُ؟ مَع عَدَمِ الحقِّ واقِعاً مع اَنَّ الْاِجازَةَ، لاتَكُونُ رفعاً لليدِ عن الملك الّا عَن المِلكِيَّةِ الواقِعِيَّةِ، لا الْمِلكِيَّةِ الظّاهِرِيَّة.

وَالتَّحقيقُ عِندَ الشّيخ ﷺ اَنَّ الْاِشكالَ الوارد عَلیٰ بيعِ الفُضُولِیِّ مالَ الغيرَ لِنَفسِهِ ثُمَّ مَلِكَهُ فَاَجازَ هو لزومُ كونِ الملكِ لِلْمالِكِ الْاَصلِیِّ، وَلِلمُشتَرِی فی آنٍ واحِدٍ عَلیٰ نَحوِ الْعَرَضِيَّةِ، وَقَدْ عَرَفْتَ اَنَّه غَيْرُ مَعْقُولٍ وَ تَوضِيحُهُ: اَنَّ مَنْشَأَ هٰذا الْاِشكالِ هو القولُ بِاَنَّ الْاِجازَةِ لَها الكاشِفِيَّةُ المُطلَقَةُ اَیْ مِنْ زَمَنِ صُدورِ العَقْدِ.

فَعَلیٰ الْقول بِالكَشفِ الحَقيقِیّ المُطلَقِ، يَلزَمُ اِتّحادُ المالِكَيْنِ عَلیٰ مِلكٍ واحِدٍ فی نفسِ الْعَقدَيْنِ: العَقدِ الاَوّلَ وَالثّانِی.

لكن قد عَلِمْتَ اَنّنا لانَلْتَزِمُ بالكَشفِ الْمُطلَقِ فِی الْاِجازَةِ بل نَقُولُ: بقابِلِيّتِها لِلْكَشفِ، وَقابِلِيَّتِها لَهُ عِندَ صُدُورِها، لامِن زَمَنِ صُدورِ العقدِ حتّیٰ يَلْزَمَ الْاِتّحادُ.

اِذاً تَعَدَّدَ المالِكان، اِذ المالِكُ فی الْعَقدِ الْاَوّلِ غَيْرُ المالِكِ فِی الْعَقدِ الثّانِی، كما اَنَّ الْمِلكِيَّةَ فِی العقدِ الثّانی، تَنسَلِخُ عن المالِكِ الْاَوّل فِی العقدِ الثّانِی عِندَ صُدُورِ الْاِجازَةِ، وَلاَ تَبقیٰ لَه عُلْقَةُ المالِكِيَّةِ اَصْلاً، فَالمالِكُ فی العقدِ الْاَوّلِ غَيْرُ المالِكِ فِی الْعَقدِ الثّانِی، وَالمالِكُ فِی الْعَقدِ الثّانِی غَيْرُ المالِكِ فِی العَقْدِ الاَوّل.

فى رَفعِ اِشكالِ اِجتماعِ الْمالِكَينِ فِى زَمانٍ واحِدٍ، ذُكِرَت وُجُوهٌ مُختلِفَةٌ:

منها: ما صَرَّحَ بِه السَّيِّدُ﵀ بِاَنَّ الْاِجارَةَ لاتَحْتاجُ اِلىٰ الْمِلْكِيَّةِ الْفِعلِيَّةِ بَلِ الْمِلْكِيَّةُ التَّقْدِيريّةُ كافِيَّةٌ اَيْضاً.

تَقُولُ فى جوابه﵀: اَنَّ المستفادَ من ظاهِرِ الْاَدِلَّةِ، الملكيَّةُ الفِعليَّةُ لا التَّقديريَّةُ.

و منها: من صَرَّحَ بانّه لامانِعَ من هٰذا الالتزامِ ولا اشكالَ فيه لانَّهُ وَقَعَ نظيرُهُ فى بابِ الاِقرارِ.

نَقُولُ فى جوابه اَيْضاً: انّ فى باب الْاِقرارِ اِمّا كانَ كلُّ واحدٍ من الحكمَيْنِ ظاهِريّاً او احدُهما ظاهِرِيّاً وثانِيهِما واقِعِيّاً و اَمّا فى ما نحن فيهِ فِكِلاهُما واقِعيٌّ ولا يَجُوزُ اجتماعُ الْحُكمَيْنِ الواقِعِيَّيْنِ.

نَعَمْ: يَمكِن اَنْ يكونَ احدُهما مالِكاً واقِعيّاً والآخَرُ مالِكاً ظاهِرياً او بـالْعَكسِ وهما قابِلانِ لِلْاِجتماعِ حيثُ انّه يمكن ان يكونَ أحدُهما مالِكاً واقِعيّاً ولكن يجوز اَنْ يَحْكُمَ الحاكِمُ من بابِ القضاءِ بانّه ليس بمالكٍ ظاهِراً او كان الآخَرُ مالِكاً ظاهِراً وَاَمّا كونُ شيءٍ فِى علمِ اللهِ وواقِعاً مِلْكاً لِلْاِثنينِ بالاستقلالِ فَلا يُمْكِنُ.

و منها: ما اَفادَهُ المحقِّقُ النّائينىّ من اَنَّ المِلْكيّتَيْنِ هُنا، مِلكِيّتانِ طُولِيّانِ ووَقَعَتْ اِحداهُما فى طُولِ الآخَرِ وكانَ من قَبيلِ مِلكيَّةِ مَولىٰ العبدُ وَالْعَبدِ لِمٰا فى يَدِهِ.

و يُجابُ عنه اَيْضاً بِاَنَّ ما نحن فيه غَيرُ مِلكيَّةِ الْمَولىٰ وَالْعَبد و مـا نـحن فـيه، لايُقاسُ عليه كما ذكرناه سابِقاً.

المحقّقُ الاصفهانِيُّ﵀ فى رَفعِ الاشكال وحَلِّهِ ذَكَرَ وَجْهَيْنِ اللَّذينِ كانا اَدَّقُ مِنَ الوُجُوهِ المذكورَة فِى رَفعِ الاِشكال:

اَحَدُهُما: اَنَّ هذه الاشكالَ، لا يأتِى عَلىٰ القولِ بِالْكشفِ الانْقِلابِيِّ كما قالَ بـه بعضٌ و اصرّ عَلىٰ صِحَّتِهِ يعنى يَأتِى الاشكالُ عَلىٰ القولِ بِاَنحاءِ الْكَشْفِ اِلّا الكشف الانقلابِىّ و معنىٰ الكَشفِ الانقلابىِّ كما قلناه سابِقاً: اَنَّ المُجيزَ كانَ مالِكاً اِلىٰ زمانِ الاِجازَةِ وَاَمّا الْاِجازَةُ المُتَحَقِّقَةُ، فَهِىَ توجبُ الانقلابَ فى ما مَضىٰ لا اَنَّ الْاِجازَةَ تَكْشِفُ انّ مَنْ خَيَّلْناهُ مالِكاً لَيْسَ بمالكٍ بل المُجيزُ، كانَ مالِكاً اِلىٰ زمانِ الاِجازَةِ

وَاَمّا الْاِجازَةُ فَهِیَ تَقَلِّبُ الواقِعِ عَمّا وَقَعَ عَلَیهِ.

وَ دَعْویٰ: انّ الواقِعَ کیف یَنْقَلِبُ عَمّا وَقَعَ علیه الواقِعُ؟

مَدْفُوعَةٌ بِاَنَّ هٰذا الانقلابَ حَیثُ کانَ فی الاِعْتِباریاتِ فَهُوَ لَیْسَ بِمَحالٍ وهو اَمْرٌ ممکِنٌ.

نَعَمْ: کان مَحالاً فِی الْاُمُورِ الْحَقِیقَّیةِ لِاَنَّ الواقِعَ لایَنْقَلِبُ عَمّا هو علیه. وبهذا القولِ مِنَ الْکَشفِ الْاِنقلابِیّ یَنْحَلُّ الاِشکالُ فی جمیعِ مواردِ الفُضوَلِیِّ و ما نحن فیه **مُطْلَقاً و ذٰلک، اَنَّ الفرضَ**، اَنَّ المالِکَ کانَ مالِکاً واقِعاً اِلیٰ زَمانِ الْاِجازَةِ وَ بعدَ الْاِجازَة، اِنْقَلَبَ ما مَضیٰ ولم یَکُنِ المالِکُ، مالِکاً فی الماضِی بِعبارَةٍ اُخْریٰ کما اَنَّ المستَقْبَلَ قابِلٌ لِلْاِنقلابِ حیث لم یَقَعْ بعدُ فَکذٰلک، الماضِی قابِلٌ لِلْاِنقلابِ فِی الاِعتباریّاتِ.

و بالجملة، عَلیٰ هذا النّحو من الکَشفِ الحقیقیِّ ممّا قالَ به بعضٌ ممّن یَقُولُ بِالکَشفِ الحقیقِیِّ، اِرتَفَعَتْ الاِشکالاتُ حَتّیٰ قِیلَ: اَنَّ الشَّیخَ﵀ اَیْضاً اَلَّذِی عَنْوَنَ الکشفَ الحَقِیقِیِّ وَنَسَبَهُ اِلیٰ المشهورِ، ما ارادَ الّا هٰذا المعنیٰ وکان الشَّیْخُ﵀ اِعْتَقَدَ انّ القولَ المَشهُورَ، هو الکشفُ الْاِنْقِلابیُّ.

ولکن نَحْنُ لا نَقْبَلُ هٰذِهِ النِّسبَةَ اِلیٰ الشَّیخ﵀ لِاَنَّهُ یُعلَمُ من بَحثِ الشَّیخِ وَالنَّقْضِ وَالْاِبرام فِی الْکَشفِ الحَقِیقیِّ اَنَّ ما کانَ فِی ذِهْنِ الشَّیخِ مِن الکَشْفِ الحقِیقیِّ هُوَ الْکَشْفُ الْاِنقِلابیُّ لَا الشَّرطُ الْمُتَأَخِّرُ کَما اِدّعاهُ جمعٌ من المُحشِّینِ ایضاً.

بالجملة، اِن اِدَّعیٰ اَحَدٌ، هذا التَّصویرَ من اَنحاءِ الْکَشفِ الحقِیقیِّ، اِرتَفَعت الاِشکالاتُ کُلُّها:

وَ مِنها: اِشکالُ اِجتماع المالِکینِ وَالمُلاّکِ فِیمَنْ بَاعَ شَیئاً ثُمَّ مَلِکَ. وَاَیضاً اِشکالُ خُروج الْمِلکِ عن مِلکِ المُجیزِ قَبلَ دُخُولِهِ فیه.

و الاشکالُ الْعامُّ فِی المُجیزِ وَ الْاِجازَةُ فی مواردِ الْفُضُولیِّ کُلِّها یَرْتَفَعُ لِاَنَّها مَبْنَیَةٌ عَلیٰ تَصویرِ کَشْفِ الْخِلافِ وَ اَمّا بَناءً عَلیٰ ما قلناه فلا یَرِدُ الْاِشْکالاتُ الْمَذْکُورَةُ کُلُّها، **لِاَنَّ** الْقَوْلَ بِاَنَّ الْاِجازَةَ تَکْشِفُ عَن کَونِ الْمُجیز لَیسَ بِمالِکٍ فی زمانٍ وَلَمْحَةٍ

وَلَحْظَةٍ قَبْلَ اِجازَتِهِ، غَيْرُ صَحيحٍ لاَنَّهُ بَناءً عَلىٰ هٰذا الْقَوْلِ، ليسَ كَشْفٌ بل لَهُ تَأثيرٌ فی مَا مَضىٰ وكَانَ الْمالِكُ فِی الزَّمَانِ الماضِی قَبْلَ الْاِجازَةِ لَيْسَ مالِكاً.

و بِعبارَةٍ اُخْرىٰ: اِن قَبِلنٰا هذا التَّصويرَ لا يَرِدُ كُلُّ واحِدٍ مِنَ الْاِشكالاتِ المذكورَةِ لا فی المَقامِ وَلا فِی مُطلَقِ الْاِجازَةِ مَعَ اَنَّ الْمُسْتَشكِلينَ فَرَقُّوا بينَ الْاِجازَةِ وَالمقامِ.

حيثُ قالوا: بِالْاِتّفاقِ بِاَنَّ العقدَ يَصِحُّ بِالاجازَةِ وكانت الاجازة كاشِفَةً حَقِيقَيَّةً و كانَ اشكالُه حَلاًّ وَاَمّا فی بابِ مَن بَاعَ شَيْئاً ثُمَّ مَلِكَ، يَرِدُ الْاِشكالُ وقالَ جمعٌ مِنَ الْفقهاءِ: اِنَّ هذا الْاِشكالَ، لَم يَكُنْ قابِلاً لِلدَّفْعِ ولم تَكُنْ مَسْأَلَةُ **«مَن بَاعَ ثُمَّ مَلِكَ»**، قابِلَةً لِلْاِجازَةِ ومنهُ يُعْلَمُ انّ نَظَرَهُمﷺ لَيْسَ فی الكَشفِ بهذا التَّصويرِ ای الْكَشْفِ الْاِنقلابیِّ وَالّا يَرِدُّ هذا التّصويرِ، كلّ واحِدٍ من اِشكالاتِ مُطْلَقِ الْاِجازَةِ.

وَ اشكالُ الْمَقامِ الظّاهِرُ اَنَّ نَظَرَ الشّيخِ المُحَقِّقِ التُستَرِی وَالشّيخِ الاَنصارِیّ، ليسَ بهذا التَّصوير وهو الْكَشْفُ الْاِنقلابیّ وَلم يَقبَلُوا اَنَّ معنىٰ الْكَشفِ الحَقِيقِیّ الّذی نُسِبَ اِلىٰ المَشهور، كانَ هذا التَّصوِيرَ.

ثانِی الْوَجْهَيْنِ الّذی قالَ به الْمُحَقِّقُ الْاِصْفَهانِیُّ فِی حَلِ الْاِشكالَ وَرَفْعِهِ، وَهو اَدَقُّ مِنَ الوَجْهِ السّابِقِ، اَنَّ مالِكِيَّةَ المُجيزِ، لَيْسَتْ شَرطاً حِينَ الْاِجازَةِ بَناءً عَلىٰ الشَّرْطِ الْمُتَأَخِّرِ بَلْ تُعْتَبرُ حِينَ العقدِ لا الْاِجازَةِ وذلك لِاَنّهُ تعتبر المالكيّةُ فی النَّقلِ وَالْاِنتقالِ حيثُ وَرَدَ: «لابَيْعُ اِلّا مِلْكٍ» وَاِذا كانَ المرادُ مِنَ الْبَيعِ، البيعَ الْمُسَبَبَیَّ فَمَعناهُ انّه تَجِبُ الْمِلْكِيَّةُ حينَ النَّقلِ وَالاِنتقالِ واذا لم يكن مِلكاً حينَه، لم يحصُل النّقلُ وَالاِنتقالُ.

من المعلوم: اَنَّ اِعتبارَ الْمِلكِ فی تاريخِ النّقْلِ وَالْاِنْتقالِ يعنی فی زمن النّقل والانتقال، يلزم حصولُ المِلكِيَّةِ ايضاً.

و من الواضح: اَنَّ زَمانَ النَّقلِ وَالْاِنتقالِ بناءً عَلىٰ الْكَشفِ الحَقيقِیِّ، زمانُ تَحَقُّقِ العقدِ فَالاِجازةُ بما هی اِجازَةٌ لَم يُشْتَرط فيها ان يَسْبِقَها المِلكُ بل المِلكُ شرطُ النَّقلِ وَالاِنتقالِ فَزَمانُ حُصُولِ الملكِ، تابِعٌ لِزَمانِ النّقل وَالاِنتقالِ و حيثُ كان زمانُ النّقلِ والانتقالِ، زَمانُ تَحقّقِ العقد فَكانُ زمان الملكِ اَيْضاً زمانُ تُحقّقِ العقدِ.

ثُمَّ اَشْكَلَ﵀ عَلىٰ نَفْسِهِ بِانّه: اذا كانَ زَمانُ النّقلِ وَالْاِنتقالِ، زَمانُ تَحقّقِ العـقد، فكانَ المِلكُ داخِلاً فی مِلكِ المشتَرِی فی زمانِ تَحقّقِ العقدِ، فهٰذِهِ الحالَةُ، مانِعَةٌ من اِجازةِ المالك فی هذا التّاريخِ وَفی زَمانِ تَحَقُّقِ العقدِ، فكيف يُجيزُ المالكُ؟

اَجابَ﵀ عنه بِاَنَّ المِلكيَّةَ الحاصِلَةَ لِلمُشتَرِی فی زَمانِ تحقّقِ الاِجازَةِ، كانت اثر الاِجازَةِ الْفِعلِيَّةِ للمالكِ فلا يُمْكنُ اَنْ يَمْنَع عَمّا يَقْتَضِيه فَاِنتقالُ المالكِ فی زمانِ تحقّق العقدِ اِلىٰ المشتَرِی، كانَ بِسَببِ الْاِجازَةِ الْفَعلِيَّةِ ولو كانَ زَمانُ النّقل، زَمـانَ الْـعَقدِ فَالْاِجازَةُ الْفِعلِيَّةُ، كانت لِلانتقالِ فی الزّمانِ السّابِقِ فلا يُمْكِنُ اَنْ يُبْطِلَ مُقتضىٰ الْعِلَّةِ نَفسَ العِلَّةِ ولا يمكن اَن يَكُونَ النّقلُ والانتقالُ فِی الزّمانِ السّابق، مانِعاً عن هٰـذِه الاجازَةِ و كانَ مُقتضىٰ الاثر، يُوافِقُ مع اَثرِهِ وكانَتْ بينَهما مُناسِبَةٌ وسِنْخَيَّةٌ ولا يمكن الاثر، مؤثّره.

بالجملة، الاِجازَةُ اَثرٌ فی النّقلِ وَالانتقالِ فی العامِّ السّابقِ فلا يُمكِنُ اِبطالُ النَّقلِ وَالْاِنتقالِ، الْاِجازَةَ المتَحَقَّقَةَ فيمٰا بَعدُ.

فكان القائلون بكاشِفِيَّةِ الْاِجازَةِ عَلىٰ نَحوِ الشّرطِ المتأخّر، يَلزَمُ عليهم القـول بِهٰذا الوجهِ لانّ معنىٰ الشّرطِ المتأخِّرِ، حصولُ الملكيّة فی زمان العـقد بـملاحِظَةِ الْاِجازَةِ المُتحقّقَةِ فيما بعدُ و عَلىٰ هذا تُشتَرَطُ الملكِيَّةُ حينَ العقدِ و لاتعتبرُ حـينَ الْاِجازَةِ.

اقول: هٰذا الوَجهُ و ان كانَ اوجَهَ الوُجُوهِ وَاَدَّقَهَا بالنّسبَةِ، مع ذلك لايُخلُو عـن اِشكالٍ لانّا قلنا: سابقاً تَبعاً لِلسّيّدِ﵀ وَالمُحقّق الْاِصـفهانِيّ﵀ وَالشّـيخ﵀ وَسـايرِ المُخشّينِ اَنَّ الْاِجازَةِ شأنُها، اِنتسابُ عقدِ الفُضُوَلِّى اِلىٰ المـالكِ وَالْاِجـازَةُ وَالبـيعُ بِالْمُباشِرَةِ كُلُّها من اَقسامِ البيعِ.

بناءً عليه، لايَجوزُ القولُ انّ فى قسم مِنَ البيعِ، لايَلْزَمُ سَبْقُ الملكيّة حينَ البيعِ وانَّهُ بَجُوزُ تغييرُ بَقاءِ الْمِلكيَّةِ عَلىٰ كُلّ تَقديرٍ اِلىٰ حينِ الْاِجازَةِ ليست لنا مُلاحِظَةُ المسألة من جَهَةِ العَقلِ

نَقُولُ: اِنّ الْاجازَةَ اَثَرَتْ فى الملكيَّةِ السّابِقَةِ فـلا يـمكن لِـلمُقتضىٰ اَنْ يُـبطِلَ المُقتَضِى بل لنا ملاحِظَةُ الْاَدِلَّةِ الشّرعِيَة حيثُ دَلَّتْ عَلىٰ اَنَّ الْمُجيزَ حيثُ اَجازَ يُجِيزُ بِحَقِّ الْمالِكِيَّةِ ويُجيزُ لِاَجل انّه كانَ مالِكاً كما اَنَّ البايعَ اذا باعَ مُباشِرَةً وكما اِذا وَكلّ لِبَيْعِ مالِهِ كانَتْ له سِمَتُه الْمالِكِيَةِ فَكذٰلِك للمُجيزِ اذا اَجازَ، كانَتْ هٰذِه السَّمَةُ وَالمقامُ فَاِذا خَرَجَ المِلكُ من زَمانِ تَحقُقِّ العقدِ اِلىٰ زَمانِ الْاِجازَةِ عن قابِلِيَّةِ الْمِلكِيَّةِ بِتقّاسٍ او تِفليسٍ او بيعٍ او نَقْلٍ اوهِبَةٍ، ليس له حقُّ الْاِجازَةِ فَاِجازَتُهُ لاتَصِحُّ.

فَعُلمُ ممّا ذكرنا: انّ اِستمرارَ مِلكيَّةِ المالِكِ اِلىٰ حـين الْاِجـازَةِ بِـحَسبِ الْاَدِلَّـةِ الشَّرعِيَّةِ وبِحَسبِ الْفَتاوىٰ يُعتَبرُ ولا يَجُوزُ القولُ بِصِحَّةِ اِجازَتِهِ اِذا وَقَعَ فى مِلكِهِ من زَمانِ تَحقّقِ الْعَقدِ وَالبيعِ اِلىٰ زَمانِ الْاِجازَةِ النَّقُل وَالْاِنتقالُ بتَقّاس اَو بيعٍ اَو غيرهما.

فبناءً عليه، اَساسُ قولِ الْمُحَقِّقِ الْاِصفَهانِىّ﵀ لا يَصِحُّ لِاَنَّهُ و ان كانَ هـذا مِـن اَوْجَهِ الوُجُوهِ المذكورَةِ فِى حَلِّ الْاِشكالِ **ولكنّه** ليس مُطابِقاً لِظاهِرِ الْاَدِلَّةِ حيث انّها تَدُلُّ عَلىٰ اِستِمرارِ ملكيَّةِ المُجيزِ اِلىٰ حينِ الْاجازَةِ.

وَالحقُّ: اَنَّ هذا الاِشكالَ كما صَرَّحَ به الشّيخُ الانصارىُّ﵀ لَيسَ قابِلاً لِلْحلّ و يرد هذه الاشكالُ عَلىٰ القائِلينَ بالشَّرطِ الْمُتَأَخِّرِ والكشفِ الحقيقِيّ لا لِاَجلِ اَنَّ الشّرطَ الْمُتَأخِّرَ نَفْسَهُ مُشكِلٌ بل تَصويرُ الشَّرطِ الْمُتَأخَّرِ اَسْهَلُ منَ تصوُّرِ هذا الاِشكال فِى المقامِ **لِاَنّ** اِشكالَ الشَّرطِ المُتأَخِّرِ لِـلْاِجازَةِ ليس لِاَجـلِ اِنّـه شـرطٌ مُـتأخِّرٌ واَنَّ تَصويرَهُ يُشْكِلُ بل من جَهَةِ اِنّ الْاِجازَةِ تَوَقَّفَت عَلىٰ الْمِلكِيَّةِ السّـابِقَةِ ومـن جَـهةٍ

اُخریٰ انّها کاشِفَةٌ من عدم الْمِلکِیَةِ القبلیَّةِ وَالاِشکالُ نَشَاءَ مِن هٰذِه النّاحِیَةِ.

فَالْاَوْلیٰ فی التّوجیه اَنَّ القائِلینَ بِالْکَشفِ الحقیقِیّ ان تَنابَزُوا وَ تَبَدَّلُوا الحَـقِیقیَّ بِالْحُکمِیّ ولاَ یبعُدُ اَنْ یَکُونَ نَظَرُ المشهورِ مِنَ الْکَشفِ، الکشفَ الْحُکمِیّ و ذلك لِاَنّ فتاواهم، کانت مُطابِقَةً لِلْاَدِلَّةِ وتابِعَةً لِلْاَدِلَّةِ الّتی وردت فی هٰذا البابِ مثلُ **«روایةِ محمّد بن قیس»** و **«روایة ابی عبیدةِ الحذاء»** و سایر الادلَّةِ الّتی عَلیٰ الکَشفِ کما اِعتَرَف الشّیخُ الانصارِیُّ بانّ ظاهِرَ الادلَّةِ، لا یُستفادُ مـنها اَزیـدُ مـنَ الکشـفِ الْحُکمِیِّ وحتّی لو قلنا بدلّالة روایة **«ابی عبیدة الحذّاء»** عَلیٰ الکشفِ الْحَقِیقِیِّ فَهِیَ تحتاجُ اِلیٰ مُقدّماتٍ اُصولِیَّةٍ من حِفظِ ظُهُورِ العامِّ ونحوهِ الّذی بَحثنا عنه واَشْکَلْنا فیها.

و مَعلومٌ: انّ مَسأَلَةَ الفُضُولِیِّ حَدَثَتْ فیها مباحثُ کثیرةٌ من ناحِیَةِ الفقهاءِ لِـعقدِ الفضُوَلِیّ مِن زمانِ المحقّقِ کاشِفِ العظاءﷺ واَنّ الفَقِیهَ من حیثُ انّه فَقِیهٌ نَظَرُهُ اِلیٰ هٰذِهِ الآثارِ کما انّ الفقیه یُریدُ من صِحَّةِ العبادَةِ، اِسقاطَ القَضاءِ وَالْاِعادَةِ و لم یَبْحَثْ عن مَفهومِ الصِّحَةِ کما بَحَثَ عنه المُتکلِّمُ **حیثُ** اراد مِن صِحَّة العبادَةِ، مُوافِقَةَ الْمَأتِیّ بِه لِلْمَأمُورِ بِهِ.

بالجملة؛ نَظَرُ الفقیهِ فِی الْفَتاویٰ اِلیٰ الْاَحکامِ ولا نَظَرَ له فی نَحوِ التَّصَوُّرِ حیثُ انّ النَّظرَ فیه، نَظَرٌ عقلانِیٌّ لا یحتاجُ الْفِقْهُ و الفَقیهُ اِلیٰ هٰذا النّوعِ مِنَ النَّظَرِیّاتِ لِاَنَّ الفِقهِ فی الرّواياتِ، فی مقامِ تَعیینِ وَظیفَةِ الْـمُکَلِّفینَ مـنَ الْاِعـادَةِ وَالقَـضاءِ وَالْـغَرامَـةِ وَالضِّمانِ و غیرها ولیس نَظَرُهُ، التَّصویرَ الّذی یَرضیٰ بـه الْـفَلْسَفِیُّ وَالرِّیـاضِیُّ و غَیرُهما مِن الْعُلومِ.

وَ الْفِقْهُ لم یُخْلَقْ لِاَجلِ ذلك وَاِن وَقَعَ فی الْفِقهِ من هذا النَّوعِ مِنَ المَباحِثِ کما اِقتضاهُ فی بَعضِ المَوارِدِ من جَهَةِ الاُنْسِ مع العامَّةِ فی بَعضِ الکُتُبِ، فَکانَ هذا من قَبیلِ الْاِستِطرادِ.

اَلْمُختارُ انّ القائِلَ بِالْکَشفِ الحَقِیقِیِّ فِی الْاِجازَةِ، یَجِبُ تَنازُلُهُ وَاِرادَةُ الْـحُکمِیِّ مِنَ الحَقِیقِیّ **حیثُ** اِنَّه یُناسِبُ مع مَقامِ الْفِقهِ وَالفَتاویٰ لِاَنَّ الْفِقه، لَـیسَ بَـحثاً عَـنِ

التَّصويرِ وَكَيْفِيَّتِهِ بل نَظَرُهُ اِلىٰ آثارِ اَفعالِ الْمُكَلَّفِينَ.

و يُؤَيِّدُ ذلك: اَنَّ فَتاوٰاهم، تُوافِقُ النُّصُوصَ وَاَنَّهُم (قَدَّس اللهُ اَرواحَهِم) يَتَّبِعونَ فى اِفْتائِهِم، الرِّواياتَ و النُّصُوصَ،

و من الواضِحِ: اَنَّ النُّصُوصَ، تَكَفَّلَتْ لِبَيانِ الآثارِ لا توضيحِ الْجَهاتِ العَقْلِيَّةِ وَيَنْبَغِىَ لنا، اَيْضاً مُلاحِظَةُ الآثارِ وَالْاَحكامِ مَثلاً يَلْزَمُ فى البيعِ الفُضُولِىِّ ملاحِظَةُ حالِ المُشتَرِى او المالِكِ وَمنافِعِهما وَاَمّا البحثُ عَن كَيْفِيَةِ تَصويرِ كَونِهما مِلْكاً او المالِكِ فَهُوَ بَحْثٌ خارِجٌ عَن وَظِيفَةِ الفَقِيهُ وَالشَّيخُ﵀ اَيْضاً كَاَنَّهُ اِعْتَرَفَ بِذلكِ حيث قال﵀: اِنَّهُ غَيْرِ قابِلٍ لِلْحَلّ.

اَلْاَمرُ الخامِسُ مِنَ الامور الَّتِی اَوْرَدَها المحقّق التّسترىّ عَلىٰ صِحَّةِ بيعِ الْفُضُوَلِیِّ مالَ الغيرِ لِنَفْسِهِ ثُمَّ مَلِكَهُ فَاَجازَ، اَنَّ صِحَّةَ عَقْدِ الْفُضُولِیِّ فيما اِذا اِشْتَراه الْفُضُوَلِیّ وَاَجازَهُ يَسْتَلْزِمُ الْمَحالِين:

۱ـ اَلمَحالُ الْعَقْلِیُّ

۲ـ اَلْمَحالُ الشَّرعِیُّ.

اَلْمَحالُ الْعَقلِیُّ اَنَّ صِحَّةَ العقد كَذٰلك، يَستَلزِمُ الدَّوْرَ المحالَ و هو تَوَقُّفُ اِجازةٍ عَلىٰ اِجازَةٍ اُخْرىٰ وَتَوقُّفِ الاُخرىٰ عَلىٰ الْاُوْلىٰ اى تَوَقّفُ صِحَّةِ هٰذا العقدِ عَلىٰ صِحَّةِ العقدِ الآخَر وَتَوَقّفُ صِحَّةِ العقدِ الآخَر عَلىٰ صِحَّةِ الْاَوَّلِ.

فَمُورِدٌ تَأتِی الدُّورَ، الْاِجازَةُ وَنَفْسُ العَقدَيْنِ.

وَاَمّا الْمَحالُ الشَّرعِیُّ فَلِاِستلزامِ صِحَّةِ العقدِ، عدمَ مِلكيَّةِ المالِكِ الْاَصلِیِّ لِلثَّمَنِ وَلا الْمُثَمَنِ وقَبضِهِ وَ خُروجِ الْمُثْمَنِ وَالمَبيعِ عن مِلْكِهِ دونَ اَنْ يَدْخُلَ الثَّمنُ فی ملكه وَاَخذِ المُشتَرِی، المَبيعَ من دونِ اَنْ يُعْطِیَ الْمُشتَرِی الثَّمنَ اِلىٰ الْمالِكِ

وَ مَعلومٌ: انّ هٰذا الاِستِلزامَ، مَحالٌ شرعاً لِاَنَّهُ الْحُكمُ بِصِحَّةِ المعامِلَةِ وخُروجِ المَبيعِ وَالْمُثمَنِ عن مِلكِ المالِك الْاَصلِیّ وَ عَدَمِ جَوازِ تَمَلُّكِ الثَّمَنِ وَ تَوْضِيحُه كما قالَ الشّيخُ رحمه الله: اِنّ الْاِجازَةَ الْمُتَأخِّرَةَ لَمّا كَشَفَتْ عن صِحَّةِ العقدِ لِلْصّادِرِ من العاقِدِ الْفُضُولِیِّ، وعن كَوْنِ المالِ، مِلْكَ المُشتَرِی، الَّذِی اِشترىٰ مِنَ الفُضُولِیِّ، فقد وَقَعَ العَقدُ الثّانِی وهو الصّادِرُ مِنَ المالِكِ الْاَصِيلِ فی حَقِّ العاقِدِ الفُضُولِیِّ عَلىٰ ماله، فَلابُدَّ من اِجازَتِهِ كما لو بِيعَ المَبيعُ من شَخصٍ آخَر فَاجازَ المالِكُ، الْبَيعَ الْاَوَّلَ فَلابُدَ مِن اِجازَةِ المُشتَرِی البَيعَ الثّانِی حَتّىٰ يَصِحَّ وَيَلْزَمَ.

و لاجل انّه لابُدَّ من اِجازَةِ المُشتَرِي، العقدَ الثّانِی، يَلْزَمُ توقّفُ كُلِّ واحِدٍ من العَقْدَين: العَقدِ الْاَوَّلِ الصّادِرِ مِن الفُضُولِیِّ وَالعَقْدِ الثّانِی الصّادِرِ مِنَ المالِكِ الْاَصِيلِ فِی حَقّ الفُضُولِیِّ عَلىٰ اَجازَةِ الاُخرىٰ اى الْعَقدُ الثّانِی مُتَوَقِّفٌ عَلىٰ اِجازَةِ المُشتَرِیَ لانَّه واقعٌ عَلىٰ ملكه **حيثُ** اِنّ الاجازة، كَشَفَتْ عن مِلْكِيَّةِ المُشتَرِی للمال من حين صُدورِ العقد.

و العقدُ الْاَوّلُ الصّادِرُ من الفضُولِيِّ، مُتَوَقِّفٌ عَلىٰ اِجازَةِ المـالِكِ الْاَصِـيلِ حـتّىٰ يتَمْلَكِّ المشتَرِى الْمُبَيْعَ.

وَ يَلزَمُ اَيْضاً تَوَقُّفُ العقدِ الثّانِى الصّادِرِ من المالِكِ الْاَصيلِ وَاجـازَةِ المُشـتَرِى الثّانِى لِلْعقدِ الْاَوّلِ الصّادِرِ منه فُضُولاً عَلىٰ اِجازَةِ المُشتَرِى الْاَوّلِ الّذى هـوَ غَـيْرُ فُضُولِيٍّ، لِوُقوعِ العقدِ الثّانِى عَلىٰ مِلكِهِ.

و هو اى تَوَقُّفُ صِحَّةِ كُلٍّ من العقدِ وَالْاِجازَةِ عَلىٰ اِجازَةِ المُشتَرِى غَيْرِ الْفُضُولِيِّ، مِنَ الْعَجائِبِ بل مِنَ الْمَحالاتِ لِاِسْتِلزامِ ذلك، عَدَمَ تَمَلُّكِ المالِكِ الْاَصِيلِ شَيْئاً مِنَ الثَّمَنِ وَ الْمُثْمَنِ و...

قد اَجابَ الشّيخُ عن هذا الْاِشكالِ بانّ جميعَ ما اُفِيدَ منَ الْاِشكالاتِ مَبْنِيَّةٌ عَلىٰ القولِ بِانَّ الاِجازَةَ كاشِفَةٌ من حينِ العقد وقد عرفت انّنا لا نَعتَرِفُ بذلك بَـل هِـىَ كاشفةٌ عن تَحَقُّقِ المِلكِ لِلْمُشتَرِى من حين صُدُورِ الْاِجازَةِ فلا يَلْزَمُ اَحَدُ الْمَحاذِيرِ المذكورَةِ اَبَداً.

نَحنُ نَقُولُ: هٰذا الَّذِى قالَ به الشّيخُ فى الجوابِ عنه، يَصِحُّ ويُمكِنُ من حـيث الثُّبوتِ وَاَمّا اِثْباتاً فَتَقريبُ الشّيخِ ﷺ فى وَفاءِ الْاَدِلَّةِ لِاِثباتِها فَلا يَخْلو عَن اِشكـالٍ لانّ عمدةَ اَدِلَّةِ القائِلينَ بِالْكَشفِ الحَقِيقِيِّ، تَقييدُ الْعَقدِ بِالزَّمانِ وَاَنَّ الْاِجازَةَ، تَـنفيذُ العَقدِ الواقِعِ **وَ اَيضاً قالوا:** اِنَّ لازِمَ تَرَكُّبِ العَقدِ مَعَ الْاِجازَةِ، الّذى يُوجِبُ شُمُولَ: اَوْفُوا بِالعُقُودِ...» اَلْعَقْدَ الفُضُولِيِّ، الكاشِفِيَّةُ من حينِ الْعَقدِ لِاَنَّهُم قالُوا بِاَنّ مَعنىٰ: «بِعْتُ»، بِعْتُ الْيَوْمَ وكانَ الزَّمانُ، جُزءً منه وَكانَ مَوردِاً لِقَصدِ العاقِدِينَ **اِمّا بِالْمَعنىٰ الْاِسمِيّ** وَ غايَةُ الامرِ، لفظٌ وَ شَرْطٌ لم يُصَرِّحُوا به كَسايرِ الشَّرائِطِ الْضِمْنِيَّةِ.

او بِالْمَعنىٰ الْحَرفِيِّ، يعنى الزَّمانُ، لازِمُ الْاِطلاقِ ولو قلنا بِاَنّ الْاَفعالَ، لم يَـدُلُّ عَلىٰ الزَّمانِ حتّىٰ لو قلنا بِاَنَ الْجُملاتَ الْاِخبارِيّه مِثلِ «ضَرَبَ وَيَضْرِبُ» لاَ يُـدّلُ عَلىٰ الزَّمانِ فَمَعناهُ اَنَّها لاَ تَدُلُّ عَلىٰ الزَّمانِ بِالمَعنىٰ الْاِسمِيِّ **ولكن** كانَ الزَّمانُ، لازِمَ الْاِطْلاقِ فِى اَغلبِ الموارِدِ وهذا، شَىءٌ لا يُنكَرُ حيثُ اِنّ الزّمانَ الْمُتبادَرَ مِنَ الافعالِ مِنَ الماضِى وَالمُضارِعِ، لازِمُ الْاِطلاقِ، فَالزَّمانُ، شىءٌ يَلزَمُ فِى كُلِّ فِعلٍ و كانَ الزَّمانُ

اَيْضاً مَوجُوداً فی الْاِنشاءاتِ اِمّا بِالْمَعنیٰ الْاِسمِیِّ او بِالْمَعنیٰ الْحَرَفّیِ یعنی کانَ لازِمَ الْاِطلاقِ یعنی اِطلاقُهُ، یُوجِبُ الزَّمانَ.

وَالْاِجازَةُ اَیْضاً تنفِیذُ الْعَقْدِ الواقِعِ بِمُشَخَّصاتِهِ وَبِحدُودِهِ وَقُیُودِهِ فَلازِمُ کَونِ الْعَقدِ، واقِعاً فِی اَوَّلِ الشَّهْرِ وَلازِمُه، عَدَمُ کَونِ الْاِجازَةِ عَقداً بل تَنْفِیذٌ لِمٰا سَبَقَ.

وَالْفَرْضُ انّ: «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یَدُلُ عَلیٰ کَونِ الْعَقدِ الواقِعِ، وَاجِبَ الْوَفاءِ، اَنَّ الْاِجازَةَ تَقَعُ مِنَ الْاَوّلَ وَمِن حِینِ تَحَقُّقِ الْعَقْدِ وَدَلِیلُ القائِلینَ بِکاشِفِیَّةِ الْحقِیقِیّ لِلْاجازَةِ مِن حِینِ الْعَقْدِ یَکونُ هٰذا، الدّلیلَ الَّذِی ذکرناه وَ ذَکرَه الشّیخُ﵀ فی المباحِثِ السّابِقَةِ مع انّه﵀ لم یَقْبَلْهُ هُنا وَاَورَدَ عَلَیْهِ اِشکالاتاً، عَدیدَةً و مَعَ ذٰلِكَ کانَ هذا، عَمْدَةَ دَلیلِهِمْ عَلی الْکاشِفِیَةِ الْحَقِیقِیَّةِ.

عَلیٰ هٰذا، هذا الدَّلیلُ، یُوجِبُ صَحَّتَهُ مِنَ الْاَوَّلِ اَو عَدَمَ صِحَّتِهِ اَصْلاً وَاَمّا صِحَّتُهُ بِحَسبِ الْاِمکانِ وَ حیثُ تُمْکِنُ الصِّحَةُ، فَهِیَ شَیءٌ لا یُساعِدُهُ دلیلُ الْکاشِفِیَّةِ.

نَعَمْ: اذا غَیّرنا الْمَبنیٰ و قلنا بِاَنَّ المَطالِبَ وَالمَسائِلَ هُنا عُرْفِیٌّ وَاَنَّ الْاِجازَةَ کانَ لها حُکمُ الْعَقدِ الْمُسْتَأنَفِ کانت تراضیاً مُسْتَأنَفاً کما اِخترناه و تکلَّمْنا عنه سابِقاً.

فَیُمکِنُ حِینَئِذٍ، القولُ بِاَنَّ العرفَ یُلغِی، الخُصُوصیاتَ، وَالْاَصلُ سَلْطَنَةُ المالِكِ وَاِجازَتُه عقدَ الفُضُولِیُّ او عَدمُها، وَالْمَسْأَلَةُ مَسْأَلَةٌ عُرفِیَّةٌ بناءً عَلیٰ هٰذا المَشیٰ، اِقامَةُ الدَّلیلِ عَلیٰ الصِّحَةِ فِی کُلِّ مَوْردٍ حیثُ یُمْکِنُ، لا تَخْلُو عن اِشکالٍ.

الامرُ السّادِسُ مِنَ الْاُمُورِ الّتى اَورَدَهَا المُحَقِّقُ التُّسْتَرِىﷺ عَلىٰ صِحَّةِ بَيْعِ الفضوَلِيِّ مالَ الغير لِنَفسِهِ ثُمَّ اِشتراه فَاَجازَهُ.

و هو اَنَّ نقل المالِك المَبِيْعَ عَن نَفسِهِ وَرَبطِهِ بِالْمُشتَرِى، وَتَمْلُكِهِ لِلثَّمَنِ، لا يَجتَمِعُ مع صِحَّةِ العقد اى هما ضِدّانِ لا يَجْتَمِعانِ.

وَ بَيانُ ذلكَ: انّ الْحُكمَ بِصِحَّةِ العقدِ الاوَّلِ الصّادِرِ مِنَ العاقِدِ الفُضُولِيِّ، يَقتَضِى تَمَلُّكَ المالِك، الثَّمَنَ الْاَوَّل الَّذِى دَفَعَهُ المُشتَرِى الْاَوَّل لِلْعاقِدِ الْفُضُولِّى، ثُمَّ لمّا بَاعَ المالِكُ الْاَصِيلُ مِلكَهُ لِلعاقِدِ الفُضُولِيِّ وَ نَقلَهُ اِلَيْه فَقَد فَسَخَ العقدَ الْاَوَّلَ، يَكُونَ الْفَسخِ مِن لَوازِمِ البَيْعِ فَالصِّحَةُ وَالفَسْخُ، لا تَجتَمِعانِ لِكونِهما، مُتضادِّيْنِ وَاِن لَمْ يَعلَمِ المالِكُ بوُقوعِ الْعَقدِ الْاَوَّلِ الصّادِرِ مِنَ العاقِدِ الْفُضُولِيِّ ولكن تُجْدِى الإِجازَةُ الْمُتَأَخِّرَةُ.

و بالجملة، حُكمُ عَقدِ الفُضُولِيّ قبَل اِلاجازةِ كسائِرِ العقودِ الجائِزَةِ بل اَوْلىٰ مِنها وَوَجهُ الْاَوَّلويَةِ، هو وُقُوعُ العُقودِ الْجائِزَةِ، صَحِيحَةً مُؤَثِّرَةً ثابِتَةً بِخلافِ عَقدِ الفُضُولِيِّ فَاِنَّهُ لَمّا وَقَعَ، وَقَعَ مُتَزَلْزِلاً من حيثُ الصِّحَةِ فاذا قلنا بِانفِساخِ العُقُودِ الجائِزَةِ بِمُجَرَّدِ وُقُوعِ الْفِعل الْمُنافِى فيهَا مع اَنَّها وَقَعَتْ صَحِيحَةً فَعَقدُ الفُضُولِيِّ مع عَدَمِ الثَّباتَ فيه و تَزَلْزُلُه، اَوْلىٰ مِنها بِالْاِنفساخِ بِوُقوعِ الْفِعلِ الْمُنافِى فيها.

فَكَما اَنَّ التَّصَرُفَ الْمَنافِى مُبْطِلٌ لَهَا، كَذلكَ عَقْدُ الْفُضُولِيِّ.

قد اَجابَ الشّيخُ عن هٰذا الْاِشكالِ اَيْضاً بِالْفَرقِ بين الْفَسخِ وَالتَّصَرُفِ المُنافِى لِاَنّ فَسخَ عَقدِ الفُضُولِيِّ هو اِنشاءُ رَدِّهِ وَاَمّا الْفِعلُ الْمُنافِى لِمُضِيّهِ كتزويجِ الْمَعقُودَةِ فُضُولاً نفسها من آخَر و بيعِ المالِكِ مالَه المبيعِ فُضُولاً من آخر، فليس فَسْخاً له، خُصُوصاً مع عَدَمِ اِلتِفاته اِلىٰ وُقُوعِ عَقدِ الفُضُوَلّى و كانَ هُنا مَناطانِ مُخْتَلِفانِ.

وَ تَوْضِيحَهُ اَنَّ الفَسخَ كانَ من جُمْلَةِ الْاِيقاعاتِ والْاِنشاءاتِ وكانَ اَمراً قَصْدِياً وَاِنشائِيّاً فَيُعتَبَر فيه قَصدُ الْاِنشاءِ وذلك القصدُ قد يَحصُلُ بِالْقَوْلِ حَيثُ يَقُولُ:

«فَسَخْتُ» و «رَدَدْتُ» و «حَلَّلْتُ» وَ «اَبْطَلْتُ» وَ نحو ذلك وَقَدْ يَحْصُلُ بِالْفِعلِ بِدلالَتِه الْعُرْفِيَّةِ وَظُهُورِ الْفِعلِ فِى الفَسخ.

فَاِذا عَلِمْنا انّه لم يَكُن قَصْدُ الفَسخِ وَالْاِنشاءِ فَالتَّصرُفُ المُنافِى هُنا، ليس مَناطاً

لِلْفَسخِ يعنى يُحْسَبُ التّصرفُ المُنافِى فسخاً حيثُ كانَ التَّضادُ، بينَ صِحَّةِ هٰذا البَيعِ وَ صِحَّةِ العقدِ السّابِق، وَ حُكِمَ بِصِحَّةِ هٰذا العَقْدِ و كانت صِحَّةُ هذا العـقدِ، مُـنافِياً لِصِحَّةِ الْعَقدِ السّابِقِ.

مثلاً اِنَّ الوِكالَةَ تَبْطُلُ بِأُمورٍ مُتَعَدِّدَةٍ:

من جملتها هٰذانِ الاَمرانِ:

الاوّلُ قالَ: اِنّى عَزَلْتُ الوكيلَ عن وِكالَتِه.

الثّانى: انّه لم يعزلِ الوَكيلَ عن الوِكالَةِ ولكن اَذْهَبَ موردَ الوِكالَةِ وَاَبْطَلَهُ كما اذا خَلَعَ اَشْجارَ الحَديقَةِ الّتى وَكَلَّهُ عَلىٰ بَيعِ الحَديقَةِ فَهذا يُوجبُ بُطلانَ الوِكالَةِ و ليس هذا، بفسخٍ لانّ الفرض انّه لَم يحصل به فسخُ الوِكالَةِ و ليس هٰذَا، عزلاً بِالاِنشاءِ.

فَهٰنا مُلاحِظَتانِ: فسخُ الوِكالَةِ، اَمرٌ اِنشائِىٌّ وَ قُصِدَ فسخهُ وَ عَزْلُهُ كما اَنَّ الوِكالَةَ نَفْسَها، اَمرٌ اِنشائِىٌّ.

و ذلك القصد و العزلُ تارةً يعلم بِالقولِ و تارةً بِالفِعلِ و تارةً اُخْرىٰ يُعلَمُ اَنَّهُ ما عَزَلَ الوكيل ولكن فَعَلَ فِعلاً جايزاً و بذلك الفعل، اِنتفى مُوضوعَ الوِكالَةِ.

فَهٰنا بابانِ: الاوّلُ، اِنشاءُ الفسخِ حيثُ انّ الفسخَ، منَ الامور الْايقاعِيَّةِ الْاِنشائِيَّةِ.

و بابٌ آخَر و مَناطٌ ثانٍ، اِذهابُ المورد وتفويتُ موردِه وما نحن فيه اَيْضاً مِن هٰذا القبيلِ، حيثُ انّه تارةً يَرِدُّ العقدَ السّابِقَ فيما نحن فيه و قَصَدَ والتَفَتَ وَالْغاهُ، فـهٰذا فسخٌ قَطعاً

و تارةً اُخرىٰ لم يَتَوَجَّهْ اِلىٰ هٰذِه الجهاتِ و لم يَتَوَجَّهْ اَصلاً اَنَّهُ اَجرىٰ اخَذ عقدِ الفُضُولِىِّ عَلىٰ مالِهِ اَصْلاً وباع مالَهُ بِصِرافَةِ الطّبعِ.

فَفَرقٌ بينَ لَغوِ العقد و بُطلانِ العقدِ بالفَسخِ والرّدِ و ذلك بِإنشاءِ الفسخِ الّذِى يُعلمُ اِمّا بالقَولِ وَاِمّا بِالفعلِ الدّالِ عَليهِ وَ بَينَ ما اَنْشَأَ الفسخَ وما تَوَجَّهَ اِلىٰ العقدِ السّابقِ ولكن فَعَلَ فِعلاً مَعهُ لا تجوزِ اِجازَتُه حيثُ انّه كان مالكاً سابقاً و لم يَكُنْ مالِكاً فِعلاً لا اَنَّ للعَقدِ صلاحِيَّةٌ وحالَةٌ اَذْهَبَ الصَّلاحِيَّةَ حيث بَقى العقدُ عَلىٰ حالِهِ وقُوَّتِهِ غايةُ الامر، خُلِعَ المالِكُ عن وَصفِ المالِكِيَّةِ، ويَصِّحُ لِلمالِك الّـذى اِشـتراه مـن المـالِكِ

الاَصلِيِّ، ان يُجيزَ او يَرُدَّهُ.

و بالجملة، اِنّ الاجازةَ والردّ والفسخَ والابرامَ سواءً كانت فى العقودِ الجايِزَةِ او فى العُقودِ الخِيارِيّةِ او فى بابِ الفُضُولِيّ، اَمْرٌ قَصدِيٌ، اِنْشائِيٌّ اِيقاعيٌ و لازِمُها، القصدُ و اذا لم يَقْصُدْهُ بِاَنْ لا يتوجَّهَ عَلىٰ العقدِ السّابقِ و ما تَوَجَّه بِاَنَّ الفضولِيِّ باعَ مالَه، و باعَ مالَه اِلىٰ الغير من غَيرِ التِفاتٍ اليه، لم يَكُنْ فسخاً **لانّه** ما قَصَدَ به الفسخُ ولكن هذا البيعُ مُنافٍ للعقدِ السّابق ولا يَجُوزُ له مع هذا البيعِ، اِمضاءُ بيعِ الفُضُولِيِّ لانّه لم يَحْصُلُ شرطُ الاِمضاءِ و هذا مَثلُ اَن يَمُوت المالِكُ بعدَ عَقدِ الفُضُولِيِّ او جُنَّ و... فالمالِكُ حِينَئِذٍ لم يكن صاحِباً و جامِعاً لِشرائِطِ المُجيزِ **ولكنّ العقدَ** كان باقِياً عَلىٰ حَدّ الصّلاحِيَّةِ فلم يكن فرقٌ بين كونه مَجنُوناً او مَيِّتاً وبين اَنْ ذَهَبَتْ عنه صِفَةُ المالِكِيَّةِ وصارَ غيرَ مالك فَهُنا لم تحصل شرائِطُ المُجيزِ لا شرائِطُ العقدِ، فَالعَقدُ باقٍ عَلىٰ صِحَّتِهِ التَّأهُلِيَّةِ و هو كونُ العقد بَحيثُ لو لِحقَت له الْاِجازَةُ يَصِحُّ ويَترَتَّبُ له الاثرُ.

قال الشّيخ﵀: لا يحسب كلّ فعلٍ منافٍ للعقد السّابق ردّاً له.

نعم: اذا تَوَجَّهَ العاقِدُ المالِكُ اِلىٰ عقدِ الفُضولِيّ ومع ذلك باعَ مالَه اِلىٰ الْغَيرِ فَلِبَيعِهِ ظهورٌ فى اِنشاءِ الرّد عرفاً ويحسب ردّاً.

ولكن نَحنُ لا نَقُولُ به لانّ مَقصُودنا انّ مجرّد هذا الفعل، لم يَكُن دَلِيلاً للرّدِ ولكن هذا الفعلُ اذا اِقْتَضَتِ القرائِنُ وَكَشَفَ عن قَصدِ الرّد، لا مانِعَ من اِحتسابه رَدّاً وكونه ردّاً.

و بالجملة، المقصودُ انّ مُجَرّدَ الفعلِ المُنافِي من دونِ كونه كاشِفاً عن اِرادَةِ الفسخ فيما اذا فرض القطعِ بانّه غير قاصِدٍ للفسخِ، لا يُعدُّ فَسخاً ولا رَدّاً فَقِياسُ المُحقّقِ الثّانى و فَخرِ المحقّقين والشّيخ اسدالله التّسترِى، ما نحن فيهِ بِبابِ التّصرّفاتِ المنافِي فى بابِ العقود الخِيارِيَّةِ، قِياسٌ مَعَ الفارِقِ ولا يَصِحُّ.

و ذلك لانّ مناط الفَسخ فى هٰذِه الابوابِ و مَناطُ التَّصرفِ فيما نحن فيه، يَختَلِفانِ لانّ فى باب العُقودِ الخِيارِيَّةِ وَالْعُقودِ الجائِزَةِ الّتى اِنتَقَلَ عنه المالُ، لَيسَ له

حقُّ بيع المالِ لانَّ المالَ، مالُ الغيرِ ولا يَجُوزُ بيعُ مالِ الغيرِ اِلّا اذا كانَ مالِكاً قبلاً ثُمَّ بٰاعَهُ.

و حيث انّ التَّصرف، كانَ محكوماً بِالصِّحَّةِ فَهو يَكْشِفُ عن انّه فَسَخَ قَبلاً لانّ المالَ اذا بٰاعَ اِلىٰ الغيرِ، اذا كانَ قصدُهُ انّ هذا المالَ، مالُ الغيرِ ولم يَكُنْ مالِكاً له مع انّه باعَهُ مِن قِبَلِه ومن حيث اِنّهُ مالِكٌ له، يَكُونُ غَلَطاً و كانَ لَغواً وَاَمّا اِذا كانَ قادِراً بِارجاعِهِ اِلىٰ ملكِهِ ثُمَّ باعَهُ كانَ صَحِيحاً؛

فالمالُ الّذى باعه اَمْسِ بِالخِيارِ وقالَ اليومَ: «بِعْتُكَ المالَ الَّذِى بَعْتُهُ بِالْاَمسِ **فَهٰهُنا اِحتمالانِ:**

اِحتمالٌ كونِ التَّصرفِ الّذى وَقَعَ فى الْاَمس، باقِياً عَلىٰ حالِهِ وَ كانَ صَحِيحاً و كانَ هٰذا التَّصرُفُ الآنَ اَيْضاً صَحِيحاً فَهُو تَصَرُّفٌ لَغوٌ باطِلٌ وَ هَجْوٌ.

و اِحتمالٌ اِرجٰاعِهِ اِلىٰ ملكه حيثُ كانَ له حقُّ اِرجاعِهِ اِلىٰ مِلكِه بالفَسخِ ثُمَّ باعَهُ و قال: بِعتُكَ هٰذا المالَ، بَعدَ اِرجاعِهِ اِلىٰ مِلْكِه كانَ حِينَئِذٍ صَحِيحاً.

فَالاَثرُ فى البيعِ الخيارىِّ ثابتاً من قِبَلِ المالِكِ، دائِرٌ بينَ اِحْتِمالَيْنِ:

اِحتِمالُ البُطلانِ وَاِحتِمالُ الصِّحَةِ.

اِحتمالُ الصِّحَةِ، مَبنِيٌّ عَلىٰ اِرادَةِ الفَسخِ فَيَلزَمُ القولُ بِاَنَّهُ فَسَخَ قَبْلاً ثُمَّ باعَهُ اِلىٰ الغيرِ وَاِلّا لم تَكُنْ مُعامِلَتُهُ صَحِيحَةً وَاَمّا فيما نحن فيه فَلم تَكُنْ مُحتاجَةً بهٰذه الارادَةِ لِاَنَّهُ بٰاعَ مٰالَ نَفْسِهِ لا مالَ الْغَيرِ وَلا يَحْتاجُ حِينَئِذٍ اِلىٰ اِرجاعِهِ اِلىٰ مِلكِهِ قَبلاً وَلا يَحتاجُ اِلىٰ اِبطالِ الْعَقدِ الفُضُولِىِّ قبلاً.

فالحاجَةُ الّتى كانت فى بابِ العُقُودِ الجائِزَةِ، لم تَكُنْ موجودَةً هُنا.

و من هنا يقالُ: اِنّ القولَ بِاَنَّ بابَ الفضوَلِىِّ، اَوْلىٰ من بابِ العُقُود الجائِزَةِ حيث اِنّ فى بابِ العُقُودِ الجائِزَةِ والخِيارِيَّةِ، كانَ العقدُ صَحيحاً ولكنّ الفعلُ المُنافِى، يُقَدَّرُ ان يُبطِلَ العَقدَ الصَّحِيحَ وامّا فيما نحن فيه، لم يَكُن العقدُ صَحِيحاً فِعلاً ولم يَحْصُلِ النّقلُ وَالْاِنتقالُ وكان فيما نحن فيه، دَفعٌ وكان فى باب العقودِ الخِيارِيَّةِ رَفْعٌ والدَّفعُ اَهْوَنُ

مِنَ الرَفعِ.

لا يَخْلُو عن اِشكالٍ و ذلك لِاَنّه وَاِن قلنا اَنَّهما من قبيل الدَّفعِ وَالرَّفعِ ولكن المَناطُ فيهما مُختَلِفٌ لانَّ فى الفسخِ، اَلتَّصَرُفُ فيه كافٍ وامّا تَصَرُّفُ المالِكِ فيما عامَلَ فى مالِه الفُضُولِىِّ فلا يَحْتاجُ اِلىٰ رَدِّ الفُضُولِىِّ وَفَسْخِهِ حَتّىٰ نَقُولَ به صَوناً لِكَلامِ الْحَكيمِ عَنِ اللَّغوِيَّةِ او لِاَجلِ اَصالَةِ الصِّحَةِ فِى اَفعالِ المسلمين او العقلاءِ، يلزم حَمْلُهُ عَلىٰ اِحتمالٍ عمل مَعه التّصرفُ.

هذا خُلاصَةُ كلامِ الشّيخِ فى المقامِ **وَلَنا اَيْضاً فى المقامِ كلامٌ:**

و هو انّ قول الشّيخ مع دقّته، لا يَخْلُو عن اِشكالٍ فى مواردَ و مَراحِلَ وان قلنا بِعَدمِ صِحَّةِ القائلينَ بِالبُطلانِ بالْوَجهِ السّادِسِ كما قال به الشّيخُ﵀ اَيْضاً المورِدُ الاوّلُ وَالمَرحَلَةُ الْاولىٰ انّ كما اَشَرنا سابِقاً: انّ قياسَ الرّدِ مَع الفسخِ فى بابِ الفُضُولِىّ وَالقولِ بِاَنَّ الرَّدَ لَه مَعنىٰ اِنشائِىٌ وَاِعطاءُ الْاِجازةِ وَالرّد بِذلك المعنىٰ لِلمالِكِ لو كانَ قَولاً مَشهُوراً وَوَرَدَ فى اَكثَرِ كلماتِ الفقهاء وذَكَرَهُ اَكثرُ مَنْ قال بِصِحَّةِ الفضولّي وَ فَرَعُّوا عليه بِاَنَّ الْاِجازَةَ بعدَ الرَّدِ لايَصِحُّ.

و تأثيرُ الرّدِ لِلْعَقدِ الفُضُولّي، له اَثَرٌ مِنَ الصِّحَةِ وكان الفُضوَلِىُّ جامِعاً لِشَرائِطِ الصِّحَةِ الّارِضىٰ المالِك...

ليس بِصحَيحٍ حيثُ انّه لم يَقُم عليه دليلٌ عَلىٰ انّ الفضوَلِىِّ له، نَحوُ موجُودِيَّةٍ وكان الرّدُ بذلك المعنىٰ، مَعناً اِيقاعِيّاً بحيثُ كانَ للمالكِ حقُّ ردٍّ مُضافاً اِلىٰ اَنَّ لَهُ حَقُّ الْاِجازَةِ؛

لِاَنَّ دَليلَنا، اَدِلَّةُ المالِكِيَّةِ مثل: **«لا يَحِلُّ مالُ اَمرِؤ اِلّا بِطيبِ نَفْسِهِ»** و نحوِها فَهِىَ اَدِلَّةٌ تَدُلُّ عَلىٰ اِعتبار رِضىٰ المالكِ وَ مُقتَضىٰ هٰذِه الادِّلَةِ، اِعتبارُ الرِّضىٰ فى صِحَّةِ العقدِ يعنى اذا رَضىَ المالِك بالعقدِ فَيَصِّحُ فَاِذا لم يَرْضَ، لم يَحْصُلْ شَرطُهُ و كانَ المالُ باقِياً عَلىٰ حالِهِ الْاَولِىِّ قبلَ الْعَقدِ فَلَيْسَ لِلرِّدِ معنى وحالَةٌ غَيرُ عَدَمِ الرِّضا بِالْعَقدِ.

وَ دَعوىٰ اَنَّ هنا اِجماعٌ بِاَنّ الاجازة بعد الرّد، لا يُجدِي فِى صِحَّةِ العقد.

مَدفُوعَةٌ لِاَنَّ الاِجماعَ فی مَسأَلَةِ صِحَّةِ الفُضوَلِیِّ الّتی لم یکن نَفْسُها اِجماعیّاً وَ علَیٰ فَرضِ کونِها اِجماعِیّاً، مسأَلَةُ کاشِفِیَّةِ العَقْدِ الفُضُولِیِّ، لَیْسَ اِجماعِیّاً وَ مُضافاً اِلیٰ ذلك، الْمَسأَلَةُ الّتی تَتَفَرَّعُ عَلیٰ صِحَّةِ عَقدِ الفُضُولِیّ و هی الْکاشِفَیَةُ الحقیقِیَّةُ لِلْاِجازَةِ، کیفُ یُمکِنُ ان یَکونَ اجماعِیّاً؟ هذَا اَوَّلاً:

و ثانیاً: اِنّ الْاِجماعَ فی هذا القبیلِ مِنَ المَسائِلِ وَالمَقامات کما صَرَّحَ الشّیخُ اَسَدُالله التُّستَرِی﵀ فی بابِ الاِجماعِ الْمَنقُولِ.

قد یُذْکَرُ فی مُقابِلِ الخِلافِ یعنی هذا لیس مَحّلاً لِلْخِلافِ؛ **وَ مِنَ الواضِحِ** اَنَّ مَسْأَلَةَ ما کان محّلاً لِلخِلافِ، غَیرُ ما نحن فیه لِاَنَّ المرادَ من الاِجماعِ، هُنا لیس المعنیٰ المعروفَ مِنهُ الّذی کانَ کاشِفاً عَن الشَّیءِ الَّذِی وَصَلَ اِلیهم ما لَم یَصِلْ اِلینا.

وَامّا فِی مَسْأَلَةِ الخیار فَالْاَدِلَّةُ المَوجُودَةُ، اَعْطَتْ الْاِختیارَ عَلیٰ ذِی الخیارِ وَالْمالِكِ القَبِلیِّ مثل: **«اَلبَیِّعان بِالْخِیارِ مٰا لَمْ یَفْتَرِقٰا...»**.

وَاَمّا فِی الْعُقودِ الجائِزَةِ اَیْضاً فَاَعْطیٰ الدَّلیلُ، جوازَ الرَّدِ مِن بابِ الْحُکمِ الشَّرعِیِّ لا من بابِ الحقِّ لِلعاقِدِ وَالمالِكِ الْقَبِلیِّ.

وامّا فیما نحن فیه فلم ترد آیَةٌ و لا رِوایَةٌ بِاَنَّ الفُضولِیِّ اِذا اَجریٰ العَقدَ عَلیٰ شیءٍ ومالٍ فَکانَ لِلمالِكِ حقُّ الرّدِ و غایةُ ما فِی البابِ، تَدُّلُ اَدِلَّةُ المالِکِیَّةِ وَاَدِلَّةُ اِشتراطِ رِضیٰ المالِكِ، اَنَّ المالِكَ امّا اَنْ یَرضیٰ وَاِمّا اَنْ لا یَرْضیٰ ولکن حُدوثُ حالَةٍ فی صُورَةِ عَدم الرّضیٰ لِلْمالِكِ، یُسَمّی بِالرِّدِ وَکانَ الرّدُ موضُوعاً مِنَ المُوضوعاتِ مثلِ الفَسخِ وَمَثلِ جَوازِ الرّدِ فی بابِ الْهِبَةِ و...

لم یَقُمْ فیها دَلیلٌ حتّیٰ یُقالَ بِاِحتیاجه اِلیٰ القَصدِ وانّه کانَ اَمْراً اِنشائِیّاً وَاِیقاعِیّاً وَاَنّهُ قد یَدُلُّ علیه القولُ وَاَنَّهُ قد یَدُّلُ علیه الفعلُ وَاَن یُقاسَ بِبابِ الفَسخ وجَوازِ الرُّجُوعَ وغیرهما.

بالجملة، لَم یَدُلُّ دَلیلٌ عَلیٰ اَنَّ لِلْمالِكِ فی باب الفُضُولِیِّ و حَقُّ الرّدِ بذلك المعنیٰ وقالَ الشّیخُ﵀ فیما قالَ: اِنَّ مُقتَضیٰ: «اَلنّاسُ مُسَلَّطُونَ عَلیٰ اَموالِهِمْ...»، سَلْطَنَةُ المالِكِ عَلیٰ مالِهِ وَقَطْعِ علاقَةِ الغَیرِ عن مالِهِ... و صرّح بانَّ عَقْدَ الفُضُولِیِّ، لا یُحدِثُ

علاقةً فى مالِ الغير حتىٰ اَرادَ صاحِبُ المالِ، قَطْعَ هٰذِهِ العَلاقَةَ بِالرّدِ.

نَعَم: قد يُستفادُ مِن ظَواهِرِ الكلماتِ اَنَّ عَقْدَ الفُضُولِيِّ كَاَنَّهُ مِثلُ سايرِ العقودِ الصَّحِيحَةِ، له نَحوٌ مِنَ المُوجُوديَّةِ وَالْاِعتبارِ وَمَسألَةُ الرّدِ اَيْضاً كانَ من اَحدِ اَضدادِ هٰذِه الحالَةِ لِلْعَقدِ الفُضُولِيِّ وكانَ الرُّد عَلىٰ وزانِ الْفَسخِ.

كما انّ المالِكَ فى العقود الخيارِيّ له اَن يَفْسَخَ وكذلك لِلْمالِكِ فى عَقْدِ الفُضُولِيِّ له، ان يَرُدَّ **ولكن** لا يَدُلُّ عليه دَليلٌ لا مِنَ الْكِتابِ وَلا مِنَ السُّنَةِ وليس الرُّد مثلَ الْفسخِ وَلَيسَ لِلْعَقدِ الفُضُولِيّ نَحوُ مَوْجُودِيَّةٍ وانّه لم يُحدِثِ الفُضُولِيِّ علاقَةً فى مالِ الغيرِ لِاَنَّ صِحَّتَهُ، صِحَّةٌ تَأهُلِيَّةٌ ليست شَيءٌ يُمكِنُ زَوالُه بِالرّدِ كما انّ بُطلانَ الصَّلاةِ لاتيانِ اَحَدِ مُبطِلاتِها، لا يُوجِبُ بُطلانَ الحَمد بل كانَ بَقائُه، عَلىٰ حالِهِ الْاَوَلِيِّ لانّ معنىٰ صِحَّةِ الْعَقدِ بناءً عَلىٰ ما ذكره الشّيخُ ﷺ فِى الفَرائِدِ، اَنَّهُ لو اِنضَمَّ اليه سايِرُ الْاَجزاءِ وَالشّرائِطِ تَقَعُ الصَّلاةُ صَحِيحَةً.

نعم: بناءً عَلىٰ ما قلنا سابقاً كما صَرَّحَ به بعضُ الفقهاء ﷺ اَيْضاً من الاِجازَةِ بِمَنزِلَةِ العقدِ المُسْتأنَفِ وكانت الاجازةُ، قَبُولاً، يَصَّحُ.

وَحينئذٍ كانَ مَعنىٰ الرّدِ، وُقوعَ ردٍّ مابين الْاِيجابِ والقَبُولِ فاذا كان ردُّ الموجبِ، قبلَ قَبولِ القابِلِ كما هو المَشهُورُ، يُوجِبُ بُطلانَ الاِيجابِ فَتَحَدُثُ هُنا هٰذه الحالَةُ وَيَحصُل الرُّد عَلىٰ عَقيدَةِ الفُقهاءِ حيثُ اَعْطُوا لِلرّدِ هذِهِ الحالَةَ بِاعتبارِ اِنَّ الْاِجازَةِ اِرتِكازا، كانت عَقْداً جَديداً.

وحيثُ كان لهم هٰذا الاِرتكازُ رَؤُوا اَنَّ الرَّدَ لَه، هذِهِ الحالَةُ وقالُوا بهٰذِهِ الحالَةِ فى الرَّدِ وَلكِنَّه لا يُساعِدُ مَع الْمَبنىٰ الَّذى اِتَّخَذُوهُ كما ذكرنا من انّ كونَ الرَّدِ، اَمْراً انْشائِيّاً وكانَ لِلْمالِكِ مُضافاً اِلىٰ الرِّضا او عَدَمِ الرِّضا، حقٌّ او حُكْمٌ لم يَدُلَّ عَلَيهِ دَليلٌ مُعتَبَرٌ.

حاصِلُ الوَجهِ السّادِسِ لِلمُحَقِّقِ التُّستَرِیﷺ فیمن باع شیئاً فُضُولاً ثُمَّ اشتراهُ واَجازَ هل یَصِحُّ بِالاجازَةِ ام لا یَصِحُّ؟ فیما افادَه القولُ بِالبُطلانِ من اَنَّ الْاِشتراءَ الثّانِی وَبَیعِ المالك، المالَ الَّذِی وَقَعَ علیه الفضولیُّ ثانیاً لِلْفُضُولیّ بِمَنزِلَةِ ردِّ البیعِ الْاَوَّلِ وَالرّدُ یُسقِطُ العقدَ عن صِحَّتِهِ التَّأهِلِیَّةِ بحیثُ لا تنفع الاجازةُ بعدَ الرّدِ.

و قلنا سابقاً: اِنَّ الشّیخَ اَجابَ عَن هٰذا الْوَجهِ ما حاصِلُهُ اَنَّ الاشتراءَ الثّانِی کانَ تَصُرّفاً مُنافِیاً لِلْعَقدِ لا انّه رَدٌ وفرقٌ بینَ الرّدِ وَالتَّصرفِ المُنافِی بالشَّرحِ الَّذِی قلناه سابقاً فَراجِع.

و نحن قلنا سابقاً: اَنَّ جوابَ الشّیخِﷺ له مَخْدُوشٌ وقابِلٌ لِلْبَحثِ وَالْکَلامِ حیثُ اِنّ اِحتسابَ الرَّدِ شیئاً بِرأسِهِ وَاَنَّ له سِمَةٌ خاصٌّ لِلْمالك واَنَّ الرَّدَ، غَیرُ التَّصرُفِ المُنافِی، لا تَنطَبِقُ مع ظَواهِرِ الْاَدِلَّةِ **لانَّ** الَّذی کانَ لِلْمالِكِ، الرّضیٰ بِالعَقدِ او عَدم الرّضا؟ وَاَمّا الْقَوْلُ بِاَنَّ الرّدَ بِمَنزِلَةِ الفَسخَ فی بابِ العُقودِ الصَّحِیحَةِ وَاَنَّ العقدَ الفُضُولِیِّ له اِعتبارٌ ونَحوُ مَوْجُودِیَّةٍ والرّدُ کَالفسخِ، یُسقِطُ هذا الْاِعتبارَ وَالْمَوجودِیَّةَ لِلْعَقدِ، فهو مَمنوعٌ لما قلناه مِن اَنَّ عَقدَ الفُضُولِیِّ مادامَ لم تَلْحَقْ به الاجازَةُ، لم یَکُن عَقْداً و بیعاً ولم تَکُن له موجودِیَةٌ، اِنَّما هُوَ بِمَعنیٰ صِحَّتِهِ التّأهِلِیَّةِ ای کونه بحیثُ لو لَحِقَتْ له الْاجازَةُ لَیَصَّحُ یعنی عقدُ الفُضُولِیّ کان مرکبّاً من اَجزاءٍ حَصَلَ اَکثرُ اَجزائِهِ وَبَقِیَ جُزءٌ و شرطٌ واحِدٌ و هو الرَّضیٰ و رِضیٰ المالكِ کانَ مِثلَ سایرِ المُوضوعاتِ فاذا لم یَحصُلُ، لم یَترتَّب الاثرُ عَلیٰ العقدِ والتَّصرفِ و غیرهما وَاِن حَصَلَ، یَترَتَّبُ الاَثَرُ علیه واَمّا کونُ الرَّدِ شَیئاً بِرأسِهِ مثلِ الفَسخِ غیرِ الرِّضا و عَدَمِ الرِّضا، فَیَحتاجُ اِلیٰ دلیلٍ خاصٍّ مع انّه لم یَکُن مُوجوداً.

و امّا مَطلَبُهُ الثّانِی فی الجوابِ عنه و هو اِنّا لو سَلّمنا اَنَّ الرَّد، شیءٌ وله اِنشاءٌ برأسِهِ ولکنَّ الاِشتِراء الثّانی من بابِ التَّصرفِ المُنافِی لِلْعَقدِ الْاَوَّلِ، لیس له حُکم الرَّدِ وَاَنَّ الرَّدَ والفسخَ یُبطِلُ العقدَ ویسقِطُهُ ولکن التَّصرفُ لم یَتعَلّق عَلیٰ العقدِ بل یُسقِطُ المالِكَ عن کونِ العقدِ جامِعاً لِشرائِطِ الْاِجازَةِ.

و من الواضح: اَنَّ اِسقاطَ التَّصرُّفِ المنافِی، هذا المالِكَ عن کَونِهِ جامِعاً لِشَرائِطِ

الْاِجازَةِ، لا يَكونُ مُوجِباً لِاسقاطِ غير هذا المالِكِ الّذى اِشتَراه ثانياً عن كونِهِ جامِعاً لِشَرائِطِ الْاِجازَةِ،

بناءً عليه، المالِكُ الْاَوّلُ الَّذِى لا يَقْدِرُ عَلىٰ اجازةِ العقدِ الفضُولى لاَجل عدم كونِهِ مالِكاً فعلاً، لا يَكُونُ دَليلاً عَلىٰ عدم جوازِ الْاِجازَةِ لِلمالِكِ الثّانِى اَيْضاً حيثُ يكونُ المالِكُ الثّانِى مالِكاً وليس الْاِشتراءُ الثّانِى بِحُكمِ الفَسخِ وَالرَّدِ وانّما هو مُنافٍ لاِجازَةِ المالكِ الاوّل لا المالكِ الثّانِى.

ففيه نَظَر لانَّ هذا الكلامَ منه﵀ لا يُلائِمُ مَع ما صَرَحَ﵀ فى المَطالبِ السّابِقَةِ حيثُ اِنَّهُ﵀ فى اَوائلِ البيعِ فى مَفهوم البيعِ الّذى هو مُبادِلَةُ مالٍ بمالٍ او مبادِلَةُ عَينٍ بِعوَضٍ وَالفُروعاتِ المَربُوطَةِ بِذلكَ المَسأَلَةِ قال﵀: اِنَّ مَفهومَ البيعِ انّما هو مَفهومُ المُعاوِضةِ والمعاوِضَةُ مَتنُ البيعِ ورُكنُه ومعناه ان يَدخُلَ الثّمنُ فى ملك من خَرَجَ عن ملكه الْمُثمنُ وانَّه مُبادِلَةُ مالٍ بمالٍ ولكن لا يَكونُ هذا دَليلاً عَلىٰ انّ البيعَ، اِعتبارٌ واقِعٌ بينَ المالَيْنِ وانّه لا اِرتباطَ له بمالِكَيْنِ اَبداً حيثُ انّ مالِكَيْنِ، كانا موردَينِ لاركْنَينِ ولَيْسا مُحقِّقاً لِلْعقدِ كما قال السِّيِّدُ﵀ وَ صَرَحَ بانّ البيعَ، اعتبار واقِعٌ بين العَينينِ و قالَ به جمعٌ آخر مِنَ الفُقهاءِ اَيْضاً ولا اِرتباطَ لهذا المفهوم بحالِ المالكِ حيث اِنَّ المالِكَ كان مورداً للبيعِ ولم يَدْخُلْ فى مَفهومِ البيعِ حيثُ اَنّ مفهومَ البيعِ، مُبادِلَةُ المالِكَيْنِ وَاَمّا كونه مالَ اَىِّ شَخصٍ وَاَىِّ فردٍ، لَمْ يَدْخُلْ فى مَفهومِ البيعِ وكانَ مِن لَوازِمِ مَفهومِ البيعِ اى لَوازِمِ اِطلاقِ المَفهومِ لا مِن لَوازِمِ مُطلَقِ البيعِ.

و الشّيخُ﵀ رَدَّ وَجه السِّيِّدِ وقولَهَ المذكورَ بِاَنَّ المرادَ من المُبادِلَةِ لَيست مُبادِلَةً مَكانِيَّة وزمانيَّة وحاليّة بل المرادُ منها، المبادِلَةُ فى المِلكيَّةِ اى مبادِلَةٌ بِاعتبارِ المِلْكِيتّين لا باعتبارِ المالَيْنِ.

عَلىٰ هذا، مَعنىٰ البيعِ فى كُلِّ بيعٍ فضولِيّاً كانَ او غيرَه، مبادِلَةُ الملكيتَّيْنِ مَثلاً فى بابِ بيعِ الفضولّى من بَاعَ مالَ الغيرِ فُضُولاً، فى الْحقِيقةِ مالِكُ المَبيعِ يُبَدِّلُ مِلكِيَّةَ المبيعِ مع مِلكِيَّةِ مالِ الثَّمنِ.

غايةُ الامر، كانَ هذا التَّبدِيلُ لِنَفسِهِ وكان بِمَنزِلَةِ هذا الْقَولِ: «بعْتُ عَنِ المالِكِ وَاَنا

الْمالِكُ» يعنی قوله: «بِعتُ عَن المالِكِ» كانَ مَعناً حَقِيقِيّاً حيثُ باعَ مالَ المالِكِ عن قِبَلِه وامّا قوله: «انَا المالِكُ» فَهُو اِدّعاءٌ لا حَقِيقَةٌ لَهُ.

و من المعلوم: انّ قولَ القائِلِ: «بِعْتُ عَن المالِكِ» لَيْسَ اَمراً كُلِّياً طَبيعيّاً يَصْدُقُ عَلىٰ كُلِّ من يُمكِنُ بعدَ اَلفَ سَنَةٍ او آلافِ سَنَةٍ، اَنْ يَكُونَ مالِكاً بل الْقائِلُ يَقْصُدُ البَيعَ عَنِ قِبَلِ المالِكِ حينَ البيع لا عن قِبَلِ المالِكِ اللّاحِقِ.

والمالِكِ الْبعدِيِّ ولا عن كُلِّ من سَيَكُونُ فيما بعدُ مالِكاً لَهُ.

فَالمَدارُ فی بابِ البيعِ، عَلىٰ المالِكِ حينَ العقدِ، فَاِدّعاءُ الفُضولِيّ لِكونه مـالِكاً، اِدّعاءُ اَنَّهُ مالِكٌ حينَ العقدِ فَماهِيَّةُ البيعِ عَلىٰ ما قَرَّرَهُ الشّيخُ﵀ وَحَقَّقَهُ فی مواضِـعَ مُتَعِددَّةٍ، عِبارَةٌ عن تَبديلِ مِلْكِيَّةِ مالِكَيْنِ حينَ العقدِ وَالمَفروضُ اَنَّ الْاِشتراءَ الثّانِی مَع صِحَّتِهِ، كانَ فِعلاً مُنافِياً لِلعقدِ و يَبْطُلُ ما وَقَع فيما قبلُ مِنَ العقدِ بِالكِلِيَّةِ و لم يَكُن هنا عَقدٌ حَتّی يُجِيزَه المالك الثّانِی.

نعم: اِن كانَ المرادُ مِنَ العقدِ هُنا عَقْداً عامّاً مُطلَقا، يَشْمَلُ جَميعَ من كان مالِكاً اَلانَ و فيما بعدُ، يُمكِن القولُ بانّ مالِكاً ذَهَبَ و جاءَ مالِكٌ آخِرَ مكانَهُ مَعَ العقدِ ليس عامّاً ومطلقاً بل البيعُ والعقدُ مبادِلَةُ مالين و مِلْكَينِ بِاعتبارِ المالكِ حينَ العقد و لو كان المالِكُ حينَ العقدِ، مالِكاً ادّعائِيّاً **مُضافاً اِلیٰ ذلك الفَرضُ** اَنَّ الْاِشتراءَ الثّـانِی، يُنافِی العقدَ السّابِقَ وَ يُسْقِطُهُ وَحينَئِذٍ ليس عَقدٌ حتّی يُجِيزَهُ المالِكُ الثّانِی.

بناءً عليه، لم يَكُنْ فرقٌ بينَ الفِعلِ المنافِی و الرَّدَ فَالقولُ بِاَنَّ الرّدَ يُسقِطُ العقدَ عن الصَّلاحِيَّةِ ويُذْهِبُه وَاَمّا التَّصَرُفُ المنافِی، يُسقِطُ المالِكَ الْاَوَّلَ عن الصَّلاحِيَّةِ ولكن لِلْمالِكِ الثّانی، له حَقُّ الْاِجازَةِ.

مَردُودٌ بِاَنَّ العقدَ ان كانَ مُطلَقاً يُمكِنُ تطبيقُهُ عَلىٰ كلُّ مالِكٍ و يَصِّحُ ولكن مَعنیٰ البيعِ، مُبادِلَةُ الْمِلكَيْنِ من المالِكَيْنِ حينَ العقدِ **بَناءً عليه،** اِنشاءُ البَيعِ ومالكَيَّةُ المالِكَيْنِ كانَ مُضَيِّقاً مِنَ الْاَوَّلِ.

نعم: لو قالَ الشّيخُ﵀ بما قال به السّيّدُ﵀ بانّ المالِكَيْنِ لاارتباطَ لَهُما هُنا و كانَ المالِكانِ، موردينِ للبيعِ والبيعُ اعتبارٌ قائِمٌ بينَ العينَيْنِ، **كانَ له وَجْهٌ ولكنه﵀** ذَهَبَ

اِلیٰ انّ المِلکیتیّنِ، کانتارُکنَیْنِ فی البَیعِ ویُعتبرُ المالِکانِ حینَ العقدِ فکانت دائِرَةُ البَیعِ مُضَیِّقاً مِنَ الْاَوَّلِ و مُنحصِراً فی المالِکَیْن حینَ العقدِ فَـاُخرِجَ المـالِکُ الْاَوَّلُ عـن صَلاحِیَّةِ الاِجازَةِ فَلا تَجُوزُ لِشَخصٍ آخَر اِجازَتُه **حیثُ** انّه لم یَکُنْ عَقدٌ فی البینِ، عَقدٌ قابِلٌ لِلتَّطبیقِ لِلمالکِ الثّانِی حتّیٰ یُجیزَهُ.

ثمّ: اِنّ الشّیخَ ﷺ مَثَّلَ مِثالَیْنِ وقال: اِنَّ اَحَدَهُما قابِلٌ لِلاجازَةِ دونُ الآخَرِ مثلاً اذا زَوَّجَ اِمرأةً لِنَفْسِهِ فُضُولاً ثُمَّ اِختارَتِ الْاِمْرأَةُ، زَوْجاً آخَر فَالشّیخُ ﷺ صَرَّحَ انّ العقدَ الاوّل کانَ باطِلاً بِالْکُلِیَّةِ **لانَّ** العقدَ الثّانِی، یُناقی العقدَ الْاَوّلِ بِخلاف من باعَ فُضُولاً ثُمَّ اِشْتَراهُ ثانیاً حیث تَجُوزُ للمشتَرِی الثّانِی، اِجازَةُ الْعقدِ الاوّلِ.

نحن نَقُولُ: لا فرقَ بین المِثالَیْنِ و کانَ المثالُ الثّانِی مِثلَ المِثالِ الْاَوّلِ فِی الحُکمِ وکما انّه لم تَجُزِ الاجازَةُ فی مَسألَةِ الزّوجِیَّةِ حیث کانت دائِرَةُ الزَّوجِیَّةِ مُنحصِرةً فی الزّوجِ وکذلک فی مِثالِ البَیعِ اَیْضاً لِاَنَّ دائِرَةَ تَبدیلِ الْمِلکِیَّةِ مَحدُودَةٌ بِالمالِکَیْنِ حَینَ العقدِ.

بناء علیٰ هذا، القول بانّ عدم اسقاط التّصرف المنافِی، العقدَ عن امکان لحـوق الاجازة علیه من المالک الثّانی، **لا یخلو عن اشکالٍ.**

ثُمَّ اِنَ الْمُستفادَ من کلامِ الشّیخِ فی الجوابِ عن الْوَجهِ السّادِسِ لِلْمُحَقِّقِ التُّستَرِی لِبُطلانِ بیعِ الفُضُولِیِّ، انّه فرقٌ بینَ التّصرفِ المُنافِی فی بابِ البیعِ و بَـینَ التَّـصرفِ المَنافِی فی العُقُودِ الخِیارِیَّةِ وَالعُقودِ الجَائِزَةِ **حیثُ** اِنّ التَّصرفَ المُـنافِی فـی بـابِ العُقُودِ الخِیارِیَّةِ وَالعُقودِ الجایزَةِ یَکْشِفُ عن الفسخ وَیَـدُلُّ عـلیه وَامّـا فـی بـابِ الفُضُولِیّ فَالتَّصَرُفُ المُنافِی، فَلا یَکْشِفُ عن فَسخِ العَقدِ السّابِقِ **و ذلک** لِاَنَّ فی بابِ العُقودِ ا لجائِزَةِ وَالخِیارِیَّةِ، التَّصَرُفُ فیما انتقل عنه، صِحَّتُهُ تَتَوَقّفُ عَلیٰ الفَسخِ وَاَمّا فی بابِ عقدِ الفُضُولِیّ، تَصرّفُ المالک فی ملکِهِ، لا تَتَوَقّفُ صِحَّتُهُ عَلیٰ فَسخِ عَقدِ الفُضُولِیّ وَردِّهِ کَما لا یخفیٰ و هذا الفرقُ بینَهما لا یَخلُو عـن دِقَّـةٍ و بـهذا رَدَّ ﷺ، صاحِبُ جامِعِ المَقاصِدِ و فخرُ المحقّقین والشّیخُ اسدالله التُّستَرِی بل جَعَلَ هذا اَوْلیٰ مِنَ العُقودِ الخیاریّة والجایزَةِ حیثُ قالَ ﷺ: اِنَّ الْاِلتِزامَ بِالْفَسخِ فی زَمَنِ الخـیارِ لو

اَقْدَمَ ذُو الخيارِ عَلىٰ الْفِعلِ المُنافِي، اِنّما لِاَجلِ تَوَقُّفِ التَّصرُف المَنافِی عَلىٰ فَسخِ العقدِ بحيث لو لا الفسخُ لكانَ التّصرفُ من ذِی الخيارِ، تَصَرُّفاً فی مِلكِ الغَير وهو غيرُ جايزٍ بِخلافِ ما نحن فيه و هو بَيعُ الفُضُولِیِّ مالَ الغيرِ لِنَفْسِهِ ثُمَّ مَلِكَهُ فَاَجازَ، لَيْسَ من قبيلِ ذِی الخيارِ، فَاِنَّ تصرّفَ المالِكِ فی مالِهِ بعدَ بيعِ الفضوَلّي له صحيحٌ فی الواقِعِ و نفسِ الامرِ ولا يَكونُ تَصرُّفاً فی مالِ الْغَيرِ فلا يَتَوَقَّفُ هذا التَّصرُفُ عَلىٰ فَسخِ الْعَقدِ: حيثُ اِنَّ التَّصرُفَ وَقَعَ فِی مِلكِهِ.»

ولكن مع ذلك نَقولُ: اِنَّ قَولُ فَخْرِ المُحَقِّقِينَ، لا يَخْلُو عن وَجْهٍ يعنی بَناءً عَلىٰ المَشهُورِ، يجب القولُ بما قال به فخرُ المحقّقينَ و كانَ كِلاَ التَّصرُفَيْنِ من بابٍ واحِدٍ **و ذلك** لانّه هنا مَسأَلَةُ وهی انّ مَعنیٰ الجَوازِ فِی العُقودِ الجايزَةِ، له اِحتِمالانِ:

الاوّلُ: ما اختاره بعضُ المحقّقينَ **ولكن الثّانِی** نُسِبَ اِلیٰ المشهورِ.

الْاِحتمالُ الّذی اِختارَهُ بعضُ المُحقّقين وانَّهُ لا يَخلُو عن وَجْهٍ، اَنَّ العقودَ الجايزَةَ مثلُ الهِبَةِ وغيرها، مَعناها جوازُ فسخُ العقدِ ومادام لم يَفْسَخْ، كانَ واجبَ الوَفاء، فَمعنیٰ الجوازِ فی العقودِ الجايزَةِ، ليس مَعناً يُنافِی معنیٰ وُجوبِ الوَفاءِ مادامَ لم يَفْسَخْ بَلْ يُمْكِنُ اَنْ يقالَ: اِنّ العُقودَ الجايزَةَ، واجبُ الوَفاءِ مُطلَقا **غايةُ الامر** اذا فَسخَ، لم يَكنْ عقدٌ حَتّیٰ يَكونَ واجبَ الوَفاءِ فالعقودُ الجايزَةُ، لم يَكُنْ فرقٌ بينَه وبينَ العقودِ اللّازِمَةِمن هٰذِه الجهةِ وكلٌّ مِنهما مادامَ كانَ الحقُّ محفُوظاً وباقِياً، يَجِبُ الوفاءُ بِهِ.

بناءً عَلىٰ هٰذا الاِحتمالِ يَصِّح قولُ الشّيخِ﵀ فيلزَمُ فی بَيْعِ الْعَينِ الموهُوبَةِ، فسخُ الْهِبَةِ اَوّلاً وكذلكِ فی بابِ المُطلَقَةِ رِجْعِيّاً اذا ارادَ الزَّوجُ مع الزّوجَةِ الْمَطَلَّقَةِ، مُعامِلَةَ الزَّوجِيَّةِ، يلزم الرّجوعُ قبلاً حتّیٰ تَجوزَ معامِلَتُه مَعَهٰا مُعامِلَةَ الزَّوجِيَّةِ وَاَمّا مع عَدمِ الرّجوعِ ومع عدمِ قَصدِ الرّجوعِ ولا رجوعَ، لا تَجوزُ معامِلَةُ الزَّوجِيَّةِ له وَالْاِحتمالُ الّذی نُسِبَ اِلیٰ المَشهور اَنّ مَعنیٰ الجواز فِی العُقودِ الجايزَةِ مِنَ الْهِبَةِ وَالوِكالَةِ... لا يَحْتاجُ اِلیٰ الفَسخِ قَبلاً بل مَعناه، عدمُ الاِلتزام وعدمُ وُجوبِ الوَفاء وكانَ الْاِلْتِزامُ وَهْناً وَمَعنیٰ الجايزُ، اَنَّهُ لا يجبُ الوفاءُ بِهِ.

فالقولُ بِانَّ الشَّرط فى ضِمنِ العُقودِ الجايِزَة، لَيْسَ بِلازِمِ الوَفاءِ خِلافاً لِلسَّيِّدِ ﷺ وبعضٍ آخَر حيثُ صَرَّحُوا بِلُزومِهِ مادامَ العقدُ باقِياً، **مَبنىٌ عَلىٰ الاِحتمال الثّانى** وَالْفَسخ وَالمِلكيَّةُ هُنا ليس من قبيل الفسخِ الَّذِى يَقْصَدُ نَفسُ المُتَصَرِّفِ والفسخُ، هُنا مِن قَبيلِ الْاِنفِساخِ وَالْمِلْكِيَّةِ آناماً وكانَ مَبْنِيّاً عَلىٰ اِباحَةِ مُطلَقِ التَّصرفاتِ حتّىٰ الموقُوفَةِ عَلىٰ الْمِلكِ.

وما نُسِبَ اِلىٰ بَعضِ الفُقهاءِ فى الطَّلاقِ الرِّجْعِىّ مِنْ عَدَمِ الاِحتياجِ لِقَصْدِ الرُّجُوعِ حتّىٰ اذا كانَ قَصْدُهُ، عَدَمَ الرُّجوعِ، لو دَخَلَ عَلىٰ الْمُطَلَقَةِ فَقَصَدَ الْـرُّجُوعَ و هـو رُجُوعٌ وَانكارُ الطَّلاقِ ولو مَعَ عَدمِ قَصدِ الرُّجوعِ كانَ رَجْعةً، كان مَبْنِيّاً عَلىٰ هٰـذا الاِحتمالِ لانّ مَعنىٰ الرُّجوعِ، ليسَ ما يَدُلُّ عليه لفظُ: «رَجَعْتُ» بل مَـعناهُ، جـوازُ مُعامِلَةِ كُلِّ عَملٍ يَجُوزُ مَعَ الزَّوْجَةِ الْمُطَلَقَةِ و كُلُّ عَمَلٍ كانَ هو لازمَ الزَّوجِيَةِ.

بَناءً عليه لو لامَسَ او قَبَّلَ او جامَعَ مَعَ المُطَلَقَةِ الرَّجْعِيَةِ لا بِقَصدِ الرُّجـوعِ بَـل بِقَصدِ عَدمِ الرُّجُوعِ فهو يُحْسَبُ رُجُوعاً كما صَرَّحَ به كثيرٌ مِنَ الفُقهاءِ فَهٰذا مَبْنِيٌّ عَلىٰ الْاِحْتِمالِ الثّانِى.

وَ بِالجُملةِ، عقيدةُ الْمَشهُورِ اَنَّ المُتبادَر من اَدِلَّةِ جَوازِ العُقودِ يعنى جوازِ كُلِّ عَمَلٍ كانَ جائِزاً له قَبلَ العقدِ فَهُوَ جايِزٌ آلانَ له حتّىٰ يَبِيعَهُ ويَهَبَهُ ثـانِياً وَيَـجْعَلُهُ مِـهراً وَيُعامِلَ مَعَهُ.

اِن قلتَ: اِنّ اِباحَةَ هٰذِه التّصرفاتِ معَ فرضِ مِلكِ المُتَّهَبِ كيف يُلائِمُ؟

قلنا: اِنَّ هٰذِه التّصرفاتِ، تَكشِفُ عن مِلْكِيَةٍ آناً ما قَبلَ التَّصرُفِ

لا يَخْفىٰ: اَنَّ فَتوىٰ المُشهورِ وَاِن كانَ لِلْبَحثِ عنه، مَحلٌّ آخَر يَجِبُ البحثُ عنه:

ولٰكن هٰذِه الفَتاوىٰ فى بَعضِ المَوارِدِ، واضِحٌ لااِشكالَ فيه ولكن يَجِبُ البحثُ عنه فى الهِبَةِ وغيرها اَنَّ الوضعَ فى الهِبَةِ وغيرِها ماذا؟ وَاِلّا فِى الْـوَديعةِ وَالوِكـالَةِ وَالجُعالَةِ وَسايرِ العقودِ الْاِذْنِيَّةِ كُلِّها، فَتوىٰ المَشهورِ و ما نُسِبَ اِلىٰ المَشـهُورِ، فـى غايَةِ المَتانَةِ وَالصِّحَّةِ.

قولُ الشّيخ الطُّوسیؒ من اَنَّ تصرُفَ غَيرِ ذِی الخِيار فيما اِنتقل اِليهِ، لا يَصِّحُ، **مَبنیٌّ عَلیٰ** ما قلناه من مَبنیٰ الْمَشهُورِ: **انّ مَعنیٰ الخِيارِ فی العقودِ ماذا؟**

هل هُو حَقٌّ راجِعٌ اِلیٰ العقدِ كما عَنِ الشّيخِؒ بحيثُ تَفَرَّعَ من هٰذا، فُروعاً وَمِن جُملتِها، اَنَّ غَير ذِی الخِيار، يَجُوزُ لَه التّصرفُ فی ما اِنتَقَلَ اِلَيهِ لِاَنَّ هٰذه العينَ، طِلْقٌ ولم يَتَعَلَّق عَلیٰ العينِ، حَقُّ الْغَيرِ؛

نعم: تَعَلَّقُ العقدُ عَلیٰ حَقِّ الغيرِ فَاِذا فَسَخَ العَقدَ فَالْعَينُ اِن كانَتْ باقِيَةً، تَصَرّفَ وَاِلّا اَخَذَ المِثْلَ اَوِ القِيمَةَ او حَقُّ راجِعٌ اِلیٰ العينِ؟ كَما فی بابِ الهِبَةِ حُكْمُ الاِسترداد، هل يَبْطُلُ العقدُ ثُمَّ اَخَذَ العينَ و يَسْتَرِدّ او يَستَرِدُّ المِلْكَ وَ ينفَسخِ العقدُ مِنْ دُونِ اِحتياجٍ اِلیٰ قَصدِهِ؟

وَقولُ الشّيخِ الطُّوسیؒ مَبْنیٌّ عَلیٰ اَنَّ الْخِيارَ، حَقٌّ مُتَعَلَّقٌ عَلیٰ العَينِ فَلا يَجُوزُ تصرّفُ غَيرِ ذَوِی الخيارِ فی العينِ الخِيارِيَّةِ لِاَنَّ العينَ، تَعَلَّقَ عَليها حقُّ الْغَيرِ وَلا يَصِحُّ التَّصَرُفُ المُنافِی.

وَلِذا اُستُفِيدَ من بَعضِ كَلِماتِ الشّيخِ الطُّوسیؒ اَنَّ مِلْكِيَّةَ غَير ذِی الخِيارِ، كانَت بَعدَ انقِضاءِ الخِيارِ.

وَ نَقُولُ: اِنَّ هذا النُّوعَ مِن تَصَوُّرِ المَشْهُورِ، يَجِیءُ فی العُقودِ اللّازِمَةِ الَّتِی يَلْحَقُها الخيارُ.

فَعلیٰ هٰذا، بَناءً عَلیٰ هٰذا المَبْنیٰ الَّذی نُسِبَ اِلیٰ المَشهُورِ وقالَ به المَشهُورُ،

قَولُ الشّيخِؒ بِالْفَرقِ فی بابِ التَّصَرُفِ المُنافِی فی بابِ الفُضُولِیِّ وَالتَّصرفِ المُنافِی فی العُقودِ الخِيارِيَّةِ وَالْعُقودِ الجائِزَةِ، **لاَ يَصِّحُ لِاَنَّهُ** بَناءً عَلیٰ فتویٰ الْمَشهُورِ، التَّصرُفُ المُنافِی فِی بابِ العُقودُ الجائِزَةِ، لا تَتَوَقّفُ صِحَّتُهُ عَلیٰ سَبْقِ فسخٍ وَاِنشَاءِ فَسخٍ وَاِنشاء رَدٍّ وَكِلاهُما كانا من بابٍ واحِدٍ.

وَاِن قالَ الفُقهاءُ اَنَّ التَّصرفَ المُنافِی فی بابِ العُقودِ الجائِزَةِ من الهِبَةِ وَغَيرِها، يُذهِبُ العَقدَ الْقَبِلّی وَ يُذهِبُ العُقودَ الخِيارِيَّةِ، لايَحتاجُ هُنا اَيْضاً اِلیٰ سَبْقِ اِنْشاءِ الفَسخِ وَاِنشاءِ الرَّدِ بِحُكمِ التَّضادِ بَينَهما، وما نَحنُ فيه اَيْضاً لا يَحتاجُ اِلیٰ سَبقِ اِنشاءِ

الْفَسخِ بِحُكمِ التَّضادِ.

فَفَرْقُ الشَّيخِ﵀ بينِ مِثالِ بابِ الفُضُولِيِّ وَ بَينَ اَمْثِلَةِ العُقودِ الجايِزَةِ وَالخِيارِيَّةِ، مَبْنِيٌّ عَلىٰ مَبنىٰ غَيرِ المَشهُورِ فى العُقودِ الجائِزَةِ وَمَبْنِيٌّ عَلى مَذْهَبِ مَنْ يَلْزَمُ العملُ بِالْعُقُودِ الْجايِزَةِ مالم يَفْسَخْ.

وَ اَمّا بَناء عَلىٰ مَذْهَبِ المَشهُورِ من عَدَمِ اللُّزُومِ مُطلَقًا فى كُلِّ زَمانٍ، فَقَدْ قالُوا بِاَنَّ الشَّرْطَ فى ضِمنِ العُقودِ الجايِزَةِ، لَيسَ وٰاجِبَ الوَفاءِ حيثُ ذَهَبُوا اِلىٰ عَدم اللّزومِ فى كُلِّ زَمانٍ وليس بِمُلزَمٍ فى العَملِ وكانَ حالُهُ مِثلَ قَبل العَقدِ.

وَ فَخْرُ المُحقِّقينَ وصَاحِبُ جامِعِ المقاصِدِ، تَكَلَّمُوا عَلىٰ لِسانِ المَشْهُورِ

و معلومٌ: انّه بَناءً عَلىٰ مَذهَبِ المَشهُورِ، التَّصرُفُ المُنافِى فى بابِ الهِبَةِ وَالعُقُودِ الجايِزَةِ، لا يَحتاجُ اِلىٰ قَصدِ الفَسخِ الْقَبلِيِّ ولذا كانَ المِثالانِ الْمَذكُورانِ مِن بابٍ واحِدٍ:

بالْجُملَةِ، اِن قَبِلنا قولَ المَشهورُ فِى بابِ العُقُودِ الجايِزَةِ مِن اِذهابِ التَّصرُفِ القَبْلِيِّ، العَقدَ القَبلِيَّ و يُوجِبُ فَسخَه، فَيَلزَمُ لنا القَبولُ بِهٰذا القَولِ فى بابِ الفُضُولِيِّ اَيضاً فَتَصرُّفُ المُنافِى، يُسقِطُ العقدَ القَبلِيِّ.

و من هنا يُعلَمُ اَنَّ المَطالِبَ الَّتِى ذُكِرَت فِى الْحَواشِي، لا يَرِدُ ولا يَصِّحُ بعدَ ما قُلناهُ مِنَ الْمَبنىٰ مَثلاً كَلامُ السَّيِّدِ﵀ مِنَ الرَّدِ اَيضاً، اَمرٌ نِسبِيٌّ يَعنِى كما اَنَّ التَّصرُّفَ المُنافِى، كانَ اَمراً نِسبِيّاً يعنى يُؤَثِّرُ بِالنِّسبَةِ اِلىٰ المالِكِ الْاَوَّلِ وَاِلّا تُجوزُ لِلْمالكِ الثّانِيّ اِجازَتُهُ وَ كَذلِكِ الرُّدُ، فَالْمالِكُ الْاَوَّلُ يَرُدُّ مِن قِبَل نَفسِهِ لا من قِبَلِ كُلِّ من يَملِكُهُ ولو فيمٰا بَعدُ.

و مثلاً قولُ المُحَقِّقِ الْايروانِيِّ﵀ من اَنَّ الرَّدَ اَيضاً قِسمٰانِ: اِن كانَ الرُّدُ، رَدّاً مُطْلَقاً، فَكانَ العَقدُ مَرْدُوداً مُطْلَقاً و ان كان الرّدُ اَمْرَهُ بِالنِّسبَةِ، فَالْعَقدُ اَيضاً كانَ مَرْدُوداً بِالنِّسبَةِ وَ مَثلاً قولُ بَعضِ المُحَشِينَ الاُخرىٰ حيثُ ذَهَبَ اِلىٰ اَنَّ منْ تَصَرَّفَ، تَصَرُّفاً مُنافِياً يَعنِى يَقْصُدُ اِنَّهُ لا يَقبَلُ ما كانَ منافِيهِ فَهُوَ قَصْدٌ اِجْمالِيٌّ وَ اَمّا بَناءً عَلىٰ ما قلناه مِنْ اَنَّ الرَّدِّ، ليست له مَوْضُوعِيَّةٌ لَيْسَت له سِمةٌ فى البابِ بِالنَّظَرِ اِلىٰ اَدِلَّةِ

البابِ حتّىٰ يَقَعَ مُطْلَقاً او بِالنِّسبَةِ، مَحَلاً لِلْبَحثِ وَالْكَلامِ.

وَاَمّا مَسأَلَةُ التَّصرُفِ المُنافِي، فَالْعَقدُ بناءً عَلىٰ تَقْريرِ الشّيخِ﵀ كانَ مَحْدُوداً بِاَنَّ التَّصَرُّفَ المُنافِي، يُسْقِطُهُ بِالْكُلِّيَهِ وَبِالْمَرَّةِ.

الامرُ السّابعُ من الامورِ الّتى اَوردها المحقّقُ التُّسترى (ره):

علىٰ صحّةِ بيعِ الفضوليِّ مالَ الغيرِ لنفسهِ ثُمَّ مِلكَهُ فاجازَهُ الاخبارُ المستفيضةُ الحاكيةُ لنهيِ النّبي (ص) عَن **«بيعِ ما ليسَ عندكَ»**[1] فانّ النّهى فيها إمّا لفسادِ البيعِ المذكورِ مطلقاً بالنّسبةِ إلىٰ المخاطبِ، والىٰ المالكِ فيكونُ دليلاً علىٰ فسادِ العقدِ الفضوليّ.

واِمّا لبيانِ فساده بالنّسبةِ اِلىٰ المخاطبِ خاصّةً كما استظهرناهُ سابِقاً فيكونُ دالّاً علىٰ عدمِ وقوعِ بيعِ مالِ الغيرِ لبائعهِ مطلقاً، وَلَو ملكهُ فاجازَ **بل الظّاهِرُ، ارادةُ** حُكمِ خصوصِ صورةِ تملّكِهِ بعدَ البيعِ، والّا فعدمُ وقوعِهِ لهُ قبلَ تملّكهِ مِمّا لايحتاجُ الىٰ البيانِ.

ومن جملتها، خصوصُ روايةِ «يحيىٰ بن الحجّاج» اوْ «يحيىٰ بن نجيح»[2] (انْ كانَ الرّاوى «يحيىٰ بن نجيحٍ فهُوَ محلُّ الخلافِ فقالَ بعضٌ انَّهُ ثقةٌ وبعضٌ آخر انَّهُ من الغُلاتِ وامّا يحيىٰ بن حجّاج فحالهُ مَجهولٌ) قالَ:سألت اباعبدالله عليه السلام عَن رجلٍ يقولُ لِي: «اِشترلى هذا الثّوبَ، وهذهِ الدّابّةَ وبعنيها أُربحكَ فيها كذا و كذا» قالَ:لابأسَ بذلكِ اِشتَرها، ولاٰ تواجبهُ البيعَ قبلُ انّ تستوجبها اوْ تشتريها...»

ومنها: «روايةُ خالد بن الحجّاج قالَ:قلتُ لابي عبدالله عليه السلام: الرّجلُ يجيئني **ويقولُ: اِشترْ هذا الثّوبَ واربحكَ كذا وكذا؟**

قالَ: اَليسَ اِن شاءَ اخذَ وَاِنْ شاءَ ترکَ؟

قلتُ: بلىٰ، قالَ: لابأسَ بِهِ انّما يُحلّلُ الكلامُ ويحرّمُ الكلامُ.»[3]

بناءً علىٰ انّ المرادَ بالكلامِ، عقدُ البيعِ فيُحلّلُ نفياً، ويُحرّمُ اِثباتاً كما فهمهُ «فِى الوافِى»، اوْيحلّلُ اذا وقعَ بعدَ الاشتراءِ، ويُحرّمُ اذا وقعَ قبلهُ، اوْ انّ الكلام الواقعَ قبلَ الاشتراءِ يحرّمُ اذا كانَ بعنوانِ العقدِ الملزمِ، وَيُحلّلُ اِذا كانَ علىٰ وجهِ المساومةِ

---

١. راجع وسائل الشّيعة ـ الجزء ١٢ ص ٣٧٤ ـ ٣٧٥ ـ الباب ٧ من ابواب احكام العقود ـ الحديث ٢ ـ ٥.

٢. وسائل الشّيعة الجزء ١٢ ـ الباب ٨ من ابوابِ احكامِ العقود ـ باب التّجارة الحديث ١٣.

٣. وسائل الشّيعة ص ٣٧٦ ـ الباب ٨ ـ الحديث ٤ ـ الجزء ١٢.

والمراضاةِ.

ومنها: «صحيحة ابن مسلم قالَ: سألتهُ عَن رجلٍ اتاهُ رجلٌ فقالَ له: ابتعْ لِی متاعاً لعلیٍّ اشتريهِ منكَ بنقدٍ، اوْ نسيئةٍ فابتاعهُ الرّجلُ من اجلهِ قالَ: ليسَ بهِ بأسٌ انـمّا يشتريهِ منهُ بعدَ ما يملكهُ»[1]

ومنها: صحَيحةُ منصورُ بن حاذمْ عَن ابِی عبدالله عليه السلام: فِی رجلٍ امرَ رجلاً يشترِی لهُ متاعاً فيشتريهِ منهُ:

قالَ: لا بأسَ بذلكَ انمّا البيعُ، بعدَ ما يشترِيه».

يعلمُ منها: اَنْ البيعَ اِنّ كانَ قبلَ ما يشترِيه، فهُوَ باطِلٌ **لانَّ** الامامَ عليه السلام يعلّلُ الصّحّةَ فِی فرضِ: **«اشترلِی متاعاً فيشترِيهِ منهُ بانَّ البيعَ، بعدَ ما يشترِيهِ...»**

اِعْلَمْ: انَّ مسألةَ: **«من باعَ شيئاً ثمَّ اشتراهُ»** لَهامَوردانِ: **موردٌ منهما** يصّحُ بـاجماعِ الشّيعَةِ والموردُ الآخرُ محلُّ الكلامِ.

والموردُ الصّحيحُ، انْ يكونَ موردُ المعاملةِ كليّاً فاذا كانَ موردُ المـعاملةِ كـليّاً سواءٌ كانَ فِی البيعِ الكلّیِ اوْفِی بيعِ السّلمِ ای معَ المدَّةِ اوْ النّقدِ ای بدون المدَّة.، ففِی موردِ البيعِ السّلَمِ، يجوزُ بيعهُ سَلَماً كمٰا اتّفقِ الفريقانِ ایْ الشّيعَةُ واهلُ السّنّةِ علیٰ جوازِ بيعِ السَّلَمِ.

وامّا فِی بيعِ النّقدِ مثلاً اذا باعَ شيئاً حتّیٰ يسلّمَ نقداً بدونِ المدَّةِ معَ انَّهُ لَمْ يكُن عندهُ، هذا الشّیءُ موجوداً.

فجمعٌ منَ العامّةِ ذهبَ الیٰ عدمِ صحّةِ هذا النّوعِ منَ البيعِ النّقديِّ الَّذِی لَمْ يكُن المالُ موجوداً حينَ العقدِ فـيدخلُ هـذا فِـی بـيعِ مـا ليسَ عـندهُ كـمٰا وردَ عَـن المعصومِ عليه السلام: **«لا تبغ ما ليسَ عندكَ».**

وامّا عندَ الخاصّة اجماعاً، لايلزم للبايعِ حصولُ مِصْداقِ الكلّیِّ حينَ العقدِ سواءٌ كانَ البيعُ من قبيل بيعِ السّلَمِ اوْ النّقديِّ ويجوزُ للبايع، البيعُ واشترائه ثمَّ تسليمُه الیٰ

---

١. وسائل الشّيعَةِ ص ٣٧٧ ـ الباب ٨ ـ الحديث ۴ ـ الجزء ١٢.

المشترى ولاٰ مانعَ منهُ.

ولكن بعضُ الاخبارِ الَّذِى وَرَدَ فِى موردِ البيعِ الكلىِّ، منعَ منهُ فِى موردٍ كانَ صحَّتُهُ اجماعيّاً وبعضُ الاخبارِ الَّذِى وردَ فِى موردِ البيعِ الشّخصىّ فالعملُ بِهِ، لامانعَ منهُ وامّا الَّذِى وردَ فِى موردِ البيعِ الكلّىِّ فباجماعِ الشّيعهِ والاخبارِ والسّيرةِ وبناءِ العقلاءِ، لااشكالَ فِى بيعِ الكلّىِّ معَ انَّهُ ليسَ عندهُ حينَ العقدِ ثمَّ يشترِيهِ ويسّلمهُ علىٰ المشترِى.

وكانَت فِى هذهِ الاخبارِ، اشاراتٌ الىٰ خلافِ العامّةِ حتّىٰ سئلَ الامامُ عَن السّائلِ: «ما يقولُونَ عندكُم؟» واجابَ عنهُ بانّهم لايقولونَ بِهِ، قالوُا: انَّهُ كانَ من بيعِ ما عندَهُ ثمَّ قالَ الامامُ عليه السلام: **«ما يقولونَ فِى بيعِ السّلمِ؟»** فكيفَ يجوزُ ما ليسَ عندهُ فِى بيعِ السّلمِ ولكنْ لايجوزُ ما ليسَ عندهُ فِى البيعِ النّقدىِّ

وانتَ كما ترىٰ: انّ بعضَ الاخبارُ ناظرٌ الىٰ ردِّ العامّةِ **ولكنْ** بعضُ الاخبارِ الَّذِى استدلَّ بِهِ علىٰ البطلانِ والمنعِ فِى مسألتنا هذهِ، كانَ مربوطاً بالبيعِ الكلّىِّ كما وردَ فيهِ: **فِى رجلٍ امرَ رجلاً يشترِى لهُ متاعاً»** و لايقولُ: انّ المرادَ من المتاعِ، الثّوبُ مثلاً يعنِى يشترِى لهُ فرداً منَ المتاعِ والثّوبِ فهُوَ امّا فَردٌ مردّدٌ اوْكانَ كليّاً معَ انَّ البيعَ قبلَ الاشتراءِ فِى البيعِ الكلّىِّ، ليسَ بباطلٍ اجماعاً مثلاً اذا عاملَ بيعاً كليّاً ثمَّ اشتراهُ ويُسّلِمُ علىٰ المشترِى، يصّحُ ولاٰمانعَ منهُ اجماعاً.

وامّا المتبادرُ مِن هذهِ الرّوايةِ،

انَّهُ فِى هذا الموردِ اَيْضاً، لايخلُو عَن اشكالٍ **ولذا** حُمِلَ بعضُ هذهِ الاخبارِ الواردةِ فِى البيعِ الكلّىِّ علىٰ التّقيَّةِ وبعضٌ آخر علىٰ الكراهةِ **اوْيمكنُ انْ يقالَ:** انّ قوله: **«متاعاً»**، ليسَ فِى مقامِ البيانِ من هذهِ الجهةِ والمقصودُ منه، المتاعُ المعيّنُ وقولهُ «متاعاً» باعتبارِ عدمِ تعيينِ المتّكلمِ، المتاعَ وانَّهُ لَمْ يعيّنِ المتاعُ فِى فرضِ المسألةِ يعنى المقصودُ من قولهِ **«متاعاً»** كانَ فرداً معيّنَاً من الامتعةِ الَّذِى كانَ معيّنَاً عندَ المشترِى وعندَ السّمسارِ وكانَ وزانُه، وزانَ: **«جاءَ من اقصىٰ المدينةِ، رجُلٌ»**

فِی اَنّ قولَه تعالیٰ، لَمْ یکُن فِی مقامِ تعیینِ الرَّجلِ وإلّا الّذی اتیٰ الیٰ المدینة، کانَ رجلاً معیّناً کما انّ المتاعَ الّذِی کانَ مورد البحثِ، کانَ متاعاً معیّناً **ولکن** ما وقعَ محلُّ الفرضِ وسئِلَ السّائلُ عَن الامامِ علیه السلام لَمْ یعیّنهُ السّائلُ والمتّکلمُ والّا معلومٌ انّ المتاعَ، متاعٌ معیّنٌ وهذا فِی مقامِ توجیهِ الرّوایَةِ علیٰ ما لایخالفهُ المذهبُ، یکونُ اقربَ مِنَ الاحتمالینِ السّابقینِ.

ومنها: صحیحةُ معاویة بن عمّار عنه وقالَ: قلتُ لابِی عبدالله علیه السلام: یجیئنی الرَّجلُ فیطلبُ منّی، بیعَ الحریرِ ولیسَ عندِی منه شیءٌ فیقاولنِی علیهِ واقاولهُ فِی الرّبحِ والاجلِ حتّیٰ یجتمعَ علیّ شیءٌ ثمَّ اذهبُ واشترِی منه الحریرَ وادعوهُ الیه المتاعَ؟

فقالَ: ارأیتَ: اِن وجدَ هُوَ مبیعاً احبُّ الیه ممّا عندکَ یستطیعُ ان ینصرفِ الیه عنه ویدعه، اوْ: وجدت انتَ ذلك، اتستطیع انّ تنصرفَ عنه وتدعَه؟ قلتُ نعم، قالَ: لابأسَ»[1]

یعلَمُ من هذهِ الرّوایة انّ المدارَ، فِی الصّحّةِ والبُطلانِ فِی هذا الباب، علیٰ بقاءِ الاختیارِ یعنی ما یشتریه اِن سلبَ الاختیارَ وعاملَ معاملةً قطعیّةً فهُوَ باطلٌ واَمّا انْ کانَ هُوَ مجردُّ المساوِمةِ والمقاولة، ولَمْ یکُنْ الاختیارُ مصروفاً عَن الطّرفینِ وکانَ البیعُ بعدَ ما یشتریه ففِی هذهِ الصّورةِ لااشکالَ فیهِ.

کانَّ هذهِ الرّوایةَ کانت منصرفةً الیٰ البیعِ الکلّیِّ حیثُ وردَ فیها:

«یجیئنی الرّجلُ فیطلبُ منّی بیعَ الحریرِ ولیسَ عندِی منه شیءٌ».

والظّاهرُ منها انَّهُ لَمْ یکُنْ من اقسامِ الحریرِ، شیءٌ عندِی و یعلَمُ منها انّ المشترِی، طالبَ لِلحریرِ المطلقِ فان کانَ المرادُ منه الحریرَ المعیّنَ، لا ینبغِی انّ یعبّر بهذِهِ العبارَةِ **«وَلیسَ عندِی منه شیءٌ».**

یتوجَّهُ فِی هذهِ الرّوایة الّتی راجعةٌ الیٰ البیعِ الکلیِّ، الاشکالُ المذکورُ

---

۱. وسائل الشّیعة، الجزء ۱۲، ص ۳۷۷، الباب ۸ الحدیث ۷.

فهاتانِ الرّوايتانِ المذكورتانِ، مرتبطتانِ بالبيعِ الكلّىِّ وامّا الروايـةُ الاولىٰ فـهىَ كانتَ فِى موردِ البيعِ الشّخصىِّ.

وانتَ كما ترىٰ تمسّكَ الشّيخُ (ره) ببطلانِ بيعِ الفضوّلىِّ باربعةِ رواياتٍ، **الاثنانِ منها** فِى موردِ البيعِ الشّخصىِّ **والاثنانِ منها** فِى موردِ البيعِ الكلىِّ.

وان جازَ لنا العملُ بالروايتانِ اللّتانِ فِى موردِ البيعِ الشّخصىِّ، فـلايجوزُ العـملُ بالرّوايتانِ اللّتانِ فِى موردِ البيعِ الكلّىِّ حيثُ كـانَ العـملُ بـهما خـلافَ المـذهبِ والشّيخُ(ره) اَيْضاً توجَّه بهذهِ النّكتةِ **ولذا قالَ (ره):**

يجبُ حملُ هذينِ الرّوايتينِ علىٰ الكراهةِ اوِ التّقيةِ؟ **ولكن** الفقرةُ الاخـيرةُ فِـى الرّوايةُ يمكنُ العملُ بها وهى: **«انّما البيعُ، بعدَ ما يشتريه».**

هذا امرٌ كلىٌّ وامّا انّ تطبيقَ هذا الكلّىِّ علىٰ الموردِ هل فـيهِ اشكـالٌ او يـجب الحملُ علىٰ التّقيّةِ اوْعلىٰ الكراهةِ؟ لاينافِى معَ انّها جـملةٌ مسـتقلّةٌ ويـعملُ بـهذهِ الجملةِ.

ويعلَمُ منه انَّ المدارَ، علىٰ البيعِ بعدَ الاِشتراءِ والبيعِ قبلِ الاشتراءِ فاذا باعَ مـالَ الغيرِ قبلِ الاشتراءِ فهُوَ باطلٌ وامّا اذا باعهُ بعدَ الاشتراءِ فهُوَ يصّحُ.

قلنا سابقاً: انّ غيرَ هذهِ الرّواياتِ الاربعةِ، وردتْ رواياتٌ اخـرىٰ، دلالةُ بـعضها علىٰ البيعِ الشّخصىّ وبعضُها علىٰ البيعِ الكلّىِّ **ولكن** دلالةُ هذهِ الاربعةِ ادلُّ واصرحُ من غيرِها **وَلذا** لَمْ يذكرِ الشّيخُ (ره) غيرَ هذهِ الاربعةِ.

جواب الشّيخ عَنِ العمُوماتِ المستدلِّ بها علىٰ عدمِ صحّةِ بيعِ الفضوّلىِّ لنفسِهِ ثمَّ ملكهُ فاجازَ كما يستفاد ممّا افادهُ المحقّقُ التّسترى فِى الامرِ السّابع.

حاصلُهُ انّ العموماتَ المستّدلَ بها وهى قولهُ (ص): **«لا تبعْ ما ليسَ عندكَ»** وقولهُ (ص): **«لابيعَ الّا فِى ملك»** علىٰ عدمِ جواز البيعِ قبلَ الشِّراءِ والتّملكِ، انّما تَدّلُ علىٰ معنىٰ الاسمِ المصدرِىِّ الَّذِى هُوَ النّقلُ والانتقالُ المعبّرُ عنهُ بالاثرِ المقصودِ من البيعِ، اى لا يترّتبُ مثل هذا الاثرُ علىٰ مِثلِ هذا البيعِ لا من طرفِ البايعِ بحيثُ يتصرّفُ فِى الثّمنِ، ولا من طرفِ المشتَرِى: بان يتصرَّفَ فِى المُثْمَنِ بحيثُ يقولُ للبائعِ: **«سلّمنِى**

المبيعَ».

وبعبارةٍ اُخرىٰ: انّ النّهىَ الواردَ فِی العُموماتِ، يرادُ منه النّهىُ الوضعىُّ الارشادىُ الدّالُ علىٰ عدمِ ترتّبِ الاثرِ المقصودِ وهُوَ النّقلُ والانتقالُ كمٰا عرفتَ فهُوَ فِی قوّةِ لاتوجدُ بيعَ ما ليسَ عندكَ ومقتضىٰ هذا هُوَ الفسادُ مادامَ يصدقُ عليه هذا العنوانُ: وهُوَ «**كونُ المبيعِ ليسَ عندكَ**» اى ليسَ لَكَ وامّا دلالتُهُ علىٰ الفسادِ وان صارَ عندَه بواسطةِ الشّراءِ، اوْ التّملكِ فلاٰ، لعدمِ وجودِ اطلاقٍ فيهِ حتّىٰ يتمسُّكَ به.

فيكونُ خروجُ ما نحنُ فيه: وهُوَ صِحَّةُ بيعِ الفضوليِّ مالَ الغيرِ لنفسِهِ بعدَ تملّكِهِ لهُ بالشّراءِ، اوْالارثِ فاجازَ» عَن النّهىِ المذكور من بابِ التّخصّصِ، لا التّخصيصِ اى لهُ خُروجٌ موضوعىٌّ، لاخروجٌ حكمىٌّ حتّىٰ يكونَ من بابِ التّخصيصِ كمٰا فِی خروجِ البيعِ الغررىِّ عَن تحتِ عموماتِ: «**واحلَّ اللهُ البيعَ**» و «**اوفوُا بالعقودِ**»، حيثُ انّ خروجهُ، خروجٌ حكمىٌّ من بابِ التّخصيصِ.

وبالجملة، استدلالُ الشّيخِ (ره) من قبلِ القائلينَ بفسادِ البيعِ انّ فِی هذهِ الرّواياتِ وردَ النّهىُ، والنّهىُ نَبوىٌّ كمٰا استدلَّ الفقهاءُ فِی كتبِ الفقهِ بهاتينِ الرّوايتينِ: «**لا تبعْ ما ليسَ عندكَ**» و «**لا بيعَ الاّ فِی ملكٍ**».

ولكِن هاتانِ الرّوايتانِ كانتا من الرّواياتِ الّتِی استدلُّوا بهما فِی اصلِ فسادِ الفضوّلیِّ اَيْضاً معَ انّ مَسألتنٰا، مسألَةٌ فرعيّةٌ يعنى بعدَ الفراغِ عَن صحّةِ الفضولیِّ، نريدُ ان نبحثَ عَن هذا الفرعِ والشّيخُ (ره) اجابَ عَن الاستدلالِ بهما علىٰ البطلانِ الفضوّلیِّ بوجوهٍ:

مِنها: انّ هاتينَ الرّوايتينِ، مربوطتانِ بالمخاطبِ ولاٰ ترتبطانِ بالمالكِ، فمعنىٰ: «**لاتبغ ما ليسَ عندكَ**» انَّهُ لَوباعَ احدُ ما لايملكُ، لايصّحُ، **و معلومٌ:** انَّهُ بالنسبةِ الىٰ البايعِ لاٰ المالكِ فيصّحُ بالنّسبةِ الىٰ المالكِ.

ولكنّ الشّيخَ (ره) صَرَّحَ هنٰا انّ بيعَ ما لايَملكُ، يصّحُ حتّىٰ بالنِّسبةِ الىٰ البايعِ الفضوّلیِّ اَيْضاً فعليهِ ما المرادُ من: «**لا تبغ ما ليسَ عندكَ**» معَ انَّهُ نهیٌ يوجبُ الفسادَ؟ والشّيخ (ره) قالَ: مع انَّهُ نهیٌ يوجبُ الفسادَ، انَّهُ لاشبهةَ فيهِ ولكنَّ المقصودَ من

الصَّحّةِ والفسادِ فِى باب المعاملاتِ، ترتّبُ الاثرِ المقصودِ ولاٰترتُّبُ ذلك الاثرِ وليسَ المقصودُ انَّهُ اذا لم يقعِ المقصودُ، كانَ فاسِداً وهُوَ كافٍ فِى تصحيحِ النَّهيِ.

ومقصودُ المتبايعينِ من هٰذا النّوعِ من المعاملةِ ايّ معاملةُ مالِ الغيرِ واشتراهُ ثانياً من مالِكِه، الزامُ الطّرفين بهذِهِ المعاملةِ وبِهذا العملِ اى الاشتراءُ... بحيثُ يجبُ علىٰ السّمسارِ، اشتراءُ الشّىءِ عَن مالكِهِ وَلَو كانت قيمتهُ باضعاف مضاعفٍ ويجبُ علىٰ المشترِى قبولُ ما اشتراهُ السِّمسارُ من مالكِهِ.

وهذا المعنىٰ بانْ تكونَ المُعاملةُ بمجرّدِ بيعِ مالِ الغير قبلَ مـا يشـترِيه، ذا اِلزامٍ وكانت لهُ صُورةُ البيعِ القطعىِّ، لَمْ يكُن مُراداً.

واذا لَمْ يَكُن هذا، مُراداً فَاِذا فرضَنا الشّراءَ و تراضِى الفضوّلىِّ والمشتَرِى بـهذهِ المعاملةِ واجازهُ فلوْ قلنْا بانَّ الاجازَةَ البعدَيّةِ كانت صحيحةً وَلَـو بـاجازَةِ البـايعِ الفضوّلىِّ الَّذِى كانَ مالِكاً ثانياً فَهذا لا يُنافِى معَ قولهُ ﷺ: **«لا تبعْ ما ليسَ عندكَ»** لانَّ هذٰا القول منه ٧، يدلُّ علىٰ انّ القولَ بعدَمِ الاحتياجِ بـالتّراضِـى جـديداً وتكـونُ المعاملةُ قبلَ الاشتراءِ قطعيّاً، ليسَ بصحيحٍ.

امّا اِذا وقعَ الاشتراءُ ثمَّ تراضياً علىٰ العقدِ الاوَّلِ واَجازَةُ فَلاٰ مانعَ منه.

وبالجملة؛ الرّواياتُ والعموماتُ من العامَّةِ والرّواياتُ الخاصَّةُ كـلهٰا نَـهَتْ عَـن معاملةٍ وارشادٍ الىٰ الفسادِ لامِن بابِ النّهيِ التّكليفىِّ الَّـذِى كـانَ مُـلازِماً لِـلحكمِ الوَضعىِّ والفسادِ وكانت دَليلاً علىٰ الفسادِ.

الشّيخُ (ره) قالَ: نقبلُ كلَّ ذلك ويكونُ مدلولُ رواية: **«لاتبِعْ ما ليسَ عندكَ»** الىٰ فسادِ البيعِ ولاٰ تُواجبهٰا قبلَ انّ تَستوجِبهٰا ولكن معنىٰ البطلانِ، عدمُ ترتّبِ الآثـار عليهِ وعدمِ كونِ المعاملةِ القبليّةِ، بيعاً قطعيّاً وهذا، لاتنافيهِ صحَّتُهُ بالاجازَةِ.

خُلاصَةُ الكَلامِ انّ ظاهِرَ النّواهى انّ البيعَ قبلَ مـا يشـتريه بـعدَ الاشـتراءِ، ليسَ بصحيحٍ بدُون الاجازَةِ وليسَ قولهُ ﷺ: **«لاتَبِعْ ما ليسَ عندكَ»** دَليـلاً عـلىٰ الفسـادِ المطلقِ بلَ دليلٌ علىٰ الفسادِ بالنِّسبةِ الىٰ العاقِدِ مادامَ لَمْ يجزْ فيما بَعدُ وامّا اِذا اجازَهُ فيما بَعدُ يكونُ صحيحاً وليسَ دَليلاً علىٰ الفسادِ المطلقِ.

وذلك لانَّهُ وقعَ البحثُ فِى بابِ النّهى فِى المعاملاتِ للاُصُوليّينِ وقالُوا بانّ النّهىَ فِى المعاملاتِ، يوجبُ الفسادَ.

ادِلَّةُ هذا البحثِ، لايقتضِى اَزيدَ منْ اَنَّ ما قصدهُ المتبايعينِ، لايصّحُ يعنى الَّذِى قصداهُ ان وقَعَتِ المعاملَةُ بصورةٍ قطعيّةٍ وبطيَّةٍ من دونِ حاجةٍ الىٰ الاجازَةِ، لايصّحُ وكانَ فاسِداً بذلِك المعنىٰ وامّا انَّهُ لَمْ يكُن صحيحاً بالصِحّةِ التّأهليَّةِ وكانَ صحيحاً بالاجازَةِ اللّاحقةِ، يستفادُ منهٰا لانّ الفاسدَ عرفاً، يتبادر منه الفسادُ المطلقُ.

وامّا النّهىُ فهُوَ ليسَ كالفاسدِ والباطلِ؛ والفسادُ والباطلُ افادا معنىً لايفيدهُ قولُه﴿ﷺ﴾: «**لاتبعْ ما ليسَ عندكَ**» لانّ قولَهُ﴿ﷺ﴾: «**لاتَبِعْ...**» معناهُ انَّهُ لاتصلُ بهذا البيعِ الىٰ مقصودكَ بايقاعِهِ وامّا انَّهُ لايصّحُ بالاجازَةِ اوْ بالكيلِ والوزنِ فيما بعدُ، فَلا يُستفادُ منهٰا فالنّهىُ ساكتةٌ عنهٰا بخلافِ ما لَو وردَ فِى روايةٍ مثلاً: «**انّ هذا البيعُ فاسدٌ والصَّلاةُ باطلةٌ**». بحيثُ كانَ بمنزلةِ مادّةِ الامرِ وصيغةِ «**افعلْ**». وكانت لمادَّةِ الامرِ، خصوصيّاتٌ لَمْتكنْ فِى صيغةِ «افعلْ» وهيئةِ «**افعل**»، هذهِ الخصوصيّاتُ ومادَّةُ النّهىِ لهٰا خصوصيّاتٌ، ليست هذهِ الخصوصيّاتُ فِى صيغةِ «**لاتفعلْ**» ومادّة الباطلِ والفساد له خصوصيّاتٌ، لا تستفادُ هذهِ الخصوصيّات من النّهىِ مثلِ «**لاتبِع ما ليسَ عندكَ**».

وتوهُّمُ انّهُم قالُوا: اِنَّ النّهىَ فِى المعاملاتِ، موجبٌ للفسادِ والفسادُ كانَ مطلقاً ولاتصلِحُه الاجازَة اَيْضاً وانَّهُ كانَ لازمَ تسلُّمِ الدِّلالةِ علىٰ الفسادِ، يردُّهُ الشّيخُ ويبطلهُ بانَّ هذا، غيرُ مادَّةِ الفسادِ.

واِذا لاحظنا ما ذكرُوا فِى علمِ الاصولِ فِى بابِ دلالةِ النّهىِ علىٰ الفسادِ، فهذهِ الادلّةِ، لا تقتضِى ازيدَ مِن انّهٰا اِرشادٌ بانّ ما قَصَدْتموهُ بذلِكَ البيعِ، فهُوَ غيرُ واقعٍ علىٰ ما قَصَدْتموهُ وامّا انَّهُ بالاجازَةِ، يصّحُ ام لا؟ فَهِىَ ساكتةٌ عَن هذهِ الجهةِ.

ثمَّ انّ الشّيخَ (ره) عَدلَ عَن هٰذا وقالَ: الانصافُ اَنّ المَطلبَ اِذا كانَ كذلك اى يصّحُ فيما بَعدُ بالاجازَةِ اللاّحقهِ، لَمْ يكُن موردٌ لِلنّهىِ المطلقِ مَثَلاً انّ معاملةَ الصَّرفِ والسّلمِ بدونِ قبضِ الثّمنِ وبدونِ قبضِ النّقدينِ، لايصّحُ **لانّهُ** حينئذٍ للشّارعِ انْ يقولَ:

«لاتبعِ الصَّرفَ ولاٰ تَبعِ النّقدينِ الّا مقبوضاً كمٰا وردَ: **«يداً بيدٍ»**.

وامّٰا اِن قالَ: لاتبعِ النَّقدينِ لاجلِ انّ المتعاملينِ لَمْ يقيّداهُ بالقبضِ وقصدا حصولَ الملكيّةِ، بمجرّدِ البيعِ، فلا يصِّحُ.

وان كانَ الشّارعُ يرىٰ انَّ اصلَ المعاملةِ، قابلةٌ للاصلاحِ **ولكِن** تخلَّفَ عنه شرطٌ فطريقُهُ انْ يقيّدَ نهيُهُ: **لاتبعهٰا اِلّا مَقبوضاً ولاٰ تـبعهٰا اِلّا بِـالكيلِ والوزنِ، وانَّـهُ لايـبـاعُ مايكالُ اوْيوزنُ اِلّا لكيلٍ اوْ وزنٍ وامّٰا اِذاكانَ نهيُ الشّارِعِ فِى موردٍ** مطلقاً، يعلَمُ مِنهُ انَّهُ لَمْ يكُنْ طريقاً لاِصلاحِهِ وليستْ لهُ حالةٌ منتظرةٌ كمٰا اَنّ مبنىٰ الاستفادةِ فِى سايرِ مواردِ النّهيِ علىٰ ذلِك مثلاً قالَ الشّارعُ: **«لا تبعِ الغررَ» و «نهىٰ النَّبىّ﴿ﷺ﴾ عَن بيعِ الغَررِ»**.

وبالجملة: انصافُ الشّيخِ انَّ النّواهِى، تدُّلُ علىٰ الفسادِ المطلقِ وبطلانِ العقدِ لانَّهُ ان كانَ الفسادُ والبطلانُ، امْراً نسبيّاً وكانَ صحيحاً بلحوقِ الاجازَةِ لينبغِى للشّارِعِ انْ يقيّدَ نهيهُ لا اَنْ قالَ: **«مطلقاً» وامّٰا انّ بعضَ** هذهِ الاخبارِ، وردتْ فِى موردِ البيعِ الكلّىِّ فهُوَ لَمْ يكُن مانِعاً من العملِ بهذهِ الرّواياتِ لِانّا قُلنٰا:

اَوّلاً: انّ الرّوايتينِ مِنها، وردتْ فِى موردِ البيعِ الشَّخصِىّ.

وانْ لَمْنعملْ بالرّوايتينِ اللّتينِ وردتْ فِى موردِ البيعِ الكلّىِّ فهُوَ لايوجبُ كـونَهُ دليلاً علىٰ عدمِ العملِ بالرّوايتينِ اللّتينِ وردتا فِى موردِ البيعِ الشَّخصىِّ.

واَيضاً هاتانِ الرّوايتان اللّتانِ وردتا فِى موردِ البيعِ الكلىِّ، فلهُما ذيلٌ وفقرةٌ فِى آخرهِما ويمكنُ لنٰا عدمُ العملَ بنفسِ الرّوايةِ، والعملِ بالقاعدةِ المستفادةِ من ذيلهٰا كمٰا هُوَ المعمولُ فِى بابِ الاخبارِ فاذا لَمْ يعملُوا علىٰ فقرةٍ منهٰا لعـلّةٍ مـن العـللِ المقبولةِ، فلا مانعَ من العملِ لجملةٍ اُخرىٰ مستقلّةٍ ولايجوزُ القولُ بانّهمٰا كانٰا فِـى سياقِ واحدٍ (يعنى البيعُ الشَّخصىُّ والبيعُ الكلّىِّ فِى سـياقٍ واحـدٍ) ونـحنُ حـيثُ لانعملْ بالبيعِ الكلّىِّ فلايجوزُ العملُ بالبيعِ الشَّخصىِّ اَيضاً.

حاصلُ نظرِ الشّيخِ (ره) انّ من هذهِ الرّواياتِ الاربعةِ المذكورةِ سابِقاً: اثنانِ منهٰا

واردةٌ فِى موردِ البيعِ الشَّخصىِّ واثنانِ منهٰا واردةٌ فِى موردِ البيعِ الكلّىِّ ولَمْ يكُن مورداً للعملِ وانّما يعملُ بذيلِهما: **«انَّما البيعُ بعدَ ما يشترِيه» و «انّما البيعُ بعدَ ما يملكهُ.»**

ولكن يعملُ بِالرّوايتينِ اللتّينِ وردتا فِى موردِ البيعِ الشَّخصىِّ صدراً وذيلاً.

والنّهىُ **فيهٰا دليلٌ** علىٰ الفسادِ، والفسادُ، فسادٌ مطلقٌ بحيثُ لاتُصلِحُهُ الاجازَةُ ونتيجتُهُ اَنّ فِى مسألةِ من باعَ ثمَّ اشتراهُ واجازهُ لايصّحُ العقدُ بالاجازَةِ اللّاحقةِ لانَّ بيعَ شىءٍ قبلَ اِشترائِهِ، كانَ منهيّاً وكانَ غيرَ صحيحٍ وَلَو اجازَهُ فيما بعدُ.

هذا كلّهُ خلاصَةُ تحقيقاتُ الشّيخِ (ره).

لنا فِى ما قالَ بهِ الشّيخُ تأمّلٌ واشكالٌ:

التّحقيقُ يقتضِى انّ الرّواياتَ المذكورةَ سابقةً لاتَرتبِطُ بِمٰا نـحنُ فـيهِ وفـرضُ المسألةِ المبحوثةِ وهىَ: «**من باعَ شيئاً ثمَّ اشتراهُ واجـازهُ**» فـهىَ غـيرُ مـوردِ هـذهِ الرّواياتِ المذكورةِ **بناءً علىٰ هذِهِ**، انْ قلنٰا: بصحّةِ عقدَ الفـضوّلىِّ وقـلنٰا: انّ العـقدَ الفضوّلىِّ مطابقٌ للقاعدةِ وحتّىٰ لَوقلنٰا: انّ القاعدةَ «تقتضِى الصحّةَ فِى موردِ الفرضِ اَيْضاً لَولاٰتلكَ الاخبارِ، ليستْ هـذهِ الاخـبارُ مـخالفةً للـقاعدةِ ولَـمْتكنِ القـاعدةُ مخصّصةً بهٰا ولَمْ تكنْ مربوطَةً بموردِ الفُضولىِّ.

ما نحنُ فيهِ يفترقُ معَ موردِ فرضِ الرّواياتِ فِى مواردِ كثيرةٍ الّتى يزيدُ ان نتعرّضَ بهٰا هنٰا معهُ لَمْ تذكرْ فِى الكتبِ الموجودةِ من الفقهِ وحواشيهِ.

نعم: انّمٰا يستفادُ من كلامِ العلّامَةِ (ره) فِى التّذكرةِ فِى بحثِ الفضوّلىِّ: هذا، الّذِى نقولُ هنٰا معَ انّ الفقهاء حتّىٰ الشّيخِ (ره) ذكروُا فِى المباحثِ السّابقةِ فِى بابِ بيعِ الفضوّلىِّ وما افادهُ فِى موردِ البحثِ وفرضِ المسألةِ. مطالبَ من التّذكرةِ معَ انّـهُم لَمْيتوجّهُوَا لِما ذكرهُ العلّامةُ فِى التّذكرةِ فِى اوّلِ بيعِ الفضوّلىِّ فيمٰا اذٰا بحثَ (ره) عَن صحّةِ بيعِ الفضوّلىِّ وعدمِهٰا، اِختارَ (ره) الصحّةَ ثمَّ نَسَبَ الىٰ الشّافعىِّ والامامِ احمد وجمعٍ آخر من مشاهيرِ علماءِ العامّةِ، القول بالبطلانِ.

والدَّليلُ الَّذِى ذكرَهُ العلّامةُ (ره) مِن قبلِ هذهِ العلماءِ من اهلِ السّنةِ امرانِ:

الاوَّلُ قولهُ (ص): «**لا تبعْ ما ليسَ عندكَ**» الَّذِى استدّل به فـيمٰا نـحنُ فـيهِ فِـى الاخبارِ الخاصَّةِ اَيْضاً.

الثّانى: عدمُ القدرةِ علىٰ التّسليمِ.

ثمَّ اجابَ العلّامَةُ (ره) عَن الرّوايةِ المذكورةِ: «**لا تبعْ ما ليسَ عندكَ**» انّهٰا، لا ارتباطَ لها بمسألةِ الفضوّلىِّ حيثُ ذكرهُ عليه السلام جواباً «**للحكيمِ بن حزامةِ**» حيثُ سئلَ حكيمُ بن حزامة، سؤالاً كانَ بعينهِ موردُ هذهِ الاخـبارِ المـذكورةِ الاربـعةِ سـابِقاً وهُـوَ: «**الرَّجلُ يجيئنِى ويقولُ: اشترِ هذا الثّوبَ واربحكَ كذا وكذا؟**

واجابَ عليه السلام عنهُ انّ قوله: «**لا تبعْ ما ليسَ عندكَ**» ليسَ مربوطاً بمسألةِ الفضوليُّ.

والحقُّ هنا معَ العلّامةِ (ره) لانَّ قولهُ عليه السلام: «**لا تبعْ ما ليسَ عندكَ**» الَّذِى هُوَ مضمونُ هذهِ الاخبارِ الاربعةِ، لَمْ يكُن مربوطاً، بمسألةِ الفضوّليِّ لانَّ فِى بيعِ الفضوليِّ، حصلَ جميعُ الشّرائِطِ المقرّرةِ فِى البيعِ وصحَّتِه اِلّا رضىٰ المالِكِ.

ويَتحقّقُ الفضوّليُّ علىٰ نحوينِ وطريقينِ:

الاوَّلُ: انْ يبيعُ الفضوّليِّ عَن المالكِ وهُوَ ليسَ محلّاً للبحثِ هنا.

والثّانى: انَّهُ يبيعُ الفضوّليِّ عَن نفسِهِ وانَّهُ هُوَ بيعُ الغاصِبِ لنفسِهِ

نعمْ: أُشكِلَ هنا اِنْ فِى الطّريقِ الثّانِى بانَّ الغاصبَ كيفَ يقصدُ البيعَ لنفسِهِ معَ انَّهُ يعلمُ انَّهُ غاصبٌ؟

قديجاب عنه بانَّ الغاصبَ ادّعىٰ انَّهُ مالكٌ كما من عاملَ معاملةً ربوبّةً معَ انَّهُ يَعلمُ انَّ الرّبا حرامٌ ومعَ ذلكَ عاملَ معَ هذا المالِ المخلوطِ بالرّبا وهكذا البيوعُ الفاسدةُ كانُوا مصداقاً لبيعِ الغاصبِ لنفسِهِ.

وقلنا سابقاً: انّ المرادَ منَ الادّعاء، ليسَ مجرّدُ لفظٍ فقط بل المرادُ منهُ، نوعٌ من الاعتقادِ والتّبانِيّ علىٰ كونِهِ مالِكاً لانَّ الملكيَّةُ امرٌ اعتباريٌّ فالغاصبُ اعتبرها، اعتِقاداً علىٰ انَّهُ مالكٌ ويعتبرُ نفسَهِ مالكاً بنحوٍ من الملاحظةِ فيتمشّىٰ منه قصدُ المعاوضَةِ ولَمْ يتوجَّه الىٰ مَن عندهُ المالُ ولَمْ يلتفتِ الغاصبُ الىٰ مَنْ عندَهُ المالُ ومن هُوَ مالِكٌ شَرعاً؟ وامّا موردُ الاخبارِ فهىَ بالعكسِ لانَّ موردَ الاخبارِ، انّ المالَ، مالُ الغيرِ وكلا المتعاملانِ يعترفانِ به ويقولُ: «**اشترلى هذا الثّوبَ**» اىْ الثّوبَ الَّذِى ليسَ هُوَ ملكِى وليسَ مالىٰ و لايعتبرُ ان انفسهمُا، مالكين فِى هذا الموردِ قالَ الامامُ عليه السلام: «**لا بأس بذلكَ اِشترها، ولاْ تُواجبُهُ البيعُ قبلَ انْ تَستوجبُها اوْ تشريها.**»[1]

و معلومٌ انّ السّمسارَ اذا باعَ العينَ قبلَ انْ يشتريها من مالكِهِ فهذا البيعُ بيعٌ

---

١. وسائل الشّيعة، الجزء ١٢، ص ٣٧٨، الباب ٨، الحديث ١٣.

مجازىٌّ لانَّ معنىٰ البيعِ، تمليكُ عينٍ بعوضٍ وامّا معَ اعترافِ المشترِى والسّمسارِ بانَّ المالَ مالُ الغيرِ، فكيفَ يجعلُ السِّمسارُ مالَ الغيرِ مالَ المشترِى حقيقةً؟

ومعنىٰ قوله: «**بعنِى**»، اى تخصّصْ هذا المالَ لى بحيثُ يلزمُ تمليكُ اشتراءِ هذا المالِ من مالكِهِ وكانَ ملكاً لكَ ثمَّ بعتَ لِى واربحكَ.

فالبيعُ قبلَ الاشتراءِ فِى نظرِ كلٍّ منَ المتعاملينِ: المشترِى والسّمسارِ، ليسَ بيعاً حقيقيّاً بلْ نوعاً منَ البيعِ وباعتبارِ المصارَفةِ وباعتبارِ انَّهُ سيكونُ مبيعاً.

وهذا، غيرُ بيعِ الفضوّلىّ ولَمْ يكُن مربُوطاً ببيعِ الفضوّلىّ لانَّ فِى بابِ الفضولىِّ، الغاصبُ يبيعُ ويشترِى مبنيّاً علىٰ كونِهِ مالِكاً وجعلَ نفسهُ مالِكاً وامّا فِى هذهِ الاخبارِ فكِلا المتعاملانِ، يعترفانِ بانَّ الثّالِثَ، مالكٌ لهُ حيثُ يقولُ: اشترِلى هذا الثَّوبَ يعنى كانَ المالُ، مالَ الثّالثِ فكانَ هذا صورةَ العملِ وكانَ بيعاً غيرُ معتبرٍ وكانتِ معاملةً فيها جهالَةٌ يمكنُ انْ لايكونَ تسليمُهُا مقدُوراً ولذا نهىٰ الشّارِعُ عَن هذا النّوعِ من المعاملةِ وانَّهُ يوجبُ البطلانَ والفسادَ حتماً اجازَهُ اولَمْ يجزهُ؟.

ولذا قالَ بعضُ الفقهاءِ،اذا وقعَ هذا النّوعُ منَ المعاملةِ غيرِ المعتبرةِ وقالَ المشترِى: اشترِلى هذا الثّوبَ اربحكَ كذا وكذا ولَمْ يقدرِ السّمسارُ علىٰ بيعِ المال عَن مالكِهِ حتّىٰ يعطيهُ الىٰ المشترِى ثمَّ اطّلعَ المالكُ علىٰ هذا النّوعِ من بيعِ الفضوّلىِّ ثمَّ اجازَه، انَّهُ يصّحُ البيعُ والاجازَةُ لانَّ للمالكِ، يجوزُ البيعُ لانّه مالهُ وهذا من اقسامِ الاجازَةِ لبيعِ الفضوّلىِّ لنفسِهِ **معَ انَّهُ ليسَ كذلك لانّه** لَمْ تتحقّقْ المعاملةُ من قِبَلِ المالكِ اَيْضاً وما تَبدّلَ بينَ المُتعاملينِ ابتداءً، انّما هُوَ البيعُ المجازىُّ والبيعُ هنا بمعنىٰ جعلِهِ فِى حكمِ المبيعِ بحيثُ اذا باعَ السّمسارُ من مالكِهِ صارَ المالُ مالَ المشترِى وكانَ السّمسار مُلزِماً للاشتراءِ من مالكِهِ الاصلىِّ وهذا صورةُ العملِ عرفاً ولكِنَّ الشّارعَ نهىٰ عنهُ.

وهذا لَمْ يكُن مربُوطاً لبيعِ الفضوّلىِّ لنفسِهِ حتّىٰ نقولَ: اِنّ صورةً منهُ، كانَ مُستثنىٰ.

فُروعاتُ مسألةِ: ما اذا باعَ فضولاً ثمَّ اشترىٰ.

ثمَّ انّ الشّيخَ بعدَ الاعتراف بدلالة الاخبار الواردة المذكورة سابقاً علىٰ بطلانِ بيعِ الفضوّليِّ وفسادهِ قالَ: انّ هذهِ الاخبار وان كانتْ علىٰ خلافِ القاعدةِ **ولكن** بعضُ صُوَرِ المسألةِ كانَ خارجاً عَن موردِ الرّوايات مثل ما لَوباعَ الفضوّليِّ الَّذِی باعَ مالَ الغيرِ لَوباعهُ عَن المالكِ فاتّفق انتقالهُ الىٰ البايعِ امّا بالارثِ اوْ الشّراءِ فَاجازَهِ، هذا فرعٌ مستقلٌّ من الشّيخِ الانصاریِّ (ره) وليسَ من كلامِ العلّامةِ فِی التّذكرةِ،

الظّاهرُ انَّهُ صحيحٌ لخروجِ هذا الفردِ من البيعِ الفضوّليِّ عَن موردِ تلكَ الاخبارِ النّاهيّةِ فيكونُ صحيحاً بعدَ الاجازَةِ فيترتّب عليهِ جميعُ الآثار لانَّ البيعَ كانَ عَـنِ المالكِ لا عَن نفسهِ.

وحاصلهُ: انَّ المُشترِی جاءَ عندَ السِّمسارِ ويقولُ له: اشترِ لِی هذا الثّوبَ مـثلاً واربحك كذا و كذا **ولكن** علّقَ السّمسارُ هذهِ الصُّورةَ علىٰ اجازتهِ بعدَاً يعنِی شرطَ تجديدَ النّظرَ فيما بعدُ اَيْضاً يعنی قالَ السّمسارُ: اَنا بعتُ هذا الثّوبَ لكَ واشـتريتَ منِّی واَنَا ابيعُ من مالكهِ «لكَ ولكنْ بعدَ البيعِ اذا لمْ ارضْ بيعهُ لكَ فكانَ هذا جايزاً لِی» **وكذلك قالَ الشّيخُ (ره):** الفرضُ الآخر و هُوَ ما اذا عَلّقَ السّمسار لُزومَ البيعِ اوْ نفسَ المعاملةِ الواقعةِ بينَ المشترىَ والسّمسارِ علىٰ الملكيَّةِ وقالَ السّمسارُ: انا بِعتُ هٰذا المالَ لك وانتَ اشتريتَ مِنّی هذا الثّوبَ وانَا التزمُ انْ ابيعَ هذا المالَ مِن مالكهِ **ولكنْ** بشرطِ انّ لزومَ هذهِ الملكيّةِ، معلّقٌ علىٰ تملّكِ السّمسارِ واذا لمْ اكنْ مـالِكاً لهـذا الثّوبِ لعلّةٍ من العللِ، لَمْ يكُن هذا العقدِ لازماً يعنِی لَمْ يكُن الالتزامُ حاصلاً من كلِّ جَهَةٍ. قالَ الشّيخُ (ره): انّ هذينِ الفرضينِ، خرجا من موردِ الرّوايةِ خلافاً لبعضهم ويجرِی فِی هذينِ الفرضينِ، حكمُ الفضوّليِّ ويصّحُ لوَ اَجازَ.

نحنُ نقولُ: لَوسلّمنا انّ الرّواياتِ المذكورةَ وردتْ فِى موردِ الفضوليِّ وانّ هذينِ الفرضينِ كانا فرضَ الفضوليِّ

واما استثناءُ الشّيخِ (ره) هذينِ الموردينِ عنها فِى غايةِ الاشكالِ والغموضِ **لانَّ** العقد، معلّقٌ علىٰ الاجازَةِ فاذا عَلَّقَ البايعُ عقدهُ علىٰ اجازتِهِ اللّاحقةِ ففيهِ ما لايخفىٰ.

مثلاً اذا قالَ البايعُ: انَا بعتُ هذا المالَ لكَ بشرطِ انْ اجيزَ بهذا البيعِ فيما بعدُ فهُوَ نظيرُ ما صرّحَ به صاحبُ الجواهر (ره) من انَّهُ لامانعَ من بيعِ صاحبِ المالِ فضولةً معلّقاً علىٰ الاجازَةِ اللّاحقةِ فيما بعدُ وقلنا سابقاً: انّ هذا، لايتصوّرُ ولامعنىٰ محصّل لَهُ.

وامّا معَ قطعِ النظر عَن هذا فتقولُ:

انّ المرادَ من التّعليقِ ماذا؟

انّ هذا التّعليقَ، ان وقعَ فِى متنِ العقد وقالَ: بعتكَ لَوكنتُ مالِكاً فيما بعدُ وبعتكَ لَو اَجَزْتُ فيما بعدُ، فهُوَ من قبيلِ التّعليقِ فِى الانشاءِ وهذا النّوعُ من الشّرائطِ، لَمْ يجُزْ فِى العقودِ الصّحيحةِ؟ **وكيف فِى هذا النّوعِ من العقدِ؟**

وانْ قالَ البايعُ: بعتكَ ان رضىَ زيدٌ وبعتكَ ان اَجَزْتُ فيما بعدُ وبعتك ان ملكتّهَا فيما بعدُ، فهذا تعليقٌ فِى الانشاءِ وهُوَ اَيضاً محالٌ.

وانْ كانَ مقصودُ الشّيخ (ره)، حفظَ صورةِ الانشاءِ و انَّهُ لَمْ يقعْ فيهِ تعليقٌ ولكن هذا تَبانٍ وقرارٌ من الطّرفينِ فِى خارجِ المعاملةِ.

فنقولُ: انَّ هذا التّبانىّ منَ الطّرفينِ فِى خارج العقدِ يردُ علىٰ العقدِ يعنى يحسبُ منَ الشّرائطِ المبنيّةِ عليهِ و لافرقَ فِى التّعليقِ بينَ انْ تقولَ: «بعتكَ ان جاءَ زيدٌ» اوْ وقعَ عهدٌ بينَ المشترِى والبايعِ قبلاً بانَّ البيعَ فِى صورةِ مَجيئى زيدٍ مثلاً ولكن لَمْ يصرّح لِقولهِ: انْ جاء زيدٌ حتّىٰ يقعَ البيعُ مبنيّاً علىٰ قولك السّابق: «بعتُ» لانّهُ، معنىٰ «بعتكَ» علىٰ الشّرطِ اى علىٰ شرطِ الصّحّةِ وكانَ شرطاً مبنيّاً علىٰ العقدِ.

وهذا اَيْضاً، يوجبُ تعليقَ العقدِ ولاٰ فرقَ فِى التّعليقِ، بينَ ايرادِ التّعليقِ فِى متنِ العقدِ اوْكونِ الشّرطِ، معهُوداً بينَ المتعاملينِ وايقاعُ العقدِ، اشارةٌ علىٰ ذلك التّعليقِ.

وانْ قلنٰا: انّ بناءَ المتعاملينِ علىٰ التّعليقِ وَلَولَمْ يصّرحْ قبلاً فِى التّلفظِ اَيْضاً **فمعناهُ** عدم تحقّقِ اصالةِ الجِدِّ اى انّ الجدّ، ليسَ كونَ العقدِ مطلقاً **لانّهُ** قيلَ فِى بابِ الانشاءاتِ، انّ الانشاءَ كانَ لهُ اثرٌ اذا كانَ الجدُّ، مطابِقاً لهُ فاذا فرضنٰا عدمَ تحقّقِ الجدِّ فِى العقدِ مطلقاً اوْعدم تحققِّهِ فِى بعضِ الصّورِ، فلَمْ يكُن العقدُ بصحيحٍ.

فقولُ الشّيخِ: ان كانَ العقدُ مبنيّاً علىٰ الاجازَةِ اللّاحقةِ اوْ اللّزومِ، كانَ مبنيّاً علىٰ التّملّكِ فيما بعدُ وليسَ لهُ حُكمُ الفرضِ ويصّحُ هذا بالاجازَةِ،

لا يساعدُ هذا القولَ معَ ما ذكرُوه وقبلنٰاهُ وسلمنّاه سابقاً مِنْ انّ التّعليقَ فِى العقودِ كانتْ مبطلةً ويلزمُ الجدُّ فِى العقودِ.

ونقولُ معَ ذلك: كيفَ تبنِى المعاملةُ علىٰ الاجازَةِ وانّ التّملكَ الجديدَ مٰا معناهُ؟

بالجملةِ؛ اِن سلّمنا المطلبَ السّابقَ وهُوَ انّ الرّواياتَ اَيْضاً كانتْ فِى موردِ الفضوّليِّ وكانت فِى موردِ من باعَ فضولاً ثمَّ اشتراهُ واجازهُ وسلّمنٰا خروجَ هذا الفرضَ من موردِ الرواياتِ.

ولكن قولُ الشّيخِ (ره) فِى صحّتهما باجازةِ المالكِ، ليسَ بصحيحٍ لانّه اُشترطَ فِى صحّةِ العقدِ الفضوليِّ، حصولُ الشّرائطِ كلّهٰا الّا رضىٰ المالكِ وامّا البيعُ الّذِى لَمْ يكُن صَحيحاً من ناحيةِ التّعليقِ فكيفَ كانت قابلةً للاجازةِ فيما بعدُ؟ **لانّه** كانَ من التّعليقِ الواقعِ فِى متنِ العقدِ اوْكانَ العقدُ مبنيّاً عليهِ اوْكانَ من قبيلِ عدمِ حصولِ الجدِّ وعدمِ تطابقِ الجدّ معَ صورةِ العقدِ وكلُّ واحدٍ منهٰا موجبٌ لبطلانِ العقدِ بحيثُ لاتصلحه الاجازَةُ اللّاحقةُ.

فتحصَّلَ ممّا ذكرناه اوّلاً: انّ هنٰا اعتراضٌ فِى اصلِ المطلبِ وانّ الرّواياتَ لا ترتبطُ ببابِ الفضوليِّ.

وثانياً: يردُ الاعتراضُ فِى الفرعينِ المذكورينِ حيثُ اختارَ الشّيخُ (ره) فيهما الصحّةَ ووجهُ الاعتراضِ انّ الفرعينِ المذكورينِ، لايَصِّحٰان.

هنا فرعٌ آخر من الشّيخِ (ره)

اى لَو باعَ الفضوّليُّ مالَ الغيرِ من شخصٍ لمنفعةِ ثّالثٍ بانياً علىٰ انّ الثّالثَ، يملكُ المبيعَ باشتراءِ، اوْ الارثِ اوْ بانياً علىٰ التّملكِ عدواناً، صحَّ البيعُ بعدَ اجازةِ المالكِ

هنا فرضانِ: تارةً يجيزُ نفسُ المالكِ الفعلىِّ

وأُخرىٰ: يجيز الثّالثُ الَّذِى كانَ مالكاً هل تصّحُ اجازَتُهما اَم لا؟

فاِنْ اجازَ المالكُ فلا كلامَ فِى الصَّحَةِ بناءً علىٰ المشهُوَرِ: من عدمِ اعتبارِ وقوعِ البيعِ عَنِ المالكِ فيدخلُ تحتَ القاعدةِ الكلّيةِ وهى انَّهُ اذا عاملَ الفضوّليُّ مالَ الغير لنفسِهِ ثمَّ اطَّلع المالكُ به واجازَ المالكُ الاصلىُّ لنفسِهِ و الغىٰ قولَ الفضوّلىِّ لنفسِهِ مثل بيع الغاصبِ لنفسِهِ ثمَّ اجازهُ المالكُ الاصلىِّ لنفسِهِ لا للغاصبِ،

قلنا سابقاً: انَّهُ يصّحُ هذا، لاجازةِ المالكِ وَلَو كانتْ فيهِ اشكالاتٌ ارتفعتْ فِى محلّهِ.

وان ملكَ المبيعَ الَّذِى باعهُ الفضوّليُّ مِن شخصٍ لمنفعةِ ثالثٍ، الثّالثُ واجازهُ اوْ ملكَه البائعُ فاجازهُ **فالظّاهرُ** انَّهُ داخلٌ فِى المسألةِ السّابقةِ كما انَّهُ يستفادُ من كلامِ الشّيخِ (ره): انّ هذا الفرضَ داخلٌ تحتَ الاخبارِ النّاهيّةِ وكانَ باطِلاً.

و ضَعْفُهُ ظاهرٌ ممّا ذكرناه سابقاً لانَّ الاخبارَ الواردةَ الدّالةَ علىٰ النّهىِ، ليستْ مربوطةً بانّ الفُضولىِّ: باعَ مالَ الغيرِ ثمَّ صارَ الثّالثُ مالِكاً ثمَّ ارادَ اجازةَ بيعِ الفضوّلىِّ حتّىٰ يقالَ بدخولِ هذا الفرضِ تحتَ الاخبارِ المذكورةِ بل موردُ الاخبارِ معَ الاعترافَ بِمالكيّةَ الغيرِ حيثُ اشترطَ فِى فرضِ المسألةِ، انَّهُ باعَ لثّالثٍ اعتقاداً لملكيّتِهِ اوْ عدواناً وبانِياً علىٰ ملكيّتِه وكانَ عنوانُ هذينِ الفرضينِ: انَّهُ باعَ لثّالثٍ اعتقاداً علىٰ ملكيّتِهِ اوْ عدواناً؟ واما فِى موردِ الاخبار فمَنْ باعهُ الىٰ المشترى، لَمْ يكُن لهُ اعتقاد الملكيّة لنفسِهِ ولَمْ يكُنّ لهُ بناءً التّملك عُدواناً وكلاهما ايْ المُشتَرى والسِّمسارُ، يعترفانِ بانّ المالَ مالُ الغيرِ وباعَ السّمسارُ، مالَ الغيرِ ومعنىٰ البيعِ هُنا، كونُ المبيعِ مالَ المشترى، بعدَ اشتراءِ السّمسارِ من مالكِهِ لنفسِهِ وهذا لَمْ يكُن مربوطاً بمسألَةِ موردِ البحثِ.

ولاٰ يدخُلُ موردُ البحثِ، تحتَ الاخبارِ وموردُ الاخبارِ، ليسَ لهُ تمامُ شرائِطِ صحّةِ العقد لانّه لَمْ يكُن هذا، تَمّلكَ عينٍ بعوضٍ حتّىٰ باعتقادِ المتعاقدينِ اَيْضاً ومقصودُ المتعاقدينِ، حصولُ البيعِ الاوّل بالبيعِ الثّانى.

بناءً عليه، الفرضُ الّذِى عنونَهُ الشّيخُ (ره): **«لَوباعهُ لثالثٍ بانياً علىٰ تملّكِهِ اعتقاداً اوْ عُدواناً فاِنْ اجازَ مالكُهُ فهُوَ مثلُ بيعِ الفضوّلىّ لنفسهِ»** وَلَو ملكَه الثّالثُ اوْ البايعُ اوْ شخصٌ آخر وَاجازه فهُوَ داخِلٌ تحتَ تلكَ الاخبارِ النّاهيّةِ.

نحن نقول فيه: انّ هذا الفرضَ، لايدخُل تحت الاخبارِ **وَلَو قلنا بَعيداً انّ نَظَر** الشّيخ (ره): من قوله: **«لَوباعهُ لثالث»** انّهُ باعهُ بهذا الشّكل الّذِى كانَ موردَ الاخبارِ، **فهُوَ انّهُ اوّلاً: لا يُساعِدُهُ قولُه: «باينا علىٰ تملّكِهِ واعتقاداً علىٰ تملّكِهِ».**

وثانياً: لا يصّحُ حكمهُ الاوّلُ وهُوَ انّهُ «اذا اَجازَ مالكُهُ يصّحُ»

لانّهُ لَمْ يتحقّقُ البيعُ علىٰ الفرضِ حينئذٍ ولَمْ يتحقّقِ الانشاءُ ولَمْيحصلْ ما لزمَ حُصولُه **من شرائِطِ صحّةِ العقدِ الّا الرّضىٰ** ولكن يصّحُ حكمُهُ الثّانِى.

وبالجملةِ: الفرعُ الّذِى عنونهُ الشّيخُ، ابتنىٰ حكمهُ علىٰ ما قرّرهُ فِى معنىٰ الاخبارِ وحيثُ كانَ مبناهُ لايخلُو عَن اشكالٍ **وكذلكَ الّذِى فرّعَ عليه اَيْضاً، لايخلُو عَن ضعفٍ واِشكالٍ.**

لانّ هذا النّوعَ من الفرعِ، مبنِّىٌ علىٰ انّ مسألَةَ: **«من باعَ شيئاً ثُمَّ اشتراهُ واجازهُ»، كانَ موردَ الاخبارِ** ونحنُ كمٰا قلنٰاه سابقاً: انّ موردَ الاخبارِ، كانَ مُبايَناً معَ هٰذا الفرضِ.

ثمَّ انّهُ قد ظَهَرَ ممّا ذكرناه فِى مَسألَةِ: «ما لَو باعَ لثالث الخ»، من انّ الثّالث لو اَجازَ البيعَ الفضوّلىّ اوْ اجازَ البائعُ الفضوّلىُّ بعدَ تملّكهما للمبيعِ صحَّ البيعِ ونفذَ، انّ البائعَ الفضوّلىّ لو لَمْ يجزِ البيعَ الّذِى اوقعهُ فُضولاً وتملّكهُ بعدُ، بطلَ البيعُ لدخولِهِ تحتَ الاخبارِ النّاهيّة عَن عدمِ جواز بيعِ ما ليسَ عندَكَ، حيثُ باعَ مالَ الغيرِ لثالثٍ، بانِياً علىٰ انّهُ مالكٌ لهُ اوْ عُدواناً ولَمْ يجز البايعُ بعدَ تملّكِه لهُ؛

ولنا دليلٌ آخَر علىٰ بطلانِ البيعِ الاوّلِ الصّادرِ من العاقدِ الفضوّلىّ البائعِ مالَ الغيرِ

لِنَفسِهِ بالاضافَةِ اِلىٰ ذلكَ الدَليلِ. **والدَّليلُ الآخرُ هُوَ قاعدة: «النّاسُ مسلَّطونَ علىٰ اموالِهِمْ»**. فالقولُ بِصَحّةِ مثلِ هذا العقدِ، يتنافِى مع قاعدةِ التّسلّطِ.

ومُضافاً الىٰ قاعدةِ «تَسلّطِ النّاس علىٰ اموالِهِمْ،» لنا دليلٌ آخر علىٰ بطلانِ العقدِ المذكورِ وهُوَ قاعدةُ: **«لا يحلُّ مالُ امرءٍ الّا بطيبِ نفسِهِ»**

فانَّ صيرورةَ الاموالِ حَلالاً، لا تتصوَّرُ الّا معَ طيبِ النَّفسِ وحيثُ لَمْ يمضِ المالكُ العقدَ الواقعَ فُضُولاً، دلَّ علىٰ حُرمَةِ الاموالِ، فَالقولُ بالصَّحّةِ يتنافِى معَ طيبِ النّفسِ فانّ المفروضَ انّ البايعَ بعدَ ماصارَ مالِكاً، لَمْ تطبْ نفسَه بكونِ مالِهُ للمشترِى الاوَّلِ، والتزامُهُ قبلَ تملكِهِ بكونِ هذا المالِ المعيّنِ للمشترِى، ليسَ التِزاماً اِلّا انْ يكونَ مالُ غيره له.

دَفْعُ وَهْمٍ:

حاصِلُ الوَهمِ انَّهُ لَو كانَ البائِعُ بعدَ انْ صارَ مالِكاً للمبيعِ، لَمْ تَطِبْ نفسُهُ بكونِ مالِهِ للمشتَرِى فلمٰا اذا التزمَ بكونِهِ لهُ قبلَ تملّكِهِ لَهُ؟

فالالتزامُ هذا، دليلٌ علىٰ وجودِ طيبِ النَّفسِ لهُ بعدَ تملّكِهِ لهُ.

قد اَجابَ الشّيخُ (ره) عَنِ الوهمِ المذكُورِ ماحاصلُهُ:

اِنّ الالتزامَ المذكورَ كانَ فِى قِبالِ مالِ الغيرِ، فَانَّ البائعَ حينَ البيع، لَمْ يَتَمَلّكِ المبيعَ وانّما اقدمَ علىٰ مالِ الغيرِ.

ولعلَّ لاجلِ ما ذكرناه مِن اَنّ مقتضىٰ عمومِ: **«اوفوُا بالعقودِ» و «المؤمنونَ عندَ شروطِهِمْ»** هُوَ اللّزومُ بكلِّ عقدٍ وشرطٍ صدرَ منَ العاقِدِ والشّارِطِ بمجرّدِ انتقالِ المالِ اليهِ،

رجّحَ فخرُ الدّينِ فِى الاِيضاحِ بناءً علىٰ صحّةِ الفضولىِّ، صحّةَ العقدِ المذكورِ وهُوَ صَحّةُ بيعِ الفضوّلىِّ مالَ الغيرِ لنفسِهِ ثمَّ ملكَهُ فلَمْ يجزْ بمجردِ الانتقالِ من دونِ توقّفٍ علىٰ الاجازَةِ.

ويلوحُ هذٰا اى صحّةُ مثل هذا العقدِ من الشَّهيدِ الثّانى فِى باب هِبَة «المسالك» **وقد سبق استظهارُ هذا من الشّيخِ سابِقاً** من ظاهِرِ عبارَةِ المحقّقِ فِى المعُتَبرِ فِى بابِ الزَّكاة فيما اِذا باعَ المالكُ، النِّصابَ قبلَ اخراجِ الزّكاةِ اوْ رهنِهِ.

لكن لزومُ الوفاءِ بالعقدِ ضعيفٌ: لان البايعَ الفضوّلىِّ قبلَ تملّكِهِ للمبيعِ وحينَ البيعِ، لَمْ يكُن مالكاً لهُ حتّىٰ يتوجَّهُ نحوُهُ خطاب وجوب الوفاءِ فلايكونَ مُلتزماً به، وبعدَ التّملّك لهُ شكّ فِى توجّه الخطاب نحوه والتزامهُ بوجوبِ الوَفاءِ فنستصحبُ عدمَ الوجوبِ والالتزامِ

وانّما نقُولُ بالاستصحابِ، لانّ المقامَ هنٰا، يقتضِى استصحابَ حكمِ الخاصِّ الَّذِى هُوَ بيعُ الفضوّلىِّ مالَ الغيرِ لنفسِهِ ثمَّ ملكِهُ فلَمْ يجز، اذ قبلَ التّملّكِ، لَمْيكُن مأموراً بالوفاءِ كمٰا عَلِمْتَ، وَبعدَ التّملّكِ وعدمِ الاجازَةِ، نَشُكُّ فِى وجوبِ الوفاءِ

عليهِ فنجرى استصحاب ذاكَ الحكمِ الخاصِّ.

وليسَ المقامِ فيما نحنُ فيهِ مقامَ الرّجوعِ الىٰ حكم العامِّ وهُوَ وجوب الوفاء عندَ ما تملّك العاقدُ الفضوّليِّ، المبيعَ فِى صورةِ الشكّ فِى وجوبِ الوفاءِ.

الشّيخ (ره) بعدَ ذكرِ المطالبِ السّابقةِ قالَ: «فتأمّل».

لعلّهُ (ره) بقولهُ «فتأمّل» اشارَ الىٰ انّ المقامَ، مقامُ الرّجوعِ الىٰ حكم العامّ، لا الىٰ حكمِ الخاصِّ.

بيان ذلِك: انّ العمومَ علىٰ قسمينِ:

عمومٌ ازمانِيٌّ، وعمومٌ اِستمراريٌّ افراديٌّ.

امّا الاوّلُ فمثل قولكِ: **«اَكرم العلماءَ كُلَّ يومٍ»، «لاتهنْ الفَقيرَ كلّ يوم»** فاذٰا جاءَ مُخصّصٌ لهذا العموم الْأزمانيِّ الافراديّ كمٰا فِى قولكَ: «لا تكرم زيد العالَم فِى يوم الجمعة، اَواهِنْ زيد الفقيرَ فِى يَومِ الجمعة.

فمضىٰ يومُ الجمعةِ وجاءَ يومُ السّبت فنّشكَ فِى اكرام زيدٍ، اوْعدم اهانتِهِ فِى يومِالسّبت وما بعدَهُ فنحكُمُ باكرامِهِ، وبعدَم اِهانتَهِ، لشمولِ العُموم الْأزمانيّ الافراديّ لهُ حينئذٍ، حيثُ اُخِذَ فيهِ عمومُ الازمانِ اَفراديّاً اى اُخِذَ فيهِ كلُّ زمانٍ موضوعاً مستقلّاً لحكُمٍ مستقلٍّ، لينحلّ العمومُ الىٰ احكامٍ متعدّدةٍ بعدَدِ تلكَ الازمانِ،

ولامجال لاستصحابِ حكمِ الخاصِ وهُوَ عدم وجوبِ اكرامِ زيدٍ فِى يومِ الجمعة بعدَ قيام الاجماعِ عليه، اوْ اهانتِهِ.

وامّا الثّانى فكما فِى قولك: اَكرامِ العلماءَ دائماً ثمَّ قيل: «لاتكرمْ زيداً يومَ الجمعة» ثمَّ جاء يوم السّبتِ فَشَكٍّ فِى اكرام يومَ السّبتِ ومٰا بعدَه.

فيجرى هنٰا استصحابُ حكم الخاصّ: «وهُوَ عدم اكرامَ زيدٍ»، حيثُ انّ موردَ التّخصيصِ هى الافرادُ دونَ الازمانِ فلَمْ تؤخذ فِى موضوعِه، الازمانُ.

ثمَّ لا يخفىٰ عليكَ: انَّهُ لا فرق بينَ استفادةِ الدّوامِ والاستمرارِ من حاقِّ اللّفْظِ كمٰا فِى مثلنٰا لكَ، اوْمن الاطلاقِ كمٰا فِى قولكَ: «تواضَع للنّاسِ»

اذا عرفت هذينِ العمومينَ فنقولُ:

انّ ما نحنُ فيهِ وهُوَ بيعُ الفضوّلىِّ مال الغير لنفسِهِ ثمَّ ملكه ولَمْ يجز، من قبيلِ عمومٍ استمراريٍّ فيكونَ المقامُ، مقامَ استصحابِ الخاصّ، لانَّ عموم: «**اوفوُا بالعقودِ**» المتوجُّهُ الىٰ المتعاقدينَ، قد خُصّ من جهةِ خروجُ العاقدِ غيرِ المالكِ وقَد كانَ الفضوّلىُّ البائعُ مالَ الغيرِ لمالكِهِ غيرِ مالكِ فيكونُ غيرِ مأمورٍ بالوفاءِ بالعقدِ، وحينَ ان صارَ مالكاً لما باعهُ فضولاً نشُّكُ فِى توجّهُ الخطاب العامِّ نحوهُ فنستصحب العدم.

لكن نقولُ: انّ خروجَ الفضوّلىِّ البائعِ مالَ الغيرُ، انّما هُوَ لاجل انَّهُ غيرُ مالكٍ: لابوجودِ نصٍّ فِى ذلك بخصوصِهِ.

والمفروضُ: انَّهُ اصبح مالكاً فارتفع المانعُ معَ وجود المقتضِى وهُوَ كونِه عاقداً فيتوجّهُ نحوهُ حينئذٍ الامرُ بالوفاءِ.

ففِى الواقع ونفسِ الامرِ قد تبدّل موضوعُ الخاصِّ واندرجَ تحتَ عنوانِ العامِّ فيجرِى عليهِ حكمُهُ فهُوَ من قبيلِ قولكِ: «**اَكرِم العلماءِ**» ثمَّ نقولُ: «**لا تكرم الفسّاق منهُم**» وكانَ زيدُ العالَمُ فاسقاً فيخرجُ عَن تحتِ ذلك العمومِ ثمَّ تابَ وصارَ عادلاً، فانَّهُ حينئذٍ يجرى عليهِ حكم الاكرامِ، ولايجرى عليهِ حكم الخاصِّ الَّذِى هُوَ عدمُ الاكرامِ، لتبدلِّ موضوعِ الخاصِّ؛ واندراجِهُ تحتَ عنوانِ العامِّ.

ولنا بالاضافةِ الىٰ استصحابِ حكمِ الخاصِّ دلائل اُخرىٰ:

منها معارضةُ: «**النّاس مسلّطون علىٰ اموالِهم**» معَ العمومِ المذكورِ وهُوَ وجوبِ الوفاءِ فانّ هذا الدّليل حاكمٌ عليهِ، لانّه لا تحلُّ اموالُ النّاسِ بغيرهُم الّابطيبِ انفسهمِ.

ومن الواضحِ: انّ البائع الفضوّلىِّ قدْ اصبح مالكاً للمبيعِ ولَمْ يجزْ فلايجوزُ التّصرف فيهِ بغيرِ اذنِهِ.

ومنها: معارضة العمومُ المذكورِ بفحوىٰ روايةِ الحسن بن زيد الطّائِى، المتقدّمة فِى نكاحِ العبدِ بدونِ اذنِ مولاهُ وانّ عتقهُ لا يُجدِى فِى لزوم النّكاحِ لَو لاسكُوتُ المولىٰ الَّذِى هُوَ بمنزلةِ الاِجازَةِ.

ثمَّ لَوسُلِّمَ عدمُ توقّفِ بيعِ الفضوّلىِّ مالَ الغيرِ للمالكِ ثمَّ ملكُه ولَـمْ يُـجز عـلىٰ الاجازَةِ، فإنّما هُوَ فيما اذا باعَ الفضوّلىُّ لنفسِهِ.

اما لَوباعَ فضولاً للمالِكِ، اَوْ الثّالثِ ثمَّ ملِكَ هُوَ فجريانُ عـمومِ الوفـاءِ بـالعقودِ والشّروطُ بالنّسبةِ الىٰ البائع اَشكلُ.

وَلَو باعَ وكالةً عَن المالك فبانَ انعزاله بموتِ الموكّلِ فلا اشكالَ فِى عدمِ وقوعِ البيعِ لهُ بدونِ الاجازَةِ ولاٰ معهٰا.

نعم: يقعُ للوارثِ معَ اجازتِهِ.

نحنُ نقولُ: مضافاً الىٰ ما قلنٰاه من المُناقِشَةِ فِى نظرَ الشّيخ (ره) بالنّسبةِ الىٰ موردِ الاخبارِ، نقلنٰا هنٰا اَيْضاً انّ نظرَ الشّيخ الطّوسىِّ (ره) وفخر المحقّقينِ **وبالجملةِ من** ذهبَ الىٰ الصحّةِ فِى عدمِ الاِجازَةِ، انّما هُوَ فِى بيعِ الفضوّلىِّ لا فِى موردِ الاخبارِ النّاهيةِ.

كيفَ معَ اَنّ العلّامة (ره) اِدّعَىٰ الاجماعَ بعدَ الجـواب عَـن اسـتدلالِ القـائلينِ بالبطلانِ لقولهُ(ع): «**لا تـبعْ مـا ليسَ عـندكَ**» قـالَ (ره) انّ هـذا واردٌ فِـى المسألةِ الايقاعيّةِ وهِى مٰا لَوذهبَ واشترى وسَلَّمَهُ الىٰ البايع لانَّهُ قالَ: «جواباً لحكيمِ بنِ جزامَة حيثُ... الخ».

وما نسبَ شيخينٰا الانـصارَى (ره) الىٰ الشّـيخِ الطُّـوسىِّ (ره) وفَـخر المـحقّقينِ وغيرهِما من انَّهُم قالُوا فِى موردِ الاخبارِ انَّهُ اذٰا وقعت معاملةٌ ولَمْ يُجز، كانَ صحيحاً بدون الاِجازَةِ اَيْضاً كانَ منشاؤه، الفتوىٰ الّتى كانتْ فِى بيعِ النُّصّاب وكـانت هـذهِ الفتوىٰ فِى موردِ البَيعِ الفضوّلىِّ معَ قطعِ نَظَرٍ عَن الاشكال الخاصِّ الَّذِى ذكرَ فِـى موردهِ وهُوَ انَّهُ لعلّ تعلّق الزّكٰوة فِى نظر الشّيخِ، ليسَ ملكيّةً بالاشاعةِ وَلَو سلّمنا انّ تعلّقَهٰا بالنُّصاب ملكيّةً بالاِشاعةِ فهُوَ مربوطٌ بانَّهُ باعَ شيئاً فضولةً ثمَّ مـلكهُ وهُـوَ ليسَ مربوطاً بمسألةِ ما لَوباعَ مالَ الغيرِ بالغيرِ بقصدِ الاِشتراءِ من مالكِهِ وتسـليمِهِ الىٰ المشترِى ولاٰيجوز لفقيهٍ معَ ورودِ هذهِ الرّوايـاتِ ان يـقولَ حـتّىٰ فِـى مـوردِ الرّواياتِ، الَّذِى لايجيزهُ كانَ صحيحاً اَيْضاً.

وبالجملةِ؛ كلامُ الشّيخِ الطُّوسيِّ (ره) راجِعٌ الىٰ مسألةِ الفضوّليِّ ومـوردُ البـحثِ موردُ الرّواياتِ، غير مسألةِ الفضوليِّ **ولذا** لا يَصِّحُ التّرديدُ هنا حـيث كـانَ قـدراً متيقّناً.

هٰذه ملاحظةٌ أُخرىٰ فِی كلامِ الشّيخ (ره) حيثُ قالَ (ره): «**ثمَّ انَّهُ قد ظهرَ مـمّا** ذكرناهُ فِی المسألةِ المذكورةِ، حال المسألةِ الأُخرىٰ وهِی: **ما لَولَمْ يُجِزْ البائعُ بـعدَ تملّكهُ فانّ الظّاهرَ، بطلانُ البيعِ الاوَّلِ وهُوَ بـيعُ العـاقدِ الفـضوّليِّ لِـدخولهِ تـحت الاَخبارِ النّاهية عَن بيعِ ما ليسَ عندكَ يقيناً.**»[1]

ومعنىٰ هذا انّ فرضَ الاجازَةِ وعدمِ الاجازَةِ كانَ بينهُمٰا فرقٌ من لحاظ تطبيقِ المدركِ فهذا قدرٌ متيقّنٌ وذاكَ شیءٌ من قبيلِ التّرديدِ.

---

١. المجلد التّاسع من المكاسب من منشورات مؤسّسة دارالكتاب ص ٨۶ ٨٧.

نحنُ نقولُ: هذا اَيْضاً مبنِيٌ علىٰ التّوهّم السّابقِ من انّ موردَ الرّواياتِ، كانَ مسألة الفضوّليِّ والّا فِى موردَ الرّوايَةِ، السّمسارُ كانَ عالماً بانّ المالَ مالُ الغيرِ، باعَ مالَ الغيرِ ومعنىٰ بيعِ مال الغير معنىً مجازِيٌّ غيرُ حقيقىّ وكانَ هُوَ التزامٌ علىٰ اشترائِهِ مِن مالكِهِ الاصلىِّ واعطائِهِ الىٰ المشترِى واخْذِ الثَّمنِ وليسَ بيعاً وكانَ نوعاً من الالتزاماتِ الّتى وقعَ بينهُمٰا

فحينئذٍ اجازةُ عملِ نفسِهِ اوْ عدمِ اجازتِهِ، ما معنىٰ لَهُ؟

لانّه ان كانَ نفسُ الانسانِ صحيحاً مِن الاوّلِ، لَمْ يفرق بينَ اجازتِهِ فيمٰا بعدُ اوْ عدمِ اجازتهِ وان كانَ باطلاً فكانَ باطلاً اجازهُ اوْ لَمْ يُجزهُ.

فالاجازَةُ وعدمُهٰا، كانَ فِى موردِ تحوّلِ الفرضِ يعنِى باعَ الغاصِبُ مثلاً لنفسِهِ واَجازَ المالكُ لنفسِهِ اوْ باعَ الغيرُ لنفسِهِ ثمَّ صارَ مالكاً و اَراد اجازتَه.

و فِى هذهِ الموردِ، الاجازَةُ فيمٰا بعدُ اوْ عدمُهٰا، يمكنْ انْ يقع مَنشأً للتّرديدِ فِى المسألةِ يعنِى من جهةِ التّطبيقِ.

وامّٰا فيما نحنُ فيهِ اىْ فِى المسألةِ المبحوثةِ عنهٰا ليسَ تحوّلاً لانّ الفرضَ انّ مالَ الغيرِ وقعَ مورداً للبيعِ وبيعهُ معَ الاعترافِ بانَّهُ مال الغيرِ بمعنىٰ الالتزامِ بشرائِهِ من مالكِهِ الاصلىِّ وتملّكِهِ وتسليمِهِ الىٰ المشترِى وهذٰا البيعُ من السِّمسار وقعَ عالماً مَعَ التّوجّهِ بالطّرح وكونه امراً مجازيّاً فما معنىٰ اجازتهِ وعدمِ اجازتهِ؟ لانَّ الاجازَة لاجل انتسابِ البيعِ الىٰ المالكِ وهُوَ لمْ يكُنْ حاصلاً وامّٰا بعدَ عدمِ التّحوّلِ فلا معنىٰ للاجازةِ وعدمهِ.

والقولِ بالاجازَةِ وعدمِهٰا، ناشٍ من انَّهُ احتسبنا انَّهُ مثل الفضوّلىِّ وقلنٰا بانّ الاجازَةَ وعدمَهٰا كمٰا انَّهُ يؤثّرُ فِى بيعِ الفضوّلىِّ وكذلكَ هنٰا معَ انّ ما نحنُ فيه، لايرتبطُ بالبيعِ الفضوّلىِّ بل معاملةٌ جديدةٌ اِمّا كانت صحيحةً اوْباطلَةً؟

ثمَّ يؤيّد الشّيخ (ره) بانّ عدَم الاجازَةِ كانَ قدراً متيقّناً من الاخبارِ وانَّهُ يؤيّدُ القولَ ببطلانِهِ فِى صورةِ عدمِ الاجازَةِ بالنّسبةِ الىٰ الاخبارِ النّاهيةِ، قاعدةُ: **«النّاس مسلّطونَ علىٰ اموالهِمْ»** وعدم صيرورتهٰا حلالاً من دونِ طِيبِ النّفسِ فانّ المفروضَ

انّ البائعَ بعدَ ما صارَ مالكاً، لَمْ تطبْ نفسُهِ بكُونِ ماله للمشترِى الاوّل، والتزامُه قبلَ تملّكهِ بكونَ هذا المالِ المعيّنَ للمشترِى، ليسَ التزاماً الّا بكونِ مالِ غيره لهُ.

وبعبارةٍ أُخرىٰ: انّ البايع فِى بيعِ الفضوليِّ لنفسِهِ بادّعاء المالكيّةِ، كانَ راضياً لتصرُّفِ المال للمشترى ولكنّه لَمْ يكُن مالكاً حتّىٰ يكون راضياً بالتّصرف فيهِ وامّا انَّهُ كانَ مالكاً فيما بعدُ باعَ شيئاً فضولاً ثمَّ مَلِكَه فيجبُ اعتبارُ رضاهُ بعدَ كونهِ مالكاً فلا يكفِى عدمُ التّقارُنِ فِى الملكيّةِ والرّضىٰ وكونُ الرّضىٰ فِى زمانٍ لَمْ يكُن مالكاً فِـى هـذا الزَّمـانِ، لايكفِى بل يلزمُ الرّضىٰ حينَ كونِهِ مالِكاً لهُ يعنِى يعتبرُ رضِىٰ المالكِ بِما هُوَ مالكٌ.

فلا يكونُ فِى قولهُ﴿عليه السلام﴾: «**النّاسُ مُسَلَّطُونَ...**» كونهِ راضيّاً بالتّصرّفِ حينَ لَـمْ يكُن مالِكاً اوْحينَ كونهِ مالِكاً، لَمْ يكُن راضياً **لانّ** الحكم والموضوعَ، مقارنانِ رتبةً وزماناً فيلزمُ كونُ المالكَ راضياً فِى زمان مالكيّتهِ.

بناءً عليهِ: لَوباعَ مالَ الغيرِ ثمَّ ملكَه ولَمْ يرضَ بهِ، لا يكفِى وَلَو كانَ راضياً حينَ البيعِ اَيْضاً.

بناءً عليهِ يؤيّدُ مدلولُ قولهُ (ص) «**النّاس مسلّطون...**» مدلولَ الاخبارِ النّاهيةِ حيثُ انّ الاخبار الواردة، تدلُّ علىٰ عدمِ صحَّتِهِ بدونِ الاجازَةِ وهُوَ القدرُ المتيقِّنُ من الاخبارِ.

وقولهُ (ص): «النّاسُ مسلّطونَ...» اَيْضاً يؤيّدُ هذا المضمون الّا انَ يقالَ: انّ هنا، كان: «**اوفوُا بالعقود**» اَيْضاً ومقتضى: اوفوُا هنا، معارضٌ للاخـبارِ الواردةِ المـانعةِ واَيْضاً معارضٌ معَ قولهُ﴿عليه السلام﴾: «**النّاس مسلّطونَ...**» لانَّ «**اوفوُا بالعقودِ**» يدلُّ علىٰ حكمِ البايعِ الّذى اوقع البيعَ علىٰ مال الغير فيلزمُ الوفاءُ بعقده وَلَولَمْ يتوجَّهْ عـلىٰ البايعِ الفضوليِّ، «**اوفوُا بالعُقودِ**» الىٰ زمان مالكيّته لانّه لَمْ يكُن مالهُ حتّىٰ يفِى بالعقد وامّا بعدَ كونه مالكاً فيجِب الوفاءُ بهِ.

«**فاوفوُا بالعقودِ**» يقتضِى انّ الوفاءَ بالعقدِ بمجرّدِ التّملكِ وانَّهُ يعطِى هذا المـال بمجرّدِ التّملكِ، الىٰ المشترِى الاوّلِ **ومعنىٰ هذا** انَّهُ اذا باعَ مالَ الغيرِ ثمَّ اشتَرىٰ المال مِن مالكهِ ولَمْ يُجِز البيع الاوّل، يكونُ صحيحاً. وقـالَ الشّـيخ (ره): لعـلّ الشّـيخ الطّوسىِّ (ره) بالنّظر اِلىٰ: «**اوفوُا بالعقودِ**» قالَ: انّ البايع الفضوليِّ اذا باعهُ لنفسِهِ وثمَّ

ملكهُ قالَ (ره): انَّهُ لايحتاج الىٰ الاجازَةِ.

وفخر المحقّقينِ (ره) الَّذِى مال الىٰ ذلك، كانَ نظرهُ اَيضاً الىٰ ذلك **ثمَّ اورد الشّيخ** علىٰ الشّيخ الطّوسىِّ (ره) وفخر المحقّقينِ (ره) بانَّ التّمسكَ **«باوفوُا بالعقود»** لايصّحُ هنٰا لانّ: **«اوفوُا بالعقودُ»** الَّذِى كانَ مُخَصَّصَاً فِى زمانٍ، لايجوزِ التّمسكُ فِى الزّمانِ الثّانى **لانَّ** هذا العقدَ فِى فرضنا فِى زمانِ وقوعِه، لَمْيكُن واجبَ الوفاءِ، حيثُ لَـمْ يكُن مالِكاً وامّا بعدَ كَونه مالكاً فاذا فرضنا كونه واجبَ الوفاءِ، فهُوَ بمنزلة انّ فرداً خرجَ فِى زمانِ من تحتِ العامِّ وخُصِّص به فِى زمانٍ واَردنا العملُ بالعامّ والتّمسكِ به فِى الزّمانِ الثّانى الَّذِى كانَ مَشكُوكاً، قالوا: انّ هذا لايصّحُ كمٰا قلنٰاه كـراراً مـثلاً: «اوفوُا بالعقودِ» يقتضى ويوجبُ كلَّ عقدٍ حتّىٰ العقد المغبونِ، كـانَ واجب الوفـاءِ ولكن قاعدةُ **«لاضرر»** وغيرها، خَصَّصَ: **«اوفوُا بالعقودِ»** وقالَ: انّ العقدَ المغبونَ، ليسَ بواجب الوفاءِ هل الخيارُ، فوريٌّ اوْمتراخٍ؟ قالَ بعضٌ هنٰا: انّ الخيارَ، فـوريٌّ لانَّ القول بالتّراخى، يستلزم كثرةَ التّخصيصِ.

ودعوى: انّ عدم العملِ بالعامِّ ينبغِى انْ يكونَ فِى الآنِ الاوّلِ لا الآناتِ البعدَيّةِ.

اجاب عنه الشّيخُ (ره) بانّ العقدَ المغبون، كانَ فرداً من العامِّ وكانَ العامُّ، شاملاً لهُ مرّةً واحدةً فاذا خرجَ عنه، لايشملهُ فيما بعدُ اَيْضاً.

وامّا القولُ بانّ الحكم كانَ دائماً فهُوَ بـاعتبارِ عُـمومهِ الاَزمـانىّ وانّ الزَّمـان، ظرفُ الحكمِ واذا لَمْ يكُن القيدُ موجوداً فبقىٰ مابَقِىَ الدّهرُ، لا انّ كلّ زمـانٍ، كـانَ فرداً خاصّاً للعامِّ مثل **«اَكرمِ ريداًكلّ يومٍ»** و **«اَعطِ وتصدّق علىٰ الفقير كلّ يـومٍ»** اوْ **«صمّ من كلِّ يومِ من اَيّامِ رمـضانِ»** و **«كـلّ مـازالتِ الشّمسُ، وجـبتِ الصّـلاةُ والطّهُورُ»**

والشّيخ (ره) قالَ: اِنّا حقّقنا فِى علم الْاُصولِ انَّالعامِّ اذا لَمْ يكُنْ معمولاً به وخُصِّصَ فِى اوّل الوجودِ، لايجوزُ التّمسكُّ بالعامِّ فِى ثانىِّ الازمنةِ. ومانحنُ فيهِ اَيْضاً مـن هـذا القبيلِ لانَّ من باعَ شيئاً ثمَّ اشتراهُ، لَمْ يكُن هذٰا، حينَ البيعِ، واجبَ الوفاءِ وثمَّ اشـتراهُ ومَلكَ، لايجوزُ شمُولُالعامِّ لهُ بعدَ مدّةٍ لانّ لِلعامِّ ظهورٌ واحدُ وهُوَ اَيْضاً خُصِّصِ.

مسألة: ما لَو باعَ مالَ الغيرِ فضُولاً ثمَّ ورثَ مالَ الغيرِ حكمهُ شرعاً ماذا؟

قلنا سابقاً فِى مسألة ماقالَو باعَ مالَ الغيرِ فضولاً ثمَّ اشتراهُ واجازَ، هل يصّحُ من دونِ حاجةٍ الىٰ الاجازَةِ اوْيصّحُ موقوفاً علىٰ الاجازَةِ اوْيبطلُ؟ فيهِ وجـوهٌ ثـلاثةٌ بَحَثْنا عنه سابِقاً.

قد يقالُ: انّ موردَ هذهِ الوجوهِ الثّلاثةِ بطلاناً اوْصحيحاً ايقافاً علىٰ الاجازَةِ اوْ صحيحاً من دونِ حاجةٍ الىٰ الاجازَةِ، ما لَو ملكهٰا بغيرِ مثلِ الارثِ وامّا ما لَوباعَ مالَ الغيرِ فضولاً ثمَّ ورث مالَ الغيرِ فلهُ حكمٌ عليٰحِدّة وبحثٌ عليٰحِدّة.

قد تعرّضَ لهذهِ المسألةِ بعضُ المحشّين وتعرّض لهٰا الشّيخُ فيما سبقَ ولاٰيـخلو التّعرضُ لهٰا عَن فايدةٍ ونكتةٍ.

وتوضيحهٰا: انّ المطالبَ الّتى ذكرناهٰا فِى مسألةِ: «**من باعَ مالَ الغيرِ فضولاً ثـمَّ اِشتراهُ واَجازَ**»، لاتجرِى فيمٰا لَوباعَ مالَ الغيرِ ثمَّ ملكه بالارثِ.

والسرّ فِى ذلكِ انّ ماهيّةَ انتقالِ مالِ الارثِ معَ ماهيّةِ وضعِ الانتقالِ فِى النّواقلِ القهريّةِ اوْ الاختياريّةِ، تختلفانِ وكانا وضعينِ مختلفينِ كمٰا حقّقَ بعضُ الفقهاءِ فِى المسألةِ وقالُوا: انّ فِى اِنتقال الملكِ منَ المورّثِ لوارثِهِ، تبديلُ المالكِ الىٰ مالكٍ آخَر لا انتقالُ الملكِ.

نعم: يتحقّقُ انتقالُ الملكِ فِى ضمنِ تبديلِ المالكين **ولكن** يفترقانِ فِى الاعتبارِ **ولذاكانَ يقولُ بعضُ** مشايخنا رضوانُ الله تعالىٰ عليهمْ: «علىٰ الفـرضِ اذا اُحـيِىَ ميّتٌ ثُمَّ رأىٰ الحيُّ الَّذِى كانَ ميّتاً انّ الاموالَ قد قسّمتْ، يجوزُ لهُ تصاحبُ امواٰلِهِ والتّصرّفُ فيهٰا ولاٰيسمعُ القولُ بانَّ الاموالَ قد قسمّتْ بعدَ موتهِ فليسَ انتقالُ الملكِ منَ المورّثِ الىٰ الورثةِ، بمنزلةِ انتقالِ الملكِ من مالكٍ الىٰ مالكٍ آخَر.»

بالجملة اعتبارُ المالكيّة بالاِرثِ، اعتبار تبديلِ المالِك طولاً لا انتقالِ الملكِ من مالكٍ الىٰ مالكٍ آخر فِى عرضٍ واحدٍ.

فليسَ اعتبارُ المالكِ بالارثِ، اعتبارَ من باعَ مالَ الغيرِ فضولاً ثمَّ اشتراهُ ومَلِكَ.

و الىٰ هذا، اشارَ المحقّقُ النّائينىّ فِى تقريراته فِى بعضِ كلماتهِ:

بانَّ ما لو باعَ شيئاً ثمَّ ورثهُ غيرُ ما لَوباعَ شيئاً ثمَّ اشتراهُ وفِى مسألةِ الارثِ قلنا انَّهُ قابلٌ للاجازةِ قطعاً وَلَو قلنا هناكَ بالبطلانِ.

والحاصلُ انّ اعتبارُ انتقالِ المالِ منَ المورّثِ الىٰ الوارثِ، ليسَ اعتبارهُ، اعتبارَ المالكينِ فِى عرضٍ واحدٍ بحيثُ ينتقلُ من احدهما الىٰ آخَر بلْ اعتبارُهُ، اعتبارُ المالكينِ طولاً والمالكُ الثّانِى مثلُ الابنِ وغيرهِ من سايرِ الوُرّاثِ كانَّهُ وجودٌ تنزيلىٌّ للمالكِ الاوَّلِ ومقامهُ مقامَ المالكِ الاوَّلِ وكانَّهُ هُوَ هُوَ **ولذا لَمْ** يقعِ التّبدلُ فِى الملكيّةِ **وبعبارةٍ اخرىٰ:** اجازةُ الوارثِ بحقِّ مورّثِهِ.

وليسَ هذا مَحلّاً للبحثِ فِى انّ هذا النّظرَ والدقّة معَ كونهِ صحيحاً فِى الجملةِ ومعَ ذلكَ قابلٌ للبحثِ فِى فروعاتِهِ وافرادهِ وآثارهِ الفقهيّةِ والبحثُ عنه استقصاءٌ، يجب فِى مكان آخر.

بالجملة نظرُ الشّيخِ (ره) والسّيّدِ انّ الاجازَةَ، ليستْ حقّاً حتّىٰ يورثَ بل كانَ حكماً وبناءً عليه: الوارثُ لَوباعَ مالَ الغيرِ ثمَّ اشتراهُ، حكمهُ حكمُ ما لَوباعَ مالَ الغيرِ ثمَّ ورثَ وتملّكَ بالارثِ يعنى انَّهُ لا فرقَ بينَ الارثِ وغيرهُ والسّيّد (ره) فِى الحاشيّةِ فِى جزءِ التّنبيهاتِ صرّحَ بانَّهُ لا فرقَ بينَ الارثِ وغيرهِ.

الظّاهرُ انّ الحقَّ معَ الشّيخُ والسّيّد (ره) بانَّهُ لافرقَ بينَ الارثِ وغيرِهِ والمطلبُ الَّذِى نقلناهُ عَن المحقّقِ النّائينىِّ (ره) معَ كونِهِ مَطلَباً دَقيقاً ولَطيفاً **ولكنْ ليسَ مطلباً مبدّلاً** الحكمَ الفقهىِّ إذا كانَ ظاهرُ الادلّةِ، الانتقالَ.

المسألة الثّالثةُ: ما لَو باعَ معتقداً بانَّهُ غير جايزِ التّصرُّفِ وبانّ انَّهُ جايزُ التّصرفِ.

الشّيخُ (ره) ذكرَ انَّ لهُ اربعةُ فروضُ و شقوقٍ وصورٌ اربعةٌ:

الصّورة الاولىٰ انَّهُ يعتقدُ كُونه غير مالكٍ ثمَّ بانَّ انَّهُ مالكٌ حينَ البيعِ وهُوَ لَمْ يتوجَّه الىٰ كونهِ مالكاً **و تارةً اخرىٰ يعتقدُ** كونهُ غيرَ ولىٍّ ثمَّ بانَ انَّهُ وَليّاً حينَ البيعِ.

والمقصودُ منَ الولايةِ اَيْضاً اعمُّ منَ الولايةِ الشّرعيّةِ والولايةِ المالكيّةِ يعنى اعّمُ منَ الولىِّ الجبرىِّ وغيرِ الاختيارىِّ كالابِ والجدِّ والحاكمِ وعدول المؤمنينَ، من الولىِّ الاختيارىِّ كالوكيلِ اوْ الوصىِّ اوْ المتولىِّ للوقفِ.

وهذا اَيْضاً لهُ فرضانِ: تارةً باعَ عَن المالكِ واُخرىٰ باعَ لنفسِهِ مثلاً باعَ الولىُّ، مالَ الصّغارِ عَن قبلِ الصّغارِ لقصدِ انتقالِ المالِ من ملكِ الصّغارِ الىٰ ملكِ الغيرِ ودخولِ الثّمنِ فِى ملكِ الصّغارِ بزعمِ اِنَّهُ لَمْ يكُن وليّاً للصّغارِ، ثمَّ بانّ انَّهُ قيّمٌ للصّغارِ بتعيينِ الميّتِ اوْ زعمَ انَّهُ باعَ مالَ الكبيرِ مثلِ زيدٍ من دونِ الولايةِ ثمَّ بانَ انَّهُ وكيلٌ عنه وكانَ المالكُ قد اذنَ فِى البيعِ.

بالجملة؛ فِى صورةِ من يزعمُ انَّهُ غيرَ ولىٍّ فبانَ كونُهُ وليّاً، كانَ لهُ فرضانِ:

الاوّلُ: انْ يبيعَهُ عَن المالِكِ.

الصّورةُ الثّانية: اَنْ يبيعهُ لنفسِهِ غَصباً ثمَّ بانَ انَّهُ ولىٌّ واقِعاً.

الشّيخُ (ره) قالَ: فِى الفرضِ الاوّلِ وهُوَ انَّهُ يبيعُ عَن المالكِ، انَّهُ صحيحٌ لا اشكالَ فيهِ ولاٰ موردَ هنٰا للكلامِ منَ الفضوّليِّ والاجازَةِ والبطلانِ لانّه الفرضُ انَّهُ اوقعَ بيعاً وعقداً وحصلَ القصدُ وسايرُ الشّرائطِ و باعهُ عَن مالكهِ والمقتضِى، موجودٌ والمانع، مفقودٌ.

غاية الامرِ، يزعمُ انَّهُ غيرِ جايزِ التّصرفِ ثمَّ بانَ انَّهُ جايزُ التّصرفِ واعتقادهُ بانَّهُ غيرِ جايزِ التّصرفِ وهذٰا، لايؤثّرُ فِى صحّةِ المعاملةِ وفسادهٰا كمٰا انّ احداً اذا زعمَ انّ معاملةً كانت ربويّاً محرّماً باطِلاً **ومعَ ذلك اقدمَ** عليهِ ثمَّ بانَ انَّهُ لَمْ يكُن ربويّاً وليسَ محرّماً وليسَ باطِلاً وهُوَ ان كانَ تجرّأ وَلَو قلنٰا بحرمةِ التّجرِىّ وَ لَو قلنٰا انّ النّهى فِى التّجرىِّ، تعلّقَ بالفعلِ لا انَّهُ مربوطٌ بالقصدِ ونيّةِ العصيانِ ومعَ ذلك، تصحُّ

هذهِ المعاملةُ لانَّ النّهىَ المتعلّقَ بخارجِ المعاملَةِ من بابِ التّجرىِّ، لايوجبُ الفسادَ.

بعبارةٍ اخرىٰ، لَمْ يكُن للعلمِ، موضوعيّةٌ بل هُوَ طريقيٌّ يعنِى لادخالةَ للعلمِ فِى موضوعِ الحكمِ والموضوعِ، لزومُ وجودِ البيعِ والمالكِ وبيعِ الولىِّ وتمامُ هذهِ الشّرائِطِ، كانتْ حاصلةً **وغايةُ مالَمْ** يكُن هنا، انَّهُ يعتقدُ انَّهُ غيرُ ولىٍّ و زعمَ انّ المعاملةَ، فضوليٌّ ثمَّ بان انَّهُ ليسَ بفضوليٍّ بل لهُ ولايةٌ.

الغرضُ الثّانى منَ الفروضِ الاربعةِ، هُوَ بيعُ مالِ الكبيرِ اوْ الصَّغيرِ لنفسِهِ ثمَّ بانَ انَّهُ وكيلٌ اوْ ولىٌّ قيّمٌ قالَ الشّيخ (ره) هنا:

«الظّاهِرُ صحّةُ العقدِ (ولزومُ العقدِ والبيعِ) لما عرفتَ: من انّ قصدَ بيعِ مالِ الغيرِ لنفسِهِ لاينفعُ ولايقدحُ.»

نعم: فِى توقّفهِ علىٰ اجازتِهِ لِلْمولىٰ عليهِ وجهٌ وذلك لانّه باعَ لنفسِهِ وقصدَ كونَهُ لنفسِهِ يوجبُ عدمَ وقوعِ البيعِ علىٰ الوجهِ المأذونِ.

لانّه ليستْ لهُ ولايةٌ للبيعِ لنفسِهِ بل ولايتهُ وكالتهُ للبيعِ عَن الصّغارِ والمالكِ، بناءً عليهِ ليسَ هذا البيعُ بلازمٍ لانَّ الولىّ كانَ مجازاً فِى البيعِ عَن الصّغارِ و بيعهِ عَنِ المالكِ لا لنفسِهِ **حينئذٍ كانَ لهُ** حكمُ الفضوّلىِّ ويحتاجُ الىٰ الاجازَةِ.

وكانَ الشّيخ (ره) رجَّحَ الاحتمالَ الاوَّلِ وهُوَ عدمُ الاحتياجِ الىٰ الاجازَةِ وكونَ البيعِ لازماً لانَّ عقيدةَ الشّيخِ (ره) انّ كونه لنفسِهِ اوْ عَن المالكِ، لَمْ يدخلْ فِى ماهيّةِ العقدِ ويمكنُ وقوعهُ لغواً اذا اقتضىٰ المورِدُ لغويّتهُ فبناءً عليهِ، البيعُ وقعَ عَن صلاحٍ وكانَ البايعُ وليّاً فِى الواقعِ فيقعُ عَن الصّغيرِ ولاٰ يحتاجُ الىٰ الاجازَةِ وامّا انَّهُ قصدَهُ لِنَفسِهِ، فَقَد يقعُ لغواً.

بناءً عَليه: فِى هذينِ الفرضينِ والصّورتينِ المذكورتينِ:

ايْ فرضٍ انَّهُ يبيعُ عَن المالكِ وبانَ كونهُ وليّاً وفرضِ كونِهِ بايِعاً لنفسِهِ؟ نظرُ الشّيخِ انَّهُ لايحتاجُ الىٰ الاجازَةِ فِى الفرضِ الاوَّلِ قطعاً وفِى الفرضِ الثّانى احتمالاً.

ثمَّ انّ الشّيخَ (ره) نقلَ عَنِ القاضِى عبارةً نقلهٰا العلّامةُ فِى المختلفِ.

وحاصلُ كلامِ القاضِى انّ السّيّد اذا اذنَ للعبدِ فِى التّجارةِ ولاٰ يعلَم العبدُ بذلِكَ

والعبد باعَ قبلَ العلمِ بالاذنِ عَن سيّدهِ، قالَ القاضىّ: انَّه، لايجوزُ شىءٌ ممّا فعلهُ فانْ عَلِمَ بعدَ اذنِ السّيّدِ لهُ وَاشترىٰ وباعَ جازَ ما فعلهُ بعدَ الاذنِ ولَمْ يجزْ ما فعلهُ قبلَ علمِ العبدِ باذنِ سيّده لهُ فِى التّجارةِ.

والعلّامةُ فِى المختلفِ بعدَ نقلِ العبارةِ عَن القاضِى قالَ:

يردُ عليهِ انّ المدارَ علىٰ واقعِ الاذنِ سواءٌ علمَ به العبدُ اوْ لم يعلَمْ لانَّ المدارَ، حصولُ الرّضا فِى الواقعِ حيثُ وردَ: «**لا يحلُّ مالُ امرُؤٍ الّا بطيبِ نفسِهِ.**» اى الّا باذنِهِ والفرضُ انَّهُ اذن بذلِك وطابَ نفسهُ لذلك واقعاً وعدمُ علمِه، لامؤثّرَ هنا.

بعبارةٍ اُخرىٰ، العلمُ هنا طريقيٌّ ولَمْ تكنْ لهُ الموضوعيّةُ.

وحاصلهُ قالَ العلّامةُ (ره): قولُ القاضِى، لايصّحُ لانَّ بعدَ فرضِ الاذنِ واقعاً، حصلَ الشّرطُ ويكونُ العقدُ صحيحاً وعدمُ العلمِ بحصولِ الشّرطِ وهُوَ الاذنُ والرِضّىٰ، لادخالةَ لهُ.

والشّيخُ (ره) بعدَ نقلِ ايرادِ العلّامةِ علىٰ القاضِى قالَ: «هُوَ حسنٌ».

وجهُ الحسنِ: انّ القاضِى فِى الفرضِ الثّانِى وهُوَ امرُ السّيّدِ قوماً بالتّبايعِ معَ العبدُ. لايُعلَم بذلِك، حكمٌ بصحّةِ المعاملةِ وصحّةُ المعاملةِ تدلُّ علىٰ كفايةِ الاذنِ الواقعىِّ، **لانّهُ** المناطُ والملاكُ فِى الصّحّةِ، لاعلمهِ حتّىٰ يكونَ عدمُ علمهِ مناطاً للفسادِ.

ثمَّ لا يخفىٰ انّ صحّة ما افاده العلّامة مبنيّةٌ علىٰ الاكتفاءِ فِى الاذن بالرّضا النّفسِى مطلقا، اوْ علىٰ انّ الاذن من الايقاعات المحضة.

لايخفِى انّ للقاضِى (ره) تفصيلٌ آخر ليسَ هُوَ محلّاً للإستشهادِ لنا وهُوَ انَّهُ: فان امرَ السّيّدُ قوماً انْ يبايعُوا العبدَ والعبدُ لايعلَمُ باذنهِ لهُ، كانَ بيعهُ وشراءُ منهُمْ جائزاً وجرىٰ ذلك اى امر السّيّدُ قومَاً انْ يتبايعُوا عبدَهُ والعبدُ لايعلَمُ بذلِكَ، فجرىٰ الاذنُ الظّاهرُ، فانِ اشترىٰ العبدَ بعدَ صُدورِ الامرِ منَ المولىٰ الىٰ قومٍ بالتّبايعُ معَ العبدِ وَ باعَ جَازَ.

لنا انْ نقولُ: انَّ ارسالَ الشّيخِ (ره) المسألةِ ارسالاً مسلّماً، ليسَ بصحيحٍ وانَّ قولَ القاضِى فِى التّفصيلِ الاوّلِ وفِى كلامهِ الاوّلِ، لا تبعدُ صحّتُه معَ قطعِ النّظرِ عن

الاشكالِ فِى كلامهِ الثّانِى الَّذِى هوَ خارجٌ عن محلِّ الاِستشهادِ او تأويلهِ وتوجيههِ.

وذلك لانَّ العلمَ بالاذنِ يلزمُ لا لاجلِ انَّ للعلمِ موضوعيّةٌ بل باعتبارٍ آخرَ ولحاظٍ آخرَ وهوَ يظهرُ من كلماتهم فى بابِ الوكالةِ وماتصّحُ فيه الوكالةُ وما لا تصّحُ خصوصاً فى بابِ انَّ فِى ايِّ موردٍ تجرِى فيهِ الوكالةُ وقابلةٌ للاستنابةِ وايِّ موردٍ لم يكُن قابلاً للاِستنابةِ؟

قالُوا فى هذِه الابوابِ انَّ كلَّ فعلٍ سواءٌ كانَ عباديّاً او غيرِ عباديٍّ اذا كلّفَ الشّارعُ، وجودَ هذا الفعلِ علىٰ المكلّفِ او رتّبَ الاثرَ علىٰ فعل المكلّفِ بدونِ قيدِ المباشرةِ اعمٌّ من المباشرةِ والتّسبيبِ **قابلٌ للوكالةِ**.وامّا فِى كلِّ موردٍ قيّدتِ المباشرةُ، قِيداً للفعلِ فهوَ ليسَ بقابلٍ للوكالةِ.

فالمقصودُ من بيانِ هذا المطلبِ انَّ فعل الوكيل، فعلٌ سببيٌّ للموكّلِ مثل ان يقالُ: **فتح العسكرُ المدينةَ او فتحَ الامير المدينةَ** وقولهُ: «**فتحَ الاميرُ المدينةَ**» يصّحُ فيما اذا كانَ للامير، دخالةٌ فى فتحِ المدينةِ بالامرِ بالفتحِ وغيرِه وامّا إذا لم يأمرُ الامير علىٰ الفتحِ او امرَ الاميرَ علىٰ الفتحِ والعسكرُ لميتوجّهْ علىٰ امرهِ وفتحُوا انفسهمْ مِن ناحيتِهم فلايجُوزُ هذا القولُ: «**فتحَ الاميرُ المدينةَ**».

بعبارةٍ اخرىٰ: فعلُ الوكالةِ، فعلٌ تسبيبيٌّ، للشّخصِ يعنى فعلُ الشّخصِ باسقاطِ قيد المباشرةِ ويعتبرُ فيه انَّ يوجّهَ الىٰ اذنِ المالكِ حتّىٰ يكونَ العقدُ مستنداً الىٰ اذنِ المالكِ والدّاعىٍّ للفعلِ اَمرُ المالكِ.

ولِذا قالُوا: انَّ فى الوكالةِ، يعتبرُ القبولُ وكانت الوكالةُ من العقودِ وليست من قبيلِ الايقاعاتِ حتّىٰ تحتاجَ الىٰ طرفٍ واحدٍ واذنهِ.

بل تحتاجُ الىٰ الاذنِ وقبولِ الاذنِ.

غايةُ الامر، القبولُ اعمٌّ من القبولِ القوليِّ والقبولِ الفعليِّ.

بناءً علىٰ هذا، فِى موردِ مثالِ القاضِى الّذِى كانَ موردهُ الاذنَ والوكالةَ كيف يجوزُ لنا القولُ بانَّ الفعلَ وهوَ الصّادرُ منَ المأذونِ من دونِ التفاتٍ الىٰ اذنِ الآذِنِ من دونِ استنادٍ اليهِ ومن دونِ انْ يكونُ هو مبدَأ الارادةِ ومنْ دونِ استنادٍ اليهِ ومِن دونِ انْ

يكونَ هوَ مبدَأ الارادةِ ومن دونِ انْ يَكونَ هوَ السّببُ لفعلِ الوكيلِ والعبدِ **لانَّ** هذا، فعلٌ تسبيبيٌّ.

وفِی الفعلِ التّسبيبیِّ بدونِ اذنِ الآذنِ وبدونِ قبولِ اذنهِ ومنْ دونِ انْ يكونَ امرهُ، مبدأ لعملِ الوكيلِ، كيفَ يجوزُ انْ ينتسبَ الفعلُ اليهِ؟ وكيفَ يجوزُ القولُ بانَّ هـذا النّوعَ من الفعلِ، فعلُ الموكّلِ عليهِ وانَّهُ صدرَ عن الموكِّلِ تسبيباً؟ ومادامَ لمْ يصدقْ علىٰ الفعلِ انّه باع موكّله، لمْ يترتّب عليه الاثر؟

وهذا الكلامُ يجرِی فِی بابِ الاجارةِ اَيْضاً فلوْ امرَ شخصاً بعملٍ ولمْ يُسمعْ امرهُ ثُمَّ عَمِلَ العملَ فی دارهِ، لم تستحقُّ للاجيرِ مطالبةُ الاجرةِ.

بالجملةِ: الفقهاءُ قالُوا فی بابِ الوكالةِ انَّ القبولَ، يشترطُ فِی الوكالةِ والمـقصودُ من تحقّقِ القبولِ، تحقّقُ الفعلِ مستنداً الىٰ الوكيلِ وقالُوا: انَّ ميزانَ مـا تـصّحُ فـيه الوكالَةُ وما لايصّحُ، انَّ فِی بابِ اَلْاَوامِرِ والمعاملاتِ، كلُّ فعلٍ تشترطُ فيهِ المباشرةُ فهوَ ليسَ بقابلٍ للتّوكيلِ وكلُّ فعلٍ لمْتُشترطْ فيهِ المباشرةُ فهوَ قابلٌ للتّوكيلِ يعنی كلُّ فعلٍ يصّحُ اسنادهُ بالتّسبيبِ مثلِ قولِه تعالىٰ: **«انّما يَعْمُر مَساجِدَ اللهِ مَن آمن باللهِ.»**

حيثُ انَّ تعميرَ المساجدِ كانَ مستحبّاً او واجباً فِی بعضِ الموارِدِ و لايلزمُ فِی تعميرِ المساجدِ، عملُ نفسِ الانسانِ بلْ بالتّسبيبِ اَيْضاً يـصدقُ انَّ مـعطِی المـالِ للتّعميرِ بمنزلةِ انّهُ بنیٰ المسجدَ.

بالجملةِ؛ فی بابِ اِسنادِ الفعلِ اِلیٰ الآذنِ والمُجيزِ الَّذِی كانَ هُوَ المـنشاءُ للاثـرِ وكانَ هوَ المنشاءُ لخروجِ العقدِ عنِ الفضوليّةِ، يعتبرُ فيه انْ يكـونَ المسـتندُ فـعلاً تسبيباً للاذنِ و لايتحقّقُ هذا الّا انْ يتوجَّهَ علىٰ المأذونِ، ايـجادُ الفـعلِ و يكـونُ مستنَداً اليهِ.

بناءً عليهِ، فرضهُمْ انَّهُ اذا اذنَ الآذنُ والمُجيزُ معَ اَنَّ الاجـيرَ لم‌يـتوجّهْ الىٰ الاذنِ وعملَ الفعلَ، يكونُ صحيحاً لانَّه تحقّقَ الفعلُ والاذنُ، **لايصّحُ لانّ** هذا الفعلَ، لمْيكُنْ مربوطاً للاذنِ و لمْيكنْ الفعلُ مستنَداً اِلیٰ الموكّلِ هذا واضحٌ فِی بابِ الوكالةِ والاذنِ لايخفیٰ حكمهُ.

واما فِى موردِ الولايةِ الاجباريّةِ مِن قبيلِ ولايةِ الابِ والجدِّ فلمْ تكنِ المسألةُ واضحةً كوضوحِ بابِ الوكالةِ والاذنِ.

لكن يمكنُ ان يقالُ: انّ ولايةَ الابِ اوْ الجدِّ والوصىِّ او الحاكمِ اوْ عدولِ المؤمنينَ، كانَ بمثابةِ ولايةِ الوكيلِ باذنٍ مِن المالكِ ويعملُ الابُ والجدُّ والوصىُّ والحاكمُ او عدولُ المؤمنينَ، العملَ الّذِى يعملُ الوكيلُ باذنٍ منَ المالكِ.

غايةُ الامرِ، انَّهُ باذنٍ منَ الشّارعِ وليسَ فرقٌ بينهُمْا فى ماهيَّةِ العملِ بلْ فِى نحوِ الولايةِ وتلكَ الولايةُ، مبذولةٌ منَ المالكِ وتلكَ، مبذولةٌ منَ الشّارعِ ولكنْ لمْ يكنْ فرقٌ بينهُما فِى نحوِ العملِ.

بعبارةٍ أُخرىٰ، ولايةُ الولىِّ من قبلِ الشّارعِ فِى موردِ الصِّغارِ.

معناهُ ولايةُ العملِ تكونُ مستنداً الىٰ ولايتهِ وسمةِ القيموميّةِ وليسَ معنِى الولايةِ، جوازَ بيعِ مالِ الصّغيرِ لنفسِهِ اوْ بيعِ المالِ بعنوانِ الاستقلالِ.

بالجملةِ؛ لا فرقَ فى ماهيّةِ العملِ ونحوِ الولايةِ استِناداً الىٰ الصّغارِ بينَ الولايةِ الاجباريَّةِ وبينَ الولايةِ الاختياريّةِ.

وانّما الفرقُ بينهمْا فِى مُعطِى الولايةِ **حيثُ** انّ فِى الولايةِ الاجباريّةِ، يكونُ مُعطِى الولايةِ، الشّارعُ وفِى الولايةِ الاختياريّةِ، هوَ المالكُ.

فظهرَ ممّا ذكرناه انَّ فرضَ كونِ المسألةِ واضحاً لا اشكالَ فيهِ، لايخلُو عنْ اشكالٍ وشبهةٍ قويَّةٍ ويظهر ذلك من مراجعةِ كلماتِ الفقهاءِ فى بابِ الوكالةِ وفروعاتِها.

لايخفىٰ: انَّ السّيِّدَ (ره) ايضاً اوردَ اشكالاً لهذا الفرعِ من كلامِ الشّيخِ (ره) ولكِن اشكالُه غير الاِشكالِ الّذى قلناهُ.

وحاصِلُ اشكالِهِ انَّهُ (ره) تمسّكَ(ره) فِى المقامِ بادلّةِ الرّضا بانَّ رضىٰ الولىِّ مُلتفِتاً الىٰ ولايتِهِ، يعتبرُ فى صحّةِ العقدِ فرضاهُ معتبرٌ بمْا هو ولىٌّ وامّا رضاهُ حينَ العقدِ، فليسَ بما هو ولىٌّ بلْ بما هُوَ مالُ الغيرِ ويلزمُ الآن رِضاه بما هُوَ ولىٌّ لِلصِّغار كما انَّ لمالكَ يلزمُ ان يرضىٰ، ملتَفتاً الىٰ مالكيّتِهِ وكذلكَ يلزمُ اجازةُ الولىِّ ورضاهُ ملتفِتاً الىٰ

ولايتِهِ.

والكلامُ، فِی هذهِ الشّبهةِ وانّهُ هلْ يردُ علىٰ الشّيخِ (ره) ام لا؟ يأتِی فيمٰا بعدُ انتظرِ!؟

كيفَ مٰا كانَ، الاشكالُ الّذی اَورَدَهُ السيِّدُ عَلىٰ فرضِ الشّيخِ (ره) غيرُ مٰا ذكرناهُ.

لانّٰا نقولُ: اِنّ ماهيّةَ العملِ وجرثومتهِ، لا تصّحُ لا انَّ العملَ صحيحٌ، وانّمٰا هو فاقدٌ للرضّا كمٰا قال بهِ السّيِّدُ.

ونحنُ نقولُ انّهُ لم يحصلِ الاستنادُ الىٰ الموكّلِ ولو فرضنٰا رضىٰ الموكّلِ بجميعِ العناوينِ لعملِ الوكيلِ، لايكفِی ايضاً لانّهُ يلزمُ احتسابُ الفعلِ، فعلَ الموكّلِ ولايكونُ ذلك ان يستندَ الىٰ اذنِهِ ويكونَ اذنُ الموكّلِ، مبدأً لارادةِ الوكيلِ للفعلِ بحيثُ يحسبُ فعلُ الوكيلِ فعلَ الموكّلِ **غايةُ الامرَ** باسقاطِ المباشرةِ، فالوكيلُ والمأذونُ الّذِی لمْ يعلمْ انّهُ وكيلٌ او مأذونٌ ولمْ يتوجّهْ الىٰ الاذنِ ولمْ يعملْ عملهُ لاجلِ الاذنِ والوكالةِ، كيفَ يمكنُ القولُ بانَّ هذٰا الفعلَ، كانَ فعلَ الموكّلِ؟

وتترتّبُ عَلىٰ التّسبيبِ، آثارٌ متعدّدةٌ منَ الحليّةِ والحرمةِ والضّمانِ وغيرِالضّمانِ **مثلاً اذٰا** امرَ شخصٌ، الصّبیِّ اوْ المجنونَ الىٰ فعلٍ يوجبُ الضّررَ عَلىٰ الغيرِ قالُوا بانَّ الآمرَ ضامنٌ للضّررِ **لانَّ** السّببَ اقوىٰ من المباشرِ وامّٰا اذٰا امرَ الكبيرُ، قالُوا بعدمِ ضمانِهِ **لانَّ** للكبيرِ ارادةٌ مستقلّةٌ **وامّٰا اذٰا امرَ الصَّغيرُ** اوِ المجنونُ الىٰ ايجادِ ضررٍ عَلىٰ الغيرِ، ولم يقدمِ الصَّغير عَلىٰ ذلكَ **ثمَّ ذهبَ من ناحيتِهِ واوجدَ الضَّررَ** عَلىٰ الغيرِ، لمْ يكنْ الآمرُ حينئذٍ ضامِناً.

لانَّهُ يعتبرُ فِی الضّمانِ، الاستنادُ الىٰ الآمِرِ ويعتبرُ فِی الضّمانِ، عملُ المباشرِ مستنداً الىٰ امرِ الآمرِ ولمْ يتحقّق هنٰا.

وكذلك لم يكُنْ صاحبُ الكلبِ ضامناً اذٰا اوجدَ الكلبُ الّذِی لمْ يَسمعْ امرَ صاحبِهِ، الضّررَ عَلىٰ الغيرِ.

فيها صورتانِ: صورةُ ما لو باعَ عَنْ المالك ثُمَّ ظهرَ كونهُ مالِكاً وصورةٌ اخرىٰ:

مالَو باعَ لنفسهِ فانكشفَ كونهُ وليّاً قالَ الشّيخُ: الظّاهر ايضاً صحّة العقدِ لانَّ قصدَ بيعِ مالِ الغيرِ لنفسهِ، لاينفعَ ولايقدحُ.

وحاصلهُ انَّ تمامَ الاجزاءِ وشرائطَ العقدِ المؤثّرِ، حصلتْ وليسَ المانعُ موجُوداً **وامّا وجودُ المقتضِي** وحصولُ الاجزاءِ والشّرائطِ فلانَّ العقدَ ايجابهُ وسايرُ الشّرائِطِ الّتِى تعتبرُ فِى صحَّةِ العقدِ كلُّها حاصلةٌ.

وانَّما المانعُ المتوهّمُ انَّ الاعتقادَ، ليسَ بمؤثّرٍ وليسَ للقطعِ، موضوعيَّةٌ ويترتَّبُ الاحكامُ عَلىٰ الواقعيّاتِ فانَّ العاقدَ كانَ فِى الواقعِ وليّاً وكانَ العقدُ عقداً صحيحاً جامعاً شرائطُ الصِّحةِ وكانتْ ولايةُ الولىِّ، ثابتةً فِى الواقعِ والمصلِحةُ اَيضاً موجودةٌ فاعتقادُ عدمِ لزومِ العقدِ واعتقادُ عدمِ صحَّةِ العقدِ، لا يؤثّرُ فِى الاحكامِ المترتّبةِ عَلىٰ العقدِ فلوْ اعتقدَ انّه عقدٌ فاسِدٌ ومعَ ذلكَ اجراهُ كانَ صحيحاً او اعتقدَ صحيحاً ولكنْ كانَ فِى الواقعِ فاسِداً ولوْ اجرىٰ ذلكَ العقدَ، كانَ باطِلاً.

بالجملةِ؛ الاحكامُ والآثارُ، تابعةٌ لموضوعاتِها واعتقادُ المكلّفِ فِى مسألَةِ العباداتِ، ليسَ مؤثّراً.

هذا كلّهُ نظرُ الشّيخِ فِى الصّورتينِ المذكورتينِ ونحنُ نقولُ:

يعتبرُ فِى تصرُّفِ مالِ المولىٰ عليهِ والمجنونِ ومالِ الموكّلِ ومالِ الوقفِ، احرازُ المصلحةِ واحرازُها غالباً كانَ باجراءِ اَصالةِ الصِّحةِ واصالةُ الصِّحةِ، لا تجرِى فِى هذينِ الفرضينِ.

امّا فِى فرضِ ما لو باعَ عَنْ المالكِ مترقباً لاجازةِ المالكِ ثُمَّ ظهرَ كونُه وَليّاً

فلانَّهُ لم‌يلزمِ البايعُ نفسَهُ بوظيفةِ الشّرعِ والتزاماتِ الولىِّ بلْ يلزمُ عَلىٰ الولىِّ ملاحظةُ المصلحةِ واحرازُها وامّا الفُضولىُّ الَّذِى يبيعُ عَنْ المالكِ فهُوَ لم يكنْ ملزماً لمراعاةِ مصلحةِ المالكِ فِى البيعِ فلو ظهرَ كونُهُ وليّاً، لم يكنْ لازماً بمجرّدِ ظهورِ كونِه وليّاً وبهذا ظهرَ الاشكالُ فِى الفرضِ المذكورِ من هذِه الجهةِ.

ووجههُ انّهُ ليسَ لنا طريقٌ غالباً لاحرازِ المَصلحةِ خصوصاً الفضولىُّ الَّذِى باعَ

عَنِ المالكِ فهوَ ليسَ شَرعاً مُوظّفاً لاحرازِ مصلحةِ المالكِ.

حيثُ انّهُ يَكِلُ الامرُ الىٰ المالكِ فيمٰا بعدُ.

بالجملةِ؛ لا موردَ هُنا باجراءِ اصالةِ الصِّحةِ.

وامّا فِی صورةِ مالو باعَ مالَ الغيرِ نفسِهِ فانكشفَ كونُه وليّاً فحكمُهُ كانَ واضِحاً لانَّ البايعُ مالَ الغيرِ لنفسهِ، كانَ متعديّاً ولا اقلّ يكونُ متجريّاً وكانَ عملهُ فـاسِداً ومنْ عَمِلُ، عَمَلاً فاسِداً قصْداً، كيفَ يمكُن اجراءُ اَصالةِ الصِّحَةِ فِی بيعِ مالِ الصِّغارِ فِی مقابلِ كونِهِ متجريّاً غاصباً بالصَّراحَةِ.

بناءً عليهِ لو سلّمنٰا الفتوىٰ الكلیِّ وقلنا بعدمِ لزومِ العقدِ والتّوجهِ الىٰ الوكالةِ من جهةِ الشُّبهةِ الحكميَّةِ ولكنْ لا اقلَّ، يكونُ التّوجّهُ اِلىٰ الوِكالَةِ والعملُ بعنوانِ الولايةِ فِی اغلبِ المواردِ من جهةِ جريانِ اصالَهِ الصِّحَةِ، لازماً **لانّه** اذٰا لم يتوجَّهُ الىٰ الولايةِ كيفَ يمكنُ القولُ بانّهُ عملَ بوظائفِ الولايةِ وراعىٰ مٰا يلزمُ عَلىٰ الوليِّ هذٰا ملاحظةٌ واشكالٌ آخرَ موضوعیٌّ راجعٌ الىٰ تطبيقِ الفتوىٰ عَلىٰ المواردِ وامّٰا الاشكالُ الاوَّلُ فهوَ راجعٌ الىٰ اصلِ الشُّبهةِ الحكميّةِ واصلِ الفتوىٰ.

الصّورةُ الثّالثةُ منَ الصُّورِ الاربعةِ المذكورةِ

وهىَ انّهُ باعَ عَن المالكِ ثُمَّ ظهرَ انَّ العاقدَ كانَ مالِكاً فِى الواقعِ مثلِ ما لوباعَ مالَ ابيهِ فضُولاً بظنّ حياتِهِ فبانَ ميّتاً وكانَ المالُ منتقِلاً اِلىٰ العاقدِ الفضوليِّ وكانَ مالِكاً لهُ وباعَ مالَ نفسِهِ واقِعاً.

فِى هذهِ الصُّورةِ ثلاثةُ اقوالٍ:

قولٌ **بالصِّحةِ** بحيثُ لايحتاجُ الىٰ الاجازةِ وكانَ صحيحاً لازمًا قال الشّيخ (ره): **«المشهورُ، الصِّحةُ بل ربّمٰا استفيدَ من كلامِ العلّامَةِ فِى القواعدِ والارشادِ فِى باب الهبةِ، الاجماعُ ولم نعثرْ عَلىٰ مخالفٍ صريحٍ.»**[١]

وقولٌ بالبطلانِ بحيثُ لاتصلحهُ الاجازةُ.

قالَ بهذٰا الوجهِ، العلّامةُ (ره) فِى النّهايةِ وولدهُ فخرُ المحقّقينَ (ره) فِى الايضاحِ والشّهيدُ (ره) فِى القواعدِ كمٰا قال الشّيخ (ره): «الّا انَّ الشّهيدَ (ره) ذكرَ فِى قواعدهِ: انّهُ لو قيلَ بالبطلانِ امكنَ وقد سبقهُ فِى احتمالِ البطلانِ فِى هذهِ الصّورةِ، العلّامةُ وولدهُ فِى النّهايةِ والايضاحِ.»[٢]

اقامَ العلّامةُ لبطلانِ الصّورةِ الثالثةِ، ادلّةً ثلاثةً:

الدّليل الاوّل: «انَّ البايعَ الفضوليِّ انّمٰا قصدَ نقلَ المالِ عَن الابِ، لاعنهُ.»

الدّليلُ الثّانى: «انَّ البائِعَ الفضوليِّ وان كانَ منجّزاً فِى الصّورةِ الّا انّهُ معلّقٌ والتّقديرِ: «ان ماتَ مورّثى فقد بعتكَ».

الدّليلُ الثّالثُ: انَّ البائعَ الفضوليِّ كالعابثِ عندَ مباشرةِ العقدِ، لاعتقادهِ انَّ المبيعَ لغيرهِ، انتهىٰ.[٣]

اجابَ الشّيخُ (ره) عَنِ الدّليلِ الاوّلِ للعلّامَةِ **«مِن انّهُ انّمٰا قَصَدَ نقلَ المالِ عَن**

---

١. المجلّد التّاسع من المكاسب من منشورات دارالكتاب، ص ٩٥.

٢. المجلّد التّاسع من المكاسب من منشورات دارالكتاب، ص ٩٥.

٣. المدرك السّابق، ص ٩٥ و ٩٦.

الابِ»: بان قصدَ نقل الملكِ عَن الابِ فلا يقدحُ فِى وقوعهِ **لانّه** انّما قصدَ نقلَ الملكِ عَن الابِ من حيثُ انّهُ مالكٌ باعتقادهِ ففِى الحقيقةِ انّما قصدَ النّقلَ عَن المالكِ **لكنْ** اخطأَ فِى اعتقادهِ انَّ المالكَ، ابُوهُ وقد تقدّمَ توضيحُ ذلكَ فِى عكسِ المسألةِ: اى ما لَو باعَ ملكَ غيرهِ باعتقادهِ انّهُ ملكُهُ.

نعمْ: منْ ابطلَ عقدَ الفضولىِّ لاجلِ اعتبارِ مقارنةِ طيبِ النّفسِ، المـالكَ للـعقدِ، قوىّ البطلانَ عندهُ فِى الصّورةِ الثّالثةِ، لعدمِ طيبِ نفسِ المالِكِ بِخروجِ مالهِ عَن ملكهِ عندَ ارادةِ البيعِ منَ الفضولىِّ.

ولاجلِ عدمِ وجودِ طيبِ النّفسِ من المالكِ بخروجِ مالهِ عَن مالكهِ قالَ الشّيخُ (ره): نقولُ نحنُ: باشتراطِ الاجازةِ من المالكِ بعدَ العقدِ، لعدمِ طيبِ النّـفسِ حـالَ العقدِ ولذا قالَ (ره): الاقوىٰ وفاقاً للمحقّقِ والشّهيدينِ الثّانيينِ وقوفهُ عَلىٰ الاجازةِ.

وايضاً اجابَ (ره) عَن الدّليلِ الثّانى للعلّامةِ (ره) بقولهِ: امّا ذكرهُ منَ انّهُ فِى معنِى التّعليق ففيه مخالفتُهُ لمقتضِى الدّليل الاوّل حيث ان مقتضِى الدّليل الاوّل هو البيع عَن ابيه منجزّاً باعتقادِ كونِه فِى قيد الحياةِ ومقتضِى الدّليلِ الثّانى وهو البـيعُ عَـن نفسهِ: كونهُ معلّقاً عَلىٰ موتِ ابيهِ فيكونُ مقتضِى الدّليلينِ مختلفاً كما لا يخفىٰ منعُ كونِ البيعِ فِى معنىٰ التّعليقِ، لانّه اذا فرضَ انّهُ «يبيع مال ابيه لنفسهِ كما هو ظاهرُ هذا الدّليل فهو انّما يبيعهُ معَ وصفِ كونهِ لابيهِ فِى عملِه فبيعهُ كبيع الغاصب مبنىٌّ عَلىٰ دعوىٰ السّلطنةِ والاستقلالِ عَلىٰ المالِ، لاعَلىٰ تعليقٍ للنّقلِ بكونهِ منتقلاً اليهِ بالارثِ عَن مورّثهِ، **لانَّ** ذلكَ لايُجامعُ و مع ظنّ الحياةِ.

اللّهمَّ الّا انْ يرادَ انَّ القصدَ الحقيقىِّ الىٰ النّقلِ، معلّقٌ عَلىٰ تملّكِ النّـاقلِ وبـدونِهِ فالقصدُ صوريٌّ عَلىٰ تقدّمٍ منَ المسالكِ منَ انَّ الفضولىِّ والمكرهَ قاصدانِ الىٰ اللّفظِ، دونِ مدلولهِ.

ولكِن فيه حينئذٍ انَّ هذا القصدَ الصّوريَّ كافٍ ولاجلِ كفايةِ القصدِ الصوريِّ قلنا بصّحةِ عقدِ الفضولىِّ.[1]

---

١. المدرك السّابق ص ٩٧.

ثُمَّ قالَ الشّيخُ (ره): مِن هذا البيانِ الَّذِى ذكرناهُ فِى ردِّ ما افادهُ العلّامةُ فِى دليلِهِ الثّانِى وهوَ انَّ البيعَ فِى الواقعِ معلّقٌ وان كانَ فِى الظّاهرِ منجّزاً، يظهرُ ضعفُ دليلِهِ الثّالثِ من كونهِ كالعابثِ عندَ مباشرةِ العقدِ معلّلاً بعلمهِ بكونِ المبيعِ لغيرهِ.»[١]

ثُمَّ انَّ الشّيخَ بعدَ ردّ قولِ العلّامةِ بِالبطلانِ قالَ: «كيفَ كانَ فلا ينبغِى الاشكالُ فِى صحَّةِ العقدِ فِى الصّورةِ الثّالثةِ الّا انَّ ظاهرَ المحكىِّ من غير واحِدٍ، لزومُ العقدِ، وعدمُ الحاجةِ الىٰ اجازةٍ مستأنفَةٍ لانَّ المالكَ هُوَ المباشرُ للعقدِ فلا وجهَ لاجازةِ فعل نفسه، ولانَّ قصدهُ الىٰ نقلِ مالِ نفسِهِ اِنَ حصلَ هنا بمجرّدِ القصدِ الىٰ نقلِ المالِ المعيّنِ الَّذِى هوَ فِى الواقعِ ملكُ نفسِهِ وانْ لم يشعرُ بِهِ فهوَ اولىٰ من الاذنِ فِى ذلكَ، فضلاً عَن اجازتِهِ والّا توجَّهَ عدمُ وقوعِ العقدِ لَهُ.»[٢]

القولُ الثّالثُ هوَ رأىُ الشّيخِ فِى المسألةِ الثّالثةِ الّتِى باعَ مالَ الغيرِ معتقِداً كونهُ غيرَ جايزِ التَّصرفِ فبانَ انّهُ جائزُ التّصرفِ بانَّ **الاقوىٰ وفاقاً** للمحقِّقِ والشّهيدِ الثّانيين، وقوفهُ عَلىٰ الاجازةِ لا لما ذكرهُ المحقّقُ الثّانِى فِى جامعِ المقاصدِ فِى عِلّةِ توقّفِ المسألةِ الثّالثةِ عَلىٰ اجازةٍ مستقلّةٍ مستأنفةٍ بعدَ ان صارَ البائعُ مالِكاً وهُوَ انَّ البائعَ عندما باعَ مالَ الغيرِ، لم يقصدْ نقلَ المبيعِ الىٰ المشترِى حالاً؛ بَل انّما قصدَ نَقلهُ معَ اجازةِ المالكِ، لعلمهِ بعدمِ تملّكِهِ للمبيعِ شرعاً فلا يؤثّرُ بيعهُ فِى الملكيّةِ شَرعاً، فاذا حصلتِ الاجازةُ، حصلتِ الملكيّةُ والّا فلا لاندفاعِ هذا الاشكالَ بما ذكرهُ بقولهِ: الّا انْ يقالَ: انَّ قصدهُ الىٰ اصلِ البيعِ كافٍ.

و توضيحُ هذا الاندفاعِ انَّ انتقالَ المبيعِ شرعاً بمجرّدِ العقدِ، او بعدَ اجازةِ المالكِ، ليسَ من مدلولِ لفظِ العقدِ حتّىٰ يعتبرَ قصدهُ، او يقدحُ قصدَ خلافهِ وانّما هوَ من الاحكامِ الشّرعيّةِ العارضةِ للعقودِ بحسبِ اختلافِها فِى التّوقفِ عَلىٰ الامورُ المتأخّرةِ وعدمِهِ.

ولنا بالاضافةِ إلىٰ ما ذكرناهُ فِى التّوضيحِ، دليلٌ آخرَ عَلىٰ عدمِ اعتبارِ قصدِ انتقالِ

---

١. المدرك السّابق، ص ٩٨.

٢. المدرك السّابق.

المبيعِ شرعاً اِلیٰ المشترِی بمجرَّدِ العقدِ او بعدَ الاجازةِ:

وهوَ انّ عدمَ القصدِ المذكور، غيرُ قادحٍ فِی المقامِ عَلیٰ القولِ بالكشفِ،

لانَّ معنیٰ الكشفِ، هو انتقالُ المبيعِ الیٰ المشترِی بمجرّدِ صُدورِ العـقدِ، فـعليهِ فلاتحتاجُ المسألَةُ الثّالثةُ اِلیٰ اجازةٍ مستأنفَةٍ بعدَ تملّكِ البائعِ للمبيعِ حتّی تضطرَّ فِی الجوابِ عَن اشكالِ المحقّقِ الثّانِی لولمْ نقلْ بالاجازةِ الیٰ الاندفاعِ المذكورِ، بل قصدُ النّقلِ بعد الاجازةِ بناءً عَلیٰ القولِ بالكشفِ ربّمٰا يحتملُ قدحهُ.

ودَليل الشّيخِ (ره) عَلیٰ اشتراطِ تعقّب الاجازةِ فِی اللّزومِ امورٌ ثلاثةٌ:

الاوّلُ: عمومُ: «النّاسُ مسلّطونَ عَلیٰ اموالهمْ»

الثّانی: عمومُ **«لايحلُّ مالُ امرءٍ مسلمٍ الّا بطيبِ نفسهِ».**

الثّالث: عمومُ قولُه تعالیٰ: **«ولا تأكلُوا اموالكُم بينكُم بالباطِلِ الّا ان تكون تجارةً عَن تراضٍ»**

فهذه الادلّةُ الثّلاثةُ بعمومها تدّلُ عَلیٰ انّ البائعِ بعدَ الانكشافِ بكونهِ مالكاً، لابدَّ لهُ من اجازةٍ جديدةٍ للمبيعِ حتّیٰ يصّح البيعُ، والّا اصبحَ فاسداً بمقتضیٰ هذهِ الادلّةِ.

وبالجملة: كلّ شیءٍ فِی اشتراطِ الاجازةِ فِی الفُضولیّ، لابدَّ من القـولِ بـه فِـی الصّورةِ الثّالثة مِنَ الْصُّورِ الاربعةِ المفروضةِ فِی المسألةِ الثّالثةِ.

ثُمَّ صرّح الشّيخ (ره): اَنّ مٰا ذكرناه فِی توجيهِ كلام العلّامةِ القائلِ بـبطلانِ بـيعِ الفضولیِّ مالَ الغيرِ عَنِ المالكِ ثُمَّ اِنكشف كونُه مالكاً من ان قصدَ نقل ملكِ نفسهِ، ان حصلَ، اغنی عَنِ الاجازةِ والّا ای ان لم يحصلْ قصدُ نقلِ ملكِ نفسهِ، فقدْ فسدَ العقدُ، حيثُ قال (ره): **«وبدونهِ، فالقصد صوریٌّ».**

ففيهِ اَی فِی توجيهنا لكلام العلّامةِ نظرٌ واشكالٌ.

ووجهُ النّظرِ انّهُ يكفِی فِی تحقّقِ صورةِ العقدِ القابلةِ للحّقوقِ اللّزومِ، القصدُ الیٰ نقلِ المعيّنِ، وقصدُ كونه مال نفسهِ، او مال غيرهِ معَ خطئةٍ فِی قصدهِ، او صوابهِ فِی الواقعِ، لايقدحُ ولاينفعُ. ولاجلِ انّ قصدَ كونِهِ مالَ نفسهِ، او مالَ غيره معَ خـطئةٍ فِـی الواقـعِ، لايقدحُ ولاينفعُ، بَنينٰا عَلیٰ صحّةِ العقدِ بقصدِ نقلِ مالِ نفسهِ معَ كونِهِ مالاً لغيرهِ.

دفعُ وهمٍ

حاصلُ الوهمِ: انّهُ فِى صورةِ كفايةِ القصدِ الىٰ نقل المال المعيّن الشخصيِّ فِى تحقّقِ العقدِ، يكونُ طيب النّفس بنقل المال المعيّن الشّخصيّ ايضاً حاصلاً.

فكيفَ تتمسّكونَ فِى اثبات لزوم الاجازة بمٰا دل عَلىٰ اعتبارهِ فِى حلّ مال شخص بغيرهِ.

اجاب الشّيخ (ره) عنه بانّ المعتبر فِى العقد شيئان:

الاوّلُ: القصدُ الىٰ مدلولِ العقدِ، لانَّه شرطٌ فِى صحّةِ العقدِ.

الثّانى: الرّضا بالمدلول، لانه شرطٌ فِى لزوم العقد.

ومن الواضح: انّ ادلّة اعتبار الاوّل، لا تقتضى ازيد من القصد الىٰ نقل المال المعيّن، فالقصد اليه لايحتاج الىٰ القصد الىٰ انّهُ ماله، او مال غيره.

وامّا ادلّة اعتبار الثّانى فتقتضى تحقّقه بالنّسبة الىٰ عنوانٍ خاصٍّ:

بمعنىٰ انّ المستفاد من تلك الادلّة، هو اعتبار رضا الباطنىّ بنقل المال بعنوان انّهُ ماله، لابنقل مال معيّن يتفّق كونه ملكاً له.

ومن المفروضِ عدم ذلك، حيث باعَ مال الغير عَن المالك بعنوان انّهُ مال المالك ثُمَّ تبيّن انّهُ ماله فِى الواقع ونفس الامر، وهذٰا غير كافٍ فِى تحقّقِ العقدِ ولزومهِ، لعدمِ تحقّقِ شرط اللّزوم فِى العقدِ وهو الاجازةُ بل المتحقّقُ هو شرطُ العقدِ وهو صورتهُ القابلة للحوق اللّزومِ، والقابليّةُ انّمٰا تتحقّق بتحقّقِ الاجازةِ، فطيب النّفس والرّضا، انّمٰا يترتّبان عَلىٰ هذٰا العقد المتحقّقِ فيه الاجازة، لاعَلىٰ مٰا اتّفق كونه ملكاً له فِى الواقع **وعَلىٰ ضوء مٰا ذكرنا من انّ طيبِ النّفس** والرّضا، يترتّبان عَلىٰ اعتبار رضا المالكِ بنقلِ خصوصِ ماله بعنوان انّهُ ماله، لا عَلىٰ مٰا اتّفق كونه ملكاً له فِى الواقع، لو اذن شخصٌ لزيدٍ فِى التّصرّف فِى مال يعتقد انّهُ لغيره والمأذونُ عالمٌ بانّ المال للآذن فلايجوزُ للمأذونِ، التّصرف فِى ذلك المال: لانّ الآذن حينمٰا اذن، كانَ يعتقد انّ المال للغيرِ، فاذنهُ صدرَ بهذٰا العنوان، لابعنوان انّهُ مالُهُ، واتّفاقُ انّ المالَ كانَ له، لايجدى فِى المقامِ فلابدَّ من اجازةٍ جديدةٍ حتّىٰ يصّح العقد.

والشّيخ (ره) لاثبات انّ انكشاف الواقع وخلاف الاعتقاد، لايجدى فِى المقامِ ذَكَرَ(ره) هنا فروعاً متّحدةً فِى الملاك معَ الفرع المبحوث عنه.

منها: لو طلّقَ امرأة وكالة عَن غيرهُ فبانت زوجته لانّ القصد المقارن الىٰ طلاقِ زوجتِه، وعتقِ مملوكهِ، معتبر فيهمٰا فلا تنفع الاجازة.

منها: لو غَرّه الغاصبُ فقال: هذٰا عبدى اعتقه عنك فاعتقه عَن نفسه فبانَ كونه له. فالاقوىٰ ايضاً، عدم النّفوذ، وفاقاً للمحكىّ عَن التّحرير، وحواشى الشّهيدِ وجامعِ المقاصدِ، معَ حكم صاحبِ جامعِ المقاصد البيعَ فِى الصّورةِ الثّالثة من الصّورِ الاربعةِ منَ المسألةِ الثّالثةِ وقوفه عَلىٰ الاجازة.

ودليل عدم نفوذ العتقِ فِى صورةِ تغرير الغاصبِ، انّ العتقَ لايقبلُ الوقوفَ اى لايتوقّفُ عَلىٰ الاجازة فاذٰا لم‌يحصل القصدُ الىٰ فكِّ مالهِ مقارناً للصّيغةِ، وقعت الصّيغةُ الصّادرةُ من المُعتقِ الغاصبِ، باطلةً وَاِنْ بٰان انّ العَبد له بخلافِ البيعِ، حيث انّهُ توقّفَ عَلىٰ الاجازةِ، فالصّيغةُ الصّادرةُ مِنَ البايع صحيحةٌ اذٰا اَجازَ المالكُ.

وَمِنْ هُنا اَىْ مِنْ عدمِ وقوفِ العتقِ عَلىٰ الاجازةِ فالصّيغةُ باطلةٌ، فلاتناقض ولاتهافت بين حكمِ المحقّق الثّانى بصحّةِ البيع معَ الاجازةِ، وبطلانِ العتق لانّكَ عرفتَ انَّ عدمَ حصولِ القصدِ الىٰ فكِّ مالهِ مقارناً للصّيغةِ، تقُع الصّيغةُ باطلةً بخلافِ البيعِ فانَّ عدمَ حصولِ القصدِ الىٰ فكِّ ماله اذٰا لم يقعْ مقارناً للصّيغةِ، لاتقع الصّيغةُ باطلةً.

نعم: ينبغى ايرادُ التّناقضِ عَلىٰ من حكمَ فِى باب العتقِ لعدمِ النّفوذِ وحَكمَ فِى البيعِ باللّزومِ وعدمِ الحاجةِ الىٰ الاجازةِ لانّ مجرّدَ القصدِ الىٰ انشاءٍ يتعلّق بمعيّنٍ يكون هذٰا المعيّنُ، مالَ المنشئِ فِى الواقعِ ونفس الامرِ، والمنشئ لايعلمُ حينَ الانشاءِ انَّ هذٰا المعيّنَ المقصودَ هو مالُه ومملوكُه: لو كان كافياً فِى طيب النّفسِ والرّضا الباطنىِّ المعتبرِ هذٰا الطيّبِ والرّضا، فِى جميع الانشاءاتِ المتعلّقةِ باموالِ النّاسِ، لوجبِ الحكمُ بوقوعِ العتقِ وِاِنْ اعتبرَ فِى طيبِ النّفس المتعلّقِ باخراجِ الاموالِ عَن الملك، العلم بكونه مالاً له و لم يكفِ مجرّدُ مصادفة الواقعِ، وجبَ

الحكمُ بعدم لزوم البيع.

فالحقّ عند الشّيخ (ره) فِى الصّورةِ الثّالثةِ المذكورة سابقاً: انّ القصد الىٰ الانشاء المتعلّق بمال معيّنٍ، مُصحِّحٌ للعقدِ: بمعنىٰ قابليّتهِ للتّأثيرِ، ولايحتاجُ الىٰ العلمِ بكونه مالاً له ولكن لايكفِى ذلك فِى تحقّقِ الخروجِ عَن ماله بمجرّدِ الانشاءِ بل يحتاجُ الىٰ اجازةٍ جديدةٍ حتّى يتحقّق اللّزوم، وبدونها لا يتحقّقِ البيع فِى الخارج.

فمٰا افاده القائل: من لزوم البيع، وعدم احتياجه الىٰ الاجازة، فِى غير محلّهِ.

ثُمَّ انّ كانَ ذلك الانشاء ممّا يقبل اللّزوم بلحوقِ الرّضا، كفت الاجازةُ كمٰا فِى العقودِ، والّا وقع الانشاءُ باطلاً كمٰا فِى الايقاعاتِ الّتى منها العتقُ والطّلاقُ كمٰا فيمٰا نحن فيه.

ثُمَّ انّهُ ظَهر ممٰا قالَ به الشّيخُ (ره) فِى وجه وقوفِ البيع عَلىٰ اجازةٍ جديدةٍ فِى الصّورةِ الثّالثة حيث قال (ره): «**فالدّليل عَلىٰ اشتراط تعقيب الاجازة**»، انّ الحقّ هو الاجازةُ اى الاجازةُ، حقٌّ من حقوقِ المالكِ فبدونها، لايتحقّقِ طيبُ النّفسِ فِى البيع فِى الصّورةِ الثّالثةِ، للمالكِ من باب الاجازةِ لامن بابِ خيارِ الفسخِ فعَلىٰ مٰا ذكرناه يكونُ عقدُ البيعِ فِى الصّورةِ الثّالثةِ متزلزلاً من حيث الحدوث، لامن حيثُ البقاء كمٰا فِى خيار الفسخ.

كمٰا قوّاهُ صاحب المقابيسِ (ره) وتبعَه الشّيخ صاحبُ الجواهر قدس سرّهُ معلّلاً لمدّعاه: وهو انّ تزلزل العقدِ فِى الصّورةِ الثّالثةِ، من حيث البقاء، لامن حيث الحدوثِ وانّ التّزلزل من باب خيار الفسخِ، وانّهُ حقٌّ للمالك، وانّهُ من باب الاجازةِ.

وحاصل التّعليل انّهُ من الممكن انّ البائعَ عندمٰا باعَ مال الغيرِ بعنوانِ صاحبهِ قد باعه باقلّ من قيمتهِ الواقعيّةِ فاذٰا اجاز البائع، البيعَ بمٰا وقع العقدُ عليهِ بعد انْ صار مالكاً فقد اصابه الضّرر، والضّرر منفِيٌ فِى الاسلام، فيكون التّزلزل من باب خيار الفسخِ حتّىٰ يفسخَ، لئلا يتضرّرَ البايعُ الّذِى صار مالكاً جديداً.

ثُمَّ انّ الشّيخ (ره) قال: فِى ردّه والاشكالُ عليهِ:

«اذٰ فيمٰا افادهُ صاحبُ المقابيس فِى التّعليل المذكورِ، نظرٌ واشكالٌ **وخلاصتُه: انّ**

الخيارَ، فرعُ الانتقالِ، لانَّ المبيعَ اذا لم ينتقلْ الىٰ المشترى، لم يثبتْ له الخيارُ، فالخيارُ مُترتّبٌ عليهِ.

ومن المعلوم: اَنَّ الانتقالَ، انّما يتحقّقُ بعد وجوبِ طيب النّفسِ وهو فِی الصّورةِ الثّالثة، مفقودٌ فكيفَ يأتی الخيارُ؟

وما ذكر صاحبُ المقابيس (ره) وصاحبُ الجواهر (ره) من لزومِ الضّرر اذا لم نقل بخيار الفسخ، ليس لامرٍ راجعٍ اِلیٰ العوضِ والمعَوَّضِ وانّما الضّرر الحاصل فيما نحن فيه لانتقالِ الملكِ عَن مالكه من دون علمهِ ورضاه اذ لا فرق فِی الجهلِ بانتقال ماله بين اَنْ يجهلَ اصلَ الانتقالِ كما يتّفق فِی الفضولیّ، او يعلمه ويجهل تعلّقه بمالهِ.

ومن المعلوم انْ هذا الضّررَ هو المثبتُ لتوقّف عقد الفضولیِّ عَلیٰ الاجازة اذ لايلزم من لزوم الضّرر الحاصلِ فيما نحن فيه بدونها سوىٰ هذا الضّررِ **ثُمَّ انّ الحكم بالصّحّةِ** فِی الصّورةِ الثّالثةِ، غير متوقّفة عَلیٰ القول بصحّةِ عقد الفضولیِ، بل الحكم بصحّةِ هذه الصّورةِ، يأتی ايضاً عَلیٰ القول ببطلان مطلق بيع الفضولیِّ الا انْ يستندَ البطلانُ فِی مطلق بيع الفضولیِّ، لقبح التّصرفِ فِی مال الغير فيتجّهُ عنده حينئذٍ، البطلان ثُمَّ يغرم البائع الَّذِی اَصبح مالكاً، المثمن اِن كانَ جاهلاً.

نحن نقول: فِى هذه الصّورةِ كمٰا قلناه سابقاً ثلاثةُ اَقوالٍ:

قول بالبطلانِ بحيث لاتصلحهُ الاجازةُ؛

قال بهذٰا الوجهِ، العلاّمة (ره) فِى النّهاية وولدهُ فخر المحقّقين (ره) فِى الايضاحِ والشّهيدُ (ره) فِى القواعد.

قولٌ بالصّحّةِ بحيث لايحتاجُ الىٰ الاجازةِ وكانَ صحيحاً لازماً.

القول الثّالثُ هو وسطٌ بين القولين وامرٌ بين الامرين وهو الصّحّةُ معَ احتياجه الىٰ الاجازة وصحّتهُ عَلىٰ صحّةِ بيع الفضوليِّ.

وهذٰا، اختاره الشّيخ (ره) واكثر الفقهاءِ وهو الاوجَهُ نسبيّاً بناء عَلىٰ مشى المشهورِ فِى الفضوليِّ.

وامّا وجه الصّحّةِ فِى هذٰا القول لكونِه لم‌يكن اقلّ من الفضوليِّ حيث كانَ فيمٰا نحنُ فيه تمام الخصوصيّاتِ وملاحظاتِ باب الفضوليِّ لانّ المفروض انّهُ وقع العقد صحيحاً معَ قصدِ الانشاءِ جدّياً عَن المالك الواقعىّ و لاريبَ فِى وقوع صيغتِه عَلىٰ حدّ ضيغةِ الفضولىّ.

وامّا القولُ بانّ بيع العاقدِ المالكِ عَن ابيهِ، فجوابه مرّ فِى باب الفضوليِّ بانّ قصد المالكِ الخاصِّ عمداً او خطأ او اعتقاداً معَ انّهُ لم يكن مالكاً واقعاً، هو ليس بمانعٍ عَن اجازة المالكِ الواقعىِّ فيمٰا بعدُ لانّ متن العقدِ، غير مقارناتِ العقدِ وعنوان العقد غير مٰا يقترنُ به فاذٰا تخلّف عنوانٌ هو يوجب بطلانَ العقدِ وامّا مقارناتُ العقد، فمثل الخطاء فِى التّطبيقِ والاشتباهُ فِى التّطبيق وتعارضُ الوصف والاشارة وبِناءً عَلىٰ الملكيّة اعتقاداً او اشتباهاً او تخلّفِ الدّواعىّ و كلّ ذلك، لايضرّ فِى صحّةِ العقدِ كمٰا قلناه كراراً فِى المباحثِ السّابقة فعليهِ اذٰا اعطىٰ فردٌ مالاً للفقيرِ وقال: «خذْ يا فقيرُ» وجعلُ الفقرِ، عنواناً للاجازةِ ولم يكنِ الشّخص فِى الواقعِ فقيراً، لايجوز لهذٰا الشّخص، اخذ هذٰا المالِ، او قال مثلاً: ادخل يا صديقى او «ادخل يا جارى» معَ انّهُ لم يكنْ هذٰا الشّخصُ بجارٍ له، لايجوز لهذٰا الشّخصِ الّذِى علم انّهُ ليس بجارٍ له، انّ يدخل داره بعنوان الضّيف مثلاً.

وامّا اذا قال: «**ادخل يا زيد لانّك جارى**» ونظره انّ الجار بعنوانّ الداعىّ او قالَ: «خذ يا زيد لانّك فقيرٌ» فلا يخفِى انّا لانقولُ به فِى بـاب الزّكـوة والخـمسِ لانَّ الهاشميّةَ والفقرَ، كانا عنوانين كلامُنا فِى ساير التّعارفات والصّدقات الواجبةِ.

بالجملة: اذا ترتّب الحكم عَلىٰ العنوانِ فتخلّفه، يوجب البطلان ولايجوز التّصرفُ والدّخلُ لفقد العنوانِ بخلافِ ما اذا جعلتِ هذه الصّفةُ داعيةً وقال هكذا: «ادخل يا زيدُ لانّك فقيراً او لانّك جارى او لانّك صديقى او لم يذكر فِى ظاهرِ الكلام ولكن من قبيلِ: «**المقدّر كالمذكور**».

ولذا قالوا: انّ تخلّف الدّواعىّ، لايكون مُضِرّاً لانّها من مقارنات العقد لامن متنه و لايكون عنوان المبيعِ ولا قيداً للمبيعِ.

بناء عليه، مسألة تعيين المالك فِى عقد البيع كما مرّ فِى باب الفضولى، كانَ من المقارناتِ وتخلّفهُ غيرُ مضرٍّ.

فمسألةُ: مالو باعَ عَن ابيه ثُمَّ ظهر كونه مالكاً، ليس هذا مانعاً عَن قابليّة الاجـازةِ وصلاحيّتها لانّ وقُوعها عَنِ الابِ من المقارناتِ والمتنُ الَّذِى كـانَ عـنواناً، هـو المالكُ لما قلنا سابقاً فِى انّهُ قال: «**بعته عَن المالك وانا المالكُ**» وفيما نحن فيه ايضاً قال: «بعت عَن مالكه وابى مالكهُ و زيدٌ مالكهُ».

ومن هنا ظهَر انّ صحّتهُ عَلىٰ حدّ صحّةِ الفضوليِّ وهو واضحٌ لاريبَ فيهِ وامّـا قصدُ كونهِ عَن ابيهِ، فهوَ غيرِ مضرٍّ يعنِى لاٰ يسـقطه عَـن صـلاحيّةِ الاجـازةِ **وامّـا احتياجهُ** الىٰ الاجازةِ اللّاحقةَ وعدمِ كفاية رضاهُ حينَ العقدِ فلانّ الرّضا لبيعِ مالٍ لمْ يعلم انّهُ مالهُ ومعَ عدمِ الالتفاتِ بكونه مالكاً له، لايكفِى بل يعتبرُ فِـى الرّضـا انْ يكونَ بعنوانِ انّهُ مالهُ ومتوجّهاً الىٰ انّهُ مالهُ **ولذا اَفْتوْا بِانّ** من زعمَ المالَ، مالَ الغيرِ واجازَ التّصرفِ فيهِ للثّالثِ انّ هذهِ الاجازةِ، غيرِ كافٍ معَ انّ الثّالث يعلم انّ المالَ للمجيزِ والآذن ومعَ ذلكَ لايجوزِ التّصرفِ فيهِ.

بعبارةٍ اخرىٰ الاجازة بالذّاتِ وذاتِ المالَ، لاتكفِى ويلزمُ للاجـازةِ بـالعنوانِ و لاتلزم الاجازةِ بالتّصرفِ بعنوانِ انّهُ مالهُ وهذا ليسَ مُوجوداً هنا ولذا لاتحتاجُ الىٰ الاجازَةِ.

امّا فِى مقابلِ هذا التّوجيهِ، فالقائلونَ بالبطلانِ مثلِ العلّامةِ وولدهُ فخر المحقّقينِ، ذكروُا وجوهاً ذكروها فِى باب الفضوليِّ وأُجيبُ عنها **وايضاً وجوهٌ** ضعيفةٌ لمْ تذكر فِى باب الفضوليِّ.

منها: انّهُ باعَ عَن ابيهِ ولكن ارادَ وقوعَ العقدِ لنفسِهِ وهذا اشكالٌ قيل فِـى بـابِ الفضوليّ فيما لو باعَ مالَ الغيرِ لنفسِهِ و أُجيبَ عنهُ بانّ هذا الوجهِ الضّعيفُ لو كانَ موجباً للبطلانِ فِى فرضِ المسألةِ، يجِبُ القولُ لبطلانِ بيعِ الفضوليِّ ايضاً.

ومنها: انّهُ باعَ عَن ابيهِ وكانَ فيه تعليقٌ **حيثُ** كان معناه: «**انْ مات فقد بعتُ...**»

اجاب الشّيخ (ره) عنه بانّ قول القـائل: «انّ مـات ابـى» ليس فـيه تـعليقٌ لانّ الفرض، انّهُ باعَ عَن ابيهِ وامّا انْ كانَ فرض العلّامة، انّهُ باعَ لنفسه، فكانّ بيعه بانياً عَلىٰ ادّعاء المالكيّة واعتقاداً عَلىٰ مالكيّته كما هو شأن الغاصبِ وانْ قيلَ انّهُ يحصلُ

فِی بيعه جدٌّ فقلنا جوابهُ فِی بابِ الفُضولیِّ.

فقول العلاّمة بالبطلان، لايخلو عَن اشكالٍ والوجوهُ الّتِی ذكرتْ فِی البطلانِ، ليستْ وجيهةً كمٰا اشرنٰا الیٰ ضعفهِ سابقاً ولذٰا لمْ يكنْ احتمال البطلانِ، احتمالاً معتّداً به وليسَ قابلاً للاعتناءِ بهِ.

امّٰا دليل مَن قالَ: بصحّةِ العقدِ ولزومهِ فهوَ انّ فِی هذٰا الفرض انّ قصدَ بيعِ مال نفسهِ، فيصحُّ لازماً لانّه قصد بيعَ مال نفسِهِ وحصلَ الرّضا ايضاً وإنْ لم يحصُل قصدُ بيع مال نفسِهِ فهوَ باطلٌ فالامرُ دائرٌ بين الصّحّةِ والبطلان لا انّهُ صحيحٌ يحتاجُ الیٰ الاجازة **وبعبارةٍ اُخریٰ** سَئَلَ من قال بصحّةِ العقد لازماً بانْ من قَصَدَ بيع مال الغير وهو ماله واقعاً وهو لايعلم بهِ، هلْ قصد بيعَ مالَ نفسِهِ اختياراً اوْ لمْ يقصد فان لم يقصُدْ بيع مالَ نفسِهِ اختياراً فهوَ باطلٌ ولا تجدِی الاجازةُ حينئذٍ وانّ قصْد بيع مال نفسِهِ اختياراً كانَ صحيحاً لازماً.

اجابَ الشّيخ عنهُ بانّهُ يلزمُ التّفكيكُ بينَ المقامِين **حيثُ** انّهُ لا يعتبرُ فِی قصْدِ بيعِ مال نفسِهِ، انْ يَعْلَمَ كونَه مالَ نفسِهِ بلْ يعتَبر فِی باب الرِّضا وادلّتهِ وفرقُ بينَ مقام القصدِ الانشائِیِّ ومقامِ طيب النّفْس، حيثُ انّ فِی مقامِ القَصدِ الانشائِیِّ، فِی تحقّقِ العقد و جرثومتِه، لايلزم العلم بجميعِ الجهاتِ ولايلزم العلم بانّ المالَ مالُ من؟ ومن كانَ مالكاً لهُ؟

وامّٰا فِی مقامِ التّصرفِ فِی مال الغيرِ وفِی مقامَ الاجازةِ للتّصرفِ، يلزم العلم بانّ المال مالُ من؟

وهذا، كلام الشّيخ (ره) نحن نقول: انّ هذٰا الكلام وانَ كانَ لايخلُو عَن دقّةٍ ووجهٍ الّا انّهُ يبقیٰ هنا سؤالٌ وهو انّ هنا دليلان كانا عَلیٰ نَسَقٍ واحدٍ:

الاوّل: قوله ﷺ: **«لابيعَ الّا فِی ملكٍ».**

الثّانی: قوله ﷺ: «لايحلُّ مالُ امرؤٍ مسلم الّا بطيب نفسه.»

حينئذٍ كيفَ يقالُ: انّ العلم بانّ المال، مالهُ لاٰ يلزمُ فِی قولهُ﴿ﷺ﴾: **«لابيعَ الّا فِی ملكٍ»** ای فِی ملك المالكِ **ولكن** يلزمُ فِی قولهُ﴿ﷺ﴾: **«لا يَحِلُّ مالُ امرؤٍ الّا بطيب**

نفسِهِ» وبعبارةِ أُخرىٰ، الدّليلينِ المذكورانِ كانا عَلىٰ نَمَطٍ واحدٍ وكلاهما مِن احكامِ المالكيَّةِ فموضُوع كلا الدّليلينَ كان هوَ المالكِ يعنِى: **«يجب بيعُ المالِكِ» و «يجب رِضىٰ المالِك»** ومعَ ذلِك كيفَ قلتمْ انّهُ لا يجِب التّوجّه الىٰ المالِك وانّهُ مالهُ فيما يجِب بيعُ المالكِ؟

واما فِى قولهُ (ه): «لايَحِلُّ مالُ امرءٍ مُسلمٍ الّا بِطِيبِ نفسِهِ» فيلزم التّوجّه بانّ المال، ماله معَ انّ الدّليل هنا عَلىٰ نَمَطٍ واحدٍ وكلاهما من احكامِ المالك فما الفرق بينهما؟

هذا السؤال، عنونه المحقّق الايروانىُّ (ره) وقال (ره): **بناء عَلىٰ هذا**، القولُ الوسطُ الّذى اختارهُ الشّيخ (ره)، لايصّحُ فالامْر، دائِرٌ بينَ القوْل بالبطلانِ اوْ الصّحّةِ واللّزومِ واما القولُ بصّحتِهِ واحتياجِهِ الىٰ الاجازةِ فهوَ لا يصّحُ لما ذكرناهُ مِن انّ البيعَ وطيب النّفس، تصادقا عَلىٰ موردٍ واحدٍ فوقُوع العقدِ عَلىٰ شخصِ المالِ معَ عدمِ العلم بانّهُ ماله ان كان كافياً فهوَ يكفِى فِى كليهما (اى فِى قولهِ (ه) لايحلّ... وقولهُ: لابيعُ الّا الخ...)

وانْ لم يكُنْ كافياً فهوَ فِى كليهما وكانَ باطلاً واما القول بالوسط وهو الصّحّةُ معَ الحاجة الىٰ الاجازة فهو لا يصّحُ.

يمكن الجواب عَن هذا الايراد بِانَّ استدلالَ الشّيخِ، متين و لايرد ايراده عليه وليس الْسُّؤال ايضاً موجّهاً وليس له موردٌ لانّ مدلول قوله﴿عليه السلام﴾: **«لا بيع الّا فِى ملكٍ»**، نفى الصّحّةِ الفعَليّةِ ونحن نقول به يعنى يلزم البيعُ الصّحيحُ، انْ يقع فِى الملك ويلزم ايضاً التّوجّه اِلىٰ انّهُ ملكُه.

واما الصحّةِ الّتى نقول هنا، فهى الصّحّةُ عَلىٰ حدّ صحّةِ الفضوليِّ والصّحّةِ التأهليّة ومثل صحّةِ الايجاب قبل القبولِ فاذا كان هذا الايجابُ صحيحاً فليس معناه، انّ الملكيّة حصلت بل معناهُ انّهُ لو انضمّ اليه القبولُ، يصّحُ فعلاً وهكذا المرادُ من الصّحّةِ هنا، عَلىٰ حدِّ الانشاءِ وعَلىٰ حدّ صحّةِ الفضوليِّ وليس المراد من الصّحّةِ فِى عقد الفضوليِّ، الصّحّة الفعليّة بل المراد منها، الصّحّة الانشائيّةُ والصّحّةِ التّأهليّة

وقوله﴿ﷺ﴾: «**لا بیعَ الا فِی ملكٍ**»، لایُنفِی الصّحّةَ التّأهلیّةَ بل یُنفِی الصحّةَ الفعلیّةَ حتّیٰ یشترط فِی البیع اللّازم.

ایضاً اِنّ التّوجُّهَ الیٰ البیع وَقَعَ لعنوانِ انّه مالُه و القول بالصِّحةَ لیس معنیً مُنافیاً لِمدلولِ «**لا بیعَ الّا فِی ملكٍ**» بل المراد منها الصّحّةُ التّأهلیّةُ.

هنا قولٌ رابعٌ نقله الشّیخ (ره) ممّن قارن عصره (ره) حیث انّهُ قال: بالخیارِ فِی هذهِ المسألةِ یعنی کانت المعاملة صحیحةً وحصلتِ الملکیّةُ یعنی: لو باعَ مال نفسهِ بخیالِ انّهُ مال الغیرِ، کان البیع صحیحاً وحصَل النّقل والانتقال ولکن لم‌یکن لازماً وکان له الخیار فِی الفسخِ مثل بیعِ المغبون فکما انّ معاملة المغبونِ، صحیحةٌ وحصل النّقلُ والانتقالُ کذلك فیما نحن فیه وهکذا: معاملةُ المعیوبِ صحیحةٌ وحصلتِ الملکیّةُ للمشتری **ولکن** معَ ذلك له خیار الفسخِ.

والدّلیل عَلیٰ ذلك هو الدّلیل الَّذِی قیلَ فِی باب خیار الغبنِ وبعضِ آخر من الخیارات من التّمسّكِ بلا ضرر **حیث** انّ الضّرر، موجودٌ هنا ایضاً لان المعاملةَ اذا کانت لازمةً فهی توجب الضّرر کما انّ اللّزوم فِی معاملةِ الغین والعیبِ، ضررٌ فهو مدفوعٌ بلا ضرر فلو باعَ المالك ماله غیر متوجّهٍ الیٰ المالکیّةِ فلزومه کانَ ضرراً کانَ مدفوعاً «**بلا ضرر**» یعنی الضّرر الآتیّ من قِبَلِ حکم الشّارع، کان مدفوعاً فتصیر المعاملةُ خیاریّاً للمشتری خیارُ الفسخِ وهکذا فِی ما نحن فیهِ.

اجاب الشّیخ (ره) عنه بانّ معنیٰ الخیار فیما نحن فیه، غیر الخیار فِی باب العیب والغبن لانّ الخیار فِی باب العیبِ والغبن، معناهُ حصول الملکیّةِ والنّقل والانتقالُ قبل الفسخ والخیار معناهُ بطلانُ الملکیّةِ والنّقلُ والانتقالُ.

وامّا فیما نحن فیه فلم یحصل النّقل والانتقالُ حیث لم یحصل شرط النّقلِ والانتقالِ حیث انّ من احد الشّرائطِ، طیبُ النّفس بعنوانِ انّهُ ماله و هو هنا لم یحصل فلم یحصل النّقلُ والانتقال بعدُ حتّیٰ یقال بصحّةِ العقد ولزومهِ وشمول: «**اوفوا بالعقودِ**» وکانَ لزومه ضرریّاً.

فالاجازةُ هنا غیر الخیارِ هناك کما قلنا کراراً انّ الاجازة، من قبیل الاحکام

المالكيّةِ، وفِى باب الفضولىِّ وفِى باب المكره او فيمٰا نحن فيه وهو **«من باعَ مالَ نفسه بعنوان مال الغير»** اجازة المالك، لم‌يكن من قبيل الحقِّ ولم يكن حقّاً متعلّقاً عَلىٰ العقد بل كانَ حكمٰا يعنى كانَ من احكامِ المالكيّةِ وكان من جزئيّاتِ: **«النّاس مسلّطون عَلىٰ اموالهم»** وكان هو المالكُ فله انْ يبيعَ مباشرةً وله ان يبيع توكيلاً وله انْ يبيع اجازةً وكُلّ ذلك من اقسام بيع المالك: **«اَحَلَّ الله البيعَ»** اى اَحَـلَّ الله بـيع المالكِ، فالاجازة حكم، هذٰا الحكم كانَ حكم العمل الَّذِى لم يعمل والشّارع اجاز ايجاد البيع الَّذِى لم‌يقع فِى الخارجِ واحداث النّقلِ والانتقال وامّٰا الخيار فهو راجعٌ الىٰ البيع الَّذِى وقع فِى الخارج وحصل النّقل والانتقال فِى الخارج والخيار يدفعه ويسقط النّقلُ والانتقالُ المحدث **فكانَّ فِى عقيدة الشّيخ (ره) مورد «لا ضرر»** فِى باب العقودِ، كانَ فِى الاستمرار لا فِى الابتداء وامّٰا مٰا نحن فيه يرتبطُ بالابتداء وامّٰا فِى باب الخيار فهو راجعٌ الى الاستمرار فيمٰا اذٰا حصل العقد والنّقل والانتقالُ ونـريد قطع استمراره.

وامّٰا فيمٰا نحن فيه فنريد انّ نقول انّهُ لم يحصل النّقلُ والانـتقالُ مـن الاوّلِ ولا مورد هنا للتّمسك بلا ضرر.

والشّيخ (ره) فِى تعليل انّهُ لِمَ لا موردَ للتّمسكِ بلا ضرر هنا، ذكر عبارةً هى انّه: **ومٰا ذكر صاحب المقابيس (ره) و صاحب الجواهر (ره) من الضّرر المـترتّب عَـلىٰ لزوم البيعِ**، ليس لامرٍ راجعٍ الىٰ العوضِ والمعوّض، انمٰا الضّررُ الحاصلُ فيمٰا نحن فيه، لانتقالِ الملكِ عَن مالكه من دون عمله ورضاهُ اذ لا فرق فِى الجهل بانتقالِ ماله بين انْ يجهل اصل الانتقالِ كمٰا يتّفقُ فِى الفضولىِّ، او يعلمه ويجهل تعلّقهُ بمالهِ.

ومن المعلوم انّ هذٰا الضّرر هو المثبت لتوقّف عقد الفضولىِّ عَلىٰ الاجـازة اذ لايلزمُ من لزوم العقد بدون الاجازة، هذٰا الضّرر.

وهذٰا العبارة وقعت مورداً للسّؤال بانّهُ مٰا الفرق بين شرائطِ العوضين وشرائط المتعاقدين؟

قال المحقّقُ النّائينىّ (ره): انّهُ لافرقَ بينهمٰا وكانَ فِى عبارة الشّـيخ (ره) ابـهامٌ

واحتمالاتٌ، ونحنُ هنا لمْ نتعرّضْ للابهامِ والاحتمالاتِ ولكنْ ما كانَ حقّ المطلَب ولا يبعد نظرُ الشّيخ بهذا هوَ انّ **«لا ضررَ»** ليسَ لهُ موردٌ هنا لانَّه يبقىٰ هنا سؤالٌ: ما الفرق بين جريانِ **«لاضرر»** فِی الابتداء والاستمرار **بل** يجرى فِی كُلِّ ما كانَ حكم الشّارعِ، ضرريّاً ويدفعه **«لا ضرر»** فمعناه: **«لا ضرر ابتداءً واستمراراً»** فكلُّ ضررٍ ناشٍ من حكم الشّارعِ مدفوعٌ سواءٌ كانَ فِی الابتداءِ او الاستمرار.

فقول الشّيخِ (ره)، عدمُ جريانِه فِی الابتداء بل جريانُهُ فِی الاستمرار وكانَ، **«لاضرر»** فِی باب العقودِ، مربوطاً بحالةِ العوضينِ وشرائطهما ونقصِ احدِ العوضينِ عَن الماليّةِ او الاوصافِ او الكمالِ او فقدانِ الشّرط الّذی اشترط فِی العقد او كونه معيوباً وساير الموارد من هذا القبيل ولم يكن **«لاضرر»** مربوطاً باصل العوضِ.

ولذا توجّه هذا السّؤالُ بانّهُ لم تكن فِی معنىٰ **«لاضرر»** هذه التّفصيلاتُ بل كلُّ حكمیٍّ، ضرر **مدفوعٌ** ابتداءً واستمراراً سواءٌ كانَ مربوطاً بالعوضينِ او المتعاقدينِ او مربوطاً بِاَیِّ شیءٍ كان.

وما يستفاد من ظاهرِ بعض كلمات الشّيخ وهو الحقُّ، انّ **«لا ضرر»** ولو قالُوا بكونه ناظراً الىٰ الادلّةُ حكومةً او بمنزلةِ **«اى واَعنى»** للادلّةِ وكانَ مفسّراً لها خصوصاً اذا كانَ قيد **«فِی الاسلام»** وارداً فِی **«لا ضرر»** ايضاً حيث وردت روايةُ: **«لا ضرر ولا ضرار فِی الاسلام»** و **«ما جعل الله عليكم من الدّينِ من حَرجٍ»** يعنی: لم يجعل قانون الشّرعِ بحيث يوجب الضّررَ.

وبعبارةٍ اخرىٰ: القول بانّ **«لاضرر»** له نظرٌ اِلىٰ الادلّةِ واِنْ كانَ صحيحاً **ولكن قلنا: انّ** هذا النّظر، نظرٌ طريقیٌّ يعنی: انّهُ مربوطٌ بمقام الثّبوتِ لا فِی مقام الاِثباتِ وليس النّظرُ، نظراً موضوعيّاً فنظرُ **«لاضرر»** بالنّسبةِ **الىٰ الادلّة** بملاحظة ما يستفاد من مَجموعِ الادلّةِ فانْ جاء الضّررُ من مجموعِ الادلّة، فاعدة **«لاضرر»** تدفعهُ **ولكن** انْ كانَ عامّاً او مُطلقاً، كانَ لهُ مقيّدٌ مُنفصِلٌ او مخصّصٌ منفصِلٌ، لايجوز لنا القولُ بانّ العامَّ ضرریٌّ قبل ملاحظة المُنفصل والمقيَّد لانّ العامَّ قبلَ الفحصِ عَن مُخصَصِّه، ليس حُجّةً بل يجب النّظرُ فِی العامِّ معَ مُخَصِّصهِ.

مسألة مٰا نحن فيه اَيْضاً من هذٰا القَبيلِ

لان مٰا نحن فيه، عمومٌ وهو «اَوْفُوا بالعقودِ...» و «اَحَلَّ الله البيعَ...» وكـانَ هـنا مُخَصِّصٌ وهو اعتبارُ طيب النّفس واعتباره بعنوانِ انّـهُ مـالكٌ **فـحينئذ** اذٰا اخـذنا بالعمومِ معَ قطعِ النّظر عَن المُخَصِّصِ المنفصلِ، فهو ضررىٌّ **حيث** انّ العاقد اذٰا تَخَيَّلَ انّهُ غير ماله، اقدَم البيعَ وإن عَلِمَ انّهُ ماله لا يقدم عَلىٰ بيعه فالعملُ بهذٰا العقد، ضررىٌ فيدفعه **«لا ضرر»** هذٰا فيمٰا اذٰا نظرنا الىٰ **«اوفوا...»** نظراً معَ قطع النّظر عَن المخصّص والمقيّدِ وقلنا انّ «لاضرر» بالنِّسبة اِلىٰ العـمومٰاتِ وَالاِطـلاقاتِ قـبل التّـخصيصِ والتّقييد بمُخَصِّصٍ ومُقيّدٍ آخر، كانَ من جملةِ المقيّدات وكانَ للعامِّ مقيّداتٌ متعدّدةٌ منها: لا يَحِلُّ مالُ امرؤٍ مُسلمٍ...» و منها **«لا ضرر»**.

هذٰا كانَ نظرَ من استدلَّ بقاعدةِ «لاضررَ» المقارنِ لعصرِ الشّيخ (ره) الَّذِى قالَ: بعدَم المانع من التّمسك بلا ضررَ يعنِى نظرَ فِى التّمسّك بلا ضـررَ الىٰ العـمومٰاتِ والاِطلاقات وانّ هٰذِه العمومٰاتَ من حيثِ هىَ عمومٰاتٌ موجبُ للـضّررَ وقـاعدةُ **«لاضرر»** تدفعه.

ولكنَّ الشّيخُ (ره) قال: اِنّ **«لا ضررَ»** وقعَ فِى طولِ الادلّةِ لا **انّهُ** وقعَ فِى عرضِها كمٰا يقالُ: انّ الاحكامَ الظّاهريّةَ وقعتْ فِى طولِ الادلّة كمٰا هوَ شأنُ كـلِّ حـاكـمٍ بالنّسبةِ اِلىٰ المحكومِ ووقوعهُ فِى طول المحكومِ حتّىٰ لاشكّ لكثيرِ الشّكِّ ولا سهوَ فِى النّافلةِ ونحوهمٰا من الادلّةِ الحاكمةِ ومعنىٰ دليلِ الحاكمِ انْ قَبِلَ هذٰا الحاكمُ، كانَ التّشريعُ موجوداً وكانتْ القاعِدةُ، موجودةً وكانَ مطلباً يريدُ الحاكمُ تفسيرَهُ ومعناه، فكلُّ دليلِ الحاكمِ، فِى طولِ دليلِ المحكومَ **«ولا ضررَ»** كانَ حاكمٰا عَلىٰ جميعِ الادلّةِ ومدلولُه انّهُ ليسَ الضّررُ فِى حكمِ الله تعالىٰ ويلزمُ تمييزُ حُكمِ الله وتشخيصِهِ لولا **«لاضررَ»** وطريقُ تشخيصِهُ، ملاحظةُ العامِّ معَ مقيّداتهِ ومشخّصاتهِ واستفادةُ حُكمِ الله الواقعِ، منهُ ثُمَّ مجئىُ هذٰا الحكمِ، معَ لا ضررَ وتقييدهُ بلا ضررَ **فلا ضررَ** ليسَ فِـى عَرضِ سايرِ الادلَّةِ حتّىٰ يقالَ: انّ «لا يَحِلُّ...» كانَ احدَ المقيّداتِ و **«لا ضررَ»** كانّ مقيّداً آخَر ولذٰا قالَ الشّيخُ (ره) بانّ **«لاضرر»** من هذهِ الجهةِ، مربوطٌ بـالاستمرارِ

يعنِى العقدِ الَّذِى لم تقعْ شرائطُ صحّتهِ ولَمْ تحصلُ الشّرائطِ فهوَ لايـحتاجُ الىٰ «لا ضرر» لانّ الشارعَ، لم يحكم بعدُ

ودَعوىٰ انّ وجود: **«اَوْفُوا...» كافٍ هنا مدفوعةٌ لانّ «اَوْفُوا...»** ليس بحجّةٍ قبل التّقييدِ والتّخصيصِ و **«لاضرر»** كان له النّظرُ اِلىٰ الاَدّلةِ الّـتى لولا **«لاضرر»** كـانت حجّةً ودليلاً يستكشف منه الحكم الشّرعى.

فتحصّل ممّا ذكرناهُ: انّ كلامَ الشّيخِ (ره) فِى المقامِ وجيهٌ بالغايةِ وكانَ **«لاضررَ»** حاكماً ويلزم ملاحظة مجموع الادلّةِ وبعد اِستفادَةِ مَدلولِ الادلّةِ انْ كانَ المدلولُ، موجباً للضّررِ فتصلُ النُّوبَةُ اِلىٰ تقييده بلا ضرر **«فلا ضرر»** وَقَعَ فِى طولِ الادلّة لا فِى عرضها.

الصّورةُ الرّابعةُ من الصّورِ الاربعةِ المفروضةِ فِى المسألةِ الثّالثة: انْ يبيعَ لنـفسهِ باعتقادِ انّهُ لغيرهِ فانكشفَ انّهُ لَه.

الاقوىٰ هُنا عندَ الشّيخِ (ره) اَيـضاً الصّـحّةُ ولوْعَـلىٰ القـول بـبطلانِ الفـضولىِّ والوقوفُ عَلىٰ الاجازَةِ بمثلِ مامرَّ فِى الصُّورةِ الثّالثةِ.

فِى الصّورةِ الرّابعةِ وجهٌ يمكنُ ان يقالَ بعدمِ توقّفهٰا عَلىٰ الاجازةِ **لانَّ** فِى هذهِ الصّورةِ، باعَ الفضولىُّ مالَ الغيرِ لنفسهِ ثُمَّ انكشفَ كونهُ لهُ فَاِتّحَدَ المقصودُ والواقعُ المعبّرُ عنهُ بالمُنكشفِ.

بِخلافِ الصّورةِ الثّالثةِ، حيثُ باعَ الفضولىُّ المالَ عَن المالكِ ثُمَّ انكشفَ كونُهُ لهُ فاختلفَ المقصودُ والمنكشفُ.

ولاجل وجود وجهٍ فِى عدم توقّفِ الصّورةِ الرّابعة عَلىٰ الاجازة لاتّحاد المقصودِ والمنكشفِ، افادَ بعضُ الاَعلامِ انّ اللزومَ فِى هذهِ الصّورةِ قوىٌ، واِن افادَ بالخيارَ فِى الصّورةِ الثّالثةِ.

اَلْكَلامُ فِى الْعَقْدِ الْمُجازِ

قلنا سابقاً: اِنَّ الْكَلام فِى عَقدِ الفُضُولىِّ فِى ثَلاثَةِ مَوارِدَ:

فِى الْاِجازَةِ وَالمُجيزِ وَالْمُجاز، قَدْ بَحثنا عَنِ الْاِجازَةِ والمُجيز وَقَدْ فَرَغْنا عَنْهُما وكانَ الكَلامُ فِى الْعقدِ المُجازِ يعنى فِى الْعَقْدِ الواقِعِ عَلَيهِ الْاِجازَةُ لا الشّخص الصّادر مِنْهُ عقدُ الفُضُولِىِّ اذ لا معنىٰ لِاِتّصافِ الشّخصِ بِهِ كما رُبما يُتَوَهَّم ذٰلِكَ.

اِسْتِقْصاؤُهُ يَكُون بِبَيانِ اُمورٍ:

اَلْاَوَّلُ: يُشْتَرَطُ فِى العَقدِ المُجازِ، كونُهُ جامِعاً لَجَمِيعِ الشُّرُوطِ الْمُعتبَرة فِى تَأثيرِ الْعَقدِ عدا رضىٰ الْمالِكِ الَّذِى يَتدارَكُ بِاِجازَةِ الْمالِكِ فِيما بَعدُ والشَّرائِطُ، اَعَمُّ مِنْ شَرائِطِ الْمُتَعاقِدَيْنِ وَشَرائِطِ نَفْسِ الْعَقْدِ وَشَرائِطِ الْعِوَضَيْنِ.

مِنْ جُمْلَةِ شَرائِطِ نَفْسِ الْعَقْدِ، لُزومُ الْاِيجابِ وَالْقَبُولِ وَقَصدُ الْاِنْشاءِ وَالْقَصْدُ الْجِدِىُّ وَلُزُومُ كَونِهِ عَرَبِيّاً عَلىٰ الْقَوْلِ بِهِ وَاَيْضاً اِشْتِراطُ كَوْنِهِ ماضيّاً (شَرطُ الْماضَوِيَّةِ) عَلىٰ الْقَولِ بِهِ وتَقَدُّمُ الْاِيجابِ عَلىٰ الْقبولِ.

ومن جُملَةِ شرائِطِ الْمُتعاقِدَينِ، كونُهما بالِغَيْنِ، عاقِلَيْنِ وَمُختارَيْنِ وحُرَّيْنِ وغير ذلك من الشّرائطِ المذكورة فِى بابها.

ومن جُمْلَةِ شرائِطِ الْعِوَضَيْنِ، كونُهُما مَملوكَيْنِ وَالْعِلمُ بِهِما وَكَونِهِما طِلقاً وغير ذلك من شَرائِطِ الْعِوَضَينِ.

بِالْجُمْلَةِ؛ كُلُّ تِلكَ الشّرائِطِ، اَعَمُّ مِن شَرائِطِ الْمُتعاقِدَيْنِ اَوْ الشّرائِطِ فِى الْعَقْدِ اَوْ الشَّرائِطِ الّتِى راجِعَةٌ اِلىٰ الْمَعْقُودِ عَليهِ اَوِ الْعِوَضَيْنِ، يَلْزَمُ حُصُولُها فلو فَرضنا فُقدانَ هٰذِهِ الشَّرائِطِ فِى الفُضُولىِّ وَحُصُولُها حينَ الْاِجازَةِ فَهِىَ لا تُفِيدُ سَواءٌ فِى ذلك، اَلْقَولُ بِالنَّقْلِ اَوْ الْكَشْفِ فَلا يُتَوَهَّمُ اَنَّ حُصُولَ الْمِلْكِيَّةِ فِى الْكَشْفِ فِى زَمانِ الْعَقْدِ **فَعَلىٰ الْقَوْلِ بِالْكَشْفِ** لامانِعَ مِنْ قَبُولِ الْقاعِدَةِ يعنى حُصُولِ الشَّرائِطِ فِى زمانِ حُصُولِ الْمِلْكِيَّةِ وَامّا فِى مَسْأَلَةِ النَّقْلِ فَيَلْزَمُ حُصُولُ الشَّرائِطِ فِى حالِ الْاِجازَةِ **وَكذٰلِكَ** لا فَرْقَ فِى نَفْسِ الفُضُولىِّ بَيْنَ الْاَصِيلِ وَالْفُضُولِىِّ وَالْقَوْلِ بِاَنَّ الْمُعامِلَةَ، كانَتْ لازِمَةً بَيْنَ طَرَفِ الْاَصِيلِ وَكانَتْ جائِزَةً مِنْ طَرَفِ الْفُضُولِىِّ وَلا مانِعَ مِنَ التَّبْعِيضِ بَيْنَهُما.

وَالْفَرْقُ بِلُزُومِ حُصُولِ الشَّرائِطِ بِالنِّسْبَةِ اِلیٰ الْاَصِیلِ الَّذِی کَانَ الْعَقْدُ لازِماً بِالنِّسْبَةِ اِلَیْهِ فَیَجِبُ عِلْمُهُ وَکونُ مالِهِ طِلقاً وَقادِراً عَلیٰ التَّسلیمِ وَامّا فِی الفُضُولیِّ الَّذِی کَانَ مُتَوَقِّفاً عَلیٰ اِجازَةِ المالِکِ فَلاٰ یَلْزَمُ الْعِلْمُ بِالْعِوَضَیْنِ.

مَدْفُوعٌ بِاَنَّهُ لافَرْقَ بَیْنَ الْفُضُولِیِّ وَالْاَصِیلِ فِی لُزُومِ حُصُولِ الشّرائِطِ حینَ الْعَقْدِ وَیَلزَمُ فِی کُلِّ ذلِکَ جَمِیعُ الشَّرائِطِ صِحَّةُ الْعَقْدِ مِن شَرائِطِ الْعَقْد وَ شرائِطِ المُتَعاقِدَیْنِ وَشرائِطِ العِوَضَیْنِ حَتّیٰ اَنْ یَصْلَحَ بِلُحُقوقِ الْاجازَةِ اِلیهِ وَکَوْنُهُ صَحیحاً بِالْاجازَةِ وَهٰذِهِ قاعِدَةٌ کُلِّیَةٌ یَدَعِّیها الشَّیْخُ (ه) وَقَبلها اَکْثَرُ المُحَشِّینَ لو لَمْ نَقُلْ کُلُّهُمْ.

وَلِذا صَرَّحَ السَّیِّدُ﵀: اَنَّ الْحَقَّ ما قالَ بِهِ الشَّیْخُ وَقَرَّبَ السَّیِّدُ﵀ تَعلیلَ الشَّیخِ بِالنَّحوِ الَّذِی یُستفادُ مِن کَلامِ الشَّیْخ اَیْضاً.

وَلَوْ کانَ لِلشَّیخِ هُنا عِباراتٌ مُخْتَلَفَةٌ وَبَعْضُها لَمْ یَکُنْ جُزْءَ الدَّلیلِ بَلْ اِنَّما ذَکَرَ لِتَقریبِ الْمعنیٰ اِلیٰ الذِّهنِ **وَلٰکِنْ** یُوجَدُ الْمَعنیٰ الَّذِی کانَ مَوْرِداً لِلنَّظَرِ فِی خِلالِ عِبارَتِهِ﵀ کما اَشارَ اِلَیه السَّیِّد﵀ والدَّلیلُ عَلیٰ لُزُومِ حُصُولِ الشَّرائِطِ مُقارِناً لِلْعَقْدِ عَلیٰ جَمِیعِ الْاَقوالِ وَالْاِحتمالاتِ، یُعْلَمُ مِنْ مُطالِعَةِ الْاِجازَةِ وماهِیَّتِها وَمَوْقِفِها مِن الْعَقْدِ بِاَنَّهُ هل تَکُونُ الْاِجازَةُ جُزءَ الْعَقْدِ وَکانَ مِثلَ الْقَبُولِ بِالنِّسْبَةِ اِلیٰ الْاِیجابِ اَوْ مِثْلَ الْایجابِ اِلیٰ الْقَبُولِ وَیَتَشَکَّلُ مِنها ماهِیَّةُ الْعَقدِ **ام لَیسَ کَذٰلِک؟**

وَالْحَقُّ: اِنّ الْاِجازَةِ خارجةٌ عن ماهِیَّةِ الْعَقْدِ وَماهِیَّةُ الْعَقْدِ، اِنَّما هی الْاِیجابُ وَالْقَبولُ وَتَصَدُقُ عَناوِینُ الْعُقُودِ بِالایجابِ وَالْقَبُولِ مِنَ الْبَیْعِ وِالْاِجازَةِ والنِّکاح وَغیر ذلک.

فالْاجازَةِ لَیسَتْ عَقْداً اِستِقلالاً وَلَیسَتْ اَیْضاً طَرَفُ الْعَقْدِ مِثلُ الایجابِ وَالْقَبُولِ وَلَیسَتْ مُقَوِّمَةً لِلْعَقْدِ بل هِیَ شَرْطٌ بِمَعْنیٰ تَقَیُّدِ جُزْءِ وَقَیْدٍ خارِجیٍّ، وَالشَّرْطُ مَعْناهُ اَنَّهُ لَمْ یَدْخُلْ فِی ماهِیَّةِ الْمَشروطِ بِخِلافِ الْجُزْءِ، فالرِّضیٰ الَّذِی یَدُلُّ عَلَیهِ قوله﵇: «**لایَحِلُّ مالُ اِمرِؤٍ مُسلِمٍ...**» لا یَدْخُلُ فِی ماهِیَّةِ الْعَقْدِ.

فَماهِیَّةُ الْعَقْدِ شَیءٌ غَیرُ الرِّضا، **غایَةُ الْاَمْرِ** یُشْتَرَطُ الرِّضا فِی صِحَّةِ الْعَقْدِ شَرْعاً وَتَأثیرِ الْعَقْدِ کما اَنَّ الْوُضُوءَ کانَ شَرطَ الصَّلاةِ وَلٰکِنْ لَمْ یَدْخُلْ فِی ماهِیَّةِ الصَّلاةِ،

فَماهِيَّةُ الصَّلاةِ، لَمْ تَتَرَكَّبْ مِنْهُ ومِنْ غَيْرِهِ **فَبِناءً عَلَيهِ** ماهِيَّةُ الْعَقْدِ مِثْلُ الْبَيْعِ وَالْاِجارَةِ وَالنِّكاحِ وَغَيرِ ذلِكَ مِنَ الْعُقُودِ غَيرِ الرِّضا فالرِّضا لَيْسَ هُوَ عَقْداً ولا جُزْءً مِنَ الْعَقدِ فَمَصَبُّ جَمِيعِ الشَّرائِطِ الشَّرْعِيَةِ، هُوَ الْعَقْدُ.

وما وَرَدَ من قوله عليه السلام: «**نَهىٰ النَّبِيُّ** صلى الله عليه وآله **عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ**» «**وَنَهىٰ النَّبِيُّ** صلى الله عليه وآله **عن بَيْعِ مايكالُ اَوْ يُوَزَنُ اِلّا بِالْكَيْلِ وَالوَزْنِ**» بَلْ كُلُّ مُورِدِ اِشْتراطَ فِى الْبَيْعِ، فهُوَ شَرْطٌ راجِعٌ اِلىٰ الْاِيجابِ وَ الْقَبُولِ اَوْ راجِعٌ اِلىٰ اِنْشاءِ الْعَقْدِ **بناءً عَلىٰ هذا التَّقريبِ**، لا يَلْزَمُ الْبَحْثُ عَنْ كُلِّ واحِدٍ مَنِ الْاَدِلَّةِ الّتى وَرَدَتْ فِى الْاَبْوابِ الْمُخْتَلِفَةِ مِنَ التِّجارةِ وَغَيْرِها، اَنَّهُ هَلْ: اُعْتُبِرَ الشَّرْطُ فِى اَىِّ زَمانٍ مِنْ اَزْمِنَةِ الْعَقْدِ اَوْ الْاِجارَةِ اَوْ يَلْزَمُ كُونُهُ مُستَمِرّاً اَمْ لا؟

حَيْثُ اِنَّ هذا التَّقْرِيبَ يَجْرِى فِى جَمِيعِ الْاَدِلَّةِ مِمّا اُعْتُبِرَ شَرْطاً فِى الْبَيْعَ اَوْ عُنواناً اَعَمُّ مِنَ الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ مِثْلِ عُنوانِ التِّجارَةِ اَوْ عُنْوانِ الْكَسْبِ الَّذِى يَجرِى فيها الْفُضُولِىُّ وَتَلْحَقُها الْاِجارَةُ سَواءٌ كانَ فِى بابِ الْبَيْعِ اَوْ الْاجارَةِ وَسايرِ اَبوابِ الْعُقُودِ مِمّا يَجْرِى فِيها الْفُضُولِىُّ وَتَصِحُّ الْاِجارَةُ فِيها. وَكانَتْ ظاهِرَةً فِى لُزُومِ حُصُولِ هٰذِهِ الشَّرائِطِ فِى زَمَنِ اِنْشاءِ العقدِ واِذا لَمْ تَحصُلْ فِى زَمَنِ الْاِنشاءِ وَتَخَلَّفَ عَنْهُ ثُمَّ حَصَلَ فِى زَمانِ الْاجارَةِ فَهِىَ لا تُفِيدُ مَثلاً اِذا عُومِلَتْ مُعامِلَةً مَجْهُولَةً ثُمَّ صارَ الْمَجْهُولُ مَعْلُوماً فهُوَ لا يُفيدُ **حَيْثُ** اِنَّهُ حينَ الْعَقْدِ لَمْ يَكُنْ مَعلُوماً ومَعْلُومِيَّتُهُ فيما بَعدُ فَهِىَ لا تُجْدِى بل كانَ يَلْزَمُ الْعِلْمُ بِمِقْدارِ الْعِوَضَيْنِ حينَ الْعَقْدِ.

حاصِلُ الْكَلامِ اَنَّ الْمُسْتَفادَ مِن كَلام الشَّيخ رحمه الله وَغَيْرِه من الْفُقَهاءِ اَنَّ الْاجازَةَ ليسَتْ عقداً وَلا طرفِى العقدِ مِنَ الايجابِ وَالقبولِ بل هِىَ ماهِيَّةُ رضِىَ المالكِ وَكانَتْ شرطاً مِنْ شروطِ العقدِ، شرطاً عامّا تشترطُ فِى صِحَّةِ جميعِ المعاملاتِ وحَيْثُ كانتْ شرطاً، فالشّرائِطُ الّتى اُعْتُبِرتْ فِى العقدِ فِى غيرِ حالِ الرِّضاو فِى موردِ غيرِ الرّضا، اعتبرَتْ فِى هذا الموردِ اَيْضاً **غايةُ الامر** اثبَتْنا فِى بابِ الرِّضا: انَّ مقارنةَ الرِّضا لايعتبرُ مَعَ العقدِ وَلٰكِنْ فِى ساير الشّرائِطِ، اعتبرتِ المقارنةُ مَعَ العقدِ.

مِنْ **هُنا قالَ الشَّيخُ** رحمه الله: اِنَّما نقولُ بالتّوقّفِ لاجلِ انَّ العقدَ اِمّا تمامُ السَّببِ والْاجازَةُ

تكونَ كاشفةً مَحْصةً عن تمامیّةِ السَّببِ، بناءً عَلىٰ ما افادهُ المُحَقِّقُ الثّانِی اَوْ جزؤهُ؟ وعَلىٰ ایٍّ حالٍ ای سواءٌ قلنا: اَنَّ العقدَ تمامُ السَّببِ فِی النّقلِ والانتقالِ ام جـزؤهُ، والجزءُ الآخرُ هِیَ الْاجازَةُ فَلابُدَّ مِنَ القولِ باجتماعِ جمِیعِ شروطِ العقدِ عندَ صدورهِ **ولهذا قالَ الفقهاءُ:** بَعدَمِ جوازِ الایجابِ مَعَ جهلِ القابلِ بالعِوضَیْنِ، لِاَنَّ علمَهُ بِهما معتبرٌ عندَ صدورِ العقدِ بلْ لَوْ قلنا: بِجوازِ صدورِ الایجابِ مَعَ جهلِ القابلِ بالعوضَیْنِ واَنَّ الاجتماعَ غیر معتبرٍ وان علمَ بِهما حالَ القبولِ، لَمْ یلزَمْ مِن هذا الجوازِ، القولُ بجوازِ عدمِ اعتبارِ الاجتماعِ فیما نحنُ فیهِ وهُوَ بیعُ الفضولِیِّ مال الغیرِ لنَـفْسِهِ ثُـمَّ اَجازهُ لانَّ الْاجازَة عَلىٰ القولِ بالنّقلِ، اشبهُ بالشّرطِ وحینئذٍ، یعتبرُ وجودُها عـندَ صدورِ العقدِ **وَلَوْ سُلِّمَ کونُ** الْاجازَةِ جزءً وقلنا بکفایةِ حُصولِ العـلمِ قـبلَ تـمامیَّةِ الاَجزاءِ فهُوَ جُزءٌ للمُؤثِّرُ هُوَ المرکَبُّ مِنَ العقدِ والْاجازَةِ لا لِلعقدِ وهُوَ الفارِغُ مِـنَ الْاجازَةِ.

فیکونُ جمِیعُ مادلَّ: من النّص والاِجماعِ عَلىٰ اعتبار الشُّروطِ فِی البیعِ، ظاهرةٌ فِی اعتبار تِلك الشُّروطِ فِی اِنشاءِ النَّقلِ والانتقالِ بالعقدِ.

نَعَمْ: لَوْ دلَّ دلیلٌ عَلىٰ اعتبارِ شرطٍ فِی ترتُّبِ الاثر الشَّرعیِّ وهُوَ النّقل والانتقالُ الّذِین بمعنىٰ الاِسمِ المصدریِّ عَلىٰ العقدِ من غیر ظهُورٍ فِی اعتبارِ ذلك الشَّرطِ فِی اصلِ الانشاءِ، امکَنَ القولُ بکفایَةِ وجودِ ذلك الشَّرطِ حینَ الْاجازَةِ لاحینَ صُدورِ العقدِ.

ولَعَلَّ مِن قبیلِ عدمِ ظهورِ الدَّلیلِ الشَّرعیِّ عَلىٰ عَدمِ اعتبار الشَّرطِ فِـی اصـلِ الانشاءِ بل یکفِی وجودُها عندَ صدورِ الْاجازَةِ: القدرَةُ عَلىٰ تسلیمِ المبیعِ کما لو کانَ المبیعُ عبداً آبقاً وقد بِیعُ فضُولاً اَوْ کانَ مُصْحَفاً کریماً، اَوْ کانَ عَبداً مُسلِماً وکـانَ المشتری لهُما کافِراً وقَدْ بَیعا عَلَیهِ ثُمَّ اجازَ البیعَ، المالِكُ فِی البُیُوعِ الثّلاثَةِ.

ففِی هذِهِ الامثلةِ واِن لَمْ تَکُن القدرَةُ عَلىٰ تسلیمِ المـبیعِ مـوجودةً عِـند اصـلِ الانشاءِ، مَعَ انَّها شرطٌ فِی صِحَّةِ البیعِ، **لکنَّها** موجودةٌ عندَ صدورِ الْاجازَةِ فَیُکتَفىٰ بِها.

فرع

هُنا فرعٌ عنونهُ الشّيخُ[1] ﷺ: ثُمَّ هلْ يشترطُ بقاءُ الشّرائطِ المعتبرةِ حينَ العقدِ إلىٰ زمانِ الإجازَةِ امْ لا؟

ثُمَّ قالَ ﷺ: لاينبغى الاشكالُ فِى عدمِ اشتراطِ بقاءِ المتعاقدينِ عَلىٰ شروطِهِمٰا حتّىٰ عَلىٰ القولِ بالنّقلِ والمرادُ مِنْ شروطِ المتعاقدينِ العقلُ، والبلوغُ، والاختيارُ، **ومِنَ المعلومِ:** اَنّ المتعاقدينِ هُنا، الاصيلُ والفضولىُّ لانَّهمٰا طرفٰا العقدِ، وَاَنَّ اِنتفاءَ الشّرائطِ بالنّسبةِ اليهمٰا اِلىٰ زمنِ صدورِ الاجٰازَةِ، انَّمٰا هُوَ بالنّسبةِ اِلىٰ الشّرطِ الَّذِى يَكون قابِلاً للانتفاءِ فِى الزَّمنِ المتأخّرِ الَّذِى هُوَ زمنُ الاجٰازَةِ كالعقلِ والاختيارِ وَامّٰا بالنّسبةِ اِلىٰ الشَّرطِ الَّذِى لا يكونُ قابلاً للإنتفاءِ، كالبلوغِ بَعدَ تحقّقِهِ فالمجيزُ يَعتبرُ فيهِ الشّرائِطَ المعتبرةَ فيهِ عِندَ ايقاعِ الاجٰازَةِ.

نَعَم: عَلىٰ القول بكونِ الاجٰازَةِ بَيعاً جديداً، يقوى اشتراطُ بقاءِ المتعاقدِ عَلىٰ شُروطِهِمٰا اِلىٰ زمنِ صدورِ الاجٰازَةِ حَيْثُ تكونُ المعاملَةُ معاملةً جديدَةً عَلىٰ هٰذا المبنىٰ.

وامّٰا شروطُ العوضينِ مِنْ معلومِيَةِ العوضينِ، وقابليتِهِمٰا للتّملُّكِ وكونِهِمٰا مقدُورينِ للتّسليمِ، وكونِهِمٰا مِلكَي طلقِ للمتعاقدينِ.

فالظّاهِرُ عندَ الشّيخِ ﷺ اِعتبارُها، بناءً عَلىٰ النّقلِ

وامّٰا بناءً عَلىٰ الكشفِ فوجهانِ مبنيانِّ عَلىٰ ظُهورِ ادلَّةِ البيعِ فِى اعتبارِ الاستمرارِ كمٰا افاده صاحب الجواهر اَوْ ظُهُورها فِى عدمِ الاستِمرارِ كمٰا افادَه الشّيخُ فِى رَدِّ صٰاحبِ الجواهِرِ.

واعتبارُ شروطِ العوضَيْنِ عَلىٰ القولِ بالكَشفِ اِلىٰ حِينَ صُدورِ الاجٰازَةِ اَيْضاً عند الشّيخِ ﷺ غيرُ بَعيدٍ.

وَلا يخفىٰ: انَّهُ تقدَّمَ مِنَ الشّيخِ فِى ذِكرِ الثَّمَراتِ المترتّبةِ عَلىٰ القولِ بالكشفِ والنّقلِ عَن بعضِ الاَعلامِ، عدمُ اعتبارِ بقاءِ شروطِ العوضينِ اِلىٰ زمنِ صُدورِ

---

١. المجلّد التّاسع من المكاسب من منشورات دارالكتاب، ص ١١٩.

الْاِجازَةِ، فمٰا ذكرهُ﵀ هُنٰا منافٍ لِمٰا ذكرهُ هناكَ «**وكذا لَوْ اِنْسَلَخَتْ قابليَّةُ المنقولِ بتَلفٍ» ولا سيّمٰا استدلالُهُ (قُدِّسَ سرّهُ)** بخبرِ نكاحِ الصّغيرَيْنِ، الدّالِ عَلىٰ عدمِ اعتبارِ استمرار القابليَّةِ اِلىٰ زمنِ صُدورِ الْاجازَةِ.

سِنخٌ مِنَ الشّرائطِ يختلفُ فيها القولُ بالنّقلِ والكشفِ

قالَ الشّيخُﷺ اَنَّهُ يلزمُ حصوُلُ جميعِ شرائِطِ صِحَّةِ العقدِ فِى العقدِ المُجازِ وكانَتْ مُقارنَةً للعقدِ من غير فرقٍ بينَ القولِ بالكشفِ والقولِ بالنّقلِ **ثُمَّ:** هُنا موردٌ اِستثنىٰ الشّيخُ مِن حكمِ الشّرائطِ بينَ القولينِ يعنى كانَ سِنخٌ مِنَ الشّرائطِ يختلفُ فيهِ القولانِ وهُوَ ما اِذا قصدَ شرطاً حينَ العقدِ وانَّما حَصَلَ حينَ الاجازِه، فِى هذا النَّوعِ من الشّرائِطِ يختلفُ القول بالكشفِ والقولِ بالنّقلِ يعنى يَصِّحُ عَلىٰ القولِ بالنّقل ويبطلُ عَلىٰ القولِ بالكشفِ.

وتوضيحه: اَنَّ قسماً من الشّرائطِ، راجعةٌ اِلىٰ البيعِ من حَيْثُ هُوَ و مَوضوعُها عنوانُ البيعِ وقسمٌ آخر ليسَت مِن قبيلِ شرائِطِ البَيْعِ بلِ مِن قبيلِ حُصولِ الملكيَّةِ فكُلُّ شرطٍ كانَ شرطاً للبَيْعِ فِى الادلّةِ مثل قولِهِ ﷺ: **«لاتَبِعْ ما ليسَ عندكَ»** و **«لا تَبِعْ مايكالُ اويوزنُ»** وغيرهما من الشّرائطِ، يلزمُ حصولُها حينَ البيعِ من غيرِ فرقٍ بينَ القولينِ.

وَسِنخٌ آخر مِن الشّرائطِ الّتِى كانَتْ شَرْطاً فِى البيعِ وَلٰكِنْ لا مِن حَيْثُ هُوَ بيعٌ بل من حَيْثُ اِنَّ المِلكيَّة، تحصلُ عقيبَ البيعِ.

وَهذا النّوعُ من الشّروطِ الّتِى سببُها الملكيَّةُ فهُوَ شرطٌ فِى البيعِ بالعرضِ **وفِى هذا النّوعِ مِنَ الشّرائطِ**، يختلفُ فيهِ القولانِ فبناءً عَلىٰ الكشفِ حصلتِ الملكيَّةُ حينَ العقدِ وامّا بناءً عَلىٰ النّقلِ فمِنْ حينَ الْاجازَةِ فهذا شرطُ الملكيَّةِ مثلِ ملكيّةِ الكافرِ للعبدِ المُسلمِ فَلَو بيعَ العبدُ المسلِمُ مِن الكافرِ فهذا لا يَصِّحُ لانَّ البيعَ، يقتضِى مالكِيَّةَ الكافرِ عَلىٰ المُسلِم وهذا لا يجوزُ ولِهذا سَرىٰ هذا الشَّرطُ، البيعَ مَعَ انَّهُ شرطٌ للمسبَّبِ دونَ السببِ وهُوَ البيعُ وهُوَ شرطُ مسبَّبِ البَيعِ وهُوَ الملكيَّةُ اينما كانَتْ، بَيعاً كانَ اَوْ غيرهُ.

فالقول بِانَّهُ لايجُوزُ بيعُ العبدِ المسلِمِ مِنَ الكافرِ، ليسَ هُوَ مِن حَيْثُ البيعِ بَل من حَيْثُ اَنَّ البيعَ، لايُؤثِّرُ حَيْثُ انَّهُ لا تجوزُ ملكيَّةُ الكافرِ للمسلمِ فهذا النَّوعُ مِنَ الشّرائطِ مِن قبيلِ شرطِ الملكيَّةِ وشرطِيّتهُ للبَيْع كانت بالعرضِ.

فتظهرُ الثّمرةُ هُنا بين القَولينِ فلو باعَ الفُضوليُّ، العبد المسلِمَ مِنَ الكافرِ حينَ البيعِ وَلكِنْ اسلَم المشتَرِى الكافِرُ قبلَ الْاجازَةِ ثُمَّ اجَزْنا البيعَ فبناءً عَلىٰ القولِ بالكشفِ لا يَصِّحُ البيعُ لانَّهُ بناءً عَلىٰ الكشفِ اَنَّ الكافِرَ حينَ العقدِ، مالكُ المُسلمِ وهُوَ ممنوعٌ شَرعاً وامّا بناءً عَلىٰ النّقلِ فيَصِّحُ لانَّ العقدَ يترتَّبُ عَليهِ الاثرُ حينَ الْاجازَةِ والفرضُ اَنَّ المشتَرِى كانَ مُسلماً حينَ الْاِجازَةِ.

ثُمَّ اِنَّ الشَّيخَ﵀ مَثَّلَ مثالاً آخَر عَلىٰ مورد الاستثناءِ وهُوَ القدرة عَلىٰ التّسليم حَيْثُ قالَ﵀: ولَعَلَّ مِنْ قبيلِ عدم ظهورِ الدَّليلِ الشّرعيِّ عَلىٰ عدمِ اِعتبارِ الشّروطِ فِى اصلِ الانشاءِ بل يَكفِى وجودُها عند صدورِ الْاجازَةِ: القُدرة عَلىٰ تسليمِ المبيعِ كما لو كانَ المبيعُ عبداً آبِقاً وقد بيع فُضُولاً اَوْ كانَ مُصْحَفاً كَريماً اَوْ كانَ عَبداً مسلِماً وكانَ المشترِى لهما كافِراً وقد بيعا عَلَيهِ ثُمَّ اجازَ البيعَ، المالك فِى البيوعِ الثَّلاثَةِ ففِى هذِه الامثلَةِ وإن لَمْ تكن القدرةُ عَلىٰ تسليمِ المبيعِ موجودةً عندَ اصلِ الانشاء، مَعَ انَّها شرطٌ فِى صِحَّةِ البيعِ، **لكنّها** موجودةٌ عندَ صُدُورِ الْاجازَةِ فيكتفِى بها.

نَحنُ نقُولُ: يُمكِنُ الاشكالُ فيهِ بَعدَ الاعترافِ بصِحَّةِ الكبرىٰ الكُلِيِّ وهُوَ اَنَّ شرائِطَ البيعِ، ينقسِمُ اِلىٰ قسمينِ: قسمٌ منهُما شرطٌ للبيعِ اِبتداءً ولا يفترقُ فيهِ القولانِ فيجبُ حصولُها حينَ العقدِ عَلىٰ القولينِ وامّا قِسمٌ آخَرَ منهُما فهُوَ شرطٌ للملكيّةِ وَانَّما هُوَ شرطٌ فِى ضمنِ البَيْعِ بالعرضِ ومن بابِ انَّهُ مِصداقٌ له.

وحاصل الاشكالِ اَنَّ هذينِ الموردينِ اللَّذينِ ذكرهما الشّيخُ، موردٌ للمناقشة وَامّا مسألةُ: القدرةِ عَلىٰ التّسليم فهى لا تُلائِمُ مَعَ مَبْنىٰ الشّيخِ﵀ كما سَيجئُ فيما بَعدُ اَنَّ فِى عِلَّةِ اعتبارِ القدرة عَلىٰ التّسليمِ ذُكِرَتْ وجوهٌ متعدِّدةٌ.

منها: الوجهُ الَّذِى كانَ مورداً لنظرِ الشّيخِ وهُوَ اَنَّ البيعَ، يجعلُ المبيعَ مالَ المشتَرِى ويجب ردّ مالِ الغير اِلىٰ صاحبِهِ فحَيْثُ يتعذّر فيتعذّرُ البيعُ ولا يَصِّحُ.

والشّيخُ﵀ رَدَّ فِى بابِ القدرةِ عَلىٰ التّسليمِ، كونَ مسألةِ اشتراطِ القدرةِ عَلىٰ التّسليمِ اَن يكونَ من بابِ وجوبِ التّسليمِ وانَّهُ لا يَصِّحُ لانَّ الوجوبَ، تابعٌ للشّرائِطِ الموجودةِ فاِنْ كانت لها القدرةُ، فهُوَ واجبٌ مطلَقٌ وَاِن لَمْ تكنْ لها القدرَةُ فهُوَ واجِبٌ

مشروطٌ ثُمَّ بَعدَ ردِّ هذا قال: اِنَّ عمدَةَ دليلِ وجُوبِ التَّسليمِ، مسألةُ الغَررِ ومَثَّلَ لَهُ مِثلَ بيعِ الطّيرِ فِى الهواءِ، والسَّمَكِ فِى الماءِ، حَيْثُ اِنَّهُمَا بَيعان غرريّانِ وهذا دليلهُ عَلىٰ لُزوم عِلمِ العاقِدِ الفضوليِّ وانَّهُ لايَجُوزُ الجهلُ بالعوضينِ وانَّهُ مَبْنِىٌّ عَلىٰ شىءٍ فِى بابِ القدرةِ عَلىٰ التَّسليم وَلكِنَ الشّيخُ لا يَقولُ به.

نَعَمْ: يقول بقولٍ مطلقٍ وبنحوِ التَّنَجُزِّ وصَرَّحَ بانَّ القدرةَ عَلىٰ التّسليمِ من جُملةِ الشّرائطِ الّتى راجعةٌ اِلىٰ المِلكيَّةِ ومِن آثارها ولَيْسَتْ من شَرائِطِ الْعَقدِ مَعَ انَّهُ فِى باب القُدرةِ عَلىٰ التّسليمِ جعلها مِصداقاً للغررِ الَّذِى وردَ فِى قولِ النَّبى: **«نَهىٰ النَّبىُّ عَنِ بيعِ الغرَرِ»** وَلٰكِنْ جَعَلها هُنا مِن شرائِطِ البيعِ وحتّىٰ انَّهُ دَخَلَ فِى نَهى البيعِ عَنِ البيعِ الغَرَرِىّ **وَلٰكِنْ نَهىٰ النَّبىُ الخ** هل يَكونُ بنَحوِ المطلقِ ام لا؟ كانَ محلاً للبحثِ وعَلىٰ فرضِ كونهِ بنحوِ المطلقِ فهُوَ راجعٌ اِلىٰ السَّببِ لا الملكيَّةِ يعنى ليسَ المقصودُ، عدمَ كونِ المسبَّب غَرّرياً بلِ المقصودُ، كونُ العَهدِ والتّعهُّدِ وما وَقَعَ بينَ البايعِ والمشتَرى واضِحاً ولم يكُنْ فيهِ ابهامٌ وجهالةٌ سواءٌ كانَ: «نَهىٰ النّبى عَن بيعِ الغَرَرِ» ام لا؟

واَمّا المثالُ الآخرُ للشّيخ فهُوَ مالكيَّةُ الكافرِ للعبدِ المُسلمِ اَوْ المُصحَفِ الَّذِى كانَ ممنوعاً عَلىٰ الكافرِ وكانَ من اَحكامِ الملكيَّةِ والقولُ بالفرقِ فيهِ بينَ القولِ بالكَشفِ وبينَ القولِ بالنّقلِ حَيْثُ اِنَّ زمانَ الملكيَّةِ فِى الكشفِ حينَ العقدِ وقد كانَ كافراً وبناءً عَلىٰ القول بالنّقلِ، كانَ حينَ العقدِ وصار الكافر مُسلماً.

وَهُنا اَيْضاً مطلبٌ قُرِّرَ فِى محلِّه وبحثَ عنه وهُوَ اَنَّ الممنوعَ، ليست مالكيَّةُ الكافِرِ للمسلمِ بل الممنوعُ هُوَ السّلطنةُ عَلَيهِ حَيْثُ قالَ الله تعالىٰ: **«لَنْ يجعَلَ الله للكافِرِين عَلىٰ المؤمنينَ سبيلاً»** يعنى التّسلّطُ عَلَيهِ، لايجوزُ بانَ يفعلِ عَلىٰ العبدِ المسلمِ مايشاءُ بانَ يبيعَهُ ويستخدمَهُ ويُضرَّ بِهِ وغير ذلك مِمّا كانَ ممنُوعاً عَلَيهِ وَاِلّا مجرّد المالكيَّةِ، ليسَ ممنُوعاً عَلَيهِ فيترتّبُ عَليهِ انَّهُ لو اسلَم قبلَ البيعِ فتبقىٰ مالكيّتُهُ بحالِها فالممنوعُ هُنا بمقتضىٰ الآية الشّريفةِ المذكورةِ، السّلطنةَ عَلىٰ المُسلمِ لا الملكيَّةُ وملكيّتُهُ عَلىٰ العبدِ حينَ العقدِ، لا يوجبُ السّلطنةَ المنهيّةَ فِى الآيةِ الشّريفةِ **وهُنا**

مطلبٌ آخرَ بحثَ الشّيخُ عنهُ: وهُوَ انَّهُ اِذٰا فرضنا حُصولَ الشّرائطِ حينَ العقدِ هل يعتبرُ استدامةُ الشّرائطِ من حينِ العقدِ اِلىٰ حينِ الاجازَةِ ام لا؟ مثلاً كانَ موردُ المعاملةِ مٰايعاً مِنَ المٰايعاتِ وكٰانَ طاهِراً حينَ العقدِ، هل يعتبرُ استمرارُ طهارتِهِ اِلىٰ حينَ الاجازَةِ ام يفترقُ هُنٰا القولُ بالكشفِ والقولُ بالنّقلِ كمٰا قٰالَ بِهِ صاحِبُ الجواهر؟ حَيْثُ انَّهُ بناءً عَلىٰ الكشفِ كٰانَ طاهِراً حينَ العقدِ وكونُه نَجساً فيمٰا بَعدُ، لايؤثّرُ **وامّٰا بناءً عَلىٰ النّقلِ** فموقعُ النّقلِ والانتقالِ كٰانَ حِينَ الاجازَةِ وتلزَم طهارتُهُ حِينَ الاجازَةِ.

قٰالَ الشّيخ﵀: الاستمرارُ شرطٌ عَلىٰ القولينِ **فالظّاهِر انّ** شرائطَ العوضينِ عَلىٰ القولينِ، كٰانَ يستمرُّ اِلىٰ زمٰانِ الاجازَةِ امّٰا بناءً عَلىٰ النّقلِ فهُوَ واضحٌ وَامّٰا بناءً عَلىٰ الكشفِ فأيضاً كذلِك لاَنَّ الاثرَ قبلَ الاجازَةِ والاجازَةُ تكشِفُ عن اَثرٍ فِی المٰاضِی وَلكِنَّ المؤثّرُ، نفسُ الاجازَةِ والاجازَةُ نوعُ بيعٍ، **غايَةُ الامر** كٰانَ بَيعاً يُؤثّرُ فِی المٰاضِی اَيضاً فيلزمُ حصولُ شرائِطِ البيعِ حينَ العقدِ.

هذٰا نظرُ الشّيخِ﵀ ولكنّهُ(ره) كمٰا نَقلنٰا سابقاً فِی مقامِ بيانِ الثّمراتِ بينَ الكشفِ والنّقلِ: اِنَّهُ ﵀ رَدَّ هذٰا القولَ وَقال: «اِنَّ صاحبَ الجواهرِ﵀ قٰالَ: اِنَّهُ بناءً عَلىٰ الكشفِ، تلزمُ ادامةُ الشّرائطِ اِلىٰ زمٰان الاجازَةِ ولا دليلَ عَلىٰ الادامةِ، وروايةُ ابي عبيدةِ الحذّاء، الّتي تدلُّ عَلىٰ كاشفيّةِ الاجازَةِ، صَحَّحتِ الفضوليِّ بَناءً عَلىٰ الكاشفيّةِ فِی موردٍ حصلَ الشّرطُ حينَ العقدِ وكٰانَ فاقِداً حينَ الاجازَةَ وكٰانَ مَيِّتاً لانَّها راجعةٌ اِلىٰ نكاح الصّغيرينِ فُضولاً فيمٰا اِذٰا اجازَ احدهُمٰا، النِّكاحَ اِذٰا بلغَ وَمٰات ثُمَّ بلغَ الآخرُ ثُمَّ اجازَ النّكاحَ، الَّذِی كٰانَ حينَ الاجازَةِ ميّتاً ولا يجوزُ نكاحُ الميّتِ مَعَ كونِهِ حِينَ العقدِ.

والتّعجّبُ مِنَ الشّيخِ﵀ مَعَ انَّهُ ردَّ فيمٰا سَبَقَ، صاحبَ الجواهر﵀ وذَكَرَ روايةَ ابی عبيدةِ الحذّاءِ فِی الجوابِ عن صاحبِ الجواهِر وكلِّ من يقولُ بلزومِ استدامةِ الشّرائطِ **وَلكِنْ** كٰانَ ذكرَ هُنٰا بانَّ الظّاهِرَ انَّ شرائطَ العوضينِ، تلزمُ ادامَتُها حتّىٰ عَلىٰ الكشفِ.

مِنَ الامورِ الّتى افادَها الشّيخ﵀ فِى القولِ فِى العقدِ المجازِ انَّهُ هَل يُشترطُ فِى المجازِ، كونُه معلوماً للمُجيزِ بالتّفصيل من تعيينِ العوضينِ، وتَعيين نوعِ العقدِ من كونِهِ بَيعاً، اَوْ صُلحاً فَضلاً عَنْ جنسهِ: مِن كونِهِ نِكاحاً لِجاريتِهِ، اَوْ بَيعاً لَها. اَم يكفِى العلمُ الاجمٰالِىُّ بوقوعِ عقدٍ قابلٍ للاجازةِ؟

اِذٰا لغايةُ مِن اعتبارِ الْاجٰازَةِ فِى عقدِ الفضولىِّ، هُوَ حصولُ الرِّضٰا وطِيبِ النَّفسِ بانتقالِ المبيعِ اِلىٰ المشترىَ وحصولُ اضافةِ العقدِ اِلىٰ المُجيزِ ولا شكَّ انَّهُمٰا يحصلانِ بالعلمِ الاجمٰالِىِّ ولا يحتاجانِ اِلىٰ العلمِ التّفصيلىِّ.

قٰالَ الشّيخ؛ هُنٰا وَجْهانِ:

وجهٌ لعدمِ اشتراطِ كونِ المجازِ معلُوماً بالتَّفصيلِ عندَ المجيزِ وكفايةِ علمِ الاجمٰالِىّ فِى ذلك.

وحٰاصلُه: انَّ الْاجٰازَةَ كالاذنِ السّابقِ الصّادرِ مِنَ المٰالكِ فكَمٰا انَّهُ يجوزُ تَعلّقُهُ بِشىءٍ غير مُعيّنٍ، كذلك يجُوز تعلُّقُ الْاجٰازَةِ بشىءٍ غيرُ مُعيّنٍ من دونِ احتياجِها اِلىٰ كونِ الشَّىءِ معلُوماً بالتّفصيلِ عندَ المُجيرِ فيجُوزُ تعلُّقهُ بغيرِ المعيّنِ اِلّا اِذٰا بلغَ حَدّاً لايجوزُ مَعَهُ التّوكيلُ كمٰا لو وكلَّ زيدٌ عمرواً فِى امرٍ مبهمٍ: بِانْ قٰالَ له: وَكَلتُّكَ فِى شىءٍ، اَوْ وَكَلْتُك فِى التّصرفِ فِى اموالِى اَوْ يقول: وَكَلْتُكَ فِى احدِ الامرينِ: منَ البيعِ اَوِ النِّكاحِ مَعَ ارادةِ التَّرديدِ لا التّخيّيرِ، فانَّ الوكالةَ فِى هذهِ الصّورِ، مبهمةٌ قد بلغَتْ اِلىٰ حَدٍّ لايجوز مَعَهُ التّوكيلُ.

وَامّٰا فِى غيرِ هذِهِ الصّورِ فالوكالَةُ صحيحةٌ كمٰا لو قالَ: وَكَلْتُكَ فِى شراءِ دارٍ مِن دونِ انْ يصفَ الدّارِ للوكيلِ، لعدمِ اشتراطِ تَعيين متعلّقِ الوكالةِ مِن جَمِيع الجهاتِ.

نعم: قٰالَ بعض الفقهاءِ انَّ التّوكيلَ المُطلق، لايَصِّح لمٰا فيهِ مِنَ الضَّررِ العظيم والخطرِ الكبيرِ.

نَقَلَ العَلّامَةُ﵀ من بعضِ فقهاءِ العامّة مثلِ الشّافعىِّ انَّهُ يجوزُ للوكيلِ بيعُ اموالٍ كثيرةٍ لايقدرُ الموكّلُ عَلىٰ ادَائِهٰا وينبغِى للموكّلِ ان يقيّد مَعَ الوكيلِ وعيِّن حدودَ

الوكالةِ.

والعَلّامَةﷺ بَعدَ نقلِ هذا قال: انَّهُ ليسَ بصحيحٍ لانَّ فعلَ الوكيلِ منوطٌ بالمَصلحةِ ومراعاةُ المصلحةِ مِنَ الوكيلُ يُزيلُ هذهِ المَحاظيرَ.

وَامّا دليلُ اشتراطِ العلمِ التّفصيلىّ للمُجيزِ بالمُجازِ فهُوَ انَّ الْاجازَةِ فِى الحقيقةِ والواقعِ، احدُ ركنَى العقدِ، اِذْ العقدُ، مركبٌ مِن الايجابِ والقبولِ وَقد وَقَعَ القبولُ مِن قِبَلِ الاصيلِ الَّذِى هُوَ المشترِى **والايجابُ وَقَعَ** مِن قِبَلِ العاقد الفضولىِّ فَكانَّما لَمْ يقعْ فاحتاجَ اِلىٰ الرّكنِ الثّانِى وهُوَ الْاجازَةُ حَتّىٰ تحصُل المعاهدةُ الحَقيقيَّةُ بينَ المالكينِ اصليّينْ بَعدَ صُدورِ الْاجازَةِ، لانَّ العقدِ الاوّلَ الصّادرِ بينَ فضولىٍّ واصيلٍ لَمْ يتَحَقَّق فيهِ مفهومُ المعاهدةِ الحَقيقيَّةِ، لعدمِ اَصالةِ الفضولىِّ فالْاجازَةُ تشبَهُ القبولَ فِى كونِهِ احدَ رُكنَى العقدِ.

ثُمَّ لايَخفِى عَليك انَّ القولَ بانَّ الْاجازَةَ، اَحَدَ ركنَى العقدِ، مَبْنِىٌّ عَلىٰ رأى القائلِ بِذلك، والّا ففِى الواقعِ، لايكونُ الامرُ كذلكَ.

ثُمَّ اِنّ الشّيخ بَعدَ القول بانَّ الْاجازَةَ احد رُكْنَى العقدِ قالَ ﷺ:

اِنَّ المعاهدةَ الحَقيقيَّةِ، انَّما تحصلُ بينَ المالكينِ بَعدَ الْاجازَةِ حَيْثُ صَرَّحَﷺ: مِنْ هُنا يظهرُ قوّةُ احتمالِ اعتبارِ العلمِ بوقوعِ العقدِ، ولا يَكفِى مجرَّدُ اِحتمال العلمِ فَيُجيزُهُ عَلىٰ تقديرُ وقوعِهِ اِذا انكشفَ وقوعُهُ **لانَّ** الْاجازَةَ وان لَمْ تَكُن مِنَ العُقُودِ حتّىٰ تشملَها معاقِدُ اجماعِهم عَلىٰ عَدم جَوازِ التّعليقِ فِيها، الّا انَّها فِى معنىٰ العقودِ فَلاٰ يصِّحُ التّعليقُ فيها ولاجلِ انَّ الْاجازَةَ فِى معنىٰ العقودِ فَلاٰ يَصِّحُ التّعليقُ فيها، يُخاطبُ المجيزُ بَعدَ الْاجازَةِ الصّادرة عَنِ المجيزِ بالوَفاءِ بالعقدِ السّابِقِ، مَعَ اَنَّ الوفاءَ بالعقدِ السّابِقِ، لايكونُ اِلّا فِى حقِّ العاقِدِ.

والشّيخُﷺ بَعدَ ذكرِ مطالِبِ السّابِقَةِ قالَ: **فتأمَّلْ. وَلَعَلَّ وَجه التأمّل** اِنَّهُ اشارةٌ اِلىٰ انَّهُ بَعدَ نقلِ الاجماعِ عَلىٰ عدمِ جوازِ التّعليقِ فِى العقدِ، وعدمِ شمولِ مَعقدِ الاِجماعِ للاجازةِ **فالاقوىٰ** كفايةُ احتمال وقوعِ العقدِ فِى صِحَّةِ الْاجازَةِ، فبالْاجازَةِ يضافُ العقدُ اِلىٰ المُجيزِ فيُخاطَبُ بالوَفاءِ واقِعاً ويتنجَّزُ عَلَيهِ بَعدَ العلمِ بوقوعِ المُحتمَلِ.

نَحنُ نقوُلُ:

يتوجَّهُ عَلىٰ الشَّيخِ ﷺ هٰنا اشكالانِ:

الاشكالُ الاوّلُ: اَنَّ القولَ بانَّ الْاجازَةِ، ركنُ العقدِ، شيءٌ انكرهُ الشَّيخُ سابِقاً وقالَ ﷺ: «اِنَّ الْاجازَةَ، لَمْ تكُنْ عَقداً ولا مِن جُملةِ طرفِيَ العقدِ **وصَرَّحَ ﷺ اَيضاً:** حتّىٰ لَوْ جَوّزنا جهلَ القابضِ حينَ ايجابِ الموجِبِ، لا نُجَوّزهُ هُنا **لانَّ** القبولَ، جزءٌ هُنا وَالْاجازَةُ شرطٌ.

فَحَيْثُ صَرَّحَ ﷺ بانَّ الْاجازَةَ، شرطٌ لاجزءٌ وليسَتْ كالقبولِ والايجابِ، كَيْفَ يجوز القول بانَّ الْاجازَةَ، رُكنُ العقدِ؟

الاشكالُ الثّانِي انَّهُ اِذا كانَتِ الْاجازَةُ رُكناً وبدونِ الْاجازَةِ لايتَحَقَّقُ العقدُ فليسَ لزومٌ بالقولِ بحصولِ الشّرائِطِ حينَ العقدِ.

فتحصَّلَ مِمّا ذكرناه انَّ المَطالِبَ الّتِى ذكَرَها الشَّيخُ هُنا كُلُّها غيرُ تامٍّ **اوّلاً:**

اِنَّ القولِ بانَّ الشّرائِطِ، تعتَبر فِى حال العقدِ لا الْاجازَةُ فهُوَ غير تامٍّ.

وثانياً: لو سلّمناه، وَلكِنَّ المثالانِ اللَّذانِ ذكَرَهما الشَّيخُ ﷺ عَلىٰ الاِستثناء: مثالِ القدرةِ عَلىٰ التّسليم ومثالِ مالكيَّةِ الكافِرِ عَلىٰ العبدِ المسلِمِ اَوْ المُصَحفِ فهُما مَخدوشان كمٰا ذكرنا توضيحَهُ فيمٰا قبلُ.

وثالثاً: اعتبارُ استدامةِ شرائِطِ العقدِ عَلىٰ القولينِ اِلىٰ زمٰانِ الْاجازَةِ قلنٰا فِى جوابِهِ انَّهُ لايعتبَرُ حدُوثاً فكَيْفَ يعتبرُ فِى الادامةِ؟ **ومضافاً اِلىٰ ذلك:** قولُ الشَّيخِ ﷺ ينافِى مَعَ مٰا قرَّرهُ سابِقاً عَلىٰ القول بِالكشفِ و راجِعُوا هناكَ.

مسألة: ترتّبُ عقودٍ مترتّبةٍ عَلىٰ مٰالِ المُجيزِ اَوْ تَعاقُبِ اَيادِي متعدِّدَةٍ عَلىٰ مٰالِ المُجيزِ او ترامِي العقودِ؟

قَد ذكَرَ الشَّيخُ فِي هذا الامرِ اقساماً للعقدِ الواقعِ عَلىٰ مالِ الغيرِ سواءٌ **أوقعتِ العقودُ عَلىٰ الثّمنِ:** وهُوَ العوضُ: بانْ تقعَ عقودٌ متعدِّدةٌ عَلىٰ نفسِ المُثَّمَنِ الَّذِي هُوَ مالُ الغيرِ مكرّراً.

كما لو بيعَ كتاب زَيدٍ عَلىٰ عمرو بدينارٍ، ثُمَّ باعَ عمروٌ الكتابَ بدينارينِ عَلىٰ بَكرٍ، ثُمَّ باعَ بَكرٌ، الكتابَ عَلىٰ عبدِ منافٍ بثلاثةِ دنيانيرَ. ثُمَّ باعَ عبدُ منافٍ، الكتابَ عَلىٰ قَصىّ باربعةِ دنانيرَ، ثُمَّ باعَ قصىٌّ، الكتابَ عَلىٰ نَزارَ بستّةِ دنانير؟

فَهذِه عقودٌ متعدِّدةٌ وقعَتْ كُلّها عَلىٰ المُثْمَنِ وهُوَ الكتابُ.

وَاُخرى: تَرامِي الثَّمنِ: بانَ تقعَ عقودٌ متعدّدةٌ عَلىٰ شخصِ الثَّمَنِ مُكرَّرةً.

وثالثةً: ترامِي الاثمانِ: بانَ تقعَ عقودٌ متعدِّدةٌ عَلىٰ اَثمانٍ مُتعدَّدَةٍ راجعَةٍ اِلىٰ المالِكِ الاصيلِ كما لو بيعَ كتابُ زيدٍ اِلىٰ عمروٍ بِدينارٍ، ثُمَّ باعَ عمروٌ الدّينارَ اِلىٰ بَكرٍ سِجّادٍ، ثُمَّ باعَ بكرٌ السَّجادَ اِلىٰ خالِدٍ بقلمٍ، ثُمَّ باعَ خالدٌ، القلمَ اِلىٰ عبدالله بِمُحبَرةٍ، ثُمَّ باعَ عَبدالله، المُحبَرةَ اِلىٰ قَصِيٍّ بميزانٍ فهذِهِ عقودٌ مُتعدّدةٌ وقعَتْ عَلىٰ اَثمانٍ متعدّدةٍ: الدِّينارِ والسَّجادِ وَالقلَمِ والمُحبرةِ وَالمِيزانِ.

ورابعةً: ترامِي الثَّمَنِ والْمُثْمَنِ: بانَ تَقَعَ عُقودٌ متعدّدةٌ عَلَيْهما كما لَوْ بيعَ كتابُ زيدٍ اِلىٰ عمروٍ بدينارٍ، ثُمَّ بِيعَ الكتابُ اِلىٰ عبدِاللهِ بقلَمٍ، ثُمَّ بيعَ الكتابُ اِلىٰ عَلىٍّ بدرهمينِ، ثُمَّ بيعَ الكتابُ اِلىٰ هاشِمٍ بخمسَةِ دِراهمَ.

ثُمَّ بيعَ الدّينارُ اِلىٰ حَمزةٍ بعَشَرةٍ دراهمِ، ثُمَّ بِيعَ الدّينارُ اِلىٰ عمّارِ بمُحْبَرةٍ، ثُمَّ بِيعَ الدّينارُ بقَلمٍ، ثُمَّ بيعَ الدّينارُ اِلىٰ ابى ذر بِسجّادٍ.

ثُمَّ بيعَتِ الدّراهِمُ اِلىٰ مالك بِقلّادَةٍ، ثُمَّ بيعَتِ الدّراهِمُ اِلىٰ حَبيبٍ بساعَةٍ ثُمَّ بيعَتِ الدّراهِمُ اِلىٰ زُهيرٍ، بسندانٍ. ثُمَّ بيعَتِ المُحبرَةُ اِلىٰ حَمزةِ بِقَميصٍ، ثُمَّ بيعَتِ المَحبرةُ اِلىٰ مُسلِمٍ بازارٍ ثُمَّ بيعَتِ المُحبَرةُ الىٰ بَكرٍ بسِروالٍ، ثُمَّ بيعَتِ المُحبَرةُ اِلىٰ جَعفرٍ بِعَقيقٍ فَهٰذِه عُقودٌ متعدِّدةٌ وَقعَتْ عَلىٰ المُثَمَنِ والثّمنِ والاَثمانِ فِي دَفعاتٍ متكرّرةٍ.

فالاقسامُ، تكونُ اِثنتى عشرةَ صُورَةً كما يقولُ الشّيخُ هٰكَذا:

المُجازُ اِمّا العقدُ الواقعُ عَلىٰ نفسِ مالِ الغيرِ وَاِمّا العقدُ الواقعُ عَلىٰ عِوضِهِ **وهُـوَ المُثمَنُ فهاتان صُورَتانِ:**

وُقوعُ الْاجازَةِ عَلىٰ مالِ الغيرِ اَوْ وقوعِ الْاجازَةِ عَلىٰ عوضِ مالِ الغيرِ **وعَلىٰ كلٍّ منَ الصّورتينِ المذكورتينِ اِمّا** ان يكونَ المُجازُ، اوّلَ عقدٍ وَقَعَ عَلىٰ المالِ اَوْ عَلىٰ عوضِهِ، او آخِره اى يكونُ المُجازُ، آخِرَ عقدٍ: بمَعنىٰ اَنَّ الْاجازَةَ الصّادرَةَ قد وقعت عَلىٰ آخَرِ عقدٍ منَ العقودِ الواقعةِ عَلىٰ مالِ الغيرِ، اَوْ عَلىٰ عوضِهِ.

فهُنا يُنتِجُ الضّربُ صُوراً اربعةً، لانَّ حاصلَ ضربِ الصُّـورتينِ المـتقدّمَتَيْنِ، فِـى هاتينِ الصّورتينِ المُتأخّرتَيْنِ، يُنتِجُ صُوراً اربعةً:

اليكَ الصّورُ:

الصُّورَةُ الاولىٰ: الْاجازَةُ الصّادِرَةُ من المالكِ وقعَتْ عَلىٰ العقدِ الاوّلِ الواقِعِ عَلىٰ مالِ الغيرِ.

الصّورةُ الثّانيةُ: الْاجازَةُ الصّادرةُ من المالِك وَقَعت عَلىٰ العقدِ الآخر الواقِعِ عَلىٰ مالِ الغَيرِ.

الصّورةُ الثّالثةُ: الْاجازَةُ الصّادرةُ مِنَ المالِكِ وقعَتْ عَلىٰ العقدِ الاوّلِ عَلىٰ بـدلِ مالِ الغيرِ: وهُوَ العوضُ المعبَّرُ عنه بالثَّمنِ.

الصّورةُ الرّابعةُ: الْاجازَةُ الصّادرَةُ من المالِكِ وقعَتْ عَلىٰ العقدِ الآخرِ الواقعِ عَلىٰ بدلِ مالِ الغيرِ.

ثُمَّ اَخَذَ الشّيخُ فِى بقيّةِ الصّور الّتى اِستنتَجْناها منْ كلامِهِ﵀ وهىَ ثمانيّةٌ تضافُ اِلىٰ الاربعةِ الاوّلِ يكونُ المجموعُ، اِثنتىٰ عشرةَ صورةً.

اى اَوْ يكونَ المُجازُ عَقداً وسَطاً واقِعاً بينَ عقدٍ سابقٍ، وعَقدٍ لاحقٍ واقعاً بـين عقدٍ سابقٍ و لاحقٍ واقعاً عقد الوسط بين عقد لا حقٍّ حـال كـونِ عـقدِ السّـابقِ وَاللّاحقِّ واقعَيْنِ عَلىٰ بدلِ مال الغير وهُوَ العوض اَوْ بالاختلافِ اى حال كونِ عقدِ السّابقِ واللّاحقِ وقعَا بالاختلافِ: بِاَنْ وَقَعَ السّابق عَلىٰ مالِ الغيرِ، واللّاحقُ عَـلىٰ

عوضِ مالِ الغيرِ، اَوْ بالعكسِ: بانْ وَقَعَ السّابقُ عَلىٰ مالِ الغيرِ، واللّاحقُ عَلىٰ نفسِ مالِ الغيرِ، **فهذهِ ثمانيةُ** صورٍ تضافُ اِلىٰ الاربعةِ الأُوَلِ، يكونُ المجموعُ اِثنَتىٰ عشرةَ صورةً؛

اليكَ الثَّمانيَّةُ:

الصّورةُ الخامِسةُ: وهىَ وقوعُ الْاجٰازَةِ عَلىٰ عقدِ الوسطِ الواقعِ عَلىٰ مالِ الغـيرِ، وكٰانَ عقدُ الوسطِ بين سابقٍ ولاحقٍ واقعينِ عَلىٰ مالِ الغيرِ اَيْضاً.

الصّورةُ السّادسةُ: وقوعُ الْاِجٰازَةِ عَلىٰ عقدِ الوسطِ الواقعِ عَلىٰ مالِ الغيرِ، وكٰـانَ عقدُ الوسطِ بينَ سابقٍ ولاحقٍ واقعينِ عَلىٰ بدلِ مالِ الغيرِ: وهُوَ العوضُ.

الصُّورَةُ السّابعَةُ: وقوع الْاجٰازَةِ عَلىٰ عقد الوسطِ الواقعِ عَلىٰ مالِ الغيرِ وكٰانَ عقدُ الوسطِ بينَ سابقٍ عَلىٰ مالِ الغيرِ، وبينَ لاحقٍ عَلىٰ بدلِ مالِ الغيرِ.

الصّورة الثّامنةُ: وقوعُ الْاجٰازَةِ عَلىٰ عقدِ الوسطِ الواقعِ عَلىٰ مالِ الغيرِ، وكٰانَ عقدُ الوسطِ بينَ سابقٍ واقعٍ عَلىٰ بدلِ مال الغيرِ ولاحقٍ واقعٍ عَلىٰ مال الغيرِ.

الصّورةُ التّاسِعَةُ: وقوعُ الْاجٰازَةِ عَلىٰ عقدِ الوسطِ الواقعِ عَلىٰ بدلِ مالِ الغيرِ، وكٰانَ عقدُ الوسطِ بينَ سابقٍ و لاحقٍ واقعينِ عَلىٰ مالِ الغيرِ.

الصّورةُ العاشِرَةُ: وقوعُ الْاجٰازَةِ عَلىٰ عقدِ الوسطِ الواقع عَلىٰ بَدلِ مـالِ الغـيرِ، وكٰانَ عقدُ الوسطِ بينَ سابقٍ ولاحقٍ الواقِعَيْنِ عَلىٰ بَدلِ مالِ الغيرِ.

الصّورةُ الحادِيةُ عَشَرَةَ: وقوعُ الْاجٰازَةِ عَلىٰ عَقدِ الوسطِ الواقع عَلىٰ بـدلِ مـالِ الغيرِ، وكٰانَ عقدُ الوسطِ بينَ سابقٍ واقعٍ عَلىٰ مالِ الغيرِ، ولاحقٍ واقعٍ عَلىٰ بدلِ مالِ الغيرِ.

الصّورة الثّانيةُ عَشَرَةَ: وقوعُ الْاجٰازَةِ عَلىٰ عقدِ الوسطِ الواقع عَلىٰ بدلِ مالِ الغيرِ، وكٰانَ عقدُ الوسطِ بينَ سابقٍ واقعٍ عَلىٰ بدلِ مالِ الغيرِ و لاحقٍ واقعٍ عَلىٰ مالِ الغيرِ.

ثُمَّ انَّ الشَّيخَﷺ اَخَذَ فِى اتيانِ مثالٍ للعقود المتعدِّدَة الواقعة عَلىٰ الثَّمَنِ اَوْ المُثْمَنِ عَلىٰ كِليهِما وقال: مجمَعُ الكلِّ فيمٰااِذٰا باعَ عبداً للمالكِ بفرسٍ، ثُمَّ باعَ المُشتري العبدَ

مرّةً ثانيةً بكتابٍ ثُمَّ باعَ العبدُ البائعُ الثّالثُ، بدينارٍ حَيْثُ كانَ البائعُ الاوّلُ هُوَ الَّذِى باعهُ بفَرسٍ، والبائعُ الثّانِىُ هُوَ الَّذِى باعَه بكتابٍ **اِلىٰ هٰنا** وقعَتْ عقودٌ ثلاثةٌ عَـلىٰ نفسِ مالِ الغيرِ الَّذِى هُوَ المُثَمَن وهُوَ العبدُ.

ثُمَّ اخَذَ الشّيخُ (قدّسَ سِرّهُ) فِى وُقوعِ عقودٍ متعدّدةٍ عَلىٰ الثَّمَنِ فاوّلُ عقدٍ وَقَعَ عَليهِ انَّهُ باعَ البائعُ، الفرسَ بدرهمٍ حَيْثُ كانَ عوضاً عنِ العبدِ وثمَناً لَه.

وباعَ الثّالثُ ايْ البائعُ الثّالِثُ فِى مسألةِ بيعِ العبدِ حَيْثُ بيعَ ثلاثَ مـرّاتٍ: مـرةً بفرسٍ، ومرّةً بكتابٍ، ومرّةً بدينارٍ، وهذا الدينارُ هُوَ ثمنُ العبدِ فِى البيعِ الثّالِث وقَد وَقَعَ هُنا مَبيعاً، بجاريةٍ وباعَ بائعُ الفرسِ الدّرهمَ وهُوَ ثمنُ الفرسِ بِرَ غيفٍ **ثُمَّ بيعَ الدّرهمُ** وهُوَ الدّرهمُ الَّذِى اِشترىٰ بِهِ الرَّغيف وَقد باعه صاحبُ الرّغـيفِ، بـحمارٍ وهُنا قَد وَقَعَ العقدُ عَلىٰ الدّرهمِ مرَّتينِ: مرّةً فِى وُقوعهِ ثمَناً لِـلرّغيفِ، ومـرّةً فِـى وقوعهِ ثمناً للحِمار.

وبيعَ الرَّغيفِ ايْ الرَّغيفَ الَّذِى اِشترى بدرهَم بعسلٍ **وهذا مطافُ المِثال** وقـدْ جُمِعَ بينَ عقودٍ مُتعدّدةٍ وقعتْ عَلىٰ الثَّمَنِ والمُثمنِ، وعَلىٰ كِلَيهْما، سواء أكانَ الثَّمَنُ شخصيَّاً كُرّرَ عَليهِ العقدُ ام كانَ متعدِّداً.

وَكذلِك قد جُمِعَ بينَ عقدِ الاوّلِ، والوسطِ، والآخرِ والوسطُ بينِ سابقٍ ولاحقٍ.

مسألة: حُكمُ مسألةِ العقودِ المتعدِّدَةِ الواقعةِ عَلىٰ مالِ الغيرِ اَوْ عوضِهِ منْ حَيْثُ الصّحةِ والفسادِ المعبّرَ عنهُ بالحكمِ الوضعيِّ قدْ قَسّمَ الشّيخُ (ره) الحكمَ الوضعيَّ إلىٰ قسمينِ:

القسمُ الاوّلُ: انَّ الْاجازَةَ الصّادرةَ منَ المالكِ تكونُ نافذةً ومُلزمةً للعقدِ المُجازِ ولكلِّ عقدٍ وَقَعَ بَعدَهُ اِذا وَقَعَ المجازُ والعقودُ اللّاحقةُ عَلىٰ نفسِ مالِ الغيرِ، لانَّ المبيعَ بالْاجازَةِ قَدْ اصبحَ مِلْكاً للبائعِ الفضوليِّ فكلُّ عقدٍ وَقَعَ بَعدَه فقد وَقَعَ فِی ملكِهِ.

وَلا يخفىٰ اَنَّ نفوذَ عقدِ المُجازِ، والعقودِ اللّاحقةِ لَهُ، مَبْنِيٌّ عَلىٰ القولِ بالكشفِ فِی الْاجازَةِ لكونِها كاشفةً عنْ تملّكِ البائعِ للمبيعِ من حينَ وُقوعِ العقدِ وصدورِهِ.

وَامّا بناءً عَلىٰ القولِ بالنَّقلِ فِی الْاجازَةِ فيبنی نفوذُ عقدِ المُجازِ والعقودُ اللّاحقَة لَهُ عَلىٰ القولِ بِما تقدَّمَ مِن انَّهُ هل يُشترطُ كونُ المجيزِ مالِكاً حالَ العقدِ، اَوْ لايعتبرُ؟

فَاِن قلنا بالاعتبارِ فالْاجازَةُ الصّادرةُ مِنَ المالكِ الَّذِی صارَ مالِكاً بالارثِ، اَوْ الشّراء، لا تكونُ مُلزمةً لِهذا العقدِ المُجازِ، وللعقودِ اللاحقةِ لَهُ **لانَّهُ بناءً عَلىٰ** النّقل ليسَ هناكَ مِلكٌ للمجيزِ حينَ العقدِ والمفروضُ اعتبارهُ **وإن قلنا بَعدَمِ** الاعتبارِ، تكونُ الْاجازَةُ نافذةً مُلزمةً لِهذا العقدِ ولما بَعدَهُ مِنَ العقودِ اللّاحقةِ لَه.

وَقَدْ عرفتَ سابِقاً: انَّ الشّيخَ ﷺ ذَهَبَ اِلىٰ عدمِ الاعتبارِ حَيْثُ قالَ ﷺ: لا يشترطُ فِی المُجيزِ كونهُ جائزَ التّصرُّفِ حالَ العقدِ.

القسمُ الثّانی للعقودِ المتعدِّدَةِ المترتّبةِ عَلىٰ مالِ الغيرِ ایْ الْاجازَةُ الصّادرةُ مِنَ المالكِ الواقعةُ عَلىٰ مالِ الغيرِ يكونُ فسخاً بالنّسبةِ اِلىٰ العُقودِ السّابِقَةِ عَلىٰ العقدِ المُجازِ الواقعةِ عَلىٰ موردِهِ وهُوَ المُثْمَن **لانَّ** اجازَةَ المالِك، العقدَ الوسطَ، دليلٌ عَلىٰ اعراضِهِ عَنِ العقدِ الاوّلِ وما وَقَعَ بَعدَه اِلىٰ العقدِ الوسطِ، وانَّهُ ردٌّ لَهُ فاختيارهُ لهذا العقدِ وما بَعدَهُ، موجبٌ بفسخِ ماسبقَ **هذا كلّهُ** حولَ المُجيزِ عندَما تصدُرُ مِنْهُ الْاجازَةُ.

وامّا حولَ الْاجازَةِ بالنّسبةِ اِلىٰ مَنْ مَلَك بالْاجازَةِ وهُوَ مشترَی العبد بالكتابِ، فقابليّةُ مَن مَلكَ بالْاجازَةِ للاجازةِ، مبنيّةٌ عَلىٰ اشتراطِ ملكِ المُجيزِ حينَ العقد، اَوْ عدمِهِ وَقد عرفتَ عدمَ اعتبارهِ مِنَ الشّيخِ ﷺ حَيْثُ قالَ سابقاً: انَّهُ لايشترطُ فِی

المجيز كونُهُ مالِكاً.

اِلىٰ هُنا تَمَّ حالُ العقودِ السّابِقَة واللّاحقةِ عَلىٰ موردِهِ: اعنِى مالَ المُجيزِ اى المعوِّضِ وهُوَ المُثْمَنُ اى تَمَّ الكلامُ حولَ العقودِ المتعدِّدَةِ والمترتّبةِ عَلىٰ مالِ الغيرِ وهُوَ المعوِّضُ مِن حَيْثُ الصِحَّة والفسادِ **واَمّا العقودُ** الواقعةُ عَلىٰ عوضِ مالِ المُجيزِ فالسّابِقَةُ عَلىٰ هذا العقدِ وهُوَ العقدُ المجازُ وهُوَ هُنا بيعُ الفَرَسِ كما افاده الشّيخُ﵀ بالدّرهمِ، فيتوقّفُ لزومُها اَىْ نفوذُها وامضاؤُها عَلىٰ اِجازَةِ المالكِ الاصيلِ للعوضِ وَهُوَ الفرسُ **والمرادُ مِنَ العقودِ** السّابِقَةِ عَلىٰ عقدِ المُجازِ الَّذِى هُوَ بيعُ الفرسِ بالدّرهمِ هِىَ بيعُ العبدِ بفرسٍ، ثُمَّ بيعُ العبدِ بكتابٍ، ثُمَّ بيعُ العبدِ بدينارٍ فهذِهِ عقودٌ ثلاثةٌ وقعَتْ قبلَ العقدِ المُجازِ.

وَوجهُ توقُّفِ لزومِ العقدِ السّابِقَةِ عَلىٰ اجازَةِ المالكِ الاصيلِ للعوضِ فلعدمِ التّلازمِ بينَ اجازَةِ عقدِ الوسطِ، واجازَةِ العقودِ السّابِقَة فلهُ اختيارُ اجازَةِ ايِّ عقدٍ مِنَ العقودِ الواقعةِ عَلىٰ مالِهِ.

واَمّا القِسمُ الثّانى لحكمِ العقودِ المتعدِّدَةِ الواقعةِ عَلىٰ الثَّمَن مِن حَيْثُ الصِّحَّةِ والفسادِ اى العقودِ اللّاحقةِ لِهذا العقدِ المُجازِ الَّذِى هُوَ بيعُ الفرسِ بدرهَمٍ كما فِى مثالِ الشّيخِ﵀ فتلزمُ بلزومِ عقدِ المُجازِ.

والمرادُ مِنَ العقودِ اللّاحقهِ للعقدِ المُجازِ الَّذِى هُوَ بيعُ الفرسِ بدرهمٍ، هىَ بيعُ الدّينارِ بجاريةٍ وِاِنَّما عُبِّرَ بالعقودِ مَعَ انَّ هُنا عَقداً واحِداً لارادةِ الجنسِ اى جنسِ العقدِ.

وَوجهُ لزومِ العقودِ اللّاحقةِ لعقدِ المجاز: انَّهُ اِذا اجازَ المالكُ الاصيلُ بيعَ البدلِ الَّذِى هُوَ العوضُ فقدْ اجازَ ما بَعدَهُ مِنَ العقدِ وهُوَ بيعُ الدّينارِ بجاريةٍ.

ثُمَّ اِنَّ الشّيخ ذَكَرَ حُكمَ عوضِ العوضِ وَهُوَ هُنا الدَّرهمُ حَيْثُ انَّهُ عوضٌ عَنْ الفرسِ الَّذِى كانَ عِوَضاً وثَمَناً عَن العبدِ بقولِهِ: امّا اجازَةُ العقدِ الواقعِ عَلىٰ العوضِ اَعنِى بيعَ الدّرهمِ برغيفٍ فَهِىَ مُلزمةٌ للعقودِ السّابِقَةِ عَلىٰ العقدِ المُجاز وَهُوَ عوضُ العوضِ وَهُوَ هُنا بيعُ الدّرهمِ برغيفٍ.

وَجهُ كونِ الاجازَةِ، مُلزمةً للعقودِ السّابِقَة عَلىٰ عقدِ المُجازِ: اَنَّ العوضَ، لايصدُقُ عَلَيهِ العوضُ ما لَمْ تكُنْ العقودُ السّابِقَةُ عَلَيهِ صحيحةً ونافِذةً.

ولا فرقَ فِي وقوعُ الاجازَةِ عَلىٰ نَفس مالِ الغيرِ الَّذِی هُوَ المعوِّضُ كما فِی بيعِ العبدِ بفرسٍ امْ وقعَتْ عَلىٰ عوضِهِ كما فِی بَيعِ الفرسِ بالدّرهمِ.

وَامّا العقودُ الواقعةُ عَلىٰ عوضِ لعوضِ اِی اجازَةُ العقدِ الواقِعِ عَلىٰ عوضِ العوضِ، فَملزمةٌ للعقودِ اللاحقةِ لَهُ أيضاً اِذا وقعتِ الاجازَةُ عَلىٰ عوضِ العوضِ اَيضاً، **لانَّ** المالكَ الاصيلَ اِذا اجازَ العقدَ الواقعَ عَلىٰ عوضِ العوضِ فكلُّ بيعٍ وَقَعَ بَعدَهُ، اصبحَ مِنْ مالِ المُجازِ وملكِهِ.

وَامّا العقُود الواقعةُ عَلىٰ هذا البدلِ المُجازِ: اَعنِی بيعَ الرَّغيفِ بالعَسلِ فَحكمُها حكمُ العقودِ الواقعةِ عَلىٰ المعوِّضِ ابتداءً، فكَما اَنَّ الاجازَةِ الصّادرةَ مِنَ المالكِ لَوْ وقعَتْ عَلىٰ اَیِّ عقدٍ وَقَعَ عَلىٰ المعوِّضِ تكونُ فَسخاً لِما قبلَهُ، وإمضاءً لما بَعدَهُ كذلِكَ الاجازَةُ الواقعةُ عَلىٰ ما نحنُ فِيهِ وهُوَ بيعُ الرَّغيفِ بالعسَلِ تكونَ فَسْخاً لِما قبلهُ، وإمضاءً لما بَعدَهُ.

وخُلاصةُ ماقُلناه فِی مسألةِ ترتُّبِ عقودٍ متعدّدةٍ عَلىٰ مالِ الغيرِ، اَوْ عَلىٰ عوضِهِ سَواءٌ أكانتِ الاجازَة واقعةً عَلىٰ العقدِ الاوّلِ اَم عَلىٰ الاَخيرِ اَم عَلىٰ عقدِ الوسطِ؟

وسواءً أكانَ عقدُ الفُضوليِّ واقِعاً عَلىٰ مالِ الغيرِ ام عَلىٰ عوَضِه وسواءً أكانَت العقودُ السّابِقَةُ واللّاحقةُ واقعيتَينِ عَلىٰ المُعوِّضِ اَمْ عَلىٰ العوضِ. اَمْ اللّاحقةُ، واقعةٌ عَلىٰ المُعوِّضِ والسّابِقَةُ عَلىٰ العوضِ اَمْ بالعكس؟: بأنْ وقعتِ السّابِقَةُ عَلىٰ المُعوّضِ، واللّاحقةُ عَلىٰ العوض؟

انَّهُ لو ترتّبَتْ عقودٌ مترتبةٌ عَلىٰ مالِ المُجيزِ، فإنْ وقعتِ العقودُ المترتّبةُ مِنْ اشخاصٍ متعدّدةٍ، كانَتْ اجازَةً مِن تلكَ العقُود المتعدِّدَةِ، فَسْخاً لما قبلَ عقدِ الوسطِ واجازَةً لما بَعدَ عقدِ الوسطِ.

امّاكونُ الاجازَة فَسخاً لِما قبلَ العقدِ فَلانّ المالكِ لمّا اجازَ عقدَ الوسطِ الواقعِ عَلىٰ المُعوَّضِ، اَوِ العوضِ فقَدْ اسقَطَ العقودَ السّابِقَة عَلَيهِ عَن قابليَّتها للاجازةِ وَامّا

كونُ الْاجازَةِ، اجازَةً لِما بَعدِ عقدِ الوسطِ فلانَّ المالِكَ باجازتِهِ للمشتَرى قد مَلكَهُ فاصبَحَ المشترى مالِكاً عقدَ الوسطِ، ولما بَعدَهُ فالعقودُ الواقعةُ بَعدَ عقدِ الوسطِ قَدْ وقعَتْ باجازتِهِ، عَلىٰ القولِ بكون الْاجازَةِ كاشفةً عَنْ كونِ المبيعِ مِلكاً للمشترِى مِن حينَ صدورُ العقدِ.

وَاِنْ وقعتِ العقودُ المتعدِّدَةُ مِن شخصٍ واحدٍ، انعكسَ الامرُ اَىْ تكونُ اجـازَةُ عقدِ الوسطِ، اجازَةً لما قبلهُ وفَسخاً لما بَعدَهُ بعكسِ مٰا لَو وقعَتْ عقودٌ متعدّدةٌ مِن اشخاصٍ متعدّدةٍ، حَيْثُ كانَتْ اجازَةُ عقدِ الوسطِ، فَسخاً لما قبلهُ وامضاءً لما بَعدَهُ.

ولَعَلَّ هذا اى اِنَّهُ لو وقعَتْ عقودٌ متعدّدةٌ مِن اشخاصٍ متعدّدينَ، تكونُ اجـازَةُ عقدِ الوسطِ فَسخاً لما قبلهُ، واجازَةً لما بَعدَهُ.

وَاِن وقعَتْ مِنْ شَخص واحدٍ، تكونُ اجازَةُ عقدِ الوسطِ اجازَةً لما قبلهُ، وفَسخاً لما بَعدَهُ بعكسِ الاوّلِ، هُوَ المرادُ مِمّا حكِيَ عن الايضاحِ والدّروسِ فِى حُكم ترتّبِ العقودِ من انّه: «**اِذا اَجاز عقداً عَلىٰ المَبيعَ اى عَلىٰ المُعوَّضِ، صَحَّ وَمٰا بَـعدَهُ وفِـى الثَّمَن ينعكسُ**» فانّ العقودُ المترتّبةِ عَلىٰ المبيعِ، لايكونُ الّا مِنْ اَشخاصٍ متعدّدةٍ.

وَامّا العقودُ المترتّبةَ عَلىٰ الثَّمَنِ فليسَ مرادُ صاحبِ الايضاحِ والدّروسِ، ان يعقدَ عَلىٰ الثَّمَن الشّخصىِّ مراراً لانَّ حكمَ العقدِ عَلىٰ الثَّمَنِ الشّخصىِّ مراراً، حكمُ العقودِ المترتّبةِ عَلىٰ المبيعِ لِما قلنٰاهُ سابِقاً.

بَلْ مرادهُما، تَرامِى الاَثمانِ، فِى العقُودِ المترتّبةِ كما صَرَّحَ بذلِكَ، المُحَقِّقُ الثّانِى والشَّهيدُ الثّانِى.

وَقَدْ عُلمَ مِمّا ذكرناهُ اَنَّ مرادَ الشَّيخﷺ فِى المَقسمِ مِـنَ انَّ العـقدَ المُـجازَ عَـلىٰ عوضِ مالِ الغيرِ، ليسَ العوضُ الشَّخصىِّ الاوّل لَهُ بَل المـرادُ مِـنْهُ، العـوضُ وَلَـوْ بواسطةٍ اَىْ عوضِ العوضِ العوض، فَهُنا صَدَق العَـوَضُ عَـلىٰ عِـوَضَ العَـوضِ، العوض بثلاثِ وسائطِ وللصّدقِ مجالُ اكثرُ مِن هٰذا.

اشكالٌ

هذا اشكالٌ فِى شُمولِ الحكمِ لجوازِ تتّبعُ العقودِ لصورةِ علمِ المشترِى بالغصبِ،

اشارَ اِلَيه العَلّامَةُ ﷺ فِی القواعِدِ واوضحَهُ قطبُ الدّينِ والشَّهِيدُ فِی الحواشِی المنسوبةِ اليهِ.

وَحاصِلُ الاشكالِ: انَّهُ فِی صورةِ علمِ المشترِی بالغصبيّةِ فلَوْ دَفَعَ ثمَناً اِلیٰ البائعِ الغاصبِ واِشتَرِی مِنْهُ شيئاً غصباً، ثُمَّ اشتَرِیٰ البائعُ بالثَّمَن المدفوعِ اَلَيهِ شِيئاً فهَلْ يَبقی هُنا مجالُ لصدُورِ الْاجازَةُ مِنَ المالكِ الاصيلِ عَلیٰ مالِهِ المبيعِ، وعَلیٰ العقودِ المتتبّعةِ عليهِ، اَوْ ليسَ مَجالٌ؟

اوردَ العَلّامَةُ ﷺ فِی القواعِدِ فِی هذِهِ الصّورةِ، اِشكالاً هذا نصُّهُ فِی القواعِدِ فِی الفصلِ الثّانِی من كتابِ المتاجِرِ فِی شُرُوطِ المتعاقدينِ:

«وَللمالكِ، تتبّعُ العقودِ و رعايةُ مصلحتِهِ، ومَعَ علمِ المشترِی، اشكالٌ» ای مَعَ علمِ المشتری بالغصبيّةِ، اشكالٌ فِی صدورِهِ الْاجازَةَ مِنَ المالكِ الاصِيلِ فِی تتّبعِ العقودِ الواقعةِ عَلیٰ مالِهِ، اَوْ عوضِهِ، وفِی نفسِ العقدِ الواقعِ عَلیٰ مالِهِ.

وَاوضحَهُ قطبُ الدّينِ ﷺ فيما حُكِیَ عنه: انّ وجهَ الاشكال: انَّ المشتَرِی مَعَ العلم بِغصبيّةِ المَبيعِ، يكونُ مسلّطاً للبائعِ الغاصبِ عَلیٰ الثَّمَنِ فلَوْ تلفَ الثَّمَنُ عندَهُ، ليسَ للمشترِی حقُّ الرّجوعِ عَلَيهِ لانّهُ اَقدمَ عَلیٰ ضررِ نَفْسِهِ فتشملهُ قاعدةُ **(مَنْ اقدَمَ...)**

وَامّا لو كانَ الثَّمَنُ باقِياً عند البائعِ الغاصبِ، فَهل للمشترِی العالِمِ بالغصبيّةِ حَقُّ الرّجوع عَلیٰ البائعِ الغاصِبَ للثَّمن اَوْ ليسَ لَهُ ذلكَ؟

قالَ قطبُ الدّين ﷺ فيهِ: وجهانِ لصورةِ علم المشترِی بالغصبيّةِ.

وهُما: جوازُ الرُّجوعِ، وعدمُ جوازِ الرّجوعِ.

امّا الجوازُ فلانَّ المالكَ، لمّا لَمْ يُجزِ البيعَ الواقعَ عَلیٰ مالِهِ والثَّمَنُ موجودٌ عندَ البائعِ الفضوليِّ فلهُ حقُّ الرّجوعِ عَلَيهِ واخذُ الثَّمَنِ منه.

وَامّا عدمُ الجوازِ فلاجلِ انّ المشترِی مَعَ علمه بالغصبيّةِ فَقَدْ سلَّطَ البايعَ عَلیٰ الثَّمَنِ فَلَوْ تَلَفَ الثَّمَنُ عنده، ليسَ للمشترِی حقُّ الرّجوعِ عَلَيهِ **لانَّه** اَقدمَ عَلیٰ ضَرَرِ نَفْسِهِ فتشمَلَه قاعدَةُ **(مَنْ اقدَمَ...)** وَلاجلِ كون المشترِی، هُوَ الموجبُ لتسليطِ البائعِ

عَلىٰ الثَّمَن لعلمِهِ بالغصبيَّةَ لا تأثيرَ للاجازةِ الصّادِرَةِ مِنَ المالكِ الاصيلِ فِى إدخال الثَّمَنِ فِى ملكِهِ، لانَّ الثَّمَن قد اصبَحَ مِلكاً لِلبائِعِ الغاصِبِ، التَّسليطُ المُشترى لَهُ مَجّاناً وَبِلا عوضٍ فحينئذٍ يبقىٰ المبيعُ بِلا ثَمَنٍ لانَّ البائعَ الغاصِبَ قد اتلفَ الثَّمَنَ بِشرائه سَلعةً فاصبَح هُوَ مالِكاً للثَّمنِ وللسّلعةِ، ولكلٍّ رِبحٍ يترتَّبُ عَلىٰ السَّلعةِ.

ثُمَّ قالَ قطبُ الدّين﵀: «يجوزُ رجُوع المشتَرِى عَلىٰ البائِعِ الغاصبِ فِى الثَّمَنِ إذا كانَ موجُوداً **لانَّ** الثَّمَنَ عوضٌ عَن العينِ المملوكةِ وليسَ هناك مانعٌ مِنْ نفوذِ المِلكِ فيهِ الّا عدمُ صدورِهِ عَنِ المالكِ فإذا اَجازَ، جَرى مجرىٰ الصّادِرِ عنهُ.

قالَ الشَّهيدُ الاوَّل فِى حواشِيهِ المنسوبَةِ اليه عَلىٰ القواعِدِ عَلىٰ ما حُكىَ عنه وهُوَ قولٌ ثانٍ فِى مسألةِ علمِ المشتَرِي بالغصبيّةِ مِن اَنَّ المشترِى مَعَ علمِهِ بالغصبِ، يكونَ مسلّطاً للبائعِ الغاصبِ عَلىٰ الثَّمَنِ فَلا يدخلُ فِى ملكِ ربِّ العينِ **فحينئذٍ** إذا اِشترىٰ بالثَّمَنِ المدفوعِ إلىٰ البائعِ الغاصبِ من قِبلِ المُشترى، متاعاً فَقَدْ اشتراهُ لنَفْسِهِ واتلفهُ عندَ الدّفعِ إلىٰ البائعِ فتَحَقَّق ملكيةُ البائعِ الغاصبِ للمبيعِ فَلا يُتصوّرُ نفوذُ الْاجازَةِ فِى العقدِ الواردِ عَلىٰ الثَّمنَ.

وَعدمُ النّفوذِ لاجلِ صيرورةِ المشترِى الثَّمَن مِلكاً للبائع الغاصبِ مَعَ علمِهِ بالغصبيّةِ فهُوَ الَّذِى سلّطهُ عَلَيهِ مجّاناً فاصبحَ الثَّمَنَ مِلكا لَهُ وكلّما يتعامَلُ بِهِ فقَدْ يتعاملُ لنَفْسِهِ فَلا مجال لصدورِ الْاجازَةِ مِنَ المالكِ فِى حقِّ البيعِ الاوّلِ الصّادرِ مِنَ البائعِ الغاصبِ وإنْ امكنت اجازَةُ المبيعِ وهُوَ البيعُ الاوّلُ الصّادرُ مِنَ البائعِ الفضولىِّ الغاصبِ الواردِ عَلىٰ مالِ المالكِ **لانَّ** الثَّمَنَ، عوضٌ عن العينِ المملوكةِ **مَعَ إحتمالِ** عدمِ نفوذِ الْاجازَةِ فِى البيعِ الاوّلِ الصّادرِ مِنَ البائعِ الغاصبِ اَيضاً **لانَّ** ما دفعهُ المشترِى العالمُ بالغصبيّةِ إلىٰ البائعِ الغاصبِ، يكونُ كالمالِ الَّذِى يدفعُ إلىٰ شَخصٍ لِيتلفَهُ. فحكمُ هذا الثَّمَنِ المدفوعِ من قبلِ المشتَرِى إلىٰ الغاصبِ، حُكم الثَّمَن الَّذِى يُدفعُ إلىٰ شخصٍ فِى الاتلافِ، فَانّ الغاصب لمّا اِشترى بِهِ شئياً فقد اتلفَهُ فَلا يبقىٰ شىءٌ مِنَ الثَّمَن حتّىٰ يكونَ إزاءَ المبيعِ لترُدَّ الْاجازَةُ من المالكِ لتصحيحِ البيعِ.

فحينئذٍ، الاشكالُ واردٌ عَلىٰ صِحَّة البيع الاوّل الصّادر من البائعِ الغاصبِ، عَلىٰ

صِحَّةِ البيوعِ المتعدِّدَةِ الصّادرةِ مِنْهُ اَيْضاً المعبّر عن تلك البيُوع، بتتبّعِ العقودِ ومعناهُ، جوازُ اختيارِ صاحبِ المبيعِ فِی البيع الاوّلِ الصّادرِ من البائعِ الغاصبِ: «**العقُودُ الواقعة عَلیٰ مالِهِ**»

ثُمَّ اِنّ الشَّهيدﷺ **قالَ فِی الحواشی المنسوبة اليه:** اَنَّهُ بناءً عَلیٰ الاشكال فِی صِحَّة البيع الاوّل، والتتّبع، يلزمُ من القولِ ببطلانِ التتّبّع، بطلانَ اِجازَةِ البيعِ فِی المَبيعِ الاوّلِ الصّادِرِ من البائِع الغاصِبِ **لانَّ** المشترى لما دَفعَ اِلیٰ الغاصب، الثَّمَنَ مَعَ علمه بالغصبيّةِ فقد سَلّطهُ عَلَيهِ مَجّاناً وبلا عِوضٍ فَانتقلَ الثَّمَنُ اليه فَاشترىٰ بِهِ شَيئاً، فَلمّا اشترِی بِهِ شيئاً فقد اَتلفَ الثَّمَنَ ووَقَعَ الشّراءُ لنَفْسِهِ وعند تلف الثَّمَن بالشّراء بَقیَ المبيعُ الاوّلُ بلا ثَمنٍ **فحينئذٍ** لَمْ يبقَ مجالٌ لصدور الْاجازَةِ من المالك الاصيل للمبيعِ الاوّلِ، لانتفاءِ مُتعلّقِ الْاجازَةِ وهُوَ المبيعُ وبقاءُ المبيعِ بلا ثَمنٍ مُستحيلٌ.

واماّ كيفيّةُ بقاءِ المَبيعِ بلاثَمنٍ فلفرض انتقالِ الثَّمَن اِلیٰ البائعالغاصبِ بجعله ثمناً فِیالمبيع الثّانِی الصّادر مِنْهُ فليسَ من الممكن،انتقاله اِلیٰ المالك ثانياً فَتبطلُ الْاِجازَةُ.

نحنُ نقولُ فِى مسألةِ تتبّعُ العقُودِ:

احكامُ مسألة تتبّع العقودُ مبنيةٌ عَلىٰ قواعدَ ذُكرَتْ فِى باب عقد الفضوليِّ من الكشفِ والنّقلِ، **غاية الامر** أُضيفَتْ قاعدتانِ أُخرَيَتانِ تشملانِ احكامَ جمِيعِ الاَمثلةِ الثّمانِيَّة الّتى ذَكرهٰا الشّيخُ﵀ مَعَ ملاحظةِ القواعد العامّةِ للفضوليِّ.

والقاعدتان المذكورتانِ هُنٰا، عَلىٰ فرض اِجازَةِ المالك للمبيعِ. **وعَلىٰ** فرض اجازَةِ المالك، للعقد الواقع عَلىٰ الثّمَن اَوْ عَلىٰ بعض الاَثمانِ:

اِحداهما: اِنّهٰا عَلىٰ فرضِ انّهُ لو وَقَعَ العقدُ عَلىٰ الثّمَن واَجاز المالكُ، المعاملَةَ الواقعَةَ عَلىٰ الثّمن، صَحّ العقدُ وما قبله اَيْضاً.

والاخرىٰ: لو اجازَ المعاملةَ الواقعةَ عَلىٰ المُثمَنِ صَحَّ وما بَعدَه مِن العقودِ اَيْضاً.

امّا القول بصِحَّة العقد وما قبله من العقود **فلانّ** صِحَّةَ المعاملةَ المتأخرّةَ، تتوقّفُ عَلىٰ صِحَّة المعاملةِ الّتى تحقّقت فيمٰا قبلُ.

وامّا فِى المعاملةِ الواقعةِ عَلىٰ المبيعِ، فالقولُ بالصِحَّة، اِنّمٰا هُوَ فِى المعاملات الّتى تحقّقت فيمٰا بَعدَه وعدمِ صحّتها فيمٰا قبلَه من العقود **لانّ** العقودَ، فيمٰا قبلُ، لا تتوقّف عَلىٰ صِحَّة هذٰا العقدِ المُجازِ.

وامّا القولِ لصِحَّةِ المعاملات الّتى وقعت فِى ما بَعدُ فهى انّ هذٰا العقدَ، يستلزمُ صِحَّةَ ما بَعدَه؛

بناءً عَلَيهِ، لايَحتاجُ اِلىٰ ملاحظة كلٍّ من الامثلةِ من العقود واحداً بَعدَ واحدٍ **حَيْثُ** انّ ملاحظةَ هاتينِ القاعدتينِ مَعَ ملاحظة قواعِدِ بابِ الفضوليِّ، تَحِلّ احكامَ الاَمثلةِ الثّمانيَّة عَلىٰ فرضِ اجازَةِ المعاملةِ الواقعةِ عَلىٰ المُثْمَنِ واجازَةِ المعاملة الواقعة عَلىٰ الثّمن.

فتوىٰ الفقهاءِ فِى مسألة تتبّع العقود اَنَّ للمالك اختيارُ ايّ من العقودِ الّتى وقعت فِى الواقعِ عَلىٰ مالِه اَوْ العقدِ الواقعِ عَلىٰ الثّمَنِ المُتفرّع عَلىٰ هذٰا العقد اشكَلَ فِى اِطلاق هذِه الفتوىٰ، العَلّامَة فِى القواعِد وفخرُ المحقّقين ومن تأخّر عنهم﵀ وقالُوا بانَّ للمشهُوَر، فتوىٰ اُخرىٰ فِى باب بيع الغاصب يُنافِى مَعَ هذهِ الفتوىٰ وهى ما

وردت فِی باب الفضولیِّ الغاصبِ فیمٰا اِذٰا عاملَ فُضولاً کما سَیجئیُ فیمٰا بَعدُ من انّ المشتری اِذٰا اَعطیٰ الثَّمَن اِلیٰ الغاصب وسَلّمهُ الیه، قالُوا فیهِ فرضانِ:

الفرضُ الاوّل: انَّهُ جاهلٌ بالغصب وکونه غصباً وتَخیّلَ انَّهُ مالکٌ.

وفِی هذٰا الفرض، لا کلامَ فیهِ **حَیثُ** انّ للمالك الاْجـازَةُ اَوْ الردُّ والرّجـوعُ اِلیٰ الثَّمَنِ وامّٰا اِذٰا کٰانَ عالماً بالغصب وعَلمَ اَنَّ هذٰا المبیع الَّذِی کٰانَ فِی ید البایع مالَ الغیرِ، لایَجوزُ له ان یُعاملَ فِی هذٰا المَبیعِ **وبناءً عَلیه** اِذٰا عاملَ عَـلیٰ هـذٰا المـبیع، لایستحِقُّ مُطالبةَ الثَّمَن ولایجب تسلیمُ الثَّمَن الیه ومَعَ ذلك یسلِّمُ الثَّـمَن اِلیٰ مـن لایعلم انَّهُ لایستحقّ به.

وهُوَ مَعَ العلم بانَّ الثَّمَن لا یستحقّه البائعُ، مَعَ ذلك، یعطِیه،

ومن هُنٰا یُعلمُ: انَّهُ سَلَّطَ عَلَیهِ مَجّٰاناً وحکمُ التَّسلیطِ المَجانِیّ انَّهُ اِن تلف لاضِمانَ له وان کٰانَ باقیاً فِی بعض الصُّورة، لا یجوزُ لهُ الرّجوعُ والعَلّامَة وفخر المـحقّقین وغیرهما نَسبُوا هذٰا، اِلیٰ المشهُورِ.

ومعلوم: انَّهم فرضُوا الکلامَ فِی صورة ردّ المالکَ وَلکِنّ الحکمُ هُنٰا یسـرِی اِلیٰ الاْجٰازَةِ وانَّهُ عَلمَ انّ الثّمن، تملکّه البایعُ وکٰانَ الثّمنُ، مالَ الغـاصب وحَـیْثُ کٰـانَ الثَّمَنُ، مالَ الغاصبِ قبلاً، فمالکُ المبیع کَیْفَ یجیزُ المُعاملةَ؟

هُنٰا سؤالٌ: وهُوَ انَّهُ هل یجیزُ المالك بدون الثَّمَنِ اَوْ مَعَ الثّمنِ؟

ومعلومٌ انَّهُ مَعَ الثَّمَن باطلٌ **لانّه** لَمْ یکن هُنٰا ثمنٌ **لانّه** مالُ الغیر.

وبدون الثَّمَن، لایتَحَقَّقُ البیعُ فَلازمُ هذٰا انَّهُ یسقطُ عن قابلیَّةِ الاْجٰازَةِ فلو فرضنا انّ بَعدَ بیعِ الغاصب لو وقعت المعاملاتُ الاُخریٰ عَلیٰ الثَّمَن اَوْ المَبیعِ کما فرضنا انَّهُ وجدَت سلسلةُ العقود فِی الثَّمَنِ والمُثْمَنِ کَیْفَ تجوز هُنٰا الفتویٰ بانَّهُ یجوزُ للمالك اختیارُ ایٍّ من العُقُود اِذٰا شاءَ واِختار کما قٰالَ بِهِ العَلّامَة وغیره من الفقهاء؟

فبناءً عَلَیهِ یُنافِی هذٰا مَعَ فتویٰ الاَصحابِ بانَّهُ مَعَ ردّ المـالك لایـجوز رجُـوع المشتری اِلیٰ الثَّمَنِ ومعناه اَنَّ البایع، مَلکَ الثَّمَنَ فاِذٰا مَلکَ البایعُ الغـاصبُ، الثَّـمنَ، کَیْفَ لَهُ حقُّ الاْجٰازَةِ؟ فیمٰا اِذٰا کانت المعاملة مَعَ الثَّمَنِ اَوْ بـدونِ الثّـمن، کـلتاهما

باطلانِ.

الفقهاءُ قَرّبُوا هذا الاشكال عَلىٰ نَحوينِ:

تارةً كَانَ الاشكالُ مبنيّاً عَلىٰ اجازَةِ المعاملة الثّانيةِ.

وَامّا اجازَةِ المعاملةِ الأُولىٰ فَلاٰ اِشكال فيه.

وأُخرىٰ قرّبوه بنحوٍ لاتخلو اجازَةُ كِليهما عن اشكالٍ.

وهذا مَبْنِيٌّ عَلىٰ انّ تسليطَ المبيع للمشترى هل هُوَ التّمليكُ ام هُوَ الاباحَةُ؟

انّ التّسليطَ بِنحوِ الاِباحةِ كما هُوَ قولُ العَلّامَة وفخرالمحقّقين والمُحَقِّقِ الثّانِى وعدّةٌ أُخرىٰ مِنَ الفقهاء نتيجتهُ أنَّهُ اِن تلفت العينُ، لَمْ يكن ضامِناً لها وان كَانَت عينه باقِيةً فيجُوز لَهُ الرّجوعُ.

وَالعَلّامَة ﷺ مَعَ انَّهُ نَسَبَ اِلىٰ الاَصحاب اَنَّ الظّاهِر مِنْهُم انّ المشترِى، لَمْ يرجع اِلىٰ البايع وان كانت عينُه باقيةً.

ثُمَّ قالَﷺ: ليسَ الامرُ كذلك حَيْثُ انَّهُ ان كانت عينه باقيةً فيرجعُ وان كانت تالفةً، ليسَ لَهُ ضِمانٌ.

ومن المعلوم: انّ هذا مَبْنِيٌ عَلىٰ انّ العَلّامَة، لَمْ تكن عقيدتُه انّ التّسليط، هُوَ التّمَلّكُ بل هُوَ اِباحةٌ مجّاناً كما مرَّ فِى باب المعاطاة من انَّهُ تمكنُ الاباحَةُ المطلقةُ حتّىٰ التّصرفاتِ المتوقّفةِ عَلىٰ الملكِ.

ونتيجتُه انّ **«المباحَ لَه»** اِن عاملَ فهُوَ يَملكُ آناً ما قبلَ المعاملة اَوْ يكونُ من قبيلِ: **«بِعْ مالِىٰ لنفسكَ»**

كَيْفَ مَاكَانَ بناءً عَلىٰ فتوىٰ العَلّامَة، اجازَةُ العقد الاوّل، لااِشكالَ فيهِ **لانَّ** الثَّمَنَ كَانَ باقِياً ولم يَكنِ المُشترِى مالِكاً لَهُ وانَّما اَجرىٰ عَليهِ العقدَ فقط وللمالكِ اجازتُه وتملُّكُه الثَّمَنَ بخلاف جريانِ المعاملةِ الثّانيةِ يعنى انّ البايع الغاصب مَعَ الثَّمَن الَّذِى قبضهُ واخذهُ، اِشترىٰ مَعَهُ جنساً آخر **حَيْثُ** انّ فِى المعاملة الثّانية، الثَّمَنُ كَانَ مُباحاً بحَيْثُ كَانَ جايزاً لَهُ ان يَتصرَّفَ، التّصرفاتَ المُتوقّفةَ عَلىٰ الملكِ وعَملَ بها والشَّىءُ الَّذِى اِشترىٰ مَعَ هذا الثَّمَن، فهُوَ مالُه. **بناءً عَلَيهِ**، لا تجوزُ للمالك اجازَةُ المعاملة

الثّانية وإنّما تجُوز اجازَةُ المُعاملةُ الأُولىٰ.

اَجابَ عن هذا الاشكالِ، فخرُ المحققّين ﷺ وقَبلهُ الشّيخُ ﷺ وقَربةُ بانَّهُ مَبْنِيٌّ عَلىٰ القول بالنَّقلِ وَامّا بناءً عَلىٰ الكشفِ فَلاٰ يَرِد الاشكالُ المذكورُ كما انَّهُ ذكرَ جَـواباً آخر لم يذكره الشّيخُ ﷺ وَلٰكِنْ ذكرهُ صاحبُ الجواهر وهُوَ انّ هذا الاشكالَ مَبْنِيٌّ عَلىٰ كون الثَّمَنِ شَخصيّاً وَلٰكِنْ فِي الثَّمَن الكُلِيِّ، لايَرِدُ.

توضيحه: انّ الثَّمَن اِن وَقَعَ شَخصيّاً مثل الكتاب فمعلومٌ انَّهُ يَرِد الاشكـالُ **لاَنَّ** البايعَ، مَلكَ الكتابَ اَوْ الثَّمَنَ فَلَم يكن قائلاً لِلاجازةِ.

وَامّا اِن كاٰنَ كَلياً وفرضنا انّ البايع، مَلكَ الثَّمَن الكُلِيِّ فهذا ليسَ دليلاً عَلىٰ عَدمِ اجازَةِ المالك **لانَّ** الثَّمَنَ كاٰنَ كُلّياً لا شَخصيّاً وتَعَيُّنُ العقودِ، ليسَ لاجلِ الثَّمَنِ **لانَّ** تَعَيَّنَ الكُلِيِّ، بقبضِ المُستحقِّ والبايعُ لَمْ يكُنْ مُستحقّاً وذا حَقٍّ والَّذِى اَعْـطى اِلىٰ البايعِ باسمِ الثَّمَنِ اِذا كاٰنَ الثَّمَنُ كلّياً فهُوَ لَمْ يتَعَيَّن كونُه ثَمناً فَلَم يكُنْ البيعُ خالِياً عن الثَّمَنِ وهُوَ البيع تَحَقَّق مَعَ الثَّمَنِ وهُوَ يُجيزُ البيعَ ويأخذُ الثَّمنَ.

نعم: لو كاٰنَ الثَّمَنُ شَخصيّاً فالاشكالُ يَرِدُ فـيمٰا اِذا قـلنٰا بـالنّقلِ وامّـا لو قـلنٰا بالاجٰازَةِ عَلىٰ القول بالكشفِ كما عَن المَشهُورِ فالاشكالُ اَيْضاً لَمْ يرِدْ.

فبناءً عليه: ان كاٰنَ ظاهرُ كلماتِ الاصحابِ، جوازُ تتّبعُ العقودِ وظاهرُهم، اِختيارَ الاجٰازَةِ عَلىٰ الكشفِ، فليسَ فيهِ كثيرُ تهافُتٍ **لانَّ** المتعاملينِ، عاملاً ووَقَعَ بـينَهُمٰا، ايجابٌ وقبولٌ قبلاً ثُمَّ بَعدَ مُدَّةٍ وَلَوْ بِلحظةٍ، اخذَ الثَّمَنَ فتاريخُ اخذِ الثَّمَنِ بَعدَ المعاملةِ **والفرضُ** انّ المعاملة من حينِ وقوعُها، وقعت صحيحةً بالاجٰازَةِ البَعدَيّة فِي عِلمِ الله وصٰارَ الثَّمَنُ مالَ المالكِ. **وَعليهذا،** المُشترِى الَّذِى اَعطىٰ الثَّمَن اِلىٰ البايع، اعطىٰ مالَ الغيرِ اِلىٰ الغاصبِ فَلاٰ تأثيرَ هُنا وَلَوْ اَعطى بنيّتهِ التَّسليطِ اَوِ التَّملك اَوِ الهَبة بلا عوضٍ حَيْثُ انَّهُ اَعطىٰ مال الغير، **بناءً عَلَيه** قبل كون تَعيين الثّمنِ، ثَمناً فالمالكُ، مالكٌ لَـهُ حَيْثُ فَرضنا انّ الاجٰازَةِ كانت كاشفةً ومعنىٰ الكشفِ صِـحَّةُ المـعاملةِ مـن حـينِ وُقُوعِهٰا مَعَ انّ تَسليطَ الثَّمَن بَعدَ المعاملة زماناً اَوْ رتبةً مَعَ اَنَّ المالِك، مَلكَ الثَّمَن قبلاً وليسَ الغاصبُ مالِكاً للثّمنِ الَّذِى كاٰنَ المالكُ، مالِكاً لَهُ قبلاً.

اَلْكَلَامُ فِي ما يَحْصُلُ به الرَدُّ.

كَانَ فِي باب الرّدِ، فروضٌ مُتَعَدِّدَةٌ يحصل الرّدُ فِي بعض فُرُوضِها وحصولهُ فِي بَعْضِها، محلُّ البحثِ.

الفرد الاظهرُ من فروضِ الرّد، انشاء الرّدِ بلفظٍ صريحٍ او ظاهِرٍ مثلاً اذا قيل للمالك انّ الفُضولِيِّ، اجرىٰ العقدَ عَلىٰ مالكٍ رجاءً لاجازةِ المالِك او بَاعَ الغاصبُ لِنَفْسِهِ قَالَ المالك:

انِّي رَدَدْتُ هٰذا العقد وفسختهُ وابطلتُ ذلك العقدَ.

بالجملة: انشاءُ الرّد بكلِّ لفظ صريحٍ او كَانَ ظَاهِراً فِي انشاءِ الرّد و كَانَ هٰذا الفرض كادَ ان يكونَ اجماعيّاً.

واثرُ هٰذا الرّد انَّهُ اذا اَجاز العقدَ بَعْد هٰذا الرّدِ، لا تصّح الْاِجازَةُ من الْمالِك ولا تُجدِي.

وبالجملة: خاصِيَّةُ الرُّدِ اَنَّ الْاِجازَةِ بَعْد الرّدِ لاتُجدى لانَّ الرّد، يبطلُ العقدَ الفُضولِيِّ كما انّ الْفَسخ يزيلُ ويبطلُ العقدَ الخيارِيِّ بحَيْثُ ان الْاِجازَةَ والابرامَ بَعْد الْفَسخ، لايُثمِرُ ولا يُجدِي.

فالردّ: بمنزلةِ الْفَسخِ فِي العقدِ الجارى بَعْدهُ الرّدُ وانَّهُ لَيْسَ قابلاً للاجازةِ **فلذا قالوا:** بانّ صحيحة **«محمد بن قيس»** كانت من اِحدىٰ ادلّة صِحّةِ العقدِ الفُضولِيِّ وكَانَ سندُها صحيحةً ولكن يَرِد عليها انّ الْاِجازَةَ فيها وقعت بَعْد الرّد **حَيْثُ** وردَ فيها: **«فَلَمّا رَأىٰ ذٰلِكَ سَيِّدُ الْوَلِيدَةِ، اَجازَ بَيْعَ اِبنِها»** وَاَجمعُوا عَلىٰ انّ الْاِجازَةَ بَعْد الردِّ، لاتُجدِي.

ولذا، وجهّوا هٰذِهِ الرِّوايَة بوجوهٍ متعدّدةٍ: منها انّ الاَعمالَ السّابقةِ له، لم يكن رَدّاً بل لاجلِ اخذِ المال ولم يكن قصدُه، واقعاً الرّدَ.

ومنها: انّ الاِعتبار، لَيْسَ عَلىٰ مورد الرِّوايَة بل، بالمَناط المُستفادِ من الرِّوايَة وساير الوجوهِ الَّتِي ذُكِرتْ فِي بابه فَراجِعْ.

نَحْنُ نقول: كما قلناه سابقاً فِي باب الفُضولِيِّ من انّ هُنا بحثٌ مبنائِيٌّ يُستفادُ من

كلماتِ الفقهاءﷺ وهُوَ انَّهُم قالوا: اِنّ فِی عقد الفُضولِیِّ، نحوُ اعتبارٍ ونحوُ موجُودیّةٍ مع انّ المُستفادَ من ادلّةِ الفُضولِیِّ ان عقد الفُضولِیِّ مادام لم‌تلحق به الْاِجازَةُ لم یَکُن شَیْئاً وامراً قابلاً للاعتبار وقد تقدّم البحثُ عنه.

ونَحْنُ نقولُ بهٰذا الکلام ایضاً فِی مسألة الرّد بِاَنَّهُ لَیْسَ لنا دلیلٌ عَلیٰ کون الرّد موضوعاً مثل الفسخِ، والَّذِی کَانَ للمالك، حقُّ المالکیّةِ وکَانَ من احکام المالکیّةِ هُوَ انّ لِلْمالکِ حقُّ الاجازة، ای یُجیزُ ولَهُ حقُّ ان لایُجیزَ ولهُ ان یَرضیٰ ولهُ ان لا یَرضیٰ والرِّضا وعَدَمُ الرِّضا تارةً یکون فِی الضّمیرِ والباطنِ وتارةً یُبرِزُهُما ویُظهِرُهما.

وَامّاکونُ شیءٍ وموضوعٍ غیر الرِّضا وعَدَمَ الرّضا، یحتاجُ اِلیٰ انشاءٍ ولفظ مخصوصٍ بحَیْثُ وقع فِیه البحث عَلیٰ انَّهُیتحقّق بالفعلِ ام لا؟ فهٰذا البحثُ، مبنیٌّ عَلیٰ کونِ الفُضولِیِّ له اثراً وضعیّاً قَبْلَ الْاِجازَةِ ولَهُ موضوعیّة وکَانَ لَهُ نحوُ اعتبارٍ بحَیْثُ یزیله الرّدُ کما انّ للعقدِ الصّحیحِ، کَانَ اثراً فِی باب البیع مثل تملیك العینِ و تَملیكِ العوضِ حتّیٰ یقالَ بانّ الردّ ایضاً یزیلُ تملیکَ العین والعوضِ ویؤول الامرُ عَلیٰ ما کَانَ من قَبْلُ کما فِی باب الْاِجازَةِ والنّکاح وساير العقودِ.

ومن الواضح: انّ فِی عقد الفُضولِیِّ، لم یکن هٰذا المبنیٰ ولم یکن الامر کذٰلِك فِی باب الفُضولِیِّ.

فلوکَانَ هناك شیءٌ کما قُلْنا فِی جواب فخر المُحَقِّقین، فانّما کَانَ هُوَ حکمَ الصِّحَةِ فقط والمقصودُ من الصِّحَة، الصِّحَةُ التّأهلیّةُ.

والمرادُ منها، لَیْسَ اَمراً مجهولاً بل المقصودُ من الصِّحَة التّأهلیّة، انَّهُ لو انضمّت الاجزاءُ الباقیةُ الیه لَصَّحَ عقدُ الفُضولِیِّ ویَقعُ مِصداقاً للحکم الشَّرعیِّ ویصیرُ بیعَ الْمالِك ونکاحهُ وعقدهُ، فهُوَ انّما کَانَ حکماً لاغیرُ والْمالِكُ لا یجوز له اِبطالُ الحکمِ الشَّرعیِّ لانَّ المراد من قوله: «**النّاسُ مُسَلَّطُون ...**» اَنّ النّاس مُسَلَّطُون عَلیٰ اموالهم لا عَلیٰ اَحکامهمْ.

نَعم: اِن کَانَ هنا اعتباراً خارجاً، فکَانَ یمکنُ ازالَتُه وابطالُهُ وامّا الَّذِی لَیْسَ هنا حکمٌ وضعیٌّ فلَیْسَ لهُ اعتبارٌ فلَیْسَ هنا اثرٌ وموجودیّةٌ حتّیٰ یُریدَ المالکُ ان یُبطِلَهُ

بِانشاءِ الرّدِ و يقولَ: «**اَبطَلْتُ**»

ونَحوِ ذٰلِك واعتبار الرّدِ فِى هٰذِهِ المرحلةِ معناه، اعتبارُ نحوِ موجوديةٍ عَلىٰ عقدِ الفُضولِىِّ واَنَّهُ كٰانَ له اثرٌ فِى الخارجِ ولا اقلَّ يكونُ فِيه نحو موجوديّةٍ اِعتباريّةٍ مثل الاحكام الوضعىّ **ولكن الامر لَيْسَ كذٰلِكَ** وفرضنا اَنّ عـقدَ الفُـضولِىِّ قَـبْلَ اجٰـازَةِ الْمٰالِكِ ليست له مرتبةٌ من الوجود.

نعم: شأنُ كلِّ مركبٍ اَنَّهُ لو وجدتَ اَجزائه سالماً يصيرُ المجموعُ مِصداقاً لِلْحُكمِ الشّرعىِّ ولكن ليسَ هٰذا حكماً ولا حَقّاً.

ومن هنا يعلم: اِنَّهُ لَيْسَ للردِّ وجهُ اعتبارٍ ومَعْنىً اِنشائِىٍّ ولايجوز قياسهُ بالْفَسخِ كما جعلَ الشَّيْخُ، الرّدَ بمنزلةِ الْفَسخ فيما بَعْدُ واَجرى مناط الْفَسخ فِى الرّد قٰالَ﵀: «**حَيْثُ يحصل الْفَسخُ بالفعل، فيحصلُ الرّدُ بالْاَوْلىٰ.**»

ولكنّا نقول: اِنَّ الرّد، لَيْسَ مثلَ الْفَسخِ كما قالُوا بالفرقِ بينَ الرّدِ و لا رضىً فاذٰا اظهرَ «**لارِضىً**» فهُوَ لَيْسَ بِرَدٍّ ولَيْسَ فيه اِنشاءٌ، بل اِخبارٌ عَن عَدَمَ الرَّضِىٰ وامّٰا اذٰا قٰالَ فِى مقام الرّدِ والاِبطالِ:

اَلْغَيْتُ وفَسَخْتُ، كٰانَ اِبطالاً.

آثارُ الرَّدِ

قُلْنا سابقاً: اَنَّ الرّد كانَ فِی مقابلِ الْاِجازَةِ ومقصودُهم‌ﷺ من الرّدِ اَنّ المالِكَ اِنْ رَدَّ العقدَ، يَسقطُ عقدُ الفُضولِیِّ عَن قابليَّةِ الْاِجازَةِ **وكانَ للرّدّ آثارٍ:**

اَحدُهُما: انّ فِی صورةِ ردّ المالك، يسقطُ لزومُ العقدِ من طرفِ الاصيلِ بناءً عَلىٰ المشهورِ.

وثانيهما: بطلانُ العقدِ وبطلانُ آثارِهِ.

ومن جملةِ الآثارِ اَنَّهُ لايلزمُ العقدُ من طرفِ الاصيلِ.

ومنها: اِنَّ العقد، لايصلحُ للاجازةِ بَعْد الرّدِّ.

فيذهب هذانِ الاثرانِ بذهاب موضوعهِ وهُوَ العقدُ فلَيْسَ هناك شیءٌ، تلحَقُ به الْاِجازَةُ فلا يلزم العقدُ من طرف الاصيلِ.

لاكلامَ فِی اَنَّ الرّد، موجبٌ لِانفساخِ العقد قهراً فلو ردّ العقدُ، لايبقىٰ مَجالٌ لِلاِجازَةِ، لعَدَمَ بقاءِ المُعاقِدَةِ والمُعاهِدَةِ مع الرّدِ ولكنّ الكلامُ فِی كيفيّة تحقّقه **فَاَخَذَ الشّيْخُ**ﷺ **فِی بيانها:**

يحصلُ الرّدُ بامورٍ منها:

انشاءُ الرّد قولاً بما يدلّ عَلَيْه صريحاً او ظاهِراً حَيْثُ قالَﷺ:[1]

لا يتحقّق الرّدُ قولاً الّا بقوله: «**فَسَخْتُ وَرَدْدتُ**،» وشبه ذٰلِك مما هُوَ صريحٌ فِی الرّدِ لِاَصالةِ بقاءِ اللّزُومِ من طرف الاصيلِ وقابليَّةِ من طرفِ المُجيزِ.

والمرادُ منها: الاستصحابُ اى استصحابُ بقاء لزوم العقدِ من طرفِ الْاصيلِ الَّذِی هُوَ اَحدُ طرَفِی العقد فِی عقد الفُضولِیِّ عند وقوعِ العقدِ سواءٌ أكانَ الاصيلُ هُوَ البائع ام المشترى، وَاِستصحابُ بقاء قابليَّة اللّزوم من طرف المُجيزِ عند الشّك فِی زوالِ البقاءِ لولم يقلْ: «**فَسَخْتُ**،» اَو «**رَدَدْتُ**» فَاِنَّ اللُّزومَ قد تَحَقَّقَ بالعموم وهی آيةُ: «**وَاَحَلَّ اللهُ البيعَ**»، و «اَوفوا بالعقودِ» و «**تجارةً عَن تَراضٍ**» ولكن شُكَّ فِی زواله بواسطةِ الرّدِ الَّذِی لم يحصلْ بلفظِ «**فَسَخْتُ**»، او «**رَدَدْتُ**» فَنَستصحِبُ البقاءَ.

---

۱. المجلّد التّاسع من المكاسب من منشوراتِ دارالكتاب، ص ۱۵۴.

منها: ما يحصلُ الرّدُ بعملٍ موجبٍ لِلفسخِ ومُخْرِجٍ له عَن ملكهِ بالنَّقل او بالاتلافِ وشبههما كالعتقِ والبيع والهبة والتّزويج والمرادُ من التّزويجِ هنا تزويجُ الْحُرَّةِ نَفْسِها لغيرٍ من زوّجها الفُضولِيُّ، فَاِنَّ التّزويج منها، ردٌّ فِعلِيٌّ لِفَسخِ التّزويج الفُضولِيِّ لها الصّادر من العاقد الفُضولِيِّ.

وليْسَ المراد من التّزويج، تزويجُ الاَمَةِ الَّتِى بَاعَها الفُضولِيُّ، فَاِنَّها لَيْسَ لها حقُّ التّزويج حتّىٰ تَفْسَخَ عقدَها بالرّدِ الفِعْلىّ بتزويجِ نفسها لغيرٍ من زَوَّجَهَا الفُضولِيُّ.

والوجه فِي كون الفسخِ، يحصلُ بكلِّ فعلٍ مخرجٍ للملك عَن ملك الاصيلِ:

انّ تصرّفَ الاصيلِ بَعْد الفراغِ عَن صحّتِهِ، يكون مفوّتاً لمحل الْاِجَازَةِ فلا يبقىٰ مجالٌ لها، لانّه خرج الملكُ عَن ملكه بواسطةِ الفَسخ الفعَلىِّ ببيعِه او هبتِه، او وقفِهِ او عِتقِهِ.

واَمّا التَّصَرف غير المخرج عَن ملك المشتَرِى كاستيلادِ الجاريةِ واجارةِ الدّابةِ وتزويجِ الامةِ فهُوَ وان لم يخرجِ الملكُ عَن قابليَّةِ وقوعِ الْاِجَازَةِ عَلَيْه الّا اِنَّهُ مخرجٌ له عَن قابليَّة وقوع الْاِجَازَةِ من زمانِ العقدِ، **لانَّ** صحّة الْاِجَازَةِ عَلىٰ هٰذا النّحو، توجب وقوعها باطلةً واذا فرضَ وقوعها صحيحةً منعتْ عَن وقوعِ الاجازةِ.

والحاصلُ: اَنّ وقوع هٰذِهِ الأُمورِ وهى البيعُ والعتقُ والهبةُ والوقفُ صحيحةً، مناقضةٌ لوقوعِ الْاِجَازَةِ لاصلِ العقد فاذا وقعَ احدُ المتنافِيينِ وهما: الْاِجَازَةُ وصحّةُ المذكوراتِ، صحيحاً فلابدُّ من امتناع الآخرِ وهُوَ الْاِجَازَةُ لو وقعتِ الامورُ المذكورةُ، صحيحةً او الأُمورُ المذكورةُ لو وقعت الْاِجَازَةُ صحيحةً او ابطالِ صاحبه سواءً أكَانَ هُوَ الْاِجَازَةِ لو وقعت الامور المذكورةِ صحيحةً امُ الامورُ المذكورةِ لو وقعت الْاِجَازَةُ صحيحةً او ايقاعُهُ عَلىٰ غير وجههِ.

وحَيْثُ لاسبيلَ اِلىٰ الاخيرينِ وهما: ابطالُ صاحبهِ، او ايقاعهِ عَلىٰ غير وجههِ، تعيّنَ الاوَّلُ وهُوَ صحّةُ المذكوراتِ.

والحاصل: انّ كلّ مايكون باطلاً عَلىٰ تقدير لحوقِ الْاِجَازَةِ المؤثّرةِ من حينِ العقدِ، فوقوعه صحيحاً، مانعٌ من لحوقِ الاجازةِ، لامتناع اجتماعِ المتنافيين.

قال الشيخ﵀ «لو انتفع الْمالِك بالمذكورات قَبْلَ الْاِجازَةِ بالسّكنىٰ، واللبسّ، كانَ عَلَيْه اُجْرَةُ المثل اذا اجازَ»

و لايعلم مراد الشّيْخ﵀ من ثبوتِ اجرةِ المثل عَلىٰ الْمالِك هل هُوَ عَلىٰ القولِ بالكشفِ، او النّقلِ، لانّك عرفتَ اِنَّهُ عَلىٰ القولِ بالكشفِ تكونُ نماءُ المُثمنِ للمشتَرِی ونماءُ الثّمنِ للبائعِ قَبْلَ الاجازةِ.

واما القولُ بالنَّقل فنماءُ كلٍّ منهما لصاحبهِ قَبْلَ الاجازةِ.

فهنا لوكانَ مراده﵀ ثبوت اُجرةِ المثل عَلىٰ الكشفِ فصّح ما افادهُ، حَيْثُ اِنَّ الْمالِكَ قد تصرّفَ فِی مال المشتَرِی فتكون ذمّته مشغولةً ضامنةً لاُجرةِ المثلِ و امّا عَلىٰ القولِ بالنَّقل فلا تَثْبتُ اجرةُ المِثلِ، لانَّ الْمالِك قد تصرّف فِی ملكهِ فلاتكونُ ذمّتهُ، مشغولةً.

فما افاده الشّيْخ﵀: من ثُبوتِ اجرةِ المثل عَلىٰ نحوِ الاجمالِ والاطلاقِ، محلُّ تَأَمُّلٍ. كما قالَ الشّيْخ﵀ فِی ذيل كلامه بقوله: «فَتَأَمَّلْ».

ولعلّ وجه التّأمل: اِنَّهُ يمكنُ ان يقالَ: اِنَّ الْاِجازَةَ من الْمالِك بَعْد استيفاءِ المنفعةِ، تكونُ من قبيل بيع العينِ المستأجرةِ فِی انتقالها اِلىٰ المشتَرِی لكنّها مسلوبة المنفعةِ اِلىٰ مُدَّة انقضاء الاجازة.

فَالْاِجازَةَ، تكونُ كذٰلِك تلزم البيع، لكنّها مسلوبة المنفعةِ فلا تكونُ ذِمّةُ الْمالِكِ اذاً مشغولةً بِاُجرةِ المثلِ.

ومن انّ وقوعَ الاجازة، و وُقُوعَ التَّصَرفات المذكورةِ، صحيحةً من الامور المتنافية، وانّهما مُتناقضتانِ لايجتمعان، يُعلمُ اَنَّهُ لا فرقَ بينَ علم المُجيزِ فِی زمانِ تصرّفهِ فِی مِلكِه باَحدِ الامورِ المذكور: بوقوع عقدٍ عَلىٰ ماله، وبين عَدَمَ عِلمه بذلك، لانّنا لم‌نقل: اِنّ الامورَ، هی المُنشأُ لِرَدِّ المالكِ، العقدَ حتّىٰ يقال: كيف انشأ الرّدَ وهُوَ لايعلم بوقوع عقدٍ عَلىٰ مالهِ؟

بل نقولُ: اِنّ هٰذِهِ الامور، تنافِی اَثرَ العقدِ الواقع صحيحاً: اذا المنافاةُ، امرُ واقعیٌّ، سواءٌ عَلِمَ الْمالِك بالعقدِ الواقع ام لايعلمُ؟

ودعوىٰ أَنَّهُ لادليل عَلىٰ اشتراطِ قابليَّة تأثيرِ الْاِجٰازَةِ من حين العقد فِى الاجازةِ، ولاجلِ عَدَمَ تأثيرٍ للاجازةِ من حينِ العقدِ صحّح جماعةٌ، اجٰازَةَ المٰالِكِ الْجديد فِيمن بٰاعَ شَيْئاً ثُمَّ مَلِكَهُ.

مدفوعةٌ باجماعِ اهلِ الكشفِ الحقيقىّ عَلىٰ كونِ اجٰازَةِ الْمٰالِك حين العقدِ، مؤثّرةً فِى حينهِ.

نعم: لو قُلْنٰا بانّ الْاِجٰازَةِ كاشفةٌ بالكشف الحقيقىِّ الرّاجعِ اِلىٰ كونِ المؤثّر التّامِ هُوَ العقد الملحقُ بالْاِجٰازَةِ، كانت التَّصَرفات المذكورة مبنيّةً عَلىٰ الظٰاهِر بمعنىٰ: انّ المال الَّذِى تصرّف فيه المالك، كٰانَ ملكاً له بحسب الظّٰاهِرِ ولمّا اجاز البيع الواقعَ من البايع الغاصبِ ظَهر وانكشفَ عَدَمُ مُصادفةِ هٰذِهِ التَّصَرفات لِمِلكِ الْمٰالِك فتكونُ التَّصَرفاتُ المذكورةُ باطلةً والْاِجٰازَةُ صحيحةً.

خلاصة كلام الشّيخﷺ اَنَّ الرُّدَ، كانت لهُ فروضٌ اربعةٌ وفِی ثلاثةٍ فيها يحصلُ الرّدُ ولايحصلُ الرّدُ فِی الفرضِ الرّابعِ وامّا الفروضُ الثّلاثَة الّتِی يحصل فيها الرُّد، فَكُلُّ واحدٍ منها بمناطٍ خاصٍّ.

وامّا فِی الفرض الاوَّلِ فالرّدُ باعتبارِ انشاءِ الردِّ.

وامّا فِی الفرضِ الثّانِی الّذِی نقل موردُ بيعِ الفُضولِیِّ اتلافاً تكوينيّاً او تشريعيّاً اتلافاً حقيقيّاً او اعتباريّاً فهُوَ يحصلُ به الرّدُ قهراً بالدّليل قلناه ومناطه، فرضُ صِحّةِ هٰذِهِ التَّصَرُفاتِ ولازمةُ، ذهابُ الضّدِ الآخِر.

وامّا فِی الفرض الثّالِث وهُوَ نقل المنافعِ دونَ العين فهُوَ ايضاً بمناطٍ ثالثٍ و هُوَ انّ الاجازةِ، تمكن هنا **ولكن** لاتمكن الكاشفيّة من الاوّلِ.

نَحْنُ نقولُ: انّ فِی كلِّ هٰذِهِ المناطاتِ الثّلاثَة، ملاحظاتٌ ومناقشاتٌ، **وامّا الفرض الاوّل** وهُوَ حصولُ الرّد بانشاءِ الرّد فقد تقدّمَ الكلامُ فيه و لانُعيدُه **وحاصله** انّ الفرض الاوّل مبنیٌ عَلیٰ انّ للفضولیّ، نحو موجوديّةٍ وكانَ الرّدُ شَيْئاً آخر وكانَ موضوعاً عليٰحدّة سِویٰ عَدَمَ الرِّضیٰ وكانَ شَيْئاً يجب انشائه وكانَ مُشابِهاً للفسخِ.

وقُلْنا فِی جوابه: ان كلَّ ذٰلِك لا دليلَ عليهِ.

وامّا الفرضُ الثّانِی وهُوَ نقلُ مورد الْاِجازَةِ فالحكم، يَصحُّ كما قررّهُ الشّيْخ**ﷺ** وكانَ صحيحاً جِدّاً حَيْثُ كانت هٰذِهِ المعاملة صحيحةً ومع فرض صحّةِ المعاملةِ، لامجال لاجازةِ العقدِ الفُضولِیِّ.

ملاحظاتٌ فِي كلامِ الشّيخِ ﷺ:

منها: هنا استثناء ذكره الشّيخ ﷺ فِي اَشباهِ المورِدِ ونظائرِهِ من قبيل: مسألة تتّبع العقود فحينئذٍ سؤالٌ وهُوَ انّ الاستثناء ان كانَ صحيحاً فِي مسألةِ تتّبع العقودِ ويجرى فيها، يجرِي فِيما نَحْنُ فيه ايضاً؟

والاستثناء انّ قابليّة الْاِجارَةِ، لم تكن حاصلةً بالنِّسبَة اِلىٰ المالكِ الاوّلِ وامّا بالنِّسبَة اِلىٰ المشتَرِى فالعقدُ قابلٌ للاجازة **بناءً عليه:** من اشترىٰ شَيْئاً ثُمَّ مَلِكَ، يجوز للمالك الجديد، الْاِجارَةُ فهنا ايضاً المشتَرِى فليكن اَنْ يُجِيزَهُ **وما نَحْنُ فيه** ايضاً من صغريات بحث: «**من اِشترىٰ شَيْئاً... الخ**» فبناءً عَلىٰ جواز اجازتهِ فيعلمُ انّ العقدَ الفُضولِيِّ، لم‌يكن باطلاً ولم يسقط عَن كونهِ قابلاً للاجازة بل هنا تغيير المالكِ، لانَّ الْاِجارَةَ من شؤون المالكيّةِ.

فبناءً عليه، فرقٌ بين بطلانِ العقدِ وبينَ موتِ المجيزِ او كونه مجنوناً او خرجَ عَن كونهِ مالكاً وهٰذا لَيْسَ عَلىٰ حَدِّ الاوّل وبطلان العقدِ.

فلايجوز القولُ بانّ فى موردِ من بٰاعَ موردَ المعاملة، يبطل عقدُ الفُضولِيِّ عَلىٰ المبنىٰ المشهورِ ويحصل له حالة انشاءِ الفسخ وانّما ينتقل حقّ الْاِجارَةِ من مالكٍ اِلىٰ مالكٍ آخر **فحينئذ** اذا لم يكن عقدُ الفُضولِيِّ باطلاً وغايةُ الامر، سلبُ الْاِجارَةِ عَن الشّخص يموتٍ او غيرهِ ومن آثار العقد، لزوم العقدِ، من طرف الاصيل فلم يذهب هٰذا اللزومُ **الّا ان يقالَ** بلزوم الضَّرَر مع انّهم لم يتمسّكوا بدليلِ «لاضرر» وغيره وارسلوا ارسالَ المسلّم اَنّ اللّزوم ايضاً، يذهبُ طبعاً.

والمقصود اِنَّهُ ينبغى البحثُ عَن هٰذا المطلبِ عَلىٰ المبانى من اِنّ مسألةَ البيعِ، يفترقُ مع مسألةِ انشاءِ الرّدِ ولو كانت بينهما جهةٌ مشتركةٌ وجامعةٌ بينهما **والفرق بينهما اَنّ** انشاءَ الرّد، يُسقِطُ المعاملَة عَن صلاحيّةِ الْاِجارَةِ عَلىٰ المبنىٰ **ولكن** البيع من ناحيةِ الْمالِكِ لايذهبُ العقد بل يُسقطُ الْمالِكُ عَن قابليّةِ الْاِجارَةِ **ولذا** كانَ للمالك الجديدِ، حقُّ الْاِجارَةِ وجوازُها.

فحينئذ اذا قُلْنا بصّحةِ العقدِ وصلاحيّتهِ للحُقُوقِ الْاِجارَةَ له و لو لم‌يكن للمالكِ

الاوّل حقُّ الاجازةِ، فَلِمَ يَلزمُ ذهابُ لزومِ العقدِ من ناحيةِ الاصيلِ؟

وكانَ عين هٰذا السّؤال فی بابِ موتِ الْمالِك مثلاً اذا فرضنا انّ المالك، مات وانتقَلَ حقُّ الْاِجازَةِ اِلیٰ الورثة ولو قُلْنا سابقاً بانّ الْاِجازَةِ ليست حقّاً بل حكماً وكانَ للورثةِ حقُّ الْاِجازَةِ هل يبقیٰ لزومُ العقدِ من طرف الاصيل ام لا؟ لم يُصَرِّحِ الفقهاءُ به ولكن جريان الكلماتِ، يفيدُ بقاءَ اللّزومِ من طرف المالكِ.

فاذا كانَ الكلام فی هٰذا الموقفِ وهُوَ بقاءُ اللّزومِ من طرف الاصيلِ مع موتِ المالِك او يكونَ لا اَقَلَّ، مُحتمل البقاء فينبغی هنا ايضاً كذٰلِك ولَيْسَ لذهابِ اللّزومِ وجهٌ.

كيف ما كان، هٰذا استثناءٌ كانَ ينبغی للشّيخ﵀ ذكره كما ذكره﵀ فی اَمثالِ المورد وعَدَمَ ذكره هنا، يوجدُ التّوهُّم اَنَّ البيع مثلُ الرّدِ وكانَ له جَمِيعُ آثاره مع انَّهُ لم يكن للبيع جَمِيعُ آثارِ الردِّ.

من جملةِ الملاحظاتِ فى كلامِ الشّيْخِ الَّتِى كانت بمنزلةِ الاشكالِ، وهى اَنَّ الشّيْخ﵀ قالَ سابقاً فى باب بيانِ النّمرات بين القولِ بالنَّقلِ والكشفِ اَنّ تصرُّفَ الْمالِكِ فيما انتقل عنه بالعقدِ الفُضولِىِّ بناءً عَلىٰ الكشف الحقيقىِّ، يكشفُ بَعْد الْاِجازَةِ عَن بطلانِ هٰذا التَّصَرفِ مع اِنَّهُ﵀ قالَ هنا بخلافهِ وذهب اِلىٰ انّ المالك اذا عامَلَ فيما اِنتقلَ عنه، لايجوزُ له اجازَةُ العقد السّابقِ فالْاِجازَةُ لاتكشفُ عَن كونِ التَّصَرُفاتِ باطلةً وكانَ الفُضولِىُّ صحيحاً.

وهٰذا قوله﵀: «وامّا النَّمَرَةُ بين الكشفِ الحقيقىِّ والحكمىّ فهى اِنَّهُ لو نقل المالكُ اُمّ الولد الَّتِى باعها الفُضولِىِّ واستولد منها... الخ»

ثُمَّ قالَ الشّيْخ﵀ هنا: «ان قُلْنا بالكشف الحقيقىِّ فيجبُ القولُ ببطلان هٰذا النَّقل بَعْد الْاِجازَةِ **وامّا بناء عَلىٰ الكشف الحُكمىِّ** فيجب القول بصحّة النَّقل غاية الامر، يرجعُ اِلىٰ قيمة المثلِ.

ثُمَّ انّ الشّيْخ﵀ ذَكَرَ هنا فى ذيلِ كلامه، ما يعلمُ منه اَنَّ الكشفَ الحقيقىِّ له فرضانِ:

احدهما: ان يكون بنحو الشّرط المتأخّر والوجود المتأخّر للاجازةِ، كانَ شرطاً وبَعْد تحقّق الْاِجازَةِ يكشف عَن حصولِ الاثر فيما قبلُ.

وثانيهما: اَنّ الْاِجازَةِ لم‌تكن شرطاً متأخّراً بل كانت شرطاً مُقارناً وكانَ التّعقّبُ شرطاً.

والشّيْخُ﵀ ولو ذكر هٰذا فى ذيل الفرض الثّالثِ الّذى سبق بحثُهُ **ولكن** كانَ مناطه، مُطلقاً.

وبالجملة، قالَ الشّيْخ﵀: اذا قلنا، بكون تَعقّبُ الْاِجازَةِ شرطاً فيَصحُّ القولُ بانّ الْاِجازَةَ البَعْديّةَ واللّاحقة، تكشف عَن بطلانِ هٰذِهِ التَّصَرفات بيعاً كانَ او اجازَةً او غيرهما، فبناءً عَلىٰ انّ تعقّب الْاِجازَةِ كانَ شرطاً فلا يسقطُ الفُضولِىُّ عَن قابليَّةِ الْاِجازَةِ وتجوز له اجازَةُ العقدِ.

وهٰذا، يكشف عَن كونِ مسألةِ كونِ العقدِ، بحَيْثُ تَتَعقّبُهُ الاجازةُ، كانت موجودةً

من الاوّلِ وكانَ عقدُ الفُضولِىِّ مقروناً بشرطِ الصِّحَةِ فكانت التَّصَرفاتُ اللّاحقةُ، باطلةً مع انَّهُ لم يكن عالماً به و انّما توجَّه عَلىٰ البطلانِ بَعْد الْاِجازَةِ وكانت هٰذِهِ المطالبُ الَّتِى قلناها هُنا مبنيّةً عَلىٰ كون الْاِجازَةِ كاشفةً بنحو الشّرط المتأخّر، لا بنحوِ تعقُّبِ الشّرطِ.

ولكن نَحْنُ نقولُ: اِنّ مسألة الشّرطِ المقارنِ او الشّرطِ المتأخّر، لا فرق بينهما فى هٰذِهِ الجهة وعَلىٰ كلّ حالٍ، تصحُّ تصرفّاتُ الْمالِك ولَيْسَ له حقُ الْاِجازَةِ والْاِجازَةِ ايضاً لاتكونُ كاشفةً ويسقط عقد الفُضولِىِّ عَن قابليَّة الْاِجازَةِ من هٰذا الْمالِك من غير فرقٍ بين الكشفِ الحقيقىّ بنحوِ الشّرطِ المتأخّرِ وبينَ الكشفِ الحقيقىّ بنحوِ الشّرط المقارنِ.

ووجههُ اَنّ مسألة الشّرطِ المتأخّر وتعقبَ الشّرط وارجاعه اِلىٰ الشّرط المقارن، كانَ تصويراً عِلْمِيّاً لاجل حلِّ بعض الاشكالات الأُصوليّة وامّا من جهةِ علم الفقه ومسائلهِ فلا فرق هنا بينهُما.

بعبارةٍ اُخرىٰ ان قُلْنا بتعقُبِ الشّرط بالْاِجازَةِ فهُوَ للمالك لولا الْاِجازَةُ يعنى قُلْنا مع قطعِ النّظر عَن بيعِ الفُضولِىِّ ومع قطع النّظر عَن الْاِجازَةِ يعنى كُلّ من كانت له صفة المالكيّة، فله حقُّ الْاِجازَةِ والفرضُ انَّهُ بناءً عَلىٰ تعقّب الْاِجازَةِ ايضاً، هٰذا الشّخصُ الَّذِى عامَلَ والّذى اراد الْاِجازَةَ الآن، كانَ شخصاً لولا الْاِجازَة لم يكن مالكاً لانّه باعه اِلىٰ الغير.

وبالجملةِ، الاجازةُ حقٌّ و من المسلّمَ انَّهُ حق الْمالِك والمراد من المالك، الْمالِكُ لولا الْاِجازَةُ والبيع مثلاً حقٌّ من كانَ مالكاً لولا البيع الّا اِنَّهُ معلومٌ انَّهُ يخرُجُ بالبيع عَن كونه مالكاً والمقصودُ، ليس انَّهُ مالكٌ حتّىٰ بَعْدَ البيعِ، يعنى كانَ مالكاً مع قطع النّظر عَن البيع فالمالكُ، من كانَ مالكاً مع قطع النّظر عَن الْاِجازَةِ فمن باعَ اموالَهُ ثُمَّ اِطّلع انَّهُ وقعت عليها معاملاتٌ فضولاً فهُوَ لَيْسَ مالكاً مع قطع النّظر عَن الْاِجازَةِ فهُوَ لَيْسَ مالكاً الآن.

بالجملة: لا فرق فى باب كاشفيّةِ الاجازةِ، بين كون الْاِجازَةِ معتبرةً بنحو الشّرطِ

المتأخّر او بنحو الشّرطِ المُقارنِ **لانّ** فى كلا الصّورتين، يشترط كونُ المجيز مالكاً يعنى اِنَّهُ مالِكٌ مع قطع النّظر عَن هٰذِهِ الْاِجٰازَةِ واذٰا بٰاعَ قَبْلَ الْاِجٰازَةِ، فهُوَ لم يكـن مالكاً فعليّاً حتّىٰ يُجيزَ.

فَلَيْسَ مَعْنىٰ تعقّب الاجازة، اَنَّهُ حتّىٰ لو خرج عَن كونه مالكاً.

فما يظهرُ من الشّيْخﷺ ومن غيره من الفُقهاء فى موارد عديدة من الفرقِ بناءً عَلىٰ الكاشفيّة بين الشّرطِ المتأخّر وبين الشّرطِ المقارنِ وشرط تعقُّبِ الْاِجٰازَةِ حَيْثُ اِنَّهُ بناءً عَلىٰ التّعقّب، تصرّفُ الْمٰالِك فيما انتقل عنه لا يَصِحُّ وبناءً عَلىٰ الشّرط المتأخّرِ، يصحُّ.

غير صحيحٍ لانّه ان كٰانَ المرادُ من الاجازةِ، تعقّبُ الْاِجٰازَةِ فيبقىٰ السّؤالُ وهُوَ اَنَّهُ اجٰازَةُ من يُعتبرُ؟

الجواب عنه اَنَّهُ تعتبر اجٰازَةُ المالكِ، والْمٰالِك مع قطع النّظر عَن الْاِجٰازَةِ وهٰـذٰا يصدق فى كلتا الصّورتين اِنَّهُ لَيْسَ مالكاً مع قطع النّظر عَن الاجازةِ.

بالجملة فى الفرضِ الثّانى كانت ملاحظتانِ:

ملاحظةٌ انّ الشّيْخ، لم يذكر الاستثناءَ المعمولَ ولم يَقعِ البحثُ عَن لزومِ المعاملةِ من طرفِ الاصيلِ.

مُلاحظةٌ اُخرىٰ: انّ هٰذٰا الحكم مع اِنَّهُ صحيحٌ فى الغايةِ **ولكنّه** مُناقِضٌ لما قٰالَ به الشّيْخ فيما قبلُ.

وهٰذٰا دليلٌ عَلىٰ انّ المطلب الَّذِى قٰالَ فيما قَبْلَ كما ذكـرناه هـناك، لم يَكُـن صحيحاً والقول بالفرق فى الكشف الحقيقىّ بين تعقّبِ الْاِجٰازَةِ والشّرط المتأخّر، غيرُ صحيحٍ.

نعم قلنا: اِنّ الشّرطَ المتأخّر والتّعقّب، كٰانَ بينهما فرقٌ فى حَلِّ بعض الاشكالاتِ وتصوير المسألة اُصوليّاً، من قبيل تأثير المتأخّر فى المتقدّم وامّا من جهة الآثـار الفقهيّة فلم يؤثّر فى واقعيّةِ الادلّةِ **حَيْثُ قالوا:** باجٰازَةِ الْمٰالِك مع اِنَّهُ لم يكـن هـنا مالكٌ **فَتَأَمَّلْ.**

الكلام فی الفرض الثّالِث من الفروضِ الاربعة فيما يحصُلُ بها الرُّد.

بتعبيرٍ آخر كَانَ الكلامُ فيما لا تمكنُ معه الْاِجارَةُ وقِيلت فيه فروضٌ متعدّدةٌ:

الفرض الاوَّل: انشاءُ الرّد ويحصلُ به الرّدُّ كما ذكرناه سابقاً.

الفرض الثّانی: اَنَّهُ اِن اَوجَدَ الْمالِكُ معاملة تنزيل موضوع الْاِجارَةِ، يُحسَبُ اِتلافاً كَاَنْ بَاعَ الْمالِكُ اِلىٰ الغير، فی هٰذِهِ الصُّورَة لاتصحّ اجارَةُ المعاملةِ الْاُولىٰ كما سَبَقَ البحثُ عنهُ.

والفرضُ الثّالِث: وهُوَ اَنّ المالك اوجدَ عملاً ومعاملةً لاتوجب زوالَ الموضوعِ امّا كونُ الْاِجارَةِ بحَيْثُ يكشف عَن صحّته من الاوَّلِ، فلا يمكنُ وهٰذا مثلُ اجارَةِ مورد معاملةِ الفُضولِیِّ ثُمَّ ارادَ اجارَةَ مُعامِلَةِ الفُضولِیِّ وهٰذا لا يصحُّ.

هنا احتمالات ثلاثةٌ قد قلنا: اِنّ الشَّيْخ﵀ من هٰذِهِ الاِحتمالاتِ الثَّلاثَة، اَبْطَلَ الاحتمالينِ وَاِخْتارَ الاحتمالَ الثّالثَ.

منها: احتمالُ اِبطالِ اجازةِ عقد الفُضولِیِّ، الْاِجارَةَ السّابقة الَّتِی حكم بصحّتها واقعاً.

هٰذا احتمالٌ ضعيفٌ لانَّ الفرض اَنَّ الْاِجارَةَ وقعتْ صحيحةً فاذا كانت الْاِجارَةُ صحيحةً فالمالكُ اذا اراد اجارَةَ المعاملة الفُضولِیِّ مَن الاوَّل فهُوَ لايَصِحُ لانَّ لازم هٰذا الاحتمالِ، بطلانُ الْاِجارَةِ مع وقوعها صحيحةً فلا تمكن الْاِجارَةُ من الاوَّل.

وإن اَرادَ المالك اجارَةَ العقدِ الفُضولِیِّ بَعْد انقضاءِ مُدَّة الْاِجارَةِ فهٰذا اَيْضاً، لايَصِحُّ **لانّه** كَانَ هنا اِجماع عَلىٰ اَنّ المالك اذا اجازَ، تلزم اجازتُه من حِينِ العقدِ ولا تَصِحُّ اجازتُه بَعْد عقدِ الاِجازَةِ.

وامّا فی باب «من بَاعَ ثُمَّ مَلَكَ» فالقولُ بصحةِ الْاِجارَةِ من حين المالكيّة، هُوَ لاجل اَنّ المالكيّةَ، تُبتدأ من هٰذا الحين.

وامّا الَّذِی كانت مالكيّته باقيةً من الاوَّلِ ولم تتغيّر فاذا اراد اجازته فهُوَ يلزم التّخصيص فی الْاِجارَةِ كما قلناه فی البحث السّابقِ من اِنَّهُ بناءً عَلىٰ الكشف، لاتجوز اجازتُهُ من حين الاجازةِ.

وبناءً عَلىٰ النَّقل اَيْضاً لاتجوزُ اجازته من حين العقدِ فمن كَانَ معتقداً بـالكشف فيلزم عَلَيْهِ اَنْ يكون كاشِفيّاً مُطلقاً وان كَانَ قائلاً بالنَّقل فيلزم كونُهُ ناقليّاً مُطلَقاً.

وبالجملة، كَانَ هنا اجماعٌ بانّ المالكَ اذا اراد الْاِجارَةَ، تلزم اجازتُه مـن حـين العقدِ ولاينتقضُ ذٰلِك بمسألة: **«من بَاعَ ثُمَّ مَلِكَ»** حَيْثُ اجاز بَعْد العقد **لانَّ** مالكيّته كانت من هٰذا الوقتِ.

واَمّا فى ما نَحْنُ فيه فالفرضُ اَنَّهُ مالكٌ وبقت مالكيّته **ولكن** ارادَ التّخصيص فى الْاِجارَةِ بتأخير الْاِجارَةِ مُدَّةً وحَيْثُ كَانَ هذان الاحتمالان، باطلين فلا يمكن اجارَةُ الفُضولِيِّ، ذٰلِك لما قُلْنا سابقاً من اَنَّهُ اِن اَجاز من الاوَّل فيلزمُ بطلانُ الْاِجـارَةِ وان اجازَ من حين اِنقضاء مُدَّةِ الْاِجارَةِ فيلزمُ تخصيصُ القائل بالكشفِ فى اجازتِهِ.

واذاكَانَ هذانِ الاحتمالانِ، باطلَيْنِ فتعيّن اَنّ الفُضولِيِّ، لم يكن قائلاً للاجازة يعنى، الْاِجارَةُ اللّاحقةُ، تزيلُ عقدَ الفُضولِيِّ.

ذُكرتْ فى مقابلِ هٰذِهِ الاحتمالاتِ الثّلاثَة، اِحتمالاتٌ اُخرىٰ:

منها: اختيارُ بطلانِ الْاِجارَةِ لا القولُ بانّ الْاِجارَةَ باطلةٌ مـن الاوَّلِ بـل كـانت الْاِجارَةُ صحيحةً من الاوَّلِ بناءً عَلىٰ الكشفِ الْاِنقلابيِّ كما ذكرناهُ سابقاً فى اَقسام الكشفِ انّ من اقسامِ الكشفِ الَّذِى قد يُدَّعىٰ ظهورُ الكلماتِ فى الكشفِ الانقلابيّ يعنى كانت قَبْلَ الاجازةِ، اوضاع زمانِ الماضى عَلىٰ نحوٍ عامَلُوا وباعُوا ونَكَـحُوا وغيرها من العقودِ واَمّا الْاِجارَةُ اللّاحقةُ فهى تُقَلِّبُ الماضى ويصيّرُ الاعمال الفاسدةَ صحيحةً.

والاعمالُ الصّحيحةُ، فاسدةٌ فالْاِجارَةُ الَّتِى حكمنا لصحّتها من بابِ اِنَّهُ مالكٌ وله اَنْ يوجر ماله بَعْد اجارَةِ المالكِ.

وبَعْد فرضِ اَنّ الْاِجارَةَ، تؤثّرُ تأثيراً حقيقيّاً ولا اختصاصَ لتأثيرها للاِسـتقبالِ والحالِ بَلْ يؤثّر فى الماضى ايضاً فمعناهُ اِنَّهُ ما حُكِمَ بصحّته من حين الْاِجارَةِ كَانَ باطلاً من هٰذا الحينِ.

فبناءً عَلىٰ الكشفِ الْاِنقلابيّ، الْاِجارَةُ الَّتِى قُلْنا بصحّتها وكانت محكومةً بالصِّحَةِ

واقعاً اَيْضاً، تُغيّرُ الحُكم من حين الاجازةِ والحكمُ بانَّ الماضی كانَ باطلاً من هٰذا الحين.

فبناءً عَلیٰ الكشفِ الانقلابیِّ، الاجازةُ الَّتِی قُلْنا بصحّتها وكانت محكومةً بالصِّحَةِ واقعاً اَيْضاً، تغيّرُ الحكمَ من حين الْاِجازَةِ والحكمُ بانّ الماضی كانَ له حُكماً مُتناقضاً، فَحُكِمَ فی الماضی بالصِّحَة وحُكِمَ من حين الْاِجازَةِ بالفساد وانّما جُوّز اِجتماع المتناقضين مع وحدةِ زمانِ المحكوم به، لانَّ زمانَ الحكم، متعدّدٌ.

بناء عَلیٰ هٰذا النَّوعِ مِنَ التّصويرِ، لامانع مِنَ القولِ بانّ الْاِجازَةَ السّابَقَة الَّتِی كانت محكومةً بالصِّحَةِ وكانت الصِّحَة، واقعاً لا ظاهِراً حُكمت بفسادها من حينِ الْاِجازَةِ فاذا حُكِمَ بفسادِها، فلا مانعَ من اجازته العقدَ من حين وُقُوعهِ.

وقد قُلنا الجوابَ عَن هٰذا الاحتمالِ سابقاً وقُلنا: انّ مسألةَ الكشفِ الانقلابیِّ بل هٰذِهِ التّصاويرِ من الكشفِ الحقيقیِّ والحكميِّ والشّرطِ المتأخّرِ وغيرها، اِنّما تفيدُ فی المسائلِ الْاَصُوليّةِ فی مقامِ حَلِّ بعض الاِشكالاتِ وَاَمّا بالنِّسبَةِ اِلیٰ الادلّة فلَيْسَ بينها فرقٌ وبالنِّسبَةِ اِلیٰ المسائل الفقهيّة، لَيْسَ بين التّصاويرِ وَالصُّور، فرقٌ وان قالُوا بالفرقِ لِانَّ الادلّة، كانت ثابتةً ولا متغيّرةً وكانَ للادلّةِ ظهورٌ واحدٌ وظاهِر الادلّة اَنّ الْاِجازَةَ شرطٌ وله تأثيرٌ سواءٌ قُلْنا بالكشفِ او النّقل.

وظهورُ الدّليل مثلُ: «لا يحلُّ مالُ امرؤٍ مسلمٍ الّا بطيب نَفْسِهِ» و **«اوفوا بالعقودِ»** و... انّ الرّضا، له دخالةٌ والْاِجازَةُ ان كانت كاشفةً لو قُلْنا بها فهی لاجلِ: صحيحة: **«محمّد بن قيس»** وصحيحة: **«ابی عبيدةِ الحذّاء»** لايُستفادُ منهما اَنّ الْاِجازَةَ اَوِ البيعَ او النّكاحَ الَّتِی وقعت عَن الْمالِكِ والشّارع حُكِمَ بِصِحَّتِها واقعاً اذا اجاز العقدَ السّابق عَلیٰ هٰذِهِ المعاملاتِ، تُغيّرُ الماضی عَلیٰ هٰذا الحدّ وتصيّر باطلاً بحَيْثُ يصير ما كانَ صحيحاً واقعاً، صارَ باطلاً فی الزّمان الَّذِی كانَ محكوماً بالصِّحَة لامن هٰذا الزّمان و لايُستفاد هٰذا الاحتمال من الادلّة ولو قالَ بعضٌ بهٰذا الاحتمالِ والحكمِ ببطلانِ الاجارة الَّتِی حُكِمَ بصحّتها واقعاً بَعْد الْاِجازَةِ بقلب الماضی.

من جملة الاحتمالات، ما افاد السَّيِّدُ﵀ والمُحَقِّق النّائينىُّ﵀ **وهُوَ لا يخلو عَـن وجهٍ** وهُوَ انّ الْاِجارَةَ كانت صحيحةً من الاوّل والْاِجارَةُ اَيْضاً باقيةً عَلىٰ صحّتها، غايةُ الامرِ كانت اجارَةُ مال الغيرِ بمنزلةِ استيفاءِ المنفعةِ وكانَ مثل الفرضِ الرّابـع الَّذِى فرضَهُ الشَّيْخ﵀ وهُوَ انّ الفُضولِىِّ قَبْلَ الاجارةِ جلس فى الدّار الَّـتِى كـانت مورداً للمعاملةِ واِستوفىٰ من منفعتها متّصلةً او منفصلةً واتلفها.

قالَ الشَّيْخ﵀: اِنّ الاستيفاءَ من الاجارة، من الاوّل وردّ قـيمة المـنافع مـتّصلةً ومنفصلةً اِلىٰ المشتَرِى حَيْثُ اِنَّهُ استوفى منافع المشتَرِى **حَيْثُ** اِنّ الاجارة، تكشف عَن كون المبيع مال المشتَرِى من الاوّل والاجارةُ هنا بمنزلةِ نوعِ استيفاء المـنفعةِ يعنى كانتِ الاجارةُ الواقعةُ صحيحةً يعنى صحّة العقد السّابق الّذى اَجراهُ الفُضولِىُّ **غاية الامر** اَتْلَفَ المالِكُ، مَنفعةَ المُشترِى.

وَاِتلاف المنفعة تارةً يكون تكويناً واُخـرىٰ تشـريعاً واعـتباريّاً **ولا فـرق هُـنا** باستيفاء المنفعةِ بالمباشرةِ وبين اَنَّهُ اِنتقَلَ المنافعَ بعقدٍ لازمٍ اِلىٰ الغير **لانَّ** الانـتقالَ اِلىٰ الغير ايضاً اِستيفاءٌ للمنفعةِ واتلافٌ لها.

وبعبارة اُخرىٰ كانَ اتلافاً اعتباريّاً وتشريعاً وكانَ مثل البيعِ والفـرض السّـابق وهُوَ ان الْمالِك بَاعَ العين بَعْد عقد الفُضولِىِّ فكما اَنّ هٰذا، اِتلافٌ للعين فذالك اَيْضاً اِتلافٌ لِلمَنفعةِ.

فالمعاملةُ، اتلافٌ تشريعىٌّ سواءٌ كانَ اتلافاً بالعوض او بلا عوضٍ فالمعاملةُ اذا فُرِضَتْ لازمةً فمعناها اَنَّهُ لم يكن ماله فهُوَ من حَيْثُ اِنَّهُ مالٌ ومملوكٌ قـد اَتْـلَفَ ويترتّب عَلَيْهِ حكمُ الاِتلافِ وهُوَ ضمانُ المثلِ او القيمةِ.

والقول بانّ الْاِجارَةَ، لاتنطبقُ مع المُجازِ كما عَن المُحَقِّق الايروانىّ﵀ حَيْثُ اِنّ الفُضولِىِّ بَاعَ مع المنافع فالمالكُ اذا اجازَ بدونِ المنافعِ **فهُوَ لا يصحّ** لانّه لم يكن مثلَ بيعِ عينٍ مسلوبَةِ المنفعةِ.

مدفوعٌ لانَّ فى البيع، لاتباع العينُ مع المنافع وبيعُ المنافع فى عَرضِ العين بل موردُ المعاملةِ، العينُ تَتْبَعُها المنافعُ حَيْثُ تُمكنُ التّبعيّةُ.

ولذا اذا وقعت معاملةٌ بين البايع والمشتَرِى، بتخيُّلٍ اَنّ للعين، منافِعُ ثُمَّ تَذَكَّرَ اَنَّ البايع اَجارَ هٰذا العين بمُدَّة سَنَتَيْنِ وكانت منافِعُها مالَ المستأجرِ **قالُوا** بالاتّفاق بصحّة هٰذِهِ المعاملة **ولكن** يُجبَرُ بالخيار اى خيار المشتَرِى.

فقول المُحَقِّق الايروانِّىﷺ من مخالفةِ الاجارة مع المجاز **لايصحُّ** لما قُلْنا من انّ المنافع فى باب البيع، لم تكن مورداً للمعاملة **ولذا لم** يكن تخلّفها موجباً للبطلان وحتّىٰ لم يكن موجباً لتقسيط الثّمن وانّما يوجب الخيارَ.

خلاصةُ الكلام انّ احتمال السَّيِّدﷺ المُحَقِّق النائينى لايخلو عَن وجهٍ وهُوَ الحكم لصحّة الاجارةِ وكانت صحّتها باقيةً وبمنزلة الاتلافِ فيجوزُ اجازَةِ المالك، العقد الفُضولِىِّ من الاوّل خلافاً للشيخﷺ **غاية الامر** يأخذ المشترى، اُجرةَ المثل للمنافعِ.

ومن جملةِ الاحتمالاتِ، صحّةُ اجارة العقد الفُضولِىِّ من الاوّل وبقاء الاجارة عَلىٰ صحّتها **ولكن** لَيْسَ للمشترى، مطالبةُ اجرة مثل المنافع المستوفاةِ بل للمشترى، اختيارُ الفَسخ ان لم يرضَ بدون اجرةِ المثل **ومنشأ هٰذا الاحتمالِ**، استفادةُ حكمه من مماثلهِ واشباهه من المسألةِ المعروفةِ فى بابِ البيع والاجارةِ وهى اِنَّهُ اذا بَاعَ احدٌ يتخيّل انّ له منفعةٌ ثُمَّ بانَ اَنَّها مسلوبةُ المنفعة مُدَّةً.

قالُوا بصحّتها واَنَّهُ لَيْسَ للبايع، اعطاءُ اجرةِ المثل مثل المنافعِ الفائتةِ بل للمشتَرِى حقّ خيار الْفَسخ بان يقبل المعاملةَ مجّاناً او اَنْ يفسخ المعاملةَ وما نَحْنُ فيه ايضاً من هٰذا القبيل يعنى كَانَ للمشتَرِى، اختيار الفسخِ او امضاءُ العقد من الاوّل مع كون العين مسلوبةَ المنفعة مُدَّةً.

لايخفىٰ: انّ احتمال السَّيِّدﷺ والمُحَقِّق النائينىﷺ، اوجه من هٰذا الاحتمالِ لانّه فرّق بين ما نَحْنُ فيه ومسألةِ مسلوبةِ المنفعة من الاوّل **حَيْثُ** اِنّ فى مسألة مسلوبِ المنفعةِ من الاوّل، لم يكن المشترى، مالكاً للمنفعة من الاوّل **ولكن** نفرضُ فيما نَحْنُ فيه اَنّ المشترى، كَانَ مالكاً للمنافعِ والعينِ قَبْلَ الاجارة وعقد الاجارةِ وقع عَلىٰ مال الْمالِك وحَيْثُ كَانَ محكوماً بالصِّحَة فالمنافع بمنزلة الاتلاف ويجب

للمالكِ ردُّ اجرة المثلِ.

فتحصّل ممّا ذُكِرَ انّ هٰذِهِ الاحتمالاتِ السّتةَ قٰالَ بالثّلاثَة منها، الشّيْخ﵀ و ثلاثةٌ اخرى قٰالَ بها الفقهاء الأُخرى او يمكن ان يقالَ.

وهٰذِهِ الاحتمالات الثّلاثَة الاخيرةُ، مشتركةٌ فى انّ الفُضولِىِّ قابلٌ للاجارة من الاوّل، غاية الامرِ، الحكم ببطلانِ الاجارة فى احتمالٍ بناءً عَلىٰ الكشف الانقلابىِّ **وفى احتمالٍ ثانٍ**، الحكم بصحّتها معَ اجرةِ المثلِ **وفى احتمالٍ ثالثٍ**، الحكم بصحّته بلااجرةِ المثل.

والاوجهُ من هٰذِهِ الاحتمالاتِ، الاحتمالُ الوسطِ وكٰانَ الطّريقُ العرفىُّ ايضاً هكذا يعنى الحكمُ بصحّة المعاملةِ من الاوّلِ وَاِتلافُ المنافع ووجوبُ ردّ اجرة المثلِ.

فاوجه الاحتمالاتِ السّتة المذكورةِ سابقةً، الاحتمال الّذِى قٰالَ به السّيِّد﵀ والمُحَقِّق النّائينىّ﵀.

امّا اِدّعاءُ الشّيْخ﵀ اَلاِجماعَ كما قيل فى بيانِ الاحتمالاتِ الثّلاثَة الّتِى نقلناها حَيْثُ قٰالَ﵀: اِنّ الْاِجٰازَةِ بَعْد الْاِجٰارَةِ، لايصحُّ لاجماعِ اهل الكشفِ فهُوَ اصلُ المطلبِ وكونُ الفُضولِىِّ صحيحاً بالاجازةِ، لم يكن اجماعيّاً بل مسألةُ خلافيّةٌ وعَلىٰ فرض صحّتها هل تكونُ الْاِجٰازَةُ ناقلةً او كاشفةً، لم تكن بَعْد كاشفيّتها اجماعيّاً وعَلىٰ القولِ بالكشفِ هل يكونُ شرطاً مقارناً او شرطاً متأخّراً او بنحو الانقلابِ فهُوَ لَيْسَ اِجماعيّاً؟.

وفى مثلِ هٰذِهِ المسألةِ الّتِى كانت موردَ الاختلاف ايّ اختلافٍ، كيف يجوزُ القولُ بانّ القائلينَ بالكشفِ، اَجمَعُوا عَلىٰ اَنّهُ ان كانت كاشفةً فيلزم كونها كاشفةً من الاوّلِ ومضافاً اِلىٰ ذلك، الاجماعاتُ المنقولةُ، لم يكن لها اعتبارٌ فضلاً عَن اعتبار هٰذا الاجماع المنقولِ الّذِى هُوَ محفوفٌ بالاَقوالِ المختلفةِ.

ولا يخفى عَلىٰ القارئ الكرام انّا لا نقول: انّ اِحتمال الْاِجٰازَةِ بَعْد الاجارة، كٰانَ وجيهاً **بل نقولُ:** انّ الدّليل الّذِى ذكره الشّيْخ﵀ فى دليل هٰذا الاحتمالِ، غير كافٍ

وكٰانَّ الشَّيْخ ﷺ ان قَبِلَ انّ العموماتِ، تكفی ان يصحّح الاجارةَ حَيْثُ ما يمكنُ ومن حَيْثُ ما امكن، ويَرِد هٰذا عَلىٰ كونه اجماعيّاً **فمن الواضح انّ** هذا، لم يكن اجماعاً قابلاً للاعتناءِ ولم يكن حجّةً.

مسألة: مجرَّد تعريضِ المبيعِ للبيعِ هل هُوَ بمنزلةِ الرّدِ وحكمهِ ام لا؟

من المعلوم: اَنّ التّعريض، **فعل ولكن** لَيْسَ من قبيلِ التّصرّفِ الخارجيِّ من البيعِ والاجارةِ وغيرهما من العقودِ وهٰذا الفعلُ انّما يحكى عَن اَنّ البايع له ارادةُ عـملٍ بحَيْثُ لو عَمِلَ، فهُوَ يُنافى الاجازةَ.

هُنا فرضانِ: فرضٌ كَانَ ملتفتاً وقوعَ البيعِ الفُضولِيِّ فى موردِ المبيعِ وفرضٌ آخر عَدَمُ الالتفاتِ عَلىٰ البيع السّابقِ الواقعِ عَلىٰ المبيعِ و عَلىٰ فرضِ العلم به كَانَ غافلاً حين البيع عنهُ.

فى كلا الفرضين كَانَ بحثاً مختصّاً لهما:

وامّا البحثُ الَّذِى كَانَ فى الفرض الاوّل وهُوَ فرضُ الالتفاتِ، هُوَ انّ العملَ كَانَ ظَاهِراً فى الرّدّ وكَانَ ردّاً فعليّاً وحَيْثُ قلنا: اِنّ انشاء الردِّ وهُوَ القولىّ، يوجب الردّ ويبطلُ الفُضولِىُّ ويسقط عَن صلاحيّة لحوق الْاِجَازَةِ به وكذٰلِك اَلرُّد الفعَلىُّ اَيْـضاً **حَيْثُ** قلنا: انّ المعاطاة بيعٌ ومعاملةٌ و من المسلّمَ فى باب الفسوخِ يعنى فسخُ العقودِ اللّازمة بالذّات او فسخها الجائزةِ، اَنَّ الْفَسخَ يقع بالفعلِ كما يقع بالقولِ.

فنباءً عَلَيْه اذٰا بَاعَ الْمَالِك ملتفتاً اِلىٰ انّ الفُضولِىِّ باعه من الغيرِ من قَبْلُ فهُوَ يصدق عليه اَنَّهُ ردٌّ فِعْلىٌّ وكَانَ له ظهورٌ فى انشاء الردّ كما انّ فى باب المعاطاةِ، الاعطاءُ كَانَ له ظهورٌ فى التّمليكِ، كَانَ بمنزلة: «بـعتُ» و «قـبلتُ» و «تـملّكتُ» وكـذٰلك التّعريضِ للمبيع هنا، كَانَ بمنزلةِ: «رددتُ» و «ابطلتُ» فهُوَ ردٌّ فِعلىٌّ.

فدليل الشّيْخِ يتركّب من صغرىً وكبرىً امّا الصّغرىٰ فهى اَنَّهُ ردٌّ فِعْلىٌّ يعنى له ظهورٌ فى الردّ وانشاءُ الردّ بالفعلِ.

والكبرىٰ هُوَ انّ الرّد الفِعْلىِّ، بمنزلة الردّ القولىّ كما انّ فى باب المعاطاةِ، التّمليكُ الفعْلىُّ كالتّمليك القولىّ.

والشّيْخ﵀ لاثبات هٰذِهِ الكبرىٰ ذَكَرَ ثلاثةَ اَوجُهٍ:

الوجه الاوّل: صدق الاطلاقات وهُوَ مشابه الاستدلال فى بابِ المعاطاة حَيْثُ يدلّ قوله تعالىٰ: «**اَحَلّ الله البيعُ...**» عَلىٰ حِلِيَّةِ كلّ ما يصدقُ عـليه البـيعُ والبـيع

يصدقُ عَلىٰ القولِ والفعل وكلاهُما مصداق للبيع.

وما وردت الرّوايات، الواردةُ فی باب الفُضولِیِّ مثل: «**فيمن زوجتهُ اُمَّـه وهُـوَ غائبٌ...**» كما ورد عَن محمّد بن مسلمَ عَن ابی جعفر عليه السلام اِنَّهُ سأله عَن رجل زوجّته امّه وهُوَ غائب؛ قال: النّكاح جائِز ان شاءَ المُتَزَوِّج قَبِلَ، وان شاء تَرَكَ، فان تـرك المُتَزَوِّجُ تزويجه فالمهر لازمٌ لامّه... او عبد تزوّج بدون اذن سيّده: «**ان شاء اجازَ وان شاء فرّق بينهما**» و قوله «**فرّق بينهما**» يصدقُ عَلىٰ الردّ الفعَلیّ ايضاً كما يصدقُ عَلىٰ القولیّ «**فرّقتَ**» ايضاً.

بالجملة الدّليل، صدق الاطلاقاتِ من التّرك والتّفريق و اَشباه ذٰلِك من الالفاظ الدّالة عَلىٰ الردّ المماثل والمشابه لكلمة الردّ.

الوجه الثّانِی، وجود المناط الاعتباریّ، العقلیّ الَّذِی كٰانَ فی الردّ القولیّ وفـی الردِّ الفعَلیّ اَيضاً والمناطُ: اَنّ الْاِجٰازَةِ شأنها، انتسابُ العقدِ الفُضولِیِّ اِلیٰ الْمٰالِك كما تقدّم مراراً والرُّد يُبطِلُ قابليّة هٰذِهِ النّسبة فرّد الفُضولِیِّ مثلُ ردّ احدِ المتعاقدينِ للعقدِ قَبْلَ تماميّته كرّد الموجب قَبْلَ قبول القابلِ و كرّد القابل بَعْدَ الايجاب قَبْلَ قبولهِ فی اِنَّهُ يسقط عَن صلاحيّةِ لُحوقِ الْاِجٰازَةِ اليه وهُوَ كٰانَ فی الرّد الفعَلیّ والقولیّ كليهما.

الوجهُ الثّالثُ: الفحویٰ والاولويّةُ القطعيّةُ وهُوَ انّ الْـفَسخ يـحصلُ فـی العُـقود الجائزة من الهبة والبيع الخياریّ وغيرهما بالفعل، بالنّص والاجماعِ **وحينئذٍ**، يتوجّه الاولويّة لانَّ الدّفع، اهونُ من الرّدِ والاَوْلیٰ من الرّدِ **حَيْثُ** انّ بيع الْمٰالِك بَعْد عـقدِ الفُضولِیِّ، بمنزلة الدّفع كما انّ ذٰلِك، رفعٌ.

خلاصةُ الكلام فی دليل الشَّيْخ للفرضِ الاوَّل ای فرضِ تـعريض المـبيعِ للـبيعِ متوجّهاً ومُلتفتاً اِلیٰ العقد الفُضولِیِّ الواقع عَلَيْه من قَبْلُ وهُوَ يتركّبُ مـن صـغریً وكبریً **والصُّغریٰ** اَنَّهُ ردٌّ فِعْلیٌّ والكبریٰ انّ الرّد الفعَلی كالقولیّ بالاطلاق والمناطِ والفحویٰ.

نَحْنُ نقولُ: انّ الصّغرىٰ والادلّة القائمة عَلىٰ الكبرىٰ، كُلُّها محلُّ البحث والمناقشةِ.

واما الصّغرى فلانّه لايجوز القولُ بانّ مجرَّد تعريض المبيعِ للبيعِ ملتفتاً اِلىٰ العقد الفُضولِيِّ، انشاءُ الرّد لانّا قُلْنا فى باب الفُضولِيِّ مَطلبان:

الاوَّلُ: عَدَمُ الرَّضِىٰ والآخر مسألةُ الرّد وتعريضُ المبيعِ للبيعِ بمَعْنىٰ انَّهُ لم يرضَ عَلىٰ المعاملةِ السّابقة واما كونه ردّاً فلا **حَيْثُ** يكونُ عَدَمَ الرِّضا اعمُّ من الرّد **حَيْثُ** يمكن ان يكونَ نظرهُ من التّعريض، بيعه اِلىٰ من بذل ازيد من الاوَّل فاذا لم يتّفق الباذلُ، الازيدَ، يجيزُ الاوَّلُ حتّىٰ اِنَّهُ لو قَصَدَ به الرّدُ فهُوَ لايجدى ايضاً **لانَّ** الَّذِى لم يكن دالّاً له فهُوَ قصدٌ مجرَّدٌ ولا يَكتفُون به فى باب الانشاءاتِ كما قِيلَ فى توجيهِ: **«ولما رأى ذٰلِك سيّدُ الوليدة، اجازَ بيعُ ابنها» حَيْثُ قالُوا** فى جوابِ من قَالَ بِاَنَّهُ اجازهُ بَعْدَ الرّدِ **«من اخذ الوليدة وابنها...»** جرى عَلىٰ الملكيّة السّابقةِ.

نعم: يظهرُ منه اَنَّهُ لم يرض بالبيع السّابق واما كونه ردّاً فلا ظهور له فلَيْسَ معناهُ اَنَّهُ اجاز بيعَ ابنها بعد ردّه البيع بل معناهُ: اجاز بيع ابنها مع عَدَمِ رضاه بالبيعِ، فالنّسبة بين الرّدِ و **«اللّارِضىٰ»** اَخصُّ مطلقاً **حَيْثُ** يكون **«لارِضىٰ»** اعمُّ من الرّد **حَيْثُ** يمكن اَنْ يصدقَ، **«لارِضىٰ»** بالتّردّدِ مع اِنَّهُ لا يصدقُ الرّدُ عليهِ.

واما الاشكالُ فى الكبرىٰ فهُوَ اَنَّهُ ما وَرَدَ فى رواية تزويجِ الاَمّ **«ان شاء قَبِلَ وان شاءَ تَرَكَ».**

ومعلومٌ انّ التَّرك، غير الرّدِ ومَعْنىٰ التَّرك انَّهُ ما اجاز يعنى ان شاءَ اجاز واِن شاء ما اجاز وكانت كلمةُ **«ترك»** فى الرِّوايَة فى مقابل الْاِجٰازَةِ لا كونه ردّاً.

اما الوجه الثّانى وهُوَ كون الرّدِ هنا بمنزلة ردّ الايجاب قَبْلَ القبولِ فيمكن ان يشكلَ عليهِ اَنّ ردّ الايجابِ قَبْلَ القبول، كَانَ بينه وبين الْاِجٰازَةِ **حَيْثُ** جعلوا الْاِجٰازَةَ من الايقاعات ولم يكن الايقاعُ بين الاثنينِ **نعم:** فى العقدِ اذا ردّ احدُ المتعاقدين، قَبْلَ تماميّة الآخر فمَناطهُ عَدَمُ التّوافقِ وعَدَمُ قبول المسؤوليّة بين المتعاقدينِ واما فى الْاِجٰازَةِ يعنى فى الايقاعِ، لم يكن البناءُ، ايجادَ العهد والميثاق

والْمالِك لم يكن هنا طرفٌ حتّىٰ يُسمعَ فالعقدُ ولو لم يكن تامّاً من حَيْثُ النَّقل والانتقالَ **ولكن** من جهةِ مضمون العقد وصدقِ العقدِ عليه، كانَ تامّاً.

بالجملة؛ وجه اسقاط الرّدِ، العقد عَن قابليّةِ الاجازة، لَيْسَ عَن العلّة الّتِى اذا ردّ الموجب قَبْلَ قبول القابل، يَسْقطُ عَن القابليّة بل له مناطٌ آخر **فلذا** لا يجوز القول بانّ المناطَ حَيْثُ كانَ فى الرّد، القولُ فكانَ هُنا ايضاً.

واما الفحوىٰ يعنى الفعلُ اذا كانت له قدرةٌ فى هَدمِ البَناءِ والعَقدِ السّابقِ فله قدرةُ هَدَمِ العقدِ الَّذِى لم يُبيّنْ بَعْدُ ولم يتحقّق بَعْدُ و دَفعُه.

فليست صحيحةً حَيْثُ اِنَّهُ لم يكن هنا مورد التَّمَسُك بقاعدةِ الدّفع والرّفعِ **لانَّ** هٰذا مثلُ الطَّلاق قَبْلَ الازدواجِ حَيْثُ تجوّزُ العامّة، طلاقَ اِمرأةٍ سيتزوّجها كما نُقِلَ هٰذا عَن كتبهم. **ولكنّ الشّيعة،** لايصحّحُ هٰذا النّوع من الطَّلاق **لانّه** يلزم وجودُ ازدواجٍ حتّىٰ يرفعهُ بالطَّلاق ونَحْنُ لا نجوّزُ فسخ عقد لِم يُعقَدْ بَعْدُ.

فلا يجوز القول بِاَنَّهُ اذا كانَ له ردُّ الملكيّة المُحَقِّقة بالعقد السّابق فله ردُّ الملكيّة الَّتِى لم تتحقّقُ بَعْدُ **لانَّ** مفهوم الفسخِ، حَلُّ العقد وهُوَ يلزم تحقّق العقدِ حتّىٰ يتعلّق عليهِ الفسخُ. **عليهٰذا** كما قُلْنا سابقاً من باب الفُضولِىِّ اَنَّهُ لم يحصل فيه اثرٌ من الفُضولِىِّ من الملكيّة والاولويّة والحقِّ.

نَعَمْ: تحقّقت بالعقدِ، الْاِجازَةُ من الْمالِك، حَصَلَتِ الملكيّةُ ونحوُها من الآثارِ.

فنَحْنُ اذا قُلنا اَنّ الامر الموجود، يمكنُ ان يُرَدَّ بالْفَسخ فهُوَ لَيْسَ دليلاً عَلىٰ اَنَّهُ يمكن ان يُردَّ بالْفَسخ شَيْئاً لم يحصل بَعْدُ ولو كانَ فيه نوعُ اقتضاءٍ للوجودِ.

بعبارةٍ اُخرى، هٰذا بابُ الالفاظ من الرّدِ والْفَسخ والابطال والمفاهيمِ ويلزمُ صدقُ الالفاظِ وصدقُ المفاهيمِ، واللُّغاتِ فى نفسها، لَيْسَ فيها اِعتبارٌ.

الحقّ فى المسألة: انّ تعريض المبيع اِنْ دلّ عَلىٰ الْفَسخ بالقرائنِ وقلنا: اِنّ الردّ الفعلىّ بمنزلةِ الرّدِ القوليّ، يلزم القولُ به واِنَّهُ عرفيٌّ و انَ قَبِلنا اَنَّ الرّدَ بالمَعْنِى الَّذِى قالُوا به فى باب الفسوخ من اَنّ الرّدَ الفعلىَّ، بمنزلة الرّد القوليّ، كانَ متداولاً وكانَ عرفيّاً والعرفُ ايضاً **حَيْثُ** لم يَرِد عَلَيْه ردعٌ من الشّارِعِ، بَقىٰ عَلىٰ قُوّتهِ وكانَ مُعتبراً.

الكلام فى التّصرّفات غير المُتنافِية لِملكِ المشترى من حينِ العقدِ

اِلىٰ هنا ذكرنا المباحثَ المربوطةَ بمسألة تعريض المبيعِ والبيعِ الفاسد **ولكن الشّيْخ**ﷺ ذكر مطالبَ قابلةً للتّوضيحِ والتّوجيهِ.

هٰذا نصّه[١]: بَقىٰ الكلامُ فى التَّصَرفاتِ غيرِ المتنافيةِ لملك المشتَرِى من حين العقد كتعريضِ المبيع والبيعِ الفاسدِ.

ولا يخفى: ان هٰذا ايضاً عَلىٰ قِسمَيْنِ:

لانّه امّا ان تقع هٰذِهِ التَّصَرفاتُ المذكورةُ حال التفاتِ المالِكِ اِلىٰ وقوع العقدِ من الفُضولِيِّ عَلىٰ ماله وامّا ان تَقَعَ فى حال عَدَمِ الالتفاتِ.

امّا الاوّل فى نظر الشّيْخﷺ ردٌّ فِعْلِىٌ للعقدِ، صدقُ الرّدِ الفعْلِيِّ عَلىٰ مثل هٰذِهِ التَّصَرفات مبنىٌّ عَلىٰ ارادة الانشاء منه، والّا لا يصدق الرّدُ عليها بمجرَّدِ التفاتِ المالك اِلىٰ وقوع عقدٍ عَلىٰ ماله من الفُضولِيِّ.

والدّليل عَلىٰ الحاقه بالرّد القولِيِّ مضافاً اِلىٰ صدق الرّد عَلَيْه فيشمل مثل هٰذا الردّ، كلُّ ما دلّ عَلىٰ انّ لِلمالكِ، الرّدُ مثل ما وَقَعَ فى نكاحِ العبد والامةِ بغير اذن مولاه.[٢]

اِليكَ نصُّ الحديثِ المذكورِ: عَن زرارةٍ عَن ابى جعفرﷺ **قال: سألته عَن مملوك تزوّجَ بغير اذنِ سيّدِهِ، فقال: ذاك اِلىٰ سيّدِه ان شاء اَجازَهَ واِن شاء فرّقَ بينهما.»**

وما ورد فيمن زوَّجتْهُ اُمُّه وهُوَ غائبٌ من قوله**ﷺ**: **«ان شاء قَبِلَ وان شاء ترك».**

وهٰذا نصّ الحديث[٣]:

«عَن محمّد بن مسلم عَن ابى جعفرﷺ: اِنَّهُ سألهُ عَن رجلٍ زوَّجَتْهُ امُّهُ وهُوَ غائبٌ قال: النّكاح جائزٌ ان شاء المُتَزَوِّج قَبِلَ وان شاء ترك، فان ترك المُتَزَوِّج فالمهرُ، لازمٌ لِاُمّهِ».

---

١. المجلد التّاسع من المكاسب من منشورات دارالكتاب ص ١٦٠.

٢. وسائل الشّيعة الجزء ١٤ ص ٥٢٣ ـ الباب ٢٢ ـ الحديث ١ ـ ٢.

٣. وسائل الشّيعة الجزء ١٤ ص ٢١١ ـ الباب ٧ الحديث ٣.

فهاتان الرّوايتان صريحتان فى انّ التّفريق بينهما كما فى الحديث الاوّل والتّركَ كما فى حديثِ: «**محمّد بن مسلم**» يدلّان عَلىٰ الرّدِ الفعلىِّ.

الّا اَنْ يُقال: انّ الاطلاق فى الحديث الثّانِى المروّى عَن «**محمّد بن مسلم**» وهُوَ قولهﷺ «**وَاِنْ شاءَ تركَ**» سيقَ لبيانِ اَنَّ للمتزوّجِ فضولاً، تركُ الزّواج من غيرِ دلالةٍ لهٰذا الاطلاقِ عَلىٰ كيفيّة التّركِ: من القول او الفعل.

وذٰلكِ المانعُ، هُوَ خروج المجيز بَعْد الرّدِ عَن كونه بمنزلة اَحدِ طرفَيِ العقدِ. والدّليلُ الآخَرُ عَلىٰ انّ مثل هٰذا الردِّ، ردٌّ للعقد وفسخه، فَحوىٰ الاِجماع ومفهومه الاولويّةِ المدّعىٰ عَلىٰ حصولِ فسخ ذى الخيار بالفعل كالوطىِ والبيع والعتق فانَّ الوجه فى حصول الْفَسخ وكون مثل هٰذِهِ التَّصَرفات النّاشئة عَن كونها تصرّفاً فى الملك، ردّاً فِعليّاً مُلحقاً بالرّد القوليِّ وانّ الْفَسخ يَحصلُ بها، **هُوَ دلالة التَّصَرفات** المذكورةِ عَلىٰ فسخِ البيعِ والّا اى لولم يكنِ الوجه فى حصولِ الفسخ، هُوَ دلالة الوطئِ والبيعِ والعتق عَلىٰ حصول قصد الْفَسخ وانشائه، فَتوقُّفها عَلىٰ الملك، لايوجب حصولَ الْفَسخ بها بل يوجب بطلانَها، لعَدَمَ حصول الملكِ المتوقّفِ عَلىٰ الْفَسخِ قبلها حتّىٰ تصادف الملكَ.

فمقتضىٰ هٰذا التّوقّفِ، هُوَ بطلانُ تلك التَّصَرفاتِ المذكورةِ **وكيف كانَ** فاذا صلحَ الفَسخ الفعَليُّ لرفع اثر العقدِ الثّابت المؤثّر فعلاً كما فى البيع الخيارىِّ، صلحَ لرفعِ اثر العقدِ المتزلزل كما فى عقدِ الفُضولِيِّ من حَيْثُ الْحُدُوث القابل للتَّأثِير بطريقٍ اَوْلىٰ.

هل يقع الْفَسخ فى التَّصَرفاتِ غيرِ المنافيةِ لملكِ المشتَرِى فى حالِ عَدَمِ اِلتِـفاتهِ اِلىٰ وقوعِ العقدِ فى الفُضولِىِّ ام لا؟

هٰذا قسمٌ ثانٍ من القسمين اللّذين ذكرهما الشِّيْخُ فى المقسم وهُوَ التَّصَرفات غير المنافية لملك المشترى.

قٰالَ الشِّيْخ﵀: الظّاهِر عَدَمُ تـحقّق الْـفَسخِ بـه لعَـدَمَ دَلاٰلَـتِهِ عَـلىٰ انشـاءِ الرّدِ والمفروضُ عَدَمُ منافاتهِ ايضاً للاجازةِ اللّاحقةِ.

ولا يكفى مجرَّدُ رفع اليدِ عَن الفعل بانشاءِ ضِدِّهِ كالتّصرفِ فى مال المبيع وهُوَ لايعلمُ بالبيع والتَّصرفُ يكونُ غير مُنافٍ لملك المشتَرِى مع عَدَمَ صدق عنوان الرّدِ نظير اِنكار الطَّلاٰق فيمن اَنكر الطَّلاٰق فانّ مجرَّد انكارهِ يكونُ رجوعاً اِلىٰ الزّوجيّة ان لم يكن الزُّوجُ مُلتفِتاً اِلىٰ وقوع الطَّلاٰق لورود النَّصِ الخاصِّ فى الطَّلاٰق وهـى صحيحةُ ابى ولّادٍ واليك نصّها:[1]

قال: سألتُ ابا عبدالله﵇ عَن امرأةٍ ادّعت عَلىٰ زوجها اَنَّهُ طلقّها تـطليقة طـلاقِ عدّةِ طلاقاً صحيحاً يعنى عَلىٰ طهرٍ من غير جماعٍ واَشهَدَ لها شُهوداً عَلىٰ ذٰلِك ثُمَّ انكر الزُّوجُ بَعْد ذلكَ.

فقٰالَ عليه السَّلام: ان كٰانَ انكر الطَّلاٰق قَبْلَ انقضاء العدّةِ، فانّ انكارهُ للطّلاق رجعةٌ لها، وان كٰانَ انكر الطَّلاٰق بَعْد انقضاء العدّة فانّ عَلىٰ الْاِمام ان يفرق بينهما بَعْد شهادةِ الشّهود بَعْد ان تستحلِفَ».

---

١. وسائل الشّيعه الجزء ١٥ ص ٣٧٢ الباب ١٢ الحديث ١.

الکلامُ فی اَحکامِ الرّدِ

قد تقدّم البحثُ فیما یحصلُ بِهِ الردُّ قولاً وفعلاً وغیر ذٰلِك من الموارد **وامّا احکام الرّدِ** فهُوَ انَّهُ لو ردَّ المالكُ، العقد الفضولیّ فقد یقع البحثُ فی مقامَیْنِ:

المقامُ الاوَّلُ: فی وظیفة المالكِ مَعَ الغاصب والمُشْتَرِی هل له حقٌّ علیٰ الغاصب وعلیٰ المُشْتَرِی و بعبارةٍ اُخریٰ، الکلامُ فی تعیین حقوق المالك مَعَ الغاصب ومن ترتبّت یدُه علیٰ یدِ الغاصب من المُشْتَرِی وغیرِهِ.

واما المقام الثّانی فهُوَ حُکمُ المُشْتَرِی مَعَ البایع الغاصب حَیْثُ انّ قبل الردِّ، بٰاعَ الفضولیُ المبیعَ وسلّمه اِلیٰ المُشْتَرِی وسلَّمَ المُشْتَرِی ایضاً الثَّمَن اِلیٰ البایع ثـمّ ردّ المالكُ البیعَ و طالبَ المبیعَ.

فحینئذٍ، ما حُکمُ الثَّمَن والمنافعِ الَّتِی استوفیٰ المُشْتَرِی فی هذه المُدَّة هل یجب علی المُشْتَرِی تعزیمُها؟ وما وظیفةُ المُشْتَرِی بالنِّسْبَة اِلیٰ الغاصب اذا تحمَّلَ الضَّرَر وماذا حقوقُه؟

وامّا المقام الاوَّل فهُوَ حکمُ المالكِ مَعَ الغاصبِ وکلُّ من ترتّب یـدُه عـلیٰ یـدِ الغاصب حَیْثُ یمکن اَنْ یَتسلّسلَ البیعُ بان بٰاعَ المُشْتَرِی اِلیٰ الغیر والغیرُ اِلیٰ الغیر وهکذا وحدثَ ترتّبُ الایادی کما ذکر الشّیْخُ﵀ تفصیل ترتّبِ الایادی وکِیْفِیَّة تعلّقه بانّ المالَ الواحد کیف یجوزُ ان یقع فی ذمَمٍ عدیدةٍ وکانت احکامُ اربعةٌ فی مسألة ترتّب الایادی یصعب تطبیقهُ علی الادلّة و سیأتی فیما بحَثَ عنه الشّـیْخُ﵀ فـی محلِّه.

واعلم اجمالاً: انّ هذا، من صغریات ترتّب الایادیِ والحکمُ هنا حکمهُ یَعْنِی لا اقلَّ کان ترتّبُ الیدیْنِ هنا مسلّماً فان تکررّتِ الایادی، تحصلُ الایادِی المُختلفةِ.

توضیح ترتّب الایادی انَّهُ یمکن ان یکونَ الاثنانِ، مسؤلَینِ فی قبال احدٍ وکانا ضامنیْنِ جمیعَ المال وفرضنا انّ قیمة المال، مأةُ تومانات وهما کانا ضامنیْنِ لِلْمأةِ لابمعنیٰ انّ المالك کان صاحبُ مأتینِ بل بمعنیٰ انّ اخذ المأةِ من احدهما، یوجبُ سقوطَ ذمّةِ الآخر.

غاية الامر يقولون هنا انَّهُ ان رجع اِلىٰ اليد السّابقة فيرجع السّابق اِلىٰ اللّاحق وان رجعَ اِلىٰ اللّاحق فلا يرجعُ اللّاحق اِلىٰ السّابق الّا اذا كان غارّاً له.

بالجملة؛ قرارُ الضِّمان على تلف المال فى يده وارتباط المالكِ مَعَ كلّ واحدٍ ممّن وضعَ يدُه على المالِ ومن ترتَّبتْ يدُه على مالِ المالك بمنزلةِ الواجبِ الكفائيِّ فى انّ اداءَ اخذ المال يُسقِّط ذمّةَ الآخر و سَيأتَى تفضيلُها فى آخرِ بحثِ الفضوليِّ عَنْ قريبٍ.

وبالجملة؛ الضِّمانُ فى ترتّب الايادى عند الشّيعة، ضم ذمّةٍ اِلىٰ ذمّةٍ، الّذى ذهب اليه العامّة فى باب عقد الضِّمان خلافاً للشّيعة هُنا **حَيْثُ قالوا:** بانّ الضِّمان فى عقد الضِّمان، نقلُ ذمّةٍ اِلىٰ ذمّةٍ اخرىٰ كما قرّر فى محلّه.

كيف ماكان، المقصود فى ترتّب الايادى، انّ العين اِمّا موجودةٌ او تالفةٌ وان كانت موجودةً يأخذها اينما وجدت على من وجدها وله حقُّ الزام كلّ واحدٍ ممّن وضَع يدُه علىٰ ماله المغصوبِ فى زمانٍ على استردادهِ بحكم الضِّمان وبحكم قوله تعالىٰ: «**اِنّ الله يَأْمُرُكم اَنْ تُؤَدُّوا الاماناتِ اِلىٰ اهلِها**».[1]

وان كانت العين تالفةً فلهُ مطالبةُ المال من كلّ واحدٍ منها وله التّوزيعُ والتّفسيطُ بين هذهِ الافرادِ.

غاية الامر، لو رجع اِلىٰ اليد السّابق فللسّابق ان يرجع اِلىٰ اللّاحق اِلىٰ ان وصلَ من تلف عندهُ حَتّىٰ اِستقرّ الضِّمانُ عليه.

ولو رجعَ اِلىٰ اللّاحق فللّاحق لايرجع اِلىٰ السّابق الّا ان يكون اللّاحقُ مغروراً **وحينئذٍ،** له ان يرجع اِلىٰ السّابق ولو كان، تلفَ عنده بمقتضىٰ قاعدة الغُرورِ.

الفرضُ الآخر الّذى قال بِهِ الشّيْخﷺ هُوَ اَنَّهُ كما انَّ العينَ نفسها، كانت مضمونةً وكذٰلِك كانت اوصافها وصفاتها مضمونةً وكذٰلِك كمالاتُها فان كانت العينُ محفوظةً ولكن تلف بعضُ صفاتها فهى اَيْضاً كالعين المضمُونةِ **فللمالكِ** اخـذُ قـيمةِ الصّـفةِ والْاَرْشِ من كلِّ واحدٍ من الضّامنِيْنَ **غاية الامر** يستقرّ الضِّمانُ فى يد من تلفَ عنده

---

١. سورة نساء، آية ٥٨.

ولا يرجع اللّاحقُ عَلىٰ السّابقِ الّا كان مَغْروراً.

وبالجملة، القاعدةُ الّتِى قلناها فى اصل المالِ، تجرى بعينها فى الاَوصافِ والكَمالاتِ والخُصوصيّاتِ ان كانت مضمونةً بحرفٍ بحرفٍ حَتّىٰ لو فُرضَ انّ الاَوصافَ والصّفاتَ، لم تَتْلُفْ بعدُ **ولكن** اِختلفتِ القيمةُ السّوقيةُ من دُونِ فرقٍ فى العينِ والاوصافِ، بناءً على انّ القيمة السّوقيّةَ ايضاً مضمُونةٌ بِاَعلىٰ القيمِ.

هذا اذا كانتِ العينُ تالفةً و اِلّا يكفى استردادُ العين ولم تكنِ القيمةُ السّوقيّةُ، مضمونةً بخلافِ الاوصافِ حَيْثُ كانت مضمونةً ولو كانت العينُ باقيةً وكانت مستردّةً.

فلو فرضنا: انّ القيمة السّوقيّة، كانت اَعلىٰ فى بعض الْاَيادِى وفى بعضها انقَصُ، يضمَنُ عُلوَّ القيمةِ مَن كانت القيمةُ اعلىٰ فى يَدِهِ **واَمّا** الّذى كانت فى يدهِ، العينُ اعلىٰ قيمةً، لاتُضمنُ قيمةُ علُوِّ القيمةِ.

ولا يخفى: انّ فى باب الاوصافِ وعلوّ القيمة، كانت خصوصيّةٌ فى الحكم ليست فى اصل العين حَيْثُ قلنا فى ضمان اصل العينِ انّ كُلَّ سابقٍ، يرجعُ اِلىٰ اللّاحق ولا يرجع اللّاحِقُ اِلىٰ السّابقِ **ولكن هذا الحكم فى ضمانِ** الاوصافِ وعُلوّ القيمة، كان له استثناءٌ موضوعِيٌّ وهُوَ انّا لو فرضنا انّ عند اليد الاوّل كان سمِيناً او كانت قيمته اَعْلىٰ واذا انتقلَ اِلىٰ اليد الثّانِى، كان مجهُولاً او كانت القيمةُ نازلةً **فحينئذٍ**، تكون اليدُ الاوّلُ ضامِناً للتّفاوت لا اليد الثّانِى ولَيْسَ الْعَكسُ بالعكس مثلاً: لو فرضنا انّ المبيع لم يكن حيواناً سَميناً فى اليد الْاُولىٰ وصار سميناً عند اليد الثّانية ثمّ زال سمنُه، تكون اليدُ الْاُولىٰ والثّانية كلتاهُما ضامنتَيْن للسِّمَنِ **لانّ** الغاصب مادام بقىٰ المغصوبُ، كان ضامِناً للتّفاوُت والزّيادات والنموِّ والمنافع ولو انتقل اِلىٰ الغير اَيْضاً **لانّ** العلّة المحدّثة، كانت علّةً مُبقَيةً فمن تصرّفَ فى مال الغير آناً مّا مادام كان المالُ موجوداً ولو لم يكن فى يدِهِ، تضمنُ جميع الاَوصافِ وَالزّياداتِ وترقّي القيمةِ وعلوّها، اليد السّابقةُ ايْضاً.

اَمّا فى المقام الثّانى فهُوَ انّ المُشْتَرِى اذا اَسْلمَ الثَّمَن اِلىٰ البايع فى صورة الرّدِ،

يقعُ البحثُ فى انّ حقّه بالنِّسْبَة اِلىٰ الثَّمَن ما هُوَ؟

هل له ان يستردّ الثَّمَنَ ام لَيْسَ له ذٰلِك؟

له صورتان:

صورةٌ فيهاكان المُشْتَرِى جاهلاً بالغصبِ وانّ البايعَ، غاصبٌ **وصورةٌ اُخرىٰ** كان المُشْتَرِى عالماً بالغصب وأقْدمَ علَىٰ البيع غافلاً او عامداً وامّا اذا كان جاهلاً بالغصب فحكمهُ واضِحٌ، لانّه اذا كان جاهلاً بالغصب فله حقُّ الرّجوع اِلىٰ الثَّمَن عند البايع ان كانت عينُ الثَّمَنِ موجودةً.

وان تلفت عند البايع فيرجَعُ اليه بالمثل او القيمةِ.

وكذٰلِك يرجع اِلىٰ البايع اذا تغيّر وَصْفُهُ.

وامّا اذا طال الرّجوع مدّةً واستوفىٰ المُشْتَرِى مدّةً من المبيع بخيال انَّهُ ماله وتحمّلَ من هذه الجهة غراماتاً هل يمكن ان يرجع اِلىٰ البايع ام لا؟ فهُوَ يأتى فيما بعدُ وانَّهُ قابلٌ للبحث والتّحقيقِ.

هنا مطلب قابلٌ للبحث وهُوَ انَّهُ مَعَ كون حكم هٰذهِ واضحاً حَيْثُ كان جاهلاً ويجب رجوعُ الجاهل وكونُ العقد ايضاً فاسداً **ولكن** يقع البحثُ فى انَّهُ كيف يلائِمُ هذا الرّجوعُ مَعَ اعترافه بكون البايعِ مالكاً **وهذا مطلبٌ عَنْونَهُ الشّيخ**ﷺ حَيْثُ قالﷺ: يرجع المُشْتَرِى علىٰ البايع بالثَّمَن ولاينافيه اعترافُه بكونه مالكاً **لانَّ** اعترافه، مبنىٌّ على ظاهر اليدِ.

نعم: ان كان اعترافُهُ مُستنداً اِلىٰ البيّنة فلا يجوز عليهِ الرّجوعُ ولو كان جاهلاً.

بالجمله هنا سؤالٌ: كيف التّوفيقُ بين حكمِ الرّجوعِ وحُكمُ الاِقرارِ؟

ثمَّ انّ الشّيخﷺ فرضَ، فرضَ الشّكِ فى اَنّ الاقرار، لم يعلم انَّهُ مستندٌ اِلىٰ ظاهر اليدِ حَتّىٰ لايعتبرَ او مستندٌ اِلىٰ البيّنة حَتّىٰ يبقىٰ على اعتبارهِ بعدُ **هل يرجعُ فى هٰذِه الصّورة ام لا؟**

قال الشّيخُ هنا وجهانِ:

وجهُ اَنّ الاقراراتَ غالباً مَبنيّةٌ علىٰ ظاهر اليد حَتّىٰ وردَ فى روايةِ «**خفض بن**

غياث» انَّهُ لو حصلت يدٌ علىٰ مالٍ واِشتريناه بحكمِ اليد ثمّ ادّعىٰ احدٌ ملكيّة هذا المال، يجوز له اليمين علىٰ كونه لنا ويجوز للشّهداء شهادة انَّهُ مالنا، يَعْنِى يـجوز كونُ اليمينِ والشّهادةِ مُستندَيْنِ اِلىٰ اليد.

وجهٌ ثانٍ، الاقرار بانّ هذا لزيد، وهذا محمولٌ علىٰ الواقع يَعْنِى كان هذا لزيـدٍ واقعاً ومجرّد غلبةِ كون الاقراراتِ، مبتنيّةً علىٰ اليد، لايُوجبُ اِنصرافَ اللّفظ عـن ظاهره حَيْثُ قالُوا: انّ المدار، غلبةُ الاستعمالِ لاغلبةُ الوجودِ. **المحشّون وجّهوا** هذا الكلام من الشّيْخ واعترضوا عليه.

ولكن هنا سؤالٌ لم يتعرّض المحشّون عليه وهُوَ انّ المراد من الاقرار فی قـوله **«لاينافيه اعترافه واقرارٌ بكونه مالِكا»**، هل يُفرضُ اِقراراً آخَر غيرَ البيعِ والشّراءِ؟ هنا بحَيْثُ قد يتّفق اقرارُه وقد لايتفّق؟

ام يكون مرادُه من الاقرار، نفسَ البيع والشّراء هنا بحَيْثُ قد يتفّق اقرارُه وقد لا يتفّقُ ام يكون مراده من الاقرار، نفسَ البيعِ والشّراءِ؟

وتوضيحه: انّ المتداعيَيْنِ، تداعَيا عند الحاكم او كان احدُهُما مُدّعِياً وكان الآخر منكراً فحينئذٍ، اذا قال المنكر للمدّعِى، **«صالحنى»**، لايُعَدُّ هذا اقراراً وامّا اذا قـال: **«بعنيه ايّاه»** فهُوَ دليلٌ علىٰ الاقرار، فلَيْسَ له حقُّ طرح الدَّعوىٰ **حَـيْثُ** كـان هُـوَ بمنزلة اَنَّ هذا لك **لانّ** البيع معناه، الاخراج من المالك بعوض، هـل يكـون مـراد الشّيْخ﵀ من الاقرارِ بمنزلة قول المنكر **«بعينه»**، الّذى يُعَدُّ اقراراً لمالكيّة المبيع فان كان هُوَ بمنزلة قول المنكر فهُوَ كان فی جميع البيوع ام لَيْسَ كذٰلِك بل اقرارٌ، جديدٌ واقرارٌ حالِىٌّ غير البيع والشّراء وغيرُ ما تقتضيه طبيعةُ البيع والشّراء؟

لاجل انَّهُ لادليل فيمٰا اذا بحثنا عن بيع الغاصب، غير ما ذكرناه ودُخول مسألةٍ اُخرىٰ فيه، يمكن ان يكون نَظرُ الشّيْخ﵀ من الاقرار، الاقرارَ الّذى تقتضيه طـبيعةُ البيع والشّراء ولكن يبعدّه قولُ الشّيْخ فی الفرض الثّالِث اى فی فرض الشّك بـين كونه مُستَنداً اِلىٰ اليد او اقراراً آخَر.

حَيْثُ قال هنا: انّ فيه وجهانِ وقال فی وجه احدهما: **«من ظاهر لفظ الاقرار»**

وكان لفظ الاقرار، يحكى عن الواقع ويعلم من هذا الكلام انّ فرض الشّيخ، مضافاً اِلىٰ البيع، كان شيئاً زايداً وهُوَ الاقرارُ: **«انّى اَقَرَّ علىٰ انّ ذٰلِك المـال لك»** وان لم يكُن ذيلُ كلام الشّيْخ، فى هذا المقام، ليمكن القول بانّ المرادَ من الاقرارِ، الاقـرارُ الّذى تتضمّنَهُ طبيعةُ البيعِ والشّراءِ بحكمِ ماقالوا: لو قال المنكرُ للمُدّعِى: **«بعينه ايّاه»** كان ذٰلِك اقراراً منه على مالكيّة المُدَّعِى ولكن قولهﷺ فى الذّيل يبعدّ الحمل على هذا وكان نَظرُهُﷺ انَّهُ لو اقرَّ اَيْضاً لكونهِ مالكاً له فهُوَ لامانِعَ من رُجوعهِ اِلىٰ الثّمنِ.

هنا سؤالٌ آخر واشكالٌ وَاِعتراضٌ علىٰ حُكم الشّيْخﷺ من انَّهُ ان كـان الاقـرارُ، مبنيّاً علىٰ اليّد، لايُعتبرُ وان كان مبنيّاً على البيّنة فُيعتبرُ وان كـان مشكـوكاً فـفيه وَجهانِ.

وحينئذٍ حاصلُ الاعتراضِ انّ هذه التّرديدات، كانت فى اَيّ فرضٍ هل هى فيمٰا اذا ثبت خلافُ مالكيّة البايع و عُلمَ انَّهُ لم يكن مالكاً او فيمٰا اذا اُقيمَت بيّنةٌ حاكمَةٌ الَّتِى كانت فى حكم العلم او اُقِيمَ حكمُ الحاكمِ هُنا؟

فان كان هنا لافرق بين كونِ المبنىٰ، البيّنَة او اليدَ سواءٌ اَقرَّ ام لم يُقرَّ فاذا انكشفَ الواقعُ، لا يعتبرُ كلُّ واحدٍ من هٰذه المَبانى **لانّ** اعتبار الاَمارات وحجّيتها مادام لم يكُنْ علمٌ بالخلاف فاذا علِمَ بالخلاف او اقامُ ما هُوَ بحكم العلم، لا يُعتبرُ كلُّ واحدٍ من هٰذِه المَبانى.

فاذا فرضنا انَّهُ لم يحصل علمٌ بالخلاف ولم تُقم بيّنةٌ حاكِمةٌ او لم يحكم الحاكمُ فى المرافعةِ و بقىٰ الوضعُ علىٰ ابهامه السّابقِ، فلايجوز الرّجوعُ و ان كان المبنىٰ، اليدَ اَيْضاً **لانّه** لم يعلَمْ وكانت اليدُ باقيةً علىٰ حجيّته حَتّىٰ لو فرضنا انَّهُ لم يُقرّ اقراراً جديداً فلمَ يجوزُ الرّجوعُ اِلىٰ البايع بالثَّمَن؟

بالجملة هنا سؤالٌ فى كلام الشّيخ: ما المقصود من قوله **«لاينافيه اقرارُ البـايع»** هل يكونُ الاقرارُ، الاقرارُ الّذى يتضمّن البيع بناءً علىٰ ما قالُوه و قَـرّروُهُ او كـان المرادُ اِقراراً جديداً ولو لم يفرق هذا فى الاعتراض الثّـانِى وقـلنا اسـتظهاراً مـن كلامهﷺ، انَّهُ اِقرارٌ جديدٌ حَيْثُ صَرَّحَ الشّيْخُﷺ: **«من ظاهِرِ لَفظِ الاِقرار»**.

وحينئذٍ يبقىٰ هذا السّؤال وهُوَ انَّهُ هل كون الاقرار مبنيّاً على اليد او البـيّنةِ او وجودِ الاقرار وعدمِه، لافرق فی صورة اِنكشافِ الواقعِ و رفع الجهلِ و وُضوحِ انَّهُ لم يكن مالِكاً وكان غاصِباً او قام دليلٌ كان بحكم العلم من بيّنةٍ او حكمِ حاكمٍ؟ واذا فرضنا عدم الكشف ايضاً كانت حجيّةُ اليد باقيةً علىٰ اعتبارها سـواءٌ اقـرَّ ام لا؟ وسواءٌ كان الاقرارُ مبنيّاً علىٰ اليدِ او البيّنةِ؟ فلايجوز الرّجوع اِلىٰ البايع.

بقىٰ سؤالٌ آخر هنا وهُوَ انّ فرض الشّيْخ﵀ بعد الجهل الاوَّل انَّهُ بـعد اِرتـفاع الجهالة، هل يَفترقُ بين الاِقرار المبنيّ علىٰ اليد او الاقرارِ المبنيّ علىٰ البيّنة؟ **فهُوَ لايصّح لانّ** اليد كما انّها تسقطُ عن الحجّية مَعَ العلم بالخلاف فكذٰلِك يسقطُ الاقرارُ والبيّنةُ، وان كان الفرضُ انّ العلمَ بالخلاف او ماكان بمنزلة العلم بالخلافِ، لم يأتِ بعدُ بقتِ اليدُ علىٰ اعتبارها سواءٌ اَقرَّ ام لا؟ ولَيْسَ له اَن يرجِعَ بِالثَّمنِ.

مسألةٌ: ما لو ردّ المالكُ البيعَ ورجع اِلىٰ المُشْتَرِى فـى صـورةِ جـهل المُشْـتَرِى بالغصبِ هل للمشترى حقُّ استرداد الثَّمَن ام لا؟

فى صورة ردّ المالك، العقد الفضوليّ، تـارةً كـان المُشْـتَرِى جـاهلاً بـالغصب واُخرىٰ كان عالماً بِهِ وامّا فى صورة جهل المُشْتَرِى بالغصبِ لو ردّ المالكُ، البيعَ و رَجَعَ اِلىٰ المبيعِ فللمشترى حقُ استرداد الثَّمَنِ امّا اذا كان عالماً بالغصبِ فالمشهور من فتوىٰ العلماء انّ المُشْتَرِى لايرجع اِلىٰ الثَّمَن مَعَ رجوع المالك للـمبيعِ ولَـيْسَ للمشترى حقُّ مطالبة مقابل الثّمنِ.

ظاهر كلام العَلامةﷺ وفتواه الّذى كان اوّلَ من ادّعىٰ الاجماعَ على ذٰلِك، انَّهُ لا فرقَ فيه بين بقاء العين و تلفها **فحينئذٍ**، اذا كانت العينُ تـالفةً فـلَيْسَ للـمشترى، المُطالبة للمثل او القيمةِ واذا كانت باقيةً فلَيْسَ له حقُّ اِستردادِ العينِ.

ظاهرُ بعضٍ بل صريحُ بعض الكلمات انّ العـينَ ان كـانت بـاقيةً فـلِلغاصب ان يتصرّفَ فى العين فلم يكن العقدُ باطلاً ولايكون فيه اثمٌ **وبعد العلّامة**ﷺ ايَّدَ بعض الفقهاءﷺ هذه الفتوىٰ مثل فخر المُحَقَّقين والمُحَقَّق الثّانِى والشّهيد الثّانِىﷺ وصاحب الجواهر والشّيْخ كاشف الغطاء وغيرهم وقالوا بانّ هذا، اِجماعىٌّ.

غاية الامر، الاشكال الّذى وقع فى تشخيص معقد الاجماع انَّهُ هل يكون الحكم مطلقاً اجماعيّاً او فى صورة التَّلَف؟

فَعِدّةٌ من الفقهاء كالمُحَقَّق الثّانِى والشّهيد الثّانِىﷺ اِدّعُوا انّ الاجـماعَ له قـدر المتيقّن هُوَ صورُة التَّلَف وامّا فى صورةِ بقاءِ العين فله حقُّ الاسترداد وذكـروا له وجهاً وهُوَ انّ العلامّة الّذى كان مبتكراً لاِدّعاءِ الاجـماعَ و كـان اوّل مـن ادّعـىٰ الاجماعَ، صَرَّحَ نَفْسُهِ بانّ الاجماع، لم يكن صحيحاً فى صورة بقاءِ العين واَفـتىٰ علىٰ خلافه فى صورةِ بَقاءِ العين وكانَّهُﷺ قبل الاجماع فى صورةِ التَّلَفِ.

وامّا صاحبُ الجواهرﷺ فقد مٰالَ اِلىٰ انّ كليهما اى صورة بقاء العينِ وتلفها، كان اِجماعيّاً.

ومن قال بجواز الاستردادِ فى صورة بـقاء العـين كـالعلّامة والمُـحَقَّق الثّـانِى

والشّهيد الثّانِی، مَشوْا علىٰ خلافِ الاجماع المنقولِ وظاهرِ كلماتِ العلماء.

بالجملة؛ عدمُ جواز الاسترداد فی صورةِ تلف العين، كان قدراً متيقّناً عندهم وامّا الحكم فی صورةِ بقاء العين هل يكونُ اجماعيّاً ام لا؟ فقد اختلفت الآراءُ فيه كما قلناه حَيْثُ كانت هذه المسألةُ بملاحظة اشباهها ونظائرها، مسألةٌ استثنائيّةٌ ولاتوافق مَعَ اشباهها و حكمُ هذه المسألة علىٰ خلاف القاعدة وَالّا اِن سلّمنا الحكم فی صورة العلم بالغضبِ والعلم بالفسادِ، يلزم القُولُ بهذا الحكم فی العقود الفاسدةِ اذا علم المُشْتَرِی بالفسادِ.

فالعلمُ بالمسألةِ والجهلُ بها، يلزم القولُ بالفرقِ بينهما فی المعاملاتِ بنحو انَّ كلّ من كان جاهلاً بالفساد، كان له حقُّ استرداد الثَّمَن والمبيعِ.

وامّا اذا كان عالماً بالفساد ليلزم عدمُ حقّ استرداد الثَّمَن والبايع عدم استرداد المُثمنِ مَعَ انّ فتوىٰ المشهور فی باب «**ما يُضمنُ بصحيحه، يُضْمنُ بفاسده**» كان علىٰ الاِطلاق ولَيْسَ فرقٌ بين العلم بالفساد والجهل بالفسادِ وكذٰلِك فی المعاملات المنهيّة مثل الرّبا واجرِ الرّبا واجرِ الجارية المُغنيَّةِ و ثَمنِ المَنيَّةِ وثَمنِ العَذرَةِ الَّتِی كانت مورداً للنّهی بالخصوص مثل ماورد: «**ثمنُ العذرةِ سُحْتٌ**» و «**ثمنُ المنيّةِ سُحْتٌ**» و «**اَجْرُ الجاريَةِ المغنيّةِ سُحْتٌ**» و «**اُجورُ الزّناءاتِ سُحْتٌ**» حَيْثُ انّ التَّصرُف فی اُجورِ هٰذهِ، حرامٌ لايجوز مَعَ الجهل بِهِ، نادرٌ قد يَتَّفقُ علىٰ احدٍ **ولكن ينبغی** علىٰ هذه القاعدةِ المذكورة، لا يكونَ حراماً فمن كان عالِماً بالفسادِ و مَعَ ذٰلِك يُسلِّطُ البايع علىٰ الثّمن، لم يلزمْ ان يكون سُحْتاً **ومن هنا** يكون الحكم، فيمٰا نحن فيه غَرابةً وكان مورداً اِستثنائِيّاً.

هل يمكن ان تُجعل هذه الفتوىٰ، مطابقة للقاعدةِ؟ لانّهُ معلومٌ انَّهُ لم ترد فی خصوص هذه الفتوىٰ، آيةُ ولا سُنّةٌ ولا مَدْرَكٌ خاصٌّ ام لا؟

يحتمل كثيراً انَّهُ كانت مُستنبِطَةً من مجموع الادلّةِ حَتّىٰ وقع البحثُ **فی انّ الاجماعَ** الّذی يُدّعی هنا هل يكونُ هُوَ ممّا وَصَلَ اليهم ولم يَصِلْ اِلينا؟.

معلومٌ انَّهُ بعيدٌ ومن هنا يمكن القول: اَنّ نظرَ الفقهاء مُستنَبطٌ، من الادلّةُ و ظهرتِ

الادلّةُ بنحوِ الاِجماعِ.

لذا اختلفت الانظارُ فى توجيه هذه الفتوىٰ الّتِى لم يكن لها فـى بـادى النّـظر مُشابهاً ونظيراً و لازمه كانت للعقودِ الفاسدةِ اذا علمَ المُشْتَرِى بالفسادِ، هٰذهِ الحالةُ مَعَ انَّهُ لم تكن لها هذه الحالةُ بحيثُ تُوافِقُ القواعدَ وَالعُموماتَ.

فالظّاهر من كلام العلّامةﷺ وابن ادريس (ع) و بعض من تبعهما انّ هٰذه الفتوىٰ مطابقة للقاعدة حَيْثُ عللّوا الاجماعَ و جعلوه، اِجماعاً مَـعلّلاً **لانّـه** سـلَّطَ عـليه بلاعوضٍ يَعْنِى ولو كانت صورة هٰذهِ المعاملة، صورةَ البيع ولكن حَيْثُ كان المال، مال الغير ولاتجوز المعامِلَةُ عَلىٰ مالِ الغير والمُشْتَرِى ايضاً عالمٌ بالغصبِ و يعلَمُ انّ الثَّمَن الّذى اعطىٰ عَلىٰ الغاصب، لَيْسَ له مقابلٌ وكان مجّاناً ومَعَ ذٰلِك سلَّطهُ عليه بلاعِوَضٍ و حُكمُ التَّسْليط بِلاعِوَضٍ انَّهُ تجوز التّصرفات فيه ولَـيْسَ ضـامناً فـى صُورةِ التَّلَف و هٰكذا فى صورة بقاء العين علىٰ خلافٍ فيه.

فيعلم من الدّليل الّذى كان مذكوراً فى كلام العلامة والحِلّي و فـخرِ المُـحَقّقين وغيرهم انّ نظرهمﷺ اِلىٰ المسألة، كان نظراً موافقاً فليست هٰذِه الفتوىٰ، اسـتثناءً وتخصيصاً من الادلّة وموافقةً معها.

وامّا صاحب الجواهر فلم يقبل هذا النّظر وقال: انّ هذا الحكمَ، لم يكن موافقاً للقاعدَةِ بل حكمٌ ثبَتَ بالاجماع علىٰ خلاف القواعد والتّعليل الّذى وَردَ فى كلمات الاَكابرِ، لايكفى فى كونه كالقاعدَةِ **لانّه** اِنْ فرضنا صحَّةَ هذا التّعليل كما قلناه، فهُوَ يَجرِى فى مُطلقِ العقود الفاسِدَةِ مثل معاملة المجهول حَيْثُ سلّط اَحدُهما، الثَّمَنَ او المُثمنِ علىٰ الآخر مَعَ انَّهم قالُوا لِعدَمِ جواز التَّصرُف فى الثَّمَن والمُثْمَن ولا فرق فى عدم جواز التَّصرُف بين الجهل والعلم وكذٰلِك فى المعاملات المنهيّة، لافـرق بـين العلم بكونها منهيّةً او عَدمِهِ حَيْثُ انّ السُّحتَ، مُطلقٌ وحرامٌ.

بالجملة؛ حاصلُ كلام صاحب الجواهرﷺ انَّهُ اِن جرىٰ هذا التّعليلُ فيمٰا نحن فيه فيلزم جَريانُهُ فى العقود الفاسِدَةِ والمُعاملاتِ المُحرّمَةِ و جوازُ التَّصرُفِ علىٰ العالم بالحكم و رفعِ الضِّمان مَعَ انّهم لايَقولُون بِهِ ولا يَنبغِى اَنْ يقالَ به.

وادّعی الاجماعُ علیٰ الحکم حَتّیٰ مٰالَ اِلیٰ کون المسألة اجماعیّاً فی صورة بقاء العین فلا یتعدّی عن مَوردِه.

والتّعلیلُ الّذی وَردَ فهُوَ من قبیل التّعلیل بعدَ الوُقوعِ وَاِلّا لایکفِی. فمجرّدُ اللّفظِ هنا، لایکفِی.

ثمّ قال صاحبُ الجواهرﷺ: کانت له نظائرُ و اشباهٌ فی الشّرع و لو کان نـادراً مثل ما کان مالٌ مورداً لِلاختلاف بین المُدَّعِی والمنکر والمُدَّعِی حَلفَ علیٰ کذبٍ والطّرفُ الآخرُ یَعلمُ انّ حَلْفهُ کان عن کذبٍ و مَعَ ذٰلِك قالُوا: ذهَبَ الحـقُّ بـیمینِه لِاَجلِ اِحترامِ الحلفَ و یَجبُ علیٰ الطّرف الآخر، قطعُ الید عن هذا المال و لو کان قادراً علیٰ اَخذِهِ، علیٰ الانحاء المختلفةِ فلا یجوز تصرّفُ الطّرف الآخر فی المال الّذی وَقعَ الحَلْفُ علیه وکان ضامناً ولکن لَیْسَ لصاحب المال، حقُّ المُطالبةِ فهذا مِن تَوالِی فاسدةٍ لمسألة الغصب والعلم بِهِ والمُشْتَرِی وان سـلَّطَ عـلیٰ الغـاصب، لاتجوز له المُطالِبةُ **ولکن** لایجوز التَّصرف علیٰ الغاصب.

والشّیخﷺ **وان لم یتعرّض** علیٰ ردّ صاحب الجواهرﷺ صریحاً ولکن نَـظَرُهﷺ، الدّفاعُ عن کلمات السّابقینَ وردِّ صاحب الجواهر وایجادُ الفرقِ بین التَّسْلیطُ فـی المقام، التَّسْلیطُ فی العقود الفاسدة والعقود المنهیّة.

وما یستفاد من کلام الشّیْخﷺ من مقابلته ومقایسة المطالب وسـیر المسألة، انّ المسألة کانت موافقةً للقاعدة ولم تَردِ الایراداتُ الّتِی اوْردَ صاحبُ الجواهر علیها.

والشّیخﷺ **خصّ الکلامُ علیٰ** صورة التَّلَف وهُوَﷺ تبعاً للعلّامة قال: انَّـهُ لم‌یُـقِمْ اجماعُ فی صورة بقاء العین ویجب الرّجوعُ اِلیٰ القواعد.

و من هنا ذَکَرَ ثلاثَةَ مسائل:

الأولیٰ: صورةُ بقاء العین، عقیدة الشّیْخﷺ فی هذه الصّورةَ انّ للمشتری، مطالبةُ العینِ و کان له حقُّ استرداد العینِ.

ذکر الشّیْخُ هنا دلیلاً له ونذکر تعلیلاً آخر وهُوَ انَّهُ فی صورة بقاء العین اِمّا یکون هُوَ اباحة وتسلیطٌ مجّاناً او تملیکٌ مثل الهبة، ایّـاماً کـان یَـجوزُ اِسـترادادُ العـین

الموهَوبةِ فى صورةِ بقاء العينِ.

المسألة الثّانية: انَّهُ هل يجوز للبايع، التَّصرُف فى العين الَّتِى سلّط المُشْتَرِى عليه قبلَ الاِسترداد ام لا؟

قال الشّيْخُﷺ: اِنّ التَّصرُف لايجوزُ عَلىٰ البايع **لانّه** اكلٌ المالِ بالباطل فَتصرّفُ البايعِ، لايَجُوزُ.

المسألة الثّالِثَة: انّ فى صورة تلف العين، لايجوزُ له حقُّ الرُّجوعِ اِلىٰ القِيمةِ اَوِ المِثلِ يَعْنِى لم يكن ضامِناً.

الشّيْخُ ﷺ فى دليل هذا، وجَّهَ دَليلَ العلّامةﷺ: «**سَلَّطهُ عليه مَجّاناً**» **وردّه صاحبُ الجواهر** بانّ نظر العلّامةﷺ كان معنىً يَصدقُ هنا و لايصدُقُ و لايجرى فى المعاملات الفاسدةِ وَالمَنْهِيَّةِ.

تقريب الشّيْخ وتوجيهُه انّ مناط الضّمان فى باب العقود، قاعدتانِ:

اَلْاُولىٰ: قاعدةُ اليدِ.

الثّانية: قاعدة الاِقدام فاذا فرضنا انّ اليد، موجودٌ ولكن لَيْسَ هنا اقدامٌ فلَيْسَ هنا ضمانٌ وقاعِدَةٌ.

وقاعدة: «**ما لايضمن بصَحيحِه، لايُضمَنُ بفاسِدِهِ**» كانت مبنيّاً علىٰ ما قلناه **لانّ** فى موارد قاعدة: «**مالا يُضْمَنُ...**» لو كانت اليدُ والاستيلاءُ حاصِلاً وليْسَ الاقدامُ علىٰ الضّمانِ موجوداً مثل الوديعة والعارية والعين المستأجرة وهكذا...

هل تَجرِى هذان القاعدتانِ فيما نحن فيه وفى موارد النّقص ام لا؟

قال الشّيْخُ ﷺ: اِنّ القاعدتَيْنِ، لاتَجريانِ فى ما نحن فيه ولَيْسَ ما نحن فيه موجباً للضّمانِ مَعَ انَّهُ كان فى الموردين، موجبُ الضّمان موجوداً.

واَمّا فقدانُ قاعدة اليد هنا فلما قلنا: من انّ الايادى الامينة واليد المأذُونَةِ، خروجُها عن تحت قاعدة اليد هل تكون بالتّخصيصِ او بالتّخصُّصِ؟ ولكلٍّ من الوجهين قائلٌ، قال بعضٌ بالتّخصيص حَتّىٰ انَّهُ تشمل اليد، الودّعَيّ والعارِيَةَ وساير الايادى وانّما خرجت كلُّ ذٰلِك بالادّلة الخاصّةِ فلَيْسَ علىٰ الاَمين الّا اليَمِينِ

ولايَهْتَمُ الامين الخ.

وقال بعضٌ بالتَّخصُّصِ حَيْثُ انّ ظاهر: «**علىٰ اليد ما اَخَذَتْ**» ماكانت الوظيفةُ، الاداءَ وكان الامساكُ محرّماً وتَشهَدُ عَليه كلمةُ: «**علىٰ**» و «**اليد**» وامّا فـی مـوارد الودّعیِّ فاليدُ كانت يداً مالِكِيّاً قيدُه، يدُ المالِك وفی الوَديعةَ والعارِيَةِ والاِجارَةِ، اليدُ يَدُ المالكِ فلَيْسَ موظّفاً علىٰ الاداء ما لمْ يُطالبِ المالكُ ولم تَنقُصِ المُدَّةُ.

بالجملة؛ ظهور: «**علىٰ اليد مٰا اَخَذَتْ...**» بملاحظاتِ القرائـن المـوجودة، اليـدُ العاديةُ، فاليدُ الْاَمينةُ، لَم تَدخُلْ تحت: «**عَلىٰ اليد...**» من الاوَّل **اذ لَيْسَ هناك** موظّفٌ علىٰ الاداء فليست هنا يدٌ مستقلّةٌ فی قبال يد المالك، فكلّ مَأذونٍ، ليست له يدٌ بل يدُهُ، يدٌ فَرعِيٌّ طوليٌّ لاعَرضِيٌّ.

ايّاماً كان سواءٌ قلنا بانّ خروج الاَيادی الْاَمِينَةِ بِالتَّخْصِيص او بالتّخصّص، كان وُجودُ مواردَ خارجةٍ عن تحت القاعدة معلومةً فلَيْسَ هنا ضِمانٌ.

منها: الوديعة والعارية والعين المستأجرة، والشَّيْخُ﵀ قال: انّ ما نحن فيه اولىٰ من ذٰلِك كُلِّهِ وفحوىٰ التَّخصِيصِ او التَّخصُّصِ، تجری فيمٰا نحن فيه.

لانّ القول بعدم الضِّمٰان فی الوَدعِيِّ يَعْنِی ما اذا كان وظـيفته عـدم التَّـصَرف، يوجب عدمَ الضِّمٰان فيمٰا نحن فيه ای فيمٰا اذا اُذِنَ فی التَّصرُف وسُلطتُه كانت مَجّاناً، بطريقٍ اَوْلىٰ **ولذا** قال الشَّيْخُ﵀: انّ قاعدة «**علىٰ اليد...**» لاتجری فيمٰا نـحن فـيه بفحوىٰ ادّلةِ الاَماناتِ.

وامّا مسألةُ الاِقدام فلا تجری فيمٰا نحن فيه اَيْضاً بل اقدامٌ عَلىٰ لاضمانْ، هنا **لانّ** الضِّمٰانَ مَثلاً فی البيع، معناه انّ الثَّمَن، مضمونٌ بالمُثمَنِ وانَّهُ خَرَجَ المالُ من كيسه وامّا فيمٰا نحن فيه، فالفرضُ انّ المُشْتَرِی يَعْلَمُ انّ البايع، كان غاصِباً واذا اخذنا المالَ منه اخذنا مالَ الغيرِ ولم يكن كيسُ الغاصب خالياً ولم تتحمّل الخسارةُ ولو كانت الصّورةُ، صورة الضِّمٰان وكان هذا بهذا ولكن لم يضمن الطّرفُ ولو كان عقدُه، عقدَ ضمانٍ.

ولذا قال الشَّيْخ﵀: انّ قاعدة الاِقدام، كانت من اَدِلَّةِ الضِّمٰان وجوداً وعَدَماً ونفياً

واِثباتاً وكانت مبنىٰ قاعده: «**ما لايضمنُ بصحيحه، لايضمنُ بفاسدهِ**» و «**ما يـضمنُ بصحيحه... الخ**» لانّ فيما يضمنُ بصحيحه، كان اِقدامٌ عـلى الضِّـمان و فـى «**مـا لايضمن... الخ**» كان اقدامٌ علىٰ لاضمان **وما نحن فيه** من الموارد الَّتِى لم يكن اقدامٌ علىٰ الضِّمان بل اقدامٌ علىٰ لا ضمان **ثُمَّ قالَ الشَّيخ**ﷺ: هذا بخلاف العقود الفاسدة: **ما يضمن بصحيحهِ، يُضمَنُ بفاسدِهِ**، الّذى كانَ هنا نقصُ التّعليل ولازمه، عدم الضِّمان هنا ايضاً بأنَّ هذا، لا يصّح حَتّىٰ لا يصّحُ فى مورد العلم بـالفساد **لانّ** هـنا، أُريـدَ اِحداثُ الخَسارةِ علىٰ الطّرف فى مقابل الثَّمَنِ او المُثْمَنِ ولكن الشّـارِعُ، لم يَـجُزْهُ هناك كانت صورة العقد، نقصانَ مالٍ من ماله فى مقابل نقصانِ مالٍ من مالِ الطّرف وَاِيجادِ الخَسارةِ. وامّا فى هنا اى فيما نحن فيه، فلَيْسَ هذا.

فالاقدامُ علىٰ الضِّمان فى باب: «ما يُضْمَنُ بصحيحهِ...» ولو كان عالماً بالفساد، كانَ حاصلاً ولكن لَيْسَ هنا اقدامٌ على الضِّمان حَتّىٰ لو اِشتبَهَ وتَخَيّلَ انّ المال، مالُ البايع والبايعُ اَيضاً تَخَيّلَ انَّهُ مالُه و وقعت المعاملَةُ ثمّ بانَ انَّهُ كان مستحقّاً للـغير فلَيْسَ العقدُ، الاِقدامَ علىٰ لا ضمان بل اَقْدَمَ علىٰ زعمِهِ عَلىٰ الضِّمانِ.

والعمدةُ هنا، هذا المطلب الّذى فيه غموضٌ و هُوَ انّ الشَّيْخﷺ توَجَّهَ علىٰ هذا المطلب كما انَّهُ موجودٌ فى كلام صاحب الجواهر وهُوَ انّ صاحب الجواهرﷺ قال: انَّهُ قال بعضٌ: انّ مسألة بيع الغاصب، لم تكن مربوطةً ببيع الفضوليِّ وحَتّىٰ هنا قالُوا: لو اَجاز المالِكُ ايضاً، لايَصِّحُ **والاشكال الّـذى اورده عـليه** بـانَّهُ مـربوطٌ بـقصد المعاوضة بانّ هذا سرقةٌ واستنقاذٌ وصورةُ المعاملةِ حَيْثُ انَّهُ لايَجُوزُ بيعُ الغاصب مَعَ العلمِ بالغصب بنَفْسِهِ **ولذا يلزم** انحصارُ بيع الفضوليّ علىٰ البيع عن المـالك رجـاءً لِاجازَةِ المالك وامّا فى مورد بَاعَ مالَ الغير لنَفْسِهِ فيعلم انَّهُ لايَصِّحُ ولايتمشّىٰ منه قصدُ المعاملة ولا يدخل فى بابِ البيع ولا يصّحُ ولو اَجازَهُ المالكُ.

قال صاحب الجواهرﷺ: انّ هذا لايصّح وبيعُ الغاصب لنَفْسِهِ يدخلُ فـى بـاب الفضوليِّ.

والشَّيخﷺ: **ذكر هذا الكلام** من غير تعرّضٍ لاسمِ صاحب الجواهر **بعنوان: «اِنْ**

قُلْت» و حاصله: انّا فيما اذا توجّهنا اِلیٰ الاشكال قلنا انّ الطّرفين، ادّعياً المالكيّة ولو كان عالِماً عَلیٰ انَّهُ مالُ الغير فكانت حقيقته البيعَ، بَيعاً عن المالِكِ واَنا المالِكُ ولو كان ادّعاءً فی عالم التّجاوز والتّعدی وفی دائرة التّعدی واذا كان الامرُ كـذٰلِك ای ادّعاءُ المالكيّةِ، وبذٰلِك صحّحنا القصد وادخلنا بيعَ الغاصبِ لنَفْسِهِ فی الفضولیِّ وقلنا بصحّته بالاِجازَةِ فكان هنا ضِمانٌ بالاِقدامِ قال الشّيْخُ﵀ فی جوابِهِ انَّهُ فرقٌ بين هذا وَذاكَ و ما قلناه سابقاً لِتصحيح تَمَشیِّ القصد وانَّهُ يَتمشّیٰ منه قصدُ المعاوِضَةِ.

واَمّا لاَجل مسألة تَضمينِ الطّرف، فهذا لا يَكفِی **لانّه** لَيْسَ هنا ضِمانانِ: ضمانُ المالِكِ وضِمانُ الغاصِبِ وقلنا فی ادّعاء المالك انّ البيع وَقَعَ واقِعاً عن المالك الّذی هُوَ مالكٌ لُبیٌّ واقِعِیٌّ ومعنیٰ «**بِعْتُ عن المالِكِ**» يَعْنِی ضَمِنْتُ المالِكَ الواقِعِیَّ وغايةُ الامر، اَضاف من بعدُ: «اَنا الْمالِكُ» ولذا يصّح بالاِجازَةِ ولَيْسَ تضميناً للبايع مَعَ انّ العلم بانَّهُ لَيْسَ بمالكٍ.

لايخفی انّ جواب الشّيْخ﵀ لايَخلُو عَن اِبهامٍ وغُموضٍ.

خلاصةُ الكلام: انّ نَظرَ العلّامةِ والعلماء السّابقِينَ وَنَظَرَ الشّيْخِ﵀: انّ الاِجـماع، تَحقَّقَ فی مَوردِ تَلفِ العين وكان هذا عَلیٰ القاعدةِ وايضاً نَظرُ صاحبِ الجَواهر ومَن حَذٰا حَذوَهُ **ولكن** الحكمُ عَلیٰ خِلافِ القاعدةِ والمرادُ من القاعِدَةِ، قاعدةُ التَّسْـليط المجّانِي وهی المناطُ وَالمدارُ و هنا نَظَرٌ ثالثٌ يأتّی فی المباحثِ اللآتية اِنشا...

الكلامُ فى حكم مسألةِ ما اذا لم يُجزِ المالكُ سواءٌ كان المُشْتَرِى عالماً بالغصبِ او جاهلاً به.

قال الشّيْخﷺ: لو لم يُجزِ المالكُ فان كان المبيعُ فى يده فهُوَ وان لم يكن المبيعُ فى المالك بل فى يد المشترى، او فى يد اَىِّ شخصٌ كان فله انتزاعه ممّن وجده فى يَدِهِ مَعَ بقائه، ويرجع بمنافعهِ المستوفاة وغيرها.

ومَعَ التّلَف، يرجعُ اِلىٰ من تلَفَ عنده بقمته يوم التّلَف او باعلىٰ القِيَمِ من زمان وَقَعَ فى يده اى من زَمَنِ الغصب اِلىٰ زَمنِ وُقوع المال فى يد المالك فان كانت قيمته يوم الغصب اَعْلىٰ من قيمته يوم التّلَف فهى مشغولةٌ من يوم الغصب فهى مشغولةٌ بذمّته.

ولو كانَ المبيعُ قبلَ الاِجازَةِ فى يد شخصٍ آخر غير المُشْتَرِى العالم بالغصب فزادت القيمةُ السّوقيةُ عنده ثُمَّ صار المبيعُ عند آخر فنقصت القيمة السّوقيةُ عند هذا الاخير فالمالك يرجع هنا بزيادةِ القيمة السّوقيّة الّتِى نقصت عند الاخير علىٰ الّذى كان المبيعُ عندهُ وزادت القيمة السّوقية عنده.

كما صَرَّحَ برجوعِ المالك بزيادة القيمة السّوقيّة عَلىٰ السّابق الّذى زادت القيمةُ عندهُ جماعةٌ من الفقهاءﷺ.

هذا كلّه فى مسألة الردّ فى صورة وقوع التّصرُف من قِبَلِ المالك عَلىٰ ماله سواءٌ أكان التّصرُف مخرجاً للملك علىٰ ملكية المُشْتَرِى ام لا؟

وكذا التّصرفات غير المنافية لملك المُشْتَرِى بقسِمَيْهِ:

هما: علم المالك بوقوع عقد عَلىٰ ماله وعدم علمه بذلِك.

واَمّا الجاهلُ بالغصب فقد تقدّم حكمه سابقاً فى مسألة الاِقرار المبنىّ علىٰ اليد والبيّنة وغيرهما من المطالبِ فراجع.

واَمّا العالم بالغصب فاِمّا ان تكون العين باقيةً ام تكون تالِفةً.

قلنا سابقاً: من نقل فتوىٰ الفقهاء واِجماعهم عَلىٰ عدم رجوع المُشْتَرِى اِلىٰ الثَّمَن للبايع.

توجيه هذه الفتوىٰ بحيثُ توافقُ مَعَ القواعد، لايخلو عن اِشكالٍ وشُبهةٍ.

قلنا سابقاً: انّ المستفادَ من ظاهر كلمات العلماء السّابقين والمُـجمِعينَ: انّ هـذا الحكم موافقٌ للقاعدة وانَّهُ مبنىّ عَلىٰ قاعدة الاِباحَة والتَّسْليط المجّانى.

وامّا صاحب الجواهرﷺ فعقيدته انَّهُ لم تكن موافقةً للقاعدة **لانّه** ان كـان هـذا الحكم مبنيّاً علىٰ الاِباحَةِ فالاباحةُ تَحصُلُ فى جميعِ مواردِ العـلم بـالفسادِ وفـى العقود الفاسدة المعلومة فسادُها مَعَ انّ المُجمِعينَ اَفْتَوا فى الاِباحات علىٰ خـلاف ذٰلِك.

ويعلم منه انّ الباب، لَيْسَ بابُ الاباحات والتَّسْليط المجانىّ وكان الحكم فـيمٰا نحن فيه، عَلىٰ خلاف القاعدة، انّما هُوَ ثَبَت بالاِجماع وامّا الشَّيْخُﷺ فقد سَعىٰ اَنْ يَجعلَ هذا الحكم موافِقاً للقاعدة كما يستفادُ من كلام العلّامة وابن ادريسﷺ اَيْضاً.

فالشَّيْخُﷺ اراد ان يقبل الفتوىٰ وتوجيهَ الحكم المذكور بحيث ان يكونَ موافِقاً للقاعدةِ.

وامّا اجمال جواب الشَّيْخﷺ عن ايراد صاحب الجواهر ونقضه انّ باب الغصب غيرُ باب العلمِ بالفَساد حَيْثُ انّ فى باب الغصب، لم يضمن المُشْتَرِى الغاصبُ يَعْنِى المُشْتَرِى الّذى سلّم الثَّمَن اِلىٰ البايع، اَخَذَ فى مقابل هذا الثَّمَن مالاً لَيْسَ هُوَ مالُ البايع بل مالُ الغير وهُوَ المالك الاولىّ واعطىٰ المُشْتَرِى الثَّمَن اِلىٰ البايع من دون ان يخرج شىءٌ من كيسِ البايع الغاصب بل يخرج من كيسِ المالك فَحينئذٍ لَيْسَ هنا تضمينٌ، وامّا فى مسألة العقود الفاسدة ولو كانت معلومةَ الفساد فكان هنا تضمينٌ يَعْنِى اَعطىٰ المُشْتَرِى ثَمَناً فى مقابلِ المال الّذِى اَخذَهُ من البايع بخلاف باب الغصب اذا كان عالِماً بالغَصبِ.

علىٰ هذا كان فيمٰا نحن فيه تسليطٌ مجانىٌّ من دون تَضمينٍ **ولكن** فى المعاملات الفاسدة ولو كانت مَعلومةَ الفسادِ الَّتِى كان فسادُها من غيرِ جهةِ الغصب، يـحصُلُ التّضمينُ ولم يكن تسليطاً مجّانياً.

ففرقٌ بين الغصب وساير موارد العقود الفاسدة، فى انَّهُ لَيْسَ فى الغصب، تضمينٌ

واَمّا فى العُقودِ الفاسدةِ ولو كانت معلومةَ الفساد فقد يحصل التّضمينُ فلَيْسَ نقضُ صاحب الجواهر، وارداً وكان الحكمُ موافقاً لِقاعِدةِ الاِباحاتِ.

ثُمَّ رَدَّدَ الشَّيْخُ فى آخر كلامه﵀ وقال ما حاصله: انّا ولو صحّحنا الحكمَ و قلنا بكونه موافقاً لِلقاعدَةِ **ولكن** هذا الحكم يُخالفُ مَعَ القاعدة الأُخرىٰ الَّتِى اَرسَلها الاصحابُ ارسالاً مُسلَّماً وهى قاعدة: «**كلّ ما يُضْمنُ بِصَحيحِهِ، يُضمَنُ بفاسِدِهِ**» و «**ما لا يُضمنُ بِصَحيحهِ لا يُضْمَنُ بِفاسدهِ**» **لانّه** معلومٌ انّ البيع اَيضاً موجبٌ للضّمان سواءٌ كان فاسداً او صحيحاً وكان البيع فيمٰا نحن فيه حينئذٍ، بيعاً فاسداً وفى البيع الفاسد كان البايع ضامناً فكُلِّ عقدٍ يُضمنُ بصَحيحِهِ، يُضمنُ بفاسدة، بحثنا عن هذه القاعدة فى باب شرائط المتعاقدين وقد بحث الشَّيْخ﵀ عنها وعن الفاظها وجزئيّاتها وموارد النّقض وترميمها فَراجِعْ.

الشَّيْخ﵀ اِحتمل فى معنىٰ القاعدة، اِحتمالَيْنِ وبهذينِ الاِحتمالَيْنِ فيها، لا يَرِدُ نقضُ صاحب الجواهر﵀ ولا يكونُ هذا الحكمُ مخالِفاً لقاعدة: «ما يُضْمَنُ...».

احدهما: انّ المقصودَ من «كلُّ عقدٍ»، لَيْسَ كُلَّ نوعٍ من العقد ولَيْسَ كُلِّ ضعفٍ من العقد بل المرادُ منه كُلُّ شخصٍ من العقد يَعْنِى كلّ فردٍ من افراد العقد. ان كان صحيحةً موجبةً للضمان، كانت فاسدة اَيْضاً.

ومعلومٌ انّ الفرد والجزئىَّ، لَيْسَ له فاسداً وصحيحاً فِعلِيّاً بل يجب تقديرُهُ والقول بانّ كلّ فردٍ من العقد لو كان صحيحاً، كان له ضمانٌ فكان لفاسِدهُ اَيْضاً ضمانٌ يَعْنِى كُلُّ فردٍ من العقد لو فُرِضُ كونه صحيحاً ان اوجبَ الضِّمٰانَ فاسِدهُ اَيْضاً يُوجِبُ الضِّمٰانَ.

بناءً على هذا الاحتمال، يكون الحكم موافقاً للقاعدة **وذٰلِك لانّ** المُشْتَرِى من الغاصب ان كان عالِماً بالغصب فقد قلنا انّ تسليمه الثَّمنَ، كان تسليطاً مجّانياً وان كان هذا صَحِيحاً فهُوَ لا يُوجِبُ ضِمانَ البايع ففاسِدهُ ايضاً كذٰلِك.

فَعلىٰ هذا الاحتمال، لَيْسَ هذا نقضاً للقاعدةِ بل يوافِقُ مَعَ قاعدة: مٰا يُضْمَنُ... **ولكنّ الشَّيْخ اجاب** عن هذه الاحتمال هناك بانّ ظاهر القضيّة، انَّهُ فى البين عقدٌ وله

فردٌ فِعلیٌّ صَحیحٌ وله فردٌ فِعْلِیٌّ فاسِدٌ.

وامّا المعنیٰ الّذی یذکر فی معنی القاعِدةِ، فهُوَ انَّهُ یکون صحیحهُ وفاسدةُ، فَرْضِیّاً لافِعلِیّاً وَالالفاظُ، ظاهرةٌ فی الافرادِ الفِعلِیّةِ والمصادیقِ الفعلیّة لا فی المَصادیقِ التّقدیریّةِ الفَرضِیَّةِ. **وهذا عجیبٌ منه**ﷺ.

بالجملة؛ رَدَّ الشّیْخُ هذا الاحتمالَ هناك **لانّه** خلافُ الظاهر لانّ ظاهر: «**کُلِّ عقدٍ یُضْمَنُ بصحیحه ویضمن بفاسده**»، فردان فِعلیّانِ لا فرضیانِ لانّ الفردین الفرضّیْنِ، معناه انّهما لم یکن فرداً وهُوَ خلافُ الظّاهر.

وامّا الاحتمالُ الآخر الّذی اضاف الشّیْخُﷺ فی معنیٰ قاعدة: «**ما یضمنُ...**» ولم یذکرهﷺ فی بابِ شرائط المتعاقدین واذا قلنا بهذا الاحتمال یکونُ حکمُ المواردِ موافقاً للقاعدة.

فهُوَ انّ المراد من کلّ عقدٍ، کُلُّ نوعٍ او صِنفٍ من العقد والمقصودُ منه صِنفٌ، کان له فردان.

هل یکونُ المراد من النّوعِ والصِّنفِ، النّوعُ والصّنفُ الّذی عیّنَه الفقهاء وقالوا: بانّ البیع نوعٌ والاِجارَةَ نوعٌ والمساقات نوعٌ والمزارعة نوعٌ والمعانی السّابقةُ، مبنیّةٌ عَلیٰ کون النّوعِ والصّنفِ، المعنیٰ الّذی ذُکر فی کتب الفِقهِ للاجارةِ والبیع والمزارعةِ ام لا؟ بل لایحتاج اِلیٰ تعیین الصّنفِ والنّوعِ من کتب الفقهِ.

بل تعیینها باعتبار حاصل العقدِ یَعْنِی کانت عقودٌ لَیْسَ حاصلُها، التّضمینَ، وکانت عقودٌ حاصلُها ومضمونُها، تَضمیناً مثلاً کانت عقودٌ سواءٌ سمیّناها هِبَةً او اِباحةً، مِمّا یُعدُّ بیعاً بلا ثَمَنٍ او اِجارَةٍ بلا اُجرةٍ ممّا بعدُ.

ویمکنُ ان تکون تحت الانواع المتعدّدة **ولکن** باعتبار الغرض والنّتیجةِ، **ویمکن اَنَّ** تقسم العقود بهذا الاعتبار والقول بانّ بعض العقود کانت مبناها عَلیٰ العفو والجود والمروّةِ وبعضٌ آخر مبنیٌّ عَلیٰ المداقّةِ والاِحتسابِ وعدم العفوِ.

ومن جملةُ العقود الّتی کانت مبناه عَلیٰ العفوِ، الهبةُ غیرُ المعوّضةِ والاِباحةُ المجّانیةُ والبیعُ بلاثَمنٍ والبیعُ بلا اُجرةٍ ومن جملتها، بیعُ الغاصب مَعَ علم المُشْتَرِی

بالغصبِ وكلّ ذٰلِك باعتبار النّتيجة الَّتِى كانت حاصلةً فيها، لم تَكُنْ موجِبَةً لِلتَضّمينِ وكان لها صحيحٌ و فاسِدٌ.

وبهذا الاحتمال، يُرَتَفَعُ اِشكالُ انّ اللفظ، ظاهرٌ فى الفعليّةِ لا الفرض لِاَنّا التزمنا هنا بانَّهُما فردانِ فِعليّانِ، **غايةُ الامر**، ليْسَ المرادُ من كلّ نوعٍ وصنفٍ، ما عيّنهما الفقهاءُ لِلعُقودِ بل المرادُ منه نوعٌ وصنفٌ عَيَنَّهمٰا حاصِلُ العقد فحاصلُ بعض العقودِ، الاِلزامُ وهُوَ نوعٌ وبعضُها لم يكن فيه التزامٌ، كان مبناه، عَلىٰ الجودِ والعَطاء والعَفوِ الَّتِى فيها الزامٌ وكانت اباحةً وتسليطاً مجانيّاً كان نَوعَيْنِ فَمِنهُما صَحِيحٌ ومنهما فاسِدٌ ومن جملة الصَّحيح، الهبةُ غَيرُ المعوّضَةِ و من الفاسدِ، البيع بلا اُجرَةٍ وبيع الغاصب مَعَ علم المُشْتَرِى بالغصبِ وعليه تنطبقُ مَعَ القاعدةِ.

ثُمَّ انّ الشَّيْخ﵀ ردّ هذا الاحتمال بانَّهُ بعيدٌ جدّاً **لانّ** الانواعَ والاَصناف الَّتِى كانت فى نظر الفقهاء هى بعينها هى الَّتِى فى العُرف والفقهاء تَلَقَّوا هٰذِه الاقسامَ من العُرفِ والاخبار حَيْثُ كانت للاجارة، اسمٌ وللبيعِ، اِسمٌ وهكذا... ثمّ جُعِلَ نوعٌ من مجموع العقود، جامعاً و يُسمُّون نوعاً وايجادُ فردٍ فاسدٍ وصحيحٍ له خلاف المتبادر سيّما اِنّ هذه القاعِدةَ (ما يُضْمَنُ...) راجعةٌ اِلىٰ الفقهاء والفقهاءُ يُحاوِرُون علىٰ اصطلاحهم ولَيْسَ هذا خبرٌ حَتّىٰ يحتمل فيه احتمالاتٌ فالفقيهُ اذا قال: كُلُّ عقدٍ فمراده انّ كُلَّ عقدٍ عيّناه وكتبنا وحرّرناه فهذا الاحتمالُ بعيدٌ من كلماتِ الفقهاء.

هذا تمامُ الكلام فى توجيه هٰذِه الفتوىٰ والسّعى فى كونها موافِقةً للقاعِدَة والتّرديد فى كونها موافقةً للقاعدةِ.

نَحن نَقُولُ:

البحثُ كان فی كلمات الشّيخ، انّ كلّ ما قال بِهِ الشّيْخ﵀، لايخلو عن تَأمُّلٍ بل مَنعٍ:

منها: ما قال الشّيْخُ﵀ فی حولِ اصل المطلب اخيراً وهُوَ مخالفة الفتوىٰ بالنِّسْبَةِ اِلىٰ قاعدة «ما يُضْمَنُ...» يَرِدُ عليه اِشكالانِ:

الاوَّلُ: ما قال بِهِ السَّيِّدُ﵀ وهُوَ حقٌّ **وحاصله** انّ الشّيْخ﵀ بَحَثَ عن قاعدة «**مٰا يُضْمَنُ**» ازيدَ ممّا يليق بها حَيْثُ جَعَلَ﵀ هذه القاعدةَ فی عِدادِ ادلّـةِ البـاب مـثل قاعدة: «**عَلىٰ اليدِ...**» مَعَ انّ قاعدة «**مٰا يُضْمَنُ**» لم تكن دليلاً بل كانت مُستَنبطَةً من القواعد و اينما كانت موافِقةً للقاعدة تُعمَلُ بها وكلّ ما كان مُخالِفاً للقاعدة، لايُعْمَلُ بها ولا قيمة لها حَتّىٰ قلنا بالاحتمالاتِ والقول بانَّهُ تارةً يُـفْرضُ الفـردُ واُخـرى يُحتملُ النّوعُ و الجنس و غيرِها والبحث فی الفاظها فی مثل البٰاء وساير المطالب الَّتِی ذُكِرَتْ فی هذه القاعدة.

منها: انّ الحكم المذكور فی الباب، لم يكن مخالِفاً لهذه القاعدة (مٰا يُـضْمَنُ...» وكانت هنا نكتةٌ يَجِبُ التَّوجُهُ لها وهی انّ المطلب الّذی قال الشّيْخُ﵀ بِهِ هنا مُناقِضٌ للمطلب الّذی قال بِهِ الشّيْخُ سابقاً وهذا دليلٌ عَلىٰ صحَّةِ ما قلناه **لانّه**﵀ فی وَجهِ مُنافاةِ هذا الحكم مَعَ هذه القاعدة قال: «**انّ البايع، لايضمن الثَّمن**» والقاعدةُ، تَقتضِی ضِمانَ البايع الثَّمَن مَعَ انَّهُ﵀ قال سابقاً: انّ البايع لم يكن ضامناً **لانّ** البيعَ، يَقَعُ واقعاً بين المالك الاَصليّ والمُشْتَرِی والفضوليِّ الوكيل والوليّ، وكُلُّ عقدٍ يُضْمنُ بِصَحيحِهِ، لايدلّ علىٰ انّ الوليّ والوكيل، ضامنٌ بل المالك ضامنٌ بشرط القبض.

فالفضوليُّ الّذی كان خارجاً عن ماهيّة المالك ولو اَجـرىٰ العـقد وتَـصدّىٰ له، لايكون مخالفاً لقاعدة «**ما يُضْمَنُ**» **لانّ** مورد قاعدة «ما يُضْمَنُ...»، مـن له البـيع والعقد ومن له البيعُ والعقدُ، هُوَ المالكانِ وامّا الفضوليُّ الّذی اَجرىٰ العـقدَ، فـلَيْسَ بمالكٍ فلم تَشْمَلْهُ. قاعِدةُ: «**ما يُضْمَنُ**» لانّه شخصٌ خارجٌ عن مورد المـعاملة ولا يكون ضامِناً **وقول الشّيْخ**﵀ فيمٰا سَبقَ، يؤيّد ما قلناه **لانّ** الشّيْخ﵀ فی جواب من

قال: «انّكم صَحَّحْتُم بيعَ الغاصب لنَفْسِهِ بِادّعاءِ كونه مالِكاً ولذا تمشّىٰ منه قصدُ المعاوضة فالمُشْتَرِي يُضمِّنُ هذا البايع الّذى يجعل لنَفْسِهِ مالكاً بالنّظر اِلىٰ العرف لا الشّرع.

قال: انّ هذا صحيحٌ فى جواب رَدِّ عدمِ تَمشّىِ القصد من الغاصب **ولكن** هذا لَيْسَ بصحيحٍ فى تَضمِينهِ بل ضَمَّن المُشتَرِى، المالِكَ الواقعىّ، لا المالكَ الْاِدّعائِىَّ.

ونحن ايضاً حينئذٍ نسئل عن الشّيْخ﵀: فاذا فَرضتَ اَنَّ المُشْتَرِى، لم يُضمِّنَ البايع الغاصب فَلِمَ قلتم بانّ قاعدة **«ما يُضْمنُ»** يُوجِبُ ضِمانَ الغاصِبِ؟

ومن الايرادات الّتِى وردت عَلىٰ كلام الشّيْخ الّذى كان فى الحاشية لا عَلىٰ اصل مطلبِهِ﵀ هُوَ انّ الشّيْخَ قال: **اِنّ فى صُورةِ بقاءِ العينِ فى صورةِ العلم بالغَصبِ، هل يَجوزُ للبايع، التَّصرُّفُ فى العين ام لا؟**

قال الشّيْخ﵀: لايجوز له التَّصرُف **لانّه** اكلُ المال بالباطل مَعَ انَّهُ يَرِدُ علىٰ الشّيْخِ﵀ بانَّهُ مُناقِضٌ لما قال سابقاً: من انّ البايع حَيْثُ لم يَكُنْ مالِكاً فالثَّمَنُ الّذى اَعطىٰ المُشْتَرِى له واَذِنَ له فى الاِتلاف و سَلّطَهُ عليه مجّاناً، فَحوىٰ ادلّة الْاَماناتِ الَّتِى تَدُلُّ علىٰ عدم كونهِ ضامناً و جَعَلَ﵀ مبنىٰ الفحوىٰ انّ المُشْتَرِى سَلَّطَ عليه المال واَذِنَ له فى الاِتلافِ والتَّصرّفات وَالفِعلِ كيف يَشاءُ.

فحينئذ، اذا اذن المالكُ فى التَّصرُف حَتّىٰ اذا اَذِن له فى اِتلافِ ماله، لِمَ يَكونُ اَكْلاً للمالِ؟ واكلُ المال بالباطل له احتمالانِ:

الاحتمالُ الاوَّل: ان تكون **«الباء»** فى اكل المال... للمقابلَةِ.

الاحتمال الثّانِى: كونها بمعنىٰ السّببيّة فان كانت **«الباءُ»** للمقابلة يَعْنِى فى مقابل البَاطلِ، فانتم فرضتم انَّهُ لم يكن لَهُ مقابلٌ و تَضمِينٌ و كان تسليطاً مجّاناً من دونِ مُقابلٍ وَ اِن كان كُلُّ سببٍ باطلٍ و علّةٍ باطِلةٍ فهُوَ مربوطٌ بالرِّشْوَةِ وَالفرضُ انّ السّبب، تَسلِيطٌ واباحةٌ مجّاناً **فعليه** مَسألَةُ القول بانَّهُ اِن تلف، لم يكن ضامناً ولكن لايجوز له التَّصرُف، لايَخلُو عن تَناقضٍ **لانَّ** مبنىٰ عدم الضّمان، التَّسْليطُ المجّانىَّ ومبنىٰ الاكلّ بالباطل، هُوَ فى غير التَّسْليط المجّانىَّ والاِباحةِ المجّانية و هذا، بمنزلة

التّناقض بين الْحُكمَيْنِ **لانّ** التَّسْليطَ المجّانىّ، يَقتضِى جوازَ التّصرفات.

نعم: قال صاحبُ الجواهر بهذا النّحو من الكلام **ولكنّه** غَيرُ كلام الشّيْخِ﵀ **لانّ** صاحب الجواهر﵀ اِلتَزمَ انّ فى صورة بقاء العين، يجوز لنا القولُ بـانَّهُ لايـجوز التَّصرُفُ فيها **ولكن** ان تلفت، لم يَكن له ضمانٌ وهُوَ **مشكلٌ** لانّه ان كـان تسـليطاً مجّانيّاً فَكانَ كِلاهُما وان لم يكن تسليطاً مجّانيّاً، كانَ حَراماً وعدمُ الضِّمان ومَسألةِ الضِّمانِ و حرمةِ مالِ المؤمن كَحُرمةِ دَمِهِ، من آثار اِحترامِ المال والمالُ المحترمُ اِن تَلفَ، تَجِبُ الغرامةُ كما انَّهُ يجب القِصاصُ والذِّمَّةُ فِى اِراقَةِ دمِ المؤمن يَـعْنِى كـان الحكمُ التّكليفىُّ والوضعىُّ ملازمانِ غالباً وخَرجَ ما خَرَجَ فلا يجوز القـولُ بـعدم الضِّمان وحرمة التَّصَرفِ.

صاحب الجواهر اراد رفعَ الاِشكـال مـن غـير طـريقِ الشّـيْخ، قـال صـاحبُ الجواهر﵀: انّ هنا مالِكٌ و شارِعٌ والمالِكُ يُسَلّطُ المجّانِىَّ و لازمة نَفىُ الضِّمانِ وامّا الشّارِعُ حَيْثُ قال: «**ثَمَنُ الْمَنِيّةِ سُحْتٌ**» فمعناه انَّهُ لايجوز التَّصرُفُ فيهِ و صاحب الجواهر﵀ للجمعَ بين ما وَردَ من الدّليل بين التَّسْليط المَـجّانى للـمالك، اِسـتفادَ الحكم **ولكنّ** الشّيْخَ﵀ لَيْسَ نظرُهُ فى الحكمِ بهذا الّذى قال بِهِ صاحبُ الجواهر و نحن ايضاً لانقول لِصحَّةَ كلامِ صاحبِ الجواهر﵀ **ولكنّ المقصودُ** انّ كلام الشّيْخِ﵀، مثلُ المطلب واصلُه وهُوَ التَّسْليط المجّانىّ وهُوَ العِلّةُ لعدم الضِّمان وهُوَ يُنافى فرعَ المسألةِ وَالمَطلبِ و هُوَ القول بعدم جواز التَّصرُف مادام باقياً **لانّه** اكلُّ المال بالباطلِ مَعَ **انَّهُ** اِنْ كانَ تَسليطاً مَجّانِيّاً، لم يَكُنِ الاكلُّ بالباطلِ.

فعلم ممّا ذكرنا انّ المطلَّبَيْنِ اللّذَيْنِ اِدّعىٰ الشّيْخُ﵀، كلاهُما مَخدُوشٌ **اَحَدهُمَا:** مخالِفةُ فتوىٰ الاَصحابِ و حُكمُها مَعَ قاعِدَةِ «**مٰا يُضمَنُ**» لايـصّح **لانّـه** مـخدوشٌ بوجهينِ:

الاوَّل: بالّذى قال بِهِ السِّيِّدُ﵀ و غاية الامر قِبلَ السِّـيِّدُ انَّـهُ مـخالِفٌ للـقاعِدَةِ **وبالجملة،** اِشكالُ السِّيِّد﵀ كان اِشكالاً فِى الْكُبرىٰ.

الثّانى: الّذى قلنا بِهِ وهُوَ اشكالٌ فِى الصُّغرىٰ وهُوَ انّا ولو تعبّدنا بـقاعِدَةِ «**مٰا**

يُضْمَنُ...» ولكن الفتوىٰ المذكورةُ، ليست مُخالِفَةً لِقاعدةِ: «**ما يُضْمَنُ...**»

وثانيهما: مسألة عدم جواز التَّصرُف فى المأخوذ بالنِّسْبَة اِلىٰ البايع **لانّه** اكلُ المال بالباطلِ، **فقلنا فيه** انَّهُ مُناقِضٌ مَعَ مَتن الْمَطلب وهُوَ انَّهُ تَسلِيطٌ مجّانىٌّ فلو كان تسليطاً مجّانيّاً فلَيْسَ له مقابلٌ حَتّىٰ يكونَ اَكْلاً بالبٰاطِلِ ولَيْسَ شَبيهُ باطِلٍ حَتّىٰ يكون اَكْلاً بسبب باطِلٍ وانّما هُوَ تسليطُ مجانٍّ واِباحَةٍ.

الكلامُ فی الاِشكال فی كلامِ الشّيخ ﷺ فی مسألة: عَدمِ ضِمانِ البايع بالثَّمن فيما اذا عَلِمَ المُشْتَرِی بالغصب ولو اَخذَه واَتلفَهُ او تَلفَ عِندَهُ

فحوىٰ ادلّةِ الامانات الّتِی ذكرها الشّيْخُ فيرد عليها اِشكالانِ:

الاِشكالُ الاوّلُ انّ الدّليل، لايفی بالمُدَّعیٰ لانّ المُدَّعیٰ انّ التّـلَف التّـفريطیِّ او غيرَ التّفريطیِّ والاِتلاف فی جميع هذهِ الصّور، لَيْسَ فيه ضِمانٌ.

وامّا الدّليل الّذی اُقِيمَ عليه، لو تَمَّ اِنّما يَفِی لعدم الضِّمان فـی صـورة التّـفريط والتّعدی ولا يُثْبتُ صورةَ عَدمِ التّعدی و عَدمِ التَّفريطِ.

الاشكال الثّانی: انّ باب الامانات، يفرق مَعَ باب مـا نـحن فـيه ومـناطُ بـاب الامانات غيرُ مَناطِ ما نحن فيه **فلذا** لايجوز اِجراءُ الفحوىٰ فی باب الاَماناتِ فيما نحن فيه.

توضيح ذٰلِك انَّهُ اِنْ وقع عقدٌ بين المُشْتَرِی والغاصب فی مال الغـير ثـمّ سَـلّمَ المُشْتَرِی الثَّمَن اِلیٰ البايع فيقع البحثُ فی كون هذا، تسليطاً مَجّاناً والفرض انَّهُ لَيْسَ هنا شیءٌ غَيرُ العقدِ و تَسليمِ الثَّمَنِ وامّا فی العقد فلَيْسَ تَسليطٌ مجانٍّ **لانّ** الفرض انَّهُ «بِعْتُ» و «قَبِلْتُ» وفی **«بعتُ هذا بهذا»** لم يُنْشَأْ، اِنشاءَ التَّسْليط المَجانیّ وامّا العَملُ الخارجیُّ فهُوَ اَيضاً عَملٌ بهذا الانشاء وايجادُ صُورَةِ الاِنشاءِ و وفاءٌ بِهِ فَمِن اَيْنَ جاءَ التَّسْلِيطُ المَجانیُّ؟ **وامّا ما يتوهّم من انّ** المُشْتَرِی حَيْثُ عَـلِمَ انّ المـبيع، لَيْسَ مالَ البايع الغاصب ومَعَ العلم بكونه مالَ الغيرِ، سَلّمَ الثَّمَنَ اِلیٰ البايع وهذا معنیٰ تسليطٍ مجّانٍ.

مدفوعٌ بانّ المُشْتَرِی مَعَ كونه عالماً بالغصب، لم يُسلّمِ الثَّمَن اِلیٰ البايع فيما اذا لم يردّ البايع اِلیٰ المُشْتَرِی حَتّیٰ هذا الاذْنِ الصّوریُّ فی التَّصَرف، مُقَيَّدٌ علیٰ دفـع البايع مالَ الغير اِلیٰ المُشْتَرِی وقال المشترى: **«اُعطيك هٰذا بازاءِ اعطائك مالَ الغيرِ ايّایَ»**

ولَيْسَ فرقٌ بينه وبين ما اذا قال: اُعطِيكَ هذا بازاء زناك او تغنّيك ففرقٌ بينَ ما نحن فيه وبابِ الاَمانات فلَيْسَ فيما نحن فيه تسليطٌ مجانٍّ **لانّ** اعطاء المُشْـتَرِی،

الثَّمَن اِلىٰ البايع، كان مُقيَّداً بِاِعطاءِ البايع، مال المَغضوبِ وَ رضاهُ فى التَّصَرف، مُقَيَّدٌ بهذا الاِعْطاءِ ولَيْسَ رِضىً مطلقاً **فحَيْثُ** كانَ الاعطاءُ باطِلاً كان الرِّضىٰ اَيْضاً باطِلاً مِثلِ سايرِ الموارِدِ.

فهنا كانا مرحلتين: مَرحلةُ الاِنشاءِ وَمرحلةُ الوَفاء، مَرحلةُ الانشاء هُوَ كون هذا بهذا كان بيعاً لاتسليطاً مجّاناً **ولذا لو** اَجازَ، يصِّحُ وامّا مَرحلةُ الوفاء اَيْضاً فهُوَ مَرحَلةُ العملِ بالعقدِ.

فعلم من هذا، انَّهُ ليْسَ اِقدامٌ مَجّاناً **لانّ** هذا البيع، لايَخلُو عن ان يكون اِنشاءً وَعَملاً وَالاِنشاءُ معاوِضةٌ ثُمّ العملُ، بِتلكَ المُعاوِضَةِ.

فلم يُقدِمْ احدٌ مِنهُما عَلىٰ تَصرُّفِ ماله مَجّاناً.

وامّا قول الشّيخﷺ فى جواب **اِن قُلْتَ:** بانّ ما قلناه من المالك، يدّعِى المالكيّة فهُوَ جيّدٌ لِتَصحيحِ بَيعِهِ ولتَصحيحِ اِنشائِه وامّا مسألة الدّفع مَعَ العلم بانَّهُ لَيْسَ بمالكٍ فهُوَ لايَكفِى فيه وهذا يُحْسبُ تسليطاً مجّاناً **فمدفوعٌ** كما قلناه من انّ الغاصِبَ، حيث اِدّعىٰ المالِكيّةَ، ليس المرادُ من الاِدّعاءِ، ما اذا عَلِمَ المُدَّعِى اَيْضاً بكذبِهِ و اِلّا اِن كان المرادُ من الادّعاء، هذا الاِدّعاءَ، كيف يَقْدرُ ويَتَمَشّىٰ القصدُ مَعَ الكذب، القصدُ الّذى لولا هذا الكذب، لا يتَمَشّىٰ منه؟

مثلاً اذا فرضنا انّ هذا الغاصب اذا لم يدّع المالكيةَ، فهُوَ لايتمكّن من قَصدِ المُعاوِضَةِ ولا يتمشّىٰ منه القصدُ وَاَمّا اذا قال كذباً: اَنا المالكُ فَكيفَ يَتَمَشّىٰ منه القصدُ؟ وكيف يجوز القولُ بهذا؟ بل المقصودُ من ادّعاه المالكية، انَّهُ يَعتبرُ نَفْسَهُ مالِكاً **لانّ** باب المِلْكِيّةِ، بابٌ اِعتبارِىٌّ وَلِلشّارِعِ اعتبارٌ ولِلْعُرفِ اَيْضاً اِعتِبارٌ وَللمُنشئِىُ اَيْضاً اِعتُبارٌ، وَاِن كان هٰذا الاعتبارُ غَلَطاً **ولكن** يُعتَبرُه المُنشِئُ يَعْنِى يرى نَفْسَه مالكاً لما قلناه سابقاً: من انّ مسألة المالِكيّةِ، ليست مِن الْاُمورِ التّكوينيّةِ بل اَمْرٌ اِعتِبارىٌ كالفِعلِ كما نقلناه عن السّيِّدِ وَغيرِه.

وبعبارةٍ اُخرىٰ، هذا الادّعاءُ، اِنشاءٌ لا اِخبارٌ يَعْنِى انَّهُ يَرىٰ نَفْسَه مالكاً، لَيْسَ هذا تصوُّر المالِكيّةِ كِذباً فاذا كان اِنشائُه بِادّعاءِ المالِكيّةِ، دفعةً اَيْضاً، بهذا الاعتبار ويَدْفعُ

الثَّمَنَ بِاعتبار انَّهُ من لوازم البيعِ ومصداقِهِ.

ولذا كان: «ان قلت» الّذی يُحكیٰ عن الاشكال كما قلناه سابقاً عن الشّيْخ، **فی غاية المتانة ولكن جوابُ الشّيْخ** لايَتوَجَّهُ عَليهِ.

واما القول بانّ العقود الفاسدة فهی ليست من هذا القبيل فهُوَ اَيْضاً **مدفوعٌ لانّ** مَناطَ المَسألةِ، لَيْسَ مجرّدَ التّضمينِ وعَدمِ التّضمينِ بل مناطُها انّ المُشْتَرِی علم انّ الطّرفَ وهُوَ البايع، لايَستَحقُّ اَخذَهُ **لانّ** البيع، ما وقع صحيحاً وانا لا اَملْكُ المثمن وعَلمَ انّ البايع، لَيْسَ مالكاً للثّمن ومَعَ ذٰلِك اَعطیٰ المُشْتَرِی الثَّمَن اِلیٰ البايع واَذِنَه فی جميع التّصرفات فلَيْسَ فرقٌ بين بابِ العقود الفاسدة وما نحن فيه **ولذا** اَجْریٰ بعض، هذه الفتویٰ فی العقود الفاسدة اَيضاً.

واما مسألة الخمر والخنزير فهی ايضاً من ذٰلِك الباب يَعْنِی من قبيلِ خَلطِ الْشَّرعِ مَعَ العرفِ **لانّ** الخمر والخنزير، ليسا قابِلَيْنِ للمِلكِ شرعاً لاعُرْفاً بل فی العرف مِن اَعلیٰ الاملاكِ عند من تَستحِلُّهُ فَعدمُ كونهما قابلاً للملكيّةِ شرعاً فلَيْسَ هُوَ دليلاً علیٰ انّ اِعطاءَ الثَّمَن فی مقابل الخمر والخنزير كانَ مَجّاناً بل يُعطيهُ بِاِعتبار اَخذِ الخمر ای المُثْمَنِ.

فی مسألة علم المُشْتَرِی بالغصب قلنا: انّ المشهور، عَلیٰ عدمِ ضِمانِ البايعِ للثّمن اذا تلفَ والشّيْخُ ﷺ وَجَّهَ هٰذِه الفتویٰ بهذا النّحو اَنّ اَدِلّةَ الضِّمانِ، لاتَجرِی فی هذا الفَرضِ **لانّه** كان الدّليلُ قاعِدَةَ **«عَلیٰ الْيَدِ»** فهُوَ كان مُخصِّصاً بِفَحویٰ اَدِلّةِ الاَماناتِ.

وان كان الدّليلُ هُوَ الْاِقدامُ، فلَيْسَ هنا اِقدامٌ الّا فی مقابل مال الغير وهُوَ اَيْضاً بمنزلة المجّان واللّاِقدامِ، **فحينئذٍ**، فی صورة التّلَف، لم يكن ضمانٌ **ولكن** قال ﷺ فی آخر البحث من اَنَّ للضِّمانِ، دليلٌ وكانت هٰذهِ الفتویٰ مُخالِفةً لهذا الدّليل **ولذا** من باب نظائرِ المسألة تمسّكاً بالدّليلِ الثّالِث **قالُوا** بالضّمان مَعَ انّ هذه الموارد اَيْضاً شبيهُ الْمُوردِ.

والدّليلُ الثّالِث او ما هُوَ بمنزلة الدّليل الثّالِث، **«ما يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ، يُضْمَنُ** بِفاسِدِهِ، و كُلُّ ما لايُضْمَنُ بصَحيحِهِ، لا يُضْمَنُ بِفاسِدِهِ.»

حَيْثُ انّ البيعَ، ممّا يُضمَنُ بصَحِيحِهِ، فكان بفاسده اَيضاً ضِمانٌ **فلازمُ هٰذِه القاعِدَةِ** اَنَّ البايعَ بالنِّسْبَةِ اِلىٰ الثَّمَنِ كان ضامِناً علىٰ القاعدة **حَيْثُ** انّ صَحيحَهُ، موجبٌ للضِّمانِ، ففاسده اَيْضاً مُوجِبٌ لِلضِّمانِ.

ثمّ قال الشَّيْخﷺ: لذا فى بعض المسائل الَّتِى كان مُشابها لما نحن فيه لِجَهَةِ جَريانِ هٰذه القاعِدَةِ قالُوا بالضِّمان او لااقلّ لم يَقُولُوا لِنَفيِ الضِّمانِ، مسألة: «**بِعْتُكَ بلا ثَمَنٍ**» و «**آجَرْتُكَ بلا اُجْرَةٍ**» ايضاً مثل ما نحن فيه كان فيه تسليطاً مجّاناً فَمَعنىٰ: «**بِعْتُكَ بلا ثَمَنٍ**»، التَّسْليطُ المجّانى او التّمليكُ الْمَجّانِىُ، وما نحن فيه اَيْضاً من هٰذا القبيلِ حَيْثُ انّ المُشْتَرِى سَلَّمَ الثَّمَنَ لِلبايعِ الغاصِبِ ولم يرد فى مُقابِلِهِ شيءٌ فكانت هى من هذه الجهة، مُشابِهاً لِمَسأَلَتِنا.

فمعنىٰ «**بِعْتُكَ بِلاثَمَنٍ**» يَعْنِى «**مَلَّكْتُكَ هٰذا المالَ ولا اُطالِبُ مِنكَ الثَّمَنَ**» وهٰذا تسليطٌ مجّانٍ مَعَ انَّهم فى تلك المسألة، لم يُصَرِّحوا بعدم الضِّمان **لانّ** البيع ممّا يُضْمَنُ بِصَحيحِهِ فَيُضمَنُ بفاسده حَيْثُ كانَ البيعُ بلا ثمنٍ، بيعاً فاسِداً وكان له ضِمانٌ مَعَ انّ التَّسْليطَ المجانىّ كانَ موجوداً فيه بنحوٍ اَوْفىٰ واَوْلىٰ **فيعلم منه** انّ مُجرّدَ تَضَمُّنِ المعاملة للتّسليط بلا عِوَضٍ، لايُوجبُ نفياً للضِّمانِ الّا لكانَ فِى الْبَيْعِ بلا ثَمَنٍ اَوْلىٰ و فى الاجارةِ بِلاٰ اُجرةٍ اَوْلىٰ.

نعم: بعضُ الفقهاء كالشّهيد صَرّحُوا فى الاجارة بلا اُجرةٍ، بعدم الضِّمان **ولكنّ** المشهورَ لم يُصرّحُوا بِهِ وامّا فى البيع بلا ثَمنٍ فلم يَفْتَ احدٌ صريحاً عَلىٰ عدم الضِّمان فعلم منه انّ الفتوىٰ بعدم الضِّمان فى مورد بيع الغاصب مَعَ علم المُشْتَرِى بالغصب، لايَخلُو عن غُموضٍ و ابهامٍ ويبقى مجالٌ للسّؤالِ وهُوَ انَّهُ لِمَ لمْ تلاحَظْ قاعدةُ «ما يُضْمَنُ...» فيما نحن فيه مَعَ انّ فى بيع بلا ثَمنٍ، عُلِّلَ الضِّمانُ فى السّابق وهنا، بهذه القاعدة وقال بالضِّمان بالنّظر اِلىٰ ظاهر قاعدة ما يُضْمَنُ...»؟

نعم: ان فرضنا كونَ قاعدة «ما يُضْمَنُ...» امراً فرضيّاً فنتيجتُها، لا ضمانٌ، فَكُلُّ عقدٍ لو فرض صحيحاً لكان موجباً لعدم الضِّمان ففاسِدُه اَيْضاً موجبٌ لِعَدمِ الضِّمان فيلزم القول علىٰ هذا المعنى فى مسألة علم المُشْتَرِى بالغصب و «**بِعْتُكَ بِلا ثَمَنٍ**»،

بِعَدمِ الضِّمان.

الحاصلُ اَنَّ الشَّیْخَﷺ: لاجل اِنقداحِ هذا السُّؤال وهُوَ انَّهُ لِمَ قالوا بعدم الضِّمان فیمٰا نحن فیه ای فی مسألة علم المُشْتَرِی بالغصب وما قالوا وما اَفتُوا بعدم الضِّمان فی مسألة: «**بِعْتُكَ بِلا ثَمَنٍ**» مَعَ انّ کلیهما من بابٍ واحدٍ وکلاهُما تَسْلِیطٌ، مـجانٌّ «حَیْثُ تجری قاعدة: «**ما یُضمن**» فی مثل «**بعتك بلاثمنٍ**» فلِمَ لم‌تَجْرِ فی ما نحن فیه...؟

قال الشَّیْخﷺ: انّ المسألة، غامضةٌ ومُبهمَةٌ وهذا نصُّ کَلامِهِﷺ: «**بالجملة فَمُستَنَدُ المشهورِ فی مسألتنا وهُوَ عدم الضِّمان فی مسألة علم المُشْتَرِی بکون البـایع غـاصباً، لایَخلُو عن غُمُوضٍ واِشکالٍ ولذا لم یُصَرِّحْ احدٌ بعدم الضِّمان فی بعتك بلا ثَمَنٍ مَعَ اِتّفاقِ الفقهاء عَلیٰ ضمان البیع بلا ثَمَنٍ اذا تَلَفَ الثَّمَن کذٰلِك الاِجٰارَةُ بلا اُجْرَةٍ، لعدم الفرق بینهما**».

ثمّ ذکرﷺ **مثالاً آخراً شبیهاً** للمورد **ولکن** صَرَّحَ بعضُ الفقهاءِ بضمانِ المرتشی مَعَ تَلَفَ الرِّشْوَةِ الَّتِی هِیَ من قبیل الثَّمَن فیمٰا نحن فیه.

وتوضیحُهُ انّ الرّشوةَ، تسلیطٌ مجانٌّ لقصدٍ باطلٍ مَعَ انّهم قالُوا بانّ آخذ الرّشوة، ضامِنٌ لِلْعَیْنِ فان کانت موجودةً فیجب ردُّه اِلیٰ صاحبه وان کانت تالِفَةً فیجب المثل او القیمة مَعَ انَّهُ ایضاً مثل ما نحن فیه وکان فیه تسلیطٌ مجانٌّ.

یمکن ان یقال: انّ تنظیر الشَّیْخﷺ کان ضعیفاً ومثال: «**بِعْتُكَ بِلاثَمَنٍ**» یُفْرَقُ مَعَ ما نحن فیه ای صورة علم المُشْتَرِی بالغصب، والفَرقُ بینهما بِالعَکسِ.

قَبلَ البحث عن هذا، ینبغی التّعرضُ لکلام السَّیِّدِﷺ فی اصل المـطلب؛ **کـلامُ السَّیِّدﷺ یترکّب من مطلبین:**

احدهما: کان صحیحاً مَتیناً جیّداً.

ولکن ثانیهما لیست فیه قوةٌ وصحّةٌ الّا ان یُؤوّلَ.

وامّا المطلبُ الّذی کان صحیحاً متیناً فهُوَ اعتراضهُ علی الشَّیْخﷺ بانّ الشَّیْخﷺ لِمَ اِهتمّ بقاعدة «**ما یُضْمَنُ...**»؟ **لانّ** الاصل فی باب الضِّمان، قاعدتانِ: قاعدةُ: «**علیٰ**

اليدِ...» وقاعدة **«الاتلافِ»**.

واما قاعدة «ما يُضْمَنُ بصحيحهِ...» فهى لم تكن من جملة الادلّة، فهى قاعدةُ استظهار الفقهاء من الادلّة وكان هُوَ مطلباً فرعيّاً وهذهِ القاعدةُ، ليست بالفاظها مجمعةً عليها معارضةَ للقاعِدتينِ السّابقتينِ **والدّقة فى معناها** وذكر الاحتمالات فيها، توجبُ غُمُوضاً فى المَسألة الَّتِى كان حكمها واضحاً ويُبعِدُّ عن سنن الاِجتهاد والاِستنباط **لانّه** يلزم منها النّظرُ اِلىٰ متن الادلّة فى باب الادلّة لا الملازماتِ والقواعدِ المُستفادةِ والالفاظِ المترادفةِ والالفاظِ المستعملةِ فى البين.

وربّما تتّفق لبعضٍ فى بعض هذه المقامات، اشتباهاتٌ **ولكن الشّيْخَ**ﷺ بَرِئٌ من مثلِ هذه الاِشتباهات ومَعَ ذٰلِك وَقَعَ سؤالٌ منهﷺ:

لِمَ جَعَلَ ما لم يكن دليلاً فى عَرضِ الادلّة؟ و اوجد بينه وبين الادلّة، تعارُضاً؟ والمسألة الَّتِى لو لا هذه القاعدة، كان حكمُها واضِحاً؟ وامّا بعدَ ملاحظة هذه القاعدة، فيظهر فيها الابهامُ والغموضُ ويصيرُ غامضاً؟.

وهذا الكلامُ للسيّدﷺ كان متيناً ولايجوز القول بانّ الشّيْخﷺ كان غافلاً عن هذا **لانّ** نظر الشّيْخ فى المسائل، نَظَرٌ بحثّىٌ كما يقولُ ابن ادريسﷺ حَيْثُ اورد فى بَعضِ مطالب الشّيْخ الطّوسىّﷺ وقال فى مقام الاعتذار: **انّما اورده شيخنا ايراداً وما اورده اعتقاداً».**

وامّا مطلبهُ الثّانى للسّيّدﷺ فهُوَﷺ ذَكَرَ مَواردَ تَحت الضّابطة الَّتِى ذكرها السّيّدُﷺ **ولكن** يرد عليه ما اورده السّيّدُ علىٰ الشّيْخﷺ وهُوَ انَّهُ ما لم يكن جزءَ الادلّة، لايَجُوزُ جعلُه جُزءَها.

وحاصل المطلب المذكور انَّهُ لم يَعْتَنِ بقاعدة «مٰا يُضْمَنُ...» وانَّهُ يلزم التّوجه اِلىٰ قاعدة **«عَلىٰ اليد...»** وقاعدة: **«مَنْ اَتْلَفَ...»** وانما وَرَدَ علىٰ هاتينِ القاعدتينِ، تخصيصٌ واحدٌ لا غير وهُوَ موردٌ يُسقِطُ المالكُ احترامَ ما له **حَيْثُ** انّ مال المسلم له حرمةٌ كحرمة دمه **الّا** اَنْ اَسقَطَ المسلمُ الحرمةَ من ماله وذَكَرَﷺ لهذه القاعدة، تعداداً من الموارد الَّتِى لَيْسَ فيها ضمانٌ ومن جملته اِعطاءُ المالِ فى يد الصّغير او المجنون

بعوضٍ او لا عوضٍ ومنها: ان قال: «**اَلْقِ مالِیْ فِی الْبَحْرِ**»، والمالكُ بهذا القولِ، اَسْقَطَ حرمةَ مالهُ ولَيْسَ فيه ضمانٌ ولم تَجرِ فى موردِ المُلقِى، **قاعدة: «من اَتْلَفَ...» لانّ** المالك، اَسْقَطَ حرمة ماله.

ومن جملتها ذَكَرَ مسألةَ: «**بعتك بلا ثمنٍ**» وصَرَّحَ﵀ انَّها كانت من جملة تلك الموارد فاسقط فيه حرمةَ مالِ نَفْسِهِ **ولذا لم** يكن هنا ضمانٌ.

نحن نقول:

فى المطلب الثّانِى منه﵀ انّ الموارد، تصحّ **ولكنّها** لم‌تدخل تحت القاعدة الَّتِى ذكرها السَّيِّدُ﵀ من قاعدةِ اسقاطِ احترام المال **لانّه** لم يدلّ دليلٌ من الآية والاَخبار عَلىٰ كونِ قاعدةِ اسقاطِ اِحترامِ المالِ، عنواناً لرفع الضِّمان.

كما انّ السَّيِّد﵀ قال: انّ المناط هُوَ الادلّة ولَيْسَ «ما يُضْمَنُ...» من جملة الادلّة وَاِن حصرتِ الادلّةُ فى: «**عَلىٰ اَلْيَدِ...**» و «**مَن اَتْلَفَ...**» واَشْكَلَ﵀ بِهِ علىٰ الشَّيْخِ﵀ وكذٰلِك يرد عَلىٰ السَّيِّد﵀ عينُ هذا الاشكال عَلىٰ متانته وصِحّته.

ونقول: اذاكان المطلبُ كذٰلِك، انَّهُ لم‌يعلم اَنّ اسقاطَ الاحترامِ، عنوانٌ لرفع الضِّمانِ ومن جملة رافعاتِ الضِّمان **لانّ** العُقلاءَ، لم‌يَسقطُوا احترامَ ماله الّا اَنْ يكونوا من السّفهاء والبلهاء ومن اَعطىٰ ماله اِلىٰ الغير، لَيْسَ هذا اِسقاطَ احترامِ المال **ولعلّ الّذى قال بِهِ السَّيِّد**﵀ نشأ من المعنىٰ فى قوله ﷺ:

«**حَرْمَةُ مالِ الْمُسْلِمِ كَحُرمَةِ دَمِهِ**»، وجعلوا الحرمة بمعنىٰ الاكرام والعزّة اللّازم منه انَّهُ لايجوز اكلُ مال المؤمن وانَّهُ اذا اكلوه، يلزم العوضُ عليه **ومن جهةٍ اُخرىٰ** رؤا انّ فى اكثر الموارد، لَيْسَ لمال المؤمن، عوضٌ وضمانٌ فيعلم منه انَّهُ لم تكن فيه عِزّةٌ واحترامٌ فحينئذٍ يكون هذا، اسقاطُ الاحترام مَعَ انّ هذا النّوع من المعنىٰ والاستنباط والمحاسبةِ، لَيْسَ بصحيحٍ **لانّ** المراد من الحرمة بمعنىٰ المنع وكون الحمّىٰ، لمالِ المؤمن و لايجوز التّعدى اِلىٰ مال المؤمن ودمهِ.

فبناءً عليه، الموارِدُ الَّتِى لَيْسَ فيها اسقاطُ الضِّمان، اِنّما هى الموارد الَّتِى لم تكن لها منافاةٌ مَعَ المنع والحمّىٰ **لانّ** المالك، يأذن فى التَّصرُف ومعنىٰ المنعِ والحمىٰ انَّهُ لايجوز التَّصرفُ بدون الاذن **فحينئذٍ** لامنافاة مَعَ مَعنىٰ الحمّىٰ والمنع وحريم الملك وانّ لكلّ ملكٍ، حمّىٰ وحمّىٰ اللهِ، حلالُه وحرامُه.

وهذا القول من السَّيِّد﵀ وهُوَ اسقاطُ الاحترام، كان مذكوراً فى كلام الآخرين اَيضاً فهُوَ اِن كان المرادُ منه، الاذنَ فى الاِتلاف من باب التّسامح والتّفنّن فى التّعبيرِ، فلا مانع منه.

وان قال احدٌ لاجل الدِقة بانَّهُ يلزم الاخذ بمتن الادلّة فَلِمَ لم يأخذ الشّيخ﵀ متن الادلّة؟ ومتن الادلّة، كان: **«عَلىٰ اليدِ ما اَخَذَتْ الخ»** و **«من اَتْلَفَ مالَ الغَيرِ الخ»** وخرجت منه مواردُ قاعدة اسقاط الاِحترام.

وحينئذٍ يرد علىٰ السّيّد﵀، السّؤالُ بانّ الاشكال الّذى اورد السّيّدُ﵀ عَلىٰ الشّيْخ يَرِدُ عَلىٰ السّيّد﵀ وهُوَ انَّهُ: انتم لِمَ جَعَلُوا العنوانَ ضابطاً لَيْسَ موجوداً فى الادلّة ولم‌يكن مذكوراً فيها؟ والّذى كان موجوداً فِى الْاَدّلةِ، انّما هُوَ الحرمةُ والحمّىٰ وهُوَ معنىً لاينافى مَعَ الاذن فليست الحرمةُ هنا بمعنىٰ الاحترام حَتّىٰ يقال بقرينة المقابلة **بانّ كلّ** موردٍ لَيْسَ فيه ضِمانٌ، لَيْسَ فيه احترامٌ **لانّ** المال، له حرمةٌ فى نظر السّيّد والعقلاء ولَيْسَ فيه اِسقاطُ الاحترام الّا عند المُبذّرينَ والمُسرفينَ.

بالجملة؛ الضّابطُ الّذى قال بِهِ السّيّدُ﵀ عَلىٰ رفع الضّمان من دون ترديدٍ وتشكيكٍ فيه، لا يصّحُ ولعلّهُ يَخطُرُ بالبال: انّ منشأ اِحتمال المعنىٰ فى كلمة: **«حُرمة مال المؤمن كحرمة دَمِهِ»** من الاِكرامِ.

وحينئذٍ، فى الموارد الّتِى لَيْسَ فيها ضمانٌ فلَيْسَ فيه اكرامٌ واحترامٌ والّذى اَذْهَبَ هذا الاِكرامَ، هُوَ نفسُ المالكِ فَاِسقاطُ الاحترام، كان من القواعِدِ.

قلنا: انّ هٰذِه المحاسبةَ، ليست صحيحةً ومبناها اَيضاً لَيْسَ بصَحيحٍ ولم يكن هذا العنوان مذكوراً فى عبارةِ الفُقهاءِ.

واَمّا البحثُ فى كلام الشّيْخ وتنظيرُ هٰذين المورِدَيْنِ اى **«بِعتُك بلاثَمَنٍ»** و **«آجرتُك بلا اُجرةٍ»** وحَتّىٰ مسألة الرّشوة، ليست هٰذِهِ، مثل ما نحن فيه.

فقول الشّيْخِ فى انّها مثل ما نحن فيه وانَّهُ يجرى حكم ما نحن فيه، فيها، **نحن نقول** فيه انّ هذه الموارد الثّلاثةَ، تفترق مَعَ ما نحن فيه:

اوّلاً: انّ الشّيْخ﵀ اِحتَسَبَ: **«بعتك بلا ثَمنٍ»** انَّهُ بيعٌ فاسِدٌ وحَيْثُ كان البيعُ الصّحيحُ له ضِمانٌ، فالبيعُ الفاسدُ اَيْضاً كذٰلِك **وهذا مبنىٰ مُحاسِبَةِ الشّيْخِ﵀** نحن قلنا سابقاً فى باب الاجارة انّ **«اَجَرْتُكَ بلا اُجْرَةٍ»** و **«بِعتُكَ بلا ثَمَنٍ»** لَيْسَ بيعاً لا انَّهُ بيع ولكن كان بيعاً فاسداً **لانّ معنىٰ** البيع، تمليكُ مالٍ بعوضٍ وكان العوضان، رُكْنَيْنِ فى

البيع يَعْنِى كانا دَخِيلَيْنِ فى المُسببِّ لا انّهما دَخيلَيْنِ فقط فى شَرائطِ الصِّحةِ الشّرعيّةِ بل دَخيلَيْنِ فى صِدقِ الاسم يَعْنِى لا يصدق البيعُ علىٰ كون عوضٍ فى البيع دون الآخر **فعليه: «بِعتُك بلا ثَمَنٍ»**، لم يكن بيعاً حَتّىٰ يقال انَّهُ بيعٌ **غاية الامر** كان فاسداً وقاعدة **«ما يُضْمَنُ...»** تقتضى الضِّمان فى هذا المورد **فحينئذٍ**، اذا لم يكن بيعٌ فيأتى فيه اِحتمالانِ:

الظّاهر، هُوَ الاحتمالُ الاوَّلُ وهُوَ انَّهُ كنايةٌ عرفاً عن الهبةِ وكان تعبيراً مجازيّاً والهبةُ كانت عقداً جايزاً وفى العقود الجايزة، لم يقُولُوا بِاعتبارِ ذكر الالفاظِ المخصوصةِ حَتّىٰ من اِعتبر الالفاظ المخصوصةَ فى العقود اللّازمةِ، لم يَقُولُوا بهذا، فى العقود الجائزة.

فكلّ مادلّ عَلىٰ المَقصودِ وكان ظاهراً، فيكفى فيها.

بناءً عليه، لايبعد الاكتفاءُ بقول القائل: **«بِعتُك بلا ثَمَنٍ فى الهبّة»**.

بالجملة؛ مسألة: **«بعتُكَ بلاثَمَنٍ»** ان اخذنا الظّاهِرَ العُرفىَّ منه، فهُوَ ظاهِرٌ فى الهبة وان اَبيتَ عنه وقلتَ انَّهُ قصدُ البيعِ، كان هذا تناقضٌ فى الانشاء ولَيْسَ ببيعٍ عرفاً.

كيف ماكان، مسألةُ: **«بِعْتُكَ بِلا ثَمَنٍ»** لم يدخل فى قسمِ البيعِ وقاعدة: **«ما يُضْمَنُ»** وانَّهُ لم يوجبِ الضِّمان فى هذا المُوردِ ولَيْسَ بيعاً فاسِداً امّا كانَ هِبَةً او تناقُضاً فى الانشاء فاذا كان هبةً لا يُنافِى مَعَ كونه حِمّىً والمنع **لانّ** المالك اَذِنَ له فى الاِتلاف ولم نَقُلْ بِاسقاطِ المال عن الاِحترام بل الاِذْنُ فى الاِتلاف والتَّصَرّفُ، ربّما يُوجب ازديادَ حُرمةِ المالِ وكان فيه غَرضٌ شَرْعىٌّ وعُقَلائِىٌّ **فعلىٰ هذا**، يجب القولُ بعدم الضِّمان فى قوله: **«بِعْتُك بلا ثَمَنٍ» محققاً** وكذٰلِك فى قَولِ القائلِ: **«آجَرْتك بلا اُجرةٍ» عَلىٰ** عكسِ ما نحن فيه **حَيْثُ** يجب فيما نحن فيه بالضِّمانِ.

امّا مسألةُ الرّشوة، فقد بحثُوا عن انّ الرّشوةَ ما معناها؟

الرَّشوَةُ من قبيلِ الجُعالةِ الباطلةِ فالرّشوةُ، ما يُبذَلُ مالٌ لِإبطالِ حقٍّ او لِإحقاقِ باطلٍ او لِجَعلِ نظرِ القاضى متمايلاً لنَفْسِهِ.

علىٰ كلّ حالٍ، الرّشوةُ، بذلُ المالِ عَلىٰ اَداءِ عملٍ غاية الامر، الرّشوةُ تحصُلُ

بالتَّقاوُلِ والتَّعاهُدِ بينهما **وتارةً** لم يكن تقاولٌ، فى البينِ **ولكنّه** معلومٌ من الخارج انَّهُ بذلٌ فى قبالِ اِبطالِ حقٍّ او اِحقاق باطلٍ او لِجَعلِ نظر القاضى متمايلاً عليه فهُوَ من قبيل الشَّرطِ فى ضِمنِ العَقدِ **وتارةً اُخرىٰ** يعلم انَّها رشوةٌ لِقرائنَ موجودةٍ.

عَلىٰ كلِّ حالٍ، الرّشوةُ، مالٌ فى مقابل عَملٍ باطلٍ ومعاملةٍ كانت حَراماً وفاسِداً ومُعاملةً مُتضَمنَّةً علىٰ المعاوضة فلَيْسَ هنا، التَّسْليطُ، تَسليطاً مَجانِيّاً ولم يأتِ المالَ للقاضى مجّاناً بل لِاَجلِ عَمَلٍ له ولو كان من قبيل التّمايل لِتَشخيصِ الادلّة له وصُدُورِ الحُكمِ لِنَفْعِهِ.

فالرّشوةُ معاوضةٌ وكانت حراماً و باطلاً فمادام، عين الرّشوة، موجودةٌ فيجب ردُّه اِلىٰ صاحبها فاذا تلفت عنده او اتلف فهُوَ ضامنٌ لها **فَعُلِمَ منه انَّ** مَسألةَ الرِّشوةِ مَعَ مسألة: «**بعتك بلا ثمنٍ**» ومَعَ مَسألَة: «**بِيعُ الغاصبِ مَعَ عِلمِه بِالغَصبِ**» كُلُّها من وادٍ غير وادٍ الآخر **فباب الرّشوة لَيْسَ**، بابُ التَّسْليطِ المَجانىّ حَتّىٰ القول انَّهُ مثل ما نحن فيه وهى مثلُ باب العقود الفاسِدَةِ مثل بابِ بيعِ الرّبا وبيع الخنزير وغيرهما من العقود الفاسِدَةِ حَيْثُ لايجوز القولُ فى باب العقود الفاسدة، التَّسْليط المجّانىُّ وكذٰلِك فى بابِ الرِّشوةِ.

وامّا مَسألَةُ: «**بِعْتُكَ بلا ثَمَنٍ**» فليست هى بيعاً حَتّىٰ يقال انَّهُ صحيحٌ او فاسدٌ؟ **لانّ** البيع، متقوّمٌ علىٰ تمليك العين بِعَوضٍ **وامّا ما نحن فيه** فهُوَ بيعٌ فاسِدٌ والغاصِبُ يرى نَفْسَهِ غاصِباً.

فانت كما ترىٰ، اَنَّ هٰذِه المسائِلَ الثّلاثَةَ الَّتِى ذَكَرها الشيخُ، كُلَّها من بابٍ واحدٍ فقدرﷺ التَّسْليط المجّانىِّ فى باب بيع الغاصب مَعَ علم المُشْتَرِى بالغصب وباب «**بِعْتُك بلا ثَمَنٍ**» انَّهُ كان بيعاً فاسداً ويَتضمّنُ التَّسْليطَ المجّانِىَّ وبابَ الرّشوة وانَّهُ كانت فاسدةً وفيها التَّسْليطُ المجانىُّ وقلنا: انّ هٰذهِ المسائل كلّها من وادٍ آخر غَيرِ واد الآخرين **فَمَسألةُ الرِّشوَةِ** كانت من المعاملات ومن قبيل الجُعالةِ الباطلةِ والاِجارَةِ الباطِلةِ **فحينئذٍ** كان الضِّمانُ هنا، علىٰ القاعدة ولَيْسَ فيها التَّسْليطُ المَجّانىُّ.

ومسألة: «**بِعْتُكَ بلاثَمَنٍ**» و «**آجَرْتُكَ بلا اُجْرَةٍ**» فليست بيعاً فهى نوعٌ من الهبة **وامّا ما نحن فيه** وهُوَ بيعُ الغاصب، يصدق عليه البيعُ وكان فاسِداً.

غاية الامر، قلنا سابقاً فى الغاصب نظراً هُوَ مطلبٌ آخر.

فَفَرضُ الشَّيْخِ، انّ المسألة، كانت غامِضَةً **ولذا لم** يَجرُوا حُكمَ عَدمَ الضِّمان فى هذين المورِدَيْنِ، لَيْسَ بصحيحٍ كما شرحناه سابقاً.

اِستثناءُ ثلاثةِ فُروضٍ عندالشّيخ﵀

وتوضيحة: انّ الشّيخ﵀ قال فی بيع الغاصب مَعَ علم المُشْتَرِی بـالغصبِ فـيمٰا لوردَّ المالكُ و رَجعَ بالمَبيعِ، المُشْتَرِی لايرجعُ بالثّمن عند التّلف ای البايعُ الغاصبُ، لايضمنُ الثّمن ولو قال الشّيْخ﵀: انّ دليل المَسألَةِ وطَريقها، لايخلو عن غـموضٍ وبالجملَةِ فتویٰ المشهور، عَدمُ الضّمٰان والشّيْخُ﵀ بناءً على عدم الضّمٰان، اِسـتَثنیٰ ثَلاثةَ فُروضٍ.

يَعْنِی: لوقلنا بعدم ضمانِ البابع للثَّمَنِ، يلزم الاِعتراف بالضّمٰان فی هذه الفروض الثّلاثة.

احدُها: ما اذا اشترط المُشْتَرِی للبايع بانَّهُ لو رَجَعَ المالكُ عَلیٰ المبيع، يَرجعُ هُوَ علیٰ الثَّمَن يَعْنِی فی فرض المَسألَةِ ای فی ما اذا كان الغاصبُ بايعاً لنَفْسِهِ والمُشْتَرِی يعلم بكونه غاصباً ومَعَ ذٰلِك سلّم المُشْتَرِی الثَّمَن اِلیٰ البايع الغاصبِ **وبناءً علیٰ** انَّهُ لم يكن ضامناً لو شَرَطَ المُشْتَرِی للبايع بانَّهُ لو رَجَعَ المالكُ على المبيع، يرجع هُوَ على الثَّمَن **فحينئذٍ** يضمُنُ وله ان يرجع اِلیٰ الثَّمَن حَيْثُ صَرَّحَ المُشْتَرِی بالرّجوع **وهذا نَظَرُ الشّيْخ﵀** وكانَّهُ بناءً علیٰ عدم الضّمٰان لو خُلّیَ وطبعه فيمٰا اذا خلیٰ عن الشّرطِ ولكن لو شرط الرّجوعَ عَلیٰ البايع فله ان يَرجع اِلیٰ الثَّمَن علیٰ البايع فَيَضمنُ البايعُ.

يمكن ان يورد هنا: اَنَّ هذا، هل يُلائم ويوافِقُ مَعَ المبنیٰ الّذی **اِتَخَذهُ الشّيْخُ﵀ ام لا؟**

حَيثُ اِنّ مبنیٰ المسأله اَنَّ اِعطاءَ المشترى، الثَّمَن اِلیٰ البايع، كان مجّاناً وتسليطاً مَجّانيّاً وكان بمنزلَةِ الهبةِ، هل يَصِّحُ شرطُ الضّمٰان فی الهبة والعارية عَلیٰ تـقديرٍ؟ هل هُوَ لَيْسَ شرطاً مُنافِياً لِمُقتضیٰ الفِعلِ وَالتَّسْليطِ المَجّانیِّ؟ مَعَ انَّهُ لايجوز القولُ اَنَّ بالشّرط، يكشف انَّهُ لم يكن تَسليطاً مَجّاناً.

ومن المعلوم: اَنَّ شرطَ الرُّجوعِ اِلیٰ الثَّمَن وشرط الضّمٰان على تـقديرٍ، يـنافی التَّسْليطَ المَجّانیِّ.

بالجملة؛ مَعَ ملاحظة هذه المطالبِ: المبنی وما يفعله الدّافعُ والشّرطُ الّذی شَرَطَ

المُشْتَرِى فى ضمنِ الرّفع، يَحصُلُ التّنافِى **حَيْثُ** انّ القول بالتَّسْليطِ المَجّانىّ والقولِ بضِمان البايع، يَحصُلُ **حَيْثُ** شَرَطَ المُشْتَرِى، الضِّمان للبايعِ.

الفرضُ الثّانِى ما قاله الشّيْخُ﵀ بقوله: **«وكذا يقوى رجوعُ المُشْتَرِى العالِمِ بالغَصبِ، لو اَخذَ البائِعُ، الثَّمَن من دُونِ اذنِ المُشْتَرِى بَل اخذه بناءً عَلىٰ العقد الواقع بينهما، فانَّهُ لم يحصل هنا من المُشْتَرِى تَسليطٌ الّا بالعقد، والتَّسْليطُ العقدىُّ مَعَ فساده، غَيرُ مُؤثّرٍ فى دَفعِ الضِّمانِ»**

فحينئذٍ؛ ليس المناطُ الّذى قلناه فى عدم الضِّمان، هنا **لانّا** قلنا سابقاً: انّ المُشْتَرِى يدفعه الثَّمَن اِلىٰ البايع وسَلَّطُه عليه مجّاناً فَلِما لَم يَدْفَعْهُ المُشْتَرِى وانّما اخذهُ البايع بنَفْسِهِ؟ فلَيْسَ هنا دفعٌ حَتّىٰ يُستظهَرَ منه كونه تسليطاً مَجّاناً وانّما حَصلَ هنا عقد والفرض اَنَّ التَّسْليط، لم يَستَفَدْ من العقدِ حَيْثُ قلنا: اِنَّ العقدَ، المعاوِضَةُ والعقدُ الفاسِدُ، لايؤثِّرُ فى الاِباحَةِ والعقدُ لم يَقَعْ بعدُ ولم تحصل ملكيّةُ الطَّرفَيْنِ وامّا التَّسْليطُ المجانىُّ فهُوَ لازمُ دَفعِ المُشْتَرِى الثَّمَنَ اِلىٰ البايع والفرضُ اَنَّ المُشترى، لم‌يَدْفَعْ ولم‌يتحقّق منه الدَّفعُ وانّما اَخَذهُ البايعُ، فى هذه الصّورة، يلزم القولُ بالضِّمانِ **لانّه** لم يَتحقَّقِ المناطُ فى عَدمِ الضِّمان وهُوَ التَّسْليطُ المَجّانىِّ.

لايخفىٰ: اَنَّ وَجهَ الشّيْخِ﵀ فى هذا الفَرض اَوضَحُ واَوْجَهُ من الفرضِ السّابقِ **لانّ** المناط فى التَّسْليط المَجّانىِّ، هُوَ دَفعُ المُشْتَرِى وهُوَ لم يُفْرَضْ فى هذا الفَرضِ وانّما البايعُ، اَخذَهَ لا اَنَّ المُشْتَرِى اَخذَهُ فلم يتحقّقِ التَّسْليطُ المجّانىُّ فيبقىٰ عَلىٰ قواعَدَهَ وهُوَ الضِّمانُ.

ومَعَ ذٰلِك يمكن التّأمّلُ فيه **غايةُ الامر** ليست شِدَّةُ الْاِشكال هنا مثلَ الفرضِ السّابق وهُوَ انّ المُشْتَرِى اذا يدفع الثَّمَن اِلىٰ البايع فهُوَ لم يَفْعَلْ عَمَلاً مُستَقِلاً خلافاً علىٰ ما عَقد فدفعُ المُشْتَرِى الثَّمَنَ، عملٌ بموجبِ العَقدِ ومُقتضاهُ.

فاذا فرضنا: اَنَّ الفِعلَ، التَّسْليطُ المَجّانىُّ فلازمهُ اَنَّ الدّفع، بالنِّسْبَة اِلىٰ الغاصب والثَّمَنُ بالنِّسْبَة اِلىٰ الغاصب، كانت الحالة المجّانيَّة وبالنِّسْبَة اِلىٰ المالك الواقعىّ كان حالَةَ العِوَضِ لما قلنا سابقاً فى رَدِّ بَعضِ مَطالبِ الشّيْخِ﵀ اَنَّ القبضَ وَالْاِقباضَ؛

بمنزلة العمل عَلىٰ العَقدِ فی كُلِّ المُعاملاتِ وكانت ماهيّةُ القبضِ والاِقباضِ فی المعاملات، ماهيّةَ العَقدِ وانَّهُ عملٌ بموجب العقد فاذا فرضنا اعترافَكم بانّ الفعل يَعْنِی دفعُ المشترى، الثَّمَن بالنِّسْبَة اِلىٰ البايع، كان تسليطاً مجّاناً فلابدّ من ان يدخل فی العقد ويلزم ان يتضمّن العقد، هذا المعنىٰ فالعقد نَفْسه، اجاز للبايع نَفْسِهِ، الاخذ فكان الثَّمَنُ بالنِّسْبَة اِلىٰ الغاصب، حالَةَ المجّانیّ وبالنِّسْبَة اِلىٰ المالك، حالَةَ العِوضِ فالمالكُ اذا اجازَهُ يَصيرُ عِوَضاً له واذا رَدُّهُ المالكُ، يصير مُباحاً للبايعِ.

عَلىٰهذا يَعْنِی اذا طابق القبضُ والفعلُ، مُطابِقاً للعَقدِ فكانَّهُ اُجيزَ للبايعِ فی ضمن العقد بان يأخُذَهُ وتَصَرّفَ فيه وعامَل فيه معاملةً مَجّانيّةً فلا يحتاجُ اِلىٰ فِعلٍ خارجیٍّ ويكفی العقدُ فی التَّسْليطِ المَجّانیِّ.

الفرض الثّالِثُ الّذی استثناه الشّيْخ﵀، مالو بَاعَ البايعُ للمالك لاعن نَفْسِهِ لنَفْسِهِ، فالمالُ للمالك فَدَفعُ المشترى، الثَّمَنَ اِلىٰ البايع، لَيْسَ تسليطاً مجّاناً **لانّ** الفرضَ اَنَّ المعاملةَ وقعت للمالك، فالدّفعُ لِاَجلِ اِيصالِ الغاصبِ هذا الثَّمَنِ اِلىٰ المالكِ واَمّا فی الفرضِ، فدفعُ المُشْتَرِی الثَّمَنَ اِلىٰ البايع لاجلِ تَصرُّفِ البايع كساير اَملاكه وتصرّفٍ فيه كَتصرّف الملّاك **وَاَمّا هنا** فليس المال، مالَ البايع حَيْثُ انَّهُ بَاعَ عن المالك فكان الْثَمَنُ، مالَ المالك والغاصب كان واسطةً لايصال الثَّمَن اِلىٰ المالِك وفی هذا الفرض، كان البايعُ ضامناً.

واَمّا عبارةُ الشّيْخ فَكانت علىٰ نحو يَستفادُ مِنها الضِّمانُ المطلقُ يَعْنِی فی جميع صور التّلَفِ، كان ضماناً فِی هذا الفرض مَعَ اَنَّ البايعَ فی هذا الفرض، كان اَميناً و كان المُشْتَرِی وَكَلَّ البايعَ لايَصالِ الثَّمَنِ اِلىٰ المالِك فحكمهُ حكمُ الوَكيلِ والاَمينِ، والامينُ لَم يكن ضامناً لِلتّلفِ بَل كان ضامِناً لِلإتلافِ **واَمّا الشّيْخ فقد صَرَّحَ** بانَّهُ كان ضامناً لِلتّلفِ فضلاً عن اِتلافِه حَيْثُ قال﵀: **«ولا اِذْنَ له فی التَّصرُّفِ فيه فضلاً عن اِتلافِ الثَّمَنِ»**[1]

فاذا لم تكن كلمةُ: **«فَضلاً عن اتلافِهِ»** ليمكنُ القولُ بانّ مقصودَ الشَّيخِ، الضِّمان

---

١. المجلد التاسع من المكاسب من منشورات دارالكتاب ص ١٨٧

فى صورة الاِتلاف او التَّلَف بتقصيرٍ وَالتَعدّى الّذى هُوَ نوعٌ من الاِتلافِ **ولكن الشَّيْخُ صَرَّحَ «بالضِّمان فى التَّلَف فضلاً عن الاِتلاف»** لانّ الفَحوىٰ الّذى قال بِهِ الشَّيْخُ سابقاً، لم يَأْتِ هنا وهذا عجيبٌ من الشَّيْخ ﷺ فَلعَلَّ هذا نَشأَ من سَهْوِ الْقَلَمِ.

حاصل ما ذكره الشَّيْخ ﷺ انَّهُ ﷺ بناءً علىٰ عدم الضِّمان علىٰ المشهور فى المسألة، اِستثنىٰ ثَلاثَةَ فُروضٍ:

الفرضُ الاوَّل: ان يبيع عن المالك لا لنَفْسِهِ، قلنا فيه اَنَّ هذا، صحيحٌ الّا انّ الشَّيْخ ﷺ قال: انَّ له ضِمانٌ، مُطلَقٌ حَتّىٰ فى صُورةِ التَّلَف مَعَ تَلَفَ يد الاَمِينَةِ بلا تَعدٍّ و تَفريطٍ مَعَ انَّهُ لاضِمانَ له وهذا هُوَ الفرضُ الاخيرُ.

الفرض الثّانى: ما لو اِشتَرطَ المُشْتَرِى بانَّهُ لو رجَعَ البايعُ اليه، اَنَا اَدْفَعُ اليه بالمِثلِ او القِيمَهِ.

وقلنا: انَّهُ يمكن ان يقال عليه: انّ هذا، مُنافٍ لمُقتَضىٰ التَّسْليط المجّانىِّ الّذى اِعترَفَ الشَّيْخُ عليه ولايجوز القولُ بِاَنَّ هٰذا بمعنىٰ عَدمِ التَّسْليط المَجّانىّ **لانّ** فى اكثر مواردِهِ كان التَّسْليط المجّانىّ وانّما كان فى الفرضِ الواحدِ، شَرطُ الضِّمانِ.

الفرض الثّالِث: انّ المشترى، لم يدفع الثَّمَن اِلىٰ البايع وانما اَخَذَهُ البايعُ مُستقلّاً من دون اذن المُشْتَرِى واطّلاعهِ.

فهنا قالوا: بانّ التَّسْليط المجانىّ، كان من المختصّات ولازمِ دفعِ المُشْتَرِى والفرض انّ الدّفع، لم يتحقّق فلم يكُن تسليطاً مجّانيّاً فيبقىٰ علىٰ قواعده، والقواعدُ تقتضى الضِّمانَ.

قلنا: انّ هذا ايضاً لايخلو عن شُبهةٍ **وذلِك لانّه بعدَ** اِعترافِ الشَّيْخ ﷺ: بانّ الفعل وهُوَ دفعُ المُشْتَرِى الثَّمَن اِلىٰ البايع، كانَ تسليطاً مجّانيّاً وانّ هذا، معلومٌ ومُحرزٌ من الخارج انّ الدّفع اذا كان بعنوانِ دَفعِ الثَّمَن والْمُثْمَنِ واذا كان بعُنوانِ العملِ بِمُوجبِ العقدِ فَعُلِمَ منها، انّ التَّسْليط المجّانىّ كان داخِلاً فى العَقدِ فالقولُ بانّ التَّسْليطَ المَجّانىَّ، لم‌يَتَحَقَّقْ، لَيْسَ بمَعلومٍ بل تَحقَّقَ فى ضِمن العقدِ بالنِّسْبَة اِلىٰ البايع اذا اَقبَضَ المَبيعَ.

بيانُ حكمِ ما اِغْتَرَمَهُ المُشترى لِلْمالكِ زائداً عَلىٰ اَصلِ الثّمنِ قسمَّهُ الشّيخُ﵀ علىٰ ثلاثةِ اَقسامٍ اليك الاقسامُ:

الاوّل: ان تكون غرامة المشترى للمالك فى مقابل زيادة العين بان زادت قيمتُها السّوقيّةُ: بان كان عشرة دنانير مثلاً ثُمَّ بعد ذلك، صارت عِشرينَ ديناراً.

الثّانى: ان تكون الغرامةُ من المشترِى للمالكِ فى مقابل المنافع المستوفاة كما اذا كانَ المبيع شاةً، او بقرةً فاستوفىٰ المشترى حليبَهما، او صوفهما.

الثّالث: ان تكون الغرامة من المشترى للمالك فى مقابلِ النّفقاتِ الّتى صرفها عَلىٰ المبيع، او فى مقابل العمارة الّتى صَرفَ عليها المصاريف او فى قبال اشياء اُخرىٰ ذكرها الشّيخ فى القسم الثّالث: «وَاِمّا كان تكون غرامة لم يحصل له فى مقابلها نفعٌ كالنّفقة وما صرفه فى العمارة وما تلف منه، اوضاع من الغرسِ والحفرِ، او اعطاء قيمةٍ لِلْولدِ المنعقد حُرّاً، ونحو ذلك او نَقَصَ من الصّفاتِ والاجزاءِ.»[1]

ثمَّ: انّ المشترى اِن كان عالماً بكونِ البائع غاصِباً فلا رجوعَ له فى شىءٍ من هذهِ الموارد لعدم الدّليل عليه ففى جميع هذه الاقسام، يكونُ البايعُ غير ضامنٍ.

وَامّا فى صُورة جهلِ المشترى بكون البايع غاصباً فقد قَدَّمَ الشّيخُ حكم القسمِ الثّالثِ عَلىٰ القسمينِ الآخرينِ عَلىٰ خلاف الامرِ الطّبيعىِّ **وَوَجهُه** انّ تطبيقَ الادلّةِ عَلىٰ القسم الثّالث، اَوضحُ من الاوّلينِ ان قلنا بالتّطبيقِ.

المعروفُ من مذهبِ الاَصحابِ كما فى الرّياض وَعنِ الكفاية، رجوعُ المشترى الجاهل بالغرامةِ الّتى دَفَعَها اِلىٰ المالك زائداً عن الثّمنِ عَلىٰ البائعِ بل فِى كلام بعضٍ تبعاً للمحكىِّ عن فخرِ الاسلام فى شرح الاِرشاد، دعوىٰ الاِجماع عَلىٰ الرّجوع مالم يحصل فى مقابله نفعٌ.

وعن ابن ادريس﵀ فى السّرائر: انّه يرجع قولاً واحداً اى فى هذا الرّجوعِ اجماعٌ ليس فيه مخالفٌ.

وفى كلام المحقّق الثّانى والشّهيد الثّانى فى كتاب الضّمان نفىُ الاشكالِ عن

---

١. المجلد التاسع من المكاسب من منشورات دارالكتاب، ص ١٨٩.

ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشترى اذا قَلَعَهُ المالكُ.

وبالجملة؛ فالظّاهِرُ، عدمُ الخلاف فى حكم القسمِ الثّالثِ من الاقسام الثّلاثةِ اذا كان المشترى جاهلاً بكون البائع غاصباً.

قد ذكر الشّيخُ ﷺ للضّمانِ للقسم الثّالث فى صورة جهل المشترى دليلين:

احدهُما: دليلُ الغرور، فَانَّ كلّ مغرورٍ يرجعُ الى من غرّه وهـذا الرّجـوعُ مـن القواعدِ المسلّمةِ بين الفريقينِ لا كلام فيها وذكروها فى كتبهم وارسلُوها ارسـالاً مُسلّماً.

ومدرك هٰذِه القاعدة فى نظر الخاصّةِ، النّبويُ و رواياتٌ وردت فى باب النّكاح ومسألةِ المهر والتدّليسِ وغيرهما.

وامّا النّبويُ فقد نقلوا فى كتبهم ومن الخاصّةِ اَيضاً نُقِلَ بطريقِ الخبر المُـرْسَلِ وهو انّه قال رسولُ الله ﷺ: **«اَلْمَغْرورُ يَرجِعُ عَلىٰ مَنْ غَرَّهُ»** نقله هكـذا المـحقّقُ الثّانى فى حاشيةِ الارشاد وهذا الخبرُ كانَ موجوداً فى الكتبِ السّـابقة مـن دون اسنادٍ وَامّا اِسناده اِلىٰ الرّسول فقدُ ذكِرَ فى الكُتُبِ المتأخِّرةِ وهذه الرّوايةُ وان كانت نبويّةً مرسلةً **ولكن** عَمِلَ المشهورُ عَلىٰ مضمونه فضعفهُ كان منجبراً لِعَملِ الفـقهاء واعتمادِهم عَليه.

وامّا من الرّوايات الخاصّة فليست من الرّوايات، واردةً فى فرضِ مسألةِ ما نحن فيه.

نعم وردتْ رواياتٌ فى غير هذا الفرض واِستفادَ الشّيخُ مـنها فـيما نـحن فـيه بالفحوىٰ كما ذكرناه سابقاً كما فى باب النّكاح فى الموارد العديدةِ مثل: انّ اِمـرأةً بعنوانِ انّها حُرّةٌ، زَوَّجتْ احداً ثُمَّ بانَ انّها اُمةٌ وكانت مدخولةً او زوّجتْ بعنوانِ اَنّها بنت هذا الرّجلِ ثُمّ بانَ انّها بِنْتُ غير هذا الرّجلِ.»

بالجملة؛ اشتباهاتٌ فى باب التّزويجِ امّا من جهة التّـوصيفِ او التّـطبيقِ وردت رواياتٌ عديدةٌ فيما اذا وَقَعَ النّكاح وحَصَلَ الدّخول و وجوب المهر: **«لَهَ المهرُ بمَا اِستحَلَ من فرجها» ولكن** يَرجعُ من وَجَبَ له المهر عَلىٰ المُدلِّسِ والسَّببِ لهذا العمل

و وردت فی ذیلِ بعضِ هذهِ الرّواياتِ هٰذا القولَ: «**لانّها دَلَّسلها**» او «**كما غرّ الرّجلُ وخدعهُ**»، الظّاهر من هاتين العبارتين: التّعليلُ وكانَ منصوصُ العلّة **لانّ** قوله عليه السلام: «**لانّها دَلَّسَلها**» بمنزلة: «**ولا تشربِ الخمر لِاَنَّهُ مُسْكِرٌ**» يعنى كلّ من دَلَّسَ شخصاً، يجوزُ الرّجوعُ عَلىٰ المُدلّسِ بما دَلَّسَ وقوله عليه السلام: «**كما غرّ الرَّجلُ وخَدَعهُ**» يعنى كلّما غَرَّ رجلٌ، رَجُلاً يجوزُ الرّجوع عَلىٰ الغّارِ وليس المورد مُخصِّصاً وليست له خصوصيَّةٌ وخرج مخرجَ المثال و بابُ المهر لَيسَ تفاوتاً مع باب الثّمنِ فاذا قلنا فِی المهر فيما اِستحلَّ من فَرْجِها ترتّبتْ آثار الزّوجية عليها **ولكنّه** لم يطابقْ مع عقيدَته ونظرهِ، الرّجوعُ عَلىٰ من دلسّهُ او من كانَ سبباً لذلك فيعلمُ منه، جوازُ الرّجوع من ساير مواردِ الضّررِ والغرامةِ.

بالجملة؛ استفادُوا من هذهِ الرّواياتِ، العموم بِتقربينِ:

الاوّل: بالغاءِ خصوصيّةِ المورد وخروجه فخرجَ المثال واستكشافِ القاعدة الكليّة من المورِدِ انّاً وهذه المواردُ، من افرادِ العمومِ والقاعدةِ.

الثّانی: التّعليلاتُ الّتی وردت فی ذيلِ هذهِ الرّوايات مثل قوله عليه السلام: «**لانّه دلسّلها**» وقوله عليه السلام: «**كم غَرَّ الرَّجلُ وخَدعهُ**» الظّاهرة فی العموم وكان هذا حكمُ التّغريرِ والتّدليسِ وكان علةً منصوصةً.

بالجملة؛ الرّجوع كان قاعدةً عرفيّةً ارتكازيةً حيث قالوا: «**مَنْ حَفَرَ لاخيهِ المؤمنِ بئراً، فوقع فيهِ**» ويَحكمُ به العقلُ حتّى تحكمُ به النِّساءَ والصّبيانِ كما صرّحت الرّوايتانِ عليه اَيضاً.

لا يخفیٰ انّ له وجهٌ ولايبعد ولكن يَرِدُ عليه اِشكالٌ ومنشائهُ، معنىٰ الغرورِ.

قال رسول الله صلی الله علیه و آله: «**المغرورُ يرجعُ عَلىٰ من غرّهُ**» هل الغرورُ هُنا مُرادفٌ مع الغررِ الّذی كان بمعنىٰ الخطر والجهالةِ وكان مثل قولهِ صلی الله علیه و آله: «**نهیٰ النّبیّ عن بيع الغررِ**» فكانَ الغررُ والغرورُ بمعنیً واحدٍ ام كان معنىٰ الغرورِ، الخدعةَ؟ فان كان بمعنىٰ الخدعةِ، كما وَرَدَ: «**خدعتنی الدُّنيا بغرورها**» و «**الدّنيا متاعُ الغرورِ**»، كانَ العلمُ، معتبراً فيه وَامّا اِن كان بمعنىٰ الخطرِ، فالخطر اَعَمُّ من العلمِ والجهلِ **السّيّد** رحمه الله

فى ذيل الاخبار فى باب قاعدةِ الغرورِ، قال: «انّ بعضاً من العلماء» قال: إنّ الغرورَ مخصوصٌ لصورةِ علم الغارِّ ثمَّ قالﷺ فيما بعدُ: **«وهوكما ترىٰ»** وبعض المحشّينَ اَيضاً ذكر فى موردِ كلام السّيّدﷺ: **«وهوكما ترىٰ اى لا اَرىٰ فيه شيئاً»**

نحن نقولُ كيف يكونُ قولهﷺ: **«هوكما ترىٰ»** مع انّ الرّوايات، وردت فى هذا البابِ وهو مثل قولهﷺ: **«لانّها دلّسلها»** وروايةِ النّبويِّ كان بلفظِ الغُرورِ.

وفى الرّوايات الخاصّة الواردة فى المورد او بِمناسبةِ التّعليل، كان هـذا القـولُ **«لِاَنَّها دَلّسلها»** وكان هنا تعليلٌ آخر: **«كمّا غرّ الرّجلُ وخدعَهُ»**

ويُعلمُ منها، العنايةُ بكلمة **«غَرَّ»** وكلمة **«غرّ»**، مرادفةٌ للخدعةِ والتّدليسِ فان كان كذلكِ، فيعتبرُ فيه العلمُ.

نعم: ان كانت بمعنىٰ الخطر والجهالةِ فهو اَعَمُّ وامّا المتبادرُ من الغرورِ، الخدعةُ والرّوايات الواردةُ فى البابِ: **«لانّها دَلّسلها»** و **«كما غرّ الرّجلُ وخدعهَ»** كانت مؤيّدةً لهٰذا الاحتمالِ.

ونباءً عَلىٰ هذا الاحتمال وهوكونُه بمعنىٰ التّدليسِ، لايتحقّقُ ولايتمشّىٰ بـدون العلمِ.

عليهذا، لا يكونُ هذا الدّليل وافياً وكافياً لتمام المدّعىٰ لانّهُم قالوا هنا: يرجـعُ المشترى عند جهله، عَلىٰ البايع الغاصبِ سواءٌ كان البايعُ عالماً بـانّهُ غـاصبٌ ام لم‌يكن عالماً لا انّهم قالوا: انّ الرّجوعَ، فى صورة الغّارِ.

ومن هنا نقولُ: انّ هذا الدّليل، لايخلو عن وجهٍ **ولكن** لا يفى بتمامِ المدّعىٰ وهذا مبنيٌّ عَلىٰ انّ معنىٰ الغرورِ كان اعمّ وكان مـعنىٰ الغـرور، الخـطرَ المـغرورَ يـعنى المخطورُ يرجعُ عَلىٰ من خَطرهُ او مَنْ اوقعه فى الخطرِ وان كان هذا النّحو يصدُق عَلىٰ العلم والجهلِ.

واَمّا ان كان بمعنىٰ التّدليس والخدعةِ، فيختصُّ بصورة علم الغارِّ **والظّاهرُ** يؤيّدُ هذا المعنىٰ فلا يكون هذا الدّليل وافياً بتمام المُدّعىٰ.

وامّا الدّليل للشّيخِ فهو قاعدة لا ضرر الّتى يـتمسّكونَ بـها فـى اشـباهِ المـورد

ونظائرهِ وتقريبهُ وتطبيقهُ عَلىٰ الموردِ انّ عدم حقِّ رجوعِ المشترى عَلىٰ البايع وتوجّهِ الغرامّات عَلىٰ المشترى من طريقِ البايع ضررٌ عليه اى انّ الجاهل بالغصبِ، متضرّرٌ برجوعِ المالك عَلىٰ الثّمنِ وعَلىٰ المنافعِ المستوفاةِ وغير المستوفاةِ وعَلىٰ المصاريفِ الّتى بذلت عَلىٰ العينِ فتشملهُ قاعدةُ **«لاضَرر ولا ضِرار فی الاسلامِ»** او عَلىٰ مؤمنٍ.

فحينئذٍ، يرجع المشترى بكلّ ما غرمهُ للبائعِ زائداً عَلىٰ الثّمنِ عَلىٰ البائعِ حيثُ اِنَّ تحمّلَ الضّررِ بالنّسبةِ الىٰ المشترى منفىٌ بلاضرَر.

يردُ عليه اِنَّ جريان **«لاضَرَرَ...»** فی المقامِ ونظائره قيلَ او يمكنُ ان يقالَ، لايخلو عن اشكالٍ فی مواردَ:

منها: انّ الفقهاء قالوا بِاَنَّ **«لاضرر»** تجري فی الأُمور الوجوديّةِ لا الامورِ العدميّةِ كما هو شأن كلّ قاعدةٍ بلسان النّفی مثل: **«لاضرر»** و **«ما جعل عليكُمْ فی الدّينِ مِنْ حَرجٍ»** و **«ما يريدُ الله بكم العَسر»** و **«رُفِعَ عَنْ اُمّتي تسعةٌ: الخطاء والنّسيانُ وما لايعلمونَ وما لايطيقونَ و ما استكرهوا عليه»**.

وجههُ: انّ الاعدام، ليست بمجعولةٍ وانّها من قبيلِ الانتزاعيّاتِ من احكامِ الدّينِ من قبيل الوجوبِ والتّحريمِ والاستحبابِ و...

والاعدامُ تبقىٰ عَلىٰ قاعدتها الاوليّةِ فالمشترى لايرجعُ بالغراماتِ وفقاً للاصلِ الاوّليِّ والقاعدةِ الاوليّةِ.

فَموردُ «لاضرر»، الاحكامُ الوجوديّةُ مثل: وجوب الوضوء ووجوبِ الغسلِ عَلىٰ المتضرّرِ ووجوب الصّومِ عَلىٰ المتضرّرِ ووجوبِ الحجِّ عَلىٰ الخائف والمريضِ **وهذه الموارد الوجوديّة لو لا الضّرر لكانت واجبة.**

بالجملة؛ موردُ الحكم هنا، عدمُ الحكمِ ولا تجرى قاعدةُ **«لاضرر»** هُنا.

منها: انّه يشترطُ فی جريان **«لاضرَر»** فی الاحكامِ الوجوديّةِ، نفی الحكمِ الوجوديِّ لا اَنَّهُ تُثبتُ بها شيئاً فاثباتُ الامرِ الوُجوديِّ من نفيِ **«لاضرَرَ»** لايصّحُ **ولذا** قلنا سابقاً: انّ فی بابِ الغبن اوردوا هذا الاشكال **وتوضيحُهُ** انّهم تمسكّوا

لاِثبات خيار الغبن، «**بلاضرر**» بتقريب اَنّ لزومَ العقد عَلىٰ المغبونِ، عند اطّلاعه عَلىٰ الغبن، حكمٌ ضررّىٌ مدفوعٌ «**بلا ضرر**» فليس لازماً له فكان له خيارُ الغبن والاشكالُ فى قولهم: انّ خيارُ الغبنِ، امر وجوديٌ ونفى اللّزوم كما فى الهبةِ والعارية وكان الخيار حقٌّ لاحكمٌ ويثبّتوا «**بلا ضرر**» هذا الحقَّ بحيثُ يكون قابلاً للاسقاط والمصالحةِ وقابلاً للبيعِ والشّراءِ.

وما يرىٰ من اثبات، «**لا ضرر**»، مواردُ متعدّدةٌ من الوضوء والغسلِ والصّومِ من الامورِ الوجوديّةِ، مثل: **رفع ما لا يعلمونَ**، يثبت الامورَ الوجوديّةَ، لا ينافى مع هذا المطلب **لانّ هذا**، لاجل دليلٍ وعلّةٍ اُخرىٰ غير قاعدةِ «**لاضرر**» و «**رُفِعَ ما لا يعلمونَ**» لِاَنَّ وجوب القضاءِ فى صورةِ كون الصّوم ضرريّاً، لدليلٍ آخَر بل «**قاعدة لاضرر**»، تنفى وجوبَ الصّومِ والوضوءَ واَمّا الانتقالُ بقضاء الصّومِ والتّيمّم، فليس لاثبات «**لاضرر**» ايّاهٰا بل يوجد موضوعٌ لحكمٍ آخر.

بالجملة؛ القواعدُ الّتى لسانها، نفى مثل لا ضرر ولا جرح و رُفِعَ ونحوِها يشترط فى جريانها، اَمرانِ:

الاوّل: انّ جريانها فى الامور الوجوديّة.

الثّانى: انّها تثبت حكماً وجودياً فى نفى الاحكام الوجوديّة **ولكن** فى المقام مع جريان «**لاضرَرَ**» يثبت الحكم الوجودىّ **فحينئذٍ** نقول بجواز برجوع المشترى عَلىٰ البايع وله حقّ الرّجوع.

منها: تعارض ضرر المشترى مع ضرر البايع سيّما اذا كان البايع جاهلاً غير عالم.

فتحصّل مما ذكرنا انّ هنا ثلاثة انواع من الغرامات

الثّالث، من الغرامات والمؤنة الّتى يتوجّه عَلىٰ المشترى من دون نفع فى مقابلها عَلىٰ المشترى.

قالوا هنا؛ له ان يرجع الىٰ البايع سواءٌ كان البايع عالماً بالغصب ام جاهلاً؟ وهذا حكمٌ مسلّمٌ عند الفقهاء من دون اشكالٍ فيه.

وتدلّ عليه امورٌ:

الاجماع وقاعدة الغرور وقاعدة لاضرر

والاجماع المنقول حاله معلومٌ لا اشكال فيه وقاعدة الغرور ايضاً له وجه، منشأه، النّبويّ والاخبار الخاصّة **ولكن يرد عليه** انّه اخصّ من المدّعىٰ ويختصّ عَلىٰ علم الغّار عَلىٰ اظهرِ الاحتمالينِ

وامّا مسألة «لاضرر» وتقريبها فهى تتوجّه عليها ثلاثةُ اشكالاتٍ

الاوّل: انّ «لاضرر» لا تجرى فى الامور العدميّة.

الثّانى: انّ «لاضرر» لا يثبت الامر الوجوديِّ

الثّالث: تعارض الضّرر وقد سَبَقَ تفصيلُ هٰذهِ الاشكالات فراجعْ.

الدّليل الثّالث فحوىٰ رواية جميل

الدّليل الثّالث للشّيخﷺ للضّمان فى القسم الثّالث فى صورة جهل المشترى، ظاهرُ روايةِ جميلٍ او فحواها: «عن الرّجلّ يشترى الجارية من السّوق فيولّدها ثمّ يجئى مستحقّ الجارية قالﷺ: «يأخذ الجارية المستحقّ فيدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع عَلىٰ من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد الّتى اخذت منه».

وتوضيحُ دلالة فحوىٰ رواية «جميل» عَلىٰ الضّمانِ، انّ حريّةَ ولدِ المشتريِ امّا ان يعدّ نفعاً عائداً اليه، اولا؟

وعَلىٰ التقدّيرينِ وهما: عدّ حريّة الولد نفعاً للمشترى، وعدم عَدِّها نفعاً له اى عَلىٰ هذين التّقديرين، يثبتُ المطلوب وهو ثبوتُ الضّمان عَلىٰ البايع، **فعلىٰ الاوّل** تكونُ الدّلالةُ بالفحوىٰ، **وعَلىٰ الثّانى** تكونُ بظاهر الرّواية.

وامّاكيفيّة الثّبوت بالفحوىٰ فهو انّه عَلىٰ القول بعدّ حريّة الولد نفعاً للمشترى اذا كان يجوز للمشترى الرّجوع عَلىٰ البايعِ كما فى القسم الثّانى الّذي هو غرامةُ المشتريِ فى قبال المنافع المستوفاةِ ففى صورة عدمِ عدِّ حريّة الولد نفعاً للمشترى كما فى القسم الثّالث وهو ما نحن فيه بطريق اَوْلىٰ يجوز له الرّجوع عَلىٰ البائع فيما اغترمه للمالكِ.

مع انّ هذا فى الواقع دليلٌ آخر لثبوت الضّمانِ عَلىٰ البائع الغاصب فى صورة جهل المشتريِ، واغترامُه للمالكِ بالثّمنِ، وبكلّ ما صرفه عَلىٰ العينِ.

وخلاصته: انّه من المسلّم فى انّ تعليق الحكم عَلىٰ الوصفِ، مشعرٌ بالعليّةِ كما فى قولك: اكرم العالَمِ فانَّ علّة الاكرامِ هو العلمُ.

وهنا علّق الامامُﷺ رجوعَ المشترى عَلىٰ البائع بقيمة الولد عَلىٰ الاخذ.

بقوله: قيمة الولد الّتى اخذت منه اى علّةُ الرّجوع هو اخذ قيمة الولد من المشترى فيطرد هذا الرّجوع فى كلِّ ما اُخِذَ من المشترى **لانّ** تعليقَ الحكم مشعرٌ بالعليّةِ.

وامّا صاحبُ الحدائق فقد اَفادَ من هذه الرّواية، جواز رجوع المشترى عَلىٰ

البائعِ بالثّمن فقط وامّا ما اغترمه المشترى فى قبال المنافع المستوفاة وغيرها، فليسَ له الرّجوعُ فيها علىٰ البائع واِستَدَلَّ صاحبُ الحدائقِ عَلىٰ ذلك بروايات اشارَ اليها الشّيخ رحمه الله مثل: **رواية زرارةٍ فى رجل اشترىٰ من سوق المسلمينَ جاريةً فخرج بها الىٰ ارضهِ فولدّت منه اولاداً ثمّ اتاها من يزعم انّها له واقامَ علىٰ ذلك البيّنةِ قال: «يقبض ولده ويدفع اليه الجارية، ويعوّضه من قيمة ما اصابَ من لبنها وخدمتها»**[1] فانّ الحديث هذا، ليس فيه بيان رجوعِ المشترى عَلىٰ البائع فيما اغترمُه للمالك زائداً علىٰ الثّمنِ.

الرّواية الثّانية المستدّل بها من قبل صاحب الحدائق عَلىٰ ما افاده: من عدم ضمان ما اغترمه المشترى للمالك زائداً عَلىٰ الثّمن، **رواية زريق** قال: كنت عند ابى عبدالله عليه السلام يوماً اذ دخل عليه رجلان فقال احدهما: انّه كان عَلىٰ مال لرجل من بنى عمّارٍ وله بذلك حقٌّ وشهودٌ فاَخَذَ المالُ ولم استرجع عنه الذّكر بالحقّ، ولا كتبت عليه كتاباً، ولا اخذتُ منه براءة بذلك وذلك لانّى وثقتُ به، وقلتُ له: مزق الذّكر بالحقّ الّذى عندك فمات واخرجوا بذلك الذّكر بالحقّ واَقامُوا العدولَ فَشَهَدُوا عند الحاكم فأخذت بالمال وكان المال كثيراً فتواريت عن الحاكم فبَاعَ عَلىٰ قاضى الكوفة معيشةً لى وقبض القوم المال، وهذا رجل من اخواننا اِبتلىٰ بشراءِ معيشتى من القاضى.

ثمّ: ان ورثه الميّت اقرُّوا: انّ اباهم قد قبضَ المال وقد سألوهُ ان يردّ علىّ معيشتي ويعطونه الثّمن فى انجم معلومة.

فقال: اِنّى اُحِبُّ ان تسأل اباعبدالله عليه السلام عن هذا فقال الرّجلُ يعنى المشترى: كيف اَصْنَعُ جعلت فداكَ؟

قال: تصنع ان ترجع بمالكٍ عَلىٰ الورثة، وتردّ المعيشةَ الىٰ صاحبها وتخرج يدك عنها.

قال: فاذا فعلتَ ذلك له ان يطالبنى بغير هذا

---

١. وسائل الشّيعة، الجزء ١٢، ص ٥٩٢ ـ الباب ٨٨ ـ الحديث ٢.

قال: نعم له ان يأخذ منك، ما اخذت من الغلّة: من ثَمَنِ الثّمار وكلّ ما كانَ مرسوماً فى المعيشة لو اشتريتها يجب ان تردّد ذلك الّا ما كان من زرع زرعته انت، فَاِنّ لِلزّارع امّا قيمةُ الزّرعِ، وامّا اَنْ يَصْبِرَ عليكِ اِلىٰ وقت حصادِ الزّرع فان لم يفعل، كان ذلك له، ورد عليك القيمة وكان اَلزّرعُ له.

قلت: جُعِلْت فِداكَ فان كان هذا قد احدث فيهَا بناء، او غَرْساً؟

قال: له قيمة ذلك او يكونُ ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه

قلت: يردّ ذلك اِلىٰ ما كان او يغرم القيمة لصاحبِ الارضِ فاذا ردّ جميع ما اخذ من غلّاتها عَلىٰ صاحبها و ردّ البناء والغرس وكلُّ مُحدثٍ الىٰ ما كانَ اوردّ القيمة كَذٰلِك يجب عَلىٰ صاحبِ الارض كلّما خرج عنه فى اِصلاح المعيشة: من قيمة غرسٍ، او بناءٍ، او نفقةٍ فى مصلحةِ المعيشةِ، ودفع النّوائب كلّ ذلك مردودٌ اليه.[1]

استدّل صاحبُ الحدائق بهذه الرّواية انّه ليس فيها رجوعٌ للمشترى عَلىٰ البايع فيما اغترمه للمالك وقال: فيما استدلّ صاحبُ الحدائق بورود بعضِ الاَخبارِ فى رجوع المشترى عَلىٰ المالك بما اغترمه، وانّه ليس فيه رجوعٌ عَلىٰ البائع **لانّه** من هذه الجهة ساكِتٌ، **نظرٌ واشكالٌ:**

منها: منع ورود الرّواية الّا فى حكم المشترى مع المالكِ.

حيث قال الشّيخُ ﷺ: «وفيه مع انّا تمنع ورودها اِلّا فى مقامِ حُكمِ المشترى مع المالكِ».

ومنها: عَلىٰ فرض تسليم ورودِها فى ذلك نقولُ: اِنَّ السّكوت فى مقام البيان، لايُعارضُ الدّليل القائِمَ عَلىٰ رجُوع المشترى عَلىٰ البائع بكلِّ ما اغترمه للمالكِ، اذا المعارضة، انّما تثبت فيما اذا كانَ اَحَدُ الدّليلينِ مُثبتاً والآخَرُ نافياً والدّليلُ، هو قاعِدَةُ الغَرَرِ وقاعدة نفيِ الضّرر والاَخبارُ المستدلّ بها فى المقامِ فى الابواب المختلفةِ.

ومنها: انّ ظاهر رواية «**زرارة المتقدّمة**»، يدلّ عَلىٰ عدم تمكّن المشترى من الرّجوع علىٰ البائع، حيث يقول الرّاوى فى الرّواية: «فخرج بها الىٰ ارضه» فهذه

---

١. وسائل الشّيعة، الجزء ١٢، ص ٢٥٣ ـ الباب ٣ ـ الحديث ١.

الجملة تدلّ علی انّ المشتری لم يكن من مدينة البائعَ، حيث اخذ الجارية الی ارض ای الیٰ مدينته الّتی يسكنها.

ومنها: انّ البائع فی قضيّة **«زريق»** هو القاضی فانّ قضائَه صحيحاً لم يتوجّه اليه غُرْمٌ، لانّ الحاكِمَ من قبل الشّارع، ليس غارِماً من جهة حكمه عَلیٰ طبق البيّنة المأمور بالعمل بها

وان كان قضاؤه باطلاً كما لم تكن لهم السّلطنة الدّينية حتّیٰ ينصبون قاضياً من قبلهم، فالظّاهِرُ علم المُشترِی ببطلان قضاء المخالف، وتصرّفه فی امور المسلمين فهو عالِمٌ بفساد البيع فلا رُجُوعَ له **هذا كلّه راجِعٌ الی روايَةِ** جميلٍ، انّما بقیٰ الكلامُ فی مسألة: **«لاضَرَرَ»** و**«لاحَرَجَ»** و **«مسألة قاعِدَةِ الغرورِ»**.

قلنا سابقاً انّه ورد عَلیٰ **«لاضرر»** اشكالاتٌ منها: انّ القواعد الّتی كُلّها متضمِّنةٌ للنّفی، كانتْ مُتَعَلّقُها اَمراً ايجاباً ومجعولاتٍ شَرعيّةٍ فالحكمُ المنفیُ، لم يكنْ مَجعُولاً شَرعيّاً، لم يشمله هذا النّوعُ من الادلّةِ وما نحن فيه من هذا القبيل **ومنها:** انّ **«لاضرر»**، انّما تنفی ولا تُثْبِتُ حُكماً.

ومنها: يتوجَّهُ هنا تعارضُ الضَّرَرِ.

يمكن الجوابُ عن هذِهِ الاِشكالات كُلِّها عَلیٰ «لاضرر»

بِاَنّ هذِهِ الاشكالاتَ ترد عَلیٰ ملاحظة ظاهر النّفی وامّا مسألة «لاضرر» و **«لا حرج»** وغيرهما كانت معناها اوسَعَ من ذلك حَتی تُثْبِتَ «لاضرر» و **«لاحرج»** اموراً وجوديّاً والمطالعة فی مواردها سواءٌ كانت فی الاخبار او كلمات الفقهاء والآيات، تثبت اموراً اِثباتيّاً مثلاً ماوَرَدَ فی باب الشُّفْعَةِ فی الوسائل فی كتاب الشّفعة، الحديث ١ ـ عن ابی عبدالله عليه السلام قال: قضیٰ رسول الله صلی الله عليه وآله بالشّفعةِ بين الشّركاءِ فی الارضينَ والمساكينَ وقال: **«لاضرر ولا ضرار فی الاسلام»**.

وانت كما ترىٰ انّ النّبیّ صلی الله عليه وآله جعل ثبوتَ الشّفعة فی مورد الشّركةِ الاِشاعيّةِ وحدُّ الاقلّ فی الاَرضينَ والمساكين، مِصداقاً لقاعدةِ «لاضرر».

وهذا، جوابٌ عن الاشكالين الاوّلين **لانّه** مع قطع النّظر عن **«لاضرر»**، عدم

انتقالِ ملك الشّريك إلىٰ نفسه من قبيل الاَعدام وليس مجعُولاً شرعيّاً ومع ذلك انت كما ترىٰ قضىٰ رسول الله ﷺ بالشّفعةِ بين الشّركاءِ وقال: **«لاضررَ ولا ضرارَ فى الاسلامِ»** ويعلم منه انّ الاخذ بالشّفعة بين الشّركاء كان مصداقاً بلاضرر فقاعدَةُ **«لاضرر»**، تجرى فى العَدَميّات ومع ذلك تثبت الحكم اَيْضاً وهو الاخذُ بالشّفعةِ.

ومن هنا يعلم انّ قول الشّيخ رحمه الله فى رواية **«ثمرة بن جندب»** حيث قال رسول الله: **«اِذْهَبْ واقلعها وَارمِ بها وَجْهَهُ....»** انّ حكم رسول الله بالقلع الخِ لا تقتضيه **«قاعدة لاضرر»** وانّه لايستفاد من لاضرر، الحكم الوجوديّ، مخالفاً لظاهرِ الرّوايةِ حيث قال ﷺ: اذهب واقلعها وارم بها وجههُ... **«فَانّه لا ضررَ ولاضرارَ»** يعنى علّلَ رسولُ الله ﷺ القلعَ بلا ضرر واَنّ وجه جواز القلع، قاعدة «لاضررَ ولاضرارَ».

واَيضاً فى آية التّيمّم فى سورةِ النّساء وكذا فى سورةِ المائدة وردت بعدَ بيانِ حكمِ التّيممّ: **«فامسحوا بوجوهكم وايديكُم...»** الىٰ ان قال: «ما يريدُ اللهُ ليجعلَ عليكُم من حَرَجٍ»[1].

يُعلَمُ منها: انّ تشريع التّيمّم من مصاديق **«بلاحرج»** وجعل تشريعُ التّيمُّمِ من المدلولِ الالتزاميِّ او المطابقيِّ لقاعدةِ لاحرجَ.

وَايضاً يُعلمُ من قضيّةِ زبد و زَيْنَبْ فى آلاية الشريفة: **فلما قَضىٰ زِيدٌ منها وطراً زوّجناكها لكيلا يكون عَلىٰ المؤمنين حرجٌ، فى ازواجِ اَدْعيائهم.**[1]

انّ تشريع تزويج زوجةِ الادعياءِ، كان مِصداقاً **«بلا حرج»** يعنى لا حرج، تقتضي اجازة التّزويجِ.

وهكذا فى سايرِ الموارد مثل ما قالوا: **«لاشكّ للامام مع حفظِ المأمومِ»**، هنا ولو كان الظّاهر، النّفى ولكنّ المقصودَ انّه يجب العملُ مع حفظ المأموم وكذلك ورد: **«لاسهوَ فى النّافِلَةِ»** و**«لاشكّ لكثيرِ الشّكِّ»** وبالجملة؛ رتّبوا عَلىٰ هٰذهِ القواعدِ المنفيّةِ، حكماً وجوديّاً مثلاً بعضُ الفقهاء تمسكّ فى طلاقِ زوجة الغائب، بلاضرر بل فى كلّ موردٍ لم يعمل الزّوج عَلىٰ وظيفتهِ الشّرعيةِ وتذرُوها كَالْمعلّقةِ ولم يكن اِلزامُ

---

١. سورة الاحزاب، الاية ٣٧.

الحاكمِ اَيضاً ولم يكن الحاكمُ مبسوطةَ اليدِ فَلِلْحاكِمَ اَنْ يُطلِّقَها متمسّكاً **«بلاضرر»** لانّ لزومَ العقد وعدم جواز الطّلاق، كان ضرريّاً.

المحقّق النّائينيّ صرّح بانّ الاشكال يرد فی هذا المورد **لانّه** كيف اثبت بعضُ معاصرينا، الحكم الثّبوتيّ، «بلاضرر» واثبت **«بلا ضرر»** انّ للحاكم، حقّ الطّلاق يعنی اثبتَ بنفی الحكم حكماً آخر.

نحن نقول: انّ اشكال المحقّق النّائينيّ﵀ عَلیٰ بعض المعاصرين **لايرد لانّ باب** طلاق الغائب، ليس من اَمثِلة ما نحن فيه **لانّ هنا** كان الحكم الوجوديّ، موجُوداً.

وبالجملة؛ كلام المحقّق النّائينيّ مدفوعٌ صغریً وكبریً امّا **منعه كبریً** فلانّا قلنا انّ لاضرر، تجری فی الاعدام ايضاً **وامّا منعه صغریً** فلما ورد من انّ الطّلاق بيد من اخذ بالسّاق فعدمُ جواز الطّلاقِ بغير الزّوج، كان مجعولاً ووردت روايـاتٌ، فيه وليس هذا مثل ما نحن فيه.

الحقُّ والتّحقيقُ فی المسألة انّهم لا حَظُوا، قاعدة «لاضرر» فی فردٍ وفردٍ من الاحكام وقالوا حيث كانت قاعدة **«لاضرر»** مربوطةً بالمجعولاتِ الشّرعيةِ ونظروا اِلیٰ كلِّ مجعولٍ فرداً وفرداً بالنّسبة اِلیٰ **«لاضرر» و «لاحرج».**

ونحن نقول: لايبعد جريان قاعدة **«لاضرر»** فی مجموع تركيب الاحكام كما انّه كان فی كلِّ فردٍ وفردٍ ايـضاً **لانّه ورد: «لا حَرَجَ عليكم فی الدّينِ من حَرَجٍ»** و **«لا ضَرَرَ ولاضرار فی الاسلام»** يعنی ليس الضّررُ فی تركيب الاحكام الاسلاميّة وكـلّ فردٍ وفردٍ من الاحكام **لانّه** ربّما لم يكن ضررٌ، فی كلّ فردٍ وفردٍ من الاحكام بل يحصل الضّرر او العسر فی تركيب الاحكام كما وَرَدَ فی اصولُ الكافی عن الامام الصّادق﵇: «فی مورد رجل اسلم يهوديّاً ثم اوقعه فی التّكلّفات الشّديدة بـحيث كان وقته مشغولةً بالعبادةِ وهذه التّكلفات، سبب اعراض اليهوديِّ الّذی تديّن بدينِ الاسلام، عن الاسلام حيث قال﵇: «واَخْرَجَهُ حيث ادخلهُ».

ومعلومٌ: انّ مفردات عـمل المسـلم، كـان جـيّداً **حـيث** كـان مـن الواجـبات والمستحبّاتِ والنّوافلِ **ولكن الحرج،** حَصَلَ فی تركيب هٰذهِ الاحكام ولازماً لهـا

ولذا كذّب الامام عليه السلام، هذا.

بالجملة: ما يستفادُ من تتبّع الاخبار والموارد من الآيات فى باب **«لاحرج»** و **«لاضرر»** فى باب التّيمّم وغيره، انّه ينفى القولَ بانّه يلزم كون مورد **«لاضرر»** و**«لاحرج»** اموراً عدميّة دونَ اثبات الحكم الوجوديِّ لايصّح ولعلّ منشاء الاشكال انّهم لاحظوا فى **«لاضرار»**، افراد الاحكام وجعلوها مورداً لتطبيق هذه القواعد مع انّ مجموع الاحكام وتركيبها، ايضاً مورد لتطبيق هذه القواعد.

القسم الثّانى من الاقسام الثّلاثة: اِغترامُ المشترى الجاهل بالغصبِ للمالك فى قبالِ المنافع المستوفاةِ.

مثل الاجرة فى مقابل السُّكنىٰ ومثل الغرامات فى مقابلِ المنافعِ المتّصلة والمنفصلةِ من الثّمارِ واللّبن والصّوفِ والوبرِ ونحوِها من المنافع

ففرقٌ بين الغرامات الّتى لم يستفد منها شيءٌ فى مقابلها وبينَ ما اِستفادَ فى مقابلها شيءٌ، **ولذا** جعلوا الفردَ المتيقنَّ والفَرد الواضح من الرّجوع، الغرامات الّتى لم يستفد فى مقابلها شيءٌ مثل اجرة الحمّال والدَّلال واجرة التّعميراتِ وساير الامور الّتى تحسب من المُستهلكاتِ.

قلنا سابقاً انّما المخالِفُ فى المسألة، صاحبُ الجواهر رحمه الله وإلّا المشهور بل دعوىٰ الاجماع عَلىٰ انّ المشترى الجاهل له حقُّ الرّجوع إلىٰ البايع خلافاً لصاحب الحدائق.

وامّا دليل المشهور فهو امورٌ ذكرناها سابقاً منها: دليلُ **«لاضرر» ومنها: قاعدة الغرر ومنها: صحيحة جميل قد بحثنا عنها سابقاً.**

وامّا دليل «لاضرر» فتقريبُها والاشكالاتُ الواردة عليها والجوابُ عن اشكالاته فقد فرغنا عن ذلك كلّه.

ينبغى الكلامُ هنا فى قاعدة الغرور ولو اشار اليها الشّيخ بمناسبة الفرض الثّانى من الفروض الثّلاثة

اِدّعىٰ صاحبُ الرّياض: انّ **«قاعدة الغرور»** فى مقابل **«قاعدة لاضرر»**، ليست

قاعدة عليحدّةً بل المدارُ، قاعدةُ لا ضرر وصدقها عَلیٰ المورد فقاعدة الغرورِ تجری فيما كان فيه ضررٌ فقاعدة الغرور ليست قاعدةً فی قبال **«قاعدة لاضررِ»**

الشّيخﷺ كانّه قبل هذا الكلام منه فی اوّل كلامه فی الفرض الثّانی **غاية الامر** صرّح بانّ فی الفرض ايضاً كان الضّررُ، حاصلاً عَلیٰ نحوٍ يأتی فيما بعدُ **وامّا الحقّ** انّ قاعدة الغرور، قاعدةٌ اُخریٰ غير قاعدة لاضرر.

ومجرّدُ وجودِ تصادقٍ بين القاعدتين فی موردٍ او كان بينهما اعمّ واَخَصُّ مُطلقاً او كانَ بينهما اعم واخصُّ من وجهٍ، ليس دليلاً عَلیٰ وحدةِ القاعدتَيْنِ كما انّـهمﷺ تَكلّمُوا فی قاعدة الفراغ وقاعدة التّجاوز هل هما قاعدتانِ ام هما قاعدةٌ واحـدةٌ؟ فان كانا قاعدتين، فكان بينهما موارد صدقٍ ايضاً كما اشار اليه الشّيخﷺ وامّا مجرد تصادقِ القاعدتين فی موردٍ لايكون دليلاً عَلیٰ كونهما قاعدةً واحدةً بـل المـناطُ والمنشأُ فی كونهما قاعدتين او قاعدةً واحدةً، مطالبُ اُخریٰ غـير التّـصادق فـی الموارد. **كما انّ مبنیٰ «قاعدة لاضرر»**، الرّواياتُ المختلفة الواردة فيها «لاضرر ولا ضرار» **وامّا دليل قاعدة الغرور** امّا يكونُ النّبوی: **«المغرور يرجع عَلیٰ من غرّه»** وامّا ان تكون الرّوايات الخاصّة الواردة فی باب النكاح بنحو الّذی قـلناها امّـا بـالغاءِ خُصُوصيّةِ المورد او بالنّظر بالتّعليلات الّتی ذكرتْ فی ضمن بعض اخبارها مثل: **«لانّها دلسّلها»**، او **«كما غرّ الرّجل وخدعَه»**.

فهٰذهِ القاعدةُ حكمها يترتّب عَلیٰ مفهوم الغرور والتّدليس والخدعة.

وامّا قاعدة لاضرر فهی تترتّب عَلیٰ مفهوم الاضرار والحكم الضّرریّ.

وامّا فی مورد لم يكن فيه ضرر ولكن فيه غرورٌ فهنٰا لا معنیٰ للقول بالرّجوع الیٰ هذا القول: **«المغرور يرجع عَلیٰ من غرّه»**، الرّجوع كان لاجل هذه الخدعة والغرور وَقَعَ فی ضررٍ وبالنّسبة اِلیٰ هذا الضّرر يرجع اِلیٰ **هذا الغّار وامّا اذا لم يقع بالخدعة** فی ضررٍ ليس له رجوعٌ عليه فرجوعُ المغرور عَلیٰ الغّار **لا معنیٰ له الّا ان يكـون ضررٌ فی البين** وبعقيدة صاحب الرّياض اذا حصل الضّررُ، يتوجّه دليلُ «لاضـرر» ولايحتاج اِلیٰ قاعدة الغرور.

نحن نَقُول: انّ مجرّد هذا ليس دليلاً عَلىٰ وحدة القاعدتينِ لانّهما كانا مفهومينِ وموضوعينِ مختلفين ودليلينِ عليحدّة ومجرّدُ انّ بينهما اعمّ واخصُّ مطلقا او اعمُّ واخصُّ من وجهٍ كما لا يبعدُ، ليس دليلاً عَلىٰ كونهما قاعدةً واحدةً.

وبالجملة؛ دليلُ قاعدة الغرورِ إمّا نبويٌّ بعد انجبار سنده بعملِ المشهور وروايات خاصّةٌ بعد الغاءِ خصوصيّةِ الموارد او بعد الاخذِ بعموم التّعليلِ الواردِ فى ذيل بعضها وعلى كلّ حالٍ كانتا قاعدتينِ ولا دليل عَلىٰ كونهما قاعدةً واحدةً.

ومن موارد الفرق بينهما: انّ الغّار اذا كان جاهلاً بالغصب وتخيّلَ انّـهُ مـاله، لا يصدقُ عليه الغرورُ والتّدليسُ ولا يصدق قوله: «**كما غرّ الرّجل وخَدَعهُ**» حيث كان صدقُ الغرور فى صورة العلم بخلاف لا ضرر **حيث** انّه لم يكن فرق فى «**قاعدة لاضرر**» بين العلم والجهلِ.

اَيضاً قالوا: انّ «**لاضرر**» كان لنفى الحكم وتشمل الاحكـامَ المـجعولة وجـوداً لاعدماً **ومعلومٌ** انّ هذا، لايجرى فى قاعدةِ الغرورِ.

وايضاً قالوا: انّ «قاعدة لاضرر» لا تُثبِتُ امراً وجودياً كما تقدّم وهٰذا ليس فى قاعدة الغرورِ.

اشكال صاحب الجواهر عَلىٰ ما افاده صاحب الرّياض.

خلاصته: انّ صاحب الجواهر قد اِستفادَ من كلام صاحب الرّياض انّ «**قاعدة الغرر**» من صغرياتِ «**قاعدة الضّرر**» لكونها مبنيّةً عَلىٰ قاعدةِ الضّرر وانّ لها مدخليّةٌ فى قاعدة الغررِ.

بل انّها مبنيّةٌ عَلىٰ قوة السّبب عَلىٰ المباشر **حيثُ** انّ السّبب الّذى هو الغّارُ هـو اقوى من المباشر للاتلافِ وهو المشترى الجاهل بغصبيّة المبيع.

فالغّارُ هو السّبب للاتلافِ، فالضّمانُ متوجّه نحوهُ.

ثمّ ردّه الشّيخُ بقوله: ولكن فيما استفاده صاحب الجواهر مـن كـلام صـاحب الرّياض فى المقام نظر واشكال.

خلاصةُ النّظر: «انّ صاحب الرّياض لا يَدعىّ ابتناءَ قاعدةِ الغرر عَـلىٰ قـاعدةِ

الضّرر، ولا يقول: أنّها دخيلةٌ فى قاعدة الغرر حتّى يوردَ عليه بما افاده صاحبُ الجواهر بل يدّعى انّ المستفاد منه، قاعدة الغرر، هو الاجماعُ والنّصوصُ وهما مُهملانِ ومُجملانِ ليس فيهما تصريحٌ بضمان البائع بكُلِّ ما اغترمه المشترى للمالكِ.

وامّا القوّة بنفسها ليست دليلاً مستقلّاً لرجوع المشترى عَلىٰ البائع بكلّ ما اغترمه للمالكِ بحيث لايحتاج الىٰ دليلٍ آخر من قاعدة الغرور وقاعدة الضّرر وكذا لا دليلَ لنا عَلىٰ قوّة السّبب عَلىٰ المباشر مطلقاً وفى جميع الموارد حتّىٰ يرجع المباشرُ المغرورُ المتلف للشّىء عَلىٰ الغارّ.

نحن نقول: اِنّ قول صاحب الجواهر﵀ و قول الشّيخ يرد عليهما الاشكالُ الّذى قلناه سابقاً مضافاً الىٰ اشكالٍ يرد عَلىٰ تنقيحِ الشّيخِ قاعدة قوّةِ السّبب عَلىٰ المباشر.

امّا الاشكال الاوّلُ فهو انّ المقام، مقامُ الاستنباطِ ويجب ان يكون المناطُ فى مقام الاستنباطِ، لسانَ الادّلة ويجب اَنْ يُعلم انّ دليلَ **قاعدة الغرور ماذا؟** ويلزم العلم بأَنَّ القاعدتين المذكورتين: قاعدة الغرور، **وقاعدة لاضررِ**، قاعدةٌ واحدةٌ ام لا؟ وانّه مربوطٌ بقوّةِ السّبب عَلىٰ المباشر ام لا؟

ومن الواضح انّ المراجعة هنا، الىٰ الادلّة لا بالاعتباريّات الخارجيّةِ ومن التّتبع فى الادلّةِ الموجودةِ كالنّبوى المنجبرَ لعملِ الفقهاء والرّواياتِ الخاصّة الّتى كانت بمنزلة العلّة المنصوصَةِ، يعلم اَنّهُما قاعدتانِ، موضوعُ احداهما، الضّررُ والآخرى التّدليسُ الخدعةُ والغرور فالموضوعانِ مُختلفانِ **امّا قول الشّيخ** فى عدمِ جريان قوّه السّبب علىٰ المباشر فى مواردِ قاعدةِ الغرور، يجب ان يفرض انّ السّببَ بمنزلةِ الآلة ولم‌يجر اِسنادُ فعلِ الاتلاف الىٰ الفاعل مع انّ الفتوىٰ هنا انّه يَرجعُ الىٰ المغرورُ والمغرورُ يرجع الى الغارّ فان كان من باب قوّة السّببِ عَلىٰ المباشرِ يعنى كانَ اسناد الفعل الىٰ السّبب دونَ المباشرِ، يجب الرّجوع عَلىٰ السّببِ من الاوّلِ **لانّه مُتلفٌ ولانّه داخلٌ فى قاعدةِ «من اتلفَ مالَ غيره فَهُو لَهُ ضامنٌ»** من الاوّل مع انّ فتوىٰ صاحب الجواهر وفتوىٰ الكلّ انّ المالك يرجعُ الىٰ المغرور ثمّ المغرورُ، يرجع الىٰ الغارّ فى المنافعِ المستوفاةِ.

قال الشّيخ﵀: يعلم من قولهم من الرّجوع اوّلاً الىٰ المغرور انّ المغرور ايضاً مُتلفٍ ثمَّ يُرجعُ المغرورُ الىٰ الغارّ مع انّ موارد قوّة السّبب عَلىٰ المباشر، كان فى موارد لا يصدق الاتلافُ بالنّسبةِ الىٰ المباشر كان يكونَ صبيّاً او مجنوناً او حيواناً او غيرها حتّىٰ يصدقُ عليه الاتلافُ.

نحن نقول: هذا الكلامُ من الشّيخِ﵀ والمحقّقِ النّائينىّ﵀ لا يلائمُ مع كلماتِ الفقهاء فى باب الضّمانات فى باب الغصب، وبابِ الحدود وباب الدّيات الّتى ذكروا فيها امثلةً مثلاً اذا اِشترك اثنانِ فى ايرادِ جنايةٍ عَلىٰ احدٍ فهذا الاشتراكُ عَلىٰ اَنحاءٍ:

تارةً يكون احدُهما سبباً والآخرُ مباشراً او كان مستّقلاً فى الجناية واُخرىٰ لم يكن كذلك.

وايضاً الاشتراك امّا من قبيل الامور الطّبيعيّةِ وذكروا لها امثلةً مثل ما لو فتح باب قفس طائرٍ او فكّ القيد ونحوهما واُخرىٰ ليس من قبيل الامور الطّبيعيّة بل اَتىٰ انسانٌ علىٰ فردٍ آخر طعاماً مسموماً فماتَ.

ومعلومٌ هنا: دخالة انسان آخر ومع ذلك قالوا: انّ السّبب اَقوىٰ ويُحسبُ من اتىٰ طعامًا مَسموماً الىٰ انسانٍ، قاتلاً وله حكمُ القتل وهكذا اذا دخل فى طعام الجارِ، السّمِ، فهذا مع كون الفاعلِ مع اختيارْ اكلهُ وكان من موارد قوّةِ السّبب عَلىٰ المسبّبِ.

وانت كما ترىٰ تكون الموارد الواقعةُ ربّما من قبيل موارد الغرورُ و ربّما يكونُ من مواردِ السّببِ والمباشر وربما تخلّلَ فيها فعلُ فاعلٍ مختارٍ **وايضاً ذكروا فى باب الحدودِ:** انّ من حفر بئراً فى الطّريقِ العامّ والامكنةِ المباحةِ وكان هذا البئر موجباً لموت فردٍ، يُحسبُ قاتلاً يحسبُ كلّ ذلك من موارد قوّة السّببِ عَلىٰ المباشر مع انّه تخلّل فيها فعلُ الفاعل المختارِ.

قال الشّيخ﵀ فى ما نحن فيه اى بالنّسبة الىٰ البايع والمشترى، انّه ليس من مواردِ قاعدة قوّةِ السّببِ عَلىٰ المباشر مع انّهم عدّوا امثال المورد الّذى كانَ من مواردِ قاعدةِ الغرورِ، من موارد قوّةِ السّببِ عَلىٰ المباشر والمقصودُ انّهم اِحتسبوا ما نحن فيه من مواردِ قوّة السّببِ عَلىٰ المباشر وانّ له حقُّ المراجعةِ اِلىٰ المغرورِ.

وذلك لانّ اتلافَ المالِ، يصدُقُ بالنّسبة اِلىٰ المغرور وتسبيبُ السّببِ كان بالنّسبةِ اِلىٰ الغرامات الّتى تحملَّ لها كما سنقولُ فى الفرض فلا مانع من مراجعتهِ الىٰ المباشرِ والمباشرِ اَنْ يرجعَ الىٰ السّببِ **لانَّ** هذينَ الاتلافينِ، كانا طوليّينِ يعنى اتلفَ المغرورُ مال المالك والسّببُ اتلف اَيضاً غرامة مال المالكِ يعنى فعل عملاً

حتّىٰ يغترم **بناءً عليه** يرجعُ المالك الى غرامةِ ماله وهذا ايضاً يـرجـعُ الى غـرامـةِ غرامتهِ **فَعَلمَ ممّا ذكرناهُ:** انّ مسألة قاعدة الغرور، ليست كما قال به صاحب الرّياضِ من انّها لم تكن قاعدةً عليحدّة وكانت منطبقةً عَلىٰ «قاعِدة لاضررَ».

وليس ايضاً كما قال به صاحبُ الجواهرﷺ من انّها مربوطةٌ بقوّةِ السّببِ عَـلىٰ المباشر **وذلك** لانّه بعد قبولِ انّ قوّةَ السّببِ عَلىٰ المباشر، قاعدةٌ فقهيّةٌ مسـتنبطةٌ لاقاعدةٌ شرعيّةٌ، وعلى الفرض، لو ينطبق عَلىٰ جميع مواردِ الغرورِ فهو ليس دليلاً عَلىٰ انّها لم تكن قاعدةٌ أُخرىٰ وكانت القاعدة، قاعدةَ قوّة السّبب عَلىٰ المباشرِ **لما قلنا:** انّ مدار وحدةِ القاعدتينِ او تعدّدهما، عَلىٰ الادلّةِ لا عَـلىٰ هـذا النّـوع مـن الملاحظاتِ.

وامّا ما قال به الشّيخﷺ والمحقّقُ النّائينيّﷺ من انّه لم يكن ما نحن فيه من مواردِ قوةِ السّبب عَلىٰ المباشر بل موردهُ ما كانُ المباشر، آلةً صرفةً بحيث لم يُستند فعلٌ عليهِ، فهو ينافى مَعَ الامثلة الّتى ذكرها الفقهاءُ فى باب الحدودُ والغصب وبـعضُ الابوابِ المتفرّقةِ.

عليهذا، الحقّ: انّ قاعدةَ الغرور، قاعدةٌ مستقلّةٌ و«**قاعدةُ لاضررَ**» ايضاً قـاعدةٌ مستقلّةٌ والايرادُ الّذى أُوردَ عَلىٰ قاعدة لاضرر، لايردُ.

الجوابُ عن الاشكال الثّالثِ الوارد عَلیٰ «قاعدة لا ضرر»

قلنا سابقاً: انّ فی جريان «قاعدة لاضرر»، اشكالاتٌ ثلاثةٌ، قد اجبنا عن الاشكالين منها وامّا الجوابُ عن الاشكالِ الثّالثِ فلم نتعرّض له سابقاً ونُريد ان نـتعرّضَ له هنا؛

اصلُ الاشكال انّ «قاعدة لاضرر» لا تجرى فيما نحن فيه اى فی الغراماتِ فی بيعِ الغاصب لنفسه مع جهل المشترى بـالغصبِ ثـمّ ردّه المـالكُ **لانّ** الضّـررين كـانا متعارضينِ **لانّ** عدم رجوع المشترى عَلیٰ البايع، ضـررٌ عَـلیٰ المشـترى والقـول برجوع المشترى واخذِهِ هذه الغراماتَ من البايع فهو ضررٌ عَلیٰ البايع فـيتعارضَ الضّررانِ.

فتعارضُ الضّررين له قواعد وتلزم الدّقةُ هنا: انّ فی مقام التّعارض هل هو من باب التّعارض او من باب تزاحم الضّررين؟ فكانّهم جعلوها من باب التّزاحم حيث قالوا: بانّ الملاك، ملاحظة اقوىٰ الضّررينِ وتأييد جانب المالك عَلیٰ كلامٍ طـويلٍ ذكر فی محلّه.

بالجملة؛ كلّ حكم قيل فی باب تعارض الضّررين وتزاحمها من التّرجيح وغيره لايُجدى «قاعدة لاضرر» فيما نحن فيه لانّ «قاعدة لاضرر» تجرى فی كلا الطّرفينِ وترجيح احدهما من دون ترجيح، لايجوز فيتعارض الضّرران.

ونحن نجيبُ عن تعارضِ الضّررين وتوضيحه انّهم﵀ اِستثنوا موارد من تعارض الضّررين وذُكِرَ بعضُ هذه الموارد فی الفرائد والمكاسب فی بابِ: **«رفع عن اُمّتی تسعةٌ...»** و **«قاعدة لاضرر»** وبابِ الاكراه والابواب المختلفةِ.

حاصله، تحقيقُ الشّيخ﵀ انّ حديث: **«رُفِعَ عَنْ امّتی تسعةٌ...»** وكذلك **«لا ضـررَ ولاضرار فی الاسلام»** سيقتا مَساقَ الاِمتنانِ **فلذا** كلّ مورد كانت «قاعدةُ لاضرر» وحديث الرفعِ، مخالفة لقاعدةِ الامتنانِ، فالقاعدتانِ لا تجريانِ.

وفی كلِّ مواردِ تعارض الضّررين اذا رأينا انّ جريان لاضرر، خلافُ الامتنانِ فی احدهما وكان موافِقاً للاِمتنان فی الآخر، فهٰذهِ القرينة تُخرجُ المواردَ عـن فـرضِ

التّعارضِ فلا ضرر، تشملُ احد الطّرفين دونَ الآخر.

مثلاً اذا توجّه ضرر عَلىٰ احدٍ فى حادثةٍ هل يجوز له توجّهُ الضّرر عَلىٰ الغير ام لا؟

وذكر الشّيخﷺ **هناكلاماً ذا تفصيلٍ** وهو انّه تجب ملاحظة انّ هذا الضّرر والحادثة، يتوجّه بطبعه عَلىٰ ايّ موردٍ وشخّصٍ وجانبٍ فاذا توجّه هذا الضّرر عَلىٰ احد بعينهِ، فلا يلزمَ عَلىٰ الغير تحمّلُ هذا الضّرر. «فقاعدة لا ضرر» فى هذه الصّورة لا تقتضى تحمّل الضّرر المتوجّهِ الىٰ الغير وبهذا الاعتبار، جعل الشّيخُﷺ قاعدة الاكراه عَلىٰ هذا الاساسِ.

وتوضيحه: انّه يجوز للمكره عند تحقّقِ شرائط الاكراه وتوجّهِ الضّررِ عليه وعلىٰ غيره، ان عمل امر المُكره يعنى اورد الضّرر عَلىٰ ثالثٍ.

وهذا الجوازُ فى بادئ النّظر، بالنّظر اِلىٰ قاعدة لا ضرر، من دون نظرٍ الىٰ الرّوايات الخاصّة، مشكل لانّ المكره، اوقع الضّرر عَلىٰ الغير عالماً عامداً وليس مجوّز علىٰ ايقاع هذا الضّرر الّا الاكراه وتوجّه الضّرر عَلىٰ المكره مع ان توجّه الضّرر عَلىٰ المكرهِ، ضررٌ وايجادُ الضّرر عَلىٰ الغير اَيضاً، ضررٌ ولا ترجيح بين الضّررين، هنا تعارضُ الضّررينِ.

ومع ذلك اَرادَ الشّيخﷺ ان يجعل هذا مطابقاً للقاعدة وانّه يجوز له ايقاع المكره، الضّررَ فى صورةِ تحقّق الاكراه من الآمرِ والخوف وظنُّ الضّرر كان ضرراً متوجّهاً الىٰ نفسه او ماله ولم تمكن له القدرةُ عن التّخلّصِ عنه فهذا حينئذٍ كان مطابقاً للقاعدةِ وليس من موارد تعارضِ الضّررينِ يعنى لا تشمل «قاعدة لاضرر» كلا الضّررين حتّى يتعارضا بل تشملُ احدَهما دونَ الآخر.

بيان ذلك انّ الضّرر من المكره بطبعه يتوجّهُ علىٰ الثّالث ولَيْسَ ابتداً عَلىٰ المأمورِ والمأمور، آلةُ ايجاد الضّرر عَلىٰ الثّالثِ.

وحينئذٍ، القولُ بعدم ايجاد المكره، الضّرر عَلىٰ الثّالث وتحمّل الضّرر عَلىٰ نفسهِ وشمول لاضرر عَلىٰ المكره، خلاف الامتنان والعكسُ بالعكسِ يعنى الضّررُ يتوجّه

علىٰ شخصٍ بطبعه، ولايجوزُ انحرافه الىٰ الغير.

فهنا مواردُ تعارض الضّررين، استثنوا منها الموردين:

الاوّل: ما اذا توجّه ضررٌ عَلىٰ الغير بحيث لا يجب عَلىٰ الانسان تحمّلُ هـذا الضّرر.

الثّانی: اذا توجّه ضررٌ عَلىٰ شخصٍ لا يجوز له انحرافُ الضّرر عَلىٰ الغير

وامّا المورد الثّالث فهو ما اذا كان احدهما سبباً والآخرُ مسبّباً ولا يلزم الضّررُ فی السّبب، ان يكون بمقدارٍ تصدق عليه قاعدةُ «من اتلف...» حتّىٰ قلنا: «انّ هذا اتلف مال ذاك.»

ومعلومٌ: انّ الامر دائرٌ فی جميع الضّماناتِ فيما اذا تلف زيدُ مثلاً مالَ عمروٍ بين توجّه الضّرر: امّا عَلىٰ زيدٍ او عَلىٰ عمروٍ الّذی كان متلفاً.

ومع ذلك لا يُعدُّ هذا من تعارضِ الضّررينِ.

غاية الامر، لا يلزم فی السّببية كونه بمقدارٍ تصدق عليه قوّة السّببِ عَلىٰ المباشر كما ذكره صاحبُ الجواهرﷺ وتصدق قاعدةُ الاتلافِ بل يكفی صدق نـوع مـن السّببية حتّىٰ لا تشمله «قاعدة لا ضرر» لولم يكفِ فی صدقِ **«من اتلف...»**

فمن كان سبباً لتوجّه الضّرر عَلىٰ الغير وشخصاً آخر لم يكن سبباً لتوجّهِ الضّرر عليه **فحينئذ** اذا قلنا بانّ من لم يكن سبباً، يتوجّه الضّـرر عـليه ولم يـرد الضّـرر متوجّهاً عَلىٰ من كان سبباً للضّرر فهُوَ خِلاف الاِنسانِ.

ومن جملة الموارد المذكورة، «قاعدة الغرور» يجری فيها الاِمـتنانُ وخـلاف الامتنانِ ايضاً.

نحن نقول: انّ مورد تـعارضِ الضّـررين فـی الضّـررينِ العـرضيّنِ تشـتملهما **«لاضرر»** وليس شمولُ **«لاضرر»** عَلىٰ احدهما مخالفاً للامتنان.

وامّا ما نحن فيه فليس الفردان فی فرضٍ واحدٍ بل وقع احدُهما فی طول الآخرِ وكانا من قبيل السّبب والمسبّب.

وكما انّه نقول: فی باب الاصلِ السّببی والمسبّبِی، بقاعدةِ: **لا تـنقض...** واصـل

البراءة وغيرهما من الاصولِ اَنْ تشمل هذا الاصول السّببىّ والمسبّبىُّ فى عـرضٍ واحدٍ وليس بابُهُ باب تعارضِ الاصلينِ وتعارضُ الاستصحابين وتعارضِ البراءتينِ وكذلك يَجرِي هذا فى جميعِ الادلّةِ حتّىٰ قالوا فى بابِ العموماتِ والاِطلاقاتِ مثلاً اذا كانا فردين اللّذين كان شمولُ العامّ عَلىٰ احدِهما، سبباً لذهاب موضوعِ الفـرد الآخر **وبعبارة اُخرى** دوران الاَمر بين التَّخصيصِ والتَّخصّصِ الّذى بابه باب السّبب والمسبّبِ.

كيف ماكان، مسألة موردِ تعارضِ الضّررين فيما اذا وَقَعَ الضّرران فى عـرضٍ واحدٍ لا فى الطّول وكان شمولها عَلىٰ احدهما فى حَدِّ ذاته، مُوافقاً للامتنانِ فـلا مجال لتعارضِ الضّررين واذا كان من قبيل السّبب والمسبّب، «فلا ضرر» تشـمل المسبّب ولا تشمل السّبب وكذلك واذا كان فى البينِ غرورٌ وغارٌّ ومغرورٌ سواءٌ قلنا: بانّ **«قاعدة الغرور»** قاعدةٌ مستقلّةٌ برأسها ام لا؟

لانّ هذا الاستظهارَ، دائر مدار موافقته للامتنان او غيره **لانّ** تشريع **«لاضـرر»** لاجل الامتنان عَلىٰ الامّةِ ولا امتنانَ عَلىٰ الامّةِ لبسط يدِ الغارّ وعدم رجوعِ المغرور عليه.

بعبارةٍ اُخرىٰ ما نحن فيه من قبيل ما عنونُه الشّيخُ ﷺ فى بابِ حديث الرّفع وباب **«لاضرر»** و **«قاعدة لاحرج»** وساير القواعد الّتى سبقت لاجل الامـتنانِ وانّ هـذا الدّين، دَينٌ سهلٌ وسمحةٌ من انّ بسط يد الظّالمِ خلافَ الامتنانِ فلا يُعَدُّ المقام من موارد تعارض الضّررِ لما قرّرِ فى محلّه من انّ الفرض انّ احدهما غارُ الآخرُ مغرورٌ واحدهما، سببٌ والآخر مسببٌ **وقاعدة لاضرر،** بقرينة كونها فـى مـقام الامـتنان لايشملُ الغارَّ ولايُتوهّمُ انّ هذا، تمسّكٌ بقاعدةِ الغرور لا بقاعدةِ لا ضرر **لانّا** ولو قلنا انّ فى باب الغرورِ، ليس نصّ خاصّ ايضاً، قلنا انّ «لاضرر» لا تشمل الشّـخص المضّارِ والغّارَ حتّىٰ تبسط يدهُ فى الضّرر **لانّ** الشّمول خلافُ الامتنانِ فليس المقامُ مقام تعارضِ الضّررينِ.

هذاكلّه فى الغرامة الثّالثةِ وهى ما اذا لم يُستفد فى مقابلها شىءٌ من المنافع وامّا

الغرامة الثّانيةُ فهی ما تجعل الغرامةُ فی مقابل منافعٍ متصلّةٍ ومنفصلةٍ من الثّمار واللّبن والصّوفِ والوبر فقلنا سابقاً: انّه من باب ترتّبِ الايادي يعنی للمالكِ، الرّجوع علیٰ البايع او المشتری **غاية الامر** اذا رجع المالكُ عَلیٰ البايعِ، فالبايعُ لا يرجعُ الیٰ المشترِی واذا رَجَعَ الیٰ المشتری، له حقّ الرّجوعِ عَلیٰ البايع.

كما تریٰ لا تخلو صورةُ المسألةِ عن الغرابة **لانّ** المنافع كلّها، استوفَهٰا المشتری **ومعلومٌ:** انّ من لَهُ الغنمُ فعليه الغرمُ وعلیٰ القاعدة، يجبُ عَلیٰ المشتری **حيث** انّ البايع، لم يستفد من المنافعِ **فرجوع** المشتری الّذی اِستوفیٰ من المنافع، الیٰ البايعِ الّذي لم يستوف من المنافعِ اصلاً **لايخلو عن غرابةٍ** ولذا يحتاج الی اقامة دليل لهُ.

قال الشّيخﷺ **وغيره اَنَّ** المشهور بل الاشهرَ انّه اذا رجع المالكُ عَلیٰ المشتری يرجع المشتری اَيضاً عَلیٰ البايعِ وان لم تكن المسألة اجماعيّاً.

استدّل عليه بامورٍ سابقةٍ من قبيل: «**قاعدة لاضرر**» و «**قاعدة الغرور**» و «**صحيحة جميل**» الّتی وردت فی باب قيمة الولدِ.

جريانُ قاعدةِ «لاضرر» هنا اشكلُ من جريانها فی الفرضِ السّابقِ و وردَ عَلیٰ «**قاعدةِ لاضررَ**» اشكالاتٌ ثلاثةٌ واجنبا عن الاشكالاتِ الثّلاثةِ سابقاً وهُنا يتوجّه اشكالٌ رابعٌ ايضاً لم يتوجّه هٰذا الاشكالُ فی الفرض السّابقِ.

وحاصل الاشكال: انّ «**لاضرر**» لا موضوعٌ هنا والاشكالات السّابقة فی الفرضِ السّابق، مربوطةٌ لشبهةٍ حكميّةٍ راجعةٍ الیٰ الكبریٰ.

وامّا الاشكالُ هنا فهو اشكالٌ صغرویٌّ **حيثُ** انّ هنا ليس ضرر اصلاً **لانّه** استفاد من مَنافعها والغرامّةُ المتخذّةُ من المشتری، ليست ضرراً عليهِ بل استفاد مثل المبيع نعم: توجّه هذا الضّرر فی الفرضِ السّابق حيثُ لم يكن فی مقابل غرامته، شیءٌ من المنافعِ.

والمخالف فی المسألة، صاحبُ الرّياضﷺ **حيثُ** ذهب بانّه لا يرجعُ المشتری علیٰ البايع وهذا الفرضُ كما ذهب الیٰ الرّجوع، فی الفرضِ الثّانی وكذلك صاحبُ المستندَ خالَفَﷺ فی الجملة حيثُ ذهب فی الفرضِ السّابقِ بالرّجوعِ مطلقاً وامّا

هنا فقد ذهب انّه يرجع فيما اذا كان البايع عالماً وامّا اذا كان جاهلاً فلا يرجعُ.

وجهُ صاحب الرّياض فى عدم الرّجوعِ، انّه ليس هنا ضررٌ **لانّ** الدّليل امّا قاعدة الغرورِ وامّا قاعدة «**لاضرر**».

وامّا قاعدة الغرورِ فيما اذا لم يكن فيه ضررٌ فليس لهُ دليلٌ والدّليلُ ان كان فهو قاعدة «**لاضرر**» ولا ضرر ايضاً، لا تصدق هنا **لانّه لم** يكن هنا ضررٌ اجابَ الشّيخ رحمه الله عن صاحب الرّياض فى مقابلِ اشكالهِ الصغروّيِ بانّه ضررٌ هنا **لانّ** المشترى، اِستوفىٰ من المنافع بتخيّلِ انّه مال نفسهِ ومطالبة مقابلِ استيفاء المنفعةِ، ضررٌ عليه وايّ ضررٍ.

ولا فرق بين هذا وبين من قدّمَ الىٰ غيره طعاماً فى انّه قالوا بالاجماعِ بانّه يرجعُ الىٰ قيمة مالهِ ولا يجوز القول بانّهُ اكل ويجب ردُّ قيمته ولَيس ضرراً عليه واذا كان اِشكال صاحب الرّياضِ، جارياً فيجرى فيما اِذا قَدَّم الىٰ الغير طعاماً ايضاً.

لا يخفىٰ عليك، اختلافُ الشّيخ وصاحبُ الرّياض ولو كان فى بادئ النّظرِ اختلافاً صُغرويّاً فى انّ صاحِبَ الرّياض اِدّعى اَنَّهُ ليس ضرراً حيث اَخَذَ فى مقابلها شيءٌ والشّيخُ اِدّعى انّه ضررٌ **ولكن** لم يُصرّح انّ وجهه كونه ضرراً واِستأنسَ الحكم من مُشابهته فيما لو قدّم الىٰ غيرهِ طعاماً... **ومع ذلك** يمكن ان يقال: انّ النّزاع بينهما، كان كبرويّاً ويرجعُ الىٰ الاختلافِ الكبرويِّ وكان مربوطاً بمسألةٍ كانت محلّاً للبحث فى باب «**لاضرر**» **وهو انّ الضّرر له اطلاقانِ:**

اطلاقٌ فى الضّرر المالىّ، كما فى السنة التُّجار واهل السّوق.

ويمكن اَنْ يقال: انّ دائرةَ الضّررِ اَعَمُّ من الضّرر المالىِّ فالضّررُ يَصدقُ عَلىٰ الضّرر العرضىِّ والشّرفِ.

فَاَنِ قلنا: انّ المرادَ من الضّررِ، الضّرر فى الماليّاتِ **فحينئذ**، يَصِّحُ قول صاحب الرّياض **لانّه لم** يكن هنا ضررٌ **لانّ** المشترى استفاد من المبيعِ، المنافع، والغرامةُ فى مقابل هذه المنافعِ.

وامّا اذا كانَ الضَّررُ، اعمّ من الضّرر المالىِّ كما انّ الكلامُ فى مورد روايةِ «**سمرة**

بن جندب» لم يكن الضّررُ، المالیّ بل فی الاذنِ وقال النّبیّ ﷺ: انّك رجلٌ مضّار ومعلومٌ: انّ الضّرر ليسَ، الضّررُ المالِیُّ بل الدّخول من دون اذنِ صاحب الدّارِ، ضررٌ عليهِ.

ويعلم من تتّبعِ الرّوايات الواردةِ فيها مادّة الضّررِ، انّ مراد الشّارعِ من الضّررِ، ليس الضّرر المالیّ فقط بل كل ما يُعَدّ ضرراً.

كما قال الشّيخ ﷺ فی الفرائد فی موضعٍ بانّ حجر المالك ضررٌ عليه ولو لم يكن موجباً لنقص المال **ولذا** ليس فرقٌ فی باب خيار الغبن بين الغنیِّ والفقير وكان اختلافُ صاحب الرّياض حيثُ قال: بانّه ليس هنا ضررٌ حيث استفادَ من المنافع وغيره **حيث قالوا:** كان هنا ضررٌ **مبنیٌّ** عَلیٰ انّ المستفاد من ضرر فی قاعدة **«لاضرر»**، الغير المالیُّ او الضّرر المطلقُ كما انّ ظاهر الادلّة وتتّبع موارد الضّررِ **يشهدُ** انّ الضّرر لايختصُّ بالضّررِ المالیِّ بل يشتمل كلّ ضررٍ.

فكلام الشّيخ عند المقابلة مع كلامِ صاحب الرّياض، اَوْجَهُ من كلام صاحب الرّياضِ.

قلنا سابقاً: فی القسم الثّانی من الغرامات يعنی غراماتٍ اغترمها المشتری فی مقابلِ المنافع الّتی استوفها المشتری من المبيع اذا كانَ جاهلاً بالغصبِ سواءٌ كانت المنافع منفصلةً مثل الثّمارِ والالبانِ والاصوافِ او غير ذلك ام متصلّةً؟ ثمّ ردّ المالكُ، المعاملةَ.

فحينئذٍ للمالك الرّجوعُ الیٰ المشتری واخذ قيمةِ المنافع والمنفصلةِ، فی هٰذه الصّورةِ، يجد المشتری نفسهُ مغترماً حيث لم يتصوّر انّه فی مقابلِ الثّمن الّذی اعطاه اِلیٰ البايع، كان غارماً **هَلْ** له ان يرجع اِلیٰ البايع ام لا؟

قلنا فيه وجهان: المشهورُ انّ للمالك ان يَرجعَ عَلیٰ البايع وله ان يَرجعَ عَلیٰ المشتری بحكم ترتّب الايادیِ فاذا رجع عَلیٰ المشتری فللمشتریِ اَنْ يرجع الیٰ البايع.

قولٌ آخر انّ المالك يرجعُ الىٰ المشترى ولا يرجعُ المشترى الىٰ الغارّ وهو البايع.

وقول ثالثٌ فى قبال القول الثّالثِ وهو انّ المالك يرجع الىٰ البايع الغاصب من دونِ اَنْ يرجع الىٰ المشترى واِختارَ المحقّق الثّانى فى الشّرايعِ هذا القولَ فى بابِ الغصب فالمسألة ذات اقوالٍ ثلاثةٍ؛

بالجملة؛ جعل المشهورُ مسألتنا من جزئيّاتِ مسألةِ ترتّبِ الايادى مع فرضِ انّ البايع كان غارّاً.

وحكم ترتُّبِ الايادى انّ السّابقَ يرجعُ عَلىٰ اللّاحق ولا يرجعُ اللّاحق عَلىٰ السّابق الّا اذا كان السّابق غارّاً وجعلُوا ما نحن فيهِ من هذا القبيلِ.

نتكلّم فى قول المشهورِ فى المسألة وهو انّ للمالك حقُّ الرّجوع عَلىٰ البايع وله ايضاً حقّ الرّجوع الىٰ المشترى فى المنافع المنفصلةِ والمتّصلةِ فاذا رجع عَلىٰ البايع فالبايع لا يرجع عَلىٰ المشترى وامّا اذا رجع عَلىٰ المشترى فللمشترى ان يَرجع عَلىٰ البايعِ يعنى قرارُ الضّمان عَلىٰ غير من تلف عندهُ يعنى قرار الضّمان عَلىٰ البايع دون المشترى الّذى اِستوفىٰ المنافع

دليلهُ ما ذكرناه فى المسألة السّابقة من قاعدة **«لاضرر»** و **«قاعدة الغرور»** وامّا الاجماع الّذى ادّعى فى المسألة السّابقة، فهو ليس

هنا نعم: الرّواية الّتى يتمسّك بها فى الفرض السّابق، يكون قابلاً للتّمسّكِ بها هنا ايضاً علىٰ احد الاحتمالينِ.

امّا «قاعدة لاضرر» فقد قال بعضٌ بعدم جريانها فيما نحن فيه ولا فى المسألةِ السّابقةِ لاجل الاشكالاتِ الواردة عليها من انّها تجرِى فى الاحكام المجعولة لا فى العدّمياتِ.

وايضاً انّها لا تُوجبُ اثباتَ حكمٍ بل تُنفى الحكم الضّررىِّ.

وايضاً كان الضّرران متعارضين **ومع ذلك** تمسّك بعضٌ هنا فى الفرض الثّانى بقاعدة لا ضررو نحن قلنا ايضاً: انّ الاشكالاتَ الواردة عليها مدفوعةٌ ويجوز

التّمسك بها فيما نحنُ فيه وفی الفرض السّابق **وقلنا سابقاً اَيضاً:** انّ صاحب الرّياض ذكر اِشكالاً رابعاً صغرويّاً.

وحاصله: انّ «**قاعدة لاضرر**» تجری فی المسألة السّابقةِ كما قال بـه المـحقّق النّراقِیُّ فی المستند **ولكن** لا تجری فيمٰا نحن فيه **لانّ** هـذهِ المسألة، ليست فـيها ضرراً ماليّاً **لانّ** المشترى، اغترمَهٰا فی مقابل المنافع فليس فی ذلك ضررٌ.

قلنا سابقاً: وجهاً بانّ اشكالَ صاحب الرّياضِ، لا يرد ويَصدقُ الضّـرر هـنا كـما اختاره الشّيخ ﷺ.

وهذا مبنیٌّ عَلیٰ البحث المعروف فی قاعدة لا ضررَ من انّ المقصودَ من الضّرر فی قاعدة لا ضرر، هل الضّرر المالیُّ او كلّ الضّرر؟

والظّاهرُ انّها تشملُ كلّ الضّرر.

بناءً عليه، لا تجری قاعدةُ لا ضرر فلا يرد الاشكالُ الصّغرویُّ لصٰاحب الرّياض **لانّ** الضّرر كان مفروضَ الوجودِ ومجرّدُ انّ المشترى، اِستفادَ فی مقابل الثّمن من المنافع من المبيع، لا يرفع الضّررَ.

والّا من كان مَدْعُوّاً للضيافة ومن قدّم شخصٌ الیٰ واحد طعاماً فقال له: انّ هذا الطّعام لك فكلهُ فاكله ثمَّ بٰانَ انّه من مال الثّالثِ

ومن الواضح مع الاكل اوردَ الضّرر عَلیٰ الغيرِ **لانّ** المضيف، لم يأكل بعنوان انّهُ ماله بل بعنوان انّه مجانٌ.

صاحب الرّياضِ اراد ردّ القاعدتين فيما نحن فيه (قاعدةِ لاضرر وقاعدة الغرور) ولذا اختار فی المسألةِ، قولاً آخر **وهو انّ الحقّ** انّ للمالك ان يرجع عَلیٰ المشترى وليس للمشترى ان يرجع الیٰ البايع نظراً الیٰ انّ دليل الضّمان، ليس بتامّ **لانّ** دليل الضّمان، ليسِ بِتامّ **لانَّ** دليل الضّمانِ امّا لا ضررَ واِمّا قاعدةُ الغرورِ وامّا قـاعدةُ الغرورِ فَهِیَ تنطبقُ عَلیٰ قاعدةِ لا ضرر فهی لم يدلّ دليلٌ عليه والدّليلُ انّما هو لا ضرر ولاضرر ايضاً لا تشمل **لانّه** لم يَتَوَجَّهُ عَلیٰ المشترى ضررٌ فكـانت قـاعدة الغرورِ، مُدْغَمَةٌ فی لا ضرر وليست قاعدةً مستقلّةً بنفسها وهی من مَصٰاديقِ لا ضرر

حيثُ يصدقُ عليه الضّررُ وليست هى بِنَفسها قاعدةٌ أُخرىٰ.

فكلامُ صاحبِ الرّياضِ، يتركّبُ من جزئينِ، اعترض الشّيخ﵀ عَلىٰ جزءٍ منهما وعلى جزءٍ آخر اعترض صاحب الجواهر﵀.

فردّ الشّيخُ هذا الجزء وهو انّ لا ضرر، ليس لَهٰا مِصداقٌ بالتّقريبِ الّذى ذكرهُ و ردّ صاحب الجواهر﵀ الجزء الثّانى وهو اَنَّ مناط قاعدة الغرورِ، صدق الضّررِ وليس شيئاً آخر وقال صاحب الجواهر﵀: انّ قاعدة الغرور لها مناطٌ غير مناط قاعدة لاضرر.

ومناطُ قاعدة الغرورِ، قُوَّةُ السّبب عَلىٰ المباشر وهو كثيراً مٰا يتردُّد عَلىٰ السنةِ الفقهاءِ وكتبهم بحيثُ يُعلّلونَ اكثر الضّماناتِ بانّ السببَ اقوىٰ من المباشر فتكون نسبةُ الاكل مثلاً الى الآمر اَقْوىٰ من الآكل وكانَّهُ كان من مصاديق قاعدة: «**من اتلف...**» ودخلت قاعدة قوّةِ السّبب عَلىٰ المباشرِ، تحت قاعدة: «من اتلف...» **حيثُ** كان الاتلاف علىٰ نحوينِ:

اَلاتلاف المباشريُّ والاتلافُ السّببيُّ.

وفى الاتلاف السّببيِّ اَيضاً تارةً يكون المباشرُ من جملةِ القُوىٰ الطّبيعيّةِ كما ذكرناها سابقاً **وأخرى،** يكونُ المباشر حيواناً كما اذا اَلقاهُ فى مسبعةٍ او غير ذلك وهنا ايضاً كان السّببُ، اقوىٰ.

وثالثةً يكون المباشر انساناً كالمجنونِ والصّبيِّ والنّائم والسّكرانِ والمغرور وغيرها فيصدقُ هُنا اَيضاً انّ الغارّ، سببٌ والمغرور، مباشرٌ **فبناءً عليه،** مناط قاعدة الغرورِ، ليس شيئاً غير صدقِ قاعدة الاتلافِ وكان صاحب الجواهر﵀ ايضاً اَنْكَرَ اصالةَ قاعدة الغرور واِنْدرجها تحتَ قاعدة **«مَنْ اَتلف مٰالَ الغيرِ...»**

فصاحبُ الجواهر وصاحبُ الرّياض يشتركان فى انّهما انكرا، اصالةَ قاعدة الغرور حيثُ قال صاحبُ الرّياض: انّ المناط فيها، الضّررُ وصاحب الجواهر﵀: انّ المناط، قوّة السّبب عَلىٰ المباشر وبعبارةٍ اُخرىٰ، صدقُ قاعدة: **«مَنْ اَتلف مال الغيرِ**

فهو له ضامنٌ»

والاختلافُ بينهما فی انّ قاعدة الغرور، تدخل تحت اَیَّ قاعدةٍ؟

فان كانت داخلةً تحت: **«قاعدة لاضرر»** كما عليه صاحبُ الرّياض **فحينئذٍ** ليست قاعدةُ الغرورِ، دليلاً برأسها ولم تحتج الیٰ ذكر الدّليلينِ فی المسألة: احدهما **«لاضرر»** وثانيهما: **«قاعدةُ الغرور»** وامّا ان دخلتْ تحت قاعدة: **«من اتلف مال الغير فهو لهُ ضامنٌ»**

فيصّح ذكرُ القاعدتين **«قاعدةُ الغرورِ وقاعدةُ لا ضرر»** فی المسألةِ حيث كانتا دليلين ولو لم تكن لقاعدة الغرور، اصالةٌ وكانت داخلةً فی قاعدةٍ اُخرى وهی **«مَنْ اَتْلَفَ مالَ الغير فهو له ضامنٌ» بعبارة اُخریٰ:** قوّة السّبب عَلیٰ المباشر، اشارةٌ الیٰ قاعدة الغرورِ تدخل تحت قاعدة **«من اتلف...»** وكان الغارّ من مصاديقِ: **«مَنْ اتلف مال الغير فهو له ضامنٌ»** وكان سبباً للتّلفِ والمغرورُ كان مباشراً للتّلفِ فالسّبب هنا، اقویٰ من المباشرِ.

وردّ الشّيخ﵀ قول صاحبِ الجواهر﵀ بانّ قاعدةَ الغرورِ ليس لها هذا المناطُ وليس بين قاعدة الغرور وقاعدةِ: **«مَنْ اتلف...»**، ارتباطٌ ومورد قوّة السّببِ عَلیٰ المباشر، ما يكونُ اوسعُ من هذه المقامات **بل يكون موردُها** فی مُوردٍ كان المباشر آلة محضةً مثل القوی الطبيعيّةِ **وكذلك** اذا كانت الواسطةُ والمباشرُ حيواناً او انساناً ناقِصَ الشّعورِ مثل الصّبیِّ غير المميّز او المجنونِ او الغافلِ او النّائمِ واَمّا مسائلُ الغارّ والمغرور فليسَ من هذا القبيلِ وليس المباشرُ ضَعيفاً فی موارد الغرورِ **بحيثُ** اَنْ يستند الفعلُ اِلیٰ السّبب دون المباشرِ **لانَّ** فی الفرض الثّانی، اغترم المشترى، الغرامات مع الاختيارِ والعقلِ وليس المباشر فی هذه، ناقص العقل وضعيفَ المداركِ **وكذلك** فی الفرض الثّانی الّذی استوفیٰ المشترى، المنافع المتّصلةَ والمنفصلة، كان الفاعلُ مُستقلّاً مختاراً صحيحاً من دون كُرْهٍ ولا اجبارٍ فلم يكن المباشرُ ضعيفاً ولا يجوز سلب الفعلِ عنه وليس هو مثل العواملِ والقویٰ الطّبيعيّة مثل قتله بالرّصاصِ.

قال الشّيخ﵀: انّ قولَ صاحب الجواهر﵀ من اِحْتسابِ قوّةِ السّببِ عَلیٰ المباشر

مبنيّاً عَلىٰ قاعدة الغرورِ، لا يصّحُ.

نَحنُ قلنا سابقاً فى قول الشّيخ: بانَّ الموارِدَ الّتى ذَكَرهٰا الفقهاء فى بابِ الدّيات والحدودِ والغصبِ للسّبب والمباشرِ وعَلَّلُوها بقوّةِ السّببِ عَلىٰ المباشر، لايُؤيّدُ تطبيقهٰا عَلىٰ ما نحن فيه فى كلام الشّيخ﵀ **لانّ** اكثر الموارِدِ الّتى ذكروها لقوّة السّببِ على المباشرِ، ليس لهٰا الشّرط الّذى ذكرهُ الشّيخ﵀ وهو كونَ المباشرِ بحيثُ يُسلبُ الفعلُ عنه ويُسْتندُ الفعلُ الىٰ السّبب فقط وذكرت اَمْثِلتُها ايضاً فَراجِعْ.

والآن نتعرّضُ لمعنىٰ قولهم: قوّةُ السّبب عَلىٰ المباشرِ فى هذه الموارِدِ وكُنّا لم‌نتقله سٰابقاً:

المستفادُ من كلماتِ الفقهاء فى باب الحدودِ والدّياتِ وباب الغصبِ فى معنىٰ قوّة السّببِ عَلىٰ المباشر ما يؤيّدهُ الاعتبار يعنى يُسنَدُ التّلفُ الىٰ المباشر والسّببِ كليهما **ولكنّ العرفُ يرىٰ** الاصالة مع السّببِ يعنى الاسناد موجودٌ فى الاصلِ والفرعِ واسنادهِ الىٰ السّببِ هو الاصل واِسنادُهُ الىٰ المباشر، هو الفرع كما يقال: **«فتحَ الاميرُ، المدينةَ وفتح العسكرُ المدينه»** حيثُ انّ الاسنادَ فى كليهما، صحيحٌ باعتبارينِ **ولكن اسناده الفتح الىٰ الامير**، اصلٌ وغيره فرعٌ فاشكالُ الشّيخِ عَلىٰ صاحب الجواهرِ﵀ مِنْ اَنَّ قوّة السّببِ عَلىٰ المباشر تنحصُر فى مواردَ كان المباشرُ بمنزلة الآلة ولم تصدقِ النّسبةُ عَلىٰ المباشر، يُخالفُ الموارد الّتى ذكرت فى بابِ الحدود والدّياتِ والاستدلالُ والمسائلُ الّتى فى هٰذا البابِ وباب الغصبِ وكل بابِ الضّمانات، ليست نسبةُ الفعل اِلىٰ المباشرِ، مجازاً بل يصدقُ الاتلاف عَلىٰ المباشر والسّببِ كليهما حقيقةً.

وبالجملة؛ لا يؤيّدُ قول الشّيخ، لا كلماتَ الفقهاء فى الابوابِ المذكورةِ ولا مدارَ المسألةِ.

ونحن نقولُ لصاحب الجواهر والشّيخ، اَنّهُ يلزم البحثُ فى انّ قاعدةَ الغرور كان لها دليلٌ خاصٌّ فان كان لَهُمٰا دليلٌ خاصٌّ فهى قاعدةٌ مُستقلّةٌ سواءٌ صدقت عليهٰا قاعدة **«لاضرر»** ام لم تصدقْ وسواءٌ صدق عَلىٰ سببه اَنّه اقوىٰ ام لم يصدق؟

وَاِن لم يكنْ له دليلٌ خاصٌ فلا مجال للبحث عنهُ.

ولكن قلنا: انّ له دليلٌ خاصٌّ واَخبارٌ خاصّةٌ، اعترف الفقهاءُ بها واِعتمدُوا عَلَيْهَا فكان ينبغِي ان يكُون الدُّخول للبحثِ وخروجه محل الكلامِ، هذه الرّوايات ودليلُهَا، دلالتهَا كما فَعلوهَا.

بالجملةِ، المدارُ عَلىٰ هذا وكانت قاعدة الغرورِ، قاعدةً مستقلّةً ولا يختصُّ ببابِ النّكاح امّا بالغاءِ خصوصيّةٍ او لعموم التّعليل ام لا؟

وعَلىٰ الفرض، اِنْ قبلنا قول صاحب الرّياضِ والقولَ بانّ **«لا ضرر»**، لا تصدق هنا لانَّ المشترى اخذ فى مقابل المنافع شيئاً، **قلنا** انّه تصدق قاعدةُ الغرور ولا دليل عَلىٰ انّه يجب تطبيقُ قاعدة الغرورِ فى موارد الضّررِ فَقَطْ **بل يمكنُ** فى موارد اُخر مثلِ تعارضِ الضَّررينِ حيثُ لَيسَ مَوجوداً ويُمكن اَنْ تَحْصُلَ قاعدة الغرورِ واَيضاً ملاحظةُ مَوردِ ورودِ الاَخبار، لم يعلم صدقُ الضّرر معَ صدق الغرورِ مثلاً: زَوَّجَ احدٌ امرأةً بعنوانِ انّها حرّةٌ فبانت اَمَةً فقالوا: يتعلقُ المهر لَهَا وجواز اخذه فهنَا لم يتوجّه الضّررُ عَلىٰ الزّوج **حيثُ** استفادَ من الزّوجهِ، مدّةَ طويلة وترتّب عليهَا آثارَ الزّوجيّةِ **ولكن** تصدقُ عليه قاعدة الغرورِ.

اَلاشكالُ عَلىٰ الشّيخ فى مورد ذكرِ المُكرهِ، من اَمثلةِ قُوّة السّببِ عَلىٰ المباشرِ **وحاصلُهُ:** انّ الشّيخ﵀ قال: «انّ موارد قوّة السّببِ عَلىٰ المباشر، كانت من قبيل مواردِ كون المباشر كالآلةِ ولا يسنَدُ اليهِ الفعلُ بل يسنُد اِلىٰ السّببِ وذكر﵀ له امثلةٌ مثل الحرق والغرقِ ومن جملتها، فعل المكرهِ حيثُ لم يَصّحُ الرّجوع عَلىٰ المكره واحتسب الشّيخُ﵀ المكره مثل القوىٰ الطّبيعيّة والحيوانِ ومسلوبِ الارادة والاختيارِ وهو بمنزلة الآلةِ.

وهذا المثالُ من الشّيخ﵀ لا يخلو عن اِعجاب **لانّ** الفقهاءَ قالوا فى باب الاكراهِ فى باب البيعِ والطّلاقِ والارتدادِ بانّ الاكراهَ، معناهُ، غير الاجبارِ وليس مَعنىٰ الاكراه، عدم القصد بل كان المكره، عاقِلاً مختاراً وقصدَهُ مع تعقلّهِ واختيارهِ اى اختارَ المكرهُ، اقلّ الضّررينِ فالمكره مختارٌ، فعل الفعل بارادته وعقلهِ فلا يجوز ان

يقال: اِنَّ المكرهَ كالآلة وانّه مثلُ العوامل الطّبيعيّةِ وكان مسلوب الاختيارِ.

فلذا يصدق الاسناد الفعل عليه **فلذا** يحتاجُ، تجويز فعل المكره، الىٰ دليل قوىٍّ فاذا كان بمنزلة آلالةِ وكان مسلوبَ الاختيار والارادةِ، لا يحتاج اِلىٰ دليل قوىٍّ.

تشهد عَلىٰ ذلك، المراجعةُ فى معنىٰ الاكراه عَلىٰ العرفِ حتّى قالوا: اِنَّ القصد، كان فى الاضطرار اَيضاً **حيثُ** قالوا: «**رُفعَ ما اضطرّوا عليه**» **فذكر الشّيخ**ﷺ مثال المكرهِ فى عداد سايرِ اَمْثِلَةِ العوامل الطّبيعيّةِ من الحرق والغرق والنّارِ والماء، لايخلو عن اشكالٍ.

ويشهدُ لما قلناهُ من اَنَّ للمكرهِ، القصدُ والاختيارُ، انّه قالوا فى بابِ بيع المكرهِ بانّهُ لو رَضِيَ المكرهُ بعد العقدِ، صحّ العقدُ وجعلوهُ اَولىٰ من الفضوليّ وتعرّضُوا بانّ المكره اذا قدر عَلىٰ التّورية هل تلزمُ التّورية ام لا؟ يعلم منه انّ العقد الّذى كان لازماً فى البيعِ كان موجوداً فى المكره وانّما المتخلّفُ، الرّضا واذا رضى، صحَّ.

اَلشّيخُﷺ بعد ردّ قول صاحبِ الجواهرﷺ قالﷺ حينئذٍ يلزم ذِكرُ ادلّةٍ اُخرىٰ للمسألة وذكرﷺ اربعة **ادلّة منها: لاضرر، منها: الاجماعُ ومنها:** الاخبارُ، **منها:** قاعدةُ الغرورِ وانّه كان الغارُّ اى البايعُ سبباً لتغريمِ المغرورِ والمشترىِ.

نحن نقولُ: فی هذه الادلّةِ اشكالاتٌ لا يخفیٰ عَلیٰ المتأمّلِ.

امّا مسألة «لاضرر» الّتی تمسّك الشّيخ بها فهی تصّح **ولكن** سوقَ الكلام مع صاحب الجواهرِ﵀ مع قطع النّظر عن **«لاضرر»** بانّ قاعدة الغرورِ ماذا حالها؟

وامّا الاجماع فهو الاجماع الّذی اِدّعاه فخرُ المحقّقين فی انّ كلّ ما كان السّببُ اقوی من المباشر، كان السّبب ضامِناً.

وهذا الاجماع من الشّيخ﵀ عجيبٌ **لانّ** هذا هو بعينه هو الّذی ردّ به صاحبُ الجواهر **حيث كان** مفهوم كلام صاحب الجواهر﵀ هو الّذی قال به الشّيخ﵀ هنا **غاية الامر،** لم يذكر﵀ اِسمَ الاجماع، قال صاحبُ الجواهر: انّ السّبب اقوىٰ من المباشر وردّه الشّيخُ بانّه مخصوصٌ فی موارد يكون المباشرُ آلةً وما نحن فيه غير ذلك او اَوْسَعُ من ذلك.

وبعد ردِّ صاحب الجواهر﵀ قال هُنا نقلاً عن فخر المحقّقين بأَنَّ الاِجماع، عَلیٰ انّ كل ما كان السّببُ، اقوىٰ من المباشر، فهو ضامنٌ.

ولذا يحتاجُ هذا الكلامُ من الشّيخ﵀ اِلیٰ توجيهٍ حتّی يتخلّصَ من التّناقضِ الصَّريحِ.

ويمكن اَن يوجّهَ بانّ مراد الشّيخ هنا انّ السّبب اَقوىٰ من المباشر، ليس معنیٰ المباشر هنا بمعنیٰ الآلةِ بل معناهُ الّذی ذكرناه من الاصيلِ وكان ا لمرادُ من المباشر الّذی كان فی معقد الاجماعِ، ما كان التّشبّه فی الفعل اضعفُ من السّبب **ولذا كان** هذا التّوجيه صحيحاً لينبغی للشّيخ﵀ القول بهذا المعنیٰ للمباشر من الاوّلِ والابتداء كما انّه يكون كذلك لاغير.

بالجملة، هذا لا يخلو عن غرابةٍ.

وامّا جريانُ قاعدة الغرورِ هنا بتقريب انّ الغارّ، كان سبباً لتغريم المشترى يعنی تجديدُ كلام صاحب الجواهر﵀ من انّه اسناده اِلیٰ السّببِ دون المباشرِ هنا فی ثوبٍ آخر، **فالفرقُ** بين قولِ الشّيخ وصاحب الجواهر ماذا؟

مع انّهما اى صاحبُ الجواهر والشّيخ قالا بكونِ الغارّ، سبباً وقالاٰ عَلىٰ قوّة السّبب عَلىٰ المباشر.

ولكن بينهما فرقٌ فى المسّبب فِصاحبُ الجواهر﵀ جعل مورد ملاحظةِ السّبب والمباشر، نفس المالِ الّذى كان تالفاً.

وبالجملة، المنافعُ والمعوّضُ ومنافع المبيع وكان المشترى مباشراً بالنّسبة اِلىٰ هذهِ الاموال وسببه، البايع فالبايعُ اقوىٰ **حيث** كانَ غارّاً وامّا الشّيخُ﵀ فلم يقبله **وقال:** ليس كذلك بالنّسبةِ اِلىٰ تلف المال **لانّ** المشترى اذا تلف المال يكونُ غارماً وقال الشّيخُ: انّ السّبب لكون المشترى غارماً هوالبايعُ فالبايع هو سببٌ لتغريم المشترى ولم يكن له نظر اِلىٰ منافع مال المالك بل نظر اِلىٰ الغرامة فى مقابلِ المال **يرد عليه ايرادانِ:**

الايراد الاوّل: هو الّذى قالوا وهو انّ التّغريم، حُكمُ الشّارع ولا يكونُ حكم البايع، فلايجوز القولُ بانّ البايع كانَ سبباً لحكم الشّارع بل كان سببه، الشّارعَ.

وامّا بالنّسبة اِلىٰ فعل كان مصداق حكم الشّارعِ ففرضنا انّه لم يكن شيئاً بالنّسبة اِلىٰ هذا الفعل وهذا قول صاحب الجواهر الّذى عدل الشّيخ عنه **وصاحبُ الجواهر**﵀ كان يقولُ: انّ البايع كان سبباً بالنّسبة اِلىٰ اتلاف المال وكان المشترى مُباشراً وكان السّبب، اقوىٰ ولم يقبلهُ الشّيخُ﵀ فعليه ليس هو سبباً بالنّسبة اِلىٰ الفعل وايضاً لَمْ يَكُنْ سبباً الىٰ حكمِ الشّارعِ الّذى لم يكن فى اِختيارهِ فالقولُ بانّه كانَ سبباً للتّغريمِ ما يعنىٰ به؟

يُمكن اَن يُجاب عن هذا الايراد بانّ فعلَهُ كان سبباً اِلىٰ حكم الشّارعِ وغيره بانّ فعلهُ كان بحيثُ يوجب التّغريمَ يعنى قال البايعُ بالمشترى اِنّ المالَ، مالى وبعتهُ لك وصار المالُ مالَك وليست فى مقابلِ الاستفادهِ عنه غرامةٌ فخدع ثمَّ بان انّه لم يكن ماله وكانت له غرامةً.

يعنى المقصودُ من التّغريمِ، ايجاد الوضع بحيث صار مصداقاً للتّغريمِ **وامّا الايراد الّذى** نحن نقول به فهو انّ الفرضَ مع قطع النّظر عن قاعدة الغرورِ وتصحيح

المطلبِ بقاعدة من اتلفَ... وانّ مرجع قاعدة الغرور انّ الغارّ كان سبباً لتغريمِ المشترى، انّ الّذى يُستفادُ من ادلّة الضّمانِ انّ من كان سبباً لاتلاف الغير فهو له ضامنٌ لاجل: «عَلىٰ اليدِ ما اخذت...» وغيرها.

وامّا التّغريمُ يعنى انّ احداً اذا فعل فعلاً عَلىٰ احدٍ، يوجب اَنْ يكونُ الطّرف مصداقاً لحكم الشّارع بالحبسِ والزّجرِ واخذ الغرامةِ فهو يوجبُ الضّمان، فهذا شيءٌ لم يدلّ عليه دليلٌ وانّما الموجودُ فى الادلّة: **«عَلىٰ اليد ما اخذت حتّى تؤدّى»** و **«مَنْ اتلف مال الغير...»**

وغيرهما ممّا يكون موردها، الاموالَ وامّا من فعل شيئاً وحكم الشّارعُ عليه قهراً بالتّغريمِ فهو عليه ضامن فلم يرد بهذا المضمونِ دليلٌ.

بالجملة؛ الادلّةُ الاربعةُ الّتى ذكرها الشّيخُ﵀ من **«قاعدة لاضرر»** والاجماعِ وقاعدة الغرورِ و... بناءً عَلىٰ انّ الغارّ سببٌ للتّغريمِ كلّها لا يخلو عَن اشكالٍ كما اشرنا انا اليه سابقاً.

مسألةٌ: المشترِي اِذا اغترم من البايعِ الغاصبِ الفضوليِّ للمالك او لغير المالك شيءً او اشياءً هل يرجعُ عَلىٰ البايع الغاصبِ فى مقابل تحمّلِ الغرامةِ ام لا؟ واذا رجعَ فى ايِّ صُورةٍ يرجعُ؟

قلنا هنا: انّ المشترى تارةً يكون عالماً بالغصبِ واِمّا جاهلاً به، واِنْ كان عالماً بالغصبِ وفهو لا يرجع عَلىٰ البايعِ فى شيءٍ من المذكوراتِ لانّ المشترى ايضاً غاصبٌ فى عرض الغاصبِ البايع وعليه احكامُ الغاصب فلا يرجعُ الىٰ البايع لشيءٍ ممّا اغترمهُ.

وَاَمّا اذا كانَ المشترى جاهلاً بكون البايعِ غاصباً فقلنا فى هٰذا الفرض، انّه يرجع الىٰ البايع بعد الاغترامِ فى اكثر الموارد وهنا حصلتْ فروضٌ وقد بحثنا عن بعض فروضها من جُملتِها:

بَحثنا عن اَنَّ المشترى اذا تحمّلَ غراماتاً بحيثُ لم يرجِعْ عليه فى مقابلها شيءٌ مثل اُجرةِ الحمّال والدّلال واُجرةِ الحمل والنّقل واُجرة الاصلاح وغير ذلك من النّشرِ ومثل الغرسِ والبناءِ ممّا لم يحصل فى مقابلهٰا شيء عليه قلنا فى هذه الموارد، يرجع المشترى عَلىٰ البايع الغاصب بلا اشكال فيه وهو مجمعٌ عليه.

وامّا فى المنافعِ المستوفاةِ مثل الاستفادةِ من الثّمار والالبانِ وغيرهما بزعمِ انّها ماله ثمّ بان انّه مال الغيرِ فى انّه هل يرجع فيها ام لا؟ **فيه وَجهانِ** بل قولانِ قال بعضٌ: بعدم الرّجوع لعدم توجّه الضّررِ عليه واخذ الغراماتِ فى مقابل استفادتهِ من المنافعِ.

وقال بعضٌ: بالرّجوعِ لاجل الضّررِ والغرور وكانَ المورِدُ مثل: «**مَن قدّم اِليهِ طعاماً فاكلَهُ بتخيّل اَنَّهُ مالُ المُقدمِ**» وقد تقدمَ الكلامُ عنه **وامّا المسألةُ** الّتى كانت اليوم، مورداً للبحثِ، الفرض الثّالثُ وهو زيادةُ القيمة عَلىٰ الثّمنِ مثلاً اذا فرضنا انّ مورد المعاملةِ الواقعةِ، كانت قيمتهُ الواقعيّةُ، الف دينارٍ **ولكن** اشترىٰ من الغاصبِ جاهلاً بالغصبِ، بخمسة مأةِ دينارٍ ثمّ بان انّه كان مغصوباً واِدّعىٰ المالكُ مِنَ المشترِي، القيمة بعدِ كونهِ تالفاً و عَلِمَ اَنّ قيمتَهُ مع انّه اِشترىٰ من المالكِ بخمسة مأة

تومانا.

يقعُ البحثُ هنا هل يرجعُ المشترى عَلىٰ الغاصبِ البايعِ واخذَ تمامَ ما ادّاهُ الىٰ المالكِ ام ليس له حقُّ الرّجوع ام كان فيه تفصيلٌ بين عدمِ الرّجوعِ فيما التزم عَليهِ من الثّمنِ فی ضمنِ المعاملةِ وهو خمسةُ تومانٍ وبين الرّجوعِ بمقدار الزّيادةِ؟ ولذا كان عنوان المسألة زيادة القيمة عَلىٰ الثّمنِ **يستفادُ** من بعضِ الكلمات وحتّی من عبارة الشّيخ﵀ **انّ فی المسألة ثلاثة اوجهٍ بل يعلم انّ فيه ثلاثة اَقوالٍ:**

حيث انّ السّيّد﵀ اختار القول بجواز الرّجوع فی تمام الثّمن.

وامّا الشّيخ﵀ فقد قام بعدم الرّجوع فی جميع الثّمن بل فصلّ فی المسألة وقال بالرّجوع بمقدار الزّيادة لا فی اصل الثّمن الّذی وقعت المعاملة عليه **وقال بـعضٌ** بعدم الرّجوع مطلقاً حتّیٰ فی الزّيادة ايضاً.

مَبنىٰ هذهِ الاقوالِ الثّلاثةِ ماذا؟

اَمّا وجهُ قولِ من قال بعدِم الرّجوعِ بشيءٍ حتّىٰ فى الزّيادةِ فهو انّ معنىٰ الغرور، الغرّةُ وعدم التّوجهِ الىٰ الجهاتِ.

وامّا مَن كان مُتوجّهاً وعَلِمَ انّ المبيعَ له ماليّةٌ وكان مال الغير ومع ذلكَ اقدم علىٰ ضمانهِ وهذا الاقدامُ ضدّ الغرورِ والفرضُ انّ هُنا، كان الاقدامُ عَـلىٰ الضّـمان **لانَّ** المفروض انّهُ وقع البيعُ والفرض انّ البيع من العقودِ الضّمانيّةِ ومن جملةِ الادلّة فى ضمانِ المثلِ والقيمة: **«فى كُلّ عقدٍ يضمنُ بصحيحهِ يضمن بفاسدهِ.»**

ومن جملةِ الادلّةِ ذكروا: «قاعدةُ الاقدام» وقالوا انّه اقدم عَلىٰ الضّـمانِ **غـاية الامرِ،** اقدم عَلىٰ الضّمان بشيءٍ مخصوصٍ بثمنٍ معيّنٍ لم يصّح ذلك الثّمنُ ولم يسلم له الثّمنُ ولكن بقىٰ مطلقُ الضّمان فتجرى هنا قاعِدَةُ الاقدامِ **لانّه** وقع بيعٌ وكان البيع من العقودِ الضّمانيّة وفى كلِّ عقد ضمانٍ، كان اقداماً عَلىٰ الضمان ومعنىٰ الاقـدامِ علىٰ الضّمانِ، عدم كونه غارّاً.

غاية الامرِ، كان من شأنِ الاقدامِ انّ المقدم اذ اقدم عَلىٰ الاقلّ من الثّمنِ ثُمَّ بانَ انّه اكثر فيلزم عليه ردّ الاكثرِ كما فى كلِّ عقدٍ فاسدٍ من جهة غير جهةِ الغصبِ مثل كون المعاملةِ، معاملةً ربويّة او مجهولةً او متعذّر التّسليمِ؛

اقدم فى العقودِ الفاسدةِ عَلىٰ الاقلّ ثُمَّ ظهر انَّ قيمته اكثرُ فيلزم عليه الاكثرُ لانَّ الاقدامَ باصلِ الضّمان، يوجبُ الضّمانَ الواقعيِّ ولو لم يكنِ الضّمانُ الواقعيُّ مورداً لنظر المشترى.

بالجملة؛ ذكروا من جُملةِ ادلّةِ الضّمانِ، الاقدامُ وقالوا فى بابِ ضمان الاقدامِ انّ الاقدامَ بضمانٍ مُقيّدٍ، يكفى فى الضّمانِ المطلقِ **فقاعدة الاقـدامِ،** تـقتضى الضّـمان بالقيمةِ الواقعيّةِ والفرض اَنَّ الاقدامَ، منافٍ للغرور وحيثُ كان فيه اقدامٌ عَلىٰ الضّمان فليس فيه غرورٌ فلا تجرى قاعدة الغرورِ فى المورِدِ فلا دليل عَلىٰ رجوع المشترى علىٰ البايع فيما اغترمَهُ للمالك من زيادة القيمة عَلىٰ الثّمن **لانّ** مدرك الرّجوعِ هنا عمدتُهُ، قاعِدَةُ الغرورِ.

هذا وجهُ قول من قال بعدم الرّجوعِ وكانت المسألةُ بمنزلةِ المنافع المستوفاةِ **وقلنا فى باب المنافع المستوفاةِ** فى الفرض السّابقِ من انّ صاحب الرّياضِ وجمعٌ من الفقهاء القدماءِ، قالوا بعدم الرّجوعِ فى المنافع المستوفاةِ **لانَّ** الغرور هنا، ليس غروراً يوجب الغرامةَ وكان الغرورُ موجباً للضّمانِ فيما اذا كان سبباً للغرامة ولم يوجب ضرراً ماليّاً كالمنافعِ المُستوفاةِ.

وامّا الشّيخُﷺ فقد فصّلَ فى مقابلِ هذا القولِ وقال بعدمِ الغرورِ بالنّسبةِ الىٰ الثّمن **ولكنّ** الغرورَ كان حاصلاً بالنّسبة الىٰ الزّيادةِ.

فماذا وَجْهُهُ وماذا جوابُ الشّبهةِ المذكورةِ؟ وهى انّه كان هنا اِقدامٌ موجبٌ للضّمانِ وكلّ موردٍ كان فيه اقدامٌ، ليس فيه غرورٌ.

ولا يخفىٰ: انّ الجواب الّذى قال الشّيخُﷺ عنه وان كان لايخلُو عن غموضٍ وابهامٍ **ولكن** توجيههُ وتنقيحهُ: انّ هنا مسألتانِ ومطلبانِ اختلطا معاً فى كلامِ المستدلِّ وهو انّ المشترى من البايعِ الغاصبِ تَوَجّهت عليه مسألتانِ:

الاولىٰ: اَنّ المشترِى الّذى تلف المبيعَ، ما كانت وظيفتُهُ بالنّسبةِ الىٰ المالكِ الواقعىِّ؟

ومسألة اخرىٰ اَنَّ المشترى، بالنّسبة الىٰ البايع الغاصبِ، ما كانت وظيفتُهُ؟

وامّا المسألة انّ الاقدامَ موجبٌ للضّمانِ، فهو فى المسألةِ الاولىٰ يعنى انّ المشترى كان ضامِناً فى مقابل المالك لانّه اقدمَ وليس له غرورٌ بالنّسبة الىٰ المالك، ما غرّه وما خدعَه؟

والاقدامُ الّذى كان موجباً للضّمان كان اقداماً مُوجباً للضّمان للمالكِ، يمكن ان يُقال بكفاية الاقدام بالضّمان فى الجملة فى الضّمانِ المطلق.

وامّا مسألتنا فهى ليست انّ المشترى يكون ضامِناً فى مقابلِ المالكِ فى البعض اَوِ الكلِّ وانّ المالكَ هل غرّ المشترى ام لا؟

بل المسألةُ انّ وظيفة المشترى فى قبال الغاصب ماذا؟

هذا مسلّمٌ انّ البايع الغاصب، كان اغرّ المشترى وخدعهُ **غايةُ الامر،** لا تصدق

الخدعةُ والغرورُ فى مقدار الثّمن **لانّ** المشترى، يلزمُ عليه ردُّ هذا المقدار من الثّمن ولو كان البايعُ صادقاً فرضاً اَيْضاً ولم يلتزم البايعُ عَلىٰ عدم اخذ خمس دينارٍ فالبايع ما غرّهُ وما خدعه بالنّسبة الىٰ مقدار الثّمنِ وامّا بالنّسبةِ الىٰ الزّيادة من مقدار الثّمنِ فقد غرّهُ وخدعهُ.

وامّا اِقدامُ المشترى عَلىٰ الضّمان فى مقابل المالكِ فلا يرفع الغرورَ وغفلة تغرير البايعِ.

فكلّ مقدارٍ اقدمَ عَلىٰ الضّمانِ ليس فيه غرورٌ يعنى ليس غرور فى مقدار خمس مأةِ دينار الّذى فرض ثمناً فى البيعِ **لانّه** لو كان البايعُ صادقاً ايضاً لكان يلزم عَلىٰ المشترى ان يؤدّىَ خمسَ مأة دينارٍ وامّا بالنّسبة الىٰ الزّيادةِ فيفرق فيها صدق البايع وكذبه فان كان البايع صادقاً فى دعواه، المالكيّةَ لما يلزم عليه شيءٌ ازيد من خمسةِ مأة دينارٍ وامّا فى الفرض انّه كاذبٌ فيلزمُ عليه ازيد منها فلزوم الزّيادة نشأ من كذب البايع وتغريره ومن تعميتهِ.

خلاصةُ جواب الشّيخﷺ انّ لنا اقدامان فى مقابل الاثنينِ:

اقدامٌ موجبٌ للضّمان للمالك وهو انّه يكفى الاقدام فيه فى الجملةِ فى الضّمان المطلقِ.

اقدامٌ يوجب رفع الغرورِ بالنّسبةِ الىٰ الغارّ والغاصب وبالنّسبةِ اِلىٰ غير المالكِ وهو تختصُّ بما اقدم عليه ولا يجرى ازيد ممّا اقدم ففرقٌ بين الاقدام والاقدام، اقدامٌ رافعٌ للغرور واقدامٌ موجبٌ للضمان للمالك.

والاقدامُ للضّمانِ، يكفى فيه الاقدام فى الجملة وامّا الاقدامُ الموجبُ لرفع الغرورِ بالنّسبة الى الغاصب لا يكفى فيه الاقدامُ فى الجملة ويلزم فيه الاقدامُ بمقدار ما اقدم عليه.

ومن هنا، كان فرقٌ بين الاقدامينِ وبين الشّخصينِ، المالك والغاصبِ وبين المسألتينِ: مسألةِ الضّمان ومسألةِ الرّجوعِ وكانّ هاتينِ المسألتين اختلطتا معاً والمستدلُّ قال حيث كان اقدامٌ وكان يكفى الاقدامُ فى الجملة فى الضّمان المطلقِ

وحيث كان الاقدام منافياً للغرورِ فليس للغرور هنا موردٌ ولكن لم يحتسب الفرق بين الاقدامينِ والفرق بين الضّمانِ والرّجوع والفرق بين الغاصب والمالكِ.

وهذه المسائل، تفترقُ معاً موضوعاً ومحمولاً ومناطاً **لكن** اختلطا واشتبها، هذا خلاصةُ كلام الشّيخِ﵀

وكما قلنا: انّ كلام الشّيخ﵀ لا يخلو عن غموضٍ وابهامٍ ويمكن ان يستفادَ ما قلناه من كلام الشّيخ بالتّدقيقِ والتّحقيقِ.

وامّا وجه قول السّيّد﵀ فی مراجعةِ المشترى عَلىٰ البايع الغاصب فـی جـميع الثّمن وللمشترى، المراجعةُ عَلىٰ البايع بجميع ما اغترمهُ **فلانّ القيمة،** غير الثّمن **لانّ** الثّمن الّذى فرض فی البيعِ بَطَلَ وسَقَطَ واذا كان الثّمن موجوداً عند البايع فيردّ منه وكان الثّمنُ كان لم يكن شيئاً **ولكن** انّ المشترى زَعَمَ انّ المبيع، مالُه ثمّ تـلف او اتلف فالغرامة **حينئذٍ** واخذ الزّيادةِ، غرامةٌ نشأت من الغرورِ.

نحن قبل البحث عن اصل المسألة، نقولُ:

انّ الانصاف انّ موقف كلام السّيّدِ﵀ فى مقابل استدلالِ الشّيخ﵀ ضعيفٌ فى الغاية **لانّ** قول السّيّدِ﵀ انّ اخذ الغرامةِ نشأت من الغرورِ، كلامٌ لفظيٌّ بحيثُ لا يقاوم فى مقابلِ استدلال الشّيخِ من انّ المشتريِ، التزم عَلىٰ مقدار من الثّمن بعد التّلف وهو خمسةُ مأةِ دينارٍ مثلاً سواءٌ كان البايعُ صادقاً او كاذباً فليس هنا غرورٌ وغفلةٌ.

وامّا بالنّسبة الىٰ الزّيادة فهو لم يلتزمْ بها ولم يكن توطين، للمشترى لها فهو شيءٌ اخذ منه عَلىٰ غرّة وغفلةٍ.

كيف ماكان، ممّا ذكرنا علم انّ زيادة القيمةِ عَلىٰ الثّمن لو اخذ من المشترى وليرجع به الىٰ البايع، قلنا انّ فيه ثلاثةُ اوجهٍ وقول الشّيخ﵀ هنا، التّفصيلُ الّذى كان يكفى فى بيان التّفصيلِ، عنوان المسألةِ «**زيادةُ القيمة عَلىٰ الثّمنِ**» وكان اصل الثّمن مفروغاً عنه والثّمن لا يرجعُ فى مقدار الثّمنِ بل الكلام انّ فى مقابل زيادة القيمةِ عَلىٰ الثّمن هل يرجعُ ام لايرجع؟

بناءً عَلىٰ قول الشّيخِ﵀ يرجع فى الزّيادة وكان للشّيخ﵀ هنا عبارةٌ وهى انّ: بل الرّجوعُ فى هذا المورد اَوْلىٰ من الرّجوع فى المسألة السّابقة وهى مسألةُ المنافع المستوفاةِ وقلنا فى المنافع المستوفاةِ انّه يرجع به عَلىٰ البايع.

قلنا فى مقابل هذه الشّبهة انّه استفاد من المنافع والثّمن الّذى اَعْطاهُ انّما وقع فى مقابل هذه الاستفادة وليس له ضررٌ ومع ذلك قلنا انّه ضررٌ وكان هنا غرور ويرجع **فحينئذٍ** من قال فى مسألة المنافع المستوفاةِ بِالرّجوعِ، فالرّجوع اولىٰ فيما نحن فيه وماذا وَجْهُهُ؟

لا يخفىٰ: انّ المحشّين قالوا فى وجه الاولويّةِ وجوهاً لا تخلو عن ايرادٍ وضعفٍ **ولا يبعد فى نظرنا** اَنْ يكون وجهُ الاوّلوية انّ فى المسألة استفيدت من المنافع وامّا مسألتنا فهى مسألة التّلف ومعنىٰ التّلف انّه لم يستفد منه يعنى تسلّم المشترى المبيع ثُمَّ تلف والمشترى اَعطىٰ قيمة التّالفِ **وبعبارةٍ اُخرىٰ** مسألتنا، بمنزلة المنافع غير

المستوفاةِ والشّيخ رحمه الله لم يعنون باب المنافع غير المستوفاة ولكن ذكر فی بعض الكتب **وما نحن فيه** مثل المنافع غير المستوفاة الّتی لم يعنونها الشّيخُ فكما انّ فی المنافع غير المستوفاةِ، كانت منافع ومالٌ ولكن تلفت وتؤخذ الغرامة فی مقابلها فلا اَقَلَّ من انّه لم تكن تالفةً بل استفيدَ منها.

فمن قال بالرّجوعِ فی المنافع المستوفاةِ فيلزم القولُ بالرّجوع فی هذا الباب بالاَوْلیٰ **لانّ** المنافع المستوفاة، لااقلّ من انه استفيدَ من المنافع **ولكن** هنا لم يستفد من المنافع وكانت المسألة، مسألة التّلف لا الاتلاف والانتفاعِ فكان هذا وجه الاولويّة فالوجوه الّتی قالوا فی الحواشیِّ لا تكفی وامّا الوجهُ الّذی ذكر فی هذا سواءٌ كان هذا اولیٰ منه ام لا؟ لم يكن مؤثّراً فی سير المسألة فهو اَنَّ مثل صاحب الرّياض افتیٰ فی المسألة السّابقة ما يوجب التّعجّب فی بادی النّظر **ولكن** حَلُّهُ كان بالّذِی قلناه **وتوضيحه** انّ صاحب الرّياض كما نقل الشّيخُ رحمه الله عنه فی المنافع المستوفاة انّه ذهب اِلیٰ عدم رجوع المشترى عَلیٰ البايع حيث لم يكن له ضررٌ ماليٌّ وقاعدة الغرور، انّما تجرى فيما اذا كان ضرراً ماليّاً.

ولكن صاحبُ الرّياض فيما نحن فيه وهو زيادةُ القيمةِ فی باب الغصب، صَرَّحَ بالرّجوعِ وكانّه وَقَعَ التّنافی بين هاتين الفتويين فی بادی النّظر **لانّ** الّذی كان فی المنافع المستوفاة وهو الاستفادة عن العين، كان هو بعينه موجوداً فيما نحن فيه **لانّ** الثّمنَ الّذی اخذ منه، كانت العين فی مقابله وعدم الاستفادة منها، لادخالة للمالك حيثُ انّ المالك يأخُذُ الثّمن الّذی اَعطیٰ العين فی مقابله وكان حالةَ المنافع المستوفاةِ والكلامُ ههنا هو الكلام هنا **حيث** انّ صاحب الرّياض صرّح بانّه لكن ضررٌ ماليٌّ فی المنافعِ المستوفاة حيث استفاد فی مقابل الثّمن من المنافع وهو ايضاً كذلك فيما نحن فيه **حيث** انّ عين المالكِ، كان فی اختيارِه فی مقابل الثّمن واما عدم استفادته من العين، فليست له دخالة للمالكِ.

ومن هنا يرد الايرادُ فی بادئ النّظر من مَنَعَ من الرّجوعِ فی المسألة السّابقةِ واَثْبَتَهُ فی تلك المسألة مع انّهما واحدٌ طريقاً ومناطاً **ولكن يمكن** ان يُقال: انّ منشأ

نظر صاحب الرّياض ومنشأ الاولويّةِ انّه فرقٌ بين المنافع المستوفاة والمنافع غير المستوفاةِ مع انّه لم تعلم عقيدة صاحب الرّياض فى المنافع غير المستوفاة ولم يذكره فى باب التّجارة ولا فى باب الغصبِ.

بالجملة؛ مسألةُ زيادة القيمة عَلىٰ الثّمن فى صورة التّلف، بمنزلةِ الرّجوع فى مسألة الرّجوعِ عَلىٰ المنافع غير المستوفاةِ فاذا منع صاحبُ الرّياض، الرّجوع فى المنافع غير المستوفاة، فيلزم المنع فيما نحن فيه ايضاً **ولكنّ** الّذى منع الرّجوع، انّما هو فى المنافع المستوفاةِ.

ففرقٌ بين المنافع المستوفاةِ ومسألتنا، ومسألتُنا بمنزلة المنافعِ غير المستوفاة ومن هذهِ الجهة كانت لما نحن فيه اولويّةٌ فى المنافع المستوفاةِ يعنى كان نظر الشّيخ﵀ فى اولويّةِ الفتوىٰ بالرّجوع فى زيادة القيمة عَلىٰ الثّمن، من الفتوىٰ بالرّجوع فى مسألة المنافع المستوفاة، انّ هى مستوفاةٌ وهذهِ غير مستوفاةٍ **لانّ** هذا تلف دون الاتلافِ يعنى استفاد المشترى فى مقابل الثّمن الّذى اَعطاهُ الىٰ البايع، من المنافع ومع ذلك قلنا بالرّجوع ومن قال بالرّجوع فى المنافع المستوفاةِ، قال بالرّجوع فى مسألتنا الّتى لم يستفد من المنافع بالْاَولىٰ.

وينبغى ان يُفسّرَ نظر الشّيخِ فى قولهُ الْاَولىٰ، هكذا.

خُلاصةُ الكلام نحن قلنا فی باب ردِّ بيع الغاصب لنفسه مَسألتنان:

مسألةٌ راجعةٌ الیٰ رابطة المشترى مع المالك و وظيفةِ المشترى فی مقابلِ المالك الواقعیِّ وهو الضّمان فی جميع المراحل فهو ضامنٌ فی كلّ ما يضمنُ فيه غيره.

ومسألةٌ اخریٰ: رجوع المشترى عَلیٰ الغاصب فيما اغترمُه للمالك **فحينئذٍ** اذا كان عالماً بالغصب، لايرجع واذا كان جاهلاً فيرجعُ فی بعض المسائلِ والفروض قطعاً فادّعوا فيه الاجماعَ مثل انّه اغترمه من دون مقابلٍ له وامّا فی مثل المنافع المستوفاةِ وفی مثل زيادة القيمة عَلیٰ الثّمن، اختلفوا فمنهم من قال: بجواز الرّجوع ومنهم من قال: بالعدمِ.

وامّا فی مورد مسألةِ زيادة القيمة عَلیٰ الثّمن فهنا ثلاثةُ اقوالٍ:

جوازُ الرّجوع، عدم جوازِ الرّجوع والتّفصيل فی مقدار الثّمن والزّيادةِ فلايرجع فی مقدار الثّمن ويرجع فی الزّيادة وقلنا: انّ منشأ الوجوه اِنَّ الاقدام الّذی كان هنا، ينفی مع الغرورِ فليس غرورٌ فيكفی الاقدامُ بالضّمان فی الجملة فی الضّمان المطلقِ، هذا وجه القول الاوّلِ.

وامّا وجه القول الثّانی فهو انّ الاقدام، اِقدامانِ وهنا مسألتانِ: مسألةَ الضّمانِ علیٰ المالكِ وفيها يكفی الاقدام فی الجملةِ.

ومسألةُ الرجوع بالمشترى فالاقدامُ هنا كان رافعاً للغرورِ بمقدارٍ كان فی نظرِ المقدم يعنی بالنّسبةِ اِلیٰ الثّمنِ وخمس مَأةَ دنانير وامّا بالنّسبةِ اِلیٰ المقدار الّذی لم يقدم المشترى عليه فهو ليس رافعاً للغرور بالنّسبة اِلیٰ البايع فيرجع به عَلیٰ الغارّ البايعِ قلنا انّ الشّيخ﵀ قال: انّ الرّجوعَ فی هذه المسألة اَوْلیٰ من الرّجوعِ فی المنافع المستوفاةِ **ووجه الاولويّة**، ما كان فی وجه الجمعِ بين الفتويين اللّذينِ قال صاحبُ الرّياض فی هٰذهِ من المسألتينِ حيث اَفتیٰ فی مسألة المنافع المستوفاةِ بعدم جواز الرّجوعِ وامّا فيما نحن فيه فَجَوَّز الرّجوع او اَوْجَبَهُ فعلم منه الفرق بين المسألتينِ فكانت هنا اَولويّةٌ بالنّسبةِ اِلیٰ جواز الرّجوع بحيثُ حتّیٰ من لم لم‌يقل فی تلكَ المسألةِ بالرّجوعِ فليقل فی هذه المسألة بالرّجوعِ.

الكلامُ فى لازم مسألةِ: زيادة القيمةِ عَلىٰ الثمن هل للمشترى حقُّ الرّجـوعِ الىٰ البايعِ اَمْ لا؟

قد قلنا سابقاً: انّه اذا كانت القيمة، زائدةً عَلىٰ الثّمن كان للمشترى حقُّ الرّجوع اِلىٰ البايع لِاَجل: «**قاعدةُ الغرورِ**» و «**قاعِدَةُ لاضرر**» بالشّرح الّذى قلناه سابقاً **بقىٰ الكلامُ فى لازمِ هذا الحكم وهٰذِه الفتوىٰ** وهو انّه اذا قبلنا هٰذِه الفتوىٰ فيما نحن فيه، يلزمُ قبولُها فى نظيرِها ومُشابهها ايضاً مع انّ ظاهر المشهورِ فى نظيره، غـيرُ هـذا الحكمِ وذلك فى مطلقِ العقود الفاسدةِ وما نحن فيه كان فرداً من افرادِ العقد الفاسدِ **غايةُ الامر**، الفسادُ فيما نحن فيه لاجلِ الغضب لامن جهاتٍ اُخرىٰ مثل كونه مجهولاً او مُتعذّر التّسليمِ والشّرط غير المقدورِ.

قالوا فى العُقودِ الفاسدةِ: «**كلُّ عقدٍ يُضمنُ بصحيحه، يُـضمنُ بـفاسدهٍ**» وقـالوا بالضّمان فى العقدِ الفاسدِ سواءٌ كان المشترى عالماً بالفسادِ او كان جاهلاً به ونحن فرضنا الكلامَ هنا فى فرض الجهالةِ الّتى كانت مشابهةً لما نحنُ فيه.

المشهورُ قالوا فيما اذا باع البايع، المبيع مأةَ دنانيرَ ثُمَّ تلف فَـبانَ: اَنَّ المـعاملة كانت باطلةً فـاسدة، يـلزم عـمل الطّـرفينِ بـقاعدة ضـمان: «**عَـلىٰ اليـد**» وهـو الضّمان بالقيمةِ الواقعيّة سـواءٌ كـان اَزيـدَ مـن الثّـمنِ او انـقص مـنه مـع انّ لازم اَخْذِ المالك الزّيادةَ من المشترى فللمشترى ان يرجعَ الىٰ البايع مع انّه ليس للـبايع فيما نحنُ فيه حقُّ اخذ الاكثرِ لَعينِ الدّليلين: «**دليلُ لا ضرر**» و «**قـاعدةُ الغـرورِ**» حيثُ قلنا:

اِنّ فى «**قاعدةِ الغرور**» لم يكُنْ علمُ الغارِّ مُـعتبراً سـواءٌ كـان الغّـارُّ عـالماً او جاهلاً مع انّهم لم يقولُوا به لا فى عٰـالمه ولاٰ فـى جـاهله بـل قـالوا فـى جـميعِ العقودِ الفاسدةِ اذا كان الثّمنُ فيها انقص من قيمةِ المبيع، **ظاهِرُ المَشهورِ** انّه يلزم عَلىٰ البايع، رَدّ الثّمنِ الىٰ المشترى واَخذ القيمةِ والماليّةِ الواقعيّةِ من المشترى ولو كـان ازيد.

فحينئذٍ يبقىٰ سؤالٌ من انّ «**قاعدة لاضرر**» اين ذهبتْ مع انّ المشترى، يـتضرّرُ

فلم يُحسبُ ضررٌ هيٰهنا ولم يحسب الضّرر هنا؟

وكذلك تجرى **«قاعدةُ الغرور»** هنا اَيضاً مع انّ ظاهر الشهورِ خلاف ذلك **لانّ** ظاهر المشهورِ انّ العقد اذا بانَ فاسداً يصير كان لم يكن شيئاً وكانّه لم يَقَعْ عـقدٌ ويرجع الىٰ المشترى ويأخذُ قيمته من المشترى ولو كانت تلك القيمة، ازيدَ.

بالجملة: يبقىٰ هذا السّؤالُ بعد ما الدّليلُ عَلىٰ جريانِ الغرور **«دليل لا ضرر»** فى فرد من اَفرادِ العقود الفاسدةِ يعنى فيما اذا كان الفسادُ من جهة غاصبيّةِ البايع فـى مورد زيادة القيمةِ عَلىٰ الثّمنِ وعدم جريانها فى سايرِ العقودِ الفاسدة الّتى لم يكنِ الفسادُ من جهة الغصبِ بل من جهاتٍ اُخرىٰ ولم تحسب زيادة القيمةِ عَلىٰ الثّمنِ ضرراً ولم تجر الغرورُ.

ولكنَّ السّيّدُﷺ التزمَ بهذا اللّازم وقال به ايضاً: عدم حقٍّ للبايعِ المطالبة ازيد من الثّمنِ الّذى عامل عليه من المشترى.

بناءً عَلىٰ ما ذهبَ اليه السّيّدﷺ يكون هذا العقد الفاسدُ، قريبُ المخرج مع العقد الصّحيح من هٰذه الجهة فكما انّ العقد اذا كـانَ صـحيحاً لايـجوزُ له الاخـذُ مـن المشترى ازيد من الثّمنِ وكذلك الفاسد وذلك خلافُ ظـاهر الكـلمات والفـتاوى سيأتى انشاء... تمامَ الكلام فى اصلِ المطلب وقولِ السّيّدﷺ فيما بعدُ.

هذا كلّه فى زيادة القيمة عَلىٰ الثّمنِ الموجودةِ حينَ العقدِ.

الكلامُ فى فرضٍ آخر

وهو انّ القيمة حين العقدِ، لم تكن زايدةً عن الثّمن حين العقد ثُمَّ زادت فيما بعدُ اِمّا لاجلِ ترقّى القيمة السُّوقيّةِ او لاجل زيادةٍ فى العينِ او غير ذلك **فَحينئذٍ** اذا اَخَذَ المالكُ قيمة هذه الزّيادة الحاصلةَ بعد العقد، يرجعُ المشترى عَلىٰ البـايع بـالاَوْلىٰ **وذلك** انّ رجوعَ المشترى عَلىٰ البايع فى الزّيادة حين العقد كان مُسلّماً كان الحكمُ فى هذا الفرضِ بالاولىٰ **لانَّ** فى الزّيادة الحاصلة حين العقدِ كان محالاً للقولِ بانّ الزّيادةَ كانت ممّا اقدم عليها كما نقلنا سابقاً عن بعضِ القائلينَ من انّ الاقدام اصل

الضّمانِ، يكفى فى مطلق الضّمانِ **فاذا قبلنا** هذا الكلام فهو راجعٌ الىٰ حالة المبيع حينَ العقد واَمّا الحالاتُ التى تُوجَدُ بعد العقد مثل انّه زعم المشترى اَنّ المبيع، كان مالَهُ وكانت الزّياداتُ من الالبان والاوبارِ والثّمار، له مجّاناً من دُونِ شيءٍ فى مقابلها ولا تجرى مسألةُ الاِقدام الّذى يجرِى فى الزّيادة حين العقدِ فكانت منشأ لشيءٍ من الشّبهةِ فى هذا الفرضِ ولذا قالوا: انّ هذا الفرض اَوْلىٰ من الفرض السّابقِ.

مسألة: ما اذا لم يَتْلَفْ تمام العينِ بل جزءٌ منها او وصفٌ منها نقصٌ او تلفٌ حينئذٍ، يأخذُ المالك العينَ وقيمة النّقصِ من المشترى كما انّه يأخذ قيمةَ تمام العين اذا كانت تالفةً حيثُ كانَ مضموناً كلّاً وجُزءاً او وصفاً **فحينئذٍ يقع البحثُ** فى انّه هل للمشترى، الرّجوعُ اِلىٰ البايع فيما اَدّىٰ اليه ام لا؟

يلزم هنا احتسابُ الكلِّ ويلزم التّفصيلُ فيما يرجعُ والقول بانّ قيمةَ هذا الجزءِ هل تطابقُ مع قسط الثّمنِ ام كان ازيد وان كان مطابقاً فهو لا يرجعُ بشيءٍ وان كان اَزيدَ فهو يرجعُ فى الزّيادةِ.

بالجملة؛ الكلامُ فى الجزء بعينهِ، الكلام فى الكلّ بالنّسبة اِلىٰ الوجوه والاقوالِ، والمطالبُ الّتى قلناها فى زيادةِ القيمة عَلىٰ الثّمن فى الكلِّ، تجرى فى الجزءِ حرفاً بحرفٍ وطابق النّعلُ بالنّعل **غايةُ الامر،** بالنّسبة الىٰ نفسهِ.

اَوْرَدَ بعضُ المُحشّينَ اى المحقّقُ الايروانىّ ﷺ فى هذا الفرض اِشكالاً وحاصلُهُ، الفرق بين الجزءِ والكلّ وقال: انّا قلنا: انّه يرجع المشترى عَلىٰ البايعِ فى الكلّ فى الزّيادةِ لا فى كلّ الثّمنِ.

ولكن نقولُ هنا بالرّجوعِ فى كلّ ماادّاهُ **وذلك** لانَّ معنىٰ اِشتراءِ الكلِّ فى قبال مبلغٍ، ليس معناه انّ كلّ جزءٍ من الكلّ كان فى مقابلِ كلّ جزءٍ من المبلغ بل معناهُ انّ الكلِّ فى مقابل تمامِ الثّمنِ.

وبعبارةٍ اُخرىٰ انّه تمام مجموعيٌّ مثل مكاتب مشروطِ لامكاتبٍ مُطلقاً والكلّ بالكلِّ لايلزم منه ان يكون كلّ جزءٍ من الكلِّ مقابلاً لكلّ جزءٍ من الثّمن.

نعم: يصّح هذا فى المثليّاتِ مثلِ الحنطة **ولكن** فى الاشياءِ الّتى كانت لها هيئةٌ وحدانيّةٌ كالدّار والبُستانِ والكتاب وغير ذلك فلا يَجرِي هذا الحساب هُنا.

نحنُ نقولُ: هذا القول مضافاً اِلىٰ كونه خلاف المشهورِ، ضعيفٌ لانّ الكلّ سواءٌ كان عامّاً استغراقيّاً او عامّاً مجموعيّاً، يُقابل الثّمنُ بالمثمن ولذا اذا باعَ عبداً او داراً ثُمَّ بانَ بانّه ملك نصفهُ، صَحَّ فى النّصفِ وبطل فى النّصفِ الآخرِ.

بالجملة؛ قول المحقّق الايروانىّ ﷺ هنا مُضافاً اِلىٰ كونه مخالفاً لكلماتِ الفقهاءِ

الّذين ارسلوه من المسلّماتِ وفرّعُوا عليه فروعاتاً لا تـتمشّىٰ الّا عَـلىٰ التّـوزيع، ضعيفٌ فى الغايةِ.

هذا تمامُ الكلام فى الجزءِ الّذى لم يذكره الشّيخ﵀ وحَكمُهُ ما يرجع فى الزّائد عن قسطه، من الثّمنِ.

امّا فى الوصفِ فهو اذا اِشترىٰ عبداً كـاتباً مـغصوباً ثُـمَّ نسـى الكـتابة حـين الاِسترداد او الخياطة او الطّباخةِ او فرض انّ العَبْدَ كان سالماً حين الغصبِ وصار الآن مريضاً وذهب وصفُ السّلامة عنه **حينئذٍ**، يأخذ المالكُ، التّفاوتَ والنّقصَ.

هَلْ للمشترى اَن يرجع عَلىٰ البايع فيما اِغترمَهُ للمالك بازاء فقدِ بعضِ الاوصافِ ووصفِ الصّحة وغيرها ام لا؟

الشّيخ﵀ وان بحث فى المتنِ هنا عن ماعدا الوصف الّا انّهُ﵀ قال فى باب خيار العيبِ انّه لا فرق بين وصفِ الصّحة وغيرها من الاوصافِ فى انّه لايقابلُ بشىءٍ مِنَ الثّمنِ كما عن السّيّدِ﵀ بعدمِ الفرقِ.

وان فرضنا هٰذا الفرض مثل الفرضين السّابقينِ ولو قلنا بـالحسابِ هـنا مـثل الحسابِ فى الكلِّ والجزءِ، يلزم القولُ بانّه يرجعُ فى بعضِ ما اغترمَهُ مع انّهم قالوا: يَرجِعُ فى كلّ ما اِغترمَهُ ولا يجوز هنا حسابُ الجزءِ والقول بانّه لو فرضنا تـلف بعض الجزءِ منه، يَقْسُطُ فى مقابل جزء التّلفِ.

والشّيخ﵀ ايضاً قال: يَرجِعُ بتمام ما اغترمَهُ، فحينئذ يجئُ القولُ بانّه ما الفـرقُ بين الوصفِ والجزء ولِمَ لا يرجعُ فى الجزء فى تمامِ مٰا اغترمَهُ بَلْ يرجع فى بعض ما اغترمَهُ وهو الزّيادة وامّا فى الوصفِ فيرجع فى كلّ ما اغترمه، كانَّ وجهه ودليله، قاعدةً ومبنى كان للمتأخرين فى الجزء والوصفِ كما قـالوا: بـالفرقِ بـين الجـزء والشّرطِ فى بعضِ الامور التّكوينيّةِ وفى باب المأمور به وانّ الجزء كان داخلاً فى الماهيّةِ وامّا الشّرط فهو خارجٌ وكـان تـقيّدُهُ داخـلاً والاوصـافُ كـلّها خـارجـةٌ والتّوصيفُ والتّقيّدُ بِالاوصاف داخلةٌ.

اَلفُقهاءُ قالوا بالفرقِ بين الوصفِ والجزء فى المأمورِ بـه سـواءٌ كـان عـبادةً او

معاملةً.

وعليه فى بابِ المعاملةِ، كان الثّمن مقابلاً بالعينِ ولم يكن مقابلاً بالاوصافِ مثلاً اذا قال: «بعتكَ العبد الكاتِبَ بالفِ دينارٍ» وفرضنا انّ الفرق بين العبد الكاتبِ وغيره فى القيمة، خمسُ مأةِ دينارٍ **فحينئذٍ** ليس معنىٰ: بعتك العبد الكاتبَ بالف دينارٍ انّه بعتكَ العبد بخمس مأةِ دينار وكتابةِ العبد بخمس مأةِ دينارٍ اُخرىٰ.

يعنى ليسَ الوصفُ مقابلاً بالعوضِ ولو كان الكاتبُ وغيره، فرقٌ بينهما فى القيمةِ **ولكن** كان هنا راجعاً اِلىٰ عالم الدّاعىّ ولا يكونُ راجعاً اِلىٰ عالم الانشاءِ ولا عبرةَ فى المعاملاتِ بالدّواعىّ وُجُوداً وعَدَماً.

وليس حصولُ الدّاعىّ شرطاً لصِحَّةِ المعاملة ولا تخلّفه مُوجباً للفسادِ او موجباً لِخيارِ الفسخِ وكانتِ الدّواعىّ من قبيلِ العلل حيث يكونُ العلم بكونهِ كاتباً، يدعوكم اِلىٰ اَنْ تزيدوا فى القيمةِ ولكن تجعلُ القيمة حين المعاملةِ فى مقابلِ العين لا فى مقابلِ الاوصافِ.

وما يقالُ: انّ للشّرط قسطٌ من الثّمن وللوصف قسطٌ من الثّمنِ انّما هو باعتبار عالم اللّبِ والدّاعىّ وليس له قسطٌ من الثّمنِ يعنى لا يَقسّطُ الثّمنُ عَلىٰ الاوصافِ والشّرائطِ فى عالم المعاملة والانشاءِ يعنى كانت المقابلةُ بين الثّمنِ والعين لا انّ مقداراً من الثّمنِ جعل فى مقابلِ العين ومقداراً منه جُعِلَ فى مقابلِ الوصفِ.

عليه، مسألةُ الضّمانِ المعاوضىّ والاقدامُ الموجب الضّمانِ والاقدامُ الرّافع للغرورِ، لو كان شيئاً صحيحاً، انّما هو فى المال وفى مقابلهِ لا فى شىءٍ خارج عن المعاملةِ والمقابلةِ.

فمسألةُ الاوصاف، خارجةٌ عن المقابلة فاذا باع العبد الكاتبَ، ليس معناه بَاعَ عبداً وكِتابةً بحيث كانت الكتابةُ جزءً للمبيعِ ايضاً.

عليهذا حيث كانت الاوصافُ من قبيل الدّواعىّ لا المقابلة، ليس حسابُ الجزء فى كون كلّ جزءٍ من الثّمن فى مقابل جزءٍ من المثمنِ، فى الوصفِ، حيث لايجوز القولُ بانّ من التزم انّ هذا الموصوف مثلاً مورداً للبيع بانّه جَعَلَ مقداراً من الوصفِ

فى مقابل المثمنِ وحيث لم يرجع فى مقابله شيئاً يرجعُ المشترى فى تمام مـاادّاه عَلىٰ البايع.

هذا خلاصةُ كلام الشّيخ﵀ حيث قالَ به فى غير وصفِ الصّحة من الاوصاف وامّا السّيّدُ﵀ فقد قال به حتّىٰ فى غير وصف الصّحة ايضاً لانّ الوصـفِ، وصـفٌ مطلقاً، لا فرقٌ فى الوصّف بين الصّحة وغيرها وكلّ ذلك، وصفٌ وكلّ ذلك لا يقابل بالمال ويجرى الكلُّ فى وصف الصّحة ايضاً.

هذاكلامُ الشّيخ﵀ والسّيّدِ وقلنا انّ هذا مبنىٌّ عَلىٰ مبنى مشهورٍ بين المتأخّرين وارسلوه ارسال المسلّم فى باب الوصفِ وفى بـاب المـنافع وهـو انّ الاوصـافَ، لاتقابل بالمال حَتّىٰ المنافع الّتى نشأت من الاوصاف حيث كان كلّ منفعةٍ من المبيع ناشئاً من وصفٍ فى المبيع فاذا لم يكن للمبيع وصف لم تكن فيه منفعة.

فالاوصافُ، كانت منشأ المنفعةِ حتّىٰ المنافع الّتى كانت مالكيّتُها متأخرةً عـن العين رتبةً يعنى تملك العين اوّلاً فى البيع وغيره ثمّ تلزم منها ملكيّةُ المنافع تبعاً.

قلنا فى باب الاجارة انّ السّيّد﵀ ذَكَرَ فرعاً وهو انّه لو اَوْقَعَ بيعاً واجارةً فى زمانٍ واحدٍ كما اذا باع المالكُ داره فى زمانٍ واجارها وكـيله ايـضاً اِلىٰ الغـير، مـختارُ السّيّد﵀ انّ كليهما، يصّحان لانّ البيعَ يوجب ملكيّة العينِ اوّلاً ثمّ يـوجب مـلكيّة المنافع فى الآنِ الثانى.

وامّا الاجارةُ فيها تَملِكُ المنافعَ ابتداءً فلا تهمَلُ الاجازةُ بتمليكِ المنافع، فالبيعُ يعمل عملينِ: تمليكُ العين اوّلاً وتمليكُ المنافع ثانياً.

وامّا الاجارةُ فتعطى مالكيّة المنافع من الاوّل **ومعنىٰ** هذا انّ مالكية العين كانت معناً ومالكيّة المنافعِ، معنىً آخر ووقعت مالكيّةُ المنافع فى طـولِ مـالكيّةِ العـين وكانت للعين قيمةٌ وماليّةٌ وللمنافع ماليّةٌ وقيمةٌ اُخرىٰ **مع انّا لو فرضنا** العين خاليةً عن المنافعِ، لاقيمة للعين حينئذٍ وكانّهم﵃ نظروا اِلىٰ الاعيان فى باب المعامله بغير نظر الاموالِ بل نظروا عَلىٰ الاعـيانِ بـنظر الجـوهر والعـرض وبـالنّظرِ الفـلسفىِّ والطّبيعىِّ نظروا الىٰ الاعيان.

ومعلومٌ انّ النّظر اِلیٰ الاعیان نظراً فلسفیّاً او طبیعیّاً کانت العین جَوهراً وکانت لها اوضافاً بِمنزلَةِ الاعراض وکانت فی الرّتبة المتأخّرةِ واذا فرضنا باب الاموال مثل النّظر الفلسفیِّ یصّح المطلبُ.

ولکن اشکال المطلبِ انّ فی باب الاموال، لا ینظرُ بذات العین من حیث انّها جوهرٌ بل العین موردٌ للنّظر من حیث انّها منشأُ المنافع وکانت لها آثارٌ وفوائد یعنی لایجوزُ فرض عینٍ لم یعتبر فیها ایّ منفعةٍ کانت مورداً للمعاملةِ وکانت له الماليّةُ وکان هذا اوّلاً مملوکاً ثمّ تتبعها المنافع فی الملکیّة بل العین من جهة المنافع فهی مجمعُ المنافع وتکاثفها.

وامّا ما یقالُ: انّ المنافع کانت امراً تَدریجیّاً ویجب حُصُولها فی طول الزّمان وفرّعُوا علیها فروعاً فی بابِ الاجارةِ حتّیٰ تعدّی السّیّدُ﵀ عن هذا ایضاً و اَوْرد اِشکالاً علیٰ المشهور وقال: انّ قولهم بِاَنّ الاجرة تُملکُ بالعقد واذا تلفت العینُ فی الاثناءِ، کانت بمنزلةِ التّلف قبل القبضِ بالنّسبةِ اِلیٰ ما بقی ویَعرُضُه البطلانُ...

فَهو لَیْسَ بصحیح لِاَنَّ العین اذا تلفت فی الانثاء بانّه لم تَکُنْ للعینِ منفعةٌ من الاوّل وکان باطلاً من الاوّل ولم یکن مالکاً للاجرةِ من الاوّل فاذا تصرّف فی تمام الاجرة کان تصرّفه فضولیّاً وکان قولُهم بانّه یعرضه البطلانُ، لا یصّحُ بل یجب القولُ بانّه یکشف عن البطلانِ من اوّل البیع وهذا مبنیٌّ عَلیٰ جعل المنافع امراً تدریجیّاً، بذلك التّدریجِ **مع انّ الحقَّ** اَنْ یقال: انّ المنافع، لیست تدریجیّةً، ولو کان هذا مطلباً مشهوراً ولم یکن له قائِلٌ للانکار **ولکن** التّحقیقُ فی المطلبِ یقتضی القولَ بانّ المنافع من الجهة الّتی ترتبِطُ مع العین، لیس فیها تدریجٌ بل التّدریجُ فی الاستفادة وکانت منفعةُ کونها قابلة للسّکنیٰ وکانت حاصلةً فمادام کانت العین موجودةً فقد بَقَتْ القابلیّة ایضاً وامّا الاستفادة من السّکنیٰ فهی امر تدریجیٌّ فالتّدریج فی عملِ المستأجر لا فی حالة العینِ والدّارِ.

نعم: کانت المنفعة مثل العینِ زمانیّةً کما فی کلّ المادیّات والاجسامِ وکانت قابلیّتها ایضاً فی الزّمانِ.

فما هو المشهور من انّ المنافعَ فى بابِ الاجارة، كانت امراً تدريجياً، ذلك مَبنىٰ ايراد السّيّدِ﵀ من انّه يكشفُ هذا عن انّه لم تكُن منفعةً من الاوّلِ.

ويكشفُ عن البطلان، وهو مبنيٌّ عَلىٰ انّ المنافعَ امرٌ تدريجيٌّ وكان وقعت فى طولِ الزّمانِ وتخيّلنا باستصحابِ الاستقباليِّ كان لها عمرٌ ثمّ بان انّ عمره كان قصيراً.

وهو ضعيفٌ لانّ حالة العين، صفتها ومنفعتها، ومنفعتِها استعدادُ العين للاستفادةِ منها وهو كان حاصلاً وباقياً وهو امرٌ ليس بتدريجيٍّ وانّما التّدريجُ فى استيفائه.

وبالجملة، المبنىٰ الّذى فى بابِ المنفعة وفى باب الوص الّذى كان منشاءً للمنفعةِ وفى باب مالكيّةِ العينِ والمنفعة الّتى تصوّروها، لا يخلو عن نظرٍ فى نَظَرِنا ويجب تغيير المَبنى.

الحاصلُ: قالوا فى نقص الجزءِ انّه يستَردُ شيءٌ من الثّمنِ نسبته اليه كنسبةِ الجزء الىٰ الكلِّ وامّا نقصُ الوصف فلم يَقولوا انّه يستردّ شيءٌ من الثّمن وهذا مبنيٌّ عَلىٰ انّ الاوصاف، لاتقابل بالمالِ مثلاً اذا كان الفرسُ العربىّ قيمتهُ الف دينارٍ وغير عربيٍّ كان قيمته خمس ماةِ دينارٍ.

فحينئذ اذا اشترىٰ فرساً عربياً فبان غير عربيٍّ فهل له استردادُ التّفاوت بين العربىّ وغير العربىّ فى القيمة ام لا؟ قالوا ليس له حقٌّ ذلك بل له حقّ الفسخ وامّا اِذا اِختار امضاءَ المعاملة فيجب امضاءُهُ بتمام الثّمن فليس له حقٌّ استرداد شيءٍ من الثّمن حتّىٰ فيما اذا كان فى خيار العيب الّذى كان الارش ثابتاً بِالنُّصوص يعنى اذا بانَ انّ المبيع الّذى كان مورداً للمعاملةِ، انّه معيبٌ وعلم انّهُ معيوبٌ يعنى تخلّف وصفُ الصّحة عنه فمطابقُ هذه القاعدة، لايَجُوز اخذ الارشِ والتّفاوت **لانّ** وصف الصّحة من جملة الاوصافِ فاذا كان لا تقابل الاوصاف بالثّمن فوصف الصّحّةِ لايقابل بالثّمنِ مع انّهم قالوا فى باب خيار العيب باخذِ الارشِ.

قالوا هنا: بانّه هذا شيءٌ ثبت بالنّصوصِ عَلىٰ خلاف القاعدةِ **والقواعد من الادلّةِ** العامّة، تقتضى انّه لو ان يمضى اوله اَنْ يفسخ وامّا الامضاءً والرّضا بالعقد مع الارش

فلا يجوزُ القولُ به بالنّظر اِلیٰ الادلّة العامّةِ.

وامّا اخذُ الارشِ فی خيار العيب فهو ثبت بالنّصوصِ عَلیٰ خلاف القاعدة **فلذا** لايتعدّیٰ منه اِلیٰ غيره من الاوصاف.

ولذا قالوا: انّه يلزم ان يكون الارشُ جزءَ الثّمن فلو كان شیء مقابلاً فی مقابل وصف الصّحة فيلزم الرّجوعُ الیٰ عين الثّمن مثل الجزء مع انّ للمشترى مطالبةُ الارش والتّفاوتِ ولا يجوز القولُ باخذ الارش من عينِ الثّمنِ ولو كان مبنیٰ حكم الشّارعِ، مقابلة الاوصاف بالاعواضِ فلازم هذا جواز مطالبة شیءٍ من الثّمنِ.

وهذا مَبنیٰ المشهور من الفرق بين الجزء مع الوصفِ وانّ الاجزاءَ يقابل بشیءٍ من الثّمن والاوصاف والشّروطُ، لاتقابل بشیء من الثّمن ونتيجة هٰذهِ الفتوىٰ انّ الارش خِلافُ القاعدة وانّ فی باب تخلّف الشّرط والوصف وتخلّف القيد، ليس حقُّ مطالبة التّفاوتِ واَلْاَرشِ.

اشكلَ الشّيخُ عَلیٰ هذا الفرض وقال: انّ المسألة، مبنيّةٌ عَلیٰ فهم حقيقةِ الارش ومطالبةُ باب قواعد الرّبا ومطالعةُ انّ مقصود الشّارعِ من الرّبا انّ احد الطّرفينِ، لم‌تستفد الزّيادةَ ولو بتغريم لاحقٍ او المقصود انّ فی مقام البيع لم يتعاقد الزّيادة والنّقيصة.

بالجملة: قولُ المشهور من المتأخّرين فی باب بيع الرّبوبيّين اذا بَانَ احدهما مَعيباً هل يَجُوز له اخذ الارشِ ام لا؟ واذا اَخَذَ الارش هل يَحصُلُ الرّبا ام لا؟ قال المشهورُ بين المتأخرين والمؤلّفين انّه لامانع من اخذ الارش لانّه كان تغريماً ولا يجرى الرّبا فی الغراماتِ مثلاً اذا تلفت مأةُ مَنٍّ من الحنطة غير الاعلیٰ من احدٍ واخذ الآخرُ منه مأتينِ منّاً من الحنطةِ الادونِ هل يجرى فيه الرّبا ام لا؟

فيه كلامٌ، فقد ذهب جمعٌ اِلیٰ عدم جريان الرّبا **لانّ** الضّمانَ ليس بابه باب المعاوضةِ بل بابه بابُ التّغريم والتّداركِ وانّما الموجودُ فی النّصوص، الّذهب بالذّهبِ، يكون مثلاً بمثلٍ والحنطة بالحنطةِ مثلاً بمثلٍ وهذه ليست الحنطةُ بالحنطة وليست معاملة الحنطةِ مثلاً بل حنطة تلفت واخذت منه الغرامةُ.

هل يجرى الرّبا فى باب الغرامات ام لا يجرى؟ فيه كلامٌ قابلٌ للبحث قالوا: حساب الاوصاف غير حساب الاجزاء **حيثُ** انّ الاجزاءَ تقابلُ بشيءٍ من الثّمنِ والاوصاف لاتقابل بشيءٍ من الثّمنِ والّذى يوجب اعطاءَ الوجه الكثير فى مقابل المبيع الموصوف، هو الدّاعى وهو غير العنوان يعنى العلم بانّ العبد يعلَمُ الكتابة يدعونا اِلىٰ اعطاء الثّمنِ الكثير فى مقابلها **ولكن** لايدعونا الىٰ اعطاء ثمنٍ فى مقابل العبد واعطاء ثمنٍ فى مقابل كتابته بل الثّمن كلّه فى مقابل العبد لا انّه اِعطاءُ مقدارٍ منه فى مقابل العبدِ ومقدارٌ فى مقابل الكتابة بخلاف الاجزاء.

فما يقال من انّ الاوصاف لا تُقابل بشيءٍ بالثّمنِ والشّروط لاتقابلُ بشيءٍ من الثّمن وما يقال من طرفٍ آخر من انّ للوصف والشّرطِ، قسطٌ من الثّمنِ كلاهما صحيحانِ باعتبارين مختلفينِ امّا انّ له قسطٌ من الثّمن يعنى فى عالم اللُّب وفى مقام الدّاعى.

وامّا القولُ بانّه ليس له قسطٌ من الثّمن يعنى فى مقام الانشاءِ والمقابلة ومقام الانشاءِ فى قولنا: «**بعتُ هذا بهذا**» بمعنىٰ القضيّةِ الحقيقيّة والانحلالِ يعنى اذا قلتَ: مأةَ منٍّ من الحنطة بمأة دينار، كان مثل: «**اكرم كلّ عالمٍ**» يعنى كانت قضيةً حقيقيّةً وكانت انحلاليّةً ومعناه انّه «اَكرم زيداً العالم» وبكر العالم وعمرواً العالم يعنى كان بتعدادِ الافراد، حكماً وفى ما نحن فيه ايضاً كذلكَ.

وامّا فى مثل القيّمياتِ مثل الحيوان والدّار اذا قلنا: «بعت هٰذه الدّارَ» بعشرة آلافٍ معناه: «بعت نصفه بخمسِ آلافٍ وبعتُ ربعهُ بالَفين وخمسة مأةٍ وبعت ثمنه بكذا وبِعْتُ عشره بكذا».

وبعت جُزءاً واحداً من مأة جزءٍ بكذا **وبالجملة** كان اِنحلاليّاً.

غايةالامر، انحلالُ القيمة عَلىٰ نحو غير انحلال المثلىِّ.

وامّا من جهة الانشاء فلا فرق بينهما **ولذا** اذا علم انّه لم يكن مالكاً جزءً مع مأة جزءٍ، بَطَلَ فى ذلك الجزء وصحّ فى غيره وبطل ذلك الجزء بما يقابل من الثّمن.

القولُ بانّه صحّ فيما يملك وبطل فيما لا يملك، كان مبناه عَلىٰ التّقسيط

والتّقسيطُ، كان مبناه عَلىٰ المعاملة والمقابلةِ.

وآيةُ ذلك انّه ان كان بعشرة مانعاً كان يكون مورداً للرّهن والوقف، كان باطلاً بالنّسبةِ الىٰ العشرة يقسطه الىٰ الثّمن.

وامّا اذا فرضنا انّ العبد الموصوف بالكتابة، وَقَعَ مورداً للمعاملة بمأة دينارٍ فليس معناه انّه باع العبد بخمسين والكتابة بخمسين يعنى حصلت المقابلة وكانت الكتابة جزئه.

بالجملة لاريب فيه بانَّ طريق انشاء الجزء، غير طريق انشاءِ الوصفِ وانّما يقع البحثُ فى انّ هذا مُؤثّر ام لا؟

وما قالوا بانّ الاَجزاء تقابَلُ بالثّمن والاوصافُ لاتقابَلُ بذلك المعنىٰ من المقابلة للثّمن، اَمرٌ صحيحٌ **ولكن** لازمه انّه ليس للوصف قِسطٌ من الثّمن وكان الارشُ عَلىٰ خلافِ القاعدة وليس له حقّ استرداد شيءٍ من الثّمن فى تخلّف الوصف.

واستفادَ الشّيخُﷺ فى هذا الفرض من هذا المبنىٰ الكلىّ وقالﷺ: اذا فرضنا انّ الوصف، لم يجعل فى مقابله جزءٌ من الثّمنِ.

فحينئذٍ اذا اَخَذَ من المشترى شيئاً من الثّمنِ، لم يقدم عليه ولم ينشأ فى مقابلة ذلك الوصف جزءٌ من الثّمن **حيث** زعم المشترىٰ انّه اِشترىٰ العين بزعم انّ الاوصافَ يسلَّمُ له مجّاناً ولم يزعم انّه يجب عليه اعطاءُ شيءٍ فى مقابل الاوصاف ايضاً.

فالآن حيث رجع المالكُ بالزّيادة فيرجع المشترى عَلىٰ البايع بتمام ما اَدّاه **وهذا هو الفرقُ بين الجزء** والوصف حيث قلنا فى الجزء انّه لو رَجَعَ فى الجزء عَلىٰ المشترى فالمشترى يَرْجِعُ فى الزّيادة عَلىٰ البايع فقط لا فى الثّمن وامّا اذا اَخَذَ المالكُ من المشترى فى الوصف شيئاً يَرجِعُ عَلىٰ البايع فى تمام ما اَدّاهُ لا فى شيءٍ دون شيءٍ.

فما يفترق حسابُ الجزء مع الوصفِ انّما هو فرقٌ فتاوّىٌ والقولُ فى الجزء، بالرّجوعِ والزّيادة ولا يرجعُ فى الاصل والقول فى الوصفِ، بالتّمام.

وجهه انّ فى الجزء، المشترى يَعترِفُ فى المعاملة الّتى التزم باعطاءِ شيءٍ فـى مقابل الجزء فاذا اخذ الاكثر منه يَرجِعُ بالزّيادة وامّا فى مقابل الوصفِ فلم يعترف المشترى باعطاء شيءٍ اذ لم يجعل شيئاً فى مـقابل الثّـمن **ولذا ذهب** الشّـيخ﵀ والسّيّد﵀ وغيرهما فى باب الوصف متفرّعاً عَلىٰ المبنىٰ المشهور بانّه يَرجِـعُ فـى جميع ما أدّاه.

هذا، خلاصة الكلام الّذى يقالُ فى باب الشّروطِ والاوصافِ.

نحن نقول: انّ المطلبين اللّذين قال الشّيخ﵀ وغيرُه بهما وهما، المبنىٰ ای تفاوتُ الوصفِ والجزء، والبناءُ وهو انّ هذا التّفاوت، يوجب التّفاوت فی الحكم، كلاهما محلُّ اشكالٍ وكانا ضعيفاً.

امّا مسألة التّفاوت بين الجزء والوصف فهی انّ المطلّب الّذی نقلناه عن المشهور، يَصِّحُ ونقول بالفرق بينهما فی طَريقِ الانشاء **ولكن** فی باب الدّاعی والعنوان الّذی لم يختصّ بباب الشّروط بل مسألةٌ سيّالة عامّةٌ، قالوا بملاحظاتٍ واحتسابات لازمُها كون ما نحن فيه مُشابهاً لحسابِ هٰذِهِ الابواب مثلاً قالُوا: اذا اعطی احداً، مالاً بفقيرٍ بداعی الفقرِ ثمّ ظهر انّه لم يكن فقيراً، كان هذا المالُ عَلىٰ الفقير حلالاً ولو كان الفقيرُ عالماً بانّه ليس بفقير **وذلك** لانَّ الفقر، كان داعِياً ولمّا تخيّل كونه فقراً اَعطاهُ فلا اشكالَ فيه **حيث** كانَ من قبيل تخلّفِ الدّاعی.

وامّا لو قال: خُذْ يا فقير بنحو العنوانِ، كان هذا المالُ لِلفَقير حراماً اذا كانَ عالماً بعدمِ كونه فقيراً.

ولذا لا تجوز الزّكوةُ للفقير اذا تخيّل الدّافع انّه فقيرٌ وكانت راضياً **لانّ** فی باب الزّكوةِ، ورد هذا العنوان: «**للفقراء الّذين احصروا فی سبيل الله**» **وكذلك** اذا اعطی الخمسَ باعتقادِ السّيادة ولم يكن سيّداً.

مثلاً اذا اِقتدىٰ اِلىٰ اَحدٍ بتخيّل انّه زيدٌ فبانَ انّه غير زيدٍ فقالوا هنا ايضاً ببطلان الصّلاة لكونه عُنواناً.

وامّا اذا اقتدىٰ بالشّخص الحاضر بتخيّل اَنّه زيدٌ ثمَّ بانَ اَنّهُ غيرُ زيدٍ، تصّح صلاته حيث انّه من قبيل الدّاعی.

وقالوا فی باب العبادات ايضاً كما ذكر السّيّدُ﵀ فی العروة فی مواردَ متعدّدةٍ: مثل انّ احداً تخيّل انّه دخل الوقتُ وكانت صلاةُ الظّهر واجبةً عليه ثمّ بانَ انّ الوقت، لم يدخل بعدُ، فان هذا من قبيلِ الدّاعی وتَخَيّلَ دُخولَ الوقت وقصدُ الامر لامانع منها وتَصِّحُ الصّلاة واَمّا اذا قال: اِغتَسِل الغسل الواجب واوقع عنواناً، تكون باطلةً.

بالجملة: مسألة العنوانِ والدّاعیّ كلُّ واحدٍ منهما يَصِّحُ فی مورده وانّ تخلّفَ

الدّاعِيّ فى باب المعاملة لادخالة له فى سير المعاملة، فلا يوجب بطلانَ المعاملة ولا يوجب الخيارَ ولا الارشَ بخلافِ تخلّف العنوان **وما قالوا فى باب** الشّرائط كما صَرَّحَ السّيّدُ﵀ فى الحاشية: بانّ زيادة الثّمن، من باب الدَّواعِيّ.

قلنا فيه: انّ الدّاعى كان شيئاً ليست له دخالةٌ لِعالَمِ المعاملة وامّا هُنا اى اخذُ البايع من المشترى اَو المشترى من البايع اى التّعهد بِاَنّى بعتك العبد الكاتِبَ عَلىٰ انّه كاتبٌ، فهٰذا الدّاعى ليس من قبيل الدّاعى الّذى قالوا بعدم تأثير تخلّف الدّاعى بل هذا شيءٌ دَخَلَ فى متن المعاملة ووقع فى مورد التّعهدِ والالتزام وَوَقَعَ ثمنٌ فى مقابل هذا الالتزامِ.

وامّا عدمُ القول بانّه بعتك كتابة بخمس دينار فهو مطلبٌ لفظيٌّ و راجعٌ الىٰ عالم صِحَّةِ الاستعمال واللّفظِ ومنشاءُهُ، الجوهرُ والعرضُ والمعنىٰ الاسميُ والحرفيّ **لانّ** وضع وجود الاوصاف، كان عَلىٰ وضعٍ ليست له الاصالةُ **فلذا** كانت مقابِلةُ الْاَوصافِ، ضِمنيّاً.

وليس هذا مربوطاً بالجهة الّتى يلزم كونها مورداً لِنظر الفقيه بل يلزم عَلىٰ النَّحوِيّ، الكلام من انّ القول بِاَن مثلاً: بِعتُك مأة منٍّ بمأة دينارٍ مع القول: بِعْتُ العبدَ الكاتب بِمَأةِ دينار، كيف تَكونُ التّركيبُ بينهما؟

وماذا كان متعلقُ كلمة «الباء»؟ او بحث اهل البيان او من جهة اختلاف مفهوم الجوهر والعرض والوصف والموضوع وغيرها الّذى ليس لها ارتباطٌ مع مسألة الفقه وعالم المعاملة والمقاولة.

والّذى كان منشأً للاثر فى عالم المعاملة، ورودُه عَلىٰ محيط التّعهد واخذ التّعهد من اَحَدٍ وقبوله من الآخر وبالعكس ولا يعنىٰ من المقابلة الّا هذا **والقول بلزوم** المعاملة، انّما هو بمعنىٰ كون كلمة الباء للمقابلة وكون: بعت هذا بهذا.

وحيث لم يجر القول بهذا النّحو من المقابلة فى الكتابة ولا يجوز القول: «**بعتك الكتابة بكذا**» فليست هنا مقابِلَةٌ وليس هنا قسطٌ من الثّمنِ.

وهذا الحساب وهذه الملاحظة، لا يصّح بالنّظر اِلىٰ المعاملة والفقه وانّما يلاحظ

من جهةِ النّحویّ والبیانیّ وتشخیص المفاهیم المستقلّة والمفاهیم التّابعة، **ویمکن** ان یُبحث فیها من هذه الجهات ولا یعرفه العرف واهل السّوق ولا یَصدِّقُ اهلُ السّوقِ، کونَ الوصف من قبیل الدّواعیِ ولا یقبله طبعُ العرف ولیست مقابِلَةُ هذا بهذا، بمعنیٰ کون مقولة الوضع، مورداً لنظر العرف والفقیه بل المقصود من المعاوضةِ ورودُ موردها فی بابِ التّعهد یعنی تعهّدُ طرفٍ من المعاملةَ عَلیٰ کونه کاتباً وَتَعُهّدِ طرفٍ آخر، اعطاءَ شیءٍ فی مقابل الکاتب وهذا غیر الدّاعیّ وعالم اللُّبِ وان کان المقصودُ من عالم اللّب انّه لیس غیر مربوطٍ بعالمِ الانشاءِ فهو کان فی مورد لم یدخل فی عالَم التّعهُدِ ولم یحصل التّعهدُ مِن الطّرفینِ وهذا، بهذا المعنیٰ، لیسَ داعیاً لِشیءٍ وَرَدَ فی مقامِ الانشاء بل المعاملةِ.

وامّا عَدَمُ صحّةِ استعمال باء المکالمة فی الکتابة فهو لیس بمُؤثّرٍ فی المسألة، والمسألة انّ المشتری اعطیٰ اَلْاَلفَ لکونه عربیّاً.

ولا یجوز القولُ بانّه یجب عَلیٰ المشتری، اعطاء الثّمن، لاجل الحنطة الْاعلیٰ فیما اذا بان انّها غَیرُ اَعلیٰ وهذا عجیبٌ منهم.

بالجملة؛ کانّ لاریب انّ الشّرائط والاوضاع، واردةٌ فی مرحلة الانشاء وکانها واردةٌ فی مرحلة المعاملةِ ای کان شیءٌ، تعهّد الطّرف له وکان مطلب آخر، وهو اخذ التّعهدِ فط مقابله.

مُضافاً الی ذلك انتم قلتم: **کُلُّ عقدٍ یضمن بصحیحه، یُضمن فاسدهٍ یعنی** موردُ الضّمانِ المعاوضیِّ وضمانِ الید، کان مورداً واحداً مع انّ مثل الاوصاف فی العقد اذا کان لها ضمانُ الید، کیف یمکن انّه لیس له فی العقد الصّحیح، الضّمانُ المعاوضیُّ؟ یعنی: انتم قلتم بحکم: «کلُّ عقدٍ یُضْمَنُ بصحیحه...» انّ فی العقد الفاسد اذا علم انّ وصفاً زال عنه، کان ضامِناً للوصفِ.

ویَعلَمُ منه انّ الوصف کانَ مَضموناً فی العقد الفاسد **فَکُلُّ ماکان** فی العقد الفاسد، مضموناً بضمانِ الید فهو مضمونٌ بالعقد الصّحیح بالضّمانِ المعاوضیِّ فلا معنیٰ للقول بانّ الاوصاف، کان لها ضمانُ الید **ولکن** لیس لها ضمانُ المعاوضة هذا لاریب

فيه. **غاية الامر**، يلزم الدّخولُ فى وادى العرف والخُروجُ عن وادى التّخيّلِ وملاحظة انّ نظر العرف فى المعاملة ماذا؟

العرفُ، لا يصدق قبول قيمة الحنطة الْاَعلىٰ فى مقابل الحنطة الادونِ وقبول قيمة الفرس غير العربىّ بعوض الفرس العربىّ هل يحقّ له استردادٌ عَلىٰ طبع المعاملة؟

فالقولُ بانّ الارش عَلىٰ خلافِ القاعدة والقول بعد اِستردادِ جُزءٍ من الثّمن فى تخلّفِ الاوصاف، مبنىٌّ عَلىٰ ملاحظة بحث اللّفظ لكلمةِ باءِ المقابلة وملاحظة انّ استعمال الباء بهذا المعنى كان صحيحاً فى قول القائل: بِعْتُ مأة منّ من الحنطةِ بمأةِ دينارٍ.

ولا يَصِّحُ: «بعتُ العبدَ بخمسين والكتابةَ بخمسين»، ليس هو مُقابلاً بالمال **مع انّ عدم صحّة** هذا النّوع من المقابلة يقتضيه انّ باء المقابلة، لا تدلّ علىٰ عدم كون نوعٍ آخر من المقابلةِ الا ترىٰ: اذا قلت: «**سِر من البصرة الىٰ الكوفة فى مقابل هذا المال**»، لا يجوز القول حينئذٍ انّ هذا المال ليس فى مقابل السّير الىٰ الكوفة بل فى مقابل ذاتِ السّير واصله بل وقوعه فى مقابل السّير الىٰ الكوفة وعدم القول بانّ السّير بكذا و اِلىٰ الكوفة بكذا، لايضرّ **حيث** كان مربوطاً بمقامِ التّعبير وراجعاً لمفاهيم الالفاظ وراجعاً اِلىٰ المفاهيم الاصليّةِ والتّابعة وامّا المسائلُ الماليّة فهى مربوطةٌ بهذا بل يلاحظ اِلىٰ الوصف وقيمة الوصف ووقوع التعهّد فى مقابله واخذ التّعهد من الطّرف

حاصلُ ما ذكرناه انّ ما هو المشهورُ فى باب الاوصاف من انّ الاوصاف لا يقابلُ بالثّمن **ولذا** فرّعوا عليه بانّ فى تخلّف الوصف انّما الخيار، لاالتّفاوتُ والاَرشُ **وفرّعوا** ايضاً عليه انّ الارش فى باب خيار العيب عَلىٰ خلافِ الاصل، ليس مطابقاً لقانون المعاملة وسيرة العرف.

حاصل ما ذکرنا فی رجوع المشتری عَلیٰ البایع فی بعضِ ما اِغترمَ.

ومنها: زیادةُ القیمة علیٰ ثمن البیع او علیٰ ثمن جزءِ المبیع او علیٰ ثمنِ وصفه.

قال الشّیخ﵀ بالرّجوع عَلیٰ البایع فیما اِغترمَ فی ثمن المبیع فی الزّیادة وفی ثمن الجزء ایضاً فی الزّیادة یرجعُ.

وامّا فی تلف الوصف ورجوع المالك عَلیٰ المشتری ففی هذا الفرض صرّح الشّیخُ بعدم الرّجوع فی بعض ما اِغترمَ وفَرّقَ بین الجزء والوصفِ **حیث** انّ فی الجزء، یرجع فی بعض ما اغترمَهُ فی الوصف یرجعُ فی کلِّ ما اغترمه **والفرقُ**، راجِعٌ اِلیٰ وضع الجزء والوصف والقید والجزء فی العقد والانشاء والمعاملات **حیث** انّ فی مقابل الاجزاءِ یُوزَّعُ ثمنُ المعاملات ویُقَسَّطُ وامّا فی مقابلِ الاوصافِ والحالاتِ والقیودِ والشّرائطِ فالثّمنُ لایقع فی مقابلها.

ولذا الثّمنُ الّذی اخذ المالكُ من المشتری فی مقابلِ وصف التّالفِ کان شیءٌ لم یلتزم به ولم یتّعهَدْ به وهذا ناشٍ عن قاعدةِ الغرور فیرجع فی تمام ما اغترمه وقلنا سابقاً انّ هذا مبنیٌّ عَلیٰ اعتبار باء المقابل فی المعاملاتِ وکان: «بعت هذا بهذا» وکانت المقابلة بین العینِ والثّمنِ وامّا الاوصاف، فلم تکن مقابلةً بالثّمن ولا تَصِّحُ باء المقابلة فی الاوصافِ **ولذا** فی الاوصافِ، جزءٌ من الثّمن لم یقع فی مقابل الوصف فالمشتری الجاهل المغرور، لم یقدم علیٰ الضّمان فی مقابل الوصف بشیءٍ **والّذی اخذ منه** فی مقابل الوصف، اخذ سبب الغرور **ولذا** یرجع عَلیٰ من غرّه فی تمام ما اغترمه فی مقابل الوصف التّالف.

نحن قلنا انّ المبنیٰ والبناء کلیهما محلّ تأمّل واِشکالٍ.

وامّا المبنیٰ فقد قلنا سابقاً انّ الاوصاف تقابلُ بالمال وما یقال من انّه لم یکن مقابلاً فی ظاهر اللّفظ وکان مقابلاً فی عالم اللُّبِ وزیادة الثّمن الّذی وقع فی مقابل الاوصاف والشّرائط، کان عَلیٰ نحو الدّاعی وتخلّفُهُ کان من بابِ تخلّفِ الدّاعیِّ وکان داخلاً فی باب الدّاعیِّ **ومعلومٌ** انّ الدّواعیّ، لا فی باب الاِمتثال والتعبّدیات ولا فی بابِ المعاملات ولا فی باب الاذنِ والاباحات، لیس مُقابلاً بالمال ولم یکن

مورداً للنّظر وما كانَ مورداً للنّظر، التّعهّدُ من الطّرفين ونفسُ المعاملةِ.

وامّا ما يدعوه اِلىٰ المعاملةِ وغرضه من المعاملة وعلّتها، ترتّبٌ عليه او تـخلّف عنه فهو ليس بمؤثّرٍ فى صحّة المعاملة وفسادِها وحتّىٰ لم يكن مُؤثّراً فى جـوازِ المُعاملة ولُزومها وخيار المعاملة ولم يكن اَحدٌ متّعهداً لتحصيلِ اَغراضٍ لشـخصٍ آخر بل المعاملة تعهّدٌ من الطّرفين ومقاولةٌ بين الاثنين وكلّ ما هـو خـارجٌ مـن التّعهداتِ فلا يكون الطّرف ملزماً بحصولِ هذا **قلنا انّ** هذا كبرىً كلّيٌ وكان صحيحاً ولكن تطبيقُ هٰذهِ الكُبرى عَلىٰ الشّرائط والاوصافِ لا يصّح لانّ لاوصـاف ليست لشىءٍ خارجٍ من التّعهدِ بل تعهُّد البايعِ والمُشترى بالفرض عَلىٰ هذا وقال: بِـعْتُك الفرس عَلىٰ انّه عربيٌّ وبعتك الفرس العربىَّ يعنى تعهّدَ البايعُ عَلىٰ كونه عربيّاً وتَعَهّدَ المشترى عَلىٰ زيادةِ الثّمن وهذا لا نعنى من المقابلة غيرَ هذا والمقصودُ من المقابلة انّ البايع تعهّد تسليم الفرس عَلىٰ نحو العربىّ وتَعَهّد المشترى عَلىٰ زيادة الثّمن وامّا عدم كونه بنحو باء المقابلة فهو لا يضرّ **لانّه** مطلبٌ لفظّىٌ.

اذا فرضنا عدم صحّة الباء المقابلة فى باب البيع ومسألة الاوصاف والشّرائطِ فهو لا يختّصُ بباب البيع و باءِ المقابلةِ بل كان اكثر العقود ليست فـيها بـاءُ المـقابلة كالصّلحِ والمُزارعة والمساقات وساير العقود اللّازمة حتّىٰ الاجارةِ ولا تكون «**باءُ المقابلةِ**» بالمعنىٰ الّذى ذكر فى باب البيع، ضروريّاً **فنحنُ علىٰ الفرض** اذا قـلنا انّ المدار عَلىٰ باء المقابلة، فهو لا يفى بِتمامِ افرادِ المدّعى.

ايضاً: انّ الشّيخ﵀ مبنيّاً عَلىٰ هذا المبنىٰ ذهب اِلىٰ انّ الاوصافَ، لاتقابلُ بالمال حتّىٰ عَلىٰ عقيدة الشّيخ﵀ لم يكن وصفُ الصّحة ايضاً مُقابلاً بالمال كما صَرَّحَ به فى باب خيار العيب و رَتَّبَ عليه اَمْرَيْنِ:

الاولُ: انّ الارش، لم يلزم ان يكون عين الثّمن بل يُمكِنُ دفع الارش من الخارج ولا يلزم ان يكون جزءَ من الثّمنِ.

الثانى: انّ الارش، شىءٌ يثبتُ بالمطالبة فلو لم يطالب فليس له حقُّ الارشِ فلو مات لا يتعلّق بتركتهِ.

وقلنا فی باب الاجارة حيث كان هذانِ الامرانِ، مبنيّين عَلىٰ انّ الاوصاف، كانت خارجةً عن دائرة تعهُّدِ البيع عدم جريان المقابلة هنا ونحن لم نَقبلْ هـذا المـبنىٰ، **فعليه**، لا نقبلُ الامرين اللّذين كانا متفرّعين علىٰ هذا المبنى ولا يصّحانِ قهراً.

كما انّا التزمنا فی باب الْاَوصاف انّ هنا نوعٌ من المقابلة، **كذلك** يمكن لنا القولُ بالفرق بين نحو التّقسيط هنا مع نَحوِ تقسيط الاجزاءِ عرفاً **مـثلاً الامـرانِ اللّـذانِ** ذكرهُما الشّيخُ﵀ من انّه لا يلزم ان يكون الارشُ جزء من الثّمن والارشُ يـثبت بالمطالبة، لو قبلنا هما ايضاً من الشّيخ﵀ فهو ليس دليلاً علىٰ انّ الاوصافَ، لا تقابلُ بالمال **حيث** انّه ليس لازماً لنا تسليمُ القواعد وجعلها مأخذاً فی الموارِدِ.

بل يجب اَخذُ القواعد من الموارد **فعليه** لا يجوز القولُ بانّ المقابلة ما معناها اوّلاً **وماذا تكون** آثارها؟ ثُمَّ رأينا انّ هذا الاثر، لم يَكنْ حاصِلاً فی باب الارشِ فنكشف منه انّ المقابلة، لم تكن حاصلةً مع انّ المتحقّق علىٰ عكس ذلك وتصوّرنا عَـلىٰ عكسه بانّ المقابلة عَلىٰ اَنحاءٍ وكلّ مُقابلةٍ لها حكمها والشّرطُ كـان له نـوعٌ مـن المقابلة والوصفُ كان له نوعٌ من المقابلة والاجزاءُ كان لها نوعٌ ثالثٌ، من المقابلةِ والمقابلة فی الاَجزاء مثلاً عَلىٰ نوعٍ يرجع من دون المطالبة ولكن فـی الشّـرائـط والاوصافِ، كانت علىٰ نحوٍ لا يرجع من دونِ المطالبة.

وبالجملة؛ لم نسلّمها حيث كانا امرين من الاُمورِ المستنبطة وليسا مورداً فـی النّصوصِ ولم نكن مُلتزماً بقبول هٰذين الامرينِ.

ولَو اغمضنا عن هٰذين الاَمرين فيمكن ان يعلّل بانّ سِنخَ المقابلة فی الاَوصافِ والشّرائط مع سنخ المقابلة فی الاجزاء، سِنخانِ وليس لازمـه عَـلىٰ انّـه لم تكـن الاوصافُ مقابلاً بالثّمن لما قلناه من انّ المقصود من المقابلةِ، ليست مقابلةً نحويّةً وليست مثل صحّةِ استعمالِ باء المقابلة بل المقصودُ من المقابلةِ هُنا، دخولُ الشّرطِ والوصفِ، فی تعهّد البايع وزيادة الثّمن ايضاً كانت داخلةً فی تعهّد المشترى ونحن لا نعنی من المقابلةِ الّا هذا.

وامّا القول بانّ المراد من المقابلة، هٰذا بهذا بمعنىٰ صِحَّةِ استعمال حرفِ الجرّ فهو

ليس عَلىٰ الفقيه، اِلتزامُه **لانّ** النّظر الفقهىّ، انّ قوله تعالىٰ: **«اَوفوا بالعُقودِ»** اى اَوفوا بالعهودِ ويلزم لنا تشخيصُ انّ ماذا نُعاهِدُ؟ وحيث رأينا انّ الوصف والشّرط مثلاً داخلانِ فى تعهّد البايع وزيادة الثّمن ايضاً فى تعهّد المشترى، تتحقّقُ المقابلة.

عَلىٰ هذا، لازم المقابلة انّ احد الطّرفين اذا تَخَلّفَ عن الوفاءِ بتعهّدِهِ، ليس للآخر ايضاً العمل بتعهّدهِ وهٰذهِ قاعدة التّعهد.

بناءً عليه، لا نسلّم القول بانّ الاوصاف والشرائط، لا تقابل بالمالِ وايّد ما قلناه من الشّيخ﵀ فى بعض الموارد منها: ما اذا شَرَطَ عتق العبد ثمّ ماتَ العبد فاحدُ الاقوال كما ايّده العلّامة اَعلىٰ الله مقامه، اَخَذَ الارش واخذ تفاوت المشروط فيه العتق ولا المشروط مع انّه كان شرطاً.

منها: انّه لو شرط صبغ الثّوب فى ضمن المعاملة ثُمَّ تلف الثّوبُ قالوا بالارشِ واخذِ التّفاوتِ وكذا اذا شرط تدبيرَ العبد.

والشّيخُ﵀ فى آخر الشّرائطِ (الرّابعة) ولو صَرَّحَ بانه لا مانِعَ من جعل الاوصافِ مقابلةً بالمال ثُمَّ شكّك فى آخِره وخَرَجَ عن المسألة من دونِ جزمٍ **ولكن** احتملَ﵀ فى المسألةِ احتمالاً ورَجَحَّبُه وايّدهُ ونقلهُ عن السّيمورى والعلّامةِ وغيرهما.

وحتّى نقلنا فى باب الاجارة عن عدّة من الفقهاء وحتّى عن الشّهيد فى المسالكَ انّ الاجرة اذا ظهرت معيبةً كان فيها ارشٌ وامّا اذا ظهر كونُ العين معيبةً، فقد تَوَقَّفُوا فيها.

وهنا مجالٌ للسّؤال عنهم﵀: ما الفرق بين الاجرةِ وعين المستأجرة فى باب الاجارة فى انّ الاجرة اذا ظهر كونها معيباً كان فيها الارشُ.

وامّا العين المستأجرة فهى اذا ظهرت معيبةً، ليس لها الارش؟

وايضاً **مجال لِلسّؤالِ:** هل الارش، موافقٌ للقاعدة ام مخالفٌ لها؟

فاذا كان موافِقاً لقاعدةٍ فيجب وقوعُ الارش فى كليهما وان كان مخالفاً للقاعدة فلزم عدم كونه فيهما فالتّبعيضُ لا يَخلُو عن اِشكالٍ قلنا فى باب الاجارة بانّ بعض الفقهاء قالوا بجريان الارش حتّى فى الصّداقِ والمهر.

بالجملة: الفقهاءُ، ليس لهم فی باب الارش طريقاً مُطرّداً ففی بعضِ الموارد الّتی لم يرد نصٌّ بثبوت الارش فيه، قالُوا بالارشِ وفی بعض الموارد الّتی كانت مشابهةً معاً، لم يقولوا به او تردّدُوا فيه.

وهذا دليلٌ عَلیٰ انّ المطلب، لم يكن واضِحاً فی انّ الارش هل هو مطابقٌ، للقاعدة او مخالفاً لها؟ هل يَكونُ فی مقابل الوصف، شیءٌ من الثّمن ام لا؟

فاذا كان الوصفُ مقابلاً بالمال عَلیٰ نوعٍ من المقابلة فالارش عَلیٰ وفق القاعدةِ فاذا لم يكن مطابقاً بالمال فهو شیءٌ ثبت بالنّصِ فَيُقتصر عَلیٰ موردهِ.

مع انّا رأينا فی بعض الموارد الّتی لم تَكُنْ منصوصاً فَعِدّةٌ من الفقهاء قالوا بثبوت الارش فيها وبعضُ الموارد الّتی لم يكن منصوصاً، لم يقولوا به او تردّدوا فيه فحينئذٍ يبقیٰ مجالٌ للسّؤال بانّ الارش اذا كان عَلیٰ القاعدة فَلِمَ لم يقولوا فی جميع الموارد؟ واذا كان خلاف القاعدة فَلِمَ قالوا بثبوتِ الارش فی بعض الموارد الّتی لم يكن منصوصاً كالصِّداق والاجرة وغيرهما من الموارد؟

التّحقيقُ: انّ الارش، مطابقٌ للقاعدة **والدّليلُ علىٰ ذلك**، ملاحظةُ ديدن العرفِ فى باب المعاملات **حيث** انّ بعض الاساتيد اَعلىٰ الله مقامهم، اِدّعوا: انّ فى بـاب المعاملات، ليس كلّ حكمٍ عَلىٰ خلاف القاعدة والتّعبدِ المحضِ كالعبادات فنحن لم لم نَقُلْ به عَلىٰ اطلاقها وكليّتها **ولكن** كان كذلك فى الغالب **حيث** انّ الشّارع لو لم يقل بالارشِ هل العرف يقبلُ، الجنسَ المعيوب بقيمة الصّحيح والاصيلِ، هل يقبل العرف، الفرس العربىّ بقيمة غير العربىٍّ.

من الواضح: انّ العرف، لا يقبله.

علىٰهذا بعضُ كلمات الفقهاء، لاينطبق علىٰ ديدنِ العرف وعملهم والمـلاكُ فـى المعاملات، علىٰ العرفِ وديدنهِ والخطابات، مُوجّهةٌ عَلىٰ الْعُرفِ وسيرته وجريانه **ولذا** يَلزمُ فى باب المعاملات، التّوسعُ الكثيرُ وهذا التّضييقُ والتّقييدُ من قبيل اعتبار كونه عربيّاً او ماضياً او غيرهما نَشَأ من عدم مراعاةِ ديدنِ العُرفِ.

خلاصةُ الكلام: هذا المبنىٰ، ليس مقبولاً لنا والنّظرُ الدّقـيقُ الّـذى اسـتفيدَ مـن تعريفِ البيع وباء للقابلة، ليس صحيحاً **وايـضاً** اخـذ زيـادة القـيمة عـلىٰ الثّـمن للاَوصافِ من باب الدّاعى الّذى كان خارجاً عن حُدودِ التّعهدات والمعاملاتِ بل كانت علّةُ المعاملةِ الّتى لا تضرّ تخلّفها فى صِحَّةِ المعاملة ولزومها وفسخها **ليس** بصحيح **لانّ الوصف**، ليس داعياً بهذا النّحو من المعنىٰ وليس مُقابلاً بهذا النّحو من المقابلة **لانّ** الوصفَ دخل فى دائرة التّعهد ومحيط التّعهد بين الطّرفينِ ولا نعنى من المقابلة اِلّا هذا فَللاوصاف شيءٌ من الثّمن.

قلنا سابقاً: انّ مسألة الاوصاف والمنفعة فى باب الاجارة كان منشأُ هما واحداً يعنى اذا ميّزنا الاوصافَ عن المبيع ولا حظنا مبيعاً غير مَلحوظٍ فـيه الاوصـافُ، ليست لهذا النّوع من المبيع، ماليّةٌ وقيمةٌ **لانّ** مـنشأ الفـوائـد، الاوصـاف فـالمبيعُ المسلوبة عنه الاوصافُ او غير ملحوظة معه ايّ وصفٍ، ليست له ماليّةٌ كما انّ المبيع الّذى لم تلاحظْ فيه منفعةٌ ما، ليست له ماليّةٌ وقيمةٌ.

فقول السّيّدﷺ وغيره من انّه كانت هنا عينٌ ومنافع والمنافعُ كانت فـى طـول

العين ومالكيّة العين تقدّم عَلىٰ مالكيّة المنافع رتبةً يعنى تملكُ العينُ اوّلاً ثُمَّ تملك المنافع، فلازمُ هذا التّصوير، اِنّه تملّك العينِ غير معتبرٍ فيها المنافعُ **حيث** انّ المنافعَ، تملكُ فى الرّتبة اللّاحقهِ للعين فكانت هنا ملكيّتانِ ومالكيّتان.

فرتّب السّيّدُ عليه بانّه اُوقع البيعُ والاجارة فى زمانٍ واحدٍ، فلم يتعارضِ البيع مع الاجارةِ **لانّ البيعَ**، تملّك المنفعة فى الرّتبة المتأخّرة عن العين وامّا الاِجارةُ فتملك اوّلاً المنفعةُ.

قلنا سابقاً: انّ هذا المَبنىٰ، ليس بصحيح **لانّ** مالكيّة العين، عبارةُ اُخرىٰ عن مالكيّةِ المنافع والفرقُ بين المنافع والعين، تفاوتٌ بين الاجمالِ والتّفصيل يعنى انّ العِين كانت مجمع المنافع وجَرثُومَتها وكانت رمز المنافع من جهةِ ملاحظةِ الفقيه لا من جهةِ نظر الفلسفىِّ من الجواهر والعروضِ والوصفِ والموصوفِ.

فالعينُ الّتى كانت مورداً للمعاملة وموردا للمالكيّة هى مجمعُ المنافع **وغاية الامر، التّفاوتُ بينهما** بالاجمالِ والتّفصيل وليس القولُ بانّ هنا مَملوكانِ: العينُ والمنافعُ، يعنى تملك العينُ اوّلاً ثمّ يملّكُ المنافعُ **كما ذكرنا فى كتاب الاجارة:** انّ السّيّدﷺ قال: لو تلفت العينُ المستأجرة، اَثناء مُدّةِ الاجارةِ، فهذا يكشف عن عدم صحّةِ الاجارة من الاوّلِ بالنّسبة اِلىٰ باقى المدّة ولم يكن مالكاً بتمام الاجرة من الاوّلُ ولو تصرّف فى تمام الاجرة وهذا الكلامُ منهﷺ علىٰ خلاف ما قرّره المشهور وبهذا اِعترض السّيّدُﷺ عَلىٰ المشهور وهذا الاعتراض، مبنىٌّ عَلىٰ انّ المنفعة، كانت شيئاً آخر تدريجيّاً فتوجدَ فى عَمود الزّمان وطوله كما قلنا سابقاً: انّ المنفعة لها جَنبتان:

المنفعة كانت مضافةً الىٰ العين وكانت مضافةً الىٰ شخصٍ يستفاد من العينِ فالمنفعة الّتى كانت فى العين، لم تكن تدريجيّاً بل الانتفاعُ تدريجىٌّ بل المنافعُ استعداد للسُّكنىٰ وهى امر حاصلٌ من الاوّل وهو موجودٌ ليس امراً تدريجيّاً وامّا حصول المنافع فى طول الزّمان فهو لا يضرّ **لان العين** ايضاً كانت فى طول الزّمان **فهذا** ليس دليلاً عَلى كون المنفعة تدريجيّاً من حيث انّها مضافةً الىٰ العين.

بالجملة؛ الاوصاف والمنافعُ، بـمنزلةِ العـلّة والمـعلول او الاجـمال والتّـفصيلِ **فتحصّل مما ذكرناه** انّ المنفعة والاوصاف كان مورداً للتعهّدِ وداخلاً فيه وكان فى مقابلهما شيءٌ من الثّمن.

والفروعات الّتى رتّبوها عليه فى باب البيع والاجارة، لم يكن مُسلِّماً **هذا كلّه** بالنّسبة اِلىٰ المبنىٰ.

وامّا الكلام فى البناء بعد تسليم انّ الاوصاف لاتقابل بشيءٍ من المال ولكن اعطىٰ المشترى بملاحظة الوصف، شيئاً وثمناً.

قال الشّيخﷺ: طريقُ تشخيص انّ المشترى هل له ان يرجع فى ايّ مقدارٍ يجب فرضُ وضع الغارّ لو كان صادقاً وفيما اذا كان كاذباً؟

يعنى كلّ ضررٍ كان مستنداً الىٰ كذب البايع فيرجعُ المشترى علىٰ البايع فيه **فلو كان البايع صادقاً واقعاً واعطىٰ المشترى** بداعى وصفِ الكتابه فى العبد مقداراً من الثّمن ذهب هذا المقدارُ من كيس المشترى **وامّا اذا كان كاذباً** فاعطىٰ المشترى اكثر من الّذى يجب ان يعطيه عَلىٰ فرض الصّدقِ ولم يلتزم المشترى به وتـضرّر هـذا المقدار.

بالجملة، عَلىٰ تسليم جريان قاعدة الغرور هنا ولو سلّمنا جميع مُقدّماتها، قلنا: انّ الشّيخ اذا اعترف بانّ الزّيارة الّتى اَعطىٰ المشترى له، اعطىٰ بملاحظة الوصفِ لا فى مقابلِ الكتابة فهو وطنّ نفسه علىٰ الضّرر المذكور فلم يرجع علىٰ البـايع فـى جميع الثّمن؟ حيث انّ المشترى قبل اصل الثّمن ولو سلّمنا لاعلى وجه المـقابلة والمدارُ هنا عَلىٰ التّضرر والغرورِ، والغرور، تحقّق فى الزّيادة.

وبهذا نقولُ:

من العجب انّ الشّيخ والسّيّدﷺ وجميع المُحشّين، لم يقولوا لا فى المبنىٰ ولا فى البناء واِعترفوا به مع انّا كما قلنا انّ المبنىٰ والبناء كليهما محل اشكالٍ.

اوّلاً: ان المبنى لم نُسلّمه **وثانياً:** علىٰ فرض صحّة المبنىٰ، ليس البناء بصحيح ولو قبلنا انّ زيادة الثّمن فى باب الاوصاف بداعى الوصف وبلحاظ الوصف لا فى قبالِ

الوصفِ.

ولكنّ المسلّم انّه زاد المُشترى شيئاً سواءٌ كان مقابلاً للوصف او بداعيِ الوصف وما اعطاه، ليس مستنداً اِلىٰ البايع بل كان مستنداً اِلىٰ البايع فى الازيدِ فعلىٰ هذا، فرقُ الشّيخ﵀ بين الجزء والوصف فى المورد بالخصوصِ، لايصّحُ ولو قبلنا بالفرقِ بينهما فى سايرِ الموارِدِ.

ذكر الشّيخ فى آخر البحث السّابق مسألةً وشرطاً للاحكام السّابقة ومع ملاحظة هذا الشّرط، تصيرُ الاحكامُ السّابقة قليل الموردِ:

قلنا فى مورد بيعِ الغاصب لنفسه اذا كان المشترى جاهلاً فيما لو ردّ المالك يتحمّل المشترى قهراً غراماتاً وله ان يرجع لاخذ هٰذهِ الغرامات عَلىٰ البايع لقاعدةِ الغرور وغيرها.

وايضاً من الغرامات الّتى تحمّل مثل اَداءِ اُجرةِ الحمّالِ والتّوزين وغيرهما ممّا لم يرجع عليه فى مقابلها من شىءٍ او غراماتٍ تحمّلت فى مقابل المنافعِ المستوفاةِ منفصلةً او متصلةً.

قلنا فيه ايضاً: انّه يَرجِعُ وكذلك فى زيادة القيمة عَلىٰ الثّمن اذا تلف الكلّ وفى زيادة قيمة الجزء عَلىٰ الثّمن اذا تلف الوصفُ، او فى تلفِ الوَصفِ فى جميع القيمة الّتى اخذ منه فى مقابل الوصفِ.

بالجملة، بناءً علىٰ قول الشّيخ﵀ وجمعٍ آخر معتدٍّ به من الفقهاء، فى جميع هذه الغرامات، يرجعُ المشترى عَلىٰ البايع فيما اغترمَهُ.

وهذه الاحكامُ والفتاوىٰ قد بحثنا عنها فى الدُّروس السّابقةِ.

لا يَخفىٰ: انّ هذهِ الفتاوىٰ والاحكام لها استثناءٌ وشرطٌ وقلنا: انّ مع هذا الشّرط، تصير هذه الفتاوى قليل القائدةِ والمورد.

الشّرطُ المذكور، ان يكون بيعُ الغاصب صحيحاً من كلِّ وجهٍ وجَهَةٍ ووجه فساد البيع وبُطلانه، انّما كانَ منحصراً فى الغصب واذا كانت لفساد البيع وبطلانه جهةٌ اُخرىٰ ايضاً مثل ان باع الغاصبُ بيعَ المجهول **يكونُ البيعُ باطلاً من جهتينِ: لانّه غَصبٌ وغير مالكٍ ولانّه** بيع مَجهولٍ ومثل اَنْ بَاعَ بيعاً ربويّاً او باعَ بيع الصّرفِ والسّلم من دُونِ قبضٍ فى المجلس وهكذا.

فاذا فرضنا انّ فسادَ عقد البيع او غيره من العقودِ، لا ينحصرُ فى جهةِ الغصبِ بل كان غير الغصب جهةً اُخرى للبطلان **فحينئذٍ،** لا يَرجِعُ المشترى عَلىٰ البايع وذهبت الغراماتُ كلّها من كيسه ولا يرجع بشىءٍ منه عَلىٰ البايع **وذلك لانّه** حينئذٍ، لا

تجری قاعدةُ الغرور **لانّ** معنیٰ الغرور، الفرقُ بين الصّدق والكذبِ فی القضيّةِ يعنی انّ المشتری اقدم عَلیٰ هذه المعاملةِ من جهة صدق البايع وحيث بانَ كذبه وتحمّل لاجل الكذب غراماتاً يَرجعُ بهذه الغراماتِ عَلیٰ الغارّ البايعِ وامّا فی موردٍ لم يفرق صدق الغارّ وكذبه يعنی كان ضامناً سواءٌ كان كاذباً او صادقاً مثل مورد المفروض فليس للغرور حينئذٍ، حكمٌ **لانّه** لا يجوز فی هذا المورد انّ المشتری كان مغروراً وكان البايعُ غارّاً لانّا اذا فرضنا بطلان البيع من جهة اخری سواءٌ كان البايع غارّاً ام لم يكن، يكون المشتری ضامناً فضمُّ الغرور فی هذا المورد، غير مـؤثّر يـعنی اذا فرضنا عدم الغرورِ وفرضنا انّ المعاملة، كانت باطلةً من جهة اُخریٰ، فحكمه تَحَمُّل المشتری تمام الغراماتِ ولايرجع عَلیٰ البايع بشیءٍ كما تقدّم وما نحن فـيه، هـذا الفرضُ **غاية الامر مضافاً** الیٰ ذلك، كان البايع، غاصباً ايضاً ومن المعلوم كون البايع غاصباً لا يغيّر الحكم.

بالجملة، انّ الشّيخ اِشترط فی الفتاویٰ الّتی ذكرنٰاها وقلنا انّه يرجع عَلیٰ البايع عند غراماتِ المشتری عند الجهلِ، بكـونه غـاصباً والشّـرطُ ان تكـون المـعاملةُ صحيحةً الّا من جهة كونه مالكاً كان فساد المعاملةِ، منحصراً لجهةِ الغصبِ وامّا اذا كانت للفسادِ جهة اُخریٰ غير الغصب مثل اَنْ يكون مغصوباً و ربويّاً او مَـغصوباً ومَجهولاً او مُغصوباً وعدم كون الثّمن او المُثمنِ مَقبوضاً فيما يعتبر ذلك وهكذا... لا يكون رجوعُ المشتری اِلیٰ البايع صحيحاً لما ذكرناه من انّ المقصود من الغرورِ، انّه غرّ صدق البايع وانّه صادقٌ فی دعواه واظهاره واقدم علیٰ المعاملة مبنيّاً عَلیٰ صدقهِ ثمّ بان كذبه **حينئذٍ** يتحمّل البايعُ، الغرامات الّتی اعترفها المشتری وامّا فيما نحن فيه فيصّح انّه بان كذبه **ولكن** لم يتوجّه الغراماتُ والخسارات من ناحية الكذب **لانّ البايع،** لو لم يكن غاصباً لكان تتوجَّهُ الغرامات عليه ايضاً هذا خلاصةُ كلام الشّيخ ونظره﵀.

يمكن اَنْ يقال: انّ هذا الشّرط، لا يصّحُ او عَلیٰ فرض صحّته، يـختلفُ عَـلیٰ المبانی فی قاعدة الغرور **حيث** قلنا عن الشّيخ﵀ حيث ذكر لقاعدة الغرور دلائل

متعدّدةٌ منها:

النّبوى المروّى: **«المَغرور يرجعُ عَلىٰ مَن غرّهُ»**

منها: **«قاعدة لاضرر». ومنها:** التّسبيب وكون الغارّ سبباً لتغريم المشترى

ومنها: ما يستأنس من ادلّة شهادة الخبر والفتوىٰ الواردة فى باب **«مَن قَدَّمَ الىٰ واحدٍ طعاماً وادّعى انّه ماله واباحةً ثمّ بان انّه مال الغيرِ.»**

وَلا يخفىٰ: انّ تعليل الشّيخ﵀ فيما نحن فيه، يلائم مع بعض هٰذه المبانىٰ دون الآخر مثلاً اذا كان المبنىٰ، التّسبيب، فلقولِ الشّيخ وتعليله **وجهٌ لانّ** الفرض، ليس هنا تسبيبٌ كان هذا الحكمُ موجوداً ولولم يكن الغرورُ موجوداً ولم يكن الغرور سبباً لهذا العمل؛

وامّا اذا كان المبنىٰ، النّبوى المشهور بعد دعوىٰ انسجباره بعمل الاصحابِ قديماً وحديثاً فلا يفرقُ فى تطبيقِ الحديث فيرجع عَلىٰ من غَرّه **لانّه** كان مغروراً.

واما اذا كان المبنىٰ **«قاعدة لاضرر»** فلا يبعد ايضاً جريان **«قاعدةُ لاضرر»** لانّا اذا فرضنا انّه تحمّل خساراتاً وغراماتاً تأمن دُون مقابل او استفاد منافِعَ متصلّةً او مُنفصلةً بتخيّل انّه مالُه وزعم انّه لا يجبُ عليه اعطاءُ شيءٍ فى مقابل هٰذهِ الاستفادةِ وكان مثل **«من قدّم اليه طعاماً فاكله.»**

وان شئت قلتُ انّ ما نحن فيه من قبيل المقتضى واللّا مقتضى وفى اجتماع السّببين اذا قلنا انّ لاحدهما اقتضاءٌ وسببٌ آخر، يقتضى العدم فيمكنُ ان يتعارض هذان السّببان و تساقطتا وامّا فى موردٍ كان احدهما سبباً والآخر غير سبب وكان احدهما مقتضياً وكان الآخر، لامقتضىً فلا يوجب اجتماعُهما، التّعارض وذهاب السّبب **ولا يبعد** ان يكون ما نحن فيه من هذا القبيل ونحن لم نقل: انّ اصل المطلبِ كان علىٰ الشّيخ مختلطاً **ولكن** كان فى عبارتهِ وكلامه نوعُ اختلاطٍ وابهامٍ وكما قلنا سابقاً فى باب ضمان المشترى علىٰ البايع كان حكمانِ: حكمٌ ثابتٌ ومسلّمٌ وحكمٌ محلٌّ للكلام هل هو ثبتٌ ام لم يثبت؟ وامّا الحكم الثّابتُ فهو ضمان المشترى علىٰ المالك **حيثُ** كان بيع المالك وتجب قيمةُ المبيع وجزئه ووصفه وردّه الىٰ المالك

وكان ضامناً له وهذا، لاريب فيه **وهذا ليس** مورداً لتعارضِ السّببينَ وامّا الحكمُ الآخر فهو اَنَّ الّذی اغترَمهُ للمالكِ هل يرجعُ به اِلیٰ البايع ام لا؟ وهذا موردٌ للنّظر ومحلُّ الكلام ويلزم البحثُ فی انّ هٰذين الشّئينِ تعارضا فی حكم الرّجوع ام لا؟ مَثلاً اِذا كانت المعاملة فاسدة من غير جهةٍ الغصب مثلاً من جهةِ الغرور وما قلنا فيه: انّ المشترى لا يرجعُ علیٰ احدٍ فهو لاجل عدم المقتضيٍ وعدم الدّليل والمشترى كان ضامناً للمالك ولا يرجععَلیٰ البايع فيما اغترمَهُ لعدم الموجبِ والاقتضاء والدّليلِ **وامّا القول بالرّجوع** عَلیٰ البايع فی قاعدة الغرورِ فهو لاجل المقتضی فلو اجتمعتِ الحالتانِ: غصبٌ وجهالةٌ فهذان السّببانِ، لايتعارضان فی مقابلِ ضمان المشترى للمالك وكلاهما موجبانِ للضّمانِ للمالك.

بالجملة؛ فساد العقد من ایّ جهة وسببٍ كان سواءٌ كان السّبب واحداً او متعدّداً، منحصراً او غير منحصرٍ، موجب الضّمان **لانّ** «كلّ عقد يضمن بصحيحه يُضمنُ بفاسدِهِ» **فحينئذٍ** اذا اجتمع السّببانِ فی الضّمان هل يُعارضُ هٰذان السّببان فی مسألة ضمانه للمالك ام لا؟

والمسلّمُ انّ السّببين يَتوافقانِ فی ضمانِ المشترى للمالك ويقتضی كلاهما ضِمانَ المالك واَمّا مسألةٌ كانت مورداً لنظرنا: هل يرجعُ الی ثالثٍ او بايع او غارٍّ؟

ففاعدة الغرور، يقتضی الرّجوع وامّا الفسادُ من جهةٍ آخر ليس مقتضياً للرّجوعِ وهو لا يقتضی شيئاً فالسّببان من باب اجتماع المقتضی ولا مقتضی، لا من باب اجتماعِ المقتضيينِ والسّببينِ.

وامّا اختلاطُ اصل القسمين مع مسألةِ الرّجوع الیٰ البايع فی كلامهﷺ وجعل احدهما مقام الآخر، ليس هذا صحيحاً.

ومن هنا لم يَعْلَمْ ضعف ما ذكره السّيّدﷺ حيث وجّه كلام الشّيخﷺ ثمّ قال: انّ القاعدة فی اجتماع السّببين، اِستناد الاثر الیٰ المجموع او التّوزيع فلا يجوز اسقاط سبب الغرور وجعل المدار عَلیٰ السّبب الاخر وهو الفساد لاجل الجهالةِ والقولُ بانّ الفسادَ من جهة الجهالةِ، مؤثّرٌ وليس الغرور مؤثّراً.

قال السّيّدﷺ: انّ السّببينِ من قبيل اجتماع الاكراه والارادة فى باب البيع فيما اذا اراد شخصٌ، البيع ثمّ اكره شخصٌ آخر عَلىٰ عدم عمله فاجتمع الارادة والاكـراهُ، فالحكمُ هنا الصّحةُ يعنى لم يجروا حكم الاكراه فيه.

نحن نقولُ: كما تنبّه السّيّدُ﵀ فی آخر كلامه﵀ انّه لايمكن اجتماعُ الاكراهِ والارادةِ كما لا يخفىٰ وجهه، **ذلك** لانّه اخذ فی تعريف الاكراه قيوداً لا يلائم مع طيب النّفس **وحيث** نفرض انّ طيب النّفس لا يتصوّر معه الاكراهُ حتّى تكون المسألة من بابِ اجتماع السّببين، سببُ الاختيار وسببُ الاكراهِ **وهذا معلومٌ** لاريب فيه وان كان مقصودُ السّيّد انّ ما نحن فيه من هذا القبيل يعنى حيثُ يفرضُ بطلانُ البيع لاجل الجهالةِ فليس فيه ایّ غرورٍ **ومعلومٌ** انّه ليس كذلك سيّما اذا فرضنا جريان المعاملات فی دائرة العُرفِ **يوضحُ ذلك** ما ذكره الشّيخ والسّيّد﵀ **حيثُ** انّ الشّرائط قسمانِ:

شرائط تعبّديّ وشرائطٌ شرعيٌّ الّذی لم يراعِ العرف اكثراً.

شرائط عرّفیّ يعتبرُها العرف كثيراً ما مثل المسألة المالكيّة والغصبِ والسّرقةِ يعنى اذا عَلِمَ العرفُ انّ المال، قال الغير، لا يقدم عَلىٰ معاملته وامّا اذا علم انّه مجهولٌ لا يَعْتَنِ بالمجهولِ حيث كان اكثرُ معاملاته مَجْهولاً **فعليه** اذا فرضنا كما هو الغالب اَنَّ المُشترى كان من جُملةِ الافرادِ الّذين يَقدُمون عَلىٰ المعاملة فی موردِ فقد الشّرائط الشّرعيّةِ **ولكن** لا يُقدمُ فی مورد الغصبِ؛

وفی هذا الفرض لو اَقْدَمَ عَلىٰ معاملة مجهولةٍ او يكون عالماً بكونِهِ مَغْصوباً، يكونُ غرامات المشترى مُستنداً اِلىٰ الغصبِ لاغيرُ.

وبَناءً عليه، فرضُ انّه اجتمع السّببانِ هُنا الّذی كان اَحَدهما رافعاً للموضوعِ مثل الاختيار والاكراه الّذی كان الاختيارُ رافعاً لموضوع الاكراه وقلنا انّ جهالةَ المبيعِ، كان رافعاً موضوع الغرور او كان احد السّببينِ وارداً علىٰ السّبب الآخر وكان رافعاً حقيقيّاً، لموضوعٍ آخر فهو لا يصّح ويبعد عن الواقعِ.

مسألة تَرَتُّبِ البايعِ والمشترى فيمٰا إذٰا كٰانَ البايع غاصباً وتَسَلّم المُشْتَرِى المبيع من البايع فاستولىٰ اثنان علىٰ مالٍ: المالك غصباً والمُشْتَرِى حيثَ اخذ من البـايع جهلاً او علماً فكانت هُنا يد ان: احدهما فى طول الآخر، الاوَّلُ يد البايع والثّالِى يد المُشْتَرِى الّذى كٰانَ مُتَفَرِّعاً علىٰ يد البايع وإذٰا فـرضنا المُشْـتَرِى الثّـالِث والرّابِـعُ والخامس وهٰكذا يَتَحَقَّقُ تَرَتُّبِ الايادى مُتَرَتَّبَةً علىٰ مال الغير وفيمٰا نحن فيه يكونُ حدّ الاقلِّ من الاَيادى المُتَرَتَّبَة، يدانِ.

توضيحُ الكلام انّ فى باب تَرَتُّبِ الايادى، خمسةُ احكام، ثلاثةٌ منها: كٰانَ حكمها واضحاً ولاريب فيه بناءً علىٰ الابحاث السّابِقة والمبانى المشهورة والاثنان مـنها محلّ الكلامِ.

والقول بانّ تَرَتُّبَ الايادى علىٰ احكامٍ خمسةٍ، انّما هو علىٰ اعتبارٍ **ولكن يمكن ان يكون** علىٰ اعتبارٍ آخر، ازيد من الاحكام الخمسة **نتذكّر اوّلاً:** الاحكام الخمسة ثمّ تتعرّض للاحكام الاُخَر فى ذيلها بعنوان التّنبيه.

اوّلها: انّ الايادى كلّ واحدة منها، كٰانَ ضامناً مستقّلاً كٰانَ لم يكن غيره فكانت ضماناتٌ متعدّدةٌ بعدد الايادى المُتَرَتَّبَة المستقلّة ونتيجته انّ للمالك ان يرجع الىٰ كلِّ واحدٍ من هذه الايادى سابقةً او لاحقّةً او متوّسطةً وله ان يستردّ ماله من كُلِّ واحد منها بالتّفاوت او بالسّوية.

بالجملة؛ المطالبةُ من ايّ واحد من الايادى، كٰانَ باختيار المالكِ فله المطالبةُ من كلّ واحدٍ منها كيف يشتهى؟

هذا الحكم فيه اشكالٌ من جهةٍ سنعودُ اليه انشا...

وثانيها: انّ المالك إذٰا رجع علىٰ واحدٍ من السّابِقين وكٰانَ هو غارّاً للّاحقِ واخذ منه، لايجُوز للغارّ، المراجعةُ الىٰ المغرور وهو اليد اللّاحقّةُ ولو فرض التّلفُ عـند اللّاحقّ ولم تتلف عند السّابِقِ.

ثالثُها: مالو رجع المالك الىٰ اللّاحقّ المغرور فللّاحقّ ان يرجع الىٰ السّابِقِ فهذا الحكمانِ لا اشكال فيها بناءً علىٰ قاعدة الغرورِ.

ورابعها: ما اِذٰا لم يكن فی البين غرورٌ ولا يكون السّابِق غارّاً ولم يكن اللّاحقُّ مغروراً **وحينئذٍ** اِذٰا رجع المالكُ الیٰ الآخرِ اللّاحقِّ فلا يجوز للّاحقِّ ان يرجع الیٰ كلّ واحدٍ ممّن سبق قبل اللّاحقّ ولا اشكال فيه ايضاً لانَّهُ مطابقاً للقاعدة كما سيأتی.

وخامسُها: ما اِذٰا رجع اِلیٰ احد السّابِقين، هل يجوزُ للسّابقِ ان يرجع اِلیٰ كلّ لاحقٍ فرض بعده حتّیٰ يستقرّ الضّمان علیٰ من تلف عنده ام لا؟

هنا اشكالٌ يأتی بيانه فيما بعدُ.

بالجملة: من هذه الاحكام الخمسة، **الاثنان** منها محلّ اشكالٍ **ومن الاثنين الحكم الاخيرُ** وهو انّه لِمَ يجوز رجوعُ السّابِق علیٰ اللّاحقّ مع عدم كون غرورٍ فی البين اِذٰا رجع المالك الیٰ السّابِق؟

وثانيهما: الحكمُ الاوّل وهو ضمان كُلّ واحد منها للمالكِ.

ووجهُ الاشكال انّ المالك، ليس له ازيد من مرّةٍ، من شمول «**قاعدةُ علیٰ اليدِ**» وكيف يستقرُّ مالٌ واحدٌ، فی ذممٍ كثيرة مستقلّةٍ؟

مثلاً اِذٰا فرضنا انّه تَرَتّب علیٰ مأة دينار، عشرة ايادی وفرضنا انّ كلّ واحدٍ من العشرةِ، ضامن له مستقّلاً ومعنیٰ الضّمان **حينئذٍ** كون المالك مالكاً للمأة فی ذمّةِ كلّ واحدٍ من العشرة علیٰ وجه الاستقلال وهذا لايخلو عن فرضين وشقّينِ:

اما بحفظ المال وحدته ام لم يحفظ وحدته؟ يعنی يصير المال فی ذمّة الاَشخاص، عشرة اموال وهو بعيد.

واِذٰا قلنا بحفظ وحدته كيف يكونُ موضوعٌ واحدٌ، حاضراً فی عشرةِ امكنةٍ وعشرة اذمّةٍ واستقرارهُ فی عشرة اذمّةٍ مع حفظ الوحدة؟

واَمّا كونه علیٰ البدل فاوّلاً:

انّ الفرد المردّد، ليس من افراد **العامّ لانّ** الموضوع متعيّنات، وليس الفرد المردّد موجوداً.

وثانياً، كيف يشمل قوله عليه السلام: «**علىٰ اليد ما اخذت حتّىٰ تؤدّى**» مورداً كانَ الضامنُ واحداً وكانَ مورد الضّمان الفرد المعيّنَ ومورداً كانت الضّمناءُ متعدّداً ومورد الضّمان، الفرد المردّدُ كما انّه لايجوز شمولُ قوله عليه السلام: «**كُلُ شَيءٍ فيهِ حَلالٌ وَحرامٌ وَهُوَ لَكَ حَرامٌ**»، المشتبه المتعيّن فى الشّبهة البدويّةِ والفرد المردّد فى اطراف العلم الاجماليّ.

حيثَ قالوا: انّ هذا «**فِي كُلِّ شَيءٍ فيهِ حَلالٌ... الخ**» محلُّ اشكالٍ ثبوتاً واثباتاً.

اَمّا ثبوتاً فلانَّهُ لم يكن الفرد المردّد بموجودٍ مع كون الموضوع، من قبيلِ المتعيّنات.

واما اثباتاً فلانّ عموم كلّ شيءٍ فيه حلالٌ وحرامٌ... الخ انّما هو باعتبارِ الافراد المتعيّنةِ وامّا الفردُ المردّدُ فلو قيل بامكانه وتصوّره، فليس مشمولاً للعامّ **حَيثُ** إنّ العامّ، انّما يشمل المتعيّنات وليس للعامِّ، فرداً آخر يسمّى فرداً مردّداً.

ولذا فى الموارد الّتى لم يكن التّعيّن فى مثل: ما إذا زَوَّجَ الاختين فى عقدٍ واحدٍ او خَمسةَ امرأةٍ فى عقدٍ واحدٍ، فقد حكموا بالبطلان.

نَعم: قال بعضٌ ببطلان احدهما وصحّةَ الآخر **لانَّهُ** فردٌ مردّدٌ وقوله تعالىٰ: «**اوفُوا بالعقود...**» يقتضى الوفاءُ بكليهما وحيثُ لم يمكن العمل لكليهما، فيجب رفعُ اليد عن احدهما وحيثُ كانَ رفعُ اليد عن احدهما، ترجيحاً بلا مرجّح، فتُرفع اليدُ عن الواحدِ غير المعيّنِ بانّ عقداً واحداً منها، كانَ صحيحاً بنحو التّخيّر والتّرديد كما قال به بعض ولكن ردّ هذا فى مورده كما قلنا ذكر هذا فى: «**كُلّ شيءٍ فيه حلالٌ وحرامٌ... الخ**» فى استفادةِ التّخيّر والتّرخيصِ بنحو التّخيير فى طرَفيِ العلم الاجماليّ حيثُ لم يمكن التّعيين فيبقىٰ التّخيير **ولكن** اجابوا عنه فى مثل هذه الموارد ثبوتاً واثباتاً.

واَمّا بُثوتاً فلم يكنِ الفرد المتردّد، موجوداً وان كانَ ترديدٌ فهو باعتبار الحكم يعنى حالةٌ طاريةٌ من قبل الحكم ولا يمكن اخذها فى متعلّق الحكم.

وامّا اثباتاً علىٰ فرض تصوّره ثبوتاً فلانّ ظهور الادلّة، فى المتعيّنات فمعنىٰ:

«اكرم كلّ عالم» يعنی الافراد المتعيّنه فمعنیٰ: **«اوفوا بالعقود»** يعنی: **«اوفُوا لِكُلّ عَقْدٍ وَعَقْدٍ»** وَاَمّا القول **«باوفُوا...»** باحد العقدين ای حلالٌ، احد الكأسين او كَانَ صحيحاً احد النّكاحين او كَانَ احدُ الشّخصين ضامناً فهی خارجٌ عن مدلول: **«علیٰ اليدِ...»** و كلّ شیءٍ حلالٌ...» ومدلول: **«اَوفوا بالعقودِ»**.

حاصلُ الحكم الاوّل من الاحكام الخمسةِ، انّ كلّ واحدٍ من الايادی كَانَ ضامناً مُستقلّاً فی مُقابل المالك كما ذكرناه **اُورد عليه الاشكالُ ثبوتاً واِثباتاً** كما قلناه سابقاً وهو انّ وُقوع هذا، يكونُ محالاً وغيرممكنٍ وليس معناً مَعقولاً.

ومضافاً الیٰ ذلك، لا يَفی الدّليلُ علیٰ اثبات هذا الحكم **ولذا صاحبُ الجواهر** ﷺ فی باب الضّمانِ العقدیّ تعرّض لهذه المسألة وقال: انّ هذا الحكم، معلومٌ من الضّمان العقدیّ يعنی من ضمن من قبل المديون للدّائنِ وقال: «ضَمِنْتُ دَيْنَ فُلاٰنٍ لَكَ» (ای المضمون له) وقال المضمونُ له: «قَبِلتُ»، اختلف فی الحالة الحاصلة من الضّمان العقدیّ، العامّة والخاصّةُ خلافاً معروفاً **حيث** ذهب العامّة اِلیٰ انّ الدّين، كَانَ باقياً فی ذمّةِ المديون **غاية الامرِ،** جعل الثّانی ای الضّامن نفسه ضامناً ثانياً وبعبارةٍ اُخریٰ، ضمّ ذِمّةٍ الیٰ ذَمّةٍ وبعبارةٍ اُخریٰ مثل تَرَتُّبِ الايادی غايةُ الامر فی هذا التّرتيب، الدّليلُ هو **«قاعدة اليدِ»** ولكن فی ضمان العقدِ، الدّليلُ هو عقد الضّمانِ.

وبالجملة؛ قالوا: انّ الدّين، واحد والمديون اثنان فللمالكِ ان يطالبَ من المضمونِ عنه ويَجوزُ ان يطالب عن الضّامنِ فالضّمانُ ضمُّ ذِمّةٍ اِلیٰ ذِمّةٍ.

وامّا عقيدة الشّيعة فهی انّه ليس الضّمان، ضمّ ذمّةٍ الیٰ ذمّةٍ بل هو نقل ذمّة الیٰ ذمّةٍ يعنی انتقل الضّامنُ دين الضّامن الیٰ ذمّته وعهدتهِ وكانت ذمّةُ المديون بريئة فليس الاثنان ضامنينِ وليس الاثنان، مديونينِ فليس الضّمان، ضمّ ذمّة الیٰ ذمّةٍ بل انّما هو نقل ذمّةٍ الیٰ ذمّةٍ.

صاحبُ الجواهر ﷺ فی ردّ قول العامّة القائل فی معنیٰ الضّمانِ: **«ضمُّ ذِمّةٍ اِلیٰ ذِمّةٍ اُخریٰ»** قال: انّ هذا مستحيلٌ، كيف يقع مالٌ واحدٌ وطلبٌ واحدٌ فی ذمّتين؟

وكانَ العامّة يقولُ بالمحالِ ثمّ قال ﷺ:

ان قلت: فما تقول فى باب تَرَتُّبِ الايادىّ؟ حيثَ كانَ هنا اَيضاً ضمّ ذمّة اِلىٰ ذمّةٍ وكانت الذّمّةٍ، متعَدّدة ووقع مالٌ واحدٌ فى ذممٍ متعَدّدةٍ.

قُلتُ: انّ فى باب تَرَتُّبِ الايادىٍّ، كانَ احد الخطابات وضعيّاً وباقيها حكماً تكليفيّاً **حيثُ** كانَ خطابُ من تلف عندهُ، كانَ تكليفيّاً وكانَ هو المديون الحقيقىُّ وامّا خطاب السّابِقين علىٰ من تلف عنده خطابٌ تكليفىٌّ وليس بخطابٍ ذمّىٍ.

والقُول بانّ الايادىّ المتعَدّدة، كانت ضامنةً فى مقابل المال الثّالِثِ، ليس معناه انّ الايادىٍّ المتعَدّدة كلّها مديونةٌ للمالك بل المديونُ، انّما هو واحدٌ، **غايةُ الامر** يجوز للمالكِ، مطالبة ماله منهم ايضاً وهذا خطابٌ تكليفىٌّ لاذمىٌّ.

بالجملةِ: صاحبُ الجواهر ﷺ اوّلاً:

ثَبتَ انّ فرض مالٍ واحدٍ فى ذمّة عدّةٍ متعَدّدةٍ، كانَ محالاً.

وثانياً: انّ فى تَرَتُّبِ الايادىٍّ، حيثَ زعم استحالة التّصور واستحالة الواقعِ، اَفتىٰ بالفرقِ بين اللّاحقِّ والسّابِق فكانَ خطابُ السّابِقين، التّكليفىٍّ لا الوضعىٍّ وامّا خطاب من تلف عندُه، فهو الوضعىُّ.

صاحبُ الجواهرﷺ قد تنازل فى باب الغصبِ وقالﷺ بانّه لم يكن حصولُ مال واحدٍ فى الذّمم **ولكن** له دليلٌ **ولكن** ليس دليلٌ علىٰ ذلك فى باب تَرَتُّبِ الايادىٍّ فليس ايرادُ قول العامّة، الاستحالةَ بل هو مخالفٌ للادلّة ومخالفٌ لمفهوم عقد الضّمان.

وان قلت: فما تقول فى باب تَرَتُّبِ الايادىٍّ؟

قُلتُ فى باب تَرَتُّبِ الايادىٍّ، انّ الضّامن والمديون والحكم الوضعىٍّ، راجع الىٰ من تلف عنده هو آخر الايادىٍّ وامّا السّابِقُون فخطابهم، خطابٌ تكليفىّ فقط يعنى وقع المال فى ذمّةٍ واحدة فقط لا فى ذمَمٍ متعَدّدة.

وبالجملة اَنت كما ترىٰ، استحالﷺ تَعَقُّل استقرار مالٍ واحدٍ فى ذِمَمٍ متعَدّدةٍ فى موضعَ من كتابه **وكذلك** قال: انّ معنىٰ ظواهر الادِلّةِ، انّ خطاب السّابِقينَ، كانَ

خطاباً تكليفيّاً وامّا خطاب آخر الايادیٍّ فذمّیٌ **ومع ذلك** للمالكِ، حقّ المطالبةِ من كلٍّ واحدٍ من الايادیّ **وليسَ معنیٰ ذلك انّ** ذمّة هٰذِه الايادیٍّ سویٰ اليد الأُخرى، مَشغولةٌ لهذا المال وكانَ مديوناً.

وبالجملة: حقّ المطالبة، اعمّ من كونه فی الذّمّةِ ونحن سنذكر ما فيه ونعوذُ اليه انشاء... فيمٰا بعدُ.

والحاصل انّ مقصود الكلام انّ صاحب الجواهرﷺ استحال ان يقع مال واحدٌ فی ذممٍ متعَدّدةٍ الّتی كانَ مبنیً للحكم الاوّلِ وتكرّرتْ هذه الاستحالة فی الكتب وادّعیٰ محاليّتهُ.

وتوضيح المحاليّة انّ المال الواحد اِذٰا وقع فی ذِمَمٍ متعَدّدةٍ كثيرةٍ هل تحفظ وحدتها ام تتكثّر بتكثّر الذّمم؟ ان كانَ الجوابُ انّه يتكثّر بتكثّر الذّمم وكانَ المال، اموالاً متعَدّدةً مع انّه مال واحدٌ ومقدار واحد وهذا المعنیٰ محالٌ وامّٰا اِذٰا حفظت وحدته، يعنی كانَ فی الذّمَمِ المتعَدّدة هو واحد، فهنا سؤالٌ وهو انّه كيف يحصلُ شیءٌ واحدٌ بما هو واحدٌ فی امكنةٍ متعَدّدة وارقامٍ متعَدّدةٍ؟

قيل فی جواب هذه الاستحالةِ وجوهٌ لايخلو اكثرها عن اشكالٍ وانّها غير تامٍّ.

منها: ما ذكره المحقّق النّائينیّ والمحقّق الاصفهانیّ، انّه لا مانع من استقرار شیء واحد ومال واحد فی الذّمَمِ المتعَدّدة لانَّهُ من الاعتباريّات ودائرة الاعتباريّات وسيعة ويغتفر فيها مالا يغتفر فی غيرها حيثَ كانَ مبناها، علیٰ الخيال والتّصوّر والاعتبار.

فاعتبار شیءٍ فی امكنةٍ متعَدّدةٍ والذّمَمِ المتعَدّدة غير اعتبار انسانٍ واحد فی لحظةٍ واحدةٍ فی امكنةٍ متعَدّدة **حيث** انّ هذا، لايمكن وامّا اعتبار مال فی ذِمَمٍ متعَدّدة فلا مانع منه.

فيه ما لا يخفیٰ اوّلاً: انّ المحال، محالٌ سواءٌ كانَ المحال تكوينيّاً او اعتباريّاً ولا يمكنُ ان يعتبر العقلاءُ، المحال اعتباريّاً فلا يجوز اعتبار اجتماع النّقيضين والمثلين واعتبار الدّور والتّسلسل، موجباً للجواز.

قلنا سابقاً: انّ جميع الاعتباريّاتِ، كانت مشتقّةً من التّكوينيّات يعنى كٰانَ منشأ اعتبارها، مَوجوداً فى عالم التّكوين فكونُ امرٍ واحدٍ فى الامكنة المتعَدّدة فى آنٍ واحدٍ كٰانَ امراً محالاً فلا يكون اعتبار المحال معقولاً بالاعتبار كما انَّ فرض وجود المالكين علىٰ ملك واحد فى آن واحدٍ وتوقّف مالكيّة هذا علىٰ ذاك ومالكيّة ذاك علىٰ هذا، امر محالٌ.

وثانياً: فى القول بانّ العقلاءَ، يعتبرون الشّىء الواحد فى الامكنة المتعَدّدةِ، يبقىٰ السّؤال السّابِق وهو انّ الاعتبار فى الامكنة المتعَدّدةِ بل هو بنحوٍ الكثرة او الوحدة، قلتم بالعدم بنحو الكثرة وهذا واضحٌ.

واَمّا بنحو الوحدة فقالوا: انّ معناه، حصوله فى الامكنة المتعَدّدة بنحو الوحدةِ، انّه علىٰ نحو البدليّة والفرد المردّدِ يعنى اِذٰا رجع المالك علىٰ واحدٍ منها واخذ ماله، لايرجع علىٰ الآخر وهكذا.

وبالجملة اِذٰا كٰانَ مآل المسألة الىٰ الفرد المردّد فيأتى الكلام السّابِق فى انّ الفرد المردّد هنا محالٌ ثبوتاً واثباتاً.

امّا ثُبوتاً فلما قالوا من انّ افراد كلّ عالمٍ، كانت من قبيل المتعيّناتٍ وامّا التّرديد بين هذا او ذاك، فهو ليس من افراد العامّ وما كانت له الواقعيّةُ فهو الافراد المتعيّنةُ وامّا الفرد المردّد فليس له وجودٌ خارجاً.

وامّا اثباتاً فلانّ الدّليل كما قال به السّيّدﷺ فهو من قبيل:

«كُلُّ شَىْءٍ لَكَ حَلاٰلٌ....» و «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و مثل: **«اَلنِّكاحُ سُنَّتِى....» و...**

ومن المعلوم: انّه لا يجوز القول بانّ **«النّكاحَ سنّتى»** و **«اَوفوا بالعقودِ»** يصّح فى موردٍ كٰانَ متعيّناً وامّا فى مورد عقد الاُختينِ، فكٰانَ احدهما صحيحاً ولايجوز القولُ بانّ معنى: **«كلّ شىءٌ لكَ حَلاٰلٌ...»** كٰانَ الامر المشتبهُ فى الشّبهةِ البَدويّة حلالاً متعيّناً وامّا فى مورد العلم الاجمالىّ فكٰانَ احدهما او الفرد المردّدُ حلالاً.

بناءً عليه: القول بانّ الباب **حيث** كٰانَ باب الاعتباريّات وكانت دائرةُ الاعتباريّات وسيعةً والاعتبار اِذٰا تعلّق بالمحال فلا اِشكال فيه وامّا حضور الشّخصِ الواحد فى

الامكنة المتعَدّدة، كٰانَ محالاً.

وامّا فی عالمِ التّشريعِ والاعتباريّاتِ فليس بمحالٍ فهو ليس امراً صحيحاً.

منها: ای من جملة الوجوهِ المذكورةِ فی استحالةِ المال الواحد فی الذِّمَمِ المتعَدّدة ما قال الشّيخ﵀ بانّه من قبيل الفرد المردّد وتوجيه كلامه﵀ انّ حضور مال واحد فی الذِّمَمِ المتعَدّدة بنحو المردّد، هذا اوذاك؟

بعبارة اُخرىٰ، السّؤال من اَنّ للمالكِ، المطالبةُ من ایّ شیءٍ من الايادیّ المرتّبة؟ اشكاله اَنّ المديونَ من هُوَ؟

فاِذٰا كٰانَ المتعدّدُ كلّها مديوناً فمعناه انّ المالكَ، هو المالك للاموال المتعَدّدةِ لاالمالِ الواحد وهو ممنوعٌ قطعاً.

وان كٰانَ المقصودُ منه، الواحد منهم غير متعيّنٍ، كٰانَ مَديوناً.

ومن المعلوم: انّ تصوّر الفرد المردّدِ فی باب المديونِ فی غاية الاشكالِ لانّ معنیٰ كونه مديوناً انّه التزم به وتعهّد به.

ومن المعلوم: انّ الالتزام مع عدم الالتزام، لا يُلائم **حيثُ** انّ احدیٰ هذه الذِّمَمِ، كانت مشغولةً علیٰ المال قبل مطالبةِ المالك مع انّه لم يعيّن ایُّ واحدٍ منها مشغولةً علیٰ المال واقعاً فالمالك من ایٍّ منها يلزم ان يطالبهُ؟ وكيف يطالبُ؟

منها: ما قال به الشّيخ﵀ بانّ مسألتنا هنا من قبيل الواجبِ الكفائیّ وكٰانَ الوضع كالتّكليفِ كما انّ الشّارع كلّف تكليفاً من المتعَدّدِ كصّلوةِ الميّت و وجوب الامر بالمعروف والنّهی عن المنكرِ و...

وامّا اِذٰا اتیٰ بعضٌ منها، سَقَطَ التّكليفُ عن الباقی فكذلكَ فيمٰا نحنُ فيه وما الفرقُ بين الواجب الكفائیِّ واشتغال الذّمّة الكذائيّةِ؟

بل عقيدةُ السّيّد﵀ انّ كلّ الواجباتِ، من قبيل المديونِ.

ولذا اَفتیٰ او مال السّيّدُ﵀ فی باب الفريضةِ بانّ الصّلاةَ والصّوم من الواجباتِ الماليّة ويجب اخراجُهُما من اصل التّركة لان الواجباتَ القابلة للقضاء كلّها من الدّيون الالهيّة ورد فی الرّوايات:

«**دَينُ الله، اَحقّ ان يقضىٰ**» فعليه اِذٰا علمنا فيمن كٰانَ مديوناً للصّلوةِ والصّوم **ولكن** لم يفرض، يجب استيجارها من اصل التّركةِ.

بالجملة، كون الواجبات كلّها من قبيل الدّيون ام لا؟ ليس مؤثّراً فى المسألة فحينئذٍ اِذٰا فرضنا تكليف اَمرٍ واحدٍ من المتعدّد فلا مانع من مطالبةِ مال من المتعدّد وكما اِذٰا قام احدُ من المكلّفينَ فى الواجب الكفائىّ علىٰ العمل به، سَقَطَ عن الباقى فكذلك هنا اَيضاً اِذٰا اَدّىٰ احدهم مال المالكِ، سقط عن الباقى مثل الواجب الكفائىّ كما قلنا، شبهةُ الشّيخ فيمٰا نحن فيه، بالواجب الكفائىِّ.

اُوردَ عليه اَيضاً بانّ ما نحن فيه ان كٰانَ من قبيل الواجبِ الكفائىِّ فيلزم تَرَتّبُ خاصيّة الواجب الكفائىِّ مع انّه ليست له خاصيّةُ الواجب الكفائىّ **حيث** يَقولون فى الواجب الكفائىّ انّ الكلّ اِذٰا تركُوا التّكليف، كٰانَ الكلّ آثما واِذٰا قام احدهم علىٰ العملِ، يسقط عن الباقى واِذٰا قام كلُّ واحدٍ من المكلّفين، علىٰ اداء الواجب فكلّهم ادّوا الواجبَ وكٰانَ كلّهم مصاباً، مأجوراً وامّا هنا اِذٰا اراد المتعدّدُ اداء الدّين فيلزم ان يجوز للمالك اخذ الف دينارٍ، مكٰانَ مأةِ دينار مع انّه ليس كذلكَ.

حٰاصلُ الكلام انّ ضمانَ المتعدّد، للمال الواحد، كٰانَ محالاً علىٰ عقيدةِ صاحب الجواهر﵀ وحيثَ كٰانَ محالاً، يجب التّصرف فى الادِلّة.

امّا وَجْهُ الاستحالةِ فقد ذكرناها والاجوبة الّتى ذكرت من هذه الاستحالةِ.

ومنها: انّ فى باب الاعتباريّات، يجوز اعتبار المحالِ، قلنا فيه انّ هذا ليس بصحيحٍ فراجع.

منها: تصحيحه بنحو الفرد المردّد كما ذكر تفصيله سابقاً قلنا: انّ هذا محلُّ اشكال ثبوتاً واثباتاً وامّا ثُبوتاً فلانَّهُ ليس فردٌ مردّد، فى البين وافراد العامّ فى الخارج، كانت من المتعيّنات والّتى لم تتشخّص لم توجد فالموجودات كلّها، مُتشخصّاتٌ ومُتعيّناتٌ وليس المردّد من اقسامِ الموجود ومن افراد العامّ فليس فردٌ مردّد فى البينِ ثبوتاً.

وامّا اثباتاً فليس الدّليلُ بوافٍ باثبات التعيّن فى المتعيّنات واثبات التّرديد فى

الموارد المتردّدة.

ومن جملة الاجوبة عن الاستحالة، تشبيه ما نحن فيه بالواجب الكفائيّ، **وقد قلنا فی الواجبِ ايضاً** بانّ مناطَ الواجب الكفائيّ، ليس قابلاً للتّطبيق هُنا **لانّ** لازمهُ انّه اِذا ادّى المديوناتَ، يجوز للمالك اخذ الدُّيونِ المتعَدّدة مع انّه لا يجوز للمالك ان يأخذ ازيد من مالٍ واحدٍ.

ومن الوجوه المذكورة فی جواب الاستحالةِ، ما ذكره الشّيخُ **ولكن** لايخلو عن ابهامٍ نحن نوضحه ولا يبعدُ ان يكون مقصوده ما ذكرناه الآن وهو انّ المالَ، كانَ فی ذمّة كلِّ واحدٍ من المتعدّد وكانَ كلُ واحدٍ منها مديوناً له ولا يلزم شيء من الاشكالات السّابِقَة لا فی مقام الثّبوتِ ولا فی مقام الاثباتِ ويجوز تطبيقه علىٰ الادِلّة من دون لزوم استعمالِ اللّفظ فی المعنين ومن دون فرض الفرد المردّدِ من افراد العامِّ ولا يلزم ايضاً القول بالمحال فی الاعتباريّات.

وبالجملة؛ يمكن تصوير المطلب وتطبيقه عَلىٰ الادلّة وذكر شواهد ونظائِرَ له من الفقه وحلّ المطلبِ.

وحاصلُهُ: انّه تمكن استفادةُ نكتتينِ ومطلبين من كلام الشّيخِ ﷺ ولو لم تكن هاتان النّكتتانِ، واضحتين كاملاً.

اِحداهما: انّ معنىٰ الذّمّةِ ماذا؟ وما معنىٰ: املك شيئاً فی ذمّة زيدٍ؟

وثانيتهما: انّه كانَ لِما فی الذّمّةِ، عنوانٌ وكانت الذّمّةُ مَعْنْوَنَةً بها.

بهاتين المقدّمتين، تنّحل الاشكالات كلّها.

اَمّا انّ معنىٰ الذّمة ماذا؟ فقد قلنا سابقاً: انّ لاجل كثرة استعمال الذّمّة وتداولها فی الكلمات، قد يتخيّلُ انّها كانت عالَماً برأسها ولها اعتبارٌ مستقلٌ كما انّ الذّهن له عالَمٌ وكانَ الخارج عالَماً آخر.

ونفس الامر، عالَمٌ آخر وكذلك الذّمّة، عالَمٌ آخر كما هو المستفاد من كلام السّيّد ﷺ فی بعض حواشيه كما نقلناه سابقاً وقلنا: انّه ليس بصحيح **لانّهُ** من باع شيئاً فی الذّمّةِ، اجاب عن قوله ﷺ: **«لا بَيْعَ اِلّا فِی مِلْكٍ»** بانّه يمكن بيع غير الملك كما اِذا

باعَ الامر الكلىّ، ليس له مالكٌ وله الامر الكلىّ كانَ موجوداً وليس بمعقولٍ ان يملك شيئاً فى ذمّته بحيثَ إذا باع، انتقل الىٰ الذّمة واِستقَرّ فيها.

بالجملة؛ المستفاد من ظاهر بعض الكلمات انّ الذّمّةَ، كانت مكاناً اعتباريّاً وظرفاً اعتباريّاً كالامكنة الخارجيّة وكونُ شيءٍ فى الذِّمَمِ لكونه فى الامكنة المتعَدّدةِ وبهذا الاعتبار، حصل الاشكالُ مع انّ الامر ليس كذلك بل الذّمّةُ انّما هى تعهّدٌ والتزامٌ واهل الذّمّةِ اى اهلُ العهدِ وذمّتى بذلك رهينةٌ اى عهدتى بذلك رهينة ومعنىٰ انّ ذلك فى عهدة زيد يعنى له ان يطالبه منه وكانَ هو الملزم بالاداء فليست الذّمّة كونها مكاناً وعالَماً بل الذّمّة كانت منتزعةً من تعهّد شيءٍ.

فعليه كون مال فى ذمّة شخص لا يُعنىٰ به انّ المال موجودٌ والذّمّةُ ظرف موجودٌ آخر وهو من قبيل الظّرف والمظروف وانَّ موجوداً اِستقَرّ فى موجود بل معناها الاِلتزامُ والتّعهدُ.

وامّا المطلب الآخر فهو انّ ما فى عُهدةِ شخصٍ، هو تدارك الخسارةِ وليس بمثلٍ ولا بقيمةٍ **حيث** انّ المثل والقيمة، مصداقٌ **لانّ** علىٰ اليدِ، العهدة فما كانَ مطلوباً منه جبر الخسارةِ **غاية الامر** جبر الخسارة قد يَتَحَقَّقُ بِالمثلِ وقد يتحصّلُ بالقِيمةِ وقد يتحصّلُ ببدل الحيلولة وقد يتحصّلُ باداء قيمة المنافع المستوفاةِ او غير المستوفاة وقد يتحصّلُ باداء تفاوتِ القيمةِ وقد يتحصّلُ باداء تلف الوصفِ وغيرهما من الموارِدِ.

بالجملة: ما كانَ فى الذّمةِ مُعنونٌ بعنوان التّداركِ وبعنوان سدّ الخسارةِ.

واِذا قَبِلنا هاتين المقدّمتين فلا مانع من القول بانّ ما نحنُ فيه من قبيل الواجب الكفائىّ وايضاً لا مانع من كون مالها الىٰ الفرد المردّدِ ولا القول بعدم كونه ممنوعاً فى الاعتباريّاتِ لابمعنىٰ انَّ ورودَ المحالِ فى عالَمِ الاِعتباريّاتِ.

وامّا القولُ بانّه من الواجب الكفائىّ والفرد المردّد، بمعنىٰ انّها مشغولةٌ بالتّدارك والدّركِ، والدّرك نفسه ليس قابلاً للتّكرّرِ فاِذا اعطوا الف مأةٍ من قِبَلِ المتعدّد، كانَ واحدها دركاً والباقى زايد وهذا فى الواجباتِ الكفائيّة مثل الواجب الّذى ليس

قابلاً للتّكرّر ذاتاً مثل دفن الموتىٰ حيثُ ان الدّفن، شيءٌ غير قابل للتّكرّرِ مثل قولنا: أُقتل المرتّد والكافر ويمكن انّ الكلّ مُكلّفاً بالقتل ولكن القتل ليس قابلاً لتكرّرٍ ومسألة التّدارك ايضاً من هذا القبيل **حيثَ** اِنّ المتعدّد كلّها ضامنٌ للتّدارك ولكن ما قلنا من انّ المتعدّد اِذٰا ارادوا ردّ المال فللمالِك، احقّ اخذ كلّ واحدٍ منها، ليس بصحيح **لاَنَّ** المتعدّد اِذٰا ادوّا، المال كلّه، ليس الدّرك ما ادّىٰ المتعدّد كلّها بل واحدٌ منهم درك والباقى لا يحسب دركاً وتداركاً ولا ينافى هذا القول بانّ المال كٰانَ فى عهدة كلّ واحد من المتعدّد بمعنىٰ انّه المطالب وانّ كلُ واحدٍ منهم كٰانَ مديوناً بمعنىٰ أنَّهم مديون الدّركِ والتّدارك ويلزم عليه التّدارك.

عَلىٰهذا، ما نحن فيه مثل الواجب الكفائىِّ من هذه الجهة.

فكمٰا اَنَّ فى الواجب الكفائىِّ كٰانَ كلُّ واحدٍ من المكلّفين مُكلّفاً فكذلك كٰانَ المال هنا فى ذمّة كُلِّ واحد من المتعدّدِ.

وامّا فى القول فى الواجب الكفائىّ حيث ادّوا جميعاً التّكليف، يُحسبُ كُلُّ واحدٍ منها امتثالاً فهو يصدق عليه عنوانُ الواجب وامّا فيمٰا نحن فيه لا يصدق عنوانُ الواجب علىٰ ازيدَ من الواحد **فبناءً عليه،** لا مانع من تشبيهه الىٰ الواجب الكفائىِّ **وعلىٰهذا،** نتيجة هذا، نتيجة الفرد المردّد ولو لم يكن مفهومه، مفهوم الفرد المردّد **لِأنّ معناه** انّ المالك اِذٰا رجع علىٰ واحدٍ منهم واخذ ماله فقد حصل التّدارك وما يؤدّيه غيره بعد ذلك، ليس هو بتداركٍ وليس هو بدرك الخسارة **فعليه** اِذٰا ردّ كلّ واحدٍ من المتعدّد، المال الىٰ مالكه فقد حصل الدّرك وغيره ليس بدرك ونتيجة القول بالفرد المردّد، هذا ومن قال بالفرد المردّد ان كٰانَ مقصوده، اثر الفرد المردّد، لا بأس به.

نعم اِذٰا كٰانَ مقصوده الفرد المردّد بالحمل الشّايع، لا يصّحُ.

علىٰهذا: اراد الشّيخ حلّه بعدم قبول قول صاحب الجواهر من انّ المال الواحد، فى ذِمَمٍ عديدةٍ نحو الخطابِ، كٰانَ نحوينِ: تكليفٌ ووضعٌ بل عقيدتهﷺ ان كلّها وضعىٌ **ولكن** تجب ملاحظة معنىٰ الذّمّة وما معنىٰ الدّينِ، فاِذٰا تصورّنا الذّمّة وفَهِمْنا

انّ الذمّة، ليست امراً خارجيّاً وظرفاً استقرّت الاشياء فيه **بل** معناها، العهدة والالتزام وحالة المسؤوليّةِ الّتى اشار اليها قولهﷺ: **«عَلىٰ اليدِ مٰا اَخَذَتْ»** الّتى تسمّىٰ الحكم الوضعىّ وبهذه الحالة تجوز مطالبةُ المال عنه والتّقاصُ عنه وهذا معنىٰ التّعهّد والدّينِ.

لا يخفىٰ انّ هذا الدّينَ مثل ساير الدّيون كٰانَ معنوناً بعنوانٍ ولا يجوز القولُ بانّه يملك فى ذمّة زيدٍ مأة دينارٍ بل انّما المراد منه، انّه يملك الدّركَ والتّدارك.

فتحصّل ممّا ذكرنا: انّ موضوع مطالبة المالك، التّداركُ لا المالُ بل المالُ، مصداقٌ ثانٍ لمورد الحقّ ومورد الحقّ التّدارك، **غاية الامر**، التّداركُ، يكون بالمثل فى المثلىّ والقيّمة فى القيميّاتِ **هذا اَوّلاً:**

وامّا ثانياً: فمعنىٰ المملوكيّة، حقّ المطالبة **ومن المعلوم:** انّه يؤول اِلىٰ مالكيّة الفرد المردّدِ.

قال السّيّدﷺ فى الحاشيّة فى مقام تصحيح هذا المطلب: انّه يمكن ان يقال بعكسهِ ايضاً **حيثُ** انّ هنا، كٰانَ المملوك مردّداً وكٰانَ المالك مشخّصاً **وتارةً** يكون المملوك مشخّصاً والمالك، فرداً مردّداً.

وذلك مثل مملوكيّةِ الخُمس والزّكوةِ بالنّسبة اِلىٰ السّادة والفقراء وكٰانَ مالكُ هذا الزّكوة فى ذمّة زيدٍ وهو الفرد المردّدُ وهو احدٌ من الفقراء وكذلك مالك الخُمسُ فى ذمّة من عليه الخُمس، كٰانَ واحداً من السّاداتِ والفرد المردّد.

نحن نقول: انّ اِعتبار الفرد المردّد غير اعتبار الكلىّ الطبيعىّ والعنوان ولم يعلم انّه، لِمَ حَسِبَ العنوانُ، الفرد المردّد؟ **لانّ** الفرد المردّد، كٰانَ جزئيّاً ليست السّادات كلّها لا معيّناً ولا تخييراً مالكاً لهم الخُمس قبل قبضها بل المالكُ، انّما هو الكلّ وعنوان الفقراء.

والسّيّدُﷺ فرّع فى العروة فِى باب الزّكوة، فرعاً عَلىٰ هذا المبنىٰ وهو انّه يجوز للحاكم الشّرعىّ، ان يَقترِضَ علىٰ عهدة الزكّوة وان لا يكون الحاكم مديوناً بل الجهة والعنوان، هو عنوانُ الفقيرِ ان يكون مديوناً.

وانت كما ترىٰ من هذا الكلام منهﷺ انّ الفقير كَانَ عنواناً وانّ الحاكم ليس مكلّفاً بادائه حتّى إذٰا مات، لا يتعلّقُ بتركة الفقير وهذا لاجلِ انّ العنوان كَانَ مديوناً.

عليه، كيف ينطبقُ مثال السّيّدﷺ مع الموازين الشّرعيّة؟ **لانّ** الكلام ليس فی العنوان بل فی الفرد المردّد وهذا المثال منهﷺ، ليس من قبيل الفرد المردّد، لا باعتبار الادلّة من الكتاب والسّنة ولا باعتبار اقوالِ الفقهاءِ ولذا، ليس للفقير، وصولُ الزّكوة والخُمس للسّادات من الممتنع.

وإذٰا امتنع السّيّد عن اداء الخُمس، لا يجوز للسّيد، التّقاصُ بل هو وظيفة الحاكم الشّرعیّ او من كَانَ مأذوناً من قبله من هذه الجهة.

نعم: صحّةُ مالكيّة العنوان ومملوكيّتهِ، مطلبٌ قابلٌ للبحث فی محلّه وعقيدة المتأخّرين علىٰ صحّتها ومنهم السّيّدُﷺ حيثَ صرّح به فی موارد مختلفةٍ.

ثمّ انّ الشّيخ لتسديد المطلب وتأييدهِ ذكر اربعةَ امثلةٍ من ضمان العقد الّتی اعترفوا بها فتوىً او فرضاً وهذا الامثلة مما يرشد الىٰ ان فرض الشّيخ، فرض ممكنٌ وليس بمحالٍ.

ومن جملةِ الامثلة: الضّمانُ العقدیّ الّذی كَانَ من العقودِ وكَانَ معنىً مقابلاً للحوالة، عرّف الاصحاب، الضّمان العقدیّ بانّه نقل ذِمَّةٍ إلىٰ ذِمَّةٍ خلافاً للعامّة **حيث** قالوا: بانّه ضَمُّ ذمّةٍ إلىٰ ذِمَّةٍ.

وردّ الاصحابُ، العامّة بانّه لم يدلّ عليه دليلٌ لا انّه محالٌ وقالوا بامكانه **غايةُ الامر،** طالبوا من العامّة، الدّليل علىٰ ذلك وقالوا: بانّ هذا المعنىٰ، مخالفٌ لمفهوم ادلّة حاصلةٍ فی باب الضّماناتِ.

نعم: اصّر صاحب الجواهرﷺ فی باب الضّمان علىٰ استحالتِهِ وغير صاحب الجواهر كانّهم كَانَ مفروغاً عندهم إمكانه ولكن لم يدلّ عليه دليلٌ.

من جملة الامثلة، ما اعترفوا به فی باب الضّمان: «اَلْقِ مَتاعَكَ فِی الْبَحْرِ» وعَلىٰ ضمانه، إدّعیٰ بعضٌ الاجماع علىٰ صحّته إذٰا صرّحَ بهذا القول اثنان وكَانَ كلُ واحدٍ منهما ضامناً مستقلّاً وما نحن فيه ايضاً كذلك وللمالك ان يُطالب من كُلٍّ واحدٍ

منهما.

ومنها: مثال ضمانِ الاعيان المغصوبة وضمانِ الامانات فى صورة التّعدي والتّفريط **حيثُ** قال الفقهاء: من انّ من شرائطِ صحّة الضّمان ان يكونَ المالُ فى الذّمّة فإذا لم يكن المال فى الذّمّة او سيؤول إلىٰ الذّمّة فهو لا يَصِّحُ وكانَ من ضمان ما لم يجب وكذلك إذا لم يكن المال فى الذّمّةِ بل فى الخارج، **حيث** قالوا لا يَصِّحُ ضمان دين سيَتَحَقَّقُ ولا يصّح ضمان الاعيانِ واُستثنى منها ضمانُ الاَعيانِ المغصوبة وجوّزَ هذا الضّمانَ، جمعٌ كثيرٌ من الفقهاء وفى ضمان الاعيان المغصوبة، كانَ المديونُ، اثنَيْنِ: الغاصب والضّامن ويجب عليهما ردّ العين فى صورة العينِ بعد فرضِ صحّة الضّمان فإذا تلف، يكونُ الضّامن والغاصبُ، يجب عليهما ردّ المثلِ والقيمة فهنا ضامنان لمالٍ واحدٍ بشخصٍ واحدٍ.

فيعلمُ من هذا، انّ ضمان مال واحدٍ فى ذمّة اثنين بنحو الاستقلال لِدائنٍ واحد، وقع وافتوأ به فضلاً عن امكانه.

اِعترضَ السّيّدُ﵀ وباقى المحشّين علىٰ هذا المثال بانّ هنا ليس تعدّدُ المديون **لانّا** إذا فرضنا ان الضّمان كانَ صحيحاً، ليس للمالك، المطالبةُ من الغاصب بل للضّامن، الزامٌ.

ولكن هذا الاعتراض، ليس بصحيحٍ ولم يصرّح الفقهاء علىٰ ذلك وانّما اِستظهُروا من عباراتٍ لا تدلّ عليه **حيث** إنّ الفقهاء قالُوا بعد فرض صِحَّة الضّمان علىٰ جواز رجوع المالك عَلىٰ الضّامن **ولكن** لم يقولوا علىٰ عدم رجوعه علىٰ الغاصب مع انّ الغاصبَ يؤخذ عَلىٰ اشّد الاحوالِ **لانّ** الضّمان كانَ قبل التّلف والتّلف، حَصَلَ بعده وليس يجوزُ القول بانتقاله من ذمّة الغاصب إلىٰ ذمّة الضّامن كما صرّح بذلك العلّامةُ﵀ بانّ المالك يجوز له الرّجوعُ إلىٰ الغاصب ان شاء وللضّامن ايضاً انْ شاءَ وما يُترای من كلام العلّامة، خلاف ذلك فهو محمولٌ وانّهم اَوَلُّوا عبارةَ العلّامة بانّ قول العلّامة هنا فى صورة بقاء العين وامّا فى صورةِ تلف العين لايجوزُ الرّجوع للغاصب مع انّه ضامنٌ له.

نحنُ نقول: اِنّ هذا الضّمان ای ضمان العين المغصوبة، غيرُ الضّمان المبحوث عنه ای الضّمان العقديِّ **لانّ** الغاصب علیٰ قواعد الغصب، مأخوذٌ علیٰ اَشَقِّ الاحوال ويجب عليه ردُّ العين واِذا تلفت، يجب عليه ردّ المثل والقيمة.

غايةُ الامر، هذا الضّمانُ، غير الضّمان العقديِّ الّذی قال الفقهاءُ من انّه نقل ذِمَّةٍ اِلیٰ ذِمَّةٍ وهذا فی المعنیٰ، استثناءٌ من مسألة ضمان العين الّتی قالوا فيها: اِنَّ مورد الضّمان، يلزم ان يكون ديناً فلا يكون ضمان العين اِلّا فی الاعيان المغصوبةِ.

فلذا، كانَ مثالُ الشّيخ، صحيحٌ واعتراض المحشّين وفی طليعتهم فی هذا المثال، غير واردٍ.

ومنها: ضمان الدّركِ والتّدارك، جَوَزَّهُ الفقهاءُ كُلُّهم من العامّة والخاصّة وهو ليس مثل ضمان الاعيانِ المغصوبة، الّتی كانت محلّاً للخلاف **ومعنیٰ ضمان الدّرك اَنَّ الثّالِث،** يَضْمَنُ من قِبَلِ البايع بالنّسبة اِلیٰ المُشْتَرِی او من طرف المُشْتَرِی بالنّسبة اِلیٰ البايعِ.

فحينئذٍ الثّمن الّذی اعطاه المُشْتَرِی اِلیٰ البايع وظهر بطلان البيع وانّه مستحقّاً للغير، يضمنه البايعُ ولو لم يكن ضامناً للدّرك **لانّ الفرض** انّ البيع باطلٌ **وحيث** لم يكن المبيعُ مال البايع ويجب ردُّ الثّمن اِلیٰ صاحبه وكانَ ضامناً له ومع ذلك كانَ الثّالِث ايضاً ضامناً فللمشترى ان يطالب من البايعِ ويَجوز له المطالبةُ من ضامن الدّرك وكذلك فی عكسه وهو ما اِذا احتمل البايع اَنَّ ثمن المشترى، مستحقّاً عليه وَضَمّنَ ثالثٌ للبايع عَلیٰ المُشْتَرِی فهو ضامن لدرك الثّمن بالنّسبة اِلیٰ البايع وهذا ايضاً من امثلة تعدّد المديون.

اعترضوا علیٰ هذا المثال ايضاً واِستظهَرُوا من كلمات الفقهاء انّ البايع، لا يجوز له ان يطالب من المُشْتَرِی بل يجب الرّجوعُ اِلیٰ الضّامنِ.

هذا ايضاً، ليس مطابقاً لباب الضّمان والحقُّ مع الشّيخ﵀ والحقّ انّ له المراجعة علیٰ كُلِّ واحد من البايع او المُشْتَرِی او الضّامن؟

التّعجّب من المحقّق الاصفهانیّ﵀ حيثَ احتمل وفَسَرِّ هذا المثال بانّ المقصود

من التّعدّدِ هنا، ليس اَنَّ المديون كاٰنَ متعدّداً: الضّـامن والآخـذ بـل المـقصود اَنَّ المُشْتَرِى يملك العين والبدلَ عَلىٰ البدلِ لانّ هذا البيعَ الّذى فيه، الدّرك اِمّا يكـون صحيحاً او باطلاً **حيث** انّه امّا ان يكون مُستحقّاً للغير ام لا؟ واِذٰا لم يكن مستحقّاً للغير وكاٰنَ البيع صحيحاً فالمُشْتَرِى يملك المبيع واِذٰا كاٰنَ مستحقّاً للغير وكاٰنَ باطلاً والمبيع لم يكن مال البايع فالمُشْتَرِى يملك بدل الثّمن فى ذِمَّةِ الضّامن **وبهذا وُجِّهَ كلامُ الشَّيخ**ﷺ وقبولُ التّعدد الّذى لم يكن مورداً لقبول الفقهاء فى الاحتمال السّابِق **لانّ** التّعدد الّذى كاٰنَ محلّاً للبحث كاٰنَ تعدّد المديون والتّعدد، فى الزّمان الواحد فى آنٍ واحد يعنى فيمٰا اِذٰا كاٰنَ مستحقّاً للغير كاٰنَ الاثنان ضامنين فى مقابل المـالك، المديونِ والآخر الضّامنِ.

قال المحقّق الاصفهانىّﷺ **انّ هذين، فى الفرضين يعنى** فى فرضِ صحّة البيع، يملك المُشْتَرِى المبيع، وفى فرض فساد البيع، يملك المشترى، المطالبةُ من الضّامنِ، لايُحتاج اِلىٰ دليل زايد غير العرف فى الفرق بين الحكم السّابِق واللّاحقِّ ولو قَبِلْنٰا هذا التّوجيه، يكون هذا توجيهاً آخر **وحيث** ان لم يكن هذا امـراً بـيّناً ولم نـعلم موقف العرف فى هذه المسألة وديدنهم فى قبيل هذه المقامات **فلذا**، دعوىٰ بـناء العقلاء وعمل العرف وتنزيلُ اطلاقات الضّمان علىٰ ديدن العرف، ليس بِـبَيِّنٍ ولا مُبَيَّنٍ.

التّوجيه الآخر الّذى لم اَجِدِ فى كتب القوم انَّ وجه الفرق بين الحكم السّـابِق واللّاحقّ، يستفادُ مـن انّ **«قاعدة علىٰ اليد ما اخذت حتّىٰ تُـؤدِىَ»** سـيقت لبـيان غرامة تركِ الوظيفة «يعنى يجب ردُّ مال الغير، اليه وحيث لم يُؤَدِّهِ فهو يملك وهو علىٰ ذى اليد وقوله: **«... حتّىٰ تُؤَدِّى»**

ليس لِبيان غاية الحكم فقط بل كاٰنَ لبيان عِلَّةِ الحكم ايضاً يعنى **«لِكَىْ تُؤَدِّى»**.

فاِذٰا قلنا انَّ الكلام، فى هذا المقام، فمسألة الضّمان فى موردٍ كاٰنَ مكـلّفاً لاَداءِ المال وامّا اِذٰا لم يكن مكلّفاً باداء المال، لم يَكُنْ ضامناً وهذا دليل عَلىٰ عدم دخول الايادىِّ الامينةِ تحت **«عَلىٰ اليد»** يعنى كاٰنَ تخصصّاً كما قلنا سـابقاً: اَنَّ خـروجَ

الايادیّ الامينة عن تحت «**عَلیٰ اليد...**» هل هو تخصيصٌ او تخصّصٌ؟

ويمكن ان يقال: اَنَّ خروجها، تخصّصٌ لقرائنَ متعَدّدةٍ ومنها:

كلمة «**... حتّیٰ تُؤَدِّی**» ومعناها: «حتّیٰ العمل بوظيفته فإذا امتنع عن العمل بوظيفته فهو تملكٌ؛ «**فَعَلیٰ اليد...**» مخصوصٌ فی موارد كانَ مكلّفاً بالاداء وامّا فی باب الاماناتِ فمادام لم يطالب المالك فليس مُكلّفاً بالاداء فلا مورد لقوله عليه السلام: «... **حَتّیٰ تُؤَدِّی**» إذا لا يجب عليه الاداءُ.

فإذا كانَ الكلام فی هذا المقام، تخرج الايادیّ الامينة بالتّخَصُّصِ وله آثار فی موارد الشّك وغيره.

فعليه قلنا انّ السّابِق، ليس بمكلّفٍ بالاداء لو كانت العينُ موجودةً وامّا اللّاحقّ فهو مُكلّفٌ بالاداء.

مثلاً لو فرضنا اَنَّ اليد الاولیٰ الّتی غصبت المالَ، اَدّاه إلیٰ اليد الثّانيّة وهو ايضاً اَدّاه إلیٰ الثّالِثَة والمالُ بعدُ موجودٌ، وَرِثَتِ اليدُ الثّانيّة المالُ فصار المال ماله فيطالبُ المال من اللّاحقِّ ولا يرجع علیٰ السّابِق لِاَنَّ السّابِق رَدَّهُ إلیٰ اليد الثّانيّة الّتی ورثت المالَ.

فكما اَنَّ اليد الثّانيّة، لا ترجع إلیٰ السّابِق وليس له ان يرجع عَلیٰ اللّاحقّ فيما إذا يتلف المال بعدُ وكذلك فيما إذا تلف المال الّذی كانَ ما نحن فيه ولا تشمله قاعدةُ: «**عَلیٰ اليدِ ما اَخَذَتْ...**» اذ ليس السّابِقُ مكلّفاً بالاداء وبعبارةٍ اُخریٰ، لا فرق فی القبض بين الحدوث والبقاء، **حاصلُ الكلام** الاخير اَنَّ مفهوم «**عَلیٰ اليدِ...**» جَزاءُ تركِ الوظيفة يعنی هذا، انتقامُ تركِ الوظيفة يعنی مالم يُؤديّه فهو يملك وهذا مَخصوصُ مواردَ يجب فيها الاداءُ وامّا فی موارد لم يجب اداء العين إمّا لكونه امانةً وَإمّا لكونهِ مقبوضاً من قبلُ ولو حين ما لم يكن مالكاً لم يشمل عَلیٰ اليد وهذا هو الفرقُ بين حكم المديون السّابِق واللّاحقِّ.

وإذا قلنا اَنَّ المطلب عرفیٌّ، فَعُرفِيَّتُهُ من هذه الجهةِ.

نحن نقول: انّ منشأ مَن اِدّعىٰ عُرفيّةَ مُراجعةِ المديون السّابِق الىٰ المديون اللّاحقِّ، لا يمكنُ ان يكون، هذا الّذى قلناه كما انّ المبيع اِذٰا كٰانَ فى تحويل المشترى، ليس البايعُ ملزماً باقباضِ المبيع الىٰ المُشْتَرِى كما انّ العين الموقوفة اِذٰا كانت فى يد الموقوف عليهم، لا يلزمُ بعد الوقفِ اخذ العين منهم ثمّ تسليمها اليهم بل مجرّدُ عدم اخذ العينِ من المُشْتَرِى فى باب البيع ومن الموقوف عليهم فى باب الوقف، ادامةٌ للقبضِ فكلّ مورد يلزم فيه القبضِ والردُّ والاسترداد وغيرُها من العناوين فهو اَعمُّ من الحدوثِ والبقاءِ.

ففى كلّ مورد يعتبرُ فيه القبض فى باب الهبة والحبس والسّكنىٰ والصّرف والسَّلم وغيرها سواءٌ كٰانَ تكليفاً او وضعاً او شرط الصّحة اِذٰا كٰانَ مما قبلُ، مقبوض من يعتبر قبضه، لايحتاج الىٰ اخذ العين بعد حين كونه غاصباً وحين كون هذا الغاصب الجديد، غاصباً قد اقبضه **لانّهُ** معنىٰ كونه سابقاً وانّ هذا القبضَ يستمرُّ ويكفى فى الاستمرارِ والادامةِ، عدم تسليم العين منه ومجرّدُ انّ هذا المال، ليس عند اللّاحقِّ ورد الىٰ الغير فهو لا يضرُّ فى ذلك.

بالجملةِ؛ ما قلنا من التّوجيهِ، انّ حال التّلفِ، فرع بقاء العين يعنى فى كلِّ مورد بقاء العينِ اِذٰا كٰانَ الرّد واجباً وكذلك اِذٰا اجازت مطالبة اللّاحقّ، المالك الجديد عن السّابِق ردّ العين الموجودة، فله مطالبةُ المثل او القيمة فى صورةِ التّلف ايضاً.

وامّا اِذٰا لم يكن له هذا الحقُّ، فليست له مطالبةُ المثل او القيمة فى صورةِ تلف العين ايضاً **لانَّ** مطالبة المثل او القيمة، امّا تداركٌ او بعض مراتب الحقّ كما اختاره وهو يستردُّ الىٰ ذى الحقِّ.

كيف ماكٰانَ هذا مال من له حقُّ مطالبة العين، وامّا من لم يكن له حقّ المطالبة فلَا.

قلنا: انّ هذا، يستظهر من قاعدةِ: «**عَلى اليد ما اَخَذَتْ...**» يعنى مالم يُؤدّيه علىٰ مالكه فهو عليك فمصُّب الحكم فى مورد يجبُ الاداءُ **وحيث** لايجب عليه الاداءُ حيثُ اداهُ قبلاً وهذا الاداءُ مستمرٌّ، ليس له حقّ مطالبة استرداد العين حتّىٰ يقال انّه

إذا تعذّرَ، ينتقلّ الىٰ المثل والقيمة **بنظرنا** هذا التّوجيه، اسلمُ من باقی التّوجيهاتِ ولا اقلّ يكون اولىٰ منها نسبيّاً والاقولُ الشّيخ ﷺ: «**عيناً له بدلٌ**» وقول المحقّق النّائينیّ ﷺ: «الضّمان الطّوليّ» وقول صاحب الجواهر ﷺ: «**بانّ خطاب اللّاحقٍ، خطاب ذمّیّ وخطاب المديونِ السّابق تكليفیّ صِرفٌ**» وقول السّيّد ﷺ:

«انّه مالكُ للعين التّالفةِ بضميمة تسبيب الغرامة او احتسابِ تسبيب الغرامةِ» توجيهاً آخراً مستقلّاً او قول من احال المسألة الىٰ العرفِ...

كما انّ هذا كلّه مقتضیٰ الوجوه السّابِقَة، بعيدٌ وضعيفٌ جدّاً خصوصاً ما افاد به الشّيخُ ﷺ حيثُ انّه بعيدٌ عن العرف وكذلك ما قال به المحقّق النّائينیُّ، بعيد عن العرفِ.

وَامّا ما قلناه مضافاً الىٰ كونه مطابقاً لطبع العرفِ والمرتكز العرفیِّ فهو مستفادٌ من الادِّلة ايضاً له مشابهاتٌ فی الفقه **والقولُ بانّ ردّ** المديون السّابق لم يكن بعنوان المالك فهو شیءٌ لا يسمعُ.

مسألة: لو اَبرأ المالك واحداً من سِلسلَةِ الايادىّ فحكمُهُ ماذا؟

الابراءُ علىٰ نوعين: تارةً بصلحٍ او بانتقالٍ او بارثٍ و... وهو ما قلناه من انّ اللّاحقّ، ملك ما فى ذِمّته جديداً امّا بصلحٍ اوهبةٍ لو فرضت صحّةُ هبة ما فى الذمّة.

والمشهور ذهب الىٰ عدم صحّته **ولكن** المنقول من بعض الكلمات كالمحقّق النّائينىّ﵀ وغيره، انّه يصّحُ ولعلَّ ارادوا به المجازُ يعنى: المقصودُ من الهبة، ما يؤلُ الابراز او كَانَ بيعاً اوارثاً اوتقاصّاً وقلنا حكمه وهو انّ المالك جديداً، يَرجع علىٰ اللّاحقين ولا يرجعَ علىٰ السّابِقينَ **وتارةً أُخرىٰ اى النّوعُ من الابراء ان يقولَ** المالكُ: ابرءُ واحداً من الايادىّ لاغيرهم، هل يصّحُ ابراءُ واحدٍ منهم دون غيره او يوجبَ ابراءُ واحد منهم، ابراء غيرهم ايضاً ولو لم يُقصَدْ ابرائهم حتّىٰ لو صَرَّحَ بالخلافِ وقال: **«اَبرأتُ منك ولا ابرءُ من غيرِهِمْ.»**

فيه وَجهانِ: منشأ الوجهِ الاوّل انّه يمكنُ رفع ضمان واحدٍ منهم وعدمِ ضمان سايرِ الايادىّ الّتى كانت ذمّتِهُم مشغولةً على ردّ مالهِ.

وامّا السّيّد﵀ والمحقّق النّائينىّ﵀ وساير المحشينَ فقد اختاروا الوجه الثّانى، **غاية الامر** بعضهم مطلقٌ كالسّيّد وبعضهم قالوا بالتّفصيلِ **دليل ذلك** انّ مال واحدٍ استقر فى ذِمَمٍ مختلفةٍ لا اموالٌ متعَدّدة فى ذِمَمٍ متعَدّدةٍ فاِذا ابرأ من هذا المال، ابرأ ذمّتهم كلّ الضّمناءِ **لانّ** الابراءَ، معناه صرفُ النّظر عن المال والذّمّةُ موردٌ له وليست الذّمّة، مقوّمةً للمال فاِذا اصرف النّظر عن المال فحينئذٍ، ليس مالٌ حتّىٰ يطالب عن الغير فى ذِمّتهِ.

بالجملة: الابراءُ يتوقفٍ علىٰ صرف النّظر عن المال واِذا صرف النّظر عن المالُ، وحيثَ كَانَ المالُ، مالاً واحداً يسقط عن جميع الذّمم المشغولةِ ولا يُقاس هذا، بالواجب الكفائىّ.

ولو شبهنّا تَرَتّب الايادىّ، بالواجبِ الكفائىّ وقلنا انّ الفعل الواحدَ، يكلّف به عدةٌ مستقلّاً مثل دفن الموتىٰ او تجهيزهم وساير الوجوب الكفائيّةِ ويكون كل واحدٍ، مشغولةً ذمتهم بالفعل فاِذا اَدّى واحدٌ منهم، يسقطُ عن الغير كالواجب الكفائىّ **ولكنّه**

راجعٌ الیٰ الفرضین لا الفرض الواحد وهذا، لیس بصحیحٍ قطعاً **ویَظهر ذلكَ** لمن راجع کلمات الفقهاء فی باب مسألة الضّمان وضمان الدّركِ من المحشّین وغیرهم **وهذا عجیبٌ منه**ﷺ لانّ المُشْتَرِی یملك امّا المبیع او بدل المبیع وامّا انّه یملك المبیع فلانَّهُ کانَ صحیحاً وامّا بدلُه **فحیث** لایصّح نفس المبیع وتلف الثّمن فیملك بدل المبیعِ.

یمکن ان یشکَل علیٰ حلّ الشّیخﷺ او یمکن تجدیدُ النّظر فیه ولو احتمالاً **الشّیخُ**ﷺ **قال:** «انّ باب الضّمان معناه وجوب التّدارکِ **وغایة الامرُ** یؤولُ وجوبُ التّدارك الیٰ المال وفی بعض الموارد الیٰ المالکیّة التّعینیّةِ وفی بعض الفروض الیٰ المالکیّة التّخییریّةِ ومسألة الدّركِ والخسارة ولو کانَ قد تکرّر فی کلمات الشّیخ خصوصاً فی مورد بیان وقاعدة: **«مَا یُضمن بصحیحة یضمن بفاسدهِ.»**

ولکن لیس فی باب ادلّةِ الضّمانات، شیئی مشابهٌ ومساوقٌ لهٰذه الکلمة (الدّرك) ویجبُ جعل مبنیٰ المسائل علیٰ الفاظٍ وردت بها فی الکتاب والسُّنّةِ مثل الالفاظِ الموجودة: **«علیٰ الید ما اخذتْ»** و **«مَنْ اَتلف مال الغیر الخِ»** وغیرهما من الالفاظ ولم یستفد من هٰذه الالفاظ انّ موضوعَ الضّمان سدُّ الخسارة والدّرك والتّدارکِ مع انّ فی باب الضّمان، احتمالٌ اقرب من معنیٰ درك الخسارة وکانَ معنیٰ الضّمان، مفهوم الدّرك مثلاً انّ الدّیّة فی القتل العمدیِّ او: وقع الصّلح فی القتل العمدّیِ بالدّیّة.

ومعلومٌ انّ الدّیّة لاجل تدارك الخسارة وامّا ماهیّةُ ضمانِ الاموالِ غیر ماهیّةِ الدّركِ قطعاً او احتمالاً لانّ النّظر فی المال فی بادئ النّظر الیٰ ماليّته یعنی کانَ فی المال ثلاثة جهاتٍ کما ذکرها المحقّق النّائینیّﷺ فی باب المثلیِّ والقیمیِّ کما اشکلنا علیه فی بابه.

ولکن لا یخلو عن المتانة فی باب شرح ماهیّة الضّمانِ وکانَ اقرب الیٰ الذّهن وهو انّ النّظر المالیِّ فی الاجناس فی نظر العرف والفقیه غیر النّظر الفلسفیِّ فنظر العرف فی المال من حیثُ انّه مالٌ، الیٰ ماليّتهِ ثمّ الاوصافِ العامّةِ والنّوعیّةِ للمال، والجهةُ الثّالِثَة، الاوصافُ الخاصّة للمبیعِ **بعبارة اُخریٰ** للمال **قیودٌ متنوّعةٌ وقیودٌ**

مصنّفةً وقيودٌ مشخّصةٌ فبناءً عليه: الغاصب إذٰا كانت عين المال موجودةً يجب ردعين المال وإذٰا تلفت، يجب ردُّ مثله فى المثليِّ والقيمة فى القيميِّ.

بعبارةٍ أُخرى: تتركّب العين من ثلاثة جهاتٍ: جهةٍ شخصيّةٍ ونوعيّةٍ وقيميّةٍ يعنى فى ردّ حقوق الغير يعمل بقدر ما امكن.

وامّا معنىٰ تدارك الخسارة فانّهما نوعانِ يعنى ما يتدارك به غير ما يتدارك عنه.

ومن هنا يحتملُ انّ الضّمانات، ليس باب الخسارات وسدّها **لانّ** تدارك الخسارة، يوجب المغايرة بين ما يتدارك عنه وبه فى نظر العرف واحدهما يجبر الآخرَ.

ويُحتملُ ان تكون مسألةُ باب الضّمانِ كٰانَ من قبيل ما ذكره المحقّقُ النّائينىُّ ﷺ فى باب المثليِّ من انّه كٰانَ تداركاً وردٍّ حقوق الغير علىٰ قدر ما امكن **فالقولُ** بانّ الضّمان ليس مالكيّةَ المال بل مالكيّة التّدارك **وذلك** يَؤل الىٰ المال خصوصاً انّه ليست فى النّصوصِ اشارةٌ علىٰ ذلك وما ورد فى النّصوص، انّما هو المالُ ومن اتلف مال الغير فهو له ضامنٌ وغيره، حتى إذٰا فرضنا انّ فى النّصوص اشارةٌ الىٰ ذلك يمكننا ان نقول انّه لعلّ من الحيثيّات التّعليليّة لا من الحيثيّاتِ التّقييديّة.

خلاصةُ الكلام: انّ الشّيخ ﷺ ذكر فى امكٰانَ المسألة، امثلةً وهذا ممّا لاٍمريةَ فيه وامّا توجيهُ الامكٰانَ وابتنائه علىٰ انّ ماهيّة الضّمان، تدارك الخسارة وانّ صاحب المال يملك التّدارك فى الذّمّةِ لا انّهُ يملك العين والمال **وغايةُ الامر،** ذلك يؤول الىٰ مالكيّة المال فى كلّ موردٍ بنحوٍ، فيصّح فيمٰا إذٰا وردت فى النّصوصِ هذه الكلمة مع انّه لم يرد لا فى كتاب ولا فى سنّةٍ.

نحن نقول: ان فى معنىٰ الضّمان، إحتمالانِ:

الاحتمالُ الاوّلُ الّذى قال به الشّيخ من الدّرك من ماهيّةِ الديّة ونحوها **والاحتمالُ الآخرُ** انّ ماهيّة الضّمان، اداء بعض الحقّ بقدر الامكٰانِ فإذٰا لم يمكن اداءُ شخص العين، فاداءُ النّوعيّة وإذٰا لم يمكن اداءُ النّوع فاداء الماليّةِ **لانّ** المال فى باب الاموالِ، بمنزلة النّوع والصّفات النّوعيّةُ بمنزلة القُيودِ المصنّفة والصّفاتُ

الشّخصيّةُ بمنزلة القيودِ المشخّصة وفی صورة الامكٰانَ يجُب ردّ ماليّة المال ونوع المال وشخص المال. ولو امتنع شخصُ المال، يجب ردُّ نوع الماليّة ولو امـتنعَ ردّ نوعه يجب ردّ الماليّةِ الَّتی بمنزلةِ جنس عامٍّ او نوعٍ عامٍّ بالنّسبة الیٰ جميع الاموال، فمسألة ردّ المال فی باب الضّمانات، تكون ردُّ بعض الحقّ وليست من التّدارك من شیءٍ لانّهما شيئان يجبر احدهما الآخر.

سؤالٌ: لِمَ يرجع المديونُ السّابِقُ ولا يرجعُ المديون اللّاحقُ علىٰ السّابِقِ فيمٰا لم يكن غرورٌ فى البين مع انّ مناط الضّمانِ، واحدٌ ولم يكن فرقٌ بين المديون السّابِق واللّاحق فى مناطِ الضّمان وحتّىٰ لم يكن فرقٌ بينهما فرقاً مشكّكاً بانّ يكون السّابِق، اقوىٰ مناطاً من اللّاحقِ حيثُ تلف عنده **لانّ** الاستيلاء علىٰ العينِ فى كلِّ فرضٍ فُرِضَ حتّىٰ بعد زمانٍ يرفع اليد، موجبٌ للضّمانِ.

ومن هنا لم يكن فرقٌ فى مناط الضّمان بين المديون السّابِق واللّاحق **فحينئذٍ** لم يرجع السّابِق علىٰ كلِّ لاحقٍ لاعلىٰ لاحقٍ تلف عنده.

ولا يرجعُ اللّاحق علىٰ السّابِقِ.

اجاب الشّيخُ عن هذا السّؤالِ بنحوٍ لا يكونُ عن دقّةٍ تحكى عن حذاقيّة ومهارته ولولم نقبله كما سنذكره فيمٰا بعدُ.

وحاصلُ جوابه انّ بينهما تفاوتٌ فى الضّمان وليس هذا التّفاوتُ، التّفاوت فى الكبرىٰ والمناط بل تفاوتٌ صغرويٌّ يستفاد من دليل:

«علىٰ اليد ما اخذت حتّىٰ تؤدى» يعنى يرجع السّابِق علىٰ اللّاحق ولا يرجع اللّاحقُ علىٰ السّابِق.

وتوضيح ذلك انّه معلومٌ انّ فى باب الضّماناتِ كما انّ العين نفسها مضمونةً، كانت اوصافها ايضاً مضمونةً ولا فرق فى الاوصاف بين وصفٍ كٰانَ موجوداً فى يد المالك او حدث فى زمانٍ كٰانَ فى يد الغاصب كالسّمن.

بناءً عليه، انّ المال اِذٰا حصل فى يد الغاصب الاوّل، كانت العين نفسها مضمونةً حيثَ لم يكن وصفٌ زايدٌ فيه فاِذٰا فرضنا انّ العين اِذٰا وصلتْ الىٰ يد الغاصبِ، حدث فيه وصفاً وكٰانَ مالٌ له البدل ومالٌ فى ذمّةِ السّابِق، فالضّامنُ الاوّل، كٰانَ ضامناً لذات المالِ من دون قيدٍ **وامّا الثّانى** فهو ضامنٌ لمالٍ له البدل وكٰانَ له بدل وهو وصفٌ من اوصاف المال حصل عند الغاصب الاوّل ووقع تحت يد الغاصب الثّانى **فالغاصب الثّانى،** كٰانَ ضامناً للعين ووصف كونٍ له بدل وكٰانَ البدل والمبدل كلاهما، طوليّان فمن كٰانَ ضامناً للعين والوصف، كٰانَ ضامناً لشيئينِ طولّتيينِ يعنى اِذٰا

وردت خسارةٌ علىٰ المبدل، كانَ ضامناً له وان اوجد الخسارة فی المُبدل كانت اليد الثّانيّة ضامنةً لها وان اوجد، الخسارة للبدلِ كانت ضامنةً له وامّا ايجاد المبدل، الخسارة فهو يوجب خلّو كيس المالكِ ويجب ان يجبر المبدل هذه الخسارة والخلوّ.

واِذا اجبر الثّانی كيس المال فالبدل لم تورد الخسارة عليه.

وامّا اِذا وردت الخسارةُ من ناحية البدل يعنی اعطت اليد الاوَلیٰ، البدل، فصار مكانَ هذا البدل، خالياً فيجب علىٰ اللّاحق جبران هذا.

بالجملة: «له بدلٌ» كانَ من اوصاف العين، فحين وضع الغاصبُ الاوّل، يده علىٰ العين، لم يكن له البدلُ وهو ضامن للعين ولما ضمن الثّانی للعين فحصلتْ للعين صفةٌ من ضِمانه وكانَ عيناً له بدلٌ اِذا تلف وذلك وصفٌ للعين وصفاً طوليّاً فهو ضامنٌ لنفس المال او بدله حيثُ انّ البدل والمبدل، لا يجتمعان.

وقال الشّيخ﵀: انّ مرجع هذا، على ضمانٍ واحدٍ من العين او البدل علىٰ البدل والقول به علىٰ البدل هنا غير **«علىٰ البدل»** فيما اِذا قلنا بضمان الاشخاص المتعدِّد مالاً واحداً عَلىٰ البدلِ.

وامّا هنا قلنا علىٰ عكسٍ بانّ احداً يضمن المالينِ علىٰ البدل يعنی اليد الثّانيّة تضمن المبدل او البدل علىٰ البدل **لانّ** المال اِذا وصل اِلىٰ اليد الثّانيّة فهو مالٌ له البدل مثل مال له حمل وولدٌ.

غايةُ الامر، الحمل والولد يجتمعان مع المال وامّا البدل، فلايجتمع مع المبدل فمعنىٰ ضمان عين لها بدلٌ، ضمان شخصٍ واحدٍ من البدل والمبدل

وانت كما ترىٰ اوّلاً: حَلُّ اشكال الحكم الاوّل ثمّ حلّ الاشكال الثّانی يعنی اشكال الحكم الخامسِ يعنی يصوّرُ اولاً انّه يمكن ان يكون المتعدّدُ ضامناً لمال واحدٍ وليس محالاً وبهذا حُلَّ اشكال انّه كيف يستقرُّ مال واحدٌ فی ذمَّم عديدةٍ؟ واِذا اُثبت امكانُ استقرار مالٍ واحدٍ فی ذمَمٍ عديدةٍ، تصل النّوبةُ الىٰ انّ العين اِذا اوصلت الىٰ اليد الثّانية، حصل لها وصفٌ وهو كون العين له بدلٌ واِذا وصل الىٰ اليد

الثّانيةِ، كانت ذات بدلينِ وفى اليدِ الرّابِعَة فهى ذاتُ اَبدالٍ وفى اليد الرّابِعَة، ذات اَبدال اربعة يعنى عينٌ لها اربعة اَبدالٍ وكلُّ هذه الاَبدالِ، اَبدال الابدالِ يعنى للعين بدل ولبد له ايضاً بدل ولبد له ايضاً بدل الىٰ آخر الاَبدالِ **فَعلِمَ من هذا انّ** العين وضعت اليد عليها، تحصلُ للعين حالةٌ وللعين بدلٌ ولها وصفٌ وحيثُ كانَ الوصف طوليّاً لا عرضيّاً فاليد الاخرىٰ واليد الوسط واليد البعديّة، ضامنةٌ للايادى السّابِقَة الّتى كانت بمنزلة الاوصافِ.

غاية الامر يكون الضّمانُ، ضماناً طوليّاً لا عرضيّاً ومرجعه انّه يضمن البدل او المبدل.

ومن المعلوم: انّ مَعنىٰ الضّمان، سدّ الخسارةِ، وخسارة البدل بيد الاوّل وبدل البدل فى يد الثّانيّة وبدل بدل البدل، فى اليد الثّالِثَة وهكذا...

قلنا سابقاً: انّ الشّيخﷺ **حلّ الاشكالين** المذكورينِ الوارثين فی بعض الاحكام الخمسة بتصوير كيفيّة الضّمان وهو انّ معنیٰ الضّمان، جواز مطالبة الدّرك ولا مانع من مطالبة المالك من الاشخاص المتعدّدة، درك ماله، وحيثُ كانَ نفس المال، مضموناً فی اليد الاوّلی وامّا فی اليد الثّانية فالمالُ، مالٌ يكون له بدلٌ فكانَ المال مضموناً بهذا الوصف ای وصف ان يكون له بدلٌ فی اليد الثّالِثَة، المال، مال يكون له بدلان ويكون المال مضموناً مع بدلَيْه وفی اليد الرّابِعَةِ، يكون المال مع اَبلالٍ ثلاثةٍ مَضموناً **ولكن حيث** كانَ معنیٰ البدلِ، البَدَل الطّوليّةُ ولا يمكن الجمع بين البدل والمبدلِ **فحينئذ** معنیٰ انّه يضمن البدل والمبدل انّه يلزم عليه ردُّ نفس المال او البدل علی البدلِ.

عَليهذا، لا يرجع اللّاحق علیٰ السّابِق ويرجع السّابِق عَلیٰ اللّاحق **لانّ** اللّاحق، يضمن بدلاً استقر فی ذمّة السّابِق وامّا السّابِقُ فهو ليس ضامناً لبدلٍ استقرَّ فی ذمّة اللّاحقِ.

الشّيخﷺ بهذا النّوع من التّصويرِ للضّمان ثبوتاً وانّ فرض السّابِق واللّاحق ماذا؟ حلّ الاشكالين المذكورينِ.

السّيّد، اشكل فی «انّه يضمن مالاً له بدلٌ» سبعةَ اشكالاتٍ **واعترض المحقّق النّائينیّ**ﷺ علیٰ السّيّد فی هذه الاشكالات علیٰ الشّيخﷺ وحاصلُه انّ السّيّد لم يحصّل مراد الشّيخﷺ وليس مقصود الشّيخ، ما تصوره السّيّد و اوردَ عَليهِﷺ ايراداتاً سبعةً.

وتوضيحُ كلامِ المحقّق النّائينیّﷺ انّ استقرارَ ضمان مالٍ واحدٍ فی ذِمَمٍ عديدةٍ مستقلاً فی عرض واحدٍ، محالٌ وليس مقصود الشّيخﷺ استقرار ضمان مال واحد فی ذِمَم متعَدّدةٍ فی عرض واحدٍ بل يمكن استقرار ضمانٌ واحدٌ فی ذمَم عديدة طولاً كما انّ الأمر كذلك فی باب تعاقب الايادیٍّ ومقصود الشّيخﷺ بيان الطّوليّة وحيثَ كانَ الاستقرار، استقراراً طوليّاً يرجع السّابِق الیٰ اللّاحق **ولكن** اللّاحقُ، لا يرجع الیٰ السّابِقِ.

وان قلنا بصحّة قول المحقّق النّائينىّﷺ تترتّبُ عليه ثلاثة فوايدَ:

اَلاولىٰ: توضيح كلام الشّيخ ونظره**ﷺ** فى حلّ هذين الاِشكالين.

الثّانية: حلّ اشكال اصل المسألةِ.

الثّالثة: انّ ايرادات السّيّد كلّها، لم ترد علىٰ الشّيخ**ﷺ**.

بيانُ المحقّق النّائينىّﷺ فى الضّمانِ **الطّوليّ انّه عَنْوَنَ اوّلاً:**

الفرع ثمّ توجّه منه الىٰ اصل المسألة **ولكن** نحن فى تقرير كلامه**ﷺ** نتوجّهُ اوّلاً: للاصل ثمّ نتوجّهُ للفرع ثانياً **حيث** اوجبته ضرورةُ البيان علىٰ ان ورد**ﷺ** للمسألة بهذا النحو وليست لنا هذه الضّرورةُ.

ولهذا نُقرّرُ كلامه**ﷺ** من الاصل حتّىٰ نتوجّه الىٰ الفرع.

حاصلهُ انّ استقرار مالٍ واحدٍ فى ذِمَمٍ متعَدّدةٍ بنحو الطّوليّة يعنى انّ اليد الْاولىٰ، كانت ضامنةً نفس المال واليد الثّانية تضمن المال فى ذمّةِ اليد الاولىٰ، فاليد الثّانية تتأخر عن اليد الأُولىٰ رُتبةً **لانّ** فى ضمان الثّانية، قيدٌ لا يَتَحَقَّقُ ولا يتقرّر الا بثبوت الضّمان الاوّل يعنى اِذٰا لم يَتَحَقَّق الضّمان الاوّل، لم يحصل موضوع ضمان اليد الثّانية وهكذا ضمان اليد الثّالِثَة بالنّسبة الىٰ ضمان اليد الثّانية والأُولىٰ يعنى تتأخّر عنهما رتبةً.

المحقّق النّائينىّ ذكر انّ السّيّد**ﷺ** زعم انّ مقصود الشّيخ من البدل فى قوله: «**مٰالٌ له بدلٌ**»، المثل والقيمةُ وكٰانَ مرادُ الشّيخ بنظر السّيّد**ﷺ** انّ اليد الثّانية والضّامن الثّانى، انّه تضمن العين والمثل او القيمة معاً مع انّ مقصود الشّيخ**ﷺ** من البدل، ليس المثل والقيمة بل ضمان المثل والقيمة يعنى مقصود الشّيخ انّ اليد الأُولىٰ، كانت ضامنةً لذات المال ولمّا ضمن ذات تلك العين فصارت العينُ، عيناً مضمونةً فى ذمّة الأُولىٰ وتضمن اليد الثّانية، العين المضمونة فى ذمّة اليد الأُولىٰ، فموضوع ضمان اليد الثّانية، يتأخّر رُتبةً عن ضمان اليد الأُولىٰ **وهذا يمكن** ان يقاس بالاخبارِ بالواسطة **وتوضيحُه** انّ فى باب حجيّة الخبر الواحدِ، اشكلت، فى اخبار الآحاد بانّ اكثر الاخبار الموجودة فى اَيدينا وفى الكتب الموجودةِ الّا الاخبار فى صدر الاسلامِ،

كانت اخباراً مع الواسطةِ.

وادلّة حجيّة الخبر الواحدِ مثل: «صَدِّقَ العادل» او قوله تعالىٰ: **«ان جائكم فاسقٌ بنبأٍ فتبيّنوا... الخ»** لا تشمل الخبر الّذی كانَ بواسطةٍ **لانّ** فی الخبر بالواسطة مثلاً إذا قال الشّيخ الطّوسیّ﵀: قال: حدثنی الصّدوق، والصّدوقُ حدّث ايضاً عن محمّد بن وليدٍ وهو ايضاً حدّث عن الصّغار وهو ايضاً حدّث عن العسكریّ **حينئذٍ**، الّذی كانَ محسوساً فی هذا الخبر بالواسطة الّذی ذكرناه، انّما هو خبر الشّيخ الطوسیّ عن الصّدوق وامّا انّ الصّدوقَ اَخبرُه ام لا؟ فنحنُ لم نعمله **ولكن** إذا شمل **«صَدِّق العادل»** الخبر المرویّ عن الشّيخ﵀ فمعناه: **«صدق الشّيخُ﵀ فيما قاله»** يعنی: انّ الشّيخ اخبره عن الصّدوق.

بالجملة: شمولُ **«صدّق العادل»** الخبر المرویّ عن الشّيخ﵀، يُحدّث خبراً آخر تعبّداً وهو خبر الصّدوق فإذا تحقّق خبر الصّدوق فيشملُ: **«صدّق العادلَ»** هذا الخبر ای خبر الصّدوقِ.

ومعلومٌ: انّ هذا الخبر يعنی خبر الصّدوق، حصل موضوعه وحكمهُ كلاهما بشمولِ: **«صدّقْ العادل»** وكيف يتصوّر هذا؟ وبهذا يشكل الامر وهكذا فی الرُّواة الأُخَرِ.

ومحصّلُ الاشكال انّه كيف يمكن للحكمِ ايجاد موضوع ثُمّ يشمله مع اَنّ الحكم يَتَحَقَّق بعد الموضوعِ.

قالوا فی حلّ هذا الاشكالِ: انّ القضايا، كانت حقيقيّةً لا شخصيّةً والاشكال انّما يرد فيما إذا قلنا انّ القضايا، شخصيّةٌ **ولكن إذا** قلنا بانّ القضايا، كانت حقيقيّةً يعنی يتَرَتَّبُ الحكم علىٰ الطّبيعة وكانَ الحكم، حكماً انحلاليّاً فلا مانع من شمول احد الاحكام الانحلاليّ، خبر الشّيخ الطوسیّ واحدث شمولُه، خبر الصّدوق تعبّداً وشمول حكمٍ آخر من الاحكام الانحلاليّ خبر الصّدوق وهكذا...

وبهذا قال شيخنا الانصاریّ﵀ فی الفرائد وحلَّ الاشكال: انّ القضايا، طبيعيّةٌ يعنی تتَرَتَّبُ الاحكام علىٰ الطّبيعة لا الافرادِ وليست الافراد فی نظر الحاكم

مَلحُوظاً فلا مانع من شمولِ الحكم علىٰ فردٍ ويحدث من شموله علىٰ فردٍ، فردٌ آخر ثمّ يشمل الحكمُ، هذا الفرد اَيضاً كما فى الاخبار بالواسطةِ **وما نحن فيه ايضاً** كالاخبار بالواسطة **وذلك** لانّ اليد الأُولىٰ إذا اخذت العين، تشملة قاعدةُ: **«علىٰ اليد...»** وحكم **«علىٰ اليد»** كونه مضموناً عليه ومن شمولِ **«علىٰ اليد...»** هذه العينِ تحدث صفةُ المضمونيّة للعين وهكذا تشملُ: **«علىٰ اليد»**، اليد الثّانية اى العين وضمان العين الّذى حصل بقاعدة **«علىٰ اليد»** يعنى لسان: **«علىٰ اليد»** وهكذا: **«ليست ضامن للعينِ»** و **«ضامن لكونها مضمونةً»**.

ولا يُقالُ: انّ المضمونيّة، حصلت بقاعدة **«علىٰ اليد»**، كيف تشمله بعداً فى اليد الثّانيةِ؟

لانّا نقول: انّ «علىٰ اليد» كانت قضيّةً كليّة لا شخصيّةً وفى الحكم الكلىّ، يتأخّرُ الحكم المنشأ من الموضوع المنشأ وكانَ الموضوع متقرّراً وحصل له حكم الموضوع ايضاً.

وبعبارة أُخرى: قاعدة «علىٰ اليد» تشمل اليد الأُولىٰ وهى ضامنةٌ للعين وبشمولها اليد الأُولىٰ، تثبت صفةٌ للعين يعبَّرُ، عنها بالضّمان وكونه مَضموناً عليها وإذا انتقلتْ هذه العين مع صفتها، إلىٰ اليد الثّانيةِ فمعنىٰ شمولِ قاعدة: «علىٰ اليد» علىٰ اليد الثّانية انّها ضامنة للعين وصفةُ المضمونيّة الّتى اثبتتها قاعدة: **«علىٰ اليد»** وإذا انتقلت العين الىٰ اليد الثّالِثَة فشمولها علىٰ الثّانيةِ، يقتضى **«ضمان»** اليد الثّالِثَة للعين والصّفتين وهكذا...

فإذا قلنا باستقرارِ مالٍ واحدٍ فى ذِمَمٍ مُتعَدّدةٍ بنحو الطُوليّةِ، ينحّلُ الاشكال الثّانى ايضاً **لانّ** الفرضَ انّ اللّاحق، يضمن للسّابقِ.

واَمّا السّابِقُ فليس ضامناً للاّحق **لانّ** مَعنىٰ ضمان العينِ المضمونةِ فى اليد الثّانيةِ أنّها ضامنةٌ للعين وصفتها **فحينئذٍ** إذا ردّ السّابِقُ العين او المثل او القيمة وتوجّه الضّررُ من جهةِ الضّمان علىٰ السّابِق، يجبُ علىٰ اللّاحقِ، جبران هذا الضّررِ قضاءً لحكمِ الضّمانِ.

وهذا، مثلُ الضّامن والمضمونِ عنه، فی الضّمان العقدیِّ فی انَ ضامِنَ الخسارةِ والضّمانِ، اِذٰا ورد مورد الضّمانِ، یجب عَلیٰ المدیونِ، ردّ تمام المال الیٰ الضّامنِ فاِذٰا صالح الضّامنُ، الّذین ببعض المالِ، ردّ المدیون بعضه ایضاً واِذٰا اَبْرَءَ الضّامنُ، فلیس للضّامنِ اخذ الدّینِ الّذی کٰانَ مبرّأً من المدیونِ.

بالجملة: کلُّ لاحقٍ، ضامنٌ للمالك وضامنٌ للسّابقُ وامّا ضمانه للمالك فهو منجزٌّ یعنی استقرّ المثل والقیمةُ للمالك علیٰ ذمّة اللّاحقِ.

وامّا ضمانه للسّابق فکٰانَ تعلیقاً یعنی لو ادیٰ السّابِق فالضّامن یؤدّی اِلیٰ السّابِق واِمّا اِذٰا لم یؤدّ عَلیٰ المالك عصیاناً او ابراءً او عفواً وغیر ذلك، فلا یرجع علیٰ السّابِق.

فمقصودُ الشّیخﷺ من تعاقب الایادیّ واستقرار مالٍ واحدٍ فی ذِمَمٍ متعَدّدةٍ الضّمانُ الطّولیُّ **ولذلك** مقصودهﷺ من انّ کلّ لاحقٍ، ضامن للمال ولبد له، کٰانَ التّأخُرُ الرّتبیُّ والطّولیّةُ.

علیه، المحقّق النّائینیُّ وجّه کلام الشّیخﷺ بهذا النّحو ومن طرفٍ آخر یرفعُ اشکالاتَ السّیّدﷺ عَلیٰ الشّیخﷺ وایضاً یَحِلُّ اصل الاشکالِ الّذی هو العمدةُ.

وامّا حُلُّهُ اصلَ الاشکال فلانّ الاشکال اَنّ استقرار مالٍ واحدٍ فی ذِمَمٍ متعَدّدةٍ، یوجب تعدّد المال مع انّ الفرض انّ المال، واحد وکیف یستقرّ المال فی الذّمم؟

وامّا القولُ بالتّفاوتِ الرّتبیِّ، فهو ینحلُّ الاشکال بِاَنَّ المال الّذی اِستَقَرَّ فی ذمّة الید الأُولیٰ، یتفاوت مع المال الّذی اِستقرَ فی ذمّة الید الثّانیة باضافةِ قیدٍ بحیثَ کٰانَ القیدُ کلاهما، مضمونةً فی الید الثّانیةِ فلم یستقرِ المال الواحد باعتبار کونه واحداً فی ذِمَمٍ متعَدّدةٍ بل المال الواحدُ باعتباراتٍ متعَدّدةٍ، یستقرُّ فی ذِمَمٍ متعَدّدةٍ **وان شئت قُلتَ: «اِنّ المال**، لیس واحداً من جمیع الجهات بل المال الّذی اِستقرّ فی ذمّة الید الأُولیٰ، یکون ذات المالِ والمستقرُّ فی ذمّة الید الثّانیةِ، المال الموصوف بکونه فی ذمّة الأُولیٰ والمستقرَّ فی ذمّة الثّانیةِ، المال الموصوف بکونه مضموناً فی ذِمّتینِ ومستقرّاً فی ذمّتین وهکذا.»

فالاشكالُ بانّ مالاً واحداً باعتبارٍ واحدٍ، كيف يستقرّ فى ذِمَمٍ متعَدّدةٍ مع انّ مقتضىٰ تعدّد الحال، تعدّد المحال وتعدّد المال مع انّ المال كانَ واحداً والواحد كيف يتكثّر والكثير كيف يصير واحداً؟

يندفع بالمرّةِ وكذلك يندفع الاشكال الثّانى ايضاً **لانّ** كلّ لاحقٍ، ضامنٌ للمالك وضامنٌ للضّمان للمالكِ **ومعناه** انّه يضمن للمالك والسّابِق معاً، غاية الامر علىٰ نحوين من الضّمانِ.

امّا انّه ضامنٌ للمالك فهو بنحو التّنجيّز وكذلك يضمن ضمان السّابِق وخسارته ونتيجتهُ انّ المالك اِذا رجع علىٰ اللّاحق واخذ من اللّاحق فلا يرجع السّابِق علىٰ اللّاحق **لانّهُ لم** يتضرّر بشىءٍ وضمانه لم يؤدّ الىٰ الخسارة والضّرر واِذا رجع المالك علىٰ السّابِق واخذ منه ماله وتضرّر السّابِق بضمانه فاللّاحق **حينئذٍ** يضمنُ خسارة السّابِق **وكأنّه** ضامنٌ لضمانه يعنى يضمن الخسارة المتوجّهة اليه من ناحيَة ضمانه.

وهذا خلاصةُ كلامِ المحقّقِ النّائينىّ بتوضيحٍ وتنقيحٍ منّا.

نحن نقولُ:

مٰا افاد المحقّقُ النّائينیُّ مع كونهِ لا يخلو عَن دقّةٍ يرد، عليه اَوّلاً:

انّ هذا القول بطوله، لم يرفعِ اِشكالَ اصلِ المسألةِ؛

امّا مسألة الطّوليّةُ فهی تفيدُ بالنّسبة الیٰ رفع اشكالِ المديونِ السّابِق واللّاحقِ واَمّا فی قبالِ المالك، فكُلُّهم السّابِقُونَ واللّاحقون، تكونوا ضامنينَ للمالكِ.

والقول بانّ اللّاحقَ ضامنٌ للضّمان بالنّسبة اِلیٰ السّابِقينَ وامّا بالنّسبة الیٰ المالكِ فكلّهم، ضامنونَ لِلْعينِ وحده لاغير والقولُ بضمان اللّاحقِ لضمان السّابِقِ، فهو بالنّسبةِ اِلیٰ غير المالكِ من السّابِقينَ وامّا بالنّسبة الیٰ المالك، فاللّاحقُ ضامنٌ لذات المال وحدَه، فمجرّدُ اَنّ اللّاحق، ضامنٌ للعين وضمان العين بالنّسبة الیٰ السّابِقين، لا يرفعُ اصل الاشكالِ **وهو انّه كيف يستقرُّ مالٌ واحدٌ فی ذِمَمٍ متعَدّدة؟**

فاِذا قلنا: انّ استقرار مالٍ واحدٍ فی ذِمَمٍ متعَدّدة، كٰانَ محالاً لا يرفع الضّمانَ الطّوليَّ الّذی كٰانَ مطرحاً بالنّسبة الیٰ ضمان اللّاحق بالنّسبة الیٰ اللّاحق المحالِ ولا يُصَحِّحُ رابطة الضّمناءِ بالنّسبة الیٰ المالك **لانّ** الضّمانات بالنّسبةِ الیٰ المالك، كانت فی عرضٍ واحدٍ لا غير وانّما الضّمانُ الطّوليُّ فی ضمان اللّاحقِ بالنّسبة الیٰ السّابِق فالاشكال بعدُ باقٍ.

ظهر ممّا ذكرنا سابقاً: انّ الاشكال ينحلُّ بما قلناه سابقاً ولا يحتاج الیٰ هذا النّوع من النّقصِ والابرام فاِذٰا لم يقبل طريق الحلّ الّذی قلناه سابقاً فليس حَلُّ المحقّقِ النّائينیّ﵀ مجدياً لرفع الاشكال الاصليِّ.

وثانياً: اِنَّ احداً من الاشكالات السّبعةِ الّتی ذكرها السّيّدُ﵀، انّما يرد علیٰ الشّيخ علیٰ ایّ حالٍ.

وحاصله انّا اِذٰا فرضنا: انّ اللّاحق، يضمنُ العين وضمانه للعين ايضاً ومن المعلوم انّه ضامنٌ للضّمان باعتبار انّهُ صفةٌ للعين **ولكن معلومٌ:** انّ ضمان الصّفةِ، كٰانَ بالنّسبة الیٰ المالك لا الغاصبينَ مع انّ الشّيخَ﵀ صرّحَ بانّه ضامنٌ للسّابق يعنی للغاصبين يعنی هذه الصّفة، ان ازدادت قيمةً فی العين وكانت مملوكةً للمالك فيلزمُ ردُّ التّفاوت

للمالك وان قلنا: انّ الصّفةَ، صفةٌ حصلت فى يد الغاصبِ فمعلومٌ انّـه ليس لعـرقِ ظالم، حقٌّ وحرمةٌ.

بالجملة: الغاصبُ الاوّل غصب العين، صار ضامناً للعينِ وصار الضّمانُ، صـفةً للعين يعنى صفةً متعديّةً حصلت من غصبِ الغاصب فليست للغاصبِ مطالبةُ قيمة صفةِ حَصَلَتْ فى يد الغاصب وليس له فى الفقهِ مأخذٌ.

عليه ايرادُ السّيّد متينٌ فى الغايةِ خصوصاً فيمٰا نحن فيه الّذى كٰانَ الفاعلُ غاصباً الّذى صَيَّرَ العين بعضها مضمونة فى ذمّةِ الغاصب فلا يجوزُ لهٰذا الغاصب، الاستفادةُ من صفةٍ ناشئةٍ من غصبه واخذ ضمان الصّفة من اللّاحقِ.

هذا مثل كون المغصوبِ، مصبوغاً بلون حيثُ يكون بصبغةِ حرمةٍ بل ما نـحن فيها، اَسْوَءُ حالاً من المال المغصوب المصبوغ.

بالجملة: حلُّ المحقّقِ النّائينىّ اولاً: لا يرفع اصل الاشكالِ.

وثانياً: لا يرفع بعض اشكالات السّيّدِ﵀ ومنها ما ذكره سابقاً من ضـمانِ اليـد وضمان العين والصّفة وغيرها من ادلّة الضّمان بالنّسبةِ الىٰ المالك لا للغاصبِ.

وامّا المحقّقُ الثّانى﵀ فقد قـال: بـضمانِ العـين بـالنّسبةِ اِلىٰ المـالك وضـمان المضمونيّةِ بالنّسبة الىٰ الغاصبِ وهذا من اَعْجَبِ العُجٰابِ!

حاصلُ الكلامِ فى الدّرس السّابقِ: انّ ادلّة الضّمان، مسوقةٌ للمالكِ **وامّا غير المالكِ** فى باب الضّمان فليست مسوقةً له سيّما كانَ غير المالك غاصباً لانّ الغاصب، يأخذ بأشقِّ الاحوال **ولذا** لا يملك الغاصبُ نتيجة عمله من صنعةٍ وغيرها فى ملك الغير **ولذا قالوا: «ليس لعرقِ ظالمٍ حقّ»** يعنى الحالة الحاصلةُ من عمله، ليست لَهَا، ان كانت من الاموالِ؛ **بناءً عليه** القول بانّ اليد الأُولىٰ إذا كانت عاديةً، ضمنت ذاتُ المال للمالك وصفة المضمونيّة بالنّسبة الىٰ الغاصب الأُولى ليست صحيحةً ويرد عليه اشكالُ السّيّدِ من انّ الغاصب الثّانى، لم يكن ضامناً الىٰ اثنين يعنى ضمن للمالك بالنّسبةِ الىٰ العين وضمن وصف الضّمان بالنّسبة إلىٰ الغاصب الاوّل.

بل اِنّ قلنا: انّ الغاصب الثّانى، كانَ ضامناً بالنّسبة الىٰ صفةِ العين وضمان العين فهو بالنّسبة إلىٰ المالك اى صاحب العين دون الغاصبِ فعليه نتيجةُ محاسبة الشّيخ﵀ والمحقّقِ النّائينىّ وكُلٌّ من حذا حذوهما، ضمان الغاصب الثّانى، صفة العين بالنّسبة إلىٰ الغاصب الاوّلِ **ولا يخفىٰ اَنّ اشكال السّيّدِ﵀**، كانَ اشكالاً كبرويّاً يرجع الىٰ انّ كلّ صفةٍ تابعةٍ للعين لو كانت مضمونةً، انّما هى مضمونةٌ للمالك دون غير المالك خصوصاً المالك.

ولكن زد علىٰ ذلك الاشكال الصّغروىّ ايضاً.

والاشكالُ الصّغروىُّ انّ صفة المضمونيّةِ، ليست من الاوصاف الّتى لها ماليّةٌ وقيمةٌ وحصلت تحت: **«علىٰ اليد»** ولو بتبعيّة العين لِاَنّ ضمان الصّفةِ لضمان العينِ اِذا كانت مقبوضةً بقبض العين وكانت من عوارضِها.

وامّا ضمانُ العين للمالك فهو عبارةٌ عن الحكم الشّرعىّ بذلك الضّمان علىٰ نحو القضيّةِ الحقيقيّةِ وينطبقُ هذا الحكم علىٰ الخارج فليست هذه من قبيلِ اوصاف العين بل من قبيل الاحكام الكليّةِ المنطبقةِ علىٰ العين طبعاً.

ولو قد قالوا من اَنّ الفقيه يبحثُ فى الفقه، من اَفعالِ المكلّفينَ واحتسبوا الاحكام من قبيل العوارض بالنّسبة إلىٰ الموضوعات.

وبعبارةٍ اُخرى، اِحتسبُوا الاحكام بمنزلة الصّفاتِ بالنّسبة اِلىٰ الموضوعاتِ **ولكن نَحنُ قلنا:** ان كَانَ هذا صحيحاً فهو بالنّسبة الىٰ الموضوعات الكليّةِ الّتى يلحظها الحاكمُ ويجعل الحكم علىٰ موضوع كما انّ فى قولنا: **«الخمر حرامٌ» حيث** يكون الخمر والحرمة، مفهومين كليّين **ولكن حيثَ** يكون الخمر والحرمةُ، الموضوعَ والمحمولَ وكانت نسبةُ الموضوع بالنّسبة اِلىٰ المحمول من قبيلِ الحالِّ والمحلّ ولو لم يكن من ذلك القبيل يعنى لم يكن عارضا بل لم يكن موضوعاتُ الاحكام، معروضها بل كَانَ طرف الاضافة للحكم لا انّ الحُرمة عارضةٌ علىٰ الخمر لانّ الايجاب والتّحريم، عبارةٌ عن ارادة الحاكم والمكلّفِ وارادته قائمة بنفس الحاكم وان كَانَ عارضاً فهو من قبيل العوارض لنفسِ الحاكم لا انّها من عوارض افعال المكلّفِ يعنى انّ الحاكم، يريد ويكره والفعل طرف الاضافة ومن حدود الارادة الّتى قائمة بنفس الحاكمِ.

وبالجملة؛ الاحكام تكليفيّاً كانت او وضعيّةً، كلّها من قبيل ارادة الحاكِم وانّما هى قائمةٌ بنفس الحاكم ومن اَوصافهِ وليست من اوصاف الفعل ومن نعوته واَمّا الفعل فى مرحلةِ الكليّة فهو طرف الاضافةِ يعنى: الارادةُ، متوجّهةٌ الىٰ هذا الفّعل.

وما قالوا: فى بابِ اجتماع الامر والنّهيِ من انّ الفعل اِذٰا كَانَ واجباً، فيلزمُ اجتماعُ الضّدين **لانّ** الارادة مع الكراهةِ، ضدّ ان فيلزم اجتماعُ الضّدينِ فى فعل واحدٍ.

ففيه شيءٌ من المسامحةِ لانَّهُ ان كَانَ هذا الاجتماعُ بينهما، محالاً فهو لَيسَ من جهة اِجتماع الضّدينِ وكونهما من قبيل عرضِ الفعل وانّهما من قبيل العَرَضّينِ فى محلّ واحدٍ.

بالجملة؛ حكم الحاكم وارادته سواءٌ حُكم بلزوم الفعل ولزوم التركِ وحكمه بلزوم التّداركِ لو كَانَ عرضاً وحالةً وصفةً، اِنّما هو بالنّسبة اِلىٰ الحاكمِ ونفس الحاكم وامّا بالنّسبةِ الىٰ الفعل الكلىِّ فهو ليس من قبيل عوارضِ الفعل وعوارض افعال المكلّفين وانّما الفعلُ، طرف للاضافةِ.

بناءً عليه، حكم الشّارع بالضّمان الّذى يكون عَلىٰ موضوعٍ كُلّيٍ بنحو القضيّةِ

الحقيقيّةِ، انطباقه عَلىٰ مال خارجیّ وجعله من الاوصاف ونعوت المالِ.

والقولُ بانّها مقبوضة بقبض العين واَنّ الغاصب كما انّه اِسْتولىٰ عَلىٰ العين، اِستولىٰ علىٰ الوصف بالتّبع وتصرّف فيه وعصب الوصف ايضاً **لا يصّحُ**.

وبعبارةٍ اُخرىٰ، مناطُ الضّمان فی العوارضِ والنعوتِ والاوصاف والاحوالِ، هو الاستيلاء عليهِ بتبع الاستيلاء علىٰ العينِ.

يعنی اِنّ اخذ الاوصافِ والنّعوتِ والحالاتِ، باخذ العين.

وهذا القول من انّ اخذ الاوصافِ والنّعوت والحالاتِ، انّما يصّحُ فی الاوصاف الخارجيّةِ ولا يصّح فی الاوصافِ الّتی انتزعتْ من تطبيقِ الحكمِ الشّرعیِّ علىٰ موضوعٍ خارجیٍّ.

وذلك اولاً:

لانّ الاوصاف، ليست من قبيل اَعراضِ الفعل ومن قبيلِ اَعراضِ المالِ.

وثانياً: اِنّها مقبوضةٌ بقبض العينِ.

فلا يجوزُ القول بانَّ من تصرّف الخمر واِستولىٰ عليه، اِستولىٰ علىٰ الحرمة ايضاً بالتّبع ولا معنىٰ محصّلاً لهذا القول وهو انّ تطبيق الحكم الكلیِّ العارضِ عَلىٰ الموضوعات الكليّة، اِنّما هو بمعنىٰ طرف الاضافة لا بمعنىٰ العروض فی الخارجِ واحتسابُهُ فی عداد الاوصاف الخارجيّةِ بنحو القبض، بقبض العينِ.

خُلاصةُ الكلام: انّ ما ذهب اليه الشّيخُ من انّ اللّاحق، كانَ ضامناً للعين بوصفها مَضمُوناً يعنی كانَ ضامناً لصفات العين اَيْضاً ووجهه المحقّقُ النّائينیُّ ﷺ عَلىٰ اعتبار، **ممنوعٌ صغریً وكبریً.**

سيّما من جهة زيادة الماليّةِ لو فرضنا وصفاً مأخوذاً باخذِ العين **ولكن** ليست له ماليّةٌ خارجاً فلا يجوز القولُ بانّ وصف المضمونة، كانت له ماليّةٌ خارجاً وكلّما زادت الايادیّ العاديّة علىٰ مالٍ واحدٍ، ازدادت ماليّته واعتباره **حيثُ** يكون الخارج علىٰ عكسهِ.

اَمّاكونُ الصّغریٰ ممنوعاً من جميع الجهات فهو اوّلاً:

اَنَّ الحكم الشّرعىّ والمنتزع الشّرعىّ، ليس من النّعوث واوصاف المالِ حتّى انّ معروض الاحكامِ، افعالُ المكلّفين والمالُ، ليس من الافعالِ.

وثانياً: لو سلّمنا انّه من قبيل الاوصافِ، فهو ليس من الاوصافِ التّابعة للعينِ بحيثُ يقبض بقبض العين تبعاً.

وثالثاً: فى ضمانِ الوصف غير التّبعيّة الخارجيّةِ، الشّرطُ انّ هذا الوصفُ، له ماليّةٌ بحيث تكون قيمة الموصوف ازيد من غيرِ الموصوف والامر ليس كذلك **لانّه** ليست قيمة المغصوبِ، ازيد من غير المغصوب لاجل وجود الضّمناءِ المتعدّدة له **لانّه** لم ينطبقْ علىٰ مجارى العرف والعادة بل الامر بالعكس يعنى اِنّ للمال الّذى كان مغصوباً اقلّ قيمة من غير المغصوبِ.

وامّا استفادةُ المحقّقِ النّائينىّ من كلام السّيّدِ بانّ مقصودَ الشّيخ من البدلِ، المثل والقيمةُ مع انّه عبارةٌ عن ضمانِ المثل والقيمة فليس صحيحاً اوّلاً:

لِانّه ليس له شاهد علىٰ هذا التّوَهمِ.

وثانياً: ان قلنا بِانَّ السّيّد، تصوَّر بنحوٍ صوّره المحقّقُ النّائينىّ فنحن نقولُ: انّ قول النّائينىّ بانّه سقطتِ الاشكالاتُ السّبعة، لا يخلو عن اشكالٍ **لانّ** هذا الاشكال من السّيّدِ لا مفرَّ له وهو انّ الاوصافَ ان كانت مضمونةً فهى للمالك لالغير المالك وتوجيهُ المحقّق النّائينىّ لم يرفع هذا الاشكالَ.

توجيهُ صاحب الجواهرِ وحَلّهُ

التّوجيه الثّالثُ لحلّ الاشكالِ الّذى نقله الشّيخُ عنهﷺ ثمّ ردّهُ **ولكن** يستفاد من توجيه صاحب الجواهر و ردُّ الشّيخ ايّاه، مطلبٌ يمكنُ ان يكون مُضافاً لحلّ الاشكالِ المذكور كما فعل السّيّدﷺ حلّ الاشكالِ **ولكن كان حَلُّهُ** ناقصاً ونحن نأخذ به ونحلّ الاشكال بجيمع جهاتهِ.

امّا حَلُّ صاحب الجواهرﷺ الّذى قد نقله الشّيخُﷺ فهو انّ خطاب من تلف عنده المالُ، غير خطاب السّابقيَن الّذين لم تتلفْ عندهم العينُ **وخطابُ من لم تتلف** عندهم، خطابٌ تكليفيٌ محضٌ من باب: **اِنّ الله يأمركم اَنْ تؤدّوا الامانات الىٰ اهلها»**[1] وليس مربوطاً بالضّمانِ وضمان المثل والقيمةِ وتشترك الايادى المتعاقبة كلّها فى هذا الحكم والتّكليفِ.

واَمّا مسألة الضّمانِ واشتغالُ الذّمة للمال فهو تختصُّ لمن تَلَفَتْ العين عندهُ **وامّاالسّابقونَ** فليست ذمّتهم مشغولةً للعين للمالك؛

نعم: يجوز للمالك مطالبة مالهِ منهم من باب انّهم تصرّفوا فى مال المالك وردَّ الامانات لصاحبها، وامّا كون ذمّتهم مشغولةً للعين فهو راجعةٌ الىٰ التّلف والفرض انّ المال، لم يتلف عند السّابقينَ وامّا عدم كونهم ضمناء فهو **لانّ** مَعنىٰ بالضّمانِ، انّه لو تلف، يجب المثل والقيمةُ والفرضُ انّها لم تتلف عندهم فلا يجب عليهم المثل والقيمة وانّما تلفت عند الاخيرِ **وامّا ردّهم للمالكِ فلانّ** قوله تعالىٰ: **«انّ الله يأمر ان تُؤَدّوا الأماناتِ الىٰ اهلها».**[2] فلانّ وجوبَ ردّ الامانة، ليس مشروطاً للتّلف وامّا وجوبُ المثل والقيمة فهو مشروطٌ بالتّلف.

والفرضُ انّ هذا الشرّط، لم يحصل فى مورد السّابقينَ.

بالجملة: هُنا حكمانِ مطلقاً ومشروطاً واما الحكم المطلقُ فهو وجوبُ الرّدِ اِلىٰ صاحبه وهو غير مشروطٍ للوجود او التّلفِ.

---

١. سورة النّساء، الآية / ٥٨.

٢. المرجع السّابق.

واما الحكمُ المشروط وهو وجوبُ المثل والقيمةِ، فله شرطٌ وهو انّه لو تلفتْ والفرض انّ هذا الشّرط، حصل عند الاخير لا عند السّابقين فالسّابقون ليسوا ضامنينَ.

ولو قلنا انّ المسألة من قبيل السّبب والمباشر وكان السّابق باعطائه المال، كان له نوع سببيّة **ولكن** تلف المالِ عند الاخير، كان السّابق سبباً والاخير كان مباشراً.

ومعلومٌ: انّ المباشر هُنا اقوىٰ من السّبب.

بناءً عليه لو رَجَعَ لمن تلف عنده، لا يرجع هو علىٰ سابقِهِ.

وأمّا لو رجع الىٰ سابقه فهو يرجع عَلىٰ اللّاحق.

وردَّ الشّيخﷺ هذا التّوجيه بوجوهٍ:

منها: انّ الدّليل هنا واحدٌ فالقول بانّ لبعضها خطابٌ تكليفيٌّ ولبعضها خطابٌ وضعيٌّ لا يلائم مع وحدة الدّليل ووحدة الموضوع والمناطِ.

وخلاصةُ كلامهﷺ انّ الاتلاف، غيرُ التّلف السّماويِّ بانّ الاتلاف كان مُستنداً إلىٰ ذى اليد وأمّا فى التّلفِ فهو ليس مستنداً إلىٰ ذى اليد فكانت نسبةُ التّلف عَلىٰ الاخير والسّابقين علىٰ السّواءِ يعنى كانت عين تواردت عليها ايادى وتلفت ولم يتلف واحدٌ لا السّابقون ولا اللّاحقون.

وامّا مجرّدُ التّفاوت فى تاريخ التّلف فهو لا يوجب الفرق فى الحكم بين السّابقِ واللّاحق مع انّ الدّليل: «**عَلىٰ اليدِ ما اخذتْ حتّىٰ تؤدِّى**» يعنى مالم يؤدى إلىٰ المالك وتلف تلفاً غيرَ مستندٍ اليه، كان ضامناً، ما الفرق بين اليد الثّانية والثّالثةِ والآخرِ فى شمولِ: «**عَلىٰ اليد...**» سواءٌ تلف عنده المالُ او لم يتلف عنده، فى الدّليل فى كون خطاب السّابقينَ تكليفيّاً وخطاب الاخيرِ، كان خطاباً وضعيّاً؟

وهذا الاشكالُ يصّح وكان الحقّ مع الشّيخِﷺ.

الاشكال الاوّلُ الّذى نقلناه عن الشّيخِﷺ ردّاً لقول صاحبِ الجواهرﷺ هو العمدةُ وباقى وجوهِ الرّدِ وان كانت لاتخلُو عن وجهٍ الّا انّها قابلةٌ للذّب والدّفعِ.

وأمّا الاشكالُ الاوّلُ فهو بالنّظر إلىٰ ظواهر الادّلة، كان اشكالاً لا يشكُل دفعه.

خلاصة الاشكال الاوّل كما ذكرناه انّه يعتبر فی ضمانِ: «**عَلیٰ اليد**» فی وُجوبِ المثل والقيمة فی صورة التّلفِ، امرانِ وشرطانِ:

الاوّل: الاستيلاءُ وبه يتحقّقُ كونه ذا اليد وعلیٰ اليد.

الثّانی: التّلفُ يعنی فی تنجّز وجوبِ المثلِ والقيمةِ يعنی فی فعليّتها، يحتاجُ اِلیٰ تلفٍ.

بالجملة؛ التّلف الّذی كان يشترطُ لوجوب المثل او وجوب القيمةِ، لا يشرط ان تتلف العينُ عند آخذها بل الشّرط، التّلف الّذی حصل قبل ردّه اِلیٰ المالكِ او ما هو بمنزلةِ الرّد وهذا مناط الضّمان سواءٌ تلفت عند آخذهِ ام لم تتلف؟

بناءً علیٰ هذا، فی مسألتنا فيما اذا تواردت الايادی العشرة مثلاً علیٰ مالٍ واحدٍ حتّی ينتهی اِلیٰ الفرد العاشر وتلف عنده، يراءیٰ فی بادی النّظرِ انّ التّلف تحقّقَ فی اليد الاخيرةِ وهو ضامنٌ لا السّابقون **ولكن هذا** بالنّظر اِلیٰ الظّاهر **ولكن** بالنّسبة الیٰ ملاك الضّمان وهو الاخذ والتّلف قبل الرّد اِلیٰ المالك، عَلیٰ السّواء يعنی مالم يؤدّيها اذا تلفتْ سواءٌ تلفت عند الاخير ام غيره؟ يجب عليه المثل والقيمةُ.

وبالجملة هذا المناط، يصدق عَلیٰ الايادی المتعاقبةِ، علیٰ السّواءِ يعنی انّ كلّ واحدٍ من الايادی العشرة، وضعت يده عَلیٰ العين وتلفت قبل امتثالهِ اداء المال اِلیٰ المالك وقبل الرّدِ الیٰ مالكه وكلّهم مساوون فی ذلكَ.

فلا دليل للقول حينئذٍ بانّ خطاب السّابقين، كان تكليفيّاً ولكن الاخير خطابه ذمّیٌ وضعیّ، دليلُ الضّمان فی جميع الايادی، «**علیٰ اليد**» وهی تصدق عليهم عَلیٰ السّواءِ وعليه مجالٌ للسّؤالِ:

من اين جاء هذا التّفصيل مع وحدة الدّليلِ؟ ومجرّد التّرتبِ الزّمانیُّ او التّلف عند الاخير اذا لم يؤخذ فی الدّليلِ، لا تأثير له فی المسألةِ.

وَاَمّا الاشكال للشّيخﷺ علیٰ قول صاحب الجواهرِﷺ، فهو انّ الفقهاءَ، لم يلتزموا بهذا التّفصيلِ، حيث قالوا: انّ الايادی المتعاقبةَ العديدةَ، كان لَـهُنّ، اشـتغالُ الذّمـة بالنّسبةِ الیٰ هذا المالِ بحيث لم يترتّبوا احكام الذّمةِ واحكام الوضعِ علیٰ كلٍّ واحدٍ

من السّلسلة ومن جملة احكامِ الدّينِ انّهم قالوا: انّ وُجوبَ اَداءِ نـفقة الابـوين اَوِ الاَولادِ، تكليفٌ وانّ وجوب اداء نفقة الزّوجةِ، من الاحكام الوضعيّةِ والدّين فـاذا فرضنا انّ الولد اذا عصىٰ عن اداء نفقةِ الوالدين مع تمكنّه عن الاداء، لم تتوجّه عليه احكام الدّينِ **ولذا** لا يجوز التّقاصُ عن مالِهِ ولايكون اخذ مالم يؤدّيهِ للابوينِ من ماله، بمدّةٍ لم يؤدّية بخلاف مااذا لم يؤدّ نفقة زوجتهِ حيث يأخذون منه فى مـدّةٍ امتنع من اَدائها ويجوز التّقاص من ماله ويجوز له التّعزيرُ اذا امتنع عن اداء النّفقه حيثُ ورد: «**لِيَ الواجدُ يحلّ وعقوبته وعِرضهُ**».

واذا مات، تتعلّق النّفقةُ بتركته ويقدّمُ علىٰ وصيّتهِ حيث ورد فى قوله تعالىٰ: «**من بعد وصيّةٍ يوصِى بها او دين**».[1]

ولذا رتّبوا تمام احكام الدّين فيما نحن فيه من التّعلق باصلِ التّركةِ والتّقدم علىٰ الوصيّةِ والضّرب مع الغرّاء وجواز التّقاصِ وجواز الحبس والزامه عَلىٰ اذائه وجواز حبسه عند امتناعه وهٰكذا...

فقول صاحب الجواهر من كونِ خطاب السّابقينَ، تكليفاً محضاً و ينافى مع ما يُستظهرُ من ظاهر كلماتِ الفقهاء يعنى لازمُ قول صاحب الجواهرِ﵀، عدمُ تـرتّبِ اَحكام الدّين عَلىٰ ما عدا الاخير وليس الامر كـذلك **اللّـهم** اَنْ لا يـقبل صـاحبُ الجواهر، هذا اللّازم ويقولَ: انّه ليس حكماً اجماعيّاً.

والاشكال الثّالثُ من الشّيخ﵀ للجواهر: لو سلّمنا انّ خطاب الاخيرِ، خـطابٌ ذمىٌّ وضعىٌّ وخطابُ السّابقين، تكليفىٌّ محضٌ **ولكن** اذا ادّى احدٌ من السّـابقين، دينَ الاخيرِ، فلازمه سقوط دَيْنِ الاَخيرِ واذا سقط عن ذِمّة الاخيرِ، يلزم سقوطه من ذمّة الغير ايضاً **فحينئذٍ لِمَ** تجوز مراجعةُ السّابِقين اِلىٰ اللّاحق؟

وصاحب الجواهر قال فى جواب هذا السّوالِ: انّ المؤدىّ، ديـن الاخـيرِ ادّىٰ عوضاً عن ذمّةِ الاخير **ولذا** يملك السّابقُ، ذمّة الاخيرِ يعنى وقعتِ المعاوضةُ بين مال ادّيت وبين ذِمّةِ الاخيرِ.

---

١. سورة النّساء، الآية ١١.

ومن المعلوم: انّ هذه المعاوضة، ليست معاوضةً تعاهديّةً حيث انّ المؤدّی اِلیٰ المالك عَلیٰ الفرض، لم يجتمع مع الاخيرِ ولم يتراضيا عَلیٰ اَنْ يؤدّی هذا ويَرجِعَ هذا علیٰ الاخير **فعليه** ليس تعاهدٌ انشائیٌّ بينهما وامّا كونها معاوضةً اجباريّةً فلم يدّل عليه دليلٌ علیٰ انّ المؤدّی دين الاخير من دون طلبه له، يوجب مالكيّتهُ لذمّتهِ **والشّيخ**ﷺ **ذكر فی المتنِ** سوىٰ هذه الايراداتِ، ايراداتاً اُخرىٰ **ولكن اذا اندفع الايرادُ الاخير**، تندفُع الايرادتُ الاخير وليست بمهمّةٍ بل المهمُّ كان الْاِيرادُ الاخيرُ.

وبالجملةِ: انّ عَلیٰ مختارنا اَيْضاً، قول صاحب الجواهر ضعيفٌ فی الغاية **ومن المسلّم** انّ الاشكال الاوّلَ للشّيخﷺ، يرد عليه جزماً **واَمّا انّ الاشكال الاخير** ايضاً فهل يردُ عليه ام لا؟ فهو قابلٌ للبحث وانّ هذا الايرادَ الاخير، كان مأخذاً للتوّجيهِ الرّابع كما انّ بعضاً اراد تصحيح رجوعِ السّابق اِلیٰ اللّاحق لقاعدةِ المعاوضةِ.

نحن بَنْدأُ اوّلاً لشرح التّوجيهِ الرّابع الّذی يستفاد من نحو البحثِ والجرّ الواقع بين الشّيخ وصاحب الجواهر وحصلت من ايراد الاخيرِ للشّيخِ حقيقةُ توجيه الرّابعِ اَنّ المعاوضةَ تحقّقت بمعنیٰ انّ ذمّة جميع الايادی، كانت مشغولةً للمال وخطابُ كلّهم، خطاب ذمّی و وضعیٌّ.

ودليلُ جوازِ مراجعة السّابق اِلیٰ اللّاحق ولا عكس، مسألة المعاوضة الّتی اَشْكَلَ بهٰا الشّيخﷺ علیٰ صاحب الجواهرﷺ ذهب لم نقبل اِيرادَ الشّيخِ.

ومع ذلك نقولُ: انّ توجيهَ صاحب الجواهرﷺ ذَهَب بِالايرادِ الاوّلِ واَمّا اِنَّ احداًمن الايادی اذا ادّیٰ المال اِلیٰ مالكه فيبقیٰ سؤالٌ من انّه هل تملك ذمّة الآخر وهل تجری قاعدةُ المعاوضة والجواب عن سُؤالِ الشّيخﷺ فی انّها هی معاوضةٌ اختياريّة او قهريّةٌ؟

ومن المعلوم: انّها لم تكن اختياريّةً واذا كانت قهراً فماذا دليلُهُ؟

وبالجملة: مَبنیٰ التّوجيه الرّابع، عَلیٰ المعاوضة وهو انّ المؤدّی مال المالك فهو بمنزلةِ المالك فله اَن يرجع اِلیٰ اللّاحق مثل المالك.

واما الجواب عن سؤال الشّيخﷺ فهو يبنی عَلیٰ ذكر مقدّماتٍ وبيان امورٍ حتّیٰ يعلم التّوجيه والجوابُ عن ما ذكره الشّيخﷺ.

توضيحهُ هكذا:

الامرُ الاوّل: انَّ المحقّقﷺ فى الشّرايع فى باب الصُّلح، اَفتىٰ فتوىً تمكن ان تؤيِّدَ هٰذا التّوجيهَ وكان مأخذاً لهذا التّوجيه او كان مُصحّحاً لاحدِ مُقدّماتِ هذا التّوجيهِ وهو انّه لو اتلف ثوباً كانت قيمته درهماً فصالح المالكُ عَلىٰ درهمٍ، هل يَصِّحُ هذا ام لا يَصِّحُ؟

منشأ بطلان الصّلحِ انّ الرّبا تجرى فى الصّلحِ ايضاً وانّ الدّرهمَ ممّا يجرى فيه الرّبا ولا تجوز معاوضةُ درهمٍ مع درهمين او نصف درهم مع درهمٍ ودرهمٌ، مع ازيد **لانّ** الدّرهم كان موزوناً والزّيادةُ فى الوزن، يوجبُ الرّباً ولا يختصّص الرّبا بباب البيع بل يجرى فى كلّ بابٍ حتّىٰ فى باب الصّلحِ.

بناءً عليه: لو اتلف ثوباً كانت قيمتُهُ درهماً فصالح المالك مع دَرهمَيْنِ هل يَصِّحُ هذا ام لا؟

وجهُ عدم الصّحةِ، انّ ما فى ذمّته، درهمٌ مع انّه صالح الدّرهمَ، مع الدّرهمينِ.

والفرض انّ الرّبا يجرى فى الصّلح ولا يجوز صلح درهمٍ مع درهمين وهذا كان ربويّاً لا يجوزُ.

ووجّه المحقّقُ صحّة الصّلح وقال: **«اَلاَشبَهُ، الصِّحَةُ»** وعلّلها بانّ الصّلح، انّما وقع فى الثّوبِ وعنه، لا عن الدّرهم **ولا يقال: انّ الثّوب قد تلف** وهَلَكَ وخَرَجَ عن حسابِ الاموال وانقلب اِلىٰ الدّرهم ولا تستقِرُّ ذمّته بالثّوبِ، بل انّما تستقرّ بالدّرهم والفرض انّه صالح ما فى الذّمة بدرهمين.

لانّا نقول: انّ الثّوبَ ولو كان تالفاً ولكن مع فرض تلفه يَصِّحُ الصّلحُ عليه وكان قابلاً للمعاوضة ولا يقالُ: انّ العين الّتى تلفتْ، لم يجر القول فيها بانّها فاتت وماتت ولم تكن قابلاً للمعاوضةِ **لانّ** العين التّالفةَ كان لها نوعُ اعتبارٍ، يصّح الصّلحُ معها **لانّ** اخذ المثل والقيمة، اكتفاءٌ من الحقّ ببعض مراتبها واِلّا مطالبةُ المالك عن المديونِ اوّلاً كانت هى العينُ فالعين مع كونها تالِفةً وكانت مَعدومةً **ولكن** هذا المعدومُ ليس عَلىٰ نحوٍ لا يصّحُ تعويضه وانّه لا تجوز المعاوضَةُ عليه.

وكذلك له شاهدٌ آخر فی باب خيار الفسخ **حيثُ** قال العلماءُ اجمعُ: انّ بـقاء خيار الفسخ فی اكثر الخياراتِ، لم يكن مشروطاً لوجودِ العين وحتّی اذا تلفت العين ايضاً، فالمعاملة قابلةٌ للفسخ والفسخُ ايضاً تعلّق اِلیٰ العقد ومعنیٰ الفسخ، حلّ العقد وكان حقّاً متعلّقاً اِلیٰ العقد لا العين.

فبناءً عليه، كان الفسخ، ضد العقد يعنی له ان يطالب العين الّتی وقعت المعاوضةُ عليها واذا لم تكن موجودةً فله مطالبةُ بدلها من المـثل والقـيمة او الصّـلح عـليه والتّعويضِ عليه.

الامر الثّانی: انّ التّعويضَ سواءٌ كان بعنوان الصّلح او البيع او بعُنوانِ اداء المثل او القيمةِ فی باب الضّمان، وفی باب بدل الحيلولةِ، كان لازمهُ ان يكون المعوّضُ، مال مالك العوض **حيثُ** انّ الجمع بين العوض والمعوّضِ لا يجوزُ.

وبالجملة: الامر انّ العين التّالفةَ، قابلةٌ للمعاوضة وقاعدة المعاوضة بِـایّ نـحوٍ تحقّقت سواءٌ كانت بنحو المصالحةِ او التّغريم وهی: «انّ العوض، يدخل من خرج المعوّضُ عن ملكها»، تجری فيما نحن فيه **عليهذا:** اذا اَدّیٰ واحدٌ من العشرة،المال او المثل او القيمة اِلیٰ المالك، يكون المؤدّی مالكاً للعين التّالفةِ.

ولا يقال: انّ العين قد تلفت وسَقَطَتْ لانّها ولو كانت تالفةً **ولكنّها** قابلةٌ لهذا النّحو من الاعتباراتِ فاذا كان مالكاً للعينِ فله ان يطالب من كلّ واحـدٍ مـن اللّاحـقين كنفس المالك.

واماّ عدم جواز رجوعه اِلیٰ السّابقين، **فلانّه** كان سبباً لاشتغالِ ذمّـة السّـابقين فصار سبباً لاستقرار الذّمةِ بالمثل او القيمة فی ذمّةِ السّابقينَ **ومعلومٌ:** انّ السّبب، لا يرجع علیٰ المسبّب.

خلاصةُ التّوجيه المذكور الّـذی تَـعَرَّضَ السّـيّدُ ﷺ له ايـضاً انّ نـظر صـاحِبَ **الجواهرِ ﷺ من انّ احداً** مِنَ الايادی اذا اَدّیٰ المال الیٰ مالكه، يملكُ المال انّه يملك ذمّةَ المديون الآخر باداء العوضِ ای يملك المثل او القيمة فی ذمّة الآخـر ونـحن نقولُ به بل يملكُ العين الّتی اِنتقلَت بسببه اِلیٰ المثل او القيمةِ.

وهذا الفرقُ مع كونه مأخوذاً من كلام صاحب الجواهرﷺ مع ذلك كان بينَ ما قال صاحب الجواهرِ وما قلناه، فرقٌ جوهريٌّ **لانّ** صاحب الجواهرِﷺ، جعل فرقاً بين ما اَدّاه وبين المثل والقيمةِ مثل قول المحقّق **بانّ** الصّلحَ كان باطلاً لانّ الصّلح، صلحٌ بين درهمٍ ودرهمين.

واما نحن نقولُ: اِنّ الذى آدّاه، ليس عوض المثل او القيمة بل عِوَضَ نفسِ العين فيملكُ نفس العين كما انّ الصّلح ايضاً وَقَعَ عن الثّوب لا عن الدّرهم **وهذا هو** الفرقُ الجوهريُّ بين احد الدّعاوى لِصاحب الجواهر وما يكونُ مقتبساً من كلام صاحب الجواهر، فصاحِبُ الجواهرﷺ اِدّعىٰ المعاوضةَ **ولكن** قَرَّرَ المعاوضة بين المالِ المدفوع وبين المثل او القيمةِ الّذى فى ذمّةِ الاخير **وامّا المعاوضة الّتى نحن نقولُ بها:** انّ العوض ليس عوضاً عن ما فى ذِمَّةِ الاخير بل انّما هو عِوَضٌ عن مال المالكِ وعن العين التّالفة فيملك العين التّالفة فاذا ملك العين التّالفة، يَصيرُ مثل المالكِ **وامّا انّه يكون عوض العين** فهو **لانّه** مطالب كما ذكرناه.

وامّا انّ العين كانت تالفةً فلا يضرّ تلفها لما قلنا من اِنَّ مثل المحقّق، صَرَّحَ بانّ مثل العينِ التّالفة تصالح ثمنهُ والصّلح وَقَعَ عن الثّوب لا عن الدّرهم وقال فى باب خيار الفسخ انّ العين التّالفة، تعتبر ملكاً فتنتقل اِلىٰ المثل او القيمة فالعوض، عوض العين التّالفة فيملك العين التّالفة بحكم المعاوضةِ وامّا انّه كيف يمكن ان يملك العين التّالفة فهى لما قلناه من انّ لها نوع قابلية للاعتبار واما هذا العوض فهو عِوَضٌ اِختياريٌّ، **لانّها** معاوضة وقعت بينه وبين المالكِ.

والشّيخﷺ **فرض انّها معاوضة** وقعت بينه وبين الاَخير.

فلذا سأل: انّ المعاوضة الّتى لم يطّلع الاخير عليها كيف يكونُ معاوضةً؟

ولكن نحن نقول: انّها معاوضةٌ وقعت بينه وبين المالك **وغايةُ الامر،** اِسمُ هذه المعاوضة، اداءُ العوض والوفاءِ.

عليهذا، معاوضةٌ وقعت بين العين التّالفةِ وبين ما ادّاهُ، لا بين المثل والقيمة وهٰذهِ المعاوضة كانت بين المالك ومن اَدّاهُ لا انّه بين من ادّاهُ وبين الاخير كما توهَّمهُ

صاحبُ الجواهر﵀ و اَوردَ عليه الشّيخ﵀.

لازمُ المعاوضةِ، مالكيّة المؤدّى، العين التّالفةَ فى مقابلِ ردّ قيمتهِ او مثله فاذا ملك العين التّالفةَ فصار مثل المالك فله ان يرجع اِلىٰ اللّاحقين كما انّ للمالك كذلك.

وامّا انّه لا يجوز له ان يرجع اِلىٰ السّابقين، فله جهةٌ اُخرىٰ سيأتى بيانها.

انتهىٰ الكلامُ فى توجيه الكلامِ ورفع الاشكالِ، الىٰ التّوجيه الاخيرِ الّذى ذكره السّيّدُ بأدنىٰ تفاوتٍ.

وخلاصة هذا التّوجيه: انّ الضّامن اذا أدّىٰ قيمة المال فقد مَلِكَ العين التّالفَةَ كما انّ مكسورَ المال فى الاعيان التّالفةِ اذا ادّىٰ قيمة المال اذا وَقَعَ مورداً لنظرِ العقلاء كان ملكاً للضّامنِ ولو لم يكن مالٌ **وقلنا سابقاً: انّ النّسبة بين المالِ والملك اعمُّ من وجهٍ فقد** يكون شيءٌ ملكاً ولا يكون مالاً وما نحن فيه ايضاً من هذا القبيل **حيث** انّ التّالفَ، لم يكن مالاً **ولكنْ** يكون ملكاً وكان له اعتبارُ الملكيّة فمالكه ليس صاحب المال **لانّ** ملكيّتهُ، يوجب الجمع بين العوض والمعوّض فاذا ملك عوض العينِ **لابدّ** ان يخرجَ المعوّضُ عن ملكه ولو لم يكن المعوّضُ مالاً وانّما هو ملكٌ كما انّ حبّة حنطةٍ، لم تكن مالاً ولكن كانت ملكاً ولها آثار الملكيّة **والدّليل عَلىٰ انّ الضّامن ملك مكسور المال فى الاعيانِ التّالفةِ، انّهُ** لا يجوز الجمع بين العوض والمعوّض **ولانّ** المال أُتِيَ فى مقابل المال التّالف وهوالعوضُ ولازم العوضِ اينما كان سواءٌ كان بعنوان المعاوضة او بعُنوانٍ آخر، يلزمه كون المبدل ملك مؤدّى العوض قضاءً لحكم المعاوضةِ.

فبناءً عليه ان ادّى السّابقُ قيمة العين التّالفةِ عند المديونِ الاخير فقد ملك العين واذا ملك العين فصار حكمهُ حكم المالك وكما انّ للمالك ان يرجع الىٰ كلّ واحدٍ من اللّاحقين فلمؤدّى القيمة ايضاً مثل المالك له ان يرجع إلىٰ اللّاحقين.

اعترض السّيّدﷺ عليه، انّ السّابق اذا ادّى قيمة المال فَهُوَ بمنزلة المالك ويجوز له رجوعه إلىٰ اللّاحق **ولازمُهُ** انّ له ان يرجع إلىٰ السّابقين ايضاً لانّ المالك، يرجع إلىٰ كلّ واحدٍ سواء كان مديوناً سابقاً او لاحقاً او مُتوسِّطاً وكذلك ما هو بمنزلة المالك.

مَبنىٰ توجيه السّيّدﷺ انّ العوض الّذى أدّىٰ، يضمن علىٰ معاوضةٍ بين ما ادّى وبين العين التّالفة فالمؤدّى، يملك العين التّالفة فاذا ملك العين التّالفة صار حكمه، حكم المالك القبليِّ فكما انّ المالك القبليِّ له ان يرجع الىٰ كلّ واحدٍ من اللّاحقين فله ايضاً ان يرجع.

قلنا: انّ لازم هذا التّوجيه، خلاف المُدّعیٰ **لانّ** المدّعیٰ هو التّفصيل بين اللّاحق والسّابق **حيثُ** انّ المؤدّی لا يرجع علیٰ السّابق وانّما يرجع علیٰ اللّاحق.

وامّا معنیٰ هذا التّوجيه فهو انّه يرجع عَلیٰ كل واحدٍ يعنی يرجع علیٰ السّابق واللّاحق مثل المالك مع انّا نقول: انّ المؤدّی، لا يرجع علیٰ السّابقِ.

وحيثُ انّ هذا التّوجيه بهذا النّحوِ، لا يرفع الاشكال فاضطرّ السّيّدﷺ الیٰ توجيهٍ بنحوٍ آخر يعنی انّ هذا التّوجيه، يجدی فی الحكم الاثباتیّ وهو انّ السّابق يرجع عَلیٰ السّابق وامّا الحكم المنفیُّ فله جهةٌ اخریٰ يجب انضمامه اِلیٰ الدّليل حتّی يوجّه الحكم بمجموع الضّميمةِ والمنضّمُ اليه **والضّميمةُ انّ** اللّاحق اوجد الضّرر عَلیٰ السّابق لانّ اللاحقَّ اخذ العين وتسلّم اِلیٰ الغير حتّیٰ تلفت عند الاخير.

واذا ارجع اللّاحقُ، المال الیٰ المالكِ، تسقط ذمّة الايادی كلّها وحيث اخذ المال واستمرّ علیٰ غصبه وادام غصبه، صار موجباً لاستقرارِ ضمان السّابق واستمرارُ الغصب فی يد اللّاحقِ كان سبباً لاستقرار الضّمان وبقاء الضّمان وادامته.

بالجملة، سبب استقرار الضّمان وبقائه، هو ادامةُ الغصبِ.

ولا فرق فی سبب التّغريمِ بين كونه سبباً حدوثاً او بقاء.

هذا كلّه نظر السّيّدِﷺ.

نحن نقول:

يَرِدُ عليه: انّا لو سلّمنا هذا الكلىّ، لايحتاجُ اِلىٰ المقدّمات الكذائىِّ من التّكَـلُّفِ والقول بانّ المؤدّى اذا ادّى العوض، يملك المعوّض العين التّالفة وكان بمنزلة المالك حتّىٰ يرد عليه بانّ المالك، يرجع علىٰ السّابق اَيضاً حتّىٰ نقع فى مخمصة ونجيب عنه بهذا الجوابِ.

ونحن لو قبلنا هذا الجواب كبرّوياً يثبت المطلوبُ **لانّا** اذا فرضنا انّ كلّ لاحـقٍ كان سبباً لتغريم السّابق **فمعلومٌ:** انّ كل مسبّب يرجع علىٰ السّبب ولا يرجع السّبب علىٰ المسبّب ولا يحتاج الىٰ ضمّ ضميمةٍ.

ونفسُ هذا، يثبت حكمى مورد الاشكال: (السّابق يرجع واللّاحقُ لا يرجع) لانّ السّابق مسبّب واللّاحق كان سبباً.

وبعبارةٍ اُخرىٰ يكون اللّاحق كالمتلفِ يعنى كلّ لاحقٍ، اتلف السّابق وكلّ سابقٍ ما اتلف اللّاحق وبهذا تثبت صورتى المسألة ولا تحتاج اِلىٰ اثبات متن المسألة مع الادّعاء واصلاح مستثناه بهذا الوجهِ.

بالجملة، اذا قبلنا هذا الوجه فهو يفى باثبات الاستثناء ومُستثنىٰ منه وبقىٰ اثباتُ الحكم نفياً واثباتاً بهذا النّحو بانّ السّابق يرجعُ اِلىٰ اللّاحق و اللّاحق لا يرجع اِلىٰ السّابق.

وذلك لانّ كلّ لاحقٍ، سبب وكلّ سابقٍ، ليس بسبب.

ومعلومٌ: فى باب الضّمانات انّه يرجع عَلىٰ السّبب ولا يـرجـع عـلىٰ المسـبّبِ **وعليه، يرد** عَلىٰ السّيّدﷺ بانّ هذا اذا كان صحيحاً لينبغى اثباتُ النّـفى (اى عـدم رجوع اللّاحق علىٰ السّابقِ) والمثبت (اى رجوعُ السّابقِ علىٰ اللّاحـق) وكـانّهﷺ تَفَطَّنْ وتَوَجَّهﷺ بهذا ولذا قال فى آخر كلامهﷺ: «يمكن ان يوجّه المـطلب بـهذا الوجه وانّ هذا الوجه، يكفى فى حلّ المسألة ولا يحتاج اِلىٰ توضيح سابق.

فبناءً عليه، صار هذا، توجيها آخر غير التّوجيه السّابقِ الّذى ذكرناه سابقاً.

نحنُ نقولُ:

اِنَّ مع ذلك يرد عليه بِاَنَّ التّوجيهَ الاوّل، لا يكفى ويحتاجُ اِلىٰ ضمّ ضميمةٍ وهذه الضّميمةُ ايضاً سواءٌ كانت بعنوان الضّميمةِ او بنحوٍ مستقلٍّ، لا يصّحُ يعنى هذا، محلّ اشكالِ صغرىً وكبرىً.

واما الصّغرىٰ وهى كون اللّاحق سبباً لتغريم السّابقِ، فيمكن القولُ به فيما اذا طلب السّابق عن اللّاحق ردّ العين الىٰ المالك واللّاحق اِمتنعَ عن الرّد **واَمّا اذا فرضنا انّ السّابق ردّ المال علىٰ اللّاحق** مع اختياره بل اصرّفى الرّد اِلىٰ اللّاحق وحتّى اذا ردّ اللّاحقُ، امتنع السّابقُ عن القبول، **فحينئذٍ** اللّاحق، لم يكن سبباً للتّغريم بل الامرُ بالعكس وكان السّابق سبباً للتّغريم ولم يكن اللّاحق سبباً لتغريم السّابق فهذا، غير من قدّم اِلىٰ غيره طعاماً **فالقولُ** بانّ اللّاحق، بعنوان انّه لاحقٌ، كان سبباً لبقاء الغرامةِ واستقرارها عَلىٰ السّابقين لايصّحُ.

واَمّا الكبرىٰ فهى ايضاً محلّ اشكال **وذلك** لانّ ادلّة الضّمانات، كانت منحصرةً **حيثُ** انّ الدّليل امّا **«قاعدة عَلىٰ اليدِ»**، وامّا «قاعدةُ الاتلاف» (من اتلفَ مالَ الغيرِ فهو له ضامنٌ واما قاعدة الغرور او **«دليل لا ضرر»** او اجماعٌ ادّعى فى بعض الموارد.

وليس كلّ واحدٍ من هذه الادلّة جاريةٌ، اما مسألة: **(من اتلف مال الغير فهو له ضامنٌ)** فقد قلنا سابقاً: انّ اتلاف المالِ، لم يصدق هنا بل الامر هنا، التّغريمُ.

واَمّا قاعدةُ: «علىٰ اليد ما اخذت حتّىٰ تؤدّى» ايضاً فهى بالنّسبةِ الىٰ الجميع، على السّواءِ.

واَمّا مسألة الغرور الّتى قيلت فى باب الغارّ والمغرورِ، فليس المقصود منها، انّ كُلَّ من كان سبباً ولو كان بهذا النّحو من السّبب، لاستقرار ضمانٍ وبقائه وجواز رجوع الغير عليه **لانّ**، هذا يحتاجُ الىٰ صدق الغرور والفرض انّ فى المقامِ، لا غرورٌ فى البين لانّ الفرضَ انّه معلومٌ انّه مال الغير وانّه مال المالك وحكمه الشّرعىُّ والعرفىُّ، معلومٌ بانّ الايادى كلّها غاصبةٌ فليس هنا غرورٌ حتّىٰ يقال: انّ المغرور يرجع علىٰ

من غرّه **حيث لم** يتحقّق ضررٌ من ناحية احدٍ من الايادى عَلىٰ الآخر بل كلّهم غاصبٌ؛

فبناءً عليه، انّ مجرّد تصويرِ انّ هذا الفرد لو عمل بتكليفهِ ورَدَّ المال علىٰ مالكه، يوجب هذا، فراغ ذمّة السّابقِ، لا دليل لنا على، انّ هذا المقدار من الدّخالة ايضاً كان موجباً لرجوع واحدٍ علىٰ آخر لما قلنا من ادلّة الضّماناتِ كانت معدودةً منحصرةً فى اشياءٍ متعدّدةٍ محدودةٍ وما تصدق من الادلّةِ المذكورة هنا، قاعدة: **«عَلى اليد...»**

وامّا قاعدة الاتلافِ فلم يصدق عَلىٰ ما نحن فيه **لانّ** موردنا تلفٌ لا اتلافٌ، والاتلاف لا يصدقَ عَلىٰ كلّ واحدٍ منهم وانّما يصدق التّلف عَلىٰ كلّ واحدٍ من الايادى.

وامّا الغرورُ، فالمفروض انّه ليس فى المقام وما نحن فيه، غرورٌ.

وامّا **«قاعدة لاضرر»** فلانّ ادلّة الضّمانات ان كانت ضرريّة فهى تكون مخصّصة لقاعدةِ **«لا ضرر»** يعنى يلزم ان يكون ذواليد، مُتضرّراً ويلزم ان يقبل الغاصبُ، الضّرر.

ولوكان المختارُ انّ هذا النّحو من الاحكامِ الّذى قد يتوّهَمُ انّه ضررٌ وكان تخصيصاً فى قاعدة **«لا ضرر»** وانّ **بهذ الاعتبار** قالوا: بانّ **«لا ضرر»**، قاعدةٌ وردت فيها تخصيصاتٌ كثيرةٌ، لايصّح العمل **«بلا ضرر»** بل تلزم تبعيّةُ الاصحاب فى كلّ مورد عمل الاصحابُ **«بقاعدة لا ضرر»** انّها ليستْ احكاماً ضرريّةً وليس جزاء السّيئة، سيّئةً ضرريّةً بل قيلت السّيّئة بالمشاكِلةِ وانّ قتل القاتل ليس حكماً ضرريّاً بل هو جزاءٌ وعوضٌ وانّ اخذ المال من المتلف ليس حكماً ضرريّاً بل عوضاً بل، لو لم يؤخذ منه العوض، كان ضرريّاً.

والمجازاةَ لا تحسب من الضّرر فى شيءٍ ومعنىٰ **«لاضرر»** فى الاسلام، انّ كلّ حكمٍ جعل لمصلحةٍ معنويّةٍ او لمقاصد ماديّةٍ او لكليهما فى الاسلام، لا يعدّ من الضّرر من شيءٍ وكان الضّرر شيئاً آخر وليس هذا تخصيصاً فى **«لاضرر»**.

فعلىٰ هذا ليس حكم الضّمان حكماً ضرريّاً ولا تجرى هنا قاعدة **«لاضرر»**

والغاصب كان ضامناً وكان كلّ واحدٍ من الايادى، ضامناً.

بالجملة، اَلاشكالُ الكبرویُّ للسّيّدِ وكلّ من حَذا، حَذْوَه، انّه ليس لنا دليلٌ علىٰ انّ هذا التّصوير عَلىٰ فرض صدق صغراه، كان مُوجباً للضّمان مالم يصدق واحدٌ من عناوين الضّمانِ، **بناءً عليه** توجيه السّيّدﷺ لا يخلو عن ضعفٍ وفتورٍ.

وحاصلُ ما نقلناه من التّوجيهات خمسةٌ:

الاوّلُ: توجيه الشّيخ **الثّانى:** توجيه المحقّق النّائينىٍّ، **الثّالث:** توجيه صاحب الجواهرﷺ **الرّابع:** التّوجيه الاوّل للسّيّدﷺ.

الخامسُ: التّوجيه الاخير وكلّ واحدٍ من هذه التّوجيهاتِ، لايخلو عن ضعفٍ وفتورٍ.

يمكن ان يقال بتوجيهٍ سادسٍ وهو انّ القول بانّ حكم المديونِ السّابق يفترقُ مع حكم المديونِ اللّاحق كما هو ظاهر كلمات الفُقهاءِ.

والفرقُ، نشاء من ناحيتينِ:

اَلْاُولىٰ، ما ادّعى الحكم بالفرق بينهما كان عُرفيّاً.

الثّانيةُ: اذا لحقنا حكم العرف عَلىٰ قاعدة: «**عَلىٰ اليد**» يثبت المطلوبُ وما نحن فيه نظير ما وجد من الحكم فى الواجب الكفائىٍّ من اسقاطه عن ذمّةٍ واحدةٍ وعدم اسقاطه عن ذمّة الغيرِ.

ولكن لا يخفىٰ انّه لا يجب تشبيهُ ما نحن فيه بالواجب الكفائىّ من هذه الجهة **لانّ** فى الواجب الكفائىٍّ، رفع التّكليف، لا اسقاطهُ عن الذّمّة مع فرض بقاء التّكليفِ **ولكن** فيما نحن فيه **انّ** المالك، لا يجوزُ له رفع التّكليفِ ولا يجوز التّصرف فى السّبب **حيث** انّه تشريعٌ لا يجوز التّصرف فيهِ وانّما له التّصرف فى المسبّب والقول بابراء ذمّته عن المثل او القيمةِ.

بالجملة، الابراء فيما نحنُ فيه بمعنىٰ التّصرف فى المسبّب وصرف النّظر عنِ الحقِّ لا بمعنىٰ التّصرف فى السّبب ورفع التّكليفِ ورفع السّببيّةِ.

بل له التّصرف فى الموضوع وهو ابراء المال حتّىٰ يذهب حقّ المطالبةِ ووجوبِ

الاستردادِ والمديونيّةِ وعدم ترتّب احكام الدّينِ **وهذا لا يمكن** الّا اَنْ يصرف النّظرُ عن المال واذا صرف النّظرُ عن المال وصار المال مقبوضاً فليسَ مالٌ حتّى يطالب عن الغيرِ وهذا نظر السّيّدﷺ وتَبَعَ عنهﷺ المحشّونَ بادنىٰ تفاوتٍ.

بالجمله؛ فرقٌ بين مالكيّة واحدٍ من السّلسلة بارثٍ او مصالحةٍ اوهبةٍ او تقاصٍّ او معاملةٍ او غير ذلك **حيثُ** انّ مالكيّته، يوجب فراغ ذِمّة الباقِى كلّهم عن المالِ.

وامّا اذا ابرء المالك الاوّل عن واحدٍ هل تكون ذمّتهم فارِغةً عنه بـالنّسبة الىٰ المالك الاوّل ام يمكن ان تفرغ ذمّة واحدٍ منهم لا غيرهم؟

قلنا: انّ السّيّدﷺ ذهب اِلىٰ انّ ابراء المالك الواحد منهم، يوجب ابراء الباقى ايضاً بنفسه.

فقول السّيّدﷺ يتوقّفُ عَلىٰ مَطلبينِ:

الاوّل: انّ المال الّذى كان فى ذممٍ عديدةٍ، مالٌ واحدٌ لا متعدّدٌ، وقد فرغنا عنه واوضحناهُ.

الثّانى: انّ مفهوم «**ليس تصرّفاً فى السّبب ولا فى التّسبيب**» ليس بمعنىٰ انّه وعد ان لا يطالبُه وان لا يعقبُهُ بل معناه صرف النّظر عن المال والفَرضُ انّ المال واحدٌ ولازم هذا المعنىٰ، فراغ ذمّة الكلِّ.

هنا نقل توجيهٌ سابعٌ فى حلّ هذا الاشكالِ:

(كيف اِستقرّ مالٌ واحدٌ فى ذِمَمٍ متعدّدةٍ)

عن المحقّق الرّشتى فى كتابِ الغصب والاجارةِ ونقله المحقّق الاصفهانىُّ فـى حاشيته نذكره ونتعرّضُ له فيما سيأتى انشا...

قلنا: انّ السّيّدﷺ والمحقّق النّائينىّﷺ اعترفا بانّ ابراء واحدٍ منهم، يستلزمُ ابراءَ الجميع حتّى اذا تخيّلَ المبرءُ انّ ذمّةَ الغيرِ، لا يبرأ بابراء واحدٍ منهم، كان خياله لغواً وانّ ابراءً واحداً منهم بنحوٍ صحيحٍ، يستلزم ابراء الباقى اَيضاً.

وقلنا فى توضيح ذلك: اَنّ فى باب ضمان العينِ الّتى يجب ردّ مثلها او قيمتُها فى صورة التّلفِ، مطلبان:

الاوّل: السّببُ **الثّانی:** المسبّبُ.

والسّبب هو وضعُ الید یعنی انّ الاستیلاءَ عَلیٰ مال الغیر، سببٌ للضّمان وهٰذهِ السّببیّةُ کان حصولها، قهریّاً لا انشائیّاً یعنی کان هو حکم الشّارع والعرفِ المستفادُ من قبیل قاعدة: **«عَلیٰ الید ما اخذت... الخ»**

وامّا المسبّبُ فهو عبارةٌ عن ما استقرّ فی الذّمة من المثل او القیمةِ **وحینئذٍ،** الابراء یجب ان یعلم: انّه یتعلّق عَلیٰ ایّ شیءٍ من السّبب والمسبّب **یعنی** انّ من ابرأ قال: جعلت السّبب غیر سببٍ وابرأت السّبب عن السّببیّةِ.

وان کان المقصودُ من الابراءِ، جعل السّبب غیر سببٍ، لم یکن هو من الابراء بشیءٍ حیث کان تشریعاً ولم یجز بغیر الشّارعِ ان یجعلوا الاسباب، غیر سببٍ ولو عن رضیً.

وان کان المقصود من الابراء، ابراء المسبّبِ وهو المثل او القیمةُ واسقاطه ومَعْنیٰ الاسقاط، صرف النّظر عن المال الّذی کان فی العهدةِ وحیث کان الفرض انّ المالَ، مالٌ واحدٌ ولو کانت الذّمم متعدّدةً ای الّذی هو قابلٌ ولاسقاطه هو مالٌ واحدٌ واذا صرف النّظرُ عن هذا المالِ، فلا مالٌ آخر حتّی صرف النّظر عن هذا المال وطلب مالاً آخر فی ذمّة الغیر.

فهذا نظرُ السّیّدﷺ والمحقّق النّائینیّﷺ.

ولنا ان نقول اوّلاً:

بالنّقض وهو انّ الفقهاءَ، لَم یلتزموا بهذه الفتویٰ وانّ الفقهاء قالوا فی باب الضّمانِ غیر هذا **حیثُ** انّهم ذکروا فی باب الضّمان العقدیّ ای: **«ضمنتُ ما فی ذمّةِ زیدٍ لك ایّها الدّائنُ»** وقال الآخر: **«انّی قبلتُه»** فی بیان الثّمرات فی الفرق بین الضّمانِ العقدیّ عَلیٰ رأی الشّیعة والضّمان العقدیّ عَلیٰ رأی العامّة الّذی معناه: **«ضمّ ذمّة اِلیٰ ذمّةٍ اخری»** موارد منها:

مسألة الابراءِ وهو انّه بناءً علیٰ مذهبِ الشّیعة اذا ابرأ الدّاین والمضمون له،

الضّامن برأ الجميع من ذمّة الضّامنِ والمضمون لَـهُ امّـا سـقوط الدّيـن عـن ذمّـة المضمون عنه **فلانّه** المفروض **لانّه** ساقطٌ قبل الابراء **لانّ** معناه، نقل ذمّةٍ الىٰ ذمّـةٍ اُخرىٰ، المفروض انّه ابرأ الضّامن ايضاً فبرءت ذمّةُ الضّامن والمضون عنه حتّى لا يرجع الضّامنُ علىٰ المضمون عنه بعد ابراء ذمّة الضّامن **لانّ** المضمون عنه لا يؤدّى اِلىٰ الضّامن الّا بقدر ما ادّاهُ واذا لم يؤدّ شيئاً فلا يؤدّى عليه بخلافِ ما اذا قلنا: انّ معنىٰ الضّمان العَقدىّ، ضمّ ذمّة اِلىٰ ذمّةٍ **حيث** قالوا بانّ الدّائن اذا ابرأ المضمون عنه برأت ذمّة كليهما **لانّ** الضّامن بمذهب العامّةِ، بمنزلة الوثيقةِ والرّهن وامّـا اذا ابـرأ الضّامن فلا يبرأ المضمون عنه.

بالجملة؛ قال الفقهاءُ فى باب الضّمان العقدىّ، فى الفرق بين ضمانِ اهل السّنة وضمان الشّيعةِ: انّ الشّيعة قالت بانّ الضّمان، نقل ذمّةٍ الىٰ ذمّةٍ وقال اهل السّنة بانّه ضمّ ذمّةٍ الىٰ ذمّةٍ **وتظهرُ** الثّمرة بين هذين القولينِ **فى اُمورٍ.**

منها: انّه لو ابرأ الدّائنُ، الضّامن برأت ذمّةُ كليهما علىٰ مذهب الشّيعة وامّا بناءً علىٰ مذهب اهل السّنةِ لو ابرأ الدّائن، الضّامن لم يبرأ المضمون عنه.

والشّيخ﵀ ايضاً ذكره من جملة الامثلةِ وقرّب﵀ امكان استقرار مالٍ واحدٍ فى ذِمَمٍ متعدّدةٍ فى قبال استحالة صاحب الجواهر لها وذكر لها امثلةً منها الضّمان عَلىٰ مذهب اهل السّنة **حيثُ** انّ المراد منه، ضمّ ذِمّةٍ الىٰ ذمّةٍ.

بالجملة؛ ما قال بعضٌ كالسّيد﵀ والمحقّق النائينىّ﵀ من انّ ابراء واحد، يستلزم ابراء الجميعِ، ينافى فتوىٰ الّتى قالوا بها فى باب الضّمان العقدىّ من انّه بناءً عـلىٰ كون ضمّ ذمّةٍ اِلىٰ ذمّةٍ الّذى كان مثل تعاقب الايادىّ كما عـن الشّـيخ﵀ اذا ابـرأ الدّائن، الضّامن، لم تكن ذمّة المضمون عنه، مبرّأً وهو مثل المقامِ.

وثانياً: حلّ المسألة انّ الشّيخ، صحّح اشتغال ذِمّةٍ عَديدةٍ بِـمالٍ واحـدٍ فـى انّ واحداً منهم اذا اَدّاهُ، يسقطُ عن ذمّة الآخرِ بهذا النّحوِ:

بِاَنَّ للمالكِ، حقّ مطالبةُ التّدارك من كلّ واحدٍ.

ومعلومٌ: انّ الحقّ والواقعَ، الفرق بين الحقِّ والحكم فى اُمورٍ:

منها: انّ الحقّ قابلٌ للاسقاط والحكم لم يكن قابلاً للاسقاطِ، يعنى، يسقط حقّ مطالبة الدّرك عن الواحد وهو ليس دليلاً عَلىٰ سقوط الحقوقِ الآخر **بعبارةٍ أُخرىٰ:** انّ المال، واحدٌ، لا الحقّ بل الحقوق متعدّدةٌ.

وصرّح بذلك شيخنا الانصارىّ﵀ فيما قبل **حيثُ** كان يوجّه استقرار مالٍ واحدٍ فى ذممٍ عديدةٍ.

ومن هنا يعلم انّه لا مانع من اسقاط المالك، حقّ المطالبة للدّرك عن ذمّة واحدٍ منهم وعدم اسقاطه عن ذمّةِ الآخرِ.

بالجملة؛ ما قال بعضٌ كالسّيّد﵀ والمحقّق النّائينىّ وأَرْسَلوهُ ارسالاً مسلّماً من انّه لو أَبرأ وٰاحِداً منهم، تسقط ذمّة الجميع، يرد عليه ايرادانِ:

الاوّلُ: انّه يخالف فتوىٰ الفقهاء كما شرحناه.

الثّانى: انّ مبنىٰ القول بانّ ابراء واحدٍ يستلزم ابراء الجميعِ، تعلّق الابراء عَلىٰ المال فى الذّمةِ مع انّا قلنا فى توجيه استقرار مالٍ واحدٍ فى ذممٍ متعدّدةٍ انّ وجود المال فى الذّمةِ، انّما هو بالعرض وانّما الموجود فى الذّمةِ، الدّرك وانّ له حقّ مطالبة الدّركِ، **غاية الامر،** الدّرك يؤدّى الىٰ المال والحقوق متعدّد **وحيث** كانت متعدّدةً كانت قابلاً للاسقاطِ.

قال الشيخُ: هذا كلّه فى صورة تلف العين وامّا صورة وجود العينِ اذا كانت واحدةً موجودةً فى ايادى متعدّدةٍ حتّى اذا كانت موجودةً فى يد العاشر، **فللمالكِ** حقّ مطالبة ماله من كُلِّ واحد من الايادى واخذ بدل الحيلولة من الايادى غير العاشر أَيضاً فاذا فرضنا اَنّ للمالك ان يستنقذ ماله من العاشر الّذى كانت العين موجودةً فى يَدهِ، هل يلزم للمالكِ استنقاذُ ماله من العاشرِ وعدم اخذ بدلِ الحيلولة من الباقى ام لا؟

من المعلومِ انّه لايلزم عليه الاستنقاذُ من العاشر.

واذا فرضنا: انّ تحصيل المٰالِ لِلْأَيادىِّ الغاصبةِ، يحتاجُ اِلىٰ صرفِ مؤنةٍ، يلزم عليهم تحصيلُ المال وان بذلوا ما بذلوا، **لانّ** الغاصبَ، يُؤخَذُ بِأَشقِّ الاحوال

فللمالِك، الزامُ الآحاد منهم عَلىٰ اِيصالِ المال ولو يحتاجُ اِلىٰ صرفِ مؤنةٍ كثيرةٍ.

ولو فرضنا انّ المالك، طلب عنهُم مؤنةً عَلىٰ ردِّ ماله من المكان البعيدِ الّذى كان موجوداً فيه هل يجبَ عَلىٰ الايادىِّ الغاصبةِ، ردُّ مؤنة ايصالِ المالك ماله، ام لايجب بل الايادىُّ، انّما هم متعهدّونَ، ايصال المال فقط؟

واذا قلنا: انَّ ردّ المؤنة، يجب عليهم، تكون المسألة من قبيلِ:

من تَوَسّط اَرضاً مغصوبةً فكما انَّ فى بابِ: «من توسّط اَرْضاً مغصوبةً» الدّخولُ والكَونُ فى الدّارِ والخروجُ كلَّ ذلك، غصبٌ ممنوعٌ، محرّمٌ حتّىٰ انّ الخروج مع كونه واجباً، كان محرّماً ايضاً **وبعبارة اُخرىٰ** هل يكون ما نحن فيه من صُغرياتِ هـذه المسألةِ فى انّ الغصب، حـرامٌ وبـقائه واسـترداده ايـضاً حـرامٌ **مـع ذلك يـجب** الاسترداد، هل يجبُ عَلىٰ المالك طلبُ هذا النّوع من الاسترداد؟ **حيث** انّ ذهاب الايادىِّ وتحصيلهم، المال من مكانٍ بـعيدٍ ولو كـان مـثل الخـروجِ عـن الارض المغصوبةِ وكان مثل الاسترداد **ولكنّهُ** تصرّفٌ فى مال المالك وهو لايـرضى عَـلىٰ ذلكَ.

عَلىٰ هذا يَجِبُ دفعُ مؤنةِ تحصيلِ العينِ وايصالها اِلىٰ المالكِ اَمْ ليس كذلكَ؟

توضيحُ المسألَةِ: انّه لو يمكنُ استرداد المالكِ، المال منَ الْاَخيرِ بسهولةٍ، يـجبُ عَلىٰ كلّ واحدٍ من الايادىِّ، ان يرّدهُ فى صورةِ مطالبةِ المالك ماله وهذا، لا اشكال فيهِ.

وامّا لَوْ فرضنا انّ كلّ واحدٍ من الْاَيادىِّ، لَيسوا بقادرينَ عَلىٰ انتزاع العـينِ مـن الاخيرِ وردّها اِلىٰ مالكها وكذلك لا يمكن للـمالكِ، انـتزاعـه مـن الاخـير ايـضاً **فللمالكِ،** حقُّ مطالبةِ بَدَلِ الحيلولة تماماً او بالتّوزيع او من بعضهم كما انّ له مطالبةُ المثل او القيمة من كلِّ واحدٍ منهم عَلىٰ البدل فى صورة تلف العينِ.

وامّا اذا اَمْكَنَ استرداد المالك، المال من الْاَخيرِ ولا يـمكن عَـلىٰ اَيـادٍ اُخْـرَ، الاسترداد منهم **فالظّاهرُ من الشّيخ**ﷺ اِنَّ للمالك، حقُّ مطالبةُ بدل الحيلولةِ فى هذه الصّورةِ اَيْضاً **وذلك لانّ** للمالك، حقّ مطالبة ماله من كلّ واحدٍ فاذا كان موجوداً

فيستردّ نَفْسَ العين فاذا كانت تالفةً فيستردُّ المثل او القيمةَ فاذا **لم تَكُنْ** تالفةً **ولكن** لم يمكن استردادها، يلزم رَدُّ بدل الحيلولةِ.

وَامّا اَنَّ المالكَ فَيجوزُ له الاسترداد ام لا؟ فليس فيه تأثيرٌ فـى وجـوبِ بَـدَلِ الحيلولة لانّ الفرضَ انّ كلّ واحدٍ من الايادىٍّ، موضوعُ مستقلٌّ فى الضّمان وكان متعلّقَ النّفيِ والْاِثباتِ.

ظاهر كلام الشّيخِ هنا من انّ للمالكِ، حقّ مطالبةُ بدل الحيلولَةِ حتّى فى صُـورةِ اِمكانِ استردادِ المالكِ، العين ومع عدم اِمكانِهِ للغير، مبنىٌّ عَلىٰ حكمٍ عامٍ للضّمانِ كما قررُّه الفقهاء فى بابِ الضّمان، اخذاً باطلاقات الضّمانِ.

نقولُ: اِنَّ هذا الحكم من الشّيخِ ﷺ لا يخلو عَن اشكالٍ وهو اَنّا لم نجد دليلاً عَلىٰ ثبوت بدل الحيلولَةِ عَلىٰ هذا النّحو من **الاطلاق لِانّ** عمدةَ دليل بدل الحيلولةِ، العرف وديدنهم وانّه لازم التّغريم والخسارةِ **وهذا الدليلُ**، لم تعلم كُلّيّتُهُ فى مثل المقامِ بل يجب استردادُ المالك العينَ من الْآخيرِ اذا اَمْكَنَ له ولم يمكنِ مَن الايادىٍّ الْأُخرىٰ.

وقولُ بعضٍ فى اثبات بدل الحيلولةِ للايادىٍّ فى هذا الْفرضِ لما قالَ بعضُ الفقهاء من انّ الغاصبَ، يؤخذ باشّقِ الْاحوالِ وحتّىٰ مال بعضٌ اَنْ يجعل هذا القول، ملاكاً للحكم ايضاً،

لا يخلو عن اشكالٍ كما ذكرناه سابقاً مِنَ اَنَّ هذا القول اى **«الْغاصِبُ يؤخذُ باشّقِ الْاَحوال»** لَيْسَ مضمون نصٍّ وليس دليلاً عَلىٰ العمل باطلاقِهِ فى ايّ موردٍ وكذلك الحكم الآخرُ للشّيخِ ﷺ كما ورد فى بعض النّسخِ **«وَان بَذَلَ ما بَذَلَ»** يعنى يجبُ عَلىٰ الغاصب، ردّ المغصوب اِلىٰ المالك وان توقّف الرّدُ عَلىٰ صرف مؤنة كثيرةٍ، لدليل: **«ما لا يتم الّا به فهو واجبٌ»** حيث انّ الردّ واجبٌ ومقدّمته ايضاً واجبٌ وان كان موجباً للضرّرِ الكثير للغاصبِ.

ان قلت: انّ هذا، ضررٌ وهو يندفع بقاعدة: **«لاضَرَرَ»**

قلتُ: انّ الغاصب، لم تشمله **«قاعدةُ لا ضرر»** لانَّ هذا، ضررٌ اقدم عليه **يمكنُ اَنْ يقالَ:** انّ هذا القول للشّيخ اَيْضاً لايخلو عن اشكال لما قرّرناهُ فى باب مقدّمةِ الواجبِ: من انّا لو فرضنا، وجوب المقدّمة الشّرعيّةِ **ولكن** لَيْسَ لنا التّخطىّ عن ديدن العرف فى وجوبها كما قال به السّيّدﷺ فى العروةِ فى مسألة: **«مَنْ كانَ له التّرابُ الْمرطوبُ وليس له ماءٌ حتّىٰ يتوضّوء وَلكن يُمكنُ ان يتوضّوءَ بماء هذا التُّرابِ المرطوب، هل يَجِبُ له تحصيل الماءِ بهذا النّحو وكانَ يَصدُقُ عليه اَنَّهُ واجدٌ للماء اَمْ لا؟»** اَنَّ السّيّدﷺ اَفتىٰ بوجوبه.

نَحْنُ نقول: انّ المدار فى وجدان الماءِ، ليس عَلىٰ هذا النّحوِ غير العرفىّ، من تحصيل الماء كما اَنَّه اذا تمكنّ تحصيلُ الماء بتجزئة ماء العنب، لا يجبُ تحصيل

الماء بهذه النّحو **لانّ** وجوب المقدّمةِ لو قلنا به، لَيْسَ بهذا المعنىٰ بل وجوب المقدّمةِ فی حدودِ العرف فالمراد من المقدّماتِ ووجوبها، المقدّماتُ المتعارفةُ وامّا مَسألةُ التّجزيّةِ والتّصفيةِ وساير الْاُمورِ غير المتعارفة كلّها، خارجةٌ عن اطلاقاتِ الادلّة كما انّ قوله تعالى: «**اِنَّ الله يأمركم اَنْ تؤدّوا والاماناتِ اِلىٰ اهلها**» اِنّما هو فی حدودِ العرفِ والعادَةِ **وهذا الاطلاقُ وغيره**، لم يشمل ما اذا اُشْكِلَ استردادُ العين كما اذا كانت العينُ فی الامكنة البعيدةِ، يحتاجُ اِلىٰ صرفَ مؤنةٍ كثيرةٍ زايدةٍ عن قيمة اصل العينِ، غرايب كثيرةٍ.

فاذا الزم الشّارعُ، الغاصب بصرف مؤنةٍ كثيرةٍ زايدةٍ عَلىٰ قيمة نَفسِ العينِ حتّى يحصلها ويردّها اِلىٰ **مالكها فهو يعدّ من السّفه ويعدّ من** الضّرر **فماصرّح الشّارعُ بِرَدِّ** مال الغير وامانته، انّما هو فی حدودِ العرف لا فی موردٍ كان كالمعتذّرِ عرفاً ويجب عَلىٰ الغاصب **حينئذٍ**، ردّ بدل الحيلولةِ **عَلىٰ هذا**، القول باستردادِ الغاصب، العينَ المغصوبةَ وان بَذَلَ ما بذل، ليس باطلاقِهِ.

صحيحٌ **لانّ** الاطلاقات والعموماتَ، يجبُ حَمْلُها عَلىٰ المتعارف فالعرفُ لا يَرىٰ وجوب شیءٍ بمقدّماتٍ غير عاديّةٍ كما اذا فرضنا: انّ المستطيع اذا اَرادَ الحجّ يلزم عليهِ طیّ طرقٍ عديدةٍ وبلادٍ كَثيرةٍ حتّى يصل اِلىٰ المكّة، قال السّيّدﷺ وغيره هنا انّه لا يجب عليه الحجّ **لانّ** اداء الحجّ يجب عَلىٰ المستطيع من الطّرق العاديّة العرفيّةِ لا الطّرق البعيدةِ غير المتعارفة وهذا خارجٌ عن اَمنيّةِ الطّريق ولا يُعَدُّ ممّن استطاع اليه سبيلاً مَعموليّاً، فالاطلاقات تنزّلُ عَلىٰ السّبل والطُّرُقِ المعموليّةِ المتعارفةِ.

بناءً عليه: الحكمان **اللّذان قالَ بهما الشّيخﷺ لا يخلو عن اِشكالٍ:**

الْحكمُ الاوّل: انّ المالك اذا امكن له الْاِسترداد بسهولةٍ ولم يمكن هذا، للغاصبِ، فللمالك حقّ عدم استردادِ العين ومطالبةِ بدل الحيلولةِ.

قلنا اَنَّهُ مشكلٌ لانّ عمدة ادلّة بدل الحيلولةِ، دِيْدَنُ الْعُرفِ ومَشيهِمْ وهذا الدّليل لا يفی باطلاق هذا الحكم؟

الحكم الثّانی: انّ استرداد العين من الغاصب اذا يحتاج اِلىٰ بدل مال كثيرٍ، يجبُ

عليه الاسترداد ولو بَذَلَ ما بذَل،

قلنا انّه يُشكل ايضاً لانّه لا يُساعدهُ اطلاقُ الادلّةِ بِعضَ موارد الرّدِ فى غير مورد الغصبِ ويُعَدُّ من السّفاهَةِ والتزامُ المالك له كان غير متعارفٍ والادلّة الموجودةُ، لا تشملُ هذا النّوع من الردِّ والاسترداد والمطالبةِ والوصول والايصالِ.

فرعٌ: من جملة فروع بقاءِ العين فى مسألة ترتّبِ الايادي مالو امكن استرداد المال للمالك والغاصب، غاية الامر يحتاج فى الردّ إلىٰ نفقةٍ ومؤنةٍ.

قال الشّيخُﷺ: ليس للمالك ان يَطْلُبَ النّفقة والمؤنةَ من الغاصب يسترّده بنفسه بَلْ للغاصب اَنْ يقول: اَنَا اردّه بِنَفْسى.

وَدليلُ فتوىٰ الشّيخﷺ اَنَّ النّفقة، ليست عَلىٰ الغاصب ابتداء، انّما الواجب عليه هو الرّد **غاية الامر،** تارةً: يتوقّف الرّد عَلىٰ صرف مؤنةٍ فيجبُ صرفُ المؤنةِ ايضاً من باب وجوبِ مقدّمة الرّدِ.

فحينئذ اذا ارادَ استرداد الغاصب نفسه، مال المالك، يَجِبُ عليه صرف المؤنة وامّا اذا اراد المالِكُ ان يستردّهُ، فنفقة ردِّ المالك، لا يعدّ من مقدّمةِ الواجب فليس للمالكِ، مطالبة النّفقة من الغاصب للاستردادِ.

مَعَ انّ الشيخﷺ جَزَمَ فى حكمِ المسألةَ ولم يحتملِ احتمالاً فيهِ، هنا احتمال حقّ مُطالبةُ المالكِ، النّفقةَ.

ووجه الاحتمالِ ما قلناه فى المباحث السّابقةِ فى مسألة **«مَنْ تَوَسَّطَ ارضاً مغصوبةً»** من انّ فى حكم الخروج لقصد التّخليةِ عن الارض المغصوبةِ.

اَقوالٌ منها: ما قال بَعضُ المتكلّمين: بِانَّه واجبٌ وحرامٌ امّا كونه حراماً فلاجل الغصب وَامّا الوجوبُ فلانّه مقدّمةٌ لرفع اليد والافراغ والتّخلّصِ.

وحيث لم يجز اجتماعُ الامر والنّهى بعنوانٍ واحد لذا ذكروا وجوهاً فى التّخلُص عن الاشكالِ.

منها: انّ الخروجُ عَنِ الارضِ المَغصوبةِ، بعنوان التّخلّصِ والْإفراغِ، لَيْسَ حراماً مِنَ الاوَّلِ وما كان غصباً مُحَرّماً، ما وَقَعَ بِقَصْدِ الاستيلاءِ وهنا وَقَعَ لقصدِ رفعِ

الاستيلاءِ **ولذا قالُوا:** انّ تخلية اَوانى الذَّهَبِ والفضّةِ. والافراغَ، لَيْسَ حراماً.

بالجملة؛ مَسْألة التّخليةِ سواءٌ كانت فى بابِ اَوانى الذّهبِ والفضّة او فى بَابِ الْغَصْبِ واِشتغالِ مال الغيرِ، لَيْسَتْ حراما اِبتداءً ولو كانت تصرّفاً فى مالِ الغير فى باب الغصبِ.

منها: ما صَرَّحَ به المتأخّرونَ ومن جُملتهم، المُحقّقُ الخراسانىُّ الّذى حيثُ كان مبناهُ اَنَّ التّصرفَ الدّخوليِّ والكون فيهِ والتّوسط والتّصرفَ الخروجىّ، كانَ مَصاديقَ للغصبِ المحرّمِ وتَشْمَلُهَا: «**لا تَغْصَبْ**».

بعبارةٍ اُخرىٰ: المقدور بالواسطةِ، مَقدورٌ، بناءً عليهِ، التّصرف الخُروجىُّ، كان حراماً من الاوّلِ فَهُوَ اقدم عَلىٰ الغصبِ عالماً وعامداً وكانَ غَصبُهُ محرّماً واَنَّهُ خالف وعَصىٰ هذا التّحريمَ وسقط الخطاب لاجل المعصيةِ **ومع ذلك** التّصرف الخروجىُّ، واجب عقلىٌّ يعنى حرامٌ شرعىٌّ وواجبٌ عقلىّ من باب اقلّ المحذورينِ.

وَمِنَ المَعلومِ اَنَّ حكم مسألتنا، مبنىٌّ عَلىٰ حكم هذه المسألةِ **لانّ** رَدَّ حالِ الغاصبِ بعينه مثلُ الخروج عن الدّارِ المغصوبة فاذا قلنا بانّ الخروجَ عن الدّارِ المغصوبَةِ، ليس حراماً مِنَ الاوّل فَرَدُّ مال المالك ولو كان مستلزماً لِلتّصرفِ فى مال الغير **ولكن** كان تصرّفاً اِفراغيّاً وكان تَصرّفاً لِقَصْدِ الرَّد اِلىٰ مالكه فان قلنا: انّ التّصرف والاِفراغىَّ، ليس حراماً من الاوّلِ مما هو منقولٌ عن الشّيخ الانصارىّ﵀ عن «مَطارح الانظارِ».

وكانت هٰذهِ الفتوىٰ منه﵀ مَبنيّةً عَلىٰ المبنى الّذى اِتّخذَهُ فيها **حيث** انّ التّصرف الاسترداديَّ، ليس مُحرّماً فيجبُ ان يرّد المكلّفُ الغاصب ويجوزُ اَن يردّه المالك فاذا رَدَّ المكلّفُ الغاصبُ، تتوجّه عليه المؤنة واذا لم يَرُدّه فليستْ للمالك، مطالبةُ المؤنةِ **وامّا بناءً عَلىٰ القولِ الآخر** من اَنَّ التّصرف الخُروجىِّ ايضاً كان محرّماً، فالتّصرف الّذى كان بعنوانِ الرّد وكان فى طَريقِ الرّد من الغاصبِ كان مُحرّماً ايضاً لو قلنا بذلك كما قال به المحقّقُ الخراسانىُّ وعدّةٌ، من الاُصوليّين **وعليه مجالٌ** للقول بِاَنّ للمالكِ، ان يطلب مؤنةَ الاسترداد ليردّه بنفسهِ لانّ المالك، لم يرض برّد الغاصبِ

فالرّدُ المُمكِنُ ينحصر برّد نفس المالكِ.

ويمكن القولُ حينئذٍ انّ ردّ المالكِ، ردّ تسبيبىّ بنفس الغاصبِ **بناءً عليه** تمكين المالكِ، لازم من المال ولا سبيل له الّا صرف المؤنةِ فيجب عليهِ تحمّلُ المؤنةِ **فللمالكِ اَنْ** يَطْلُبُ المؤنةَ مِنهُ.

فَتحصّلْ ممّا ذكرنا: انّ التّصرفَ فى مٰالِ الغير الّذى كان فرعاً عَلىٰ الغصب القَبلىِّ وتحقّق لقصد الرّدِ، ماذا حكمُهُ؟

قيل: اِنّهُ واجبٌ وحرامٌ **وقيل** انّه واجبٌ ليس بحرامٍ.

وقيل: انّه حرامٌ شرعاً و واجبٌ عقلاً.

امّا انّهُ حرامٌ شرعاً فهو من باب اَنّهُ من مَصاديقِ الْغَصْبِ وكان تركه اَيْضاً مقدوراً والمقدورُ بالواسطةِ، مقدورٌ وانّما عصَىٰ اختياراً.

فالخروجُ والدّخول والتّوسطُ، كلّ ذلك من مَصاديق الغَصبِ وكلِ ذلك، كان مَقدورَ التّركِ وكان هو عالماً بالموضوع والحكم واِنّما عَصى اِختياراً **فَعَلَيْهِ،** كان التّصرفُ الخروجىُّ محرّماً **فمسألتنا** جُزئىٌّ من جزئيّاتِ تلك المسألةِ: هَلْ للمالك اَنْ يَطْلُبَ المؤنة من الغاصبِ ليردّه بنفسهِ **حيثُ** اَمْكَنَ رَدَّ المالك وامكن رَدَّ الغاصب فاذا قلنا: انّ اِمكانَ ردّ الغاصبِ، كان امكاناً خارجِيّاً لا شَرعِيّاً **حيث** كان فى الشّرعِ، مُحرّمٌ ولا يُمكنهُ الرّد والغصبُ الرّدىُ والتّصرف فى سبيل الرّدِ.

فحيثُ فرضنا صُورة اَنَّهُ يمكن للمالكِ، الرّد وللغاصبِ، الرّد فالمراد من الامكانِ، الامكانُ الخارجىُّ لا الامكان الشّرعىُ اذا لم يرض بالتّصرفِ **فحينئذٍ** ردّ المالكِ، ممنوعٌ شرّعاً والممنوع شرعاً كالممنوع عَقلاً وهو غير ممكنٍ فرّد الغاصبِ، غير ممكن فانحصرُ الرّدُ الممكن فى ردّ المالكِ والفرضُ اَنَّ ردّ المالك ايضاً يتوقّفُ عَلىٰ المؤنةِ.

بناءً عليه، حيث كان عَلىٰ الغاصبِ، اَنْ يَرُّدَ المالَ اِلىٰ مالكه اِمّا بنفسه اَوْ بالتّسبيب ويتوقّفُ ذلك عَلىٰ بذل المالِ فيجب عليهِ، بذل المالِ ويجوزُ للمالك اَنْ يطالب منه الْمالَ.

وامّا الشّيخﷺ **فَلَمْ يذكر هذا الاحتمالَ** ولعلَّ انَّ مختار الشّيخ فـى الْأُصـول اِنّ التّصرف الخروجىّ من الاوّل، لم يكن مُحرّماً **ولذا** ذكر هٰذهِ الْفتوىٰ عَلىٰ هذا المَبنىٰ **وحيث** لم يكن مبنىٰ المسألة عَلىٰ هذا المبنى وكانت هُنا مبانى اخرو بـناء عَـلىٰ بعض المبانى، يجوز للمالك ان يُطالبَ مؤنة الرّد.

فرع: ما لو اِمْتنع ردُّ الغاصب ويُمكِنُ للمالكِ ردُّ المال ولكن يُطالبُ المالكُ لاجل الرَّدِ، أجرةً هل للمالكِ حقّ مطالبةِ الاجرة للرّد اَمْ لا؟

والشّيخﷺ **ذكرهنا احتمالاتٍ ثلاثةٍ** ومتن كلامهِ فى المقام أنّه:[1]

«لو لم يقدر عَلىٰ استردادها الّا المالكُ وطلب من الاوّلِ عوضاً عن الاسترداد فَهَلْ يجب عَلىٰ الاوّل، بذلُ العوضِ، **او ينزل منزلة التّعذّر فيغزم الاوّل اى** يغرم الاوّل، بدل الحيلولةِ فقط من دون مؤنة الاسترداد الّتى صَرَفَهَا المالك فى تحصيل العينِ عند عدم تمكّن الاسترداد من الاوّل **او يفرقُ** بين الاجرة المتعارفة للاسترداد فياخذ المالك هٰذه الْأُجرةَ المتعارفة من الاوّل عند استرداد المالك العين فى صورة عدم تَمَكُّنِ الاسترداد من الاوّل وبين الزّائدةِ عليها ممّا يُعدُّ اِجحافاً عَلىٰ الغاصب الاوّل؟ فلا يأخذ المالك هذه الاجرة الزّائدة عَلىٰ المتعارف، هنا وجوه ثلاثة ذكرناها.

والشّيخﷺ **لم يبيّن** ولمْ يعيّنْ انّ المراد من الْأُجرةِ، مال يجب صرفه فى سبيل الرّد والمرادَ منها، مالٌ لِأُجرةِ عمل الاسترداد.

والظّاهر من عبارة الشّيخﷺ هو الثّانى وحكمُ الاجرة بِمعنىٰ مال يجب صرفه فى سبيل الرّد كان مفروغاً عنه يعنى لو انحصر الرَّد فى نفس المالك وتوقّف عَلىٰ بذل مالٍ، يجب بذل الغاصب المالَ.

وامّا مبنىٰ اِحتمال عدم حقٍّ للمطالبة للاجرةِ فهو انّ عَلىٰ الفرض كان الرّد ممكناً والفرضُ انّه لا يتوقّف عَلىٰ بذل المال وامّا اجرة الاعمالِ فهى تكون فى صورتينِ:

اَلاولىٰ: الاجرةُ فى العمل المستأجر **الثّانية:** الْأُجرةُ فى مقابلِ ما امره بعمل له اجرةٌ عادة وامّا اذا امر اِلىٰ عملٍ توجّه نفقة اِلىٰ نفس المأمور فليست له مطالبةُ الاجرة **وامّا فيما نحن فيه فيمكن** ردّ المالكِ ماله من دون امر الغاصبِ **فحينئذٍ** ليست له مطالبةُ الاجرة واذا فرضنا امره بالرّد فلم يعلم انّ هذا النّوعُ من الامر يوجب

---

١. المكاسب المجلد التّاسع ص ٢٢٩.

الاجرة **لانّ** الامر، تعلّق اِلیٰ عملٍ تعلّق نفقة اِلیٰ المالك والآمر نفسه ولم يجب للغاصب الزام المالك برّد المالِ.

وليس المقامُ من مقدّمة العمل الواجب للغاصب حتّی يتوقّف عَلیٰ صرف الاجرةِ لانّ العمل المُباشریَّ، لا يمكن هنا والعمل التّسبيبیُّ، ليس صحيحاً فی مورد نفس المالك لانّه ليس عَلیٰ الزام المالك عَلیٰ خلاف ميله فی مورد ماله، دليلٌ وموجبٌ.

اَظهَرُ وجوهِ المسألة اَنْ يُقالَ: اَنّ للمالك من شأنه ان يطلُبَ الْاُجرة وكان فعله فِعلاً له اُجرةٌ عادةً كما انّ كونَ الفعلِ مماله اجرةٌ عادةً، من جملة شرائطِ تنجيزِ الْاُجرةِ فيما اذا كان الامرُ موجباً للاجرة عادةً.

فاذا طَبَقّنا هذا لما نحن فيه، يَجِبُ ان يُقالَ: اِنّ المالك من كان مِمَّنْ يعمل هذا النّوعَ من العمل بأُجرةٍ وكان العملُ ايضاً من الْاَعمالِ الّتی له اُجرةٌ عادةً فله مطالبة الْاُجرة **واِمّا اذا كان العملُ،** عملاً ليست له اُجرةٌ عادةً او لم يكن المالكُ ممّن يعمل العمل بأُجرةٍ او كانت الاجرة الّتی يطالبها، اكثر من اُجرةِ المثل ولو لم يكن مجحفاً **لانّ** الشّيخ رَدّد الامر بين المُجْحَف وغيره مع انّ بالنّظر اِلیٰ المبانی الموجودةِ فی الفرضِ الثّالث بين اجرة المثل والزّايد لاُجرةِ المثلِ ولو لم يكن الزّائد مجحفاً بحال الغاصبِ.

فليس للمالك، حقّ مطالبة الْاُجرةِ سواءٌ كانت مُجْحَفةً بحال الغاصب ام لا؟

وكذلك اذا طالب اكثر من اجرةِ المثلِ **واِمّا اذا** كانت الاجرةُ المطالب بها مطابقةً لاجرة المثل فلا مانع فيه.

والدّليل عَلیٰ ذلك، انّ الّذی يوجب استردادَ المال عادةً، تشمله قاعدةُ **«عَلیٰ اليدِ»** حيث انّ مقتضیٰ **«عَلیٰ اليد»،** انّ الخسارات الّتی تتوجّه عَلیٰ العين سواءٌ كانتَ باقيةً او تالفةً، كانت عَلیٰ عهدة الغاصب وذی اليد ومن جملة ذلك، اجرة المثل للاسترداد **ولا فرق هنا** بين ان اراد غير المالكِ، الاسترداد او نفسُ المالك باجرةٍ اذا كانت للعمل اجرةٌ عادةً.

والّذی يمكنُ اَنْ يقال فی المسألة وهو الظّاهرُ، انّ القول بانّ الغاصبَ، يُؤخَذُ

بِاَشّقِ الاحوالِ، لا يُوجبُ اخذ المال الكثير **ولكنّ** النّفقةَ والمال الّذى يَستلزمُ بـها اِسترادادُ المال سواءٌ كان المباشر له، المالك او غير المالك، يَدْخل جزو ضمانِ العينِ من غير حاجة اِلىٰ مسألةِ: «مُقَدِّمةِ الواجبِ و وجوب الاسترادادِ والتّسبيبِ وغـير ذلك».

فالظّاهرُ فى هذه المسألة فيما اِذا اِمْتنع ردُّ الغاصب والمالكُ، يقدر عَلىٰ ذلك اذا لم يحتج اِلىٰ صَرفِ أُجرةٍ والبذل الكثيرِ، يجب عَلىٰ المالك، رَدُّ المال **وامّا اذا** يحتاج اِلىٰ صرف المال او كانت لردِّ المالك أُجْرةٌ عادّةً فللمالك اَنْ يطلب فى مـثل تـلك الافعالِ ويدخُلَ تحت ضمانِ: «**عَلىٰ اليد**».

وامّا احتمال الانتقال اِلىٰ بدل الحيلولةِ الذى كان فى كلام الشّـيخِ، فـليس له مأخذٌ قويٌّ لانّ بدل الحيلولة، ثبت فيما اذا حال بين العين وبـين المـالك وتَـعذّر وصول المالك اِلىٰ عينه وامّا اذا كان للمالكِ، رجاء وصول اِلىٰ ماله **ولكن** لم يكـن المالك مايلاً لتصرّف العين فليس لبدل الحيلولة دليلٌ.

توجيهُ المحقّق الرّشتىّ﵀ فى حلّ الاشكال اى كَيْفَ استقرّ مالٌ واحدٌ فى ذِمَمٍ متعدّدةٍ؟

ذكر المحقّق الرّشتىُّ فى كتاب الغصب والاجارةِ ونقله المحقّق الاصفهانىُّ﵀ فى حاشيته.

حيث كان هذا الوجه ايضاً لايَخْلو عن دقّةٍ بل عن غرابةٍ نتعرّض لهـذا الوجـه ايضاً وفى ضمنه: نتعرّضُ لتوجيهاتِ قاعدة: «**عَلى اليد ما اخذت حَتّىٰ تؤدّى**»

الوَجهُ المذكورُ فى حَلِّ انّ المؤدّى للمثل والقيمةِ، لا يرجع عَلىٰ السّابق وانّـما يرجع اِلىٰ اللّاحق بنظر المحقّق الرّشتىّ كالشّيخ﵀ مُستفادٌ، من قاعدة: «**عَلىٰ اليد**» غايةُ الامر، استفادة الشّيخ من قاعدة: «**عَلىٰ اليد... الخ**» بتقريبٍ آخر غير تقريب المحقّق الرّشتىِّ (ره).

تقريبُ المحقّق الرّشتىّ﵀ انّ كلمة «**عَلىٰ**» فى «**عَـلىٰ اليـد**» بـمعنىٰ الخسـارة والضّرر عَلىٰ الآخذ يعنى انّ الخسارة، توجّهت عَلىٰ الآخـذ يـعنى نـفس العـين،

خسارةٌ ففرض الخسارةِ والضّرر مثل اداء المثل والقيمة خلافُ ظاهر الدّليل **حيثُ** انّ ظاهر الدّليل انّ العينَ هی خسارةٌ علیٰ المالك لا المثل والقيمة.

والسّرُ فی اَنَّ العين، هی خسارة للمالكِ، انّ العين تنتقل بملك الغاصب آناماً قبل التّلف وتتلف فی ملك الغاصب فيلزم **حينئذٍ** اداء المثل او القيمةِ.

بعبارةٍ اُخریٰ، اذا لم ينتقل المأخوذ بملك الغاصبِ ولم يؤدّ خسارةَ المال من الغاصب، لم تكن العين خسارةً عَلیٰ المالك فلازمُ كون العين نفسها لا احكامها، خسارةً، ان تتلف العينُ فی ملك الغاصبِ تلفاً موجباً للمثل او القيمة مثل هذا القول: **«تلف المبيعِ قَبْلَ قبضه من مال البايعِ.»**

ويُحتملُ انّ المحقّق الرّشتیّ، اصطاد هذا المطلبَ من هذه القاعدة. ای قاعدة: «حيثُ قالوا فی تلف المبيع قبل قبضه» حِفْظاً **«تلف المبيع قبل قبضة».**

لمخالفته مَعَ قاعدةِ المالكيّة وعدم خُلُوّه عن موجب الضّمان بالتّقديرِ وهو انّ معناهُ انّه ينفسخ آناماً قبل التّلفِ وانّ المبيع، يرجع اِلیٰ ملك البايع ويُتلفه البايعُ.

وهٰذا التّقديرُ، لاجل حفظِ قاعدة الملكيّةِ وقاعدة الضّماناتِ.

والمحقّق الرّشتیّ اراد اَنْ يقدّر فی **«عَلیٰ اليد...»**، هٰذا التّقديرُ فی قوله: **«اِنَّ الخسارةَ راجعةٌ الیٰ الآخذ وكانت نفس العين خسارةً»** فاذا قلنا: انّ نفس العينِ قبل دخولها فی ملك الآخذِ، كانت خسارةً، يردّ الكلامُ الّذی قيلَ فی قول: **«تلف المبيع قبل قبضه»** هُنا ايضاً ولذا ينبغی القولُ هنا كما يقالُ فی: **«تلف المبيع قبل قبضه»** فی التّقديرِ يعنی تنتقلُ العينُ آناً ما قبل التّلف اِلیٰ ملك الآخذ وتتلفُ فی ملكه فاداءُ المثل او القيمة اِلیٰ المالك من باب المعاوضة القهريّة لامن باب التّغريمِ.

بناءً علیٰ هذا القولِ، مال المالك آناماً قبل التّلف، ينتقل اِلی ملك الغاصب فاذا اَدّیٰ الغاصب الاوّل اِلیٰ الغاصب الثّانی فالغاصب يأخذ مالاً له مالكان: المالك الاوّل الحقيقیُّ والآخذُ الاوّل من المالك، هو المالك ايضاً آناً ما قبل التّلف فهو مالكٌ شأنیٌّ يعنی لو تلف، يملك **واذا فرضنا:** انّ المال تلف فی اليد الثّالثةِ، فللمالِ، مُلّاك ثلاثةٌ:

الاوّل: المالك الاوّل الحقيقیُّ.

الثّانى: الغاصب الاوّل الّذى كان مالكاً آناماً قبل **التّلفِ والغاصبُ** الثّانى الّـذى يُتلقّى المال آناً مَا بعد كون الاوّل مالكاً له يعنى يخرجُ المال عن ملك المالك الاوّل ويدخل فى ملك **الغاصب الثّانى** آناً مَا **وهكذا** اِلىٰ اَنْ تلف المال عِندَهُ **وله ضماناتٌ متعدّدةٌ: ضمانٌ فى قبال** المالك الاصلىّ **وضمانٌ فى مقابل الغـاصب الاوّل** الّـذى ملك العين آناً ما **وضمانٌ فى مقابل الغاصب الثّانى الّذى** ملك ايضاً قبل التّلف **يعنى ذاتُ العين** خسـارتها عَـلىٰ الآخـذ بـالنّسبة اِلىٰ المـالك الاوّل والغـاصب الاوّل والغاصب الثّانى تعيّنَ له ردُّ ثلاثة اَبدالٍ: بدلٌ للمالك الاوّلِ وبدلٌ للـغاصب الاوّل وبدلٌ للغاصب الثّانى وحيث كانت الابدال الثّلاثةُ لها قيمةٌ واحدةٌ لا قيّميّاتٌ ثلاثةُ فمرجع هذا اِلىٰ البدليّةِ فى البدليّة يعنى يجب ردّ الابدالِ الثّلاثة عَلىٰ البدليّة وامّـا للاوّل وامّا للثّانى وامّا للثّالث وامّا للرّابعِ وهكذا...

لا يخفىٰ: اِنَّ تفاوتَ توجيه المحقّق الرّشتىّ مع توجيه الشّـيخ﵀ انّ الشّـيخَ﵀ فرض اَنَّ المالك واحدٌ والْذِّمَمِ مُتعدّدةٌ **ولكنَّ** المحقّق الرّشتىُّ فرض مـلّاكاً ثـلاثةً بحيثُ تكون لكلّ مالك عهدةٌ واحدةٌ وضمانٌ واحد **ولازمُ هذا انّ** ضمان كلّ لاحقٍ، بالنّسبة اِلىٰ سابقة وهذا كلّه تمام توجيه المحقّق الرّشتىّ (ره).

وخلاصةُ توجيههِ انّ ظاهر: «عَلىٰ اليد... الخ» اَنَّ نفس العينِ خسارةٌ واذا كانت نفس العين، خسارةً يجب الالتزام بأَمْرينِ:

الاوّل: انتقال العين آناً مَا فى ملك الغاصب وتلفها عندهُ.

الثّانى: اَداءُ الغاصب، الخسارةَ وبهذا يتحقّقُ معنى كونِ نفس العين خسارةً.

فعليه تحصل فى مسألة ترتّب الايادى، آناتٌ متعدّدةٌ مترتبةٌ وملكيّات مترتّبةٌ.

عليهذا: الشّخص الاوسطُ بعد تلف العين عند الاخيرِ، اذا ادّى المـثل والقـيمة للمالك، يرجع اِلىٰ اللّاحق لا السّابق لانّ كلّ لاحقٍ، ضامنٌ له وامّا هو ضامن لكلّ سابق بناءً عَلىٰ قاعدة المالكيّةِ **لانّ** كلّ واحدٍ كان مالكاً فكلّ لاحقّ بـالنّسبة اِلىٰ الملّاكِ السّابقة، كان ضامناً عَلىٰ البدل بالتّفصيل الذى ذكرناه فراجعْ.

يرد عَلیٰ توجيه المحقّقِ الرّشتیّ، اُمورٌ:

مِنها: انّ القول بانّ كلمةَ **«علیٰ»**، مَعناه، الضّرر ونسبة الضّـرر اِلیٰ نـفس العـين واستفادةُ هذا المعنیٰ من قوله‌ﷺ: **«علی الیـد»** ليس بـصحيحٍ وهـو اشـبهُ شـیءٍ بالتّفسير العجميّ **لانّ** المراد من كون **«عَلیٰ»** معنیٰ الضّرر، ليس كون كلمةٍ **«عَلیٰ»** بمعنیٰ الضّرر واقعاً بل اذا قيل: **«يُريدُ عَلیٰ ان اَفعلَ كَذا»** فكلمة **«عَلیٰ»** تعبيرٌ لتفهيم سنخِ المعنیٰ لا انّ **«علیٰ»** واقعاً بمعنی الضّررِ كما انّ فی قوله‌ﷺ: **«لك یاربِّ عَلیَّ اَنْ لا اَعود فی معصيتك»** لَيْسَ مَعنٰاها، الضّررُ بل معناهُ، طلب الفعل وكونه فی العهدةِ وليس المرادُ، من الضّرر هنا، الخسارةُ يعنی انّه المطالب وهوالمطلوبُ.

بعبارةٍ اُخریٰ، المراد من **«عَلیٰ»** هنا الضّمانُ الّذی هو المعنیٰ الْاِسمیُّ الّذی ورد فی بعض الاخبارِ: **«مَنْ اَتلفَ مال غيرهِ فهو له ضامنٌ»** او **«كُلُّ اجيرٍ اَعْطَيتهُ لِيُصلِحَهُ وافسدَهُ فله ضامنٌ»** كما استفاد الفقهاءُ من العامّةِ والخاصّة من قوله‌ﷺ: **«عَلیٰ اليد»**، الضّمان فقط ولم يستفد منه شیءٌ آخر حتّیٰ يقال بانّ كلمة **«عَلیٰ»** بمعنیٰ الخسارة والخسارة اَيْضاً مستندةٌ اِلیٰ نفس العين ولا تكونُ العين خسارةً الّا ان يدخل فـی ملك الغاصب آناً مّا ولو فرضنا استفادة الخسارة من كلمة **«عَلیٰ»** فلا يجوز استفادةُ هذا من سٰاير ادّلة الضّماناتِ فيلزمُ التّفكيك فی المفهوم بانّ **«عَلیٰ اليد»** يُفيد معنی لا يفيد قوله‌ﷺ: **«من اتلف مالَ غيره فهو له ضامنٌ»** مع انّه ليس بصحيحٍ.

بعبارةٍ اُخریٰ، الّذی يستفاد من قوله **«عَلیٰ اليد...»** انّما هو المعنیٰ عُبِّرَ فی ساير الرّوايات بكلمة **«اَلغارمُ والضّامن وغيرهُما»** ومَعنیٰ جميع ذلك، العهدةُ لابدّ بمعنیٰ الضَّرر بالمعنیٰ الّذی يقصده المحقّق الرّشتیّ‌ﷺ ومعنیٰ **«عَلی اليد ما اخذتْ...»** يعنی: انّ **«ما اخذت»** كان عليهِ وكان فی عهدته وكما قلنا: انّ مَعنیٰ الضّمان سواءٌ استفيد من كلمة **«عَلیٰ اليد»** اَوْ من اطلاقات الضّمانِ **(فهو لَهُ ضامنٌ)** او استفيد مـن عـقد الضّمان او ضمان الدّرك وغيرهما ام اعتبار الاعتبارات وصنعة العُرفِ وهـو مـثل ساير الاحكام الوضعیِّ، كان بسيطاً له آثارٌ مـتعدّدةٌ كـما انّ الشّـرطية والنّـجاسة والطّهارة والملكيّة والزّوجيّة والرّقية، كانت مـعاناً اعـتباريةً تـترتّبُ عـليها آثـارٌ

والضّمان ايضاً من جملة ذلك.

ولذا قلنا سابقاً اِنَّ استفادة الاحكام المُتعدّدةِ من جملة: «عَلىٰ اليد ما اَخَذَتْ...» انّ مادامتِ العين موجودةً، يجب ردّها ويجب اداء مؤنة الرّد واذا تعذّر، يجب بدل الحيلولةِ واذا كان ناقصاً يجب الارشُ واذا تلف بعضها، يجب جريان حكم الكُلّ فى الجزء واذا كان مثليّاً، يجب ردّ مثلهِ واذا كان قيّماً يجب قيمتهُ، يجب رَدُّ قيمته ايّ يومٍ، اَعلىٰ القيم او يومِ التّلفِ او يوم الغصبِ وغير ذلك من الاحكام، اِستفادُتها من قولهعليه‌السلام: **«عَلىٰ اليد»** بعيدٌ عن فهم العرف والفقهاء وعامّتهم وخاصّتهم.

من جملة الاشكالات الواردة عَلىٰ قول المحقّق الرّشتىّرحمه‌الله انّ معنى افادتهرحمه‌الله من التّوجيهِ، كان معناً شأنيّاً وكانت فعليّته فى زمان التّلف مع انّ الّذى يُثْبِتُ: **«عَلىٰ اليد»** كان مطلباً فعليّاً لاشأنيّاً يعنى لو تلف وامّا الّذى قال به المحقّقُ الرّشتىُّ، كان مطلباً شانيّاً.

بالجملة؛ اَلجوابُ الاجمالِىٰ عنهرحمه‌الله انّ هذا خلافُ ظاهر الحديثِ لانّ المعنىٰ الّذى قال (ره)، به فى حال التّلفِ واَمّا **«عَلىٰ اليد»** يُثبِتُ هذا المَعنىٰ قبل التّلفِ وحتّىٰ فى حال الوُجودِ. **وبعبارةِ اُخرىٰ: «علىٰ اليد»** انّما يثبت بالشّكلِ الثّانى عَلىٰ خلاف ما اثبتهُرحمه‌الله بقاعدة: **«علىٰ اليدِ»** لانّ ظاهر معنىٰ **«عَلى اليدِ»**، كان معناً فعليّاً والمعنىٰ الّذى يدعيّهرحمه‌الله معنىً شأنّىٌ وليس فعليّاً وليس هذا، مدلول الحديث لانّه قال: **«لو تلف، يحصلُ بنفسِ العينِ»** ومعناه: انّه لو لم يَتلفْ، لم يحصل بنفس العين مع انّ مَعنىٰ **«عَلى اليد»**، الضّمانُ حال الوجود مادام لم يؤديّهِ.

ومن هنا يُعْلَمُ ضعفُ ما ذَهَبَ اليه السَّيّدُرحمه‌الله من اَداءِ قيمة يوم الدَّفعِ تَمسُّكاً بقاعدة **«عَلىٰ اليد»** وتبع عنه جمع من المُتأخّرينَ ايضاً.

وَجْهُ التّقريبِ انّ ظاهر **«عَلىٰ اليد»** انّ نفس «مااخذت، كانت فى العهدةِ يعنى كان الآخذ متعهّداً بنفس العين فمادام لم يؤدّ العين فهو متعهّدٌ لاداء نفس العينِ فاذا اراد ردّها ولم تكن موجودةً وتلفت، يجب ردُّ قيمة يوم الدّفع والاداء كما انّها قاعدة كليّة فى باب الدّيون والمطالباتِ.

وبعبارةٍ أخرى، أَسرىٰ﵀ قاعدة الدّيونِ، فی مورد الاعيان أَيْضاً لاجل وحدة المناطِ لان **العين** كانت فی الذّمةِ فی باب الاعيان كما انّ الدّين كان فی الذّمّة فی باب الدّيون.

وجهُ الضّعفِ انّ هذا الاستظهارَ ليس بصحيحٍ وقياس الدّين عَلىٰ العين، ليس قياساً صحيحاً **لانّ** العهدة الّتی كانت فی العين، غير العهدة الّتی فی الدّين ومعنىٰ العهدةِ فی الدّينِ، انّه يملك الحنطة فی ذِمّته وامّا معنىٰ عهدة العين فی الذّمة ليس له مفهومٌ قبل التّلف وبعده يعنی لايجوزُ القول بانّی اَمْلِكُ العين فی عهدتك كما املك الدّين فی عهدتكِ. **ففرقٌ** بين العهدتين حيث كان **«عَلىٰ»** فی باب الدّيون، ظرفاً للملكيّة لانّ الحنطة ليست موجوداً فی الخارج **ولذا** يملكها فی الذّمةِ والذّمةُ مشخصّة الملكيّة بخلاف العين **لانّ** مالكيّة العين، قد تحقّقت فی الخارج فلا تحتاج اِلىٰ ایّ عهدةٍ سواءٌ كان لها ضامنٌ ام غير ضامن ومعنىٰ العهدة فی العين انّ له المسؤوليّةُ فی قبال جريانات العين **لا انّه** يملكُ العين فی عهدته فاذا سلّمنا انّ فی باب: **«عَلىٰ اليد»** كانت نفس العين عَلىٰ العهدة والذّمة سواءٌ كانت موجودةً ام كانت تالفةً مالم يؤدّيها، ليس معناه انّ الدّين فی العهدة والذّمّة وفی باب الدّيون، العهدةُ والذّمّة كانت محقّقةً للملكيّة وطرفاً لها ومشخّصة لها وبدون اعتبار العهدة لامعنىٰ لكونه مالكاً لكلیّ الحنطة الّا ان تكون فی الذّمّة وامّا العين فهی ليست كذلك **حيثُ** يكون مالكاً لها فی الخارج، كان ضامناً لها ام لم يكن ضامناً؟

بالجملة؛ اِعتبارُ الملكيّة راجعٌ الىٰ الدّيون ممّا يكون بنفسها قابلٌ للاداء والعين التّالفة ليست قابلةً للاداء كما اعترف به السّيّد﵀ كغيره من انّ العين الخارجة مادامت موجودةً، كانت مملوكةً فی الخارج، كان شخصٌ ضامناً لها ام لم يكن؟

واذا كانت تالفةً، فلم تكن قابلة للملكيّة بما هی عين لا فی الخارج ولا فی الذّمّة واذا قلنا: انّ العين المأخوذة المغصوبةَ، كانت فی العهدة فهو بمعنىٰ انّ له المسؤوليّةُ للعين وكانت له مسؤوليّة رفع النّقيصةِ وهذا غير معنىٰ كون الدّين فی العهدةِ مع انّه اشتبه عليه الفرقُ بين عهدة العين والدّينِ.

فلذا كان فرقٌ بين الضّمان العقديِّ وضمان اليد **حيث** انّ معنىٰ الضّمان العقديِّ، نقل الذّمّة ولا يكون الّا بالدّينِ **ولذا اشترط جميعُ الفقهاء** اِنّ فى الضّمان العقدىّ، ان يكون ديناً ثانياً فى الذّمة ولا يصّحُ ضمان الاعيان واختلفوا فى ضمان الاعيان فمنهم من جَوَّزَ ومنهم من منع وكُلٌّ من جوّزه صَرَّحَ بانّ المراد من الضّمان، ليس معنىٰ نقل الذّمّة كيف كان؟

بالجملة؛ ليس معنى «**عَلىٰ اليد**» المعنىٰ الاسمىّ كما تصوّره المحقّق الرّشتىُّ ولا بالمعنىٰ الّذى تصوّره السّيّدُ (ره).

اشكالٌ آخر عَلىٰ المحقّق الرّشتىّ (ره)

وهو انّه اذا سلّمنا جميع مقدّماته وقبلنا انّ معنىٰ «**عَلىٰ اليد**»، هو الّذى قالﷺ به ولكن لا نسلّم الحكم المذكور مثلاً اذا فرضنا: انّ زيداً كان غاصباً مال عمروٍ وفى يده ومادام فى يده، انتقل صاحب المال (زيد) المال اِلىٰ شخصٍ آخر خالد وباع خالدٌ اِلىٰ بكر والبكر اِلىٰ غيره وتلف عند الاخير لا السّابقينَ من الملّاك واذا اَعطىٰ المالكُ اِلىٰ الثّانى خرج عن ملكه آناً ما ودخل فى ملك الآخذ الاوّل والآخذ الآخرُ ايضاً انتقل اِلىٰ الآخذ الثّانى وخرج عن ملك الآخذ الاوّل ودخل فى ملك الآخذ الثّانى والثّانى ايضاً اِنْتقلَ اِلىٰ الثّالث بحيثُ خرج عن ملكه ودَخَلَ فى ملك الثّالث حتّىٰ تصل النّوبة اِلىٰ الاخير **فَحينئذٍ** يلزم كون الاخير ضامناً للمالك القبلىِّ ولم يكن ضامناً لساير الملّاكِ.

ودعوىٰ انّ هذا، امرٌ ترتّبىٌّ فلا مانع من كون المتعدّد مالكاً وغير مالك فى الرّتبة.

مدفوعةٌ بانّ الرّتبة، انّما تكون فى السّببِ وامّا الملكيّةُ فهى امرٌ زمانىٌّ خارجىٌّ حتّىٰ انّ تقدير الملكيّة سواءٌ كانت بمعنىٰ الملكيّة الحقيقيّة آناً مَا او ملكيّة تعبديّةٍ آناً مَا **ولكن** التّعبد ايضاً عَلىٰ وزان الحقيقة يعنى تلزم له آثارُ الحقيقة.

هذه الايرادات غيرُ الايراداتِ الثّلاثة الّتى ذكرها المحقّق الاصفهانىُّﷺ ونحن اَعْرَضْنا عن ايرادات المحقّق الاصفهانىّﷺ حذراً عن اطالة الكلام ولعلّ يمكن ان تكون جُملاتُ بُعض هذه الايراداتِ، موجودةً فى كلماته (ره).

المختارُ فی مسألةِ ترتّبِ الایادیِّ

مُختارُنا فی مسألةِ: ترتّب الایادیِّ، یترکّبُ من جُزئینِ:

جُزءٌ من کلام السّیّدﷺ وجزءٌ آخر من قِبَلِنا.

توضیحه: انّ السّیدﷺ صَحَّحَ القول بانّ السّابقَ، یرجع اِلیٰ اللّاحق بما هو حاصله انّ السّابقَ اذا اَدّیٰ عوض مال المالك بالمثل او القیمة فقد ملك العین التّالفة **ولا یخفیٰ** انّ ما قلناه من المعاوضةِ، غیر ما صَرَّحَ به الجواهر من المعاوضةِ **حیثُ** انّ المعاوضة فی نظر الجواهرِ، وقع بین ما ادّی من المثل والقیمة وبین ما فی ذِمَّةِ مِن تلف عنده المال من المثل والقیمةِ یعنی ذهب صاحبُ الجواهر اِلیٰ انّ المُعاوضَةَ انّما وقعت بین البدل والبدلِ **غایةُ الامر** بین البدلِ العینیِّ والبدل الذّمیِّ وامّا نظر السّیّدﷺ فقد وقعت المعاوضةُ بین البدل وعین التّألفةِ لا بین البدل والبدل یعنی المؤدّیٰ، عوض المال التّالفِ لا عوض الدّینِ الّذی حصل فی ذمّةِ الاخیر وهو من تلف عنده وایضاً وقع الاختلاف فی جهةٍ اُخریٰ وهو طرف المعاملة والمعاوضةِ **حیث** انّ بناءً عَلیٰ عقیدة صاحب الجواهر (ره)، طرف المعاوضةِ، انّما هو الاخیر الّذی لم یکن مطلّعاً عن المعاوضةِ **ولذا** اشکل الشّیخ علیه انّ هذا کیف تکون معاوضةً مع انّ المعاوض، لم یکن مُطَلّعاً عن المعاوضة وامّا بنظر السّیّدﷺ فطرف المعاوضةِ هو المالك الاصلیّ وهو مطّلع عنهُ.

بناءً علیه، وقعت المعاوضة بین ما یؤدّی السّابق وبین العین التّالفةِ **ونتیجتُهُ انّ العین** التّالفةَ، مال المؤدّی فصار بمنزلة المالك فکما انّ المالکَ یَرجِعُ اِلیٰ کلّ واحدٍ کذلك المؤدّی، یَرجِعُ الیٰ کلّ واحدٍ ویرجعُ اِلیٰ کلّ لاحقٍ.

نحن قبلنا هذا المطلب منه (ره).

ثُمَّ قال السّیّد (ره): انّه اذا صار مثل المالكِ، لازمه ان یرجع المؤدّی عَلیٰ کلّ واحدٍ من اللّاحقِ والسّابق وانّما لا یرجعُ اِلیٰ السّابق لوجه مُختصٍّ به وهو انّ اللّاحق کانّه سببٌ لقرار الضّمان عَلیٰ السّابق وسببٌ لتغریم السّابق وقلنا سابقاً:

انّه لیس بصحیحٍ ولا یفیده فراجع لما قلناه سابقاً من انّ اللّاحق لیس سبباً

لاستقرار ضمان السّابق **ولذا** بدلّنا هذا الوجه عَلىٰ وجهٍ آخر وهو انّ كلّ سابقٍ سلّم العين اِلىٰ كلّ لاحقٍ واقبضه وقلنا: انّ الحدوث والبقاء لكلّ واحدٍ منهم كان بحكم الاقباض وهيّاء كلّ سابق بالنّسبة اِلىٰ كلّ لاحق، هذا المعنىٰ فكلّ واحد حتّىٰ بعد اداء المثل والقيمة وكونهم مالكاً للعين التّالفة، كانت العين التّالفةُ فى قبضه ادامةً وحصّل غاية الضّمان وهو الاداء فى قوله عليه السلام: «**عَلىٰ اليد...**» بالنّسبة اِلىٰ السّابق فالسّابق اقبض وادّاهُ، **غاية الامر** اَدّىٰ حيث لم يكن المؤدّى اليه مالكاً وحيث اِستَمَرَّ الاداء والقبض فهو اداءٌ.

بالجملة؛ الوجه الصّحيح انّ السّابق هيّاء غايةَ الضّمان وهو **الاداءُ غايةُ الامرِ، ادّاه** فى زمانٍ لم يكن المؤدّى اليهِ مالكاً وحيث استمرّ، بقى عَلىٰ حال المقبوضيّةِ.

اورد المحقّق الاصفهانىُّ عَلىٰ وجه السّيّدِ، ايراداتٌ ثلاثةٌ **مع انّ الاشكال الثّالث ليس** مربوطاً لما نحن فيه ولذا نتركُهُ.

منها: انّه فرقٌ بين المال والملك وقلنا سابقاً: اِنَّ النّسبة بين المال والملكِ اَعَمُّ من وجهٍ مورداً ومصداقاً وتخالفها مفهوماً، **حيثُ** انّ المال، ما يبذَلُ بازائه الثّمن والملكُ اختصاصٌ خاصٌّ واضافةٌ خاصّةٌ وربطٌ بين المالك والمملوكِ.

ومن المعلوم: انّ هذا العوض، عوض المال لا الملك **حيثُ** انّ الماليّةَ تلفت لا الملك فلم يجر قانون المعاوضة **لانّ** العوض، ما ادّى، فى عوض المال لا الملكِ.

منها: انّ العوض، عوضٌ عمّا فى ذِمَّتِهِ وعهدته ولازم هذا كون المؤدّى مالكاً فى ذِمَّتِهِ **وهو ممنوعٌ لانّ** مالكيّة الانسان، ما فى ذِمّتِهِ، ليست بمَعقولٍ هذا اوّلاً

وثانياً: عَلىٰ فرض معقوليّتِهِ، ليس هذا دليلاً عَلىٰ مطالبته من الآخر

لنا: انّ هذين الاشكالين كليهما، ضعيفان **امّا الاوّل** وهو انّ العِوَضَ، عوض المال لا الملكِ **فهو مدفوعٌ** بانّ العوض، عوض المال فى جهة الملكيّة **بعبارةٍ اُخرى،** المال بدلٌ عن المال فى كونه مملوكاً والّا لا معنىٰ لكونه بدلاً حيث لم يكن بدلاً مكانيّاً او حاليّاً او زَمانيّاً.

وامّا الثّانى فهو اَيضاً لا يخلو عن ضَغفٍ لانّ المرادَ من القولِ بانّ المؤدّى، اَدّاهُ

عوضاً عَمّا فى عُهْدتِهِ، ان كان المقصودُ، المثل او القيمة فـالفرضُ انّ المـعاوَضةَ، ليست بين المثل والمثل بل المعاوضة بين العين والعين او المثل والعينِ.

وان كان المقصودُ مِنَ العوضِ، عَوِضَ الْعَيْنِ، **غاية الامر** تكـون العـهدةُ حَـيثيّةً تَعليليّةً يعنى عِلَّة اَداءِ العوض، العهدةُ والضّمانُ **وقلنا سابقاً:** انّ كون العين فى العُهدةِ، غير كون الدّين فى العهدةِ والقَولُ بانّ الانسان، لم يكن مالكاً بِعُهْدتِهِ، انّما هو فى باب الدُّيُونِ لا فى باب عُهدَةِ الاعيانِ وليست عهدة الاعيانِ بمعنىٰ انّه يملك العين فى العهدةِ حيثُ لم تكنُ العينُ الخارجيّةُ، قابلةً للمالكيةِ موجودةً او تالفةً بل معنىٰ عهدة العين الخارجيِّ، اداء الخسارةِ والضّررِ.

عَلىٰهذا: قولهﷺ بانّ الْعِوَضَ عِوَضٌ عمّا فى عهدتى لا عَمّا فى عهدة الغيرِ فلم يُطالبُ عن الغير؟ **يُجابُ عنه** بانّ المراد من العهدةِ ماذا؟ **ان كان المرادُ من العهدةِ،** المثل او القيمةَ فقد صَرَّحَ السّيّدُ بانّ المعاوضةَ، بَيْنَ المثل والعينِ، لابين المثل وما فى الذّمّةِ وان كان المقصودُ من العُهدةِ وما فى الذّمّة، العين فى الذّمّة **ومـعلومٌ:** انّ معنىٰ الذّمّة فى باب الاعيان، غير الذِّمَّةِ فى باب الدّيونِ عند الفُقهاءِ.

بناءً عليه، اَلْعِوَضُ المؤدّى هو عوضٌ عن نفس العين **والفرضُ** انّ هذا العين فى العهودِ والذّمم والاعناق ومعناهُ انّه تجوز له مطالبةُ ما فى العنقاء والذّمم فاذا ملك هذا العين وهى فى الاعناقِ والذّمم فمَعناه، جوازُ مُطالبته من العُقَلاءِ.

بِالجُملة؛ الوجُه الّذى ذكرناه، اَظْهَرُ الوجوه بناءً عَلىٰ مَمْشىٰ الوجوه ولكن هـنا ملاحظةٌ ادّق من هذه الملاحظات ولو أثبتت هذه الملاحظة او لا اقلّ لو احتملناها تزلزت الوجوهُ السّابقة حتّىٰ الوجه الّذى ذكرناه الآنَ.

والملاحظةُ والنّكتةُ انّ الّذى استولىٰ علىٰ مال الغير فى ضمان اليدِ، مادام لم يرُدُّهُ اذا تلف، كان ضامناً سواءٌ تلف عند الآخذ او عند غاصبٍ آخر.

ويجب التّوجه بِهذه النّكتة وهو انّ التّلف، غير الاتلاف لانّ التّلف، لم يُسْتَنَدْ اِلىٰ الضّامن ولم يتلفه الضّامنُ.

مَناط الضّمان فى باب التّلفِ اَمرانِ:

الاوّل: وضعُ اليدِ، الثّانى: التّلف سواءٌ كان عند ذى اليدِ او عندَ غيرِ ذى اليد من انسان او حيوانٍ او غير ذلك.

بناءً عليه: لا فرق فى مناط الضّمان الاخير والوسط والاوّل **والمناطُ هو** وضع اليد والتّلف السّماويُّ، تلفاً غير مستند اِلىٰ احدٍ وهو يصدق عَلىٰ كُلٍّ واحد من العشرةِ، مع وجود وحدة المناط كيف يستقرّ الضّمان عَلىٰ الاخير لا السّابقين.

وَاَمّا وقوعُ التّلف عنده، لَيسَ موجباً للفرق فى المسألة مع وحدةِ المناطِ وهو التّلف ومجرّد التّفاوت بين الْاَخيرِ والسّابقين فى الزّمانِ، ليس مُؤثّراً فى صدق المناطِ.

وَهذا الاشكالُ، يوجب ايجاد مطلبينِ وان اثبتت هذان المطلبان، كانا بمنزلة حلّ المسألةِ.

ولا يخفىٰ: انّ هذين اَلْمَطلبينِ، لم يقل بهما قائلٌ وحتّىٰ يكون خلافَ ظاهر الكلمات **ولكن من** المعلوم: انّ هذا النّوع من المسائل، لم يكن اجماعيّاً تعبّدياً بل من قبيل الاستنباطاتِ وايضاً وجِهةُ نظر الفقهاء معلومٌ.

المطلبُ الاوّل: انّ فى حادثة ماليّةٍ اذا كانت عدّةُ افراد كانوا سبباً للتّلف قالوا: بالتّوزيع مثلاً اذا كانت ثلاثة افرادٍ كانوا سبباً للتّلف بحيث كان كُلُ واحد مِنْهُم، امره سبباً مستقلّاً للتّلف.

يُمكن ان يقال: انّ ما نحن فيه من هذا القَبيلِ كما فى نظائره بالتّوزيعِ فى تعاسر الاولاد فى نفقة الاَبِ.

بالجملةِ؛ قاعدة التّوزيعِ فى الموارد المتعدّدة سواءٌ كانت فى باب الدّيات او فى باب الضّمانات وسواءٌ كانت فى باب التّكاليف وكانت قاعدةً عرفيّةً وكان ما نحن فيه من هذا القبيل.

المطلب الثّانى الّذى هو مخالفٌ لظاهر الكلمات هو القول بانّ التّلف السّماويّ الّذى كان موجباً للضّمانِ، يحتاج اِلىٰ دليل قويٍّ ولا يكفى فيه اطلاق **«عَلىٰ اليد»** وحتّىٰ فى سايرِ موارد الضّمانات اذا تلفت العينُ واُثبتت انّها لم تكن مُتلفةً وانّما

تلفت بتلفٍ سماويٍّ لم يكن لنا الدّليل عَلىٰ انّه موجبٌ للضّمان حيث وَرَدَ فی باب الاجارة بعضُ الاخبار انّ الاجير كان ضامناً الّا اذا كان سبباً غالباً للتّلفِ يعنی يستفاد من مَجموعِ الاخبار الّتی وردت فی موارد متعدّدةٍ للضّمان فيما اذا خان الامين، كان ضامناً او الاجير ضامناً وكان التّلفُ موجباً للضّمان ولم يثبت عدم دخالة اليد فی الضّمان وكان التّضمين، فی صورة دخالةِ اليد قال علیٌّ عليه السلام: «**يضمّن الصّناعُ حفظاً لاموال النّاس**».

بالجملة؛ المقصودُ انّ المستفاد من الاخبار المتفرّقةِ فی باب الضّمانِ، انّ ضمان التّلفِ، كان فی موردٍ لم يكن الحال معلوماً وامّا اذا علم انّ التّلف، سماويٌّ الّذی كان نادراً فالقول بالضّمان فی هذه الصّورة، لم يعلم ويحتاج اِلیٰ دليلٍ قويٍّ ولو كان المشی فی فَتاویٰ المتأخّرين عَلیٰ خلافه.

وخُلاصةُ الكلام اَنَّ قاعدة «**عَلیٰ اليد...**» منصرفٌ عن التّلف السّماويِّ غير المستند اِلیٰ اَحدٍ ولم يكن ضمانه عَلیٰ الآخذ ولم تدلّ روايات واخبارٌ علیٰ ذلك وليس فی العرف ايضاً شاهدٌ عَلَيهِ.

فمعنیٰ «**عَلی اليد**» انّه ضامنٌ فی التّلف السّماویّ اَيضاً عَلیٰ حدّ ساير الضّمانات فمادام لم يُثبتْ انّ التّلف عَلیٰ ایِّ نحوٍ تحقّق، يثبت الضّمانُ **واذا يثبت دخالةُ اليد** فی التّلف فهو ايضاً ضامنٌ وامّا اذا ثبتت انّه لم تكن دخالة يدٍ فی الضّمان اصلاً وانّما هُوَ التّلف السّماویُّ الصّرف، لم يَشْمل: «**عَلیٰ اليد**» وساير ادلّة الضّماناتِ.

الكلامُ فى صحّةِ بيعِ ما يملكُ وما لا يملك

الشّيخﷺ عنونَ بعد هٰذِه المسألة مسألةً: «**لو باع من له نصف الدّارِ نصف تلك الدّار...**» ثمّ عنون بعد هٰذه المسألةَ، مسألة: «ما لو باعِ ما يَملكُ وما لا يَملكُ» بشكلِ آخر وهو «**ما لو باعِ ما يملك وما يملك» مع انّه لا يخفىٰ** انّ مسألة: «ما يَملكُ وما لايَملكُ» غير مسألة: «ما يَملكُ وما لا يَملكُ» فهنا مسألتانِ **ولكن** بالنّظر إلىٰ اتّحاد طريق كلتا المَسالّتَيْنِ الّا فى بعض الفروضِ الشّاذة غير المهمّة، تشترك هاتانِ المسألتنانِ من كلّ جهةٍ **ولذا ينبغى** عنوان المسألتين، بشكل مسألةٍ واحدةٍ ولعلّ عنون الشّيخ ايّاهما فى صورةِ مسألتين لاجل انّه لو كان عنوان المسألة بيع: «ما يملك وما لا يملك»، لم تكن المسألة مرتبطةً بباب الفضوليّ بخلاف مسألةِ: «بيع ما يملك وما لا يملكُ...» حيث يكون بيع ما لا يملك فُضّولياً والكلامُ هنا فى بيع الفضوليّ واحكامهِ.

مُضافاً إلىٰ ذلك فرق بين المسألتينِ **حيث** انّ مسألة: «**بيع ما يَملك وما لا يَملك**» قابلةٌ للتّقويم بخلاف: «**بيع ما يُملكُ مع ما لا يُملك**» كالخنزير حيثُ لم يكن قابلاً للتّقويمِ.

بالجملة: بَين المسألتين فرقٌ وخصوصيّةٌ.

الاولى: فى كيفيّةِ التّقويم فى بعضِ الفروض **حيث** انّ التّقويمَ، يشكل فى المسألة الثّانيةِ ايّ «**بيع ما يملك ما لا يملك**» وتطبيقِ ضابط التّقويمِ، فيها بحيث تطابق مع الادلّةِ.

الثّانية: انّ النّصَ مثل صحيحة الصّفار[1] فى مورد المسألة الْأُولى ايّ «**بيع ما يملكُ وما لا يملكُ**» ولم يرد فى مورد المسألة الثّانية الّا بتنقيح المناطِ او جعل الحكم عَلىٰ القاعدةِ **ولكن** هٰاتان الخصوصيّتان، لم تُوجِبْ ان تكونا مَسألتين ومعنَونينِ كما انّ بعض فروض المسألة الواحدةِ، تختلف مَعاً وهذا الاختلافُ لا يوجبُ انّ الفروضِ، مسائل متعدّدةٌ، ولذا بحثنا عن حكم المسألتين فى بحث مسألة

---

١. وسائل الشّيعه، ج ٨.

واحدةٍ.

كيف ماكان حكمُ بيع ما يَملكُ وما لا يَملكُ ماذا؟

بناءً عَلىٰ صحّة الفضولىّ اذا اجازهُ المالك فلا اشكالَ فيه **حيثُ** انّ الفضولىّ مع اجازة المالكِ، يصير صحيحاً فعليّاً **وكذلك** اذا ردّ المالكُ بناءً عَلىٰ المشهور لانّـه يصِّحُ فيما يَملك وبطل فيما لا يَملكُ.

غايةُ الامر التّبعيضُ فى الحكم بين ما يملك والقول بالصّحةِ وبين مـا لا يـملكُ والحكم بالبطلانِ، يوجب ورود بعض الاشكالاتِ الّتى سجيئى الكلامُ فيه.

وَامّا عَلىٰ القول ببطلان الفضولىِّ فكذلك يجبُ القولُ بانّه صَحَّ فيما يملك وبطل فيما لا يملكُ كما انّ الشّيخ الطّائفة حيثُ ذهب اِلىٰ البطلان بيع الفُضولىِّ، ذهب فى هذه المسألة اِلىٰ بطلانه فى الفضولىّ واِلىٰ صحّته فى بيع ما يملك.

صَرّح شيخنا الانصارىُّ فى هذه هكذا:

«لو باع الفضولىُ مال غيره مع مال نفسه فَعلىٰ القولِ ببطلان الفُضولىِّ فالظّاهرُ اَنَّ حُكمَ مال نفسه مَعَ مال الغير حكم ما يقبلُ الملك فى الصّحة فكما انّ بيع ما لا يقبل الملك لا يُضِّرُ بصّحته ما يقبل الملك اذا بيع مَعَهُ بل لا يضرّ بلزومهِ من طرف البائع كما سيأتى والحكم فى بيع الفضولىِّ مال غيره مـع مـال نـفسه، الصّـحةُ لظـهور الاجماعِ، بل دعواه عن غير واحدٍ **مُضافاً** اِلىٰ صحيحة الصّفار المتقدّمةِ فـى ادلّـةِ بُطلان الفضولىّ من قوله عليه السلام: «لا يجوزُ بيع ما ليس يملك وقد وجب الشّراءُ مـن البائع عَلىٰ ما يملك»[1] حيث تدلّ عَلىٰ صحّة بيع مال نفسهِ مع مال غيرهِ، وبُطلانِ بيع مال غيره منضّماً اِلىٰ بيع مال نفسه فالصّحيحةُ، ظاهرةٌ فى اللّزوم.

ولذا قالوا فى مسألة: «**بَيع ما يملُك وما لا يملكُ**» انّ صحّته فـيما يـملكُ كـانّهُ اجماعىٌّ من القائل لصحّةِ الفضولى والقائل بالبُطلانِ ولم يناقش فيها من الخاصّةِ فى الحكم والفتوىٰ الّا المحقّقُ الاردبيلىُّ حيثُ ناقش فى هذا الحكمِ.

---

١. الجزء الثّامن من المكاسب ص ٢٠٥.

وقال: اِنَّ القول بالصّحةِ منجزّاً فى بيع ما يملكُ، يشكلُ **لانّ** الرّضا، وقع علىٰ المَجموعِ **وما نقل الخلافُ من العامّةِ**، انّما هو الشّافعيُّ فى بيع ما يملكُ وما لا يملكُ حيث ذهب اِلىٰ البطلانِ فى بيع ما يملك ايضاً.

بالجملة: الشّيخُ اراد اثبات حكم المسألةِ من طَريقَيْنِ:

طريقُ القاعدةِ وطريق النّصِ الخاصّ والاجماعِ.

وامّا النّصُ الخاصُّ فهى صحيحةُ صفّار كما سيأتى بيانها.

وامّا الاجماع فهو من قبيل الاجماعاتِ المعمولة المدّعاةِ فى الفروع المعمولةِ والمسائلِ الاستنباطيّةِ الاعتباريّةِ.

نَعم: ان كان الاجماعُ، الاجماع فى اُصولِ المسائل المُدّعاةِ من القدماء فيمكن اعتبارُهُ وامّا النّصُ الخاصُّ فسيأتى بَيانُه.

وامّا الشّيخ رحمه الله فقد سَعىٰ لجعل حكم الصّحّةِ عَلىٰ القاعدة ولا يحتاجُ اِلىٰ النّص الخاصِّ والاجماعِ حتّى انّ القائل ببُطلان الفضوليّ ايضاً، يجب عليهِ التّبعيضُ وقال رحمه الله: «**صَحَّ فيما يملكُ وبطل فيما لا يملكُ**» والقائل بصحّة الفضوليّ اَيْضاً يجب التزامه بالصّحة فى صورة الرّدِ.

توضيح كونه عَلىٰ القاعدةَ، انّه مقتضى عُمومِ: «**اَوفوا بالعقودِ**» يعنى: يجب الوفاءُ بالعقد الواقع عَلىٰ المجموع **ولكن** حصل هنا مقدارٌ من العقد مانعٌ من الوفاء عليه فيؤثِّرُ، **حيث** انّ العقد بمنزلةِ المؤثّر وكُلُّ ما حصل شرطُهُ، يؤثّر وكُلُّ موردٍ لم يحصل شرطهُ امّا لفقد فاعليّةٍ او لشرط قابليّةِ القابل فلم يحصلْ الاثر؛ **بناءً عليه فى «بيعِ ما يَملِكُ وما لا يَملِكُ وما يُملكُ وما لا يُملكُ»** حصل المقتضى فى احد الطّرفينِ وهو يملك ويملك وحصل الشّرط ايضاً والمانعُ مفقودٌ فيؤثّر ويَصِّحُ وامّا فى مورد «**لا يملك ولا يملك**» فامّا لم يحصل الشّرط او وجد فيه المانع **فبناءَ عليه**، يُبَعَّضُ الحكم جرياً عَلىٰ سنّة العليّةِ وقانون العليّةِ و وزان العلل التّشريعيّ عَلىٰ وزانٍ على العلل التّكوينيِّ **ولازمُ التّأثير** فى مورد لم يحصل مانع فيه وعدم التّأثير فى مورد

حصول المانعِ **بِعبارةٍ أُخرىٰ**، عبّروا عنه بتعبيرٍ آخر انّ العقد الواقع‌المجموع، ينحلّ عَلىٰ العقود المتعدّدةِ فی مقابل الاجزاء والكسورِ **فحينئذٍ**، العقد عَلىٰ الكلّ ينحلّ عَلىٰ عَقْدينِ: عَلىٰ هذا النّصف وعَلىٰ ذلك النّصفِ، فاذا وجد مانعٌ من تأثير العقد فی النّصفِ، لا يؤثّر واذا لم يوجد مانعٌ من التّأثير، يُؤثّرُ وسيأتی جوابه فيما بعد فانتظر.

لا يَخفىٰ: انّ بعض الفقهاء صرّح بانّا لم نقل بانّ انحلاله انحلال القضيّة الحقيقيّة **ولكن** قلنا: انّ من باع الكلّ، ببيع كلّ جُزءٍ منه ايضاً فالعقد عَلىٰ الكلّ، عَقدُالاجزاءِ، **بعبارةِ أُخرىٰ**، الكلُّ عبارةٌ أُخرىٰ عن الاَجزاءِ بالاَصلِ فاذا عقد عَلىٰ الكلّ، فقد عقد عَلىٰ الاجزاء اَيْضاً.

نقولُ: انّ هذا صحيحٌ يعنی انّ العقد عَلىٰ الكلّ، عين العقد عَلىٰ الاَجزاء **ولكن هذا** مع كونه صحيحاً فی نفسه، **لا يفيد لانّهم** قالوا: انّ الاَجزاء بالاصلِ، ليس الاجتماعُ قيداً وقالوا: انّ الكلّ، عين الاجزاء بشرط الاجتماعِ.

ولكنَّ الاَجزاء كانت، عين الكلّ فی حال الاجتماعِ لابشرط الاجتماع ولا فی حالِ الانفراد كما قرّر فی باب مقدّمة الواجب كما صَرَّحَ به المحققُّ الخراسانیُّ﵀، لاعتبارات الاجزاء؛

بناءَ عليه يصّحُ القولُ: بانّ كلّ من باع الكلّ، باع كلّ جزءٍ **ولكن** يعامل مع الجزءِ فی حال الاجتماع ولو كان، لا يفيد الاجتماع ولا يعمل الجزء فی حال الانفرادِ.

بعبارةٍ أُخرىٰ اذا قال البايع: «**بعتُ**» ليس له اطلاقٌ فی انّه باع كلّ جزءٍ منه فی حال الاجتماع وفی حال الانفرادِ.

والحاصلُ ممّا ذكرناه انّه اذا باع انّ المبيع ناقصٌ او بان اَنَّ بعض المبيع مالُ الغير، يصّح فی كلا الصّورتَين **ولذا** قالُوا بهذا فی باب تَخلّف الوصف مثلاً لو بَاع فرساً عربيّاً فَبان انّه غير عربیٍّ فقالوا هنا بالصّحّةِ.

غاية الامر، له خيارُ الفسخ وكذلك قالوا فی باب تخلّف الشّرط، مالو باعه مَشروطاً بشرائطَ ولم تأتِ هنا، الشّرائطُ ولم يف بالشّرائط، قالوا هنا ايضاً بالصّحّة حينئذٍ.

غاية الامر، له خيار تخلّف الشّرطِ﵀.

قالوا فيما نحن فيه ايضاً بالصّحّةِ، غاية الامر للمشترى خيارُ تخلّف الصّفقةِ لانّ المشترى، عامل عَلىٰ المجموع فالبايع لم يسلم له وحتّىٰ قال بعضٌ:

انّ للبايع ايضاً خيارُ تخلّف الصّفقةِ لو كان جاهلاً بانّه مال الغير وانّما هو باع بقصد انّه ماله وكان فى تمام هذه المسائل، اتّحاد الطّريق والمناطِ، والمناطُ فى ذلك كلّه شمولُ: «**اوفوا بالعقودِ**» الّا فى موردٍ وُجِدَ مانعاً.

والضّرر ايضاً ينجبر بالخيارُ والخيار ايضاً عَلىٰ اقسامٍ من خيار تبعّض الصّفقةِ وتخلّف الوصف وتخلّف الشّرط وتعذّر الشّرط وغيرها.

قرّب السّيّد﵀ فى الحاشية هذا الوجهَ وصرّحَ انّ هذا حصلَ فى باب الاوامرِ ايضاً وفى الأُمورِ غير الارتباطيِّ، يكونُ الحالُ كذلك **ولكن اِنَّ** المولىٰ لو امر بمُركّبٍ من أُمورٍ واتىٰ بعض تلك الامورِ وعَصىٰ بعضاً آخر كما اذا صامَ بعض اَيّامِ شهرِ رَمضانِ وعَصىٰ عن باقيِ الايّامِ، فهو كان مِمّن امكنَ له بعضُ اَجزائهِ مع انّه تعذّرتْ له اَجزائهُ الأُخرُ **هذا، دليلٌ عَلىٰ** انّ حكم الصّحّةِ، كان عَلىٰ القاعدة سواءٌ كان فيما نحنُ فيه ومسألةِ ما يملكُ وما لا يملك وفى مسألةِ تخلّف الوصف وغيرها.

اذا قيل لهم: ذهبُ المحقّق الاردبيلىُّ﵀ ومن حذا حذوهُ، انّ العقدَ وَقَعَ عَلىٰ المجموع وَ وَقَعَ الرّضا عَلىٰ المجموعِ والعقد وقعُ عَلىٰ الموصوفِ لاعلى فاقد الوصفِ، و وقع العقد عَلىٰ المشروطِ والرّضا والانشاءُ، مقيّدٌ **ومع ذلك** كيف يجوزُ القول فى الرّضا المقيّدِ والانشاءِ المقيّدِ بصحّته فى بعضهِ؟

فقد اجابوا عنه اَوّلاً: انّ العقد ينّحلُ فى الاَجزاء **لانّه** اذا عُقِدَ عَلىٰ المجموع فَقَدْ عقد عَلىٰ جميعَ اجزاءِ تلك المجموعِ واذا عقد العقدُ عَلىٰ مأة مَنٍّ من الحنطةِ فقد عقد عَلىٰ كلّ مَنٍّ منها يعنى انّ العقد، ينحّل اِلىٰ الاجزاءِ وامّا فى مثل الاوصافِ والشّرط فقد قالوا بشيءٍ آخر وهو انّ الرّضا فى هذا القبيلِ، من قبيل تعدّد المطلوبِ وكانّه كان هنا مطلوبٌ ادنىٰ ومطلوبٌ اعلىٰ يعنى مورد المعاملةِ، متن العقدِ والاوصاف والشّرائطُ كالهامشِ يعنى هنا مطلوبانِ: قوام المطلوبِ، عَلىٰ مورد العقد

وكمال المطلوبِ، بالاوصاف والشّرائطِ.

ولذا اجاب المحقّقُ الاردبيليُّ ﷺ وَمن تبعه فى مقابل هٰذا القولِ، انّ الرّضا كان متعلّقاً بالمجموعِ والمشروطِ والموصوفِ **ومع ذلك** كيف يَجوزُ القـولُ فـى فـاقد الوصف انّه مرضيٌّ وكان معقوداً عليه؟ وكان وقع عَليهِ العقدُ بانّه كان من بابِ تعدّد المطلوبِ تعدّدُ الرّضا؟ كما **يكونُ كذلك فى باب** العُرفيّاتِ والعباداتِ، حيث يكونُ فى باب العباداتِ، اركانٌ وغير اركانٍ وكانت دخالةُ الاَركان فى العباداتِ علىٰ نحو خاصٍّ وامّا غير الاركان فهو من باب تعدّد المطلوبِ يعنى اذا لم ينس، يأت بـها وتصيرُ العبادة كاملةً.

وَالْاركان اَيضاً من جهةٌ اُخرىٰ، من قبيل تعدّد المطلوبِ فاذا قدر عليها يأت بها واذا لم يقدر عليها فيأتيها بالجلوس والايماءِ والاشارة وغير ذلك.

بالجملة؛ تعدّدُ المطلوب يسرى فى باب العبادات والمعاملاتِ **ولذا** فـى مسألةِ الشّرطِ ومسألة الجزءِ والوصف وغيرها اذا تخلّف الرّضا فيها، يكون الرّضا الاعلىٰ والمرتبة الاعلىٰ، متخلّفةً وامّا مرتبةٌ اُخرىٰ اَدنىٰ من الرّضا، كانت مـوجودةً **فـلذا قالوا:** انّ الوصف الموجود فى المبيع ان كان مُقوّماً له فيبطلُ البيعُ عند تبيّنِ فقد انه مثلاً لو بَاع هذا الموجود عَلىٰ انّه حديدٌ فبان انّه قطنٌ، قالوا ببطلانهِ ولو صحّ انّه باع هذا الشّىءِ مقيّداً بوصفٍ او شرطٍ، مثلاً ذكر اسم الحديد مع شرطٍ او وصفٍ فبان خلافُه وكان بمنزلة فقدان المبيعِ.

بالجملة، لا يجوزُ القول فى الاوصافِ المقوّمةِ تعدُّد المطلوبِ بل يجب القـول ببطلانه اذا تخلّف عنها.

وامّا فى الاوصافِ غير المقوّمةِ والاوصافِ العارضةِ فيقال بالدّخالةِ وعدمها واَمّا دخالتها فهى فى مطلوبها الاعلىٰ وامّا عدم دخالتَها فهو فى اصل المَطلوبِ فهو من قبيل تعدّد المطلوبِ.

وهذا تقريبُ دليل القائلين بالصّحّة سَواءٌ كان هنا او فى اَشباهِ المسائل فى باب تَخلّفِ الشّرطِ وتخلّفِ الوصفِ.

يمكن الجواب عن استدلال الاكثر فى الصّحة وحتّى نقل السّيد الحكيم بلا ريبٍ وشبهةٍ ومع ذلك يمكنُ التّأمّلُ فيه ويمكن توجيهُ قول الاردبيلىٍّ وتقوية قوله﵀ بانَّ مَسالةَ الانحلال الّذى ادّعى السّيّدُ﵀ ان كان صحيحاً، كان صحيحاً فى المِثليّات لافى القيميّاتِ لانّ الانحلالَ امّا يكونُ عقليّاً او عُرفيّاً وامّا العقليُّ منه فهو فى القضايا الحقيقيّةِ المحصورةِ فتنحّل اِلىٰ الفضاء الجزئيّةِ وامّا الانحلال فلا يجوزُ عقلاً فى بيع الدّار بانّى بعت كلّ غُرفةٍ منها بكذا وكلّ بناءٍ منه بكذا وكلّ حائطٍ منها بكذا...

بعبارة اُخرىٰ: انّ هذه المعاملةَ ان كانت خبراً فهى قضيّةٌ خارجيّةٌ لا حقيقيّةٌ **وبالجملة؛** بيعُ الدّار مثلاً كان مركّباً كان موضوعهُ اِرتباطيّاً فَقياسُ السّيّد﵀ الدّار بالدّارهم، لا يَخْلُو عن اِشكالٍ، مضافاً اِلىٰ ذلك انّ الدّراهِمَ من قبيل المَعدودِ وليست من قبيل المركّب.

وامّا الْإنحلالُ العُرفىُّ وكونه عقوداً متعدّدةً واردة عَلىٰ اَجزاءٍ عَديدةٍ فهو لم يكن بيّناً ولا مبيّناً فى جميع الموارِدِ لو لم يكن معلوم العدمِ **بل يمكن القولُ** بانّ العقد، يُرىٰ هذا المطلبُ فيه محتاجاً اِلىٰ رِضىً جديدٍ **بناءً عليه،** يمكن ان يعبّر عن خيار تبعُضِّ الصّفقة فى امثال المورِدِ بانّه خيار الرّد والامضاء يعنى كان مثل الفضولىٍّ بعينه يعنى لم تثبتْ هنا صحّةُ المنجّز بحيث تكون المنافعُ، مال المشترى حتّىٰ يمكن القول بعدم الانحلال ايضاً فى المثليّاتِ، **غاية الامر** الفرقُ بينهما، بمقدار ادنىٰ **بالجملة،** مسألة الانحلال الّتى قالوا فى مسألة بيع ما يملك وما لا يملك الّذى كان مبناه انّ من عاملَ المجموع، عامل مجموع الاجزاءِ ايضاً، فهى منحلّةٌ عَلىٰ عقودٍ الىٰ الاَجزاء ومعاملة عَلىٰ الاجزاءِ.

يُشكِلُ قبولها ويسئلُ منهم: انّ الانْحِلال **اَمّا عقلىٌّ مثل انحلالِ القضايا الحقيقيّةِ ومعلوم انّه ليس كذلك وامّا عرفىٌّ** فهو ايضاً لم يعلم لو لم يكن معلوم العدمِ **وامّا ما قالوا فى الاوصافِ** من تعدّد المطلوب فقلنا اوّلاً: لو فرضنا بتعدّد المطلوب كما انّهم قالوا فى باب الوقف بانّ العمل للوقف اذا يمكن، يجبُ العملُ ممّا هو اقربُ لمقصود

الواقف **ولكن هل** الواجب، العمل باغراض الواقف او العمل بنفس الوقفِ ام لا؟

من المعلوم: انّ التبعيّةَ لاغراض الواقفِ واغـراض المـوصی واَغـراضِ النّـاذر والمعاهِدِ واغراض العاقدِ وحَتّی اَغراضِ الآمر، لا يلزم **غايةُ الامر**، الغـرض تـارةً يكون ممّا يجب تحصيله فهو جزء المأمور به **ولذا صَرَّحَ المحقّقُ الخراسانیُّ** فـی الكفاية والمحقّق النّائينیّ﵀ انّ الغرض الّذی يدخلُ تحت الامر، يـجب تـحصيلُهُ مثلاً: **«اذا كنتم جنباً فاطهّروا»** حيث انّ الطّهارةَ كانت، غرض المولیٰ وكان تـحت الغرضِ فاذا صَرَّحَ الشّارعُ فی مورد: **«الجنب والحائض يغتسلانِ»** كـما فـی قـوله تعالی: **«اذا قمتم فی الصّلاةِ فاغسلوا وجوهكم وَاَيديكم اِلیٰ المرافقِ»** فـمعلومٌ انّـه لتحصيل الغرض ويجب تحصيلُهُ واذا شككنا فـی حـصولِ هـذا الغـرض يـجب الاحتياطُ عَلیٰ طبق هذه القاعدة ويكون الشّكُ، شكاً فی المحصّلِ والشّكُ فيه ليس شكاً فی حُصولِ الغرض.

ومعلومٌ انّ العقود مثل باب الاوامر فاذا كان غَرَضُ العاقد، غَرَضٌ دخل فی متن العقد بالالزام والالتزام الصّريح او بالشّرطِ الضّمنیّ او شرط مـبنیّاً عـليه العـقد او بالقرينة الحاليّةِ فمعلومٌ انّه يجب الوفاء به وامّا اذا لم يكن كذلك، لم يجب تحصيلُها ولم يكن تخلّفه موجباً للخيارِ.

وبالجملة؛ الواجب هو اتّباعُ انشاء العاقد لا اغراضُهُ فلو فرضنا انّ المَسألةَ من قبيل تَعدّدِ المطلوب وتَعدّدِ الغرض ولكن اذا كان الانشاءُ، انشاءً واحداً والعقد، عقداً واحداً، لا يكون الانحلال والتّحليل فی بابِ العقود مناطاً.

مضافاً اِلیٰ انّ اصل تعدّد المطلوب، لم يكن صحيحاً **والقول بانّ الاوصاف الّتی كانت بمنزلة** الاغراض ولم تكن جزء الذّات وكانت من قبيل وصـف المـوصوف وكانت من قبيل تعدّدِ المطلوب كما لو بانَّ كون الفرسِ، غير عَربیٍّ ويحصلُ مطلوب واحدٌ ولم يحصل مطلوبٌ آخر وغير ذلك، **مشكلٌ جدّاً**.

هل يمكن لنا قبول تعدّد المطلوب فى بعض الموارد ام لا؟

يجوز لنا التّفصيل فى المسألة ولو لم يقل به المشهور.

توضيحه: انّه يمكن ان يقال: انّ المعاملات عَلىٰ نحوين:

الاوّلُ: القصد الىٰ مثل بيع الفرس المطلق فى العقد وقد اتّفق كون الفرسُ عربيّاً مع انّ غرضه اصل الفرس و...

الثّانى: انّ غرضه، الفرسُ العربىُّ لا مطلق الفرس.

حكم هذين النّحوين، يتخلّف **حيث** انّ فى المورد الاوّل يجوز ان يكون من قبيل تعدّد المطلوب والانحلال عرفاً **لانّ** المشترى يكونُ طالباً للفرس والحاجة الىٰ المركوب المطلق.

وامّا فى المورد الثّانى، فلا يجوز ان يقال: انّه من قبيل تعدّد المطلوب ويمكن اجراء هذا القول بعينه فى الاَجزاء ايضاً مثلاً المشترى طلب مأةً من الحنطة **ولكن** باع فى مقام التّوزين تِسعينَ منّاً فيجوز القول بانّه صحّ فى الموزون بقسطه من الثّمن لانّه لم تكن عناية بالاجزاء فى البيع والشِّراء وكان من قبيل تعدّد المطلوب وتصّح مسألة الانحلال هنا عرفاً.

بالجملة؛ يمكن القول بتعدّد المطلوب فى بعض الموارد فى الجملة **ولكن** لا يجوز القول بانّ جميع موارد تخلّف الوصف، كان من قبيل تعدّد المطلوب وكانت المعاملة صحيحةً ولا يحتاج حتّى اِلىٰ الرّضا البَعدىِّ والمنافع، مالُ المشترى.

ومن المحتمل انّ قول المشهور بين الوصف والشّرط والقول بانّ تخلّف الوصف لا يوجب البطلان **ولكن** فساد الشّرط، موجبٌ للبطلان **يبقىٰ السّؤال عنهم بانّه** ما الفرقُ بين الشّرط والوصف وان كان من قبيل تعدّد المطلوب، فلم يكن هذا فى الشّرط ايضاً قال به المحقّق الثّانى فى جامع المقاصد.

اجاب الشّيخُ عنه﵀ فى المتن بقوله: «يكفى فى الفرق بينهما، النّصُ والاجماعُ».

يرد عَلىٰ الشّيخ﵀: انّا اذا قبلنا النّصَ والاجماع، فمعناه انّ الحكم، مخالفٌ للقاعدة مع انّ عقيدته﵀ فى اوّل الكلام، انّه مطابقٌ للقاعدة ويشمله قوله: «**اَوفوا**

بِالْعُقُودِ».

بناءً عليه، التّوجيه فی الفرق بين تخلّف الشّرط والوصف فی نظرنا، انّ كلّ وصفٍ كان مورداً لعناية المتعاقدين بحيث يتبع المبيع بوصفٍ كذا مثلاً، فهو شرطٌ واقعاً سَواءٌ عبّر عنه بقوله: **«علىٰ انّه»** ادعُبِرَّ بالوصف **وامّا اذا وقع تصادفاً ولو كان** وصفاً مذكوراً ولو كان موجباً لا زياد القيمة، فهو كان وصفاً **فالمرادُ من** الوصف فيما قالوا بالفرق بين الوصف او القول بالصّحّة وبين الشّرط والقول بالبطلان، كان شيئاً ليس مورداً لعناية العاقد ولو كان فيه الالتزامُ والالزام ولو كان مؤثّراً فی زيادة القيمة.

فالفرقُ بين الشّرط والوصف هو الفرق والمناطُ الفقهیُّ لا بمعنیٰ ملاحظة معناهما لغةً ويقال انّه اذا ذكر بعنوان **«عَلىٰ انّه»** كان شرطاً واذا ذكر بعنوان الفرس العربیّ كان وصفاً كما يستفاد من بعض كلمات الشّيخ فی باب بيع الجربان المعيّنة وتخلّف بعض الجربانِ.

قال الشّيخُ﵀ فى مسألة: «**ما لو باع ما يملِكُ مع ما لا يَمْلِكُ**» انّه صحّ فيما يملك وبَطَلَ فيما لا يملك مع ردّ المالك بقسطه من الثّمن **وذكروا فى تعليل هذا الحكم** عَلىٰ كونه مطابقاً للقاعدة وجوهاً.

منها: ما ذكروا فى تعليله، عمومَ «**اوفوا بالعقودِ**»؛ غاية الامر، ليس العمومُ قابلاً للعمل فى مال الغير وكان قابلاً للعمل فى بيع مال نفسه ولا تضرّه وحدة العقد لانّ العقد ينحّل ولا تضرّه وحدة الرّضا لانّ الرّضا بنحو تعدّد المطلوب وكان هنا رضاءان وامّا جهالته بقسطه من الثّمن الّذى توجب الجهالة فى البيع فقال الشّيخ(ره) انّه لا يضر لانّ المضرّ من الجهالة، ما حَصَلَ فيما جعلها المتعاقدانِ لا فيما يملكه بعد البُطلانِ فى بعضٍ والصّحة فى بعضٍ آخر.

منها: مسألة الانحلال **ومنها:** مسألة تعدّد المطلوب فى الأَجزاء والشّرائط والقيود والاوصاف بالشّرح الّذى ذكرناها وقلنا فى خلال البحث مع اَجوبة هٰذِهِ الوجوه انّ:

تعدّد المطلوب ليست له كليّة **نعم** كانت موارد فيها، تعدّد المطلوب **ولكن** فى معاملة كلٍّ ما يكون انضمام الاجزاء، تعدّد المطلوب او يكون فى كلّ وصف، تعدّد المطلوب وكذلك ليس فى كلّ شرطٍ، تعدّد المطلوب وانّما له موارد كما ذكرناها سابقاً.

عليهذا، ضابط تعدّد المطلوب ووحدته، يلاحظ فى كلٍّ من الابواب بالنّحو الّذى قلناه كما انّ الغُسل هل يسقط فى صورة تعذّر السّدر والكافور ام لا؟ حيث ذهب﵀ الىٰ انّ الغسل، يسقط عند تعذّر السّدر والكافور لما ورد فى بعض الاخبار بماء السّدر والكافور.

ومعلوم: انّ سقوط القيد، موجبٌ لسقوط المقيّد بخلاف ما اذا ورد فى الاخبار مثلاً: «**اِغسلْه بماءٍ**» ولكن فيه شيءٌ من السّدر والكافور الّذى هو ظاهرٌ فى تعدّد المطلوب.

وحينئذٍ تعذّرُ القيد وهو السّدر، لا يوجب سقوط المقيّد وهو الغسل بناءً عليه، كان لتعدّد المطلوب ووحدته، ضابطٌ يلزم استفادته فى مقام الاثبات من الادلّة فى

باب العبادات والمعاملات والطّهارات والنّجاسات وساير الابواب.

ولا يجوز القول بانّ كلّ وصفٍ من باب تعدّد المطلوب وانّ كلّ شرطٍ من قبيل وحدة المطلوب

من جملة الوجوه المذكورة لصحّة بيع ما يملك، مسألة الانحلال قلنا سابقاً: انّه ليس له مأخذ **لانّ** انحلال الكلىّ اِلىٰ الجزئيّات عَلىٰ نحو الحقيقيّة، لا يصحّ **لانّه** لم تكن هنا قضيّةٌ حقيقيّةٌ.

وَامّا انحلال العقد الواقع عَلىٰ الكلّ، عَلىٰ الاجزاء كما قد يدّعى وقرّره السّيّدﷺ فهو ان كان، فهو فى صورةِ انضمام الاجزاء والاجزاءِ بالاسر لا فى حال الانفراد **ويمكن ان يقال:** انّ للانحلال فى مسألتنا، وجهٌ مخصوص غير الوجه الّذى قرّره السّيّدُﷺ وغيره وهو انّ الفرض انّ هنا مالكان وقالوا: انّ من موجبات تعدّد العقد، تعدّد المالك وهذا ليس مربوطاً بانحلال الكلىّ اِلىٰ الجزئيّات او الكلّ اِلىٰ الاَجزاء كما انّه يمكن ان يجرى العقدين مثل البيع والنّكاح بايجابٍ وقبولٍ واحدٍ مثلاً قال: «**بعت الدّار وقبلتُ ترويج المرأة المعينةَ عَلىٰ عشرة آلاف**» ومع ذلك كان هنا عقدان: عقد النّكاح وعقدُ البيع

بناءً عَلىٰ هذا، فى المقام، انحلال العقد اِلىٰ عقدين، كان له وجهٌ مخصوصٌ غير وجه انحلال الكلىّ اِلىٰ الجزئيّات والكلىّ الىٰ الاجزاء.

فحينئذٍ، يمكن ان يقال بالانحلال فى صورةٍ وكونه عقدين وعدم الانحلال فى صورةٍ اخرىٰ وكونه عقداً واحداً **لانّ** فى باب بيع الفضولى وبيع مال نفسه مع مال غيره، كانت المعاملة بالنّسبة الىٰ مال الغير فضوليّاً وقلنا انّ هنا فرضان: **فرض كونه غاصباً** ويبيع لنفسه بادّعاء المالكيّة وتارةً يبيع عن المالك متوقّفاً للاجازة او بانياًالاجازة فاذا باع بعنوان كونه غاصباً بادّعاء الملكيّة سواءٌ كان المشترى عالماً او جاهلاً فهو عقدٌ واحد لا ينحّل اِلىٰ عقدين ويجئى الكلام السّابق هنا.

واذا باع عن المالك فهو يكون عقدانِ: عقدٌ لنفسه وعقدٌ للمالك وله مالكان: احدهما بطيّاً وثانيهما كانَ مبنيّاً عَلىٰ الاجازة او عَلىٰ اِعتقاد الاجازة **ففى هذه**

الصّورة، يمكن القول بانّه لو لم يجر، صحّ فيما يملك وبطل فيما لا يملك.

يمكن القول بالانحلال فى هذا الفرض ولا يبعد تنزيل فتوىٰ المشهور عَلىٰ هذا الفرض **لانّ بيع الغاصب**، كان له تعبيرٌ آخر وهذا التّعبير، ينزّل عَلىٰ بيع مال الغير بعنوان الغير غالباً وباع مترقّباً لاجازة الغير او بانياً عَلىٰ اجازته بهذا التّرتيب، اذا امكن، حمل الفرع عَلىٰ الفرد الشّايع يعنى باع مال الغير بعنوان الغير لا بعنوان انّها مال نفسه فيمكن تصحيح هذا الفرع وتسليم الانحلال وكان حينئذٍ له وجهٌ.

واذا كان مقصودُ المشهور من هذا التّعبير، اذا كان هذا الفرد كما لا يبعد، يمكن تصحيحُ الفرع بهذا النّحو ويمكن كونه عَلىٰ القاعدة.

ومن هنا، يعلم ضعف ما ذكره المحقّق الايروانىّ ﷺ من انّ الانحلال، ليس من باب انحلال العقد اِلىٰ العقود بل من باب اِنحلال الوفاء اِلىٰ الوفاءات لانّ **«اَوْفُوا بِالْعُقُودِ»** وان كان فى الظّاهر ذكر بشكل الامر **ولكن** كانت من القضايا الحقيقيّة وكان معناه، **«كُلُّ عقدٍ يَجِبُ الوفاءُ به» فحينئذٍ** ينحّل انحلالاً حقيقيّاً اِلىٰ افراده وجزئيّاته والوفاء، امر عامٌّ.

واذا ورد مانع من الوفاء بجزء ومواردٍ يجب الوفاءُ بالباقى وان هو الّا كالعامّ المخصّص مثل سائر العمومات الّتى اقتضت شمول الافراد **ولكن** وُجِدَ لبعض الافراد مانع، وكان **«اوفوا بالعقود»** يقتضى الوفاء لكلّ العقدين فى بيع ما يملك مع مالا يملك **ولكن** وُجِدَ مانع شرعىٌّ فى وفاءِ احدهما حيث كان مال الغير والمانع الشّرعى كالمانع العقلىّ **وامّا الآخر الّذى** ليس له مانع، فيشمله قوله تعالىٰ: **«اوفوا بالعقود»** ولذا قالوا فى باب حجيّة الاخبار الآحاد انّها ان كانت مشتملةً عَلىٰ جملاتٍ وفقراتٍ وبعضها لا يجوزُ العمل به كما فيما نحن فيه، يجب العمل بباقى الفقرات **لانّ** عموم **«صَدِّقِ العادِلَ»** يقتضى العمل بجميع جملاتها **غاية الامر** كان للعمل ببعضها مانعٌ يخصّص ويعمل علىٰ باقيها كما صرّح به صاحب الرّياض فى هذا الباب بقوله: **«وان هو الّا كالعامّ المخصّص»**.

اقول:

انّ هذا القول منه ﷺ كان ضعيفاً واذا قبلنا هذا الكلام فی باب **«صَدِّق العادل»** واجريناه فی اشباهه ونظائره، فهو لا يجرى فی باب العقد **لانّ** معنىٰ الوفاء بالعقد، العمل بمقتضىٰ العقد والالتزام والالزام فی العقد فاذا التزم فی العقد بالانضمام، فهو لم يكن ويسقط حينئذٍ فاذا كان العقد، عقداً واحداً، فوفائه ايضاً واحدٌ وليس للعقد الواحد، وفاءات حتّىٰ يقال: انّ بعضها يمكن وبعضها لا يمكن فاذا قبلتم انّ العقد عقد بسيط وعقد غير منحلّ يعنى اجتماع بعض الاجزاء مع بعضها، مانعٌ من الانحلال والّذى كان مورداً للبيع والشّراء، انّما هو حالة انضمام الاجزاءِ الّتى يعبّر عنها بالكلّ لاحالة انفراد الاجزاء كما قبله ﷺ **فحينئذ مسألة: «اوفوا بالعقود»** لا تصلح لانّ الوفاء، ليس عنوان آخر غير العمل بما قال والعمل بما قرّروا بما شرط، فاذا كان شرطه، شرط الانضمام فالوفاء ايضاً الوفاء بالانضمام والفرض انّ الوفاء بالانضمام، غير ممكنٍ.

فتحصّل ممّا ذكرنا: انّ الوجوه الّتى ذكروها للانحلال سواءٌ كان انحلال الكلىّ الىٰ الجزئيّات وسواءٌ كان انحلال الكلّ الىٰ الاجزاء وسواء كان انحلالٌ الوفاء اِلىٰ الوفاءات، ضعيفٌ جدّاً.

وان كان ولابدّ، يمكن القول بالانحلال من باب تعدّد المالكين وهو ايضاً فی فرضٍ واحدٍ وهو ما اذا يبيعه عن المالك لا فی فرض انّه يبيعه عن نفسه **وبناءً عليه**، يمكن القول بانّ الصّحّة عَلىٰ طبق القاعدة.

ثمّ ذكر الشّيخ هنا مانعانِ آخران:

احدهما: عَلىٰ تقدير الصّحة راجعٌ الىٰ جميع الفروض

وثانيهما: راجعٌ الىٰ بعض العقود.

والمانع الاوّل مانع الجهالة وهو انّ بيع مال نفسه مع مال غيره، يوجب الجهالةَ فی الثّمن **حيث** لم يعلم قسط من الثّمن الّذى كان فی مقابل ملك نفسه وملك غيره.

هذه الشّبهة بناءً عَلىٰ الانحلال الّذى كان مبنىٰ المسألة، تصير قويّاً **لانّ** معنىٰ

الانحلال، انّ كُلَّ واحدٍ مستقلّ باللّحاظ وكان الثّمن والمثمن متعيّناً فى حدّ نفسها.

ومعلومٌ: انّ الجهالة غررٌ منهيٌّ كما ورد: «**نهى النّبىّ عن بيع الغرر**»، الشّيخ ﷺ قال: انّ هذا المانع ايضاً ليس بصحيح **لانّ** الجهالة الّتى كانت مُضِرّةً فى البيع، كانت من شرائط المنشأ وكانت من شرائط البيع العرفىِّ لا من شرائطِ الانتقال والملكيّة.

وبعبارةٍ أُخرىٰ، للبيع حالتان: **الاولىٰ:** حالة الانشاء بحيث تصير مصداقاً للبيع العرفىِّ.

والأُخرىٰ، حالة الصّحّة الشّرعيّة؛ والجهالة شرط البيع العرفىّ لاشرط الصّحّة الشّرعيّة.

بالجملة: الجهالة، شرط الانشاء وشرط المنشأ بمعنىٰ العلم بما قرّروه ومعنىٰ اعتبار العلم، ليس انّه يجب ان يعلم مايؤل بعد التّقسيط بل يجب عليه العلم بمدلول كلامٍ وانشائه.

هذا الوجه ايضاً لا يخلو عن اشكالٍ **لانّ** دليل مانعيّة الجهالة واعتبار العلم امرانِ كما سيجئى بيانه فى محلّةً.

احدهما: ادلّة اعتبار العلم ومانعيّةُ الجهالة **وفى هذا السّنخ** من الادلّة، الّذى ادّعى الشّيخ وتبعه من بعده، تصحّ يعنى قابلٌ للتّوجيه **وامّا ادلّة أُخرىٰ** تمسّك نفس الشّيخ بها مثل: «**نهىٰ النّبىُّ عن بيع الغرر**» ايّ كان معنى الغرر، الخطر كما استظهره الشّيخ ﷺ فمعلوم انّ الخطر ليس راجعاً اِلىٰ الانشاء بل راجعٌ اِلىٰ الملكيّة.

فحينئذٍ اذا علم فى الانشاء ولكن لم يعلم ثمن مال نفسه ومال غيره بعد التّقسيط وبقىٰ الخطر عَلىٰ حاله فادعّاء انّ الجهالة مربوطةٌ بعالم الانشاء وليست مربوطة بحالة الاِنتقال، فى غاية الغموض والاشكال **لانّ** الاعتبار فى الخطر بالتّسلّط والانتقال وامّا الانشاء وما قال وما قيل، فليس له اعتبارٌ فى باب الخطر.

بناءً عليه، القول بانّ هذا الاشكال ليس بصحيحٍ لانّ اعتبار العلم فى مرحلة الانشاء، ليست له قوّةٌ.

حكم استثناء الشّيخ صورة واحدة عن الحكم بالصّحّة

ثمّ: انّ الشّيخ بعد ذكر دليل الصّحة وكونها مطابقةً للقاعده، انّما استثنىٰ ﷺ صورةً واحدةً حيث انّ الحكم بالصّحّة، لا يصحّ فى هذه الصّورة اى فيما يوجب الرّبا ويبطل العقد بالمرّة فى هذه الصّورة.

بعبارةٍ اُخرىٰ: لو باع ما يملك وما لا يملكُ، صحّ فيما يملك الّا فى صورةٍ واحدةٍ وهو مورد ما تحتاج صحّة البيع فيه اِلىٰ ضمّ ضميمة والضّميمة هى مال الغير فاذا بَطَلَ العقدُ فى مال الغير، بطل فى الضّميمة واذا بطل فى الضّميمة بطل فى الكلّ **وذلك** مثل ان قال: «**بعتُ عبدى الآبق مع دار عمر وبكذا**» والفرض انّ عمروا، لم يجز بيع داره فيبقىٰ بيع العبد بلا ضميمةٍ وهذا يوجب بطلانَ العقد ولا يجوز القول بانّه صحّ فيما يملك اذ لو صحّ فيما يملك لصحّ بلا ضميمةٍ مع انّ بيع العبد الآبق من دون ضميمةٍ، لا يصحّ **كان له مثالٌ آخر فى باب الرّبا المعاوضِيّ**

ومعلومٌ: انّ تحقّق الرّبا فى باب المعاوضة، يتوقّف عَلىٰ حصول امرين كما انّ تحقّق الرّبا فى الرّبا القرضّى، ليس له شرط الّا نفس الشّرط حيث قالوا: انّما الرّبا من قبيل الشّروط.

الامر الاوّل: اتّحاد الجنسين فاذا اختلفا فى الجنس مثل الحنطة والارز، لا يتحقّق فى الزّيادة بينهما، الرّبا.

الامر الثّانى: ان يكون مَكيلاً او موزوناً.

فلذا لم يتحقّق الرّبا فى معاوضةِ الاسكناس لو تحقّقت المعاوضة فيه **حيث** انّه لم يكن مَكيلا او موزوناً **فحينئذٍ** اذا عامَلَ درهماً بدرهمين قالوا بالبطلان لانّه الرّبا **لانّ** الدّرهم كان فِضَّةً وهى من الموزونات **فحينئذٍ** صرف الدّرهم هم عدديّاً لا موزونيّاً، هو لاجل انّ العدد مرآتُ الوزن كما انّ معاوضة دينار بدينارين، لا يجوز لاجل كونه الرّبا **ولكن** اذا تحقّقت المعاوضة بين درهمٍ ودينارٍ وبين درهمين ودينارين قالُوا بصحّته.

هكذا عبارة السّيدُ فى الحاشية فى هذه المسألة:

اقول: امّا الاوّل فكما اذا باع درهماً وديناراً، بدرهمين ودينارين او بثّلاثة دراهم او بثّلاثة دنانير وكان الدّرهم للغير.

فانّه لو اجاز ذلك الغير، يَصِحُّ البيع وان كان له فى مقابل درهمه، درهمٌ وقدرٌ من الدّينار وللبايع فى مقابلةِ ديناره درهمٌ ودينارٌ بل ازيد **لانّ المدار عَلىٰ** ما وقعت عليه المعاملة وهو المجموع بالمجموع امّا لو لم يجز فيكون البيعُ باطلاً **لانّه** من الاوّل كانّه وقع العقد عَلىٰ الدّينار فى مقابل درهمٍ ودينارٍ بل ازيد فيكونُ من الرّبا.

وهكذا صرّح به المحقّق النّائينىّ﵀ والشّيخ﵀ عَلىٰ اِجمالٍ **وامّا الشّهيد الثّانى والمحقّق الثّانى فقد صرّحا** باحتمال الصّحّة.

وحَمَلَ السّيّدُ﵀، احتمال الشّهيد الثّانى والمحقّق الثّانى، الصّحّة بانّ **لعلّ عندهم الرّبا كالجهالة** فكما قلنا انّ الجهالة، كانت مُضِرَّةً فى الانشاء لا فى الانتقال الشّرعىّ بالشّرعىّ لشرح الّذى قلناه سابقاً.

ويمكن ان يقال: انّ نظر المحقّق الثّانى والشّهيد الثّانى، اِلىٰ الاشكال الّذى نذكره ونَقُول:

انّ قول السّيّد﵀ من انّه لو اجاز ذلك، الغير يصّح البيعُ وان كان له فى مقابل درهمه، درهمٌ وقدرٌ من الدّينار، ليس بصحيح **لانّه** وان اخذ فى مقابل درهمه، ازيد من الدّرهم **ولكن** ليس المأخوذ، من سِنخ الدّرهم من الفضّة **لانّ** الفرص، انّه مقابلة المجموع بالمجموع يعنى يأخذ صاحبُ الدّرهم من كلّ تومان من الذّهب ١/١١ يعنى من عشرين من الذّهب، قدر ٢/٢٠ ايضاً ١/١١ **لانّ** فى باب الشّركة، ١/١١ يأخذ من الثّمن والرّبح بقدر اصل المبلغ يعنى ١/١١ مال صاحب الدّرهم ١/١١ من المال الموجود.

بناءً عليه، يأخذ من مجموع الدّرهمين والدّينارين وليس سهمُ صاحب الدّرهم، فى الدّرهمين فقط وليس كذلك انّ صاحب الدّرهم يأخذ الدّرهم وقدر من الدّينار.

بالجملة، حقّ صاحب الدّرهم، تعلّق اِلىٰ مجموع الدّرهمين والدّينارين يعنى يأخذ صاحبُ سهم ١/١١ قدر ١/١١ من مجموع الدّرهمينِ والدِّينارَيْنِ وهذا المقدار

يكون ماليّته، مقدار درهمين **ولكن** ليست صورته فی الخارج درهمينِ بل يأخذ من الجنس المخالف وهو الدّينار ويأخذ من الدّرهمين، مقدار $\frac{۲}{۱۱}$ فالقول بانّ صاحب الدّرهم فی صورة الاجازة، يأخذ الدّرهم مع زيادةٍ وسهم من الدّينار وصاحب الدّينار ايضاً يأخذ ديناراً مع سهمٍ من الدّرهم **لا يصحّ** لانّ هذا ينتشر فی المجموع ولا يجوز القول بانّ صاحب الدّرهم يأخذ الدّرهم مع الزّيادة بل صاحبُ الدّرهم يأخذ من مجموع الدّرهم والدّينار وصاحبُ الدّينار ايضاً يأخذ من مجموع الدّرهم والدّينار.

بالجملة، سواءٌ كان فی صورة الاجازة وصورة الرّد، فی مقابل جنسٍ ادّاه، يأخذ الجنس غير المجانس ويأخذ من الجنس المماثل، انقص من مقدار حِصَّته فلم يلزم الرّبا لا فی صورةِ الاجازة ولا فی صورة الرّد يعنی فی صورة الرّد اذا فرضنا انّه برز ما يؤل اليه الامر وقال: انّی بِعتُ هذا الدّرهم فی مقابل $\frac{۲}{۱۱}$ من هذين الدّرهمين و$\frac{۲۰}{۱۱}$ من الدّينارين كان صحيحاً.

والحاصلُ انّ اطلاق الحكم بالبطلان عَلیٰ اطلاقه، ليس بصحيحٍ.

وورد بعضُ الاخبار عَلیٰ صحّته وهو من مُعضلاتِ باب الرّبا وبقیٰ بعد مجال الكلام والتّأمّل فيه **لانّ** القاعدة، تقتضی بطلانه ايضاً **لانّ** الثّمن، يوزع عَلیٰ ابعاض المثمن وفی الحقيقة وقعت المعاوضة بين اَحَدَ عشر درهماً واثنانِ وعشرون درهماً **لانّ** كُلَّ دينار، يقابل عشرة دراهم فيقع فی مقابل درهمٍ، درهمٌ و زيادةٌ وفی مقابل الدّينار دينارٌ وزيادةٌ **ومع ذلك** قالو بصحّته ووقعت المعاوضة بين درهم ودينارين لا بَيْنَ الدّرهم والدّرهم والدّينار فی مقابل الدّينار فاذا قبلنا هذا الحكم، انّما هو حكمٌ تعبدیٌّ ورد فی مورد خاصٍّ وكان من صور استثناء الرّبا المعاوضیِّ.

اذا عرفت هذا المثال فَنقولُ فی مقام تطبيقه لما نحن فيهِ، اذا بعنا الدّرهم مع دينار الغير بدرهمين ودينارينِ، اذا اجازه المالكُ فهو يصحّ لانا فرضنا: لو باع درهماً ودیناراً بدرهمين ودينارين.

وامّا اذا ردّه المالكُ فيقع فی مقابل الدّرهم المبيع، درهمٌ وزيادةٌ وهو الرّبا

الممنوع **حيثُ** انّ معاملة الدّينار بدينارين، كانت باطلةً لاجل ردّ المالك.

ومن هنا استثنى الشّيخُ ﷺ هذا الفرص من هذا الحكم وهو ما: **«لو باع ما يملك وما لا يملك صحّ فيما يملك وبطل فيما لا يملك مع الرّد»**، بعد الجواب عن مسألة جهالة قِسطِ الثّمن ومسألة الرّضا ومسألة بِساطةِ العقد ولم يكن مورد الاستثناء مخالفاً مع اصلِ القاعدة بخلاف الوجوه السّابقة حيث انّا لو قبلنا الوجوه السّابقة من الجهالة ومسألة الرّضا ومسألة بساطة العقد، يذهب اَصلُ صِحَّةِ البيع فيما يَمْلِكُ ويلزم لنا قبولُ عدم انحلال العقد ويلزم لنا قبول انّ الرّضا لم يكن من قبيل تعدّد المطلوب ولم تصحّ صحّة بيع ما يَملكُ.

ولكن اذا قبلنا ان تصحيح البيع، يحتاج اِلىٰ ضمّ ضميمة وقد يتفقّ انّ الضّميمة، مالُ الغير ولم يجز الغير وردّهُ فاذا ردّه، يبقى البيعُ بلا ضميمةٍ او فى باب بيع الدّرهم مع ضَميمةِ الدّينار.

بناءً عليه يبطل العقد فى هذه الموارد كلّها لا انّه صحّ فيما يملك وبطل فيما لا يملك بل بطل فى الجميع.

هذا تمام كلام الشّيخ ﷺ فى المقام.

الاشكال فی كلام الشّيخ

يمكن القول بانّ هذا الكلام ممنوعٌ صغرىً وكبرىً

امّا الكبرٰى فلانّ ما قال به الشّيخ فی مسألة الجهالة ولم تقبله كما ذكرناه سابقاً، يأتی بعينه هنا ايضاً **حيث** قال فی شُبْهَةِ الجهالة اَنّ مورد اعتبار شرط العلم او مانعيّة الجهل، فيما جعله المتعاقدان وفيما قرّره المتعاقدان يعنی البيع الانشائیّ يعنی يلزم عدمُ الجهالة فی البيع والاِنشاء وامّا عدم الجهالة فيما يؤُول اليه امرُ المعاملة وما يحكم الشّارع لصحّة المعاملة، فلم تدلّ عليه ادلّةُ عَدَمِ الجهالة كما ذكرناه.

ويمكن ذكر هذا الكلام بعينه فی باب الرّبا بتقريب انّ الرّبا الممنوع، ما وقع المعاوضة فی مقام الجعل ووقع المنّ فی مقابل المنّ **ولكنّ** المحاسبة وصحّة المعاملة وامضاء الشّارع، اوجب الزّيادة والنّقص، فی مقابل ما ادّاه **لانّ** ادلّة الباب واحدٌ **لانّ** الادلّة الواردة فی باب الرّبا سِنخها، سِنخُ هذه الادلّة (الذّهبُ بالذّهبِ مثلاً بالمثل لا يزيد ولا ينقص، والحنطةُ بالحنطةِ) يعنی اذا جعلت الحنطة فی مقابل الحنطة فليكن مُماثلاً ولا يكن زايداً او ناقصاً خصوصاً اذا قلنا انّ الرّبا زيادةٌ فی البيع او زيادةُ فی القرض يعنی الزّيادة الحاصلة فی ضمن المعاملة يعنی الزّيادةِ الممنوعة، انّما هی فی باب المعاملة والاّ اخذ الزّيادةِ فی مقابل الموزون، لم يكن دليلٌ علىٰ ممنوعيّته **ولذا** قال بعضٌ كالسّيّد كما ذكرناه سابقاً: انّ الرّبا فی باب الغرامات وفی باب الوفاء لم يكن ممنوعاً لانّها لم تكن معاوضةً جعليّةً يعنی ليس جعل هذا بهذا ولو كان نحو معاوضة.

اللّهم اِلّا ان يقال: انّ هذه الشّبهةَ تصّح لكن هذه الكُبرىٰ حتّىٰ لو فرضنا منعها، لا تُجدی **لانّ** الفرض انّه باع ماله ومال غيره والغير مادام لم يُجزهُ، لم يكن بيعاً عُرفيّاً ايضاً بناءً عَلىٰ ما ذكرناه فی باب الفضولی وحتّىٰ ذكره الشّيخ والسّيدُ من انّ المالك مادام لم يُجزِهُ، لم يشمله قوله تعالىٰ: «**اَوفوا بِالعقودِ**» يعنی لم يكن عقده، عقداً قبل اجازةِ المالك.

بعبارةٍ أُخرىٰ، مسألة فقد شرط الملك، يفترق مع فقَد ساير الشّرائط **لانّ** مادام لم يجزه المالكُ، لا يُعَدُّ من قبيل ضمّ الضّميمةِ وعلىٰ فرض انّ الرّبا الممنوع، كان الرّبا الّذى جعله فى العقد لا حاله يَؤول اليه العقد، لا يجدى هنا **لانّ** العقد حقيقةً عقدُ نفس المالك **وامّا عقد الفضولىّ** فليس له اعتبارٌ حتّىٰ يشملُهُ قوله تعالىٰ: «اَوْفوا...».

وَإن شئت قلت: «انّ هذا البحث، مبنىٌّ عَلىٰ البحث الّذى بحثنا فى باب الفضولىِ من انّ الاعتبار فى الشّروط هل هو بحال العقد او بحال الاجازةِ ام يفترق عَلىٰ القول بالكشف والنّقل؟ وتلزم مراعاةُ الشّرائط فى حال العقد بناءً عَلىٰ الكشف وفى حال الاجازة بناءً عَلىٰ النّقل.

نعم: انّما يرد عَلىٰ الشّيخ انّه ﷺ لم يتوجّه هذا المطلب وهو انّ هذا الفرض، قِسمٌ من الفضولىِّ ويجرى فيه ما يجرى فى الفضولىِّ.

وبالجملة؛ ورود الاشكال عَلىٰ الشّيخ وعدمه، مَبنىٌّ عَلىٰ احد الوجوه الّتى ذكرت فى باب الفضولىِّ.

وامّا الاشكال الصغروىُّ الّذى لو يتوجّه الشّيخ والسّيّد ﷺ ومن عنون هذه المسألة وهذا من العجائب **فهو انّه** يصّح انّه يلزم اخذ الدّرهم الزّيادة **ولكن** لم يأخذ الدّرهم والزّيادة بشكل الدّرهم حتّىٰ يأتى الرّبا **لانّ** الدّرهمين كان مُشاعاً فى الدّرهمين والدّينارين وانّما الّذى اخذ منه، اثنان وعشرون درهماً والعشرون منها بشكل الذّهبِ لا الفضّة والدّرهمين منها بشكل الفضّة فهو يأخذ الزّيادة من مالٍ يكونُ اثنين وعشرين درهماً بحيث يكون العشرون منها بشكل الذّهب والاثنان منها بشكلِ الفضّة يعنى يأخذ الجنسين يعنى يأخذ فى مقابل الدّرهم، فِضةً انقصُ من الدّرهم وذهباً اَكثرُ من الدّرهم وهذا اليس ممنوعاً حتّىٰ اذا عامل هكذا من الاوّل وباع الدّرهم بنصف الدّرهمِ والدّينارِ.

توضيحُ المختار فی المساله

محصلُّ الكلام السّابق انّ الشّيخَ﵀ صرّح انّ بيع ما يملك وما لا يملك يصّح عَلىٰ القاعدة وتمسّك لِعُموم: «**اَوفوا بالعقودُ**» وقال: **انّ العقد ينحلُّ** اِلىٰ العقود والرّضا ايضاً تعدّد المطلوب وانّ الجهالة، ليست مانعةً **ونحن اوردنا** فی كلّ واحدٍ من هذه الامور، انّ الانحلال، ليس عَلىٰ اطلاقه صحيحاً وليس الرّضا من قبيل تعدّدِ المطلوب فی باب الاَجزاء، والاوصافُ والشّرائطُ عَلىٰ اطلامه صحيحٌ وفی الجهالة ايضاً ان كان المدار عَلىٰ الغرر فلا يجوز القول بانّ الجهالة ليست مانعةً فی كلّ موردٍ.

بناءً عَلىٰ هذا، الّذی ينبغی ان يقال والمتّحصل ممّا ذكرناه: انّ التبعّيض فی الصّحة والقول بها فيما يملك والبطلان فيما لا يملك، موافقٌ للقاعدة فی بعض المعاملات وامّا فی بعض المعاملات فليس موافقاً للقاعدة وهذا يبتنی عَلىٰ وضع المعاملة مثلاً عامل زيدٌ امواله كلّها من الدّار والدُّكان والفرس و... ثمّ بانَّ ان بعضاً منها، مال الغير فيصّح التّبعيضُ ويشهد عليه العرف هنا بالانحلال ولا مانع من كونه من قبيل تعدّد المطلوب **وكذلك يصحّ** القول بالتّبعيض فيما اذا باع الفرس العربیِّ ثمّ بانَّ انّه لم يكن عربيّاً **وامّا فی موردٍ باع داراً** ثمّ بانَّ انّ عشرهُ، مال البايع فلم يكن الانحلال هنا وتعدّد المطلوبُ له موردٌ.

بالجملة، موارد الانحلال وعدمه، يعلم بالقرائن والاحوال والاوضاع حتّىٰ قالوا فی باب العبادات ايضاً مثل غسل الميّت الّذی فيه شیءٌ من السّدر والكافور، انّه من قبيل تعدّد المطلوب كما اُستفيدَ من ادلّة الصّلاةِ وغيرها من العبادات انّ غير الاركان فيها من قبيل تعدّدِ المطلوب **حيث** ورد فی الرّوايات: «**لا تُعادوا الصّلاةَ الّا من خمسٍ**» يعنی، الاهتمامُ بالتّشهد والقراءة، «ليس عَلىٰ حدٍّ بحيث اذا ترك سهواً، يوجب بطلان الصّلاة ومعلومٌ: انّهما من قبيل تعدّد المطلوب **ولكن ليس كذلك** انّ كلّ جزءٍ من اَجزاء الصّلاةِ، كان من قبيل تعدّد المطلوب وليس كُلُّ وصفٍ من قبيل تعدّدِ المطلوب، ويُعْلَمُ هذا فی العبادات والمعاملات من العرفِ.

الكلام فى كيفيّة التّقويم

اذا باع ما يملك وما لا يملك ورّد المالك فى سهمه قلنا انّه صحّ فيما ملكَ بقسطه من الثّمن، هنا مجالٌ للسّؤال وهو انّه كيف يُعيّنُ قسطٌ مِنَ الثّمنِ؟

ذُكرت فى التّقويمِ طرقٌ ثلاثةٌ:

الطّريقُ الاوّل الّذى قال به الشّيخُ﵀ ومالَ ان ينتسب هذا اِلىٰ المشهور ولو قال بعض انّ المشهور كان هو التّقويم الثّانى، هو انّ يُقَوّمَ كلٌّ واحدٍ منهما منفرداً ونسبة مال الغير اِلىٰ مجموعِ القيمتين والكسر من الثّمن، بهٰذه النّسبةِ.

الطّريقُ الثّانى المنسوب اِلىٰ المُحقّق الثّانى، ان يُقوّم كُلُّ واحد منهما فى حال الاجتماعِ **حيث** يمكن ان تكون قيمتهما فى حال الاِجتماع، زايداً كما هو فى مصراعى باب اوخفٍّ ثمّ يقوّم مالُ الغير اِنفراداً والكسر من الثّمن بنسبة قيمة مالِ الغيرِ انفراداً بالنّسبة اِلىٰ المجموع.

اشكالُ هذا الطّريق فى المثال المذكور انّ المِصراعينِ مع كونهما متساوِيَيْنِ فى القيمة، يلزم اختلافُهما فى القيمة وكون قيمة احد المصراعين، اكثر من مصراعٍ واحدٍ، مثلاً قيمةُ احدهما ثمانيةُ درهماً وقيمةُ المصراع الآخرِ اثنانِ درهماً وهذا ظلمٌ وجورٌ.

ولذا ردّه الشّيخ **حيث** انّ هذا الطّريق يوجب الظّلم والجور فى الموارد والّتى توجب هيئة الاجتماع، الزّيادة فى القيمة بخلاف التّقويم الاوّل **حيث** لم يلزمْ ظلمٌ علىٰ صاحب مال الغير حيثُ انّه يقوّم منفرداً.

ثمّ انّ الشّيخ﵀ مع انّه قوىّ الطّريق الاوّل قال﵀:

ان قلتَ: حيث انّ حالة الاجتماع، تؤثّر فى زيادة القيمة **والغير لم يجزه، فقد فات عن المشترى امرانِ:**

الاوّل: مصراعٌ واحدٌ من مصراعى الباب وزوجى الخفّ **الثّانى** حالة الانضمام والاجتماع **حيث** فرضنا انّ الاجتماع، له ماليّة يوجب زيادة القيمة وكلاهما فى مقابلهما مالٌ **لانّه** انّما اقدم عَلىٰ شراء مصراعى الباب، وزَوْجَيِ الخفّ بوصف كونهما

مجتمعين، وبما للهيئة الاجتماعيّة دخلٌ فى الزّيادة.

قلتُ: فوات وصف الانضمام كسائر الاوصاف الموجبة لزيادة القيمة، ليس مضموناً فى باب المعاوضات لما قلنا انّ الاوصاف، لا يقسّط عليها الثّمن وانّما الاثمان فى مقابل الاعيان لا فى مقابل الأَوصاف ومنها الْاِنضمام والاجتماع فلم يجز القول بانّه فات عن المشترى ما لان، مِصراعُ الباب او زَوْجَيِ الخفّ والانضمام بل الفائت عنه انّما هو المِصراعُ.

وامّا الطّريق الثّالث الّذى اختاره السّيّدُ﵀ فهو انّه قال:

الاولىٰ ان يقوّم المجموعُ والمصراعان فى حالة الاجتماع والانضمام اوّلاً ثمّ يقوّم كلّ واحدٍ منهما فى ضمن الاجتماع لا منفرداً والاخذُ بِالنّسبة حينئذٍ

لا يخفىٰ: انّ مرجع هذه الملاحظات الثّلاثة اذا لم تكن لهيئة الاجتماع ولاانضمام، دخالةٌ فى زيادة القيمه، كان واحداً وامّا فيما اذا كانت لهيئة الاجتماع دخالة فى زيادة القيمة وحتّىٰ فرض بعضٌ انّ هيئة الاجتماع تمكن ان تكون دخيلةً فى نقص القيمةِ.

وربّما يمكن ان تجعل هيئةُ الاجتماع، قيمةَ احدهما ازيد وقيمة الآخر انْقَصَ او يمكن ان تؤثّر هيئة الاجتماع فى زيادة قيمة كلّ واحدٍ منّهما بالسّوية او بالتّفاوت او يمكن ان تنخفض القيمة ولكنّ الانخفاض بالتّفاوت **بناءً عليه،** هٰذه الوجوهُ فى هذه الامثلة، تفترق احكامها.

يمكن ان يوجّه اصل تقويمِ كلِّ واحدٍ منهما اوّلاً ثمّ اخذ النّسبة ثمّ الكسر بِهٰذِه النّسبة من الثّمن سواءٌ كان فى حال الانفراد او الانضمام حتّىٰ يكون طريقاً لحلّ بعض فروض المسألة، الّذى يوجب الاشكال والغموص فيها.

والوجهُ انّه ان عوملت معاملةٌ عَلىٰ مال الاثنين، توجب الشّركة حيث فرضنا انّ المعاملة وقعت عَلىٰ معاملةِ المجموع عَلىٰ المجموع وهى يوجب الشّركةَ والشّركةُ قاعدةٌ عامّةٌ ساريةٌ فى المعاملات﵀ هذا، لو لم تكن الشّركةُ فى الثّمن الّذى اداه كلُّ واحدٍ منها، **لانّه** يعتبر فى الشّركة، الامتزاج وليس الدّرهم مع الدّينار امتزاج وكذلك

الدّرهم مع الدّرهم والاسكناس مع الاسكناس **ولكن** نتيجة هذه المعاملة، تكـونُ شركةً وتكون هذه الشّركة، الشّركة بالنّسبة، **حينئذٍ**، الثّمنُ او المبيعُ الّذى بيع، ان كان من جنس واحدٍ وعلىٰ قيمة واحدةٍ، فحكمه معلومٌ وامّا اذا كانا جنسين (الكـتاب والخفّ)، تكون الشّركة متحقّقةً وامّا انّ النّسبة فى هذه الشّركة عَلىٰ ايّ مقدارٍ؟ فهو مبنيٌّ عَلىٰ تقويم الكتاب والخفّ وتكون الشّركةُ بنسبة القيمة.

بالجملة، مبنىٰ ما نحن فيه عَلىٰ قاعدةٍ كليّةٍ وضابط كلّيٍ فى الشّركة كلّها الّـتى حصلت بالمعاملة ايّ تقويم كلّ واحدٍ بالقيمة السّوقية واخذ النّسبة بينهما والكسر من الثّمن بهذه النّسبة زايداً كان الثّمن بالنّسبة اِلىٰ القيمة ام ناقصاً؟

هذا مبنىٰ الارجاع اِلىٰ القيمة وملاحظتُها واخذ النّسبة من القيمة والكسـر مـن الثّمن بالنّسبة.

ويمكن حَلُّ بعض الفروص النّادرة الشّاذّةِ بِهٰذه القاعدةِ.

كيفيّة التّقويم فی المِثليّات.

ذكرنا: انّ فی كيفيّة التّقويم ثلاثه طرقٍ ووُجُوهٍ.

ولا يخفی: انّ هذا التّقويم، يختصّ بالقيميّاتِ وامّا المثليّات فلا يحتاجُ اِلیٰ التّقويم فی بعض الصّور كما اذا فرضنا انّ احداً باع ماله وهو بيدر الحنطة وهو الثّلث مع مال الغير وهو الثّلاثين مثلاً فی صفقةٍ واحدةٍ ولم يُجزِهُ هذا الغير فهُنا لا يحتاجِ اِلیٰ تقويم سهم الثّلث والثّلاثين وملاحظة نسبةِ مال الغير بالنّسبة اِلیٰ المجموع والكسر من الثّمن بهذه النّسبة **وذلك لانّ** الفرض انّه مشاعٌ وكانت الشّركةُ بين الثّلث والثّلاثين، شركةُ بالاشاعة وليس فی الشّركة الاشاعيّة، اختلافُ القيمة.

بالجملة، فی مثل الشّركة بالاشاعة فی المثليّات، لا حاجة اِلیٰ التّقويمِ وكان القسط معلوماً من دون تقويمٍ كما عن الشّيخ﵀

ولذا اورد عليه﵀ بانّه ما الفرق بين المثلیِّ والقيّمیِ فی هٰذِه الجهة حيث يمكن ان تكون قيمة الثّلث فی المِثلی ايضاً انقص من قيمة الثّلث فی ضمن الثّلاثين.

فعليه، هذا ايضاً يحتاج اِلیٰ التّقويم.

ويمكن ان يقال: بالفرق بين المثلیِّ والقيمیِّ **حيث** انّ المثلیَّ قابلٌ للتّقسيم والافراز والقيمیُ، ليس قابِلاً للتّقسيم.

ولذا فرض انّ قيمة الثّلث، انقص من قيمةِ الثّلث فی ضمن الثّلاثين، فرضٌ نادرٌ او غير محقّقٍ.

وقول الشّيخ فی الحاجة اِلیٰ التّقويم فی القيميّات دون المثليّات، انّما هو لاجل الفرق بين المثلیّ والقيمیِّ فی السّوق والعرف **حيث** انّ القيمیِّ، ليس قابلاً للتّقسيم بخلاف المثلیِّ حيث انّه قابلٌ للتّقسيم وقابل للاستفادة **ولذا الايراد** المذكور، لم يرد علیٰ الشّيخ﵀. **الفرض الآخر،** انّهما مثلیٌّ **ولكن** ليست شركةً اشاعيّةً. بل يمتاز احدُهما عن الآخر والبايع باع مال الغير مع ماله فی صفقةٍ واحدةٍ لقيمة واحدةٍ﵀ صرّح الشّيخ﵀ انّ له حكم القيّمی ولو كان مثلّياً و كان وزنهما مُساوياً **لانّه** من الممكن، اختلافُ الحنطةِ فی القيمةِ بحيث يكونُ احدهما مثلاً اَعلیٰ والآخر اَدونُ او

المتوسِّطُ **ولذا** يحتاجُ الىٰ التّقويمِ.

ومعلومٌ: انّ هذا الكلام، انّما هو فى مورد الشّركةِ الاشاعيّةِ **لانّ** الحنطة ان كانت اعلىٰ فسهمها ايضاً مشاعُ الدّرجة الْاَعلىٰ وان كانت متوسّطةً، فسهمها ايضاً كانت مُشاعَ الدَّرجةِ المتوسّطةِ وامّا ان كانتا معيّنين، فلها حكم القيميّ كما قلناه.

نَعم: هنا ايضاً استثناءٌ حيث انّ الحنطتين، ان كانتا جنساً واحداً وكلتاهما اَعلىٰ او ادون ولهما قيمة واحدةٌ وكان وزنهما ايضاً واحداً فهو ايضاً لا يحتاج اِلىٰ التّقويم.

هذا الاستثناءُ، لا يضرّ لكليّة قول الشّيخ﵀ من انّه لو كان الجنسانِ، ممتازين وكان المثلان ممتازين، يلزم التّقويمُ ويجرى فيه حكم القيميِّ

وجه عدم الضّررَ انّ معنىٰ حكم القيميّ، ملاحظة انّه هل هما مُساويان ام المتفاضلان وما مقدار التّفاضلِ؟

امّا الطّلاع والعلم عن كونّهما متساويينِ فى النّتيجة وليس بمتفاضلينِ، فهو مطلبٌ آخر لا يضرُّ عَلىٰ ما ذكره﵀.

بالجملة؛ قال الشّيخ﵀ فى بابِ المثلىِّ انّ تنقية التّقويم الّذى ذكرناه فى باب القيميّات، تختّص بباب القيميِّ ولا تجرى المثليّات، والشّركةُ بالاشاعة لا تحتاج اِلىٰ التّقويم وامّا اذا كان ملكانِ، ممتازين فيجرى فيه حكم القيميّ وملاحظتها.

قلنا: انّ هذا الاستثناء، لا يضرّ لكليّة الحكم **لانّ** بعد ملاحظة القيمة، لا فرقَ فى انّ النّتيجة ماذا؟ والنّتيجة امّا التّفاضل او التّساوى ولا تنافى مع كليّة الحكم **فالايرادُ الّذى** اورد عَلىٰ كلا الْشِّقينِ من هذا الحكم كما عن المحقّق الايروانىِّ﵀ فَهُما، غير واردينِ.

تعرّض السّيدُ﵀ وغيره مِنَ الفقهاء فى الحاشية لبعض الفروعِ، **منها:** بيع النّصاب الزّكويِّ، **حيث** كان النّصاب، مال الغير ويدخل فى بيع مال نفسه مع مال غيره، وهذا البيع لا يصّح فى مقدار الزّكوةِ **والسّيد﵀ حاسب وقال: «انّ فى ما يملك ايضاً»** لم يكن صحيحاً **لانّ مقدار الزّكوة،** كان مبهما وكان من قبيل الكُلّىِّ فى المُعيّنِ **ولذا** يكون مقدارُ مال نفسه ايضاً مُبهماً وكان من قبيل الكُلّىِ فى المعيّن وهذا خلاف ما

ذكروه من انّ البيع، كان فضوليّاً فی مقدار الزّكوة وذكر السّيّدﷺ بناءً عليه فی العروة فروعاتاً **ولكن** السّيّد هنا اراد ان يقول بالبطلان فی الكلّ **لانّه** يؤول اِلیٰ الابهام.

نعم: لو كان تعلّق الزّكوة بنحو الاشاعة، كان صحيحاً فی غير حصّة الفقيه وان تعلّق مقدار الزّكوة فی الذِّمّةِ كذلك لقلنا بصحّته فی غير حِصَّةِ الفقير، وامّا فی الكُلِيِّ فی المعيّن الّذی لم يكن من الفرد المردّد **ولكن** كان له حكم الفرد المردّد يعنی كان مُبهماً **وحيث** لم يكن معيّناً وكان مبهما، لم يكن ماعدا الكُلّی فی المعيّن ايضاً بصحيح، بناءً عَلیٰ هذا، كان فی المبيع اِبهامٌ **ومعلوم:** انّ بيع المبهم، لا يَصِّحُ.

وهذا توضيح السّيّدﷺ الّذی ذكره الأُستاذ فی الدّرس ولكن لم يتعرّض لِلاشكالِ والايراد عليه وايضاً لم يتعرّض للفرع الآخر **حيث** كان الوقتُ ضِيقاً والحوزةُ العلميّةُ فی حال التّعطيلِ.

مسألة: لو باع من له نصفُ الدّار، نصف تلك الدّار فان علم انّه اراد نصفه الشّخصىّ المختصّ له او عَلِمَ انّ البائع اراد من بيع نصف الدّار، النّصف الرّاجع اِلىٰ شريكه، عمل بهذا المعلومِ من النّصف المختصّ او النّصف المُشاعِ وان لم يعلم المراد من النّصف من قول من له نصف الدّار، بعت نصف الدّار، لا النّصف المختصّ ولا النّصف المشاعِ.

ففيه اِختمالانِ:

الاوّل: حملُ النّصفِ عَلىٰ النّصف المختصّ له وهذا هو الاحتمالُ الاوّلُ

والاحتمال الثّانى: حملُ النّصف عَلىٰ النّصف المُشاع.

وهٰذه مسألةٌ بقيت من مسائل بحث الفضوليِّ والمقصودُ منها،

تشخيصُ: انّ عَلىٰ حسب تشخيص ظاهر القضيّة هل تدخل مسألةُ بيع نصف الدّار فى مسائل بيع الفضوليِّ ام لا ارتباط بها لبحث الفضولى؟

ولكن هذه المسألة، من المسائل المُهمّةِ **حيث** تكون مرتبطةً من جُملة من المسائل الفقّهية الاخر وتَكُون مرتبطةً مع تشخيص انّ الاشاعة ماهو؟ وترتَّبط مع مسألةِ النّصف فى باب الطّلاق فيما اذا طلّق الزّوجُ قبل الدّخول، انّ الزّوجة اخذت نصف المهر وتصادفت انّ الزّوجة تصرّفت قبل الطّلاق فى نصف المهر كما اذا باعته او بذلته او غيرهما.

هل ترجع الزّوجة فى النّصف اِلىٰ النّصف الموجود او النّصف من النّصف الموجود او النّصف من نصف التّألفِ؟

وهذه المسألة مبنيّةٌ عَلىٰ ان النّصف المذكور فى الآية:

«**فان طلّقتموهنّ من قبل ان تمسوهن فنصف ما فرضتم**[1]»، هل يحمل علىٰ النّصف المُشاع او المشاع فى المشاع؟

وكذلك مسألة ما صرّحوا بها وهى ما اقرّ المتصرّفُ، احد الاخوين والوارثين فى ادّعائه واقرّ بالنّصف وفرضنا انّ المقرّ له، تَصَرّفَ فى النّصف **وحينئذٍ** اىّ مقدار يلزم

---

۱. سورة البقره، ۲۳۷.

عَلىٰ المقرّ له المتصرّف، ادائه من المال اِلىٰ اخيه الّذى اقرّ انّهُ اخوهُ وكانا اخوين ورثاها من اَبيهما

قالَ بعضٌ: انّه يلزم اداء نصف المأخوذ وقال بعضٌ اداء سُدسِ **المأخوذ،** هذه المسأله ايضاً مبنيّة عَلىٰ انّ الاقرار هل يكونُ منزّلاً عَلىٰ الاشاعة او الاشاعة فى الاشاعةِ.

والمشهور، حملوا النّصف فى مسألة من باع نصف الدّار من له نصفها، عَلىٰ النّصفِ المختصّ والنّصف المُشاع.

وامّا فى مسألة الاقرار، حملوا عَلىٰ المشاع فى المشاع **ولذا** اشكل عليهم بانّه ما الفرق بين المسألتين **حيث** حَمَلوا، النّصفَ فى مسألة الاقرار عَلىٰ المشاع فى المشاع **ومع ذلك** لم يجروا فى باب الاقرار، عَلىٰ نمطٍ واحدٍ ونهجٍ واحدٍ واَفتوا عَلىٰ خلافه فى موردٍ فى باب الاقرار ايضاً هو ما اذا اقرّ اَحَدُ الاخوين او الوارثين عَلىٰ وارثٍ ثالثٍ وانكر الآخرُ وحملوا فى هذا المورد عَلىٰ المشاع لا المشاع فى المشاع وقالوا باداء سدسِ مورد الاقرار مع انّهم قالوا باداء النّصف المأخوذ فى المسألة السّابقة

ولذا اذا وصّى ميّتٌ عَلىٰ الثّلثِ واَقَرّه احدُ من الوّراث وانكره الآخرون **قالوا** باداء المقرّ عَلىٰ مقدار سهمه وكذا اذا اقر احد الورّاث بخُمسٍ او زكوة او دينٍ عَلىٰ الميّت قالوا باخذه عَلىٰ مقدار سهمه وردّ الزّايد وحملوا الاقرار، عَلىٰ المشاع مع انّهم قالوا بانّ الاقرار فى المسألة السّابقة كان مُشاعاً فى مشاعٍ.

وبالجملة، هذه المسائل وهى مسألة الطّلاق قبل الدّخولِ اذا تصادف مع تصرّف الزّوجة فى نصف المهر ومسألة الاقرار باحد المدّعين بسبب موجب للشّركة ومسألة احد الورثة بنسبٍ او وصيّةٍ او دَينٍ ومسألة من له نصف الدّار، نصفه هل الفتاوىٰ فى هذه المسائل، تلائم معاً ام لا؟ وايُّ واحدٍ منها مطابقٌ للقاعدةٌ وايّها مخالفٌ لها **وكلّ هذه المسائل** مبنيّةٌ عَلىٰ مبنى مشتركٍ يلزم البحث عنه عنقريبٍ انشا...

ولا يخفىٰ انّ مسألة: لو باع من له نصف الدّار، نصف تلك الدّار، ذكرت فى المكاسب سايرِ الكتب الفقهيّة بصورةٍ غامضةٍ ومشكلةٍ **ومع ذلك** كانت مفيدةً وبحثوا عن فروض هذه المسألة وشقوقها ومناسبتها كثيراً، يكون بعضها قابلاً للقبول وبعضها لا يصّح.

بالجملة: فيما نحن ايّ لو باع من له نصف الدّار، نصف الدّار هل يحملُ هذا النّصف علىٰ النّصف المختصِّ للمقرّ له حتّىٰ لا يكون مربوطاً بباب الفضوليِّ او يحمل علىٰ المشاع فى المشاع وهو النّصفُ من النّصفين؟

حينئذٍ اذا علم انّ مقصود البايع ايّ نصفٍ كما اذا قال: بعت النّصف المختصّ لى ويصرّح بانّه النّصف المختصّ له اولم يصرّح؟

ولكن هنا قرينة عَلىٰ انّ مورد، البيع النّصف المختصُّ له فحينئذٍ لا كلام هنا **لانّه** باع مال نفسهِ.

وكذا لا اشكالَ فى كونه فضوليّاً اذا صرّح بانّى بعتُ، نصف شريكى او قال: بعتُ النّصف المُشاع فى سهمى وسهم شريكى ويكونُ هذا مثل بيع ما يملك وما لا يملك الّذى فرغنا عنه.

انّما البحثُ فى صورة الاطلاق يعنى فيما اذا علم انّ البايع، لم يقصد الّا مفهوم النّصف مطلقاً من دونِ ان يقصد انّه النّصف المختصَّ او المشاع **وبعبارةٍ أُخرىٰ** وقع الكلام فيما اذا لم يعلم، هل اراد النّصف المختصّ للبايع ام اراد نصف الغير ام اراد نصف النّصفين؟

هنا إحتمالان: احتمالٌ، الحمل عَلىٰ النّصف المختصّ له فليس العقدُ فضوليّاً **واحتمال ثانٍ ان** يحمل هذا النّصف عَلىٰ النّصفِ المشاع من النّصفين حتّى تكون هذه المسألة عَلىٰ الاحتمال الثّانى من صغرياتِ ما يملك وما لا يملك.

بناءً عَلىٰ هذا الاحتمال، يكون هذا البحث بالنّسبة الىٰ البحث السّابق اى **«ما يملك وما لا يملك»** بمنزلة تشخيص الصّغرىٰ فاذا كانت من صغرياتِ «ما يملك وما لا يملكُ» كما اذا حمل النّصف عَلىٰ المشاع فى المشاع او لم يكن من فُروضِ ما

يَملكُ وما لا يملكُ بل انّما هو باع ماله ونصفه المختصَّ.

انّ الشّيخ قالﷺ: منشأ الاحتمالينِ وهما: **احتمالُ النّصف فى** النّصفِ المختصّ له واحتمالُ النّصف فى النّصفِ المشاعِ امّا تعارض ظاهره النّصف: اعنى الحصّة المشاعة فى مجموع النّصفين وهما: نصف البائع، ونصف الشّريك مع ظهور انصرافه فى مثل المقام الّذى هو مقام التّصرفِ فى ملكه، اِلىٰ نصفه المُختصّ له وان لم يكن لهذا النّصف، هذا الظّهور فى غير المقامِ.

وبالجملة: اِنّ الشّيخﷺ بنى هذين الاحتمالين عَلىٰ تعارض الظّهوراتِ الثّلاثة هنا؛ اثنان منها من جانب و واحدٌ منها من جانب آخر **ومدارُ المسألة** عَلىٰ ترجيح ايّ ظهورٍ من الظّهورين اللّذين كان احدهما وَقَعَ فى جانبٍ والاثنان منها فى جانبٍ آخر.

وامّا الظهور الواحدُ فهو ظهور كلمة النّصف اذا قال: «بعت نصف دارى او ثُلْثَ دارى او رُبعَ دارى» وبالجملة اذا ذكر كلمة الكسر والكسورِ فالظّاهرُ من كلمة النّصف، المُشاعُ فى المشاع يعنى النّصف المأخوذُ من النّصفين لا فى المشاعِ وحدَهُ.

ولازم هذا الظّهور، بيعُ مال نفسه ومال الغير وكان من فروضِ ما يملك وما لا يملكُ.

تقريب ظهور كلمة «النّصف» فى المُشاع فى المُشاع الّذى كان ظهوراً وَضعيّاً انّه اذا فرضنا: **«انّ نصف الدّار مالى»** ونصفه الآخر مالُ الغير والمفروض انّ نصف الدّار، يكون هذا النّصف الّذى كان مورداً للمعاملة، يكون متعلّقاً لكلّ جزءٍ جزءٍ والفرض انّ كلّ جزءٍ كان مشتركاً.

فَنَتيجتُهُ انّ متعلّق النّصف، المال المشترك فيصير مشاعاً فى المشاع **ولا ينافيه انّ** فى مورد لم يكن كذلك، يكونُ ظاهراً فى المشاع كما اذا كان جميعُ الدّار مالى وقال: **«بعت نصف الدّار» حينئذٍ** باع المشاع ولا معنىٰ هنا للقول للمشاع فى المشاع **لانّه** لم يكن مال الغير هنا، فى البين **لانّ** النّصف هنا منسوب اِلىٰ الدّار والفرض انّ جميع اجزاء الدّار يكون مالى فنصف كلّ جزءٍ منها مرجعه اِلىٰ المشاع

فى الدّار **هذا بخلاف** ما اذا كانت الدّارُ مورداً للشركة بين الشّخصينِ وفى هذه الصّورة اذا باع النّصف وتعلّق النّصف بكلّ جزءٍ والفرضُ ان كلّ جزءٍ، مشتركٌ فتعلّق مورد المعاملة، بالاَجزاءِ المشتركة يعنى مخرجُ هذا النّصف، المال المشترك فهو مشاعٌ فى المشاع.

وعليه لا يتوهّم هذا **«لماذا يكون معنى النّصف فى بعضِ الموارد، مُشاعاً»**

ولكن فيما نحن فيه، المشاعُ فى المشاع **لانّ** هذا الاختلاف فى معنىٰ النّصفِ، باعتبار خُصوصيّةٍ فى المتعلّق فالمتعلّقُ اذا لم يكن منصّفاً قبلاً ولم تتحقّق فيه الاِشاعةُ ففى النّصفِ الّذى تعلّق اِلىٰ الدّار، نتيجتُهُ، الاشاعةُ وامّا اذا صار قبلاً مُشاعَينِ او نصفين او ثُلثينِ فيتعلّق النّصف عَلىٰ متعلّقة فيه الاشاعة فتتعلّق الاِشاعَةُ بالاشاعَةِ.

فالقول بانّ الظّاهر من النّصف فيما نحن فيه، الاشاعة مع انّ الاغلب، كسرُ المشاع يُستعملُ فى المشاع المطلق، ليس هذا باعتبار معنىٰ الكسر بل باعتبار خصوصيّةٍ فى المتعلّق

عَلىٰ هذا اِدّعاءُ الشّيخ انّ كلمة «النّصف» فى «بِعتُ نِصفَ دارى» كان ظاهراً فى المُشاعِ فى المشاع اذا كانت الدّار، مشتركاً فى الاشاعة ولازمُهُ انّه باع مال نفسه مع مال الغير.

امّا الظّهوران الآخران اللّذان كانا مخالفين لهذا الظّهور الواحد اىْ ظهور كلمة النّصفِ، **فاحدهما**، ظهورُ موردِ التّصرف وهو المبيعُ، فى مقام التّصرفِ فى مال نفسه وكَاَنّهُ كان ظهوراً ثانويّاً كما انّ فَخرَ المحقّقين اِدّعىٰ الاجماعَ فيما اذا قال: **«بعتُ غانماً»** الّذى كانَ اسماً مُشتركاً فى عَبدهِ وعبد غيره عَلىٰ انّه باع عبد نفسه لا عبد غيره **لانّ** مورد التّصرفِ كان ظاهِراً فى مال نفسهِ.

فاذا قلنا انّ الاجماع المذكور كان صحيحاً، يوجب ان يكون النّصف الّذى كان مورداً للبيع فيما نحن فيه، ظاهراً فى النّصف المُختصّ وهذا الظّهور، مُعارضُ لِلظّهورِ الاوّل (ظُهور كلمة النّصفِ)

يعنى كان النّصفُ المختصّ، مشاعاً فى الدّار **ولكن** النّصف المأخوذُ من النِّصفينِ، مشاعٌ فى المشاع **وبعبارةٍ أُخرىٰ، الظّهور الاولىٰ اىْ ظهور كلمة النّصف**، كان ظاهراً فى المُشاعِ فى المشاع وكانت اِشاعةً فى مال الغير اَيْضاً.

وامّا الظّهور المقامىُّ فهو كان ظاهراً فى المال المختصُّ وهذا ظهورٌ معارضٌ للظّهور الاوّلِ وهو ظهور كلمة النّصفِ فى المشاع فى المشاع وهو بيع مال نفسه مع مال غيره.

والظهور الآخر المعارض للظّهورِ الاوّل، ظُهور الفعل وكانّه كان هنا ظهورانِ مخالفانِ لظهور كلمة النّصف الظّاهر فى المُشاع فى المُشاع، ظهورُ قول و ظهور فعلٍ.

والمرادُ من ظهورِ الفعل انّ الفعل كان ظاهراً بالاصالة لا النّيابة والفضولىِّ **ولازم الاصالة فى الفعل** ان يبيع مال نفسه لامال غيره **حيث** ان بيع مال الغير، لم يكن تصرّفاً اَصليّاً بل يكون تصرّفاً تبعياً وفَرعيّاً.

و**منشأُ هذا الظّهور امّا اصالةُ** الصّحّة والحمل عليها **لانّ** بيع مالِ الغير من دونٍ اجازته، لا يَصِحُّ وامّا اذا باعَ مال نفسه من دُونِ ان يكون مُفلساً او محَجوراً يكون صحيحاً فيدورُ الامر بين الاحتمالين: الصّحيحُ وغير الصّحيحِ فيحملُ فعلُ المُسلم عَلىٰ الصّحّة و**لازمُ الحمل عَلىٰ الصّحة**، بيع مال نفسهِ.

وامّا غلبة التّصرفِ **حيث** دار الامر بين تصرّفِ الاصيل وتصرّف الفضولىّ وحيث كان تصرّف الاصيلِ تصرّفاً اغلبيّاً وتصرّف الفضولىِّ كان تصرّفاً شاذّاً نادراً **فالامرُ** دائرٌ بين حمل الفعل عَلىٰ الغالب او عَلىٰ شوّاذ الافعالِ؟

يحمل عَلىٰ غالب الافعال من باب الظّنّ اذ يلحق الشّىء بالاعمّ الاغلبِ **بالجملة:** هذان الظّهورانِ **(ظهورُ الفعل وظهورُ المتعلّق)** كانا معارضينِ لظهور **كلمةِ «النّصف»** الّتى كانت ظهوراً وضعيّاً.

وحينئذٍ، هل يكون الظّهور الوضعىُّ مرجّحاً او كان التّرجيح مع الظّهورين المقامين وايّهما اقوى ظهوراً؟ هل الظّهور الوضعىّ فى كلمة النّصف الظّاهرة فى

المشاع فى المشاع، اقوىٰ؟ ويلزم حمل الظّاهر «علىٰ الاظـهر» او يكـون الظّـهور المقامى الظّاهر فى النّصف المختصّ؟

ومعلومٌ انّ التّعدد فى الظّهور فى جانبٍ وعدمه فى جانبٍ آخر لا يُـوجبُ انّ المتعدّد راجحاً عَلىٰ ما له كان ظهوراً واحداً. لانّ فى باب الظّـهوراتِ، الاعـتبار، لشدّةِ الظّهور والاظهريّةَ **فلذا اذاكان ظهورٌ** واحدا ظهر الظّهورات المتعدّدة فيأخذ به ويرجّح عَلىٰ الآخرين وتَؤول الظّواهر وتحمل عَلىٰ الاظهر، هل الاظهرُ هنا ظهورُ الفعل او ظهور المقامىٍّ لكلمة: «النّصف او الاظهر، الظّهورُ الوضعىّ للنّصفِ؟»

بالجملة، منشأ الاختلاف فى المسألة وهى انّها هل تحمل عَلىٰ النّصف المختصّ او على النّصف المشاع فى المشاع؟ تكون ملاحظة هذه الظّواهر هذا خلاصة كلام الشّيخ فى المسألة.

التّحقيق فيما نحن فيه وملاحظة هذه الظّهورات.

المسائل الّتى ذكرناها سابقاً خصوصاً مع ملاحظة المطالب الّتى ذكرها المحقّقُ النّائينىُ ﷺ والسّيّدُ ﷺ تقتضى البحث عن مسألة لم يذكرها الشّيخ والمحشّين والكتب الاستدلاليّة هُنا.

ولكن تعرّضوا فى المواضع الأُخرىٰ مع انّ البحث من هذه المسألة كانت من احد مبانى المسألة فيما نحن فيه ومشابهاتها.

وهى انّ المشاع ما مَعناهُ؟ وانّ توضيح معنىٰ الكسور ماذا؟ خصوصاً فيما اذا وَقَعَ متعلّقاً للملكيّة والمعاملة؟ وما معنىٰ المشاع فى المشاع؟

ومعلومٌ: انّ معنىٰ الاشاعة واضحٌ ارتكازاً وبالنّسبة إلىٰ المعنىٰ العرفىّ **ولكن** من ترتّب الآثار عليه يعلم انّ معناها كانّه مختلفٌ.

هنا كلماتٌ مختلفة بعضها احتسب المشاع جزئيّاً وقال: انّ ملك المشاع جزئىٌّ والاكثر، احتسبوا المُشاع كليّاً والمالك للمشاع كان مالكاً للكلىِّ **ويلزم البحثُ** عن شقوق هذه المسألة فى باب بيع صاعٍ من السّيرة تفصيلاً ونحن لم نتعرّض لتلك التّفاصيل هنا

وقالوا فى هذا الباب: انّ بيع صاعٍ من السّيرة، تارةً يكونُ بنحو الفرد المردّد كما اذا باع واحداً من عشرة كُتبٍ او عبيداً وغيرهما بنحو الفرد المردّد.

وتارةً أُخرىٰ يكونُ بنحو الكلىّ فى المعيّن ومعناه، واحدٌ من بين الكتب او العبيد **وتارةً أُخرىٰ** بنحو الكلىّ فى الذّمّة وقلن سابقاً: انّ مفاهيم الالفاظ كانت متيناً **ولكن** فى مقام التّحديد والتّطبيق يظهر فيها الاختلاف واستعمل واحد منها، عَلىٰ مكان الاخر مع انّ كلّ واحدٍ منها قسمٌ آخر.

الفرق بين الفرد المردّد وبيع الكلىّ فى المعيّن هو الفرقُ بين تعلّق الامر علىٰ الطّبيعة او الفرد الّذى كان محّلاً للبحث فى الأُصول وهو انّ فى تعلّق الامر عَلىٰ الطّبيعة، لم تكن خصوصياتُ الفرد داخلةً فى غرض المولىٰ وامّا فى تعلّق الامر عَلىٰ الفرد، تكون خصوصيّات الفرد دخيلةً فى غرض المولى وكانت جزء المأمور

ويلزم قصد الامتثال علىٰ الخصوصيّات ولو كانتا مُشتركتين فى انّ الفرد كان مورداً للامتثال.

وكذلك معنىٰ الفرد المردّد انّ خصوصيّات الفرد، كانت دخيلة فى مورد المعاملة **وامّا فى الكلىّ فى المعيّن** انّ خصوصيّات الفرد، لم تكن دخيلةً فى مورد المعاملة وفرقُ الكلىّ فى المعيّن مع الكلىّ فى الذمّة، فرق بين السّعة والضّيق حيث يكون البيع فى الذّمّة، دائرتها وسيعةً وكان هو ضيّقاً فى الكلىِّ فى المعيّنِ.

والظاهرُ انّ الفرق بينهما، ازيد من الّذى قالوه **والفرق بينهما** انّ فى الكلّى فى المعيّن، كان المبيع هو ما فى الخارج.

غايةُ الامر بالغاء خصوصيّة الفرد يعنى مورد المبيع، طبيعةُ الحنطة ولذا **اُشكِلَ الامر** هنا **لانّ** المعيّن معناه هو الموجود والفرد والمتشخّص **وامّا** الكلّى فلم يعتبر فيه التّعيّن والتّشخّصُ **ومع ذلك** كيف يكون كليّاً **ومع ذلك** كان معيّناً **حيث** انّ اعتبار الكليّة، اقلّه انّه لم تلاحظ فيه الخصوصيّةُ **وامّا المعيّن فلو خطت فيه الخصوصيّةُ.**

وامّا المشاعُ فيلزم اعتبارهُ بنحو لم يكن فرداً مردّداً ولا كليّاً فى المُعيّن بل انّما يكون كليّا فى الذّمّة **حيث** انّ هذا قسمٌ مقابلٌ للاقسام ولم يكن فرداً من القسمين مع انّ فى بعض الكلمات، يترأىٰ كون المشاع قسماً من الفرد المردّد او من اقسام الكُلِيِّ فى المعيّن كما انّ المحقّق النّائينىﷺ فرض انّ المُشاع كان كليّاً مع انّ المشاع اذا كان كليّاً **يرد عليه مضافاً اِلىٰ الاشكالات المتعدّدةِ** انّه لم يكن فرقٌ بين المشاع والكلىِّ فى المعيّن **حيث** انّه كما انّ الكلىّ فى المعيّن، يكون منشأ هذا الكلىّ ومأخذه، معيّناً موجوداً كذلك فى المشاع ايضاً يكون معيّناً موجوداً وكما انّه يكون خروراً فى الكُلىِّ فى المعيّن كذلك يكون فيما نحن فيه ايضاً النّصفُ، فالنّصف والخروار كلاهما يكونان كليّاً.

فبناءً عليه، يكون النّصف كليّاً، **فعليه** لا يبقىٰ موردٌ عَلىٰ ما قالﷺ من الفرق بين المشاع والكلّى فى المعيّن مع انّه يكون فرقٌ بينهما.

فحينئذ، كان الكلامُ فى تصوّر الكلّى فى المعيّن محلاً للنّفى يكون والاثبات

ولكن المشاع، لم يكن قابلاً للانكار وكان فی جميع الملل موجوداً وكان فی الحلقة ايضاً موجوداً وكان فی الكتاب والسّنة ايضاً موجوداً فيمكن التّرديدُ فی الكلّی فی المعيّن تصويراً **ولكن** المشاع، لم يكن مورداً للتّرديد.

فتصوير المحقّق النّائينیؒ من المُشاع وتصريحهؒ بكون المشاع كليّاً، لامكان لانواعِ التّقسيم فی السّيرة ونصف الدّار مثلاً وتكونُ له افرادٌ عديدةٌ فيكون المشاع الّذی كان هو النّصف له افراد عديدة وكان كليّاً وكان كليّاً فی المعيّن **اللّـهم الّا** انّ يوجّه كلامهؒ: انّ المشاع الّذی كان بصورة الكسر والكلّی فی المعيّن، كان لصورةِ المعيّن يعنی كانت هنا عشرة خروار من السّبرة فهٰذه العشرةُ انْ قلنا: «**اِنّی بعتُ احد خروارٍ من هذه الخوارير العشرة**»، تكون كليّاً فی المعيّن.

واذا قلنا: «**انّ بِعْتُ عشرة هذه الخوارير**»، تكون كسراً مُشاعاً مع انّ الشّيخ صرّح: انّ احداً اذا باع واحداً من الخوارير وكان مقصودُه ايضاً، النّسبة، يكون هذا له المشاع الّذی ادّاه بنحو الخروار والعكس بالعكس، يعنی اذا باع من هٰذهِ الخوارير العشرة عشرها وكان مقصوده، هو الخروار لا النّسبة، كان هو الكلّی فی المعيّن.

بالجملة، ما يستفاد من كلمات المحقّق النّائينیؒ انّه فَرَضَ المشاع كليّاً واذا فرضنا المشاع كليّاً مضافاً اِلیٰ الاشكالات الّتی يرد عليه **ويمكن** انّ يجئی بعضها فی مَطاوی البحث فی الاتی، يرد عليه اشكال انّه ما الفرق بينه وبين الكلّی فی المعيّن مع المشاع كان قسيماً مع الكلّی فی المعيّن وكان المشاع قسماً آخر فی قبال الكلّی فی المعيّن؟

بالجملة، تصوّر المُشاع، قسمٌ آخر غير الفرد المردّد والكلّی فی المعيّن وقسمٌ فی مقابل الاقسام فما معنیٰ الاِشاعةَ؟

والمعنیٰ المعمولی والمتعارف للفقهاء للاشاعة، انّ كلّ جزء من اجزاء الجسم الّذی كان مفروضاً، كان مشتركاً بين الشّريكين **ولذا** اُرتِبطَت مسألة الاشاعة مع الجزء الّذی لا يتجزی الّذی يعبر عنه، بجوهر الفرد **ولذا** بنیٰ بعضٌ معنیٰ الاشاعة علیٰ مسألة الجزء الّتی لا يتجزّیٰ لا خارجاً ولا ذهناً وهذا، يتصوّر فيما اذا قلنا اِلیٰ

تجزّ الاجزاء ايضاً كما عليه اكثرُ الفلاسفة وبعضُ المتكلّمين وبالقسمة الذّهنية اذا ما يُواجه من الجزء مع الشّرق غير ما يواجه منه مع الغرب وما يواجه منه مع الفوق، غير ما يواجه منه، التّحتُ.

وامّا القائل عَلىٰ عدم تجزّ الاجزاء كما عليه اكثرُ المتكلّمين فلا يجوز له انّ يقول: كلّ جزء من الاجزاء، كان مشتركاً بين الشّريكين **لانّ** معنىٰ الاشتراك، حصولُ النّصف له ومعنىٰ النّصف، كون التّجزى والانقسام مع انّ الفرض انّهم انكروا التّجزىّ والانفسام **خُلاصة الكلام:** انّهم بَنُوا، معنىٰ الاشاعة وهو الحالة الموجودة فى الكلّ، يسرى فى الاَجزاء ايّ كلّ جزء فرض فى الجسم، مشترك بين الشّريكين، عَلىٰ القول بالتّجزّى والانقسام وامّا بناءً عَلىٰ انكار التّجزّى وانكار النّصف والثّلث وتكون الاشاعة بمعنىٰ انّ كلّ واحدٍ من الاجزاء، تعلّقَ لاحدهما والآخر للاخر وكذا تترتّب عليه مسألة القسمة فيما قالوا بقسمة الشّركة الاِشاعيّة وقع فيها الخلاف **هل تكون القسمة افراز حقٍّ** او بيعٍ كما نسبِ الىٰ العامّة ولو لم يكن بلفظ البيع **وامّا المشهور بين** الخاصّة فهو افرازُ حقٍّ وتمييزه.

وتترتّب عَلىٰ انّ القسمة، افراز حقّ او بيع، **فروعٌ منها:** انّ الرّبا هل يجرى فى القسمةام لا؟ فاذا قلنا بكون الاشاعة بيعاً فيجرى فيه الرّبا قطعاً وامّا اذا قلنا بكونها تمييز حقٍّ فلا يجرى فيه الرّبا **لانّه** لم تكن معاوضةٌ بل تمييزٌ.

منها: انّه اذا وقف احدٌ، نصف الدّار بنحو الاشاعة، قالوا انّ الوقف قابل للقسمة **فاذا قلنا** انّ القسمة بيع فلا تجوز القسمة **لانّ** بيع الوقف لا يجوز الّا فى موارد الاِستثناء وليس هذا منها.

وامّا اذا قلنا انّ القسمة معناها، اِقرارُ حقٍّ فتجوز القسمة لانّ مورد الوقف، لم يكن مورداً للبيع بل مورد الوقف وغيره، اختلط واِشبتها معاً والقسمة، رفع الابهام وتمييز الحق.

فتحصّل ممّا ذكرنا انّ ما نحن فيه يبتنى عَلىٰ فهم معنىٰ الاشاعة وهنا بحثانِ: **البحثُ الاوّلُ:** انّ الاشاعة هل تبتنى عَلىٰ الاجزاء الّتى لا تتجزّىٰ او انكار التّجزّى

لانّ الفرض انّ الجزء الّذی کانَ مبدأ لتّرکب الاشیاء، لیس له نصفٌ وثلثٌ وربعٌ و... فلیس هذا قابلاً للشّرکة والاشاعة **ولذا** من کان قائلاً للجزء الّذی لا یتجزّی، یلزم له تصوّر الاشاعة عَلیٰ احد النّحوین:

الاوّل انّ الاشاعة **معناها انّ جزءً منها، مال واحدٌ والآخر** مال الاخر وکانت الاَجزاء تلفیقاً معاً یعنی کان لکلّ واحد من الشّریکین، جزء فی مقابل شریك الاخر واذا کان هذا المعنیٰ، فیرجع اِلیٰ الفرد المردّد **لانّ** الاجزاء لم یکن معیناً مع انّ الاشاعة، لم تکن فرداً مردّداً.

والثّانی: انّ جزءاً وحِداً، کان مال الاثنین لا بمعنیٰ انّ المملوك کان مشترکاً بینهما حتّیٰ یقال بتنصیفه بل مورد التّنصیفِ، الملکیّة یعنی تکون الاضافة والعلاقة ضعیقةً.

والحاصل، الاشاعة معناها، تنصیفٌ فی الملکیّة وفرض الواحد بین المالکین لا تنصیفٌ فی المملوکیّة یعنی کانت الحالة الواحدة للمالك، کانت بین الشّریکین من حیثُ انّهما فی حکم المالك الواحد کما انّ السّیّدﷺ فی باب ملحقات العروة فی باب القضاء فی مسألة: فروع الید قال:ﷺ انّه لا مانع من القول بانّ للملك الواحد مالکان وذکر له نظائر والامثال کما انّ کلّ واحدٍ من السّادة یکونُ مالکاً للخمس.

مسألة: ما اذا باع من له نصف الدّار، نصفَ الدّار ولكن لم يقصد الّا مفهوم نصف الدّار (يعنى تحت الكلمة) هل يُحمل النّصف، عَلىٰ المال المختصّ به وانّه باع ماله المختصّ له وكان البيع بيعاً لازماً لا ارتباط مع الفضوليّ. او القول بانّ المرادَ من النّصف، المشاع فى المشاع وكان هو النّصف من النّصفين وباع مال نفسه ومال الغير؟

قال الشّيخﷺ: **هُنا** وَجهانِ بل قولان:

ومنشأ هذين الاحتمالين، ملاحظة الظّهورات الثّلاثة المتعارضه:

منها: الظّهور الوضعىّ لكلمة النّصف، الظّاهر فى المشاع فى المشاع يعنى له ظهور فى المال الاعمّ من المال المختصّ ومن مال الغير.

منها: الظّهور ان المقابلان للظّهور السّابق، **احدهما** ظهور متعلّق البيع ومورد التّصرف فى المال المختصّ، وهذا ظهور مقامىّ معارض للظّهور الاوّل.

وثانيهما: ظهور الفعل ونحن ذكرنا تقربين لظهور الفعل من الخارج **وامّا التّقريب الّذى ذكره الشّيخ**ﷺ لظهور الفعل فهو انّ منشأ ظهور الفعل انّه باع مال الغير فيجب له اِلتزامُ **احد الامور: امّا بيعه لقصد الغير** كما اذا قال: بعت دار زيد عن زيد.

واِمّا بيعه عن قبل نفسه اعتقاداً لملكيّته مع انّه ليس مالكاً له.

وامّا بيعه بانياً عَلىٰ تملّكه عدواناً لبيع الغاصبين.

والمفروضُ انّه لم يقصد اَحَدُ هذه الامور الثّلاثة الّا انّه قصد مفهوم نصف الدّار، **بناءً عليه،** باع مال نفسه **ولذا** كان ظاهراً فى بيع مال نفسه وهذا تقريبُ الشّيخ ﷺ لظُهور الفعل.

ويرد عليه، انّه ان كان ما قال به الشّيخ ﷺ صحيحاً فهو يكون عَلىٰ نحو القطع واليقين ويخرج من باب الظّهور فباع مال نفسه، قطعاً وجزماً.

فليس هنا ظهور فى بيع مال نفسه **حيث** ان فى الظّهور، احتمالانِ:

احدهما اَرجَحُ من الآخر **ومن هنا** ليس تقريبُ الشّيخ لتوجيه الظّهور، صحيحاً.

فَالأَولىٰ فى التّقريب الّذى يجرى فى كلّ المقامات، انّ كلّ فعل صدر عن الانسان، كان مستنداً اِلىٰ نفس الانسان طبعاً حتّىٰ الافعال القابلة للنّيابة وهذا امرٌ

طبيعیٌّ واحتساب هذا الفعل الصّادر عن المباشر عن ناحية الغير يحتاج اِلیٰ البيّنة حتّیٰ ينوبها عن الغير بامر او تحريك او غيرهما.

فلذا، فی اسنادِ الفعل الیٰ الفاعل، لا يحتاجُ اِلیٰ قصد كونه عن نفسه.

وهذا اصلٌ فی كلّ فعلٍ من العبادة والمعاملة وطبع الفعل كان مقتضياً له وظاهراً له **واذا قلنا انّ له ظهورٌ،** فهذا الظّهور عَلیٰ حدِّ ظهور المقتضيات.

فوقوع الفعل عن نفس الانسان، لا يحتاج الیٰ النّيّة، وانما يحتاج الیٰ النّيّة وقوعه عن الغير؛

فمنشأ ظهور الفعل فی الأصالة، انّما هو اقتضاء طبع الفعل وهذا الاقتضاء، يحدّد المتعلّق يعنی اذا كان الفعل، فعل فاعل خاصّ فمورد الفعل، يكون مربوطاً لهذا الفاعل يعنی كان موردُ الفعل، مورداً يقدر عَلیٰ نقله وبيعه واعطائه اِلیٰ الغير ويملك عوضه.

فادّعاه الشّيخﷺ انّ المتعلّق فی مقام التّصرف، كان له ظهور فی المال المختصّ وكان معارضاً للظّهور الاوّل ليس هو ظهور عليحدّة بل ظهورٌ منشأه، ظهور الفعل **فليس هنا ظهوران** والّا النّصف فی مقام التّصرف لِمَ يكون ظاهراً فی نصف ماله؟ واذا قال: بعتُ غانماً فَلِمَ يكون غانماً ظاهراً فی عبد نفسه لا عبد الغير الّذی سُمّی باسم العنانم؟ مع انّ تمليك مال الغير، لا يجوز واقعاً ويحتاج اِلیٰ اجازة الغير والوكالة ايضاً يحتاج اِلیٰ النّيّة عن الغير **فطبع المعاملة انّ الفعل،** مستند اِلیٰ نفسه هو ملّك ويتملّك وهذا لا يصّح ولا يتمشّیٰ الّا اذا كان المتعلّق، ماله المختصّ له والنّصف نصفه.

بناءً عليه ظهور متعلّقات التّصرف فی مال نفسه الّذی ادّعاه الشّيخﷺ وكان ظهوراً مقاميّاً، ليس ظهوراً آخر غير ظهور فعل الاصالة فليس هنا ظُهورانِ فاذا كان الفعل مستنداً اِلیٰ الفاعل فمتعلّقةُ ايضاً مالُ الفاعل فلا يجوز التّفكيك بين ان يقول: انّ الفعل، مستندٌ الیٰ فاعل خاصّ ولم يكن المتعلّق، مالَ الفاعل كما انّ الشّيخﷺ فی مسألة: **«لا تنقض...»** وفی باب جملة: **«لا تضرب احداً»** صَرَّحَ انّ الاحد ولو كان

اعمّ من الحىّ والميّت **ولكنّ** المراد من الاحد، الاحياء يعنى: لا تضرب احداً من الاحياء وكذلك فى قوله: «**لا تَنْقُضِ اليقين بالشّكِ**» **حيث** انّ اليقين والشّك ولو كانا مطلقين **ولكن** حيث كان النّفى، رفع اليد عن الامر المستمرّ فكان مورده مورداً كان الشّكُ فى الرّافع.

وبالجملة؛ انّ الفعل يحدّد متعلّقه فليس هنا ظهورانِ: ظهورُ فعل وظهور المتعلّق بل انّما هو ظهورُ الفعل وهو الاصالة وهو يقتضى انّ متعلّق الفعل ايضاً يكون ماله.

والحاصل: انّ ظهور الفعل فى الاصالة وان كان مسلّماً **ولكن** منشأه، ليس مطلباً قال به الشّيخ﵀ وكان منشأ ما قال به الشّيخ﵀ ملازمه، اليقين لا الظّهور الّذى كان ظنّاً نوعيّاً وما قال به الشّيخ﵀ لو صحّ فهو دليلُ القطع لا دليل الظّنّ والظّهور وامّا ما ذكرناه من وجه التّقريب، فعليه العقلاءُ وهو انّ الاصل فى الافعال، الاصالة **لانّ** الاستناد اِلىٰ الغير يحتاج اِلىٰ القصد **بناء عليه،** قول الشّيخ﵀ انّ استدلال فخر المحقّقين للمقام بقوله:

«**بعت غانماً**» لا يصحّ **لانّه** فرقٌ بين المثالين، لا يَصِّحُ ظاهراً وليس فرقٌ بين المثالين **الّا** انّ فى المقام وهو: «**بعت نصف الدّار**» المشترك المعنويِّ وفى مثال: «**بعت غانماً**»، المشترك اللّفظى.

فاذا عيّن الفعلُ متعلّقهُ، لم يفرق فيه بين المشترك اللّفظىّ والمعنويِّ **وهذا الاستدلال** من فخر المحقّقين صحيحٌ وامّا الفرق الّذى ذكره الشّيخ﵀ بين المقام وبين المثال المذكور، لم يكن صحيحاً كما سجئى بيانه انشا....

وامّا الكلام فى الظّهور الثّالث فقال الشّيخ﵀ انّ كلمة: «**النّصف**» عَلىٰ حسب الظّهور الوضعىِّ، كان ظاهراً فى المُشاع فى المُشاع يعنى كان ظاهراً فى نصفٍ مركّبٍ من نصف ماله ونصف الغير ايْ النّصف المأخوذ من ماله ومال الغير كما انّ الشّيخ﵀ وبعض الفقهاء كصاحب الجواهر، حمل الاقرار عَلىٰ المشاع فى المشاع.

يجب البحث فى انّ باب البيع مثل باب الاقرار الّذى كان مسلّماً عندهم مثل ما لو اقرّ بالنّصف او الثّلث او اقرّ لواحد من المدعيّين بالنّصف او الثّلث، ينزّل عَلىٰ

الاشاعة فی الاشاعة وكان هذا مسلّماً فی باب الاقرار **وصرّح الشّيخ** انّ ظهور الوضعیّ الابتدائیّ للنّصف فی الاشاعة، فی الاشاعة كما فی باب الاقرار وامّا فی المقام **حيث** كان الظّهور ان متعارضين، لم يحمل عَلیٰ المشاع فی المشاع كما قدّمناه ذكره سابقاً.

نحن نبحث فی قول الشّيخ من انّ النّصف ان لم يكن له معارضٌ، كان ظاهراً فی الاشاعة فی الاشاعة.

وقد سبق التّحقيق عن البحث عن معنیٰ الاشاعه واصلها ثبوتاً وانّ النّصف هل هو ظاهر فی المشاع فی المشاع وقلنا سابقاً انّ بعض الفقهاء قال: ان كيفيّة الاشاعة يعنی مفهوم الاشاعة الّذی كان بمعنیٰ الاِنتشار والشّيوع وبمعنی انّ كلّ جزء فرض، كان مشتركاً بين الشّريكين لا يتمشّیٰ الّا عَلیٰ انكار الجوهر الفرد.

نحن قلنا: انّ مسألة الكسور من النّصف والثّلث وغيرهما كان امراً عرفيّاً ارتكازيّاً للعقلاء وكان مفاهيم عرفيّة لا ارتباط بمسألة الفلسفیّ **ومسألة الكسور** لا تحتاج اِلیٰ تحقيق المسألة الفلسفيّة وكانت مطلبا عرفيّاً ويلزم البحث عن مفهومه عرفاً.

نحن قلنا:

اِنّ مسألة الكسور من النّصف والثّلث وغيرهما كانت امراً عرفيّاً ارتكازياً للعقلاء مفاهيم، لا ارتباط لها بمسألة الفلسفىّ ومسألة الكسور لا تحتاج اِلىٰ المسألة الفلسفيّة ويلزم البحث عن مفهومها عرفاً.

قلنا سابقاً: انّ مقابل المشاع، الفرد المردّد والكلّى فى المعيّن فيجب تفسير الكلّى المشاع عَلىٰ نحو يكون غير الفرد المردّد والكلّى فى المعيّن واَمّا بناءً عَلىٰ بعض التّفاسير **تارةً** اختلط مع الفرد المردّد **واُخرىٰ** اِشتبه مع الكلّى فى المعيّنِ.

وقلنا ايضاً: انّ المنقول من المحقّق النّائينى﵀ وغيره انّ المشاع كان كليّاً فاذا كان كليّاً يكون معناه بعينه هو المُشاع فى المعيّن **لانّ** معنىٰ الكلّى فى المعيّن، انّ طرف هذا الكلّى، مُعيّنٌ فى الخارج من السُّبرة وغيرها واذا كان المشاع كليّاً يكونُ هو بعينه، الكلّى فى المعيّن **لانّ** المشاع، كلىّ ظرفه معيّن فهو كلىٌّ فى المعيّن فلا يفترق من اعتبار الكلّى فى المعيّن مع انّهما قسمان عليٰحدّة **ودليل المحقّق النّائينى،** عَلىٰ ادّعائه فى كون المشاع كليّاً، انّ للنّصف له افرادٌ متعدّدةٌ فهو كلّىٌ.

وهذا الدّليل لا يصحُّ **لانّ** الكلام فى النّصف قبل التّنصيف فى حال الاشاعة يعنى فى حال عدم التّعيين يعنى النّظر، انّما يكون اِلىٰ المقدار والملكيّة وامّا الافرادُ للنّصف، فانّما هى بعد القسمة والتّنصيف وكان خارجاً عن الاشاعة وكانت الافراد، انّما هى بعد التّقسيم وكانت فى حالٍ لم تكن فيها اشاعةٌ وامّا فى حال الاشاعة فلم تكن للنّصف، فعليّةٌ وكانت العين، عيناً واحدةً.

والقول بانّ لها نصفانٍ يعنى هى قابلةٌ للقسمة اِلىٰ النّصفين او الثّلثين وغيرهما وكما انّ العين نفسها جزئيّة فاجزائها ايضاً جزئيّةٌ ولا يمكن ان يكون نفس العين جُزئيّاً واَمّا اَجزائها كليّةً.

وفرض المحقّق النّائينى فى كون العين قابلاً للتّقسيم من الجانب الشّرعىٍّ او الغربىٍّ او الجنوبىّ او الشمالىٍّ، انّما هى فى حال التّعين بعد القسمة وبعد خروجها عن الوحدة وعن قابليّة الملاحظة وعن كونها واحدةً **فمادام لو حظت العين** واحدةً

ليس لها نصفٌ فعلاً فالقول بالنّصفين، انّما هو لكونها قابلةً اِلىٰ النّصفين او كونها ثلاثةً او اربعةً و....

بناءً عليه، النّصفُ والثّلثُ والرّبعُ وغيرها، جزئيٌّ حقيقيٌّ ومسألة المشاع، كانت مربوطةً بمسألة الاعداد وكانت عدداً غير متعيّنٍ يعنى كان العدد سواءٌ كان صحيحاً او غير صحيحٍ، قابلٌ للقسمة وكان مركّباً من كميّتين مقدرتّين.

اذا كانَ معنىٰ الاشاعة هذا، اذا اضفنا النّصف اِلىٰ العين، كان للعين نصفان وكان كلاهما جزئيّاً فلا يمكن هذا الّا ان يكون مشاعاً فى العين ولا يمكن ان يكون مشاعاً فى المشاع **لانّ** للعين، كان النّصفان وكان كلاهُما جزئيّاً وليس لها افرادٌ فى حال الاشاعة حتّىٰ يكون احد افرادها، المشاع فى العين وفردٌ آخر منها، مشاعاً فى المشاع **بناءً عليه**، المشاعُ فى المشاع بذلك المعنىٰ، ليس متصوّراً.

نعم: يمكن ان يبيع احد، النّصفَ من نصف ماله والنّصف من نصف مال الغير وباع كلا النّصفين **ولكنّ** الكلام فى مفهومُ نصف الدّار فمفهوم نصف النّصف، اذا اضاف اِلىٰ الدّار، لا يمكن ان يحصل الّا فردٌ جزئيٌّ وفردٌ واحدٌ ونصفٌ واحدٌ و... حتّى يقال: انّ له ظهور فى هذا النّصف ولم يكن ظاهراً فى ذلك النّصف.

هذا الّذى قلناه هنا، اشار اليه الشّيخ﵀ فى ذيل كلامه **حيث** انّ الشّيخ﵀ ادّعىٰ انّ **كلمةُ «النّصف»**، كان لها ظهورٌ فى المشاع فى المشاع **ولكن** قال بعد اسطرٍ: انّه يمكن الاشكالُ فيه **ووجه الاشكال** انّ المشاع فى المشاع، يحتاج اِلىٰ ملاحظة النّصفين المملوكين للغير **بعبارةٍ اُخرىٰ**، نصفُ الدّار فى حال الاطلاق، ظاهرٌ فى النّصف المشاع فى الدّار لا فى المشاع فى المشاع.

نعم: اذا قيّدنا انّ هذه الدّار، لها نصفٌ مملوكٌ لى ونصفٌ مملوكٌ للغير وانا ابيع النّصف من هذين النّصفين فهو يحتاجُ اِلىٰ الملاحظة والتّقدير ومادام لم يقدّر ولم يلاحظه، كان له ظهورٌ فى نصف نفس الدّار.

نحن وانْ قبلنا هذا عنه﵀ ولكن قلنا: انّ الكلام، اَعلىٰ من هذا **حيث انّ ملاحظة** نصفه المملوك وملاحظة النّصف المملوك للغير، كان نوع تقسيمٍ وَهميٍ للعين وكان

فى الحقيقة مُشاعٌ حصل فيه تقسيمٌ **وامّا نصف الدّار** فليس له الّا فردٌ واحدٌ ومشاعٌ واحدٌ وليس له نصفٌ ونصفٌ خلافاً للنّائينىﷺ **حيث** يـلزم مـن هـذا، انْ يكـون للنّصف افراد متعدّدة ومعلوم: انّ العين ليس لها الّا نصفانِ او ثلاثة ثلاثٍ

بناءً عليه العين الواحدة، ليس لها النّصف المُشاع فى العين والنّصف المشاع فى المشاع **فقولُ الشّيخ**ﷺ: انّ له النّصف المشاع فى العين، النّصف المشاع فى المشاع اذا قيّد ولو حظ ولو كان متيناً عَلىٰ حِدَّه **ولكن** الكلام اَعلىٰ منه **حيث** انّا اذا قيّدنا ولا حظنا، يَخرجُ عن كونها داراً بل تقسم اِلىٰ مملوكين سواءٌ كان التّقسيم وهـمّياً وخارجيّاً او عنوانيّاً.

بالجملة؛ قول الشّيخﷺ فى الظّهور الثّالث فى انّ نصف الدّار، كان ظـاهراً فـى الاشاعة فى الاشاعة، محلُّ اشكالٍ ثبوتاً واثباتاً.

امّا ثبوتاً فهو انّه ليس لها مشاعٌ فى المشاع وانّما الموجود، المشاع فى العين **لانّ** ماهيّة الاشاعة، جزئيّةٌ وفردٌ وليس لها افرادٌ.

واَمّا اِثباتاً فلانّه حيث لم يكن للثّبوت، الّا فردٌ يكون فى الاِثبات، أُطلق عـليه الدّار ونصفها ايضاً يكون مشاعاً.

فتحصّل ممّا ذكرنا: انّ اِدّعاء الثّلاثة للشّيخ **الاوّل**: انّ نصف الدّار كان ظاهراً فى المشاع فى المشاع، **الثّانى**: انّ النّصف ظاهر فى المختصّ باعتبار المقام **والثّالث**: انّ الفعل كان ظاهراً فى الاصالة بتقريب كذا؛ **محلّ اشكال** فما افتىٰ به الفقهاء من دون ترديدٍ واشكالٍ بانّه لو باع نصف الدّار من له نصف الدّار، انصرف اِلىٰ نصفه المختصّ له **ممّا لا ريب فيه.**

ايراد السّيّدﷺ عَلیٰ الشّيخ عَلیٰ طرح الشّيخ مسألة: مالو باع نصفِ ماله مع نـصف مال الآخر.

اَشكَلَ السّيّدُﷺ عَلیٰ طرح الشّيخ وصاحب الجواهر، اشكالاً موضوعاً وحكماً **وحاصله** انّ مقصود الفقهاء من الطّرح، ليس ما طرحه الشّيخُﷺ وصاحب الجواهر ﷺ وعلیٰ فرض كون مقصودهمﷺ ما ذكره الشّيخ وصاحب الجواهر، ليس الحكم الّذی ذكره الفقهاءُ هنا بصحيحٍ.

حاصلُ ما ذكره السّيّدُﷺ من الاشكال انّ هنا فرضان والّذی كان محلّاً للبحث والكلام للفقهاء، ليس الّذی ذكره الشّيخُﷺ **حيث** كان هو من قبيل القـضايا الّـتی كانت قياساتها معها وفرضُ الموضوع يُعيِّنُ حكمه وليس هو مـحلاً للكـلام ولم تنطبق الادلة الّتی ذكروها عَلیٰ الفرض الّذی قال به الشّيخُﷺ وصاحبُ الجواهرﷺ.

وتوضيحهُ: انّ الفرض الّذی ذكره الشّيخُﷺ هو اذا عُلِمَ انّ البايع، لم يـقصد الّا مفهومَ النّصف يعنی لم يقصد لا نفسه ولا الغير ولا نصفه المختصّ له ولا النّـصف للغير، **لم يكن محلّاً للبحث لانّ** المسألة، راجعةٌ اِلیٰ مقام الاثبات والاستظهار مـن الادلّة يعنی فی انّه كيف يلزم الاستظهار من النّصفِ هل يرجع اِلیٰ الظّهور الوضعیّ وهو المشاع فی المشاع او الظّهورِ فی مقام البيع ويكون ظاهراً فی مال نفسه.

بالجملة، المدارُ والمجریٰ، يكونُ بحثاً اثباتياً وبحثاً اِستظهاريّاً.

وانّ البحث فی انّ ظهور كلمة النّصف، فی ماذا؟

ومعلومٌ: انّ الظّهور، يختصّ بما لا يعلم ضَميرُ البايع وقصدُه.

وامّا فيما اذا علم قصدُ البايع، انّه لم يقصد نصفَ مال نفسه وانّه لم يقصد نصف مال الغير كيف يجوز القول بانّ مقتضیٰ الظّاهر انّه قصد بيع مال نفسه؟ لانّ العمل بالظّواهر والاصول والامارات فی مقام الشّك فی مراد البايع واذا فـرضنا انّ مـراد البايعُ كان معلوماً وانّه لم يقصد اِلّا مفهوم النّصف، فعليه كيف يجوز القول انّ مقتضیٰ الظّواهر، يقتضی **انّه: تعبّد انّه قصد مال نفسه؟**

ومعلومٌ: انّ التّعبّد سواءٌ كان بمقتضیٰ الامارات او الاصول او ایّ لسانٍ يكونُ فی

مورد الشّك، ليس التّعبّد فى مورد العلم بالخلاف وفى مورد يعلم انّه لم يقصد نفسه، كيف يجوز القول بانّ اصالة الفعل يقتضى انّه قصد نفسه؟ وانّ النّصف فى مقام التّصرف، يحكى عن كونه قصد نفسه؟

فحينئذٍ هذا الفرض، لم يكن واقعاً فى محل البحث بل البحثُ فى انّ ظاهر الكلام، كان مشخصّاً ويكشف بمعونة الظّاهر مرادُ البايع **وامّا فيما اذا كان مراد البايع**، معلوماً بالفرض معلومٌ انّه لم يقصد نفسه فالظّاهرُ لا ينفعنا ولا يجدينا فاذا فرضنا الظّهور النّوعىّ فهو ليس بحجّةٍ حيث علم خلافه وكلّ امارة علم خلافها، لم يكن معتبراً.

الفرض ومورد الكلام ومحلّ البحث فى كلمات الفقهاء، ما اذا علم مضافاً إلىٰ مفهوم كلمة النّصف، انّ البايع قَصَدَ شيئاً زائداً وخصوصيّةً زايدةً **ولكنّها** لم يعلم انّه هل قصد خصوصيّة مالِ نفسه او مال الغير او قصد الخصوصيّتين **وذلك** لانّ وُجوهَ البحث وادلّته، تنطبق عَلىٰ هذا الفرض ويجوز القول حينئذٍ انّ الاصل فى الفعل، الاصالة وبيع مال نفسه لامال الغير **حيث** يكون بيع مال الغير فضوليّاً والفضولى ليس باصيلٍ **من هنا** يجوز القول بانّ متعلّق التّصرف فى مقام التّصرف، يظهر فيماله التّصرف فيه.

هذا حاصلُ اشكال السّيّد عَلىٰ الشّيخ موضوعاً.

وامّا اشكاله حكماً الّذى منشأه الاشكال فى الموضوع وكان الاشكال الحكمىُّ، لازم الاشكالِ الموضوعىّ فهو انّهم‌ﷺ حكموا عَلىٰ كلمة: «**النّصف**» عَلىٰ النّصف المختصّ ومن إحتاط فى المسألة قال: فيه وجهانِ: **وَجهٌ، الحمل** بالنّصف المختصّ **ووجهٌ**، الحملُ بالمشاع.

وامّا بناءً عَلىٰ ما ذكره السّيّدُﷺ فليست المسألة ذات وجهينِ وليس للنّصف المختصّ، مجالٌ للقول **لانّ** النّصف، كان ظاهراً فى المشاع فى المشاع كما إعترف به الشّيخﷺ وقبله السّيّدُﷺ وقال: انّ النّصف كان ظاهراً فى المشاع فى المشاع وليس ظاهرٌ يعارضه ويعانده **لانّ** الظّهور، عَلىٰ ان نثبته، انّه قصد غير النّصف ايضاً

وفرضنا انّ غير مفهومِ النّصف، لم يقصد خصوصيّةً.

بناءً عليه، فى فرض المسألة، كان النّصف، ظاهراً فى المشاع فى المشاع وليس له معارضٌ ويجب الاخذ بهذا الظّهور ويجب حمله عَلىٰ المشاع فى المشاع وانّه باع مال نفسه ومال غيره **فعنوانُ الشّيخ** تبعاً لصاحب الجواهرﷺ مع ذكرهﷺ الحكم والادلّة المذكورة كلّها وانتساب هذا بالمشهور، **مخدوشٌ منظورٌ فيه لانّ** نظر الادلّة، تشخيصُ قصد البايع والفرض انّا نعلم ضمير البايع وقصده انّه لم يقصد خصوصيّة وكذلك الحكم **بانّ فيه الوجهان:** وجهٌ، الحمل ببيع مال المختصّ **ووجهٌ آخر،** الحمل عَلىٰ بيع المال المشاع، ليس صحيحاً **لانّه** لم يكن هنا وجهانِ واحتمالان بل يجبُ حمل النّصف عَلىٰ المشاع فى المشاع **حيث** يكون النّصف، ظاهراً فى المشاع فى المشاع وليس له معارضٌ فى فرض المسألة.

نحن نقول:

انّ ما ذكره السّيّدُ﵀ وان كان له ظاهرٌ متينٌ **ولكنّه غير تامٍّ** وتقدّم ما فيه من الضّعف ممّا ذكرناه سابقاً من انّ بيع مال نفسه، لا يحتاجُ اِلىٰ القصد والّذى يحتاج اِلىٰ القصد، بيع مال الغير بل كلّ فعلٍ وعملٍ عباديّاً وغيرها لا يحتاج اِلىٰ اخطارِ انّه عن نفسى فاذا بحثنا المسألة بهذا النّحو بانّه لم يقصد الّا مفهومُ النّصف يعنى لَمْ يُقْصَدْ قصداً مُعامليّاً وتصوّراً حصوليّةً واخطاريّاً يعنى لم يخطر فى البال انّه عن نفسى **ولكنّه** موجودٌ فى ارتكاز كُلِّ شخصٍ انّ الفاعل اذا فعل فعلاً، يفعلُ عن قبل نفسه فحينئذٍ، مجالٌ لهذا القولِ انّ اَصالة التّصرف اِشارةٌ اِلىٰ هذه القاعدة يعنى الطّبع الاولىّ لكلّ فعلٍ ان يستند اِلىٰ نفسه واَمّا استنادُ الفعل اِلىٰ الغير، يحتاجُ اِلىٰ قصد الغير **فحينئذٍ** اذا باع نصف الدّار، قَصَدَ مفهومَ النّصف **ولكن** لم يتوجّه تفصيلاً انّه مالُ نفسه او مال الغيرِ، هو لا يحتاجُ فى اسناد الفعل اِلىٰ نفسه، اِلىٰ القصد التّفصيلىِّ فى انّه باع مال نفسه بل هو فى الارتكاز باعَ لنفسه وفى الاتكازيّات لايحتاجُ الىٰ الاخطار والاصل فى الفعل، الاصالة ولا تكون الاصالة الّا ان يتعلّق البيع بنصفه وكذلك الوجهُ يسرى هنا اَيضاً انّ النّصف فى مقام التّصرف، كان ظاهراً فيما له التّصرف **لانّ** من قال: «**بعتُ**»، كان ظهور فعلهِ، انّ اختيار بيعه مع انَا واَمّا انّه لم يكن مالى وانّما اَبيع برجاءِ الاجازة وبادّعاء المالكيّة، لم يكن بيعاً عقلائيّاً.

بالجملة؛ قولُ صاحب الجواهر والشّيخ وطرح المسألة ووضعُ الادلّة والمختار فى الباب كلّها صحيحٌ،

اِنّ قطع النّظر عن الاشكال الّذى ذكرناه سابقاً وقطعنا النّظر من هذا الاشكال، لا يَرِدُ اشكالُ السّيّد﵀ بالنّسبة اِلىٰ الموضوع والحكم والادلّةِ وان كان وجيهاً فى الظّاهر.

ووجههُ انّه فرقٌ بين الاتكاز والتّصور التّفصيلىِّ والمراد بانّه لم يقصد الّا مفهوم النّصف يعنى مفهوم النّصف لا يدلّ عَلىٰ الخصوصيّة ولا تنافيه دلالة دالٍّ آخر علىٰ الخصوصيّة وهو اصالة التّصرفِ.

وظهور النّصف فی نصفه المختصّ له وامّا انّه يكون الفرص انّه لم يقصده **فالمراد منه انّه لم** يقصده تفصيلاً والّا يكونُ القصدُ موجوداً فی ارتكاز كلّ عاقل صدر عنه فعلٌ ويكون الفعل صادراً عن قِبَلِه لا قِبَل الغير واستنادُ هذا الفعل اِلیٰ الغير، يحتاج الیٰ تسبيبٍ يكون السّبب، اَقویٰ من المباشر وانّ كانَ بعنوانِ الولاية او الوكـالة او الفضوليّةِ، يحتاج الیٰ قصد الغير ووضعٍ خاصٍّ.

وامّا مقتضیٰ الفعل وطبع القضية كما فی مثل: «**اَلنّار حارّةٌ**» حيث تستندُ الحرارةُ الیٰ النّار، فالظّاهر، انّ فعل الانسان، فِعلُ نَفسِهِ لافعل الغير وهذا يُعبّر عنه بـاصالة الفعلِ.

فرعٌ: اذا كان البايع وكيلاً عن الغير فى بيع النّصف او وليّاً عن الغير هل يُحمَلُ النّصف عَلىٰ النّصف المختصّ او القول بالوجهينِ المذكورينِ سابقاً ام ليس مثله وله حكمٌ خاصٌّ؟

الشّيخُﷺ اختار فى اصل المسألة، الحمل عَلىٰ نصفه المختصّ له تبعاً للمشهورُ **ولكن** قالﷺ فى هذا الفرع انّه يحملُ عَلىٰ المشترك والمشاعِ فى المشاع

نحن نقولُ: خلافاً للشّيخﷺ انّ بينَ هذا الفرع والمسألة السّابقة، لم يكن فرقٌ بينهما ويلزم حمل النّصف عَلىٰ النّصف المختصِّ له فى كليهما **و وجهُ** عدم **الفرق بينهما** قد تقدّم سابقاً: انّ افعال الانسانِ ومنها الانشاءات والتّصرفاتَ، لا تحتاجُ اِلىٰ قصد كونها عن نفسه بل يقعُ الفعل عن نفس الفاعل وكان هذا مُرتكزاً فى الاذهانِ والتّصرفُ عن الغير ووقوعُ الفعل عنه يحتاج اِلىٰ القصد عن قِبَلِهِ.

المفروضُ فى المسألة السّابقةِ وهذا الفرع، انّه ما قصد الّا النّصف وقلنا: انّ اِستنادَ الفعل اِلىٰ نفس الفاعل، لا يحتاجُ اِلىٰ قصد نفسه **ولكن** الفعلُ عن قِبَلِ الغير يحتاجُ الىٰ القصد وهذا الكلام يجرى فى المسألة السّابقة وهذا الفرع عَلىٰ نحوٍ واحدٍ **حيث** انّه صدر فعل البيع عنه وقصد مفهوم نصف الدّار وامره دائِرٌ بين قصد نفسه او غيره.

ومعلومٌ: انّ قصد نفسه واستناد الفعل اِلىٰ نفسه، لا يحتاج الىٰ القصد وهذا يعبّر عنه باصالة الفعل **ومن هنا،** انصرف النّصفُ فى مقام البيع والتّصرف اِلىٰ نصف مال البايع **لانّ** متعلّق التّصرفِ فى مقام التّصرف، كان ظاهراً فى النّصف المملوك والنّصف المختصِّ.

ويجرى التّعليلُ فى المسألة السّابقة وهو الظّهور ان، فيما نحن فيه اَيضاً **ومجرّدُ انّ البايع كان وكيلاً** او وليّاً بحيث لو تصرّف، لكان صحيحاً، لا يغيّرُ وجهة الفعل **لانّ** التّصرف عنهم، يحتاج الىٰ قصد كونه عنهم، ومجرّد الولاية والوكالة، لا يكفى.

ومن هنا، اِدّعائهم انّ النّصف كان ظاهراً فى المختصِّ، كان ظهوراً مُسبّباً عن وَضعِ الفعل وليس ظُهور آخر كما ذكره الشّيخُﷺ من انّ هنا ظهور ان مُستقلّانِ،

ذهب اَحدُهما وبقى الآخر كما ذكره الشّيخُ﵀ فى هذا الفرع الّذى نذكرهُ الان بل هما ظهورانِ ملازمان **حيث** انّ ظهور النّصفِ فى مقام التّصرفِ فى ماله المختصّ له، ليس منشأ غيرُ وضع الفعل **لانّ** الفعل، راجعٌ اليه والمال ماله ايضاً والّا لم يكن الفعلُ، فعله فليس الظّهورانِ، ظهورين عرضيّين بل طوليّين ملازمين **حيثُ** انّه ظهور مسبّبٌ عن ظهورٍ ولا يجوز قبول احدهما وعدم قبول الآخرِ واذهابه **كما انّ محاسبةَ الشّيخِ**﵀ انتهى اِلىٰ هذا سيجئى عن قريبٍ.

بالجملة؛ هذا الفرعُ مع المسألة السّابقة، مشتركان فى الطّريق والدّليلِ ومتّحدان فيهما فيجب حمل النّصف عَلىٰ النّصف المختصّ وانّه بأُلُع مال نفسه **وحاصلُ** دليل الشّيخ﵀ فى حمل النّصف عَلىٰ النّصف المشترك والمشاع فى المشاعِ انّ واحداً من الظّهورينِ، لم يعارض مع ظهور كلمة **«النّصف»** بل كان محكوماً فى مقابله فبقىٰ حينئذٍ ظهورٌ واحدٌ، هو لا يجدى هنا.

وبيان ذلك انّ الظّهورَ الوضعىّ لكلمة **«النّصف»** يَكون فى المُشاعِ فى المشاع ويكون كُلُّ جزءٍ بين الشّخصينِ، نصفاً وهذا معنىٰ المشاع فى المشاع ولازم هذا الظّهورِ، الاشتراك وفى مقابل هذا الظّهورِ، ظهوران آخرانِ:

احدهما: انّ الفعل مثل **«بعت»** ظاهرٌ فى الاصالةِ كما قلناه سابقاً

الثّانى: انّ النّصف كان ظاهراً فى النّصف الّذى له التّصرفُ فيه ايْ النّصف الّذى يجوز له التّصرف فيه **وامّا الظّهور الاوّل** من الظّهورين الاخيرينِ وهو ظهور الفعلِ، كان محكوماً فى اصل المسألة وهذا الفرع **لانّ** ظهورَ الفعل وظهور المتعلّقِ، يتعارضان ولو كان منشأ كلا الظّهورينِ، الاطلاقُ **لانّ** ظهورَ الفعل فى الاصالةِ، لاجل انّه لم يقل: **«بعت عَنْ غيرى»** وانّه لم يقيّد بالغير واطلق الكلامَ فكانَ ظاهراً فى الاصالة وكذلك النّصف **حيث** انّه اِطلاقُ النّصف، كان ظاهراً فى المشاع فى المشاع والّا اذا قيّد بانّ **«نصفى او نصفُ مال شريكى او النّصف من اصل الدّار لامن دار المشتركِ»** فهو مقيّدٌ **وحيث** لم يصرّح بالقيد، كان ظاهراً فى المشاعِ فى المشاعِ **فكانَ ظهور الفعل** وظهور المتعلّق، كلاهما، اِطلاقيّين **ولكن** القاعدةُ تقتضى تقديم

اطلاق القيد علىٰ اطلاق المقيّدِ مثلاً اذا قال: «**اكرم العالِمَ وقال بعد هـذا، وليكـن عادلاً**» ثُمَّ يشكّ فى انّ مرتكب الصّغيرة ايضاً عادلاً ام لا؟ يتمسّكُ باطلاق العادل وهذا الاطلاقُ اى اطلاق العادل يعارض مع اطلاق: «**اكرم العادل**» ولكنّ قرّر فى علم الاصول، انّ ظهور القيد كان مقدّماً عَلىٰ ظهور المطلق وكان اطلاقُ القيد مقدّماً عَلىٰ اطلاق المقيّد **وما نحن فيه** اَيضاً من هذا القبيلِ **حيث** انّ هنا فعلٌ مطلقٌ ومتعلّقٌ مطلقٌ فاذا تعارض هذان الاطلاقان اى اطلاق الفعل واطلاق المتعلّقِ، يقدّم اطلاقُ المتعلّق عَلىٰ اطلاق الفعل يعنى يقدّم اطلاق النّصف عَلىٰ اطلاق الفعل وهو ظهور الفعل فى الاصالةِ فيحمل النّصف عَلىٰ النّصف المشترك وهو المشاع فى المشاعِ.

وبالجملة؛ كان ظهورُ الفعل محكوماً بخلافِ الظّهور الثّانى وهو ظهورُ المتعلق فى كونه ممّا له التّصرفُ، هذا ظهورٌ مقاميٌّ لا اطلاقىّ، وكان هذا الظّهور مثل ظهور القرينة ومثل «**يَرمى**» فى قول القائل: «**رأيت اسداً يرمى**» وكانت لهذا الظّهور قدرة المعارضة مع ظهور كلمة: «**النّصف**» فكانّه تعارض الظّهوران فى كلمة «**النّصفِ**».

ومعلومٌ انّ تعارض هذين الظّهورين فى كلمة النّصف فى تعبير الشّيخ كان تعبيراً مُسامحيّاً **لانّ** التّعارضَ بين الظّهورين بين الجملتينِ فى الجملتين، له وجه **حيثُ** انّ هذه الجملة، ظاهرةٌ فى شىءٍ وتلك، ظاهرةٌ فى شىءٍ آخر وامّـا التّـعارض يـعنى الظّهورانِ الدالّان فى جملةٍ واحدة وفى كلمةٍ واحدة فهو ليس بصحيحٍ وكان تعبيراً مُسامحيّاً وهذا كما قيل فى قولِ القائل: «**رأيت اسداً يَرمى**» مـن تُـعارُضِ ظـهور «**الاسد**» مع ظهور «**يرمى**» حيث انّ الاسد، ظاهرٌ فى الحيوانِ المـفترس وكـلمة «**يرمى**» ظاهرةٌ فى الرّجل الشّجاعِ **وحيث** انّ الظّهورَ فى «**يرمى**» اَقوىٰ، كان مقدّماً علىٰ ظهور الاسد ولو كان ظهورهُ، ظهورُ الحقيقة.

ومعلومٌ: انّ هذا لاجل تشريح الذّهن **حيثُ** يقال: انّـهما تـعارضان فـى كـلمةٍ واحدةٍ وكان نظيره فى العلوم والفنون كثيراً جدّاً **فالقولُ** لتعارض الظّـهورينِ فـى كلمةٍ واحدةٍ **مثل: النّصف**، ليس معناه انّ هنا ظهورانِ دالّانِ عَلىٰ معنيين يـرجَّـحُ احدهما علىٰ الآخر **بل معناه** ان منشأنِ بملاحظة موارد الافتراق والّا لم يكن فى

جملةٍ واحدةٍ، اكثر من ظهورٍ واحدٍ **حيث** كان وجود دلالتين فی جـملةٍ واحـدةٍ، محالا **ولكن** نحن لتسريحِ هذه الدّلالة، نلاحظ ظهور الجملة وظهور المفردات ثمّ نلاحظ حالة المفردات فی حالِ الاجتماع ومعنیٰ انّه تقدّم احدهما عَلیٰ الاخر انّه ايّهما يدلّ عَلیٰ المعنیٰ؟

بناءً عَلیٰ عقيدة الشّيخ كان الظّهور الاطلاقیُّ للفعل، محكوماً لظهور كلمة النّصف وكان هو المقدّمُ عَلیٰ ظهور الاطلاقیِّ للفعل، تقدّم ظهور المتعلّق عَلیٰ ظهور الفعل وتقدّم ظهور المقيّد عَلیٰ ظهور المطلقِ.

وامّا ظهور كلمة «**النّصف**» فی مقام التّصرف فی ماله المـختصّ عَـلیٰ عـقيدة الشّيخ، فليس ظهوراً اِطلاقيّاً وكانت له شأنيّة التّعارضِ مع ظهور كلمة: النّصف فی المشاع فی المشاعِ. وما قلنا سابقاً من الحمل عَلیٰ النّصف المختصّ، انّما هو لتقديم الظّهور المقاميِّ للنّصف عَلیٰ الظّهور الوضعیّ للنّصفِ.

وامّا هُنا مجال لهذا القول **لانّ** الفرض هنا فی مقامنا انّ كلا النّصفين ممّا يجوز لهما التّصرف فيه، فالظّهور المقاميُّ للنّصف فيما يجوز له التّـصرف فـيه، لا يـعاند الظّهور الاوّل **لانّ** مفادَ الظّهور الاول، النّصفُ المشتركُ وامّا مفاد الظّهور الثّانی انّه بشرطِ انّه كان ممّا يجوز له التّصرفُ وكان هذا الشّرط، حاصلاً فيكون هذا الظّهور، ممّا يجوز له التّصرفُ.

حاصِلُ كلام الشّيخﷺ انّ العلّة فی حمل النّصف عَلیٰ النّصف المختصِّ، انّما هو بملاحظةِ الظُّهورِ المقاميِّ للنّصف فيما يجوز له التّصرفُ لا بملاحظة اَصـلِ الفـعل **حيثُ** كان اصل الفعل محكوماً وانّما بقی ظهور النّصف فيما يجوزُ له التّصرفُ وهو ايضاً لم يكن معارضاً لظهور النّصفِ فی المشاع فی المشاع الّذی كان ظهوراً وضعيّاً **لانّ** الفرض انّ فی كليهما له حقّ التّصرف **بناء عليه**، ظهور كلمة النّصف فی المشاع فی المشاع، ليس له معارضٌ ويحتملُ النّصف عَلیٰ المشـترك وهـو المشـاع فـی المشاعِ.

الاشكال عَلىٰ الشّيخ﵀

انّ ما ذكره الشّيخُ فى هذا الفرع كلّه محلّ اشكالٍ:

امّا انّ النّصف، كان ظاهراً فى المشاع فقد انكرهُ الشّيخ﵀ فى ذيل كلامه ببيانٍ اوفىٰ واِعترف﵀ انّ هذا الّذى كان اساساً لاصل المسألة وهذا الفرع وكان باعثاً فى الترديد فى المسألة الاولىٰ وموجباً للجزم فـى المسألة الثّـانية، لا اساس له كما سنذكره عن قريبٍ **وامّا مسألةُ** كون ظهور الفعل فى الاصالة من باب الظّهور الاطلاقىّ وظهور النّصف كان ظهوراً آخر ليس مربوطاً بالظّهور الاطلاقىّ وحاكماً علىٰ ظهور الفعل ويقدّم عليه، فقد تقدّم ضعفه فى كيفيّة التّقريب هنا سابقاً **حيثُ علمَ ممّا ذكرنا انّه ليس** هنا ظهوران بل ظهورٌ واحدٌ **لانّ** ظهور المتعلّقِ فيما له التّصرف فيه اوفى ملكه وماله كان مستنداً اِلىٰ ظهور الفعل **حيث** قـلنا: انّ الفـعل ظاهر فى الاصالة ولا يكون اصيلاً الّا ان يكون متعلّقه، مـاله فـلا تكـون مسألة التّحكيم والتّقدّم هنا صحيحاً.

وامّاكون الفعل، ظُهوراً اِطلاقيّاً فهو ايضاً ليس بصحيحٍ **لانّ** ظهور الفـعلِ مـثل ظهور الحقيقةِ مثل: «**رأيتُ اسداً**» كان ظاهراً فى الحقيقة واذا ذكرت بـعده كـلمة «**يرمى**» ترفع اليد عن ظهور الاسد ويحدثُ ظهوراً آخر ولا يجوزُ القول بانّ كلمة: «**اَسَدَ**» فى الحيوان المفترس من باب الاطلاقِ ومجرّدُ انّ اضافة قيد، يوجب تغيير الوضع، لا يكون دليلاً عَلىٰ كونه من باب الاطلاقِ **لانّ** الفعل الصّادر عن النّفس، ضدّ الفعل الصّادر عن الغير **وامّا حملُ الفعل عَلىٰ الاصالة،** انّـما هـو لاجـل كـونه مُرتكز كلّ ذهنٍ ويقتضيه طبعُ الفعلِ

بالجملة، قرينتهُ، موجودةٌ دائماً **غايةُ الامر،** القرينةُ هنا من قبيل الامر الارتكازىّ **فظهور الفعل** فى الاصالة، ليس من باب الاطلاق ومجرّدِ التّصريح بالخلافِ والقول: «**عن موكّلي**»، ليس له هذا الظّهورُ، دليلاً عَلىٰ انّ ظهور الفعل فى الاصالة من باب الاطلاق ويجرى فيه مجرٰى الاطلاق وتجرى فيه قواعد المطلق والمُقيّد.

هٰذا مضافاً الىٰ الاشكالات الّتى ذكرت فى الحَواشىّ.

منها: اَنّ ما تسلّم الشّيخُ﵀ فی جميع الموارد انّ ظهور المقيّدِ والمتعلّقِ يعنی اطلاقُ القيد، يقدّمُ عَلیٰ اطلاق المقيّد واطلاق المتعلّق، يقدّم عَلیٰ اطلاق الفعل الّذی يتعلّقُ به دائماً، يخالفُ ما ادّعاه الشّيخ فی باب **«لا تنقضُ» حيث** انّ الشّيخ﵀ اخذ ظهور الفعل مقيداً للمتعلّق وقال﵀:

انّ فی قول القائل: **«لا تضرب احداً»** اَنَّ كلمة الاحد بمعناهُ المطلق، اعمّ من الامواتِ والاحياء **ولكن** فی قول القائل كلمة: **«احداً»** هنا ظاهرٌ فی الاحياء لا فی الاموات **لانّ** الفعل يقيّدهُ ای يقيّد الفعل ای (لا تضرب)، المتعلّق وهو احداً.

وبهذا الاعتبارِ، اتّخذ الشّيخ المبنیٰ فی قوله ﷺ: **«لا تنقض اليقين بالشّكِ»** وهو انّ اليقين والشّك وان كان اَعمٌّ من الشّك فی الرّافعِ والمقتضی **ولكن** قوله ﷺ: **«لا تنقض...»** الّذی كان فعلاً، فيه استمرارٌ يُقيّدُ اليقين والشّك.

بالجملة، لادليل لنا انّ فی كُلِّ الموارد، ظُهور المتعلّق يُقدّمُ عَلیٰ ظهور الفعل الّذی يتعلّق به بل المدار ملاحظة الاظهر فی الموارد.

وعُلِمَ من هذا كُلّهِ انّ الاقوی فی هذا الفرعِ، الاختصاص لا الاشتراك.

ثمّ: عدل الشّيخ عن المبنیٰ الّذی اِبتنیٰ المسالّتين عليه وحمل النّصف عَلیٰ ماله المختصّ له فی كلتا المسألتين كما صرنا اليهِ.

وحاصلُهُ انّه﵀ عدل عن القول بانّ النّصف كان ظاهراً فی المشاع فی المشاع، هنا مجالٌ للسّؤالِ، ماذا وجه ظهور النّصف فی المشاع فی المشاع وماذا وجه العدولِ؟

قد قلنا سابقاً: السِّرُ فی انّ النّصف، كان ظاهراً فی المشاع فی المشاع من انّ الدّار كانت مشتركةً بين الشّخصين، فنصفها لزيدٍ ونصفها الآخر لعمرو فيتعلّق لكلّ منهما نصف الدّار وهذا معنیٰ الاشاعة فی الاشاعة وهذا دليل المسألة الأُولیٰ الّتی ابتنیٰ بناء المسألتين عليهما **وهذا الظّهورَ الّذی اعترف** الشّيخُ به كان مثل باب الاقرار **حيث** انّ الفقهاءَ، حملوه فی باب الكسور من النّصف والثّلث والخمسِ، عَلیٰ المشاع فی المشاعِ وقال الشّيخ﵀ مُقدّمةً: انّ اصل كلمة النّصفِ، كانت ظاهرةً فی

المشاع فى المشاع وانّما خرجنا فى البيع لظهور المقام ولظهور الفعل فى الاصالةِ والّا مُقتضىٰ الطبع الاوّليِّ، المشاع فى المشاع **ولذا** قالوا به فى بـاب الاقـرارِ ثـمّ ضعّف الشّيخ هذا الاساس حتّىٰ فى باب الاقرار ايضاً واختار خلافه وقال: انّ ظاهر النّصف، انّما هو المشاع فى الدّار.

وَوَجهه: اَنّ المشاع فى المشاع يَحتاج اِلىٰ ملاحظة الدّار المشتركة ومـلاحظة النّصف من النّصفينِ **ولكنّ** الفرض انّه لم تكن هذه الملاحظةُ فى المقام بل لوحظ لفظ الدّار واضيفت اليه كلمة النّصف **لانّ** الدّار سواءٌ كانت مملوكاً ام لا؟ لها نصفان بل كلّ شيٍ قابل للقسمة سواءٌ كان مملوكاً ام لا؟ له نصفان وهذا المعنىٰ قبل تعلّقِ الملكيّة بها، كان موجوداً وكان من خواصّ الاعدادِ **حيثُ** انّ كلّ شيءٍ قابلٍ للقسمة، ينقسمُ الىٰ متساويين وينقسمُ اِلىٰ ثلاثة اجزاءٍ واربعة اجزاءٍ و... وهٰذا لا ارتـباط، لباب الملكيّةِ واذا فرضنا عدم الملكيّة اصلاً يصحُّ القول: «انّ كلّ شيء له نصفان وله ثلاثُ اثلاثٍ و...» فالنّصف المضاف اِلىٰ الدّار، انّما هو النّصف الّذى فى غير مقام الملكيّة فى مقام الاعدادِ وكما انّ النّصفَ كان مضافاً الىٰ نفس الدّار بل نفس الجنس والمقصود منه، هو المشاع وكذلك فى الدّار الّتى كانت مشتركة بين الشّخصين الّا ان يُلاحظ انّ هذه الدّار وقعتِ المعاملةُ فيها وكانت فيها القسمة وكان لها نصف النّصفِ، نصفٌ لزيدٍ ونصف آخر لعمروٍ مثلاً اذا قال: بعت نصف الدّار الموصوفِ بـالنّصفين المملوكينِ، كان ظاهراً فى المشاع فى المشاع وامّا فى موردٍ لم تكن هذه الملاحظة، لم يكن مَشاعٌ فى المشاعِ.

ومع ذلك، التّعجب من السّيّدﷺ مع انّ هذا الكلام من الشّيخِ لم ترفع يده عن الّذى قالَ به سابقاً حيثُ قالﷺ: **«اِنَّ النّصف، كان ظاهراً فى المشاع فى المشـاعِ» وذلك** لانّه اذا فرضنا انّ كلّ جزءٍ كان متعلّقاً لحقّينِ وفرضنا انّ النّصف كان مُتعلّقاً لهذا الجزء فتلزمه الاشاعة فى الاشاعة **وهذا القول من الشّيخ هنا يكون** جواباً عن السّيّدِ هنا.

وحاصله انّه من قبيل القضيّةِ الحينيّةِ والقضيّة المشـروطةِ وكـانَ مـبنىٰ الوجـه

السّابق انّ نصف الدّار يكون من قبيل القضيّة الحنينّة يعنى حين تعلّق النّصفُ عَلىٰ الدّار اذا كانت مشتركةً يكفى فى تحقّق الاشاعة فى الاشاعةِ.

وامّا الوجه الثّانى فلانّهُ من قبيل القضيّتهِ المشروطة يعنى الدّار يشترطُ انتسابها الىٰ النّصفينِ ويشترط كونها مملوكةً للمالكين **وبهذه الملاحظة** اذا تعلّق بها النّصفُ، يَصير المشاعُ فى المشاعِ.

فَعُلِمَ منه انّ المبنىٰ، الوجه الثّانى عَلىٰ الدّقة ومَبنىٰ الوجه الاوّل، عَلىٰ غير الدّقة وعَلَى الامر السّطحىّ وكانّه لم يفرقﷺ فى الوجه الاوّل بين الحين والشّرط وفرضﷺ كفاية مجرّد حين تعلّق النّصف به وانّه كان مشتركاً فى الاشاعة فى الاشاعةِ.

وامّا الوجهُ الثّانى فيقتضى انّه لم يكن كافياً بل تلزم الملاحظة وهذا صحيحٌ منهﷺ **وبهذا عدّل** الشّيخُ عن الوجه الاوّل واختار، انّ النّصف لَه مالكان او مالكٌ واحدٌ؟

فالمرادُ منه المشاعُ فى الدّار لا المشاع فى المشاعِ ومشاعٌ فى النّصفين ثمّ، تَوَجَّهَ الشّيخﷺ اِلىٰ المسألة الثّالثة وهو الفرع السّابق حتّىٰ ينتج عنه وقالﷺ: انّه اذا كان البايع وكيلاً او وليّاً، لم يكن النّصف مشتركاً بل باع نصفه المختصّ له **وذلك لانّ** نصف المشاع، بمنزلة الكلّى لانّ نصفَ المشاع يصدقُ عَلىٰ نصف مالىّ و يصدق علىٰ النّصف الّذى انا وكيلٌ فى بيعه وحتّىٰ يصدق عَلىٰ النّصف الثّالث يعنى النّصف المركّب من النِّصفينِ و...

فالقاعدةُ فى باب بيع الكلّى انّه باع عَلىٰ ذمّة البايع ولو كانم وكيلاً عن الغير فمادام لم تصرّح ذِمّة الغير، باع فى ذمّة نفسه ومجرّد كونه وكيلاً عن الغير وكان له ان يشترى عن موكّله، لا يكون دليلاً عَلىٰ وقوعه عن الغير مع عدم تصريحه فى البيع.

ثمّ قال الشّيخﷺ: انّ الفقهاء قالوا فى باب المهر انّ الزّوجة اذا وهبت نصف المهر علىٰ الزّوج قبل الدّخول ثمّ طلّقها زوجُها قبل الدّخول، هل ترجع الزّوجة اِلىٰ نصف

المشاع، و اِلىٰ النّصف من نصف المشاع وقيمة رُبعِ التّالف ام لا؟

وهذا القول منهم﵀ وقولُ عدّةٍ من المحقّقين من انّه يلزم للزّوجة تسليم النّصف الموجود اِلىٰ الزّوج مبنىٌّ عَلىٰ هذا المطلب؛.

نحن نَقُولُ اوّلاً:

المطالب الّتى قال بها الشّيخ من انّ كلمة: «**النّصف**» كانت ظاهرة فى المشاع لا المشاع فى المشاع كانت حقّاً وكلاماً متيناً جدّاً **ولكن** قلنا سابقاً: انّ مبنىٰ الشّيخ وغيره، ليس بصحيح.

وثانياً: قوله من انّ بابه، بابُ الكلّى وانّ النّصف المشاع، بمنزلة، الكلّى كان كلاماً صحيحاً **لانّ** الاصل فى المعاملة ان تقع عن نفس البايع الّا ان يوجد صارفٌ قويٌّ عن طبيعة الاوّلى فما اَفتُوا به فى باب الكلّى مَتينٌ لا ريب فيه وامّا قياسُ المقام بباب الكلّى مع كون الحكم صحيحاً وانّه اذا باع نصف المشاع، يلزم اداء ماله المختصّ **ولكنّه** قياسٌ الفارق وليست مسألة بيع المشاع من قبيل بيع الكلّي.

وذلك لانّ مفهوم النّصف المشاع ولو كان كليّاً **ولكن** نصفى ونصفُ الشّريكِ، كان جزئيّاً وقد اشرنا اليه سابقاً فى ردّ قول من قال بكون المشاع كليّاً كالمحقق النّائينى.

بالجملة؛ الكلّى انّما هو مفهومُ النّصف المشاع **ولكن** المشاعُ فى الحمل السّابع ليس كليّاً **حيث** قلنا انّ اصالة الفعل يُعيّن المتعلّق وظُهور الفعل والاصالة مع ظهور المتعلّق فى كونه ماله، كان ظهوراً واحِداً سبباً ومسبّباً.

وصرّح الشّيخُ انّ المتعلّق فى مقام المعاملة، ظاهرٌ فى مال نفسه

ومع ذلك التّصريح منه كيف قال هنا بخلافه؟

بناءً عليه، مفهوم: «**بعت نصف الدّار**» ولو كان هذا المفهومُ يعنى النّصف بالحمل الاوليّ كليّاً **ولكن** الكلّى يصيرُ جُزئيّاً لقرينة المقام واَصالةُ الفعل انصرفتها اِلىٰ مال نفسه وظهور المتعلّق فى كونه ماله، يعيّنه فى نصفه المختصِّ له **عليهذا،** بيعُ نصف الدّار وحكم الشّيخ فيه، كان صحيحاً ولو كان وكيلاً عن الغير او وليّاً عنه لانه وقع البيع عن نفسه فما افتوا هناك متينٌ جدّاً ولكن قياس الشّيخ ما نحن فيه بباب الكلّى وفرضه من افراد الكلّى، ليس بصحيح حتّىٰ بملاحظة الكلمات السّابقة منه **لانّ** النّصف الواقع، عقيبُ «بِعْتُ» ولو كان كُليّاً من جهة الوضع اللّغويّ **ولكن** اصالة

الفعل ومسألة ظهور المتعلّق فى ماله المختصّ له، يصيّره جزئيّاً.

بناءً عليه، يكونُ مورد المعاملة، جزئيّاً لاكليّاً، **عَليهذا** بعض ايـرادات السّـيّدﷺ فرض الكلّية، لا يرد.

فتحصّل من ذلك انّ مسألةَ بيع نصف الدّار سواءٌ كانت له وكالةٌ فى بيع نصفه الاخر ولم يكن وكيلاً فى ذلك، كان ظاهراً فى نصفه المختصّ له عَلىٰ اَىِّ تـقديرٍ ويشهد عَلىٰ ذلك، العرفُ والعادةُ.

امّا مسألةُ هبة الزّوجةِ نِصف المهر قبل الطّلاق، فَنَقولُ فيها:

انّ هذا معلومٌ انّه تملك المرأةُ، تمام المهر بالعقد وهذا فتوىٰ المشهور حـتّى لو مَضَتْ مدّةٌ من ان يدخل فيها ثمّ تصادف الطّلاق، يجب عليها، يجب عليها ارجاع نصفٍ **ولكن** منافع المهر فى تمام المدّة، ملك الزّوجة **فى مقابل فتوىٰ المشهور،** قولٌ آخر وهو انّها تملك نصفه بنفس العقد ونصفه الاخر بالدّخولِ **وعليهذا** يجب عليها ارجاع نصف المنافع ايضاً **ولكن** هذا القول خلاف المشهور وخلاف ظاهر الادلّة.

فاذا فرضنا انّه طَلَقَ الامرأة مع انّه تلف تمام المهر، يأخذُ مثل نصف المهر، ان كان مثليّاً وان كان قيميّاً فيأخذ منه قيمة نصف المهرِ فاذا فرضنا انّها تلفت نصف المهر فقد قالوا هنا، يأخذُ نصف المهر من الزّوجة واخذ قيمة نصف التّالفِ.

لا يقالُ هنا، بِاستردادِ النّصف الموجود **لانّ** المهر الموجود، كان تلفاً ويجب عليه استردادُ نصف المشاع لا نصف المعيّن **والفرضُ** انّه تلف من نصف المشـاع وبَـقىٰ مقدارٌ آخر فيأخذ الزّوج من الزّوجة، نصف ما كان باقياً وقيمة نصف التّالف.

واذا فرضنا انّه تلف مشاعاً تلفاً حَقيقيّاً او تلفاً تشيريعيّاً وكان المشاعُ باقياً كما اذا فرضنا انّ الدّار كانت مهر الزّوجةِ وتسلّمت من الزّوج فَباعت نصفُها المشاع من الغير او وهبت للغير او نفس الزّوج ثمّ طلقّها الزّوجُ، **هنا احتمالانِ:**

احتمالُ قياس هذا بالمفروض والمُعيّنِ بـتقريب انّ الزّوج، اَخَـذَ النّـصف مـن النّصف المشاعِ واخذ قيمة نصف التّالف قال به بعضٌ **وقولٌ قال جمعٌ** من الفـقهاء كالمحقّق الاوّل والثّانى والشّهيدين وعدّةٍ اُخرىٰ باخذ الزّوج منها، النّصف المشاع

الموجود ولا يحتاجُ الیٰ القيمة **لانّ** حقّ الزّوج، النّصف المشاعُ وهو كان موجوداً، **يلزم هنا** بيان مناسبته مع المقام وشهادتهُ عَلیٰ المقام وهو انّه اذا وهبت نصف المشاع من الدّار عَلیٰ الغير فالدّار حينئذٍ قبل الطّلاقِ، كان مشتركاً بين الشّخصين، الزّوجة وشخصٍ آخر.

واذا فرضنا: انّ الشّارع حكم بانّ نصف هذه الدّار مال الزّوج بعد الطّلاق، يكون هذا النّصفُ، النّصف المشترك من الدّار، يحمل عَلیٰ نصفه المختصّ له لا المشاع فی المشاع.

واذا قلنا هنا للمشاع فی المشاع، يلزمُ القول باخذ النّصف مِنَ الموجود ونصف القيمة من التّالف **ويلزم حينئذٍ** حمل قوله تعالیٰ: «**نصف ما فرضتُم**» عَلیٰ المشاع فی المشاع يعنی نصف ما فرضتم من النّصفين مع انّ الفقها و لم يقولوا به بل قالوا باخذ الموجود **ويُعلَمُ منه** انّ النّصف، اضافوا اِلیٰ نفس الدّار واخذوها مشاعاً لا فی المشاع فی المشاع.

هذا يؤيّد ما اِختاره الشّيخﷺ اَخيراً من انّ النّصف عند الاتلاف ولو تعلّق اِلیٰ العين المشتركة، كان له ظهورٌ فی المشاع لا فی المشاعِ فی المشاع لانّ لازم كونه مشاعاً فی المشاع، اخذ الزّوجة، النّصف من الموجود ونصف قيمة التّالفِ.

دفع وهم

حاصلُ ما تقدّم فى الصّفحات السّابقة انّ الشّيخ﵀ صرّح بانّ فى مطاوى كُتبِ الفقه ذكرتْ مطالب راجعةٌ الىٰ كلمة «**النّصف**» وذكرت فى هذه المطالب، فتاوىٰ مختلفةٌ وكلّ واحدٍ منها مبنىٌّ عَلىٰ انّ النّصف له معنىٰ فى مسألةٍ غير المعنىٰ الّذى ذكر فى مسألة اُخرىٰ.

عليهذا كانّه حصلت منافاةٌ فى الفتاوىٰ او فيها توهّم المنافاةِ **ويلزم البحث حينئذٍ من** انّه لم يقولوا بما قالوا فى بيع نصف الدّار، فى مسائل اُخرىٰ من مسألة نصف المهر ومسألة هبة نصف المهر؟

ولِمَ لم يذكروا المطالب الّتى قال﵀ فى باب: «انّ احداً مثلاً تصرّف فى عينٍ فادّعاها اثنان بسببٍ واحدٍ مقتضٍ للشّركة فاقرّ لاحدهما ولم يقرّ لآخر، و...» فيما نحن فيه؟ وكانّهم حملوا فى مسألة الاقرار، المشاع فى المشاع حتّىٰ قالوا انّ مسألة: المشاع والكسور اذا وقعت فى مسألة الاقرار، يحمل عَلىٰ المشاع فى المشاعِ حتماً وايّ خصوصيّةٍ فى الاقرار والمسائل الّتى تبتنى عَلىٰ الاقرار **حيث** يلزم الحمل عَلىٰ المشاع فى المشاع **ولكن** يحمل فيما نحنُ فيه عَلىٰ المشاع والحمل عَلىٰ النّصف المختصّ له وكذلك فى باب الاقرار بالنّسب واقرار احد الورثة لورثة الآخر واحد الاخوةِ، باحدٍ آخر الّتى يرجعِ اِلىٰ اقرارهم عَلىٰ انّ فرداً ثالثاً خارجاً، كان له فى الشّركة سهمٌ وشركةٌ فى الثّلث او الرّبع وذكرت هنا ايضاً مطالبُ يحتاج التّوفيق بينهما وبين ما نحن فيهِ الىٰ التّأمّل والنّظر وكذلك فى باب الاقرار بالدّين والخمس والزّكوةِ والحجّ الّذى يرجع الاقرار فى ذلك كلّه الىٰ مقدار معيّنٍ او مشاع ذكرت مطالب الّتى يُشكِلُ التّوفيق بين ما نحن فيه وهذه المطالبِ.

ومن جملة هذه المسائل الّتى بحثنا عنها سابقاً، مسألةُ هبة الزّوجة، نصف مشاع المهر قبل الدّخول وطلقّها قبل الدّخولِ.

قلنا سابقاً: انّ الفتوىٰ المشهور فيها انّ المرأة تملكُ المهر بنفس العقد لا نصفه بالعقد ونصفه بالدّخول كما قيلَ.

ومعلومٌ: هذه ايضاً انّها اذا طلقّها قبل الدّخولِ، يرجع الیٰ نصفه لا انّه يكشف عن انّها لم تكن مالكةً من الاوّل وهذا كالفسخ من حينه وكان هذا الرّجوع ايضاً من حينه لا من اصله يعنی يكون ناقلاً لا كاشفاً.

بناءً عليه اذا تلف الزّوجُ، النّصف المعيّن من المهر وبقی النّصفُ المعيّنُ وقد طلقّها قبل الدّخولِ، يرجع الزّوج من النّصف المعيّن الموجود عَلیٰ النّصف المشاع من هذا المعيّن يعنی يرجع عَلیٰ النّصف من هذا النّصف الموجود ونصف قيمة التّالف فيرجع الزّوج اِلیٰ النّصف الموجود ونصف قيمة التّالف وليس للزّوج، الرّجوع اِلیٰ تمام النّصف المعيّن الموجود بل يرجع اِلیٰ النّصف من النّصف المعيّن وقيمة نصف النّصف وهذا حالُ التّلف المعيّنِ.

امّا الحالُ فی تلف المشاع كما اذا باع النّصف المشاع او وهب الغير وبقی النّصف الآخر، **فهنا** اِحتمالانِ مبنيّان عَلیٰ احتمالی مسألتنا:

الاوّل: كونه مثل المعيّن والقول بالرّجوع اِلیٰ النّصف من النّصف الموجود وقيمة النّصف التّالف، فَيرجع بنصف النّصف المشاع الموجود وقيمة نصف التّالف يعنی يأخذ رُبعَ الدّار الموجودة واخذ قيمة ربع الدّار **وهذا مبنیٌ** عَلیٰ حمل النّصف عَلیٰ المشاع فی المشاع ويكون نصف **«مافرضتم...»** فی الآية مُشتركاً يعنی نصف المهر المشترك فيه الّذی له مالكانِ.

هذا ما قال به بعضٌ من الفُقهاء

ولكن المشهورُ قالوا بانّه ليس مثل المعيّن بل يرجع الزّوج اِلیٰ نصف المشاع الموجود ولا يرجع اِلیٰ القيمة اَصْلاً.

هذا مبنیٌّ عَلیٰ حمل: «نصف ما فرضتم» عَلیٰ المشاع فقط يعنی انّ النّصف ولو تعلّق عَلیٰ المهر الّذی فيه الاشتراكُ وفيه نصفان **ولكنّه** لا يوجب الاشاعة فی الاشاعة بل يُحملُ عَلیٰ النّصف المشاع مثل تعلّق البيع علیٰ الدّار الّتی فيها نصفان فی حمله علیٰ المختصّ له لا الاشاعة فی الاشاعة وحيث كان النّصف المشاع، كليّاً

وكان له فردٌ موجوداً فيرجع الزّوج اِلىٰ الفرد الموجود وهو النّصف الموجود من المهر **لانّ** الزّوجة لها ان تُؤدِيَ النّصف الىٰ الزّوجِ وهذا النّصف وان كان كليّاً ولكن لهذا الكلّى، فردٌ فى اختيار الزّوجة ولتسلم هذا الفرد الىٰ الزّوج وهذا بعينه، المطلب الّذى قال الشّيخ﵀ بعد العدول من انّ النّصف، ظاهرٌ فى المشاع ومن باع نصف الدّار وله نصفها، انّما يبيع، كليّاً له فردانِ وحيث كان فردٌ منهما فى اختياره فيجب تسليم هذه، الفرد اِلىٰ الزّوج كما انّه لو باع كليّاً وله فردانِ من ذلك الكلّى فيجب ردُّ هذا الفرد له.

حاصِلُ كلام الشّيخ﵀ فى الاخير انّ النّصف ولو تعلّق بعينٍ فيها نصفانِ **ولكن** كان ظاهراً فى الاشاعة وتشهد بذلك فتوىٰ المشهور فى باب طلاق الزّوجة قبل الدّخول فيما اذا وهبتِ الزّوجةُ، نصف المهر المشاع قبل الطّلاق حيث اَفتوا عَلىٰ وجوب اداء الزّوج الىٰ النّصف المشاع الباقى وهذه الفتوىٰ ولو كان فيها احتمالٌ آخر لم يكن علىٰ هذا الاحتمال شاهدٌ عَلىٰ مسألتنا وهو انّهم قالوا فى باب القيميّ انّ القيمى اذا كان له مثلٌ تصادفاً والضّامنُ اراد ردّ المثل لا القيمة قال: بعض الفقهاء انّه يجب عَلىٰ المالك قبول المثل منه وكذلك فى باب القرض قالوا بانّه تمليكٌ بالضّمان **حيث** قالوا: انّ العين المقترضه تكونُ ملك المقترض وامّا طلب المُقرض من المقترض ان كان مِثليّاً فالمثل وان كان قيميّاً فالقيمةُ.

فاذا طالب المقرض، القرض من المقترضِ ولم تتلف العين المقترضة، كان له حقُّ مطالبة المثل، **ولكن** المقترض اذا اراد ردّ العين المقترضة لامثلها، ليس للمطالب المالك، الامتناعُ من اخذ العين المقترضة **لانّ** الانتقال بالمثل من باب الاقربيّة **وحيث** كانت العينُ المقترضةُ موجودةً يجب قبولها ويحمل ان يكون النّصف المشاعُ ايضاً من هذا القبيل يعنى ولو يجب هنا ردّ قيمة الرّبع ولكن حيث تكون العين موجودةً فيجب قبولُ العين الّا انّ هذا، ليس منظورَ القائلين **لانّ** العبارةَ الّتى نُقِلَتْ عنهم﵃ واِستدلّوا بها، هى: «**لبقاءِ مقدارِ حقّهِ**» وعُلِمَ انّ الموجود، مقدار الحقّ لا انّه شىءٌ آخر اقرب اِلىٰ الحقّ.

عَلىٰ ایّ تقديرٍ قال الشّيخ﵀: انّ فتوىٰ المشهور فى باب هبة نصف المهر فيما اذا طلقّها قبل الدّخولِ، من تسليم الزّوجة النّصف المشاع اِلىٰ الزّوج، يكون دليلاً علىٰ النّصف الموجود فى الآية: «**فنصفُ ما فرضتم**» الّذى يكون متعلّقاً عَلىٰ العين المشتركة، يكون نصفاً مشاعاً وهذا هو المطلوبُ وهذا مُنافٍ للقول المشهور فى الفتاوىٰ الاُولىٰ من انّ النّصف، ظاهر فى المشاع فى المشاعِ.

ولا يخفىٰ عليك انّ وجد منافاة القول المشهور فى مسألة المهر مع القول المشهور فى حمل النّصف عَلىٰ المشاع فى المشاع، غير مُنافاةِ مسألة الاقرار الّتى يأتى بيانها مع الفتوىٰ الثّانية من انّ النّصف يحمل عَلىٰ ماله المختصّ له وهذه نكتة ينبغى التّوجّهُ اليه.

نحن نقولُ: انّ الاستشهاد بالآية الشريفة عَلىٰ النّصف الباقى، وانّه كان مصداقاً لقوله تعالىٰ: «**فَنصفُ ما فَرَضْتُمْ**» لا يخلو عن اشكالٍ وانّه وقع فى عبارة الشّيخ﵀ سهوٌ واشتباهٌ **ولعلّه** من سهو القلم او من السّهو النّظرىّ وعدم التّوجّه فى مقام الكتابة بالآية الشّريفة حقّ التّوجّه وهو انّه﵀ صرّح بانّ قوله تعالىٰ: «**فنصف ما فرضتم**»، يصدق عَلىٰ النّصف الباقى مع انّ المراد من النّصف هنا، النّصف الّذى يجب ردّه الىٰ الزّوجة لا النّصف الّذى يرجع الزّوجُ اليها **فالتّعبيرُ الصّحيحُ انّه** يصدق عَلىٰ النّصفِ التّالفِ. **ولكن لا يخفىٰ** انّ هذا، لا يتفاوت فى وضع الاستدلال بها **حيث** انّ النّصف، يصدق عَلىٰ النّصف التّالف **حيث** انّ الزّوجة تلفت النّصف الّذى كان حقّها ومابقىٰ، مالُ الزّوج **ولكن** هذا التّقريب، غير التّقريب الّذى ذكره الشّيخُ﵀.

اِشكالٌ آخر راجعٌ الىٰ اصل تنظير المسألة لما نحن فيه **حيث** انّ الشّيخ﵀ فرض حكم مسألة المهر، مع حكم ما نحن فيه **لاجل** اتّحاد موضُوعهما ومطابقة الجهات المشخّصة لمسألة المهر مع ما نحن فيه **لانّ** موضوع البحث فى ما نحن فيه، فى مورد كان له الاشتراك واضافة النّصف اِلىٰ العينِ المشترك وادّعى الشّيخ انّ باب المهر ايضاً كذلك **لانّ** الزّوجة اذا وهبت النّصف من المهر اِلىٰ الزّوج، يصير مشتركاً بين الزّوجة والموهوب له فالمراد من النّصف فى الآية الشّريفة: «**فنصف ما فرضتم**»

فى هذا المورد، راجع اِلىٰ عينٍ فيها نصفان وفيها الاشاعةُ.

نحنُ نقولُ: انّ هذه الجهة، محلُّ تأمّلٍ ولم يعلم انّ مسألة المهر تكونُ مثل ما نحن فيه **لانّ** الاشتراك الحاصل فى المهر كان بعد فرض المهر وانّما حَصَلَ بالهبة وامّا سوق الآية الشّريفة فليس بلحاظ هذا الحال بل بلحاظ حال الفرض وحال عقد النّكاح وانّه قضيّةٌ حقيقيّةٌ ومعلومٌ: انّ فى هذا الحال، لم يكن فيه اشتراكٌ.

بعبارةٍ اُخرىٰ، موضوع البحث الّذى يكون اضافة النّصف اِلىٰ العين المشتركه يعنى فى حال اضافة النّصف، يكون مشتركاً مع انّ المهر فى حال اضافة النّصف اِلىٰ العين، لم يكن مشتركاً فقياسُ مسألة المهر بما نحن فيه، لا يَصِّحُ ولا يخلو عن تأمّلٍ واشكالٍ.

مسألة اُخرىٰ كانت ظاهرةَ المنافاة مع ما نحن فيه فى عقيدة الشّيخ﵀ توضيحها: انّه اذا فرضنا انّ العين كانت فى يدِ شخصٍ مثل زيدٍ وكانت العين مال زيد عَلىٰ حسب ظاهر الشّرع ثمّ ادّعاها الاثنانِ وقالا انّا ورثنا من ابينا ومنشأ ادّعائهما واحدٌ يعنى ادّعى الاثنان الشّركة فيها بسببٍ واحدٍ مُقتضٍ للشّركة.

اَفتىٰ المشهورُ فيها فتوىً يشكل توجيهما فى بادى النّظر **حيث** قالوا: انّ المتصرّف فى الدّار اذا اقرّ عَلىٰ واحدٍ منهما وانكر الآخر فالمقرّ له يكون مالكاً للنّصف عَلىٰ حسب الاقرار فى ظاهر الشّرعِ.

فحينئذٍ، اذا صالح المُقِرُّ له مع المقرّ فى النّصف او باعه له واخذ قيمته قالوا: انّ نصف هذا المقدار، ليس ماله بل نصفه، ماله ونصفه مال اَخيه وكانا شريكين فى المقرّ به فاذا اجاز اخوه بصلحٍ او بيعٍ، يكون نصف مقدار الصّلح او نصف الثّمن يكونُ له فاذا لم يجزه، بطل فى النّصف؛ هذا مطلبٌ ثبوتىٌّ وفتوىٰ ثبوتيّةٌ **وامّا الفتوىٰ الاثباتىّ** فهو انّ المقرّ اذا صالح مع المقرّ له فى مورد الاقرار.

قال المشهور: انّ المصالحة والصّلح صحيحٌ فى مورد نصف المعاملة يعنى ربع الدّار وامّا بالنّسبة اِلىٰ الرّبع الآخر فهو اَمرٌ يحتاج الىٰ اجازة الشّريك ومعناه انّهم لم يحملوا كلمة فى مقام الاثبات عَلىٰ النّصف المختصّ بل حَمَلوه عَلىٰ النّصف المشاع

وحينئذٍ يكون هذا من جزئيّات مسألة: «باع من له نصفُ الدّار نصفها» كما لا يخفىٰ.

نعم: لو صالح النّصف المقرّ به فله وَجهٌ وهو راجعٌ إلىٰ الفتوى النّبوتيِّ **حيث** انّه صالح المورد المشترك، **والاشكالُ فيه هنا:** انّهم قالوا بهذهِ الفتوىٰ مطلقاً وقالوا حتّىٰ لو صالح عَلىٰ النّصف المطلق وقال المقرّ: «**صالحت النّصفَ**» لا يُحمَلُ علىٰ نصفه المختصّ له وحتّىٰ لو صرّح «**بانّی صالحت نصفی**» قالوا: يحمل عَلىٰ نصف المشاع فی المشاع وهذا مطلبٌ اثباتیٌّ.

وهذا الاشكال اوجب الشّيخ﵀ ان ترتّبطَ هذه المسألة مع ما نحن فيه: فلم يحمل النّصفُ فی مسألتنا: من باع...» عَلىٰ نصفه المختصّ به؟

وامّا فی هذا القرض قالوا بانّه لو صالح مع المقرّ، يحمل عَلىٰ المشاع فی المشاع، ما الفرق بين المسألتين؟

والشّيخ﵀ لم يقدم عَلىٰ حلّ الاِشكال النّبوتیِّ مع انّه يلزم اوّلاً:

حلَّ الاشكال النّبوتیّ ثمّ حلّ الاشكال الاثباتیِّ.

وبعقيدة الشّيخ يكونُ هذان القولانِ منافيانِ **ولذا** قال﵀:

ونظيره فی ظهورِ المنافاة لما هنا، ما ذكروه ومن دون حلّ الاشكالِ يردّون من المسأله **ولذا** يجب حَلُّ الاشكالَ النّبوتیِّ والاثباتیِّ.

وجوهٌ حلّ الاشكال الثّبوتىّ.

قد ذكرنا الاشكال الثّبوتىّ وهو انّ المقرّ **حيث** اقرّ بانّ نصف الدّار لاحد المدعيّين لسبب واحدٍ قال المشهور: المقرّ به يكون مال المُدَعيّين بمجرّد الاقرار **والاشكالُ فيه انّ** المقرّ، لم يقصدِ الاشتراك بل المقرّ اقرّ عَلىٰ النّصف لاحد المدعيّين وانكر الآخر فى الاشتراكِ.

وهذه الفتوىٰ منهم﵀ كان منشأً للشّهرة والكلام المردّد فى السنتهم من انّ باب الاقرار كانت له حالَةٌ استثنائيّةٌ وانّ الاقرار يحمل عَلىٰ المشاع فى المشاع لا فى المشاع فى العينِ.

وما يظهر من كلمات المتعرضيّن لهٰذه المسألة والفقهاء﵀ فى الكتب الفقهيّة فى الابواب المختلفةَ انَّ وجه الحمل عَلىٰ المُشاع فى المشاعِ فى باب الاقرار عَلىٰ وجوهٍ:

منها: ما اِستفاده بعضٌ من خصوصيّة كلمةِ النّصف الواقعة فى كلام المقرِّ بتقريب انّ اقرار المقرّ فى فرض المسألة، يوجب الشّركة الظّاهريّة.

ومنها: انّه لم يستفد من اقرارِ الاوّل بل من تركّب اقرار ذوى اليد واقرار المُدّعى **وذلك** انّ مفاد الاقرار الاوّل انّ هذا النّصف، مال احد المدعيّين والمقرّ له ايضاً قال: انّ كلّ مالى فهو مُشتركٌ بينى و بين صديقى.

ومنها: ما يستفادُ من بعض انّ هذا، لازمُ الحكم بالشّركة اقرّابها وهٰذا من خاصيّة الشّركةِ.

ومنها: ما يستفادُ من بعض العبارات انّها لازم وحدة السّببِ.

وهٰذِه الامور المذكورةُ، اِعتمدوا بها فى توجيه الفتوىٰ المذكورة ونحن ذكرنا هنا بعضاً مِنها **الوجه الاوّل** منها ما قال به السِّيّدُ﵀ فى الحاشية وصاحب الجواهر﵀ **حيث** حملوا النّصف الواقع فى كلام المقرّ عَلىٰ المشاع فى المشاع بالتّقريب الّذى ذكره **الشّيخ﵀ فى باب مسألة بيع نصف الدّار فى اوّل كلامه﵀ من انّ هنا ظُهورانِ:** ظهور فى كلمة «**النّصف**» وهو ظهورٌ وضعىٌّ.

وظهورٌ آخر من كلمة «**النّصف**» هو ظهورٌ مقاميٌّ وهما يتعارضانِ.

حيث انّ فی مقام البيع والتّصرف، كان ظهوراً ثانويّاً ظاهراً فی نصفه المختصِّ له **وامّا فی غير مقام التّصرف** والبيع ولو خُلّیَ طبعه بل فی صورة اضافة النّصف الیٰ العين الّتی فيها الاشتراكُ، فلازمُهُ، الاشاعةُ فی الاشاعة وهذا الظّهور، يجری فی باب الاقرار ولم يكن له معارضٌ **وامّا عدم كون المعارض له** فلانّ الاقرار، إخبارٌ عن حقٍّ سابقٍ وليس بتصرّفٍ وكان مثل الشّهادة والبيّنة والخبر الواحدِ.

فليس نفس الاقرار سبباً وتصرّفاً حتّیٰ يُقال بانصراف الاقرار عَلیٰ نصفه المختصّ له ويبقیٰ الظّهور المدّعی وهو الظّهورُ الوضعیُّ وهو إضافةُ النّصف إلیٰ العين الّتی فيها اشتراكٌ من قبل، يكون اشاعة فی الاشاعة واشراكاً فی الاشتراك.

وهذا يكونُ مستند من اراد استفادة الاشاعةِ فی الاشاعة من نفس الاقرار الاوّل اذ أُضيفت كلمةُ الكسور من النّصفِ وغيره الیٰ عينٍ فيها اشتراك من قبلُ وهذا اعتمد السّيّدُ﵀ وبعضٌ آخر عليه وهذا لازم الكلام الاوّل للشّيخ الّذی عدل الشّيخ عنه فيما بعدُ.

امّا الوجه الثّانی وهو كون الاشاعة فی الاشاعة مستنداً إلیٰ تركّب الاقرارين، **فيمكن ان يكون تقريبُهُ انّ** المدّعِی، إدّعیٰ انّ كلّ ما كان لِی فهو مشتركٌ بينی وبين اخيه.

وتقريب آخر ذكره صاحب الجواهر﵀ وهو انّ الاقرار الّذی تحقّق عَلیٰ شخص او لشخصٍ ينحلّ الیٰ ما عليه والیٰ ما ليس عليك فاذا قلت: انّ هذه الدّار لزيدٍ فهو ينحلّ الیٰ دعويين **احداهما:** انّه ليس مالی **والثّانية:** انّه مالٌ زيد والاقرارُ، نافذٌ بانّه ليس مالی **حيث** قالوا: انّ اقرار العقلاء عَلیٰ انفسهم جايز وامّا القولُ بانّ هذا شخصٌ آخر فهو يسمعُ فيما لم يقم عليه معارضٌ وإنكار المقرّ معارضٌ له.

وامّا الوجهُ الثّالث فهو انّ الاشاعة فی الاشاعة، من خواصّ الشّركةِ المُعَنْوَنِ فی باب الشّركة الواردةِ فی موضوعها، الاخبارُ واطبقَ عليها النّصُ والفتویٰ **حيث** وردت رواياتٌ مثل قوله ﷺ: «**ما حصل لهما وما طوی عليهما**»

ومعلوم: انّ ما نحن فيه من هذا القبيل **لانّ** هذين المدعيّين، يدعيّان الشّركة ويقولان بها وقد حصل من هذا المال المشترك، النّصفُ وذهب منه، النّصف وما حصل لهما و ما طوى عليهما.

وامّا وحدةُ السّبب الّذى يكون **لازمهُ فهى فى مثل المقام شَيْئَيْنِ:**

الاوّل: الاقرار والثّانى: السّببُ الواحد مثل الارث فانّ احد المدعيّين، يملكُ النّصف بحكم الاقرار، قلنا سابقاً: انّ الاقرار، لم يكن مُملّكاً وانّما هو اخبارٌ وكان تابعاً لواقعه.

وان قلنا: انّه بحكم الارث فالارث لم يكن مخصوصاً باحدهما وكانا كلاهما وارثين وكان السّبب واحداً.

نحنُ نقولُ:

انّ الامور والوجوه الاربعةَ، كلّ واحد منها لا يخلو عن اشكالٍ **ومبنىٰ الاشكال** كما ذكرناه سابقاً هو الخلط بين العينِ الشّخصىّ وبين الحصّة المشاعةِ.

وتوضيحه انّ الاشتراك فى باب الارث، فى العين الخارجىِّ وامّا اختصاص كلّ واحدٍ منهما، فيكون فى النّصف المُشاع ومعنى اشتراك **الاثنين** فى العين علىٰ السّواءِ، اختصاص النّصف مالَ احدهما والنّصفُ الآخر المشاع، مال الآخر فموردُ الشّركة، العين الخارجيّةُ وامّا الكسر المشاعُ فهو موردُ الاختصاص فالدّار تكون مشتركةً من جهة بين الشّريكين ومختصةً لجهةٍ اخرىٰ وامّا كونهما مشتركين بينهما فهو باعتبار انها عينٌ خارجىٌّ وكونه مختصّاً فهو باعتبار انّ الكلّ كثيرٌ وله نصفٌ **فعليه** مالكُ الكسر من النّصف والثّلث فى الموارد الأُخرىٰ اذا باع ماله المختصّ له، لا يحتاجُ اِلىٰ الاجازة فالنّصف المشاع، كان مختّصاً لا مُشتركاً.

الاشكالُ فى الوجه الاوّل الّذى قلناه انّ النّصف كان ظاهراً فى المشاع فى المشاع، انّما هو وجهٌ عدل الشّيخ عنه وقلنا سابقاً وجه العدول وقلنا انّ هذا امتنُ من الاوّل **لانّ** المشاع فى المشاع. يحتاجُ اِلىٰ ملاحظة النّصفين والاشتراك الّذى قلنا توضيحه سابقاً.

وبالجملة، نحن نعتمد فى ردّ الوجه الاوّل عَلىٰ الكلام الثّانى من الشّيخ وهو كلامٌ متينٌ فى الغايةِ.

وامّا مسألة تركّب الاقرارين فليست كبراها صحيحةً **لانّ** المراد من الكبرىٰ: «**كلّ ماكان لى فهو بينى وبين شريكى**»، ليس بصحيحٍ.

لانّه لاكليّة فيه، بل المرادُ منها انّ كلّ مالى فى العين الخارجيّة يعنى كلّ جزءٍ من العين الخارجيّة، فهو مشتركٌ، ليس المرادُ منه انّ كلّ مالى حتّىٰ من الكسور وحتّىٰ من حقّى المُختصِّ.

وامّا الوجه بانّه لازم الشّركة (اى حصل لهما وما طَوىٰ عليهما) فقد قلنا سابقاً انّه كان فى مورد الشّركة ومورد الشّركة يكون عيناً فليس هو النّصفُ، المختصُّ من

المشترك **نعم** اذا تلف مورد الاشتراك فالقاعدة فى الشّركة **(وهى، ما حصل لهما وما طَوىٰ عليهما)** تجرى فيه وامّا النّصف المشاع فليس هو من مورد المشترك من شىءٍ.

وكذلك وجه وحدة السّبب، توجب الاشتراك فى تملّك العين الخارجيّةِ وارثِ العين الخارجيّة وامّا بالنّسبة اِلىٰ النّصف المختصّ له فهو ليس موجباً للاشتراك **فتحصّل** ممّا ذكرنا انّ الفتوىٰ الغامض الّذى قال المشهورُ فى باب الاقرار من حمل الاقرار عَلىٰ الاشاعة فى الاشاعة، يَرِدُ عليه اِشكالانِ:

اشكال ثبوتىّ واشكالٌ اثباتىّ يعنى افتىٰ المشهور فتوىً فى مقام النّبوتِ واَفتىٰ فتوىً آخر فى مقام الاثباتِ.

والشّيخﷺ **انّما عنون الفتوىٰ فى مقام الاثبات** وقال لِمُنافاته لما نحن فيه مع انّ الاثبات كان متفرّعاً عَلىٰ مقام النّبوتِ.

فالاشكالُ الاثباتىُّ ايضاً كان متفرّعاً عَلىٰ اشكاله النّبوتىِّ.

والاشكالُ النّبوتىُّ انّه كيف تكون الفتوىٰ منافيةً لاقرار المقرّ مع انّ ملاك الملكيّة للمدعىّ، انّما هو الاقرار ولم يقصد ذلك المقرّ.

وقلنا انّهم اعتمدوا فى المقام عَلىٰ اُمورٍ اَربعةٍ فى الابواب المختلفة:

اِمّا لكلمةِ النّصفِ المضاف اِلىٰ المعيّن المشترك واِمّا لوحدةِ السّبب **واِمّا لتركّب الاقرارينِ وامّا التّمسك بخاصيّة الشّركةِ وقاعدَتها وكلُّ ذلك محلُّ اشكالٍ؛** ومنشأُ الاشكال فى الاوّل هو الّذى قال به الشّيخﷺ فيما اذا عدل عن الاوّل كما ذكر توضيحه فيما قبلُ يعنى انكر الشّيخﷺ ظُهورَ النّصف فى المشاع فى المشاعِ بل كان ظاهراً فى المشاعِ فقط **لانّ** المشاعَ فى المشاع، يحتاجُ اِلىٰ ملاحظة النّصفينِ والاشتراكِ مع انّه لم يلاحظ ولم نذكره كما هو مفروضُ المسألة اذ لم يقصد الّا مفهوم نصف الدّار ولم يصالح الّا بمفهوم نصف الدّار.

واَمّا منشأ الامور الثّلاثة الاخيرةِ، فهو انّه فرقٌ بين انّ مورد الاشتراك هو العين والاجزاء الخارجيّةُ للعين وبين انّه كان امراً اعتباريّاً كان موجوداً بالقوّة وهو

النّصف المشاع؟ لما قلنا انّ الكسور، ليست لها وجودٌ فعلیٌّ بل يمكن يتجرّیٰ وينسّق ويصير لها نصفان او ثُلثانٍ او رُبعانٍ بالقوّة للشّیء الواحدِ وعَلیٰ هذا، يكونُ هذا امراً اِختصاصيّاً لا اِشتراكيّاً.

فمبنیٰ هذه الثّلاثة الاخيرة هو الخلط والاشتباه بين مورد الاشتراك ومورد الاختصاصِ.

نعم: لو كان هنا اشتراكٌ فی النّصف المُشاعِ، تصحّ المطالبُ الثّلاثة **ولكن الاشكالُ** انّ النّصف المُشاع ليس مختصّاً والاقرار يكون بنصفه المشاعِ فلو اقرّ بالنّصف المعيّن، لكان المطالبُ الثّلاثة تكون صحيحةً.

اَلاشكالُ الاِثباتىُّ وتوضيحهُ

الاشكال الاثباتىُّ الّذى ذكره الشّيخﷺ فى مسألة بيع نصف الدّار، يـرجـع الىٰ المطلب الاستظهارىِّ، **غاية الامر حيث** كان لكلمة النّصف، ظُهورٌ فى المُشـاع فـى المشاعِ، كان الاستظهارُ امراً غامضاً والّا يخرج الكلام عن كونه فى مقام الاثبات فى دلالة الدّليل وكانّ الشّيخﷺ احتسب الصّلح من هذا القبيل يعنى اشكالُهُ، كـان اِشكالاً اِثباتيّاً وكان راجعاً اِلىٰ مقام الاستظهار ويكون راجعاً اِلىٰ انّ النّصف الّذى تعلّق فى مقام البيع والتّصرف هل يرجّح الظّهور الاوّلىِّ له او الظّهور الثّانوىّ؟ هل يحملُ الىٰ المشاع فى المشاع او المشاع؟ هل يحمل عَلىٰ ماله المختصّ له او ماله المشترك بينه وبين شريكه ام لا؟ سَمّ وعبّر ما شِئْتَ.

بالجملة؛ ظاهِرُ كلام الشّيخ انّه راجعٌ اِلىٰ مقام الاثبات وراجعٌ الىٰ ظهور مفرداتِ الجملة خصوصاً الكسر المشاع.

نحن نقولُ: كما قلنا سابقاً انّ الامر ليس كذلك **لانّ** الكلام فى مقام الاثبات، كان مُتفرّعاً للبحث الّذى فى مقام الثّبوتِ.

ولذا يقالُ: الكلام الّذى يقال فى مقام الاثبات مُتفرّعاً عَلىٰ مقام الثّبوت، لم يكن مربوطاً لما نحن فيه **لانّهما** موضوعان وجهتانِ للبحث **لانّ** الاشكال وقع فى مقام الثّبوتِ وتعيين وضع مقام الاثبات فى المقام كان متفرّعاً من مقام الثّبوتِ بخلاف بيع نصف الدّار **لانّ** مقام الثّبوت هنا، معلومٌ **حيث** عُلِمَ اَنَّ نصف الدّار، مال البايعِ ونصفه مالُ شريكه **وحينئذٍ** وقع البحث اذا قال: «**بعتُ نصف الدّارِ**» فى انّه ما المرادُ مـن ذلك النّصف؟ ماذا اريد منه؟ **وامّا ما نحن فيه فهو** مربوطٌ بباب الاقرار فيما اذا اقرّ ذو اليد عَلىٰ احد المدعيّين فحكم هذا الاقرار قبل ان يُصالح ماذا؟ هل يكون المقرّبه، مال احدِ المدعيّين او مشتركٌ بينه وبين المدّعى الاخر؟

كما قلنا انّ المشهور قالوا: بالاشتراك واستندُوه بانّ الاقرار كان مقتضياً للاشاعة فى الاشاعة باحد الوجوه الّتى ذكرناها سابقاً فَراجع.

بناءً عَلىٰ هذا ان حمل النّصفُ اذا صالح المقرّ له مع المُقِرِ فى مورد الاجازة يلزم

البحثُ عن حال وجوهِ المسألة والاقوالِ فيها.

وحاصله انّه لو سلّمنا فتوٰى المشهور والقول بكون المدّعى بمجرّد الاقرار يصير شريكاً مع المدّعى الآخر فى مورد الاقرار.

فمعلومٌ انّه لو صالح النّصف المقرّ له، يصير شريكاً مع المدّعى الآخر **حيث** فرضنا انّ المقرّ له، كان شريكاً معه.

وامّا لو صالح فى نصفه المختصّ او قال فى النّصفِ المُطلقِ، هذا القول: **(صالَحتك مَعَك نصف الدّارِ)** قالوا هنا انّه محمول عَلىٰ نصفه المختصِّ وكان صحيحاً فى الرّبع ولا يصحُّ فى جميع موردِ المصالحة والنّصف الآخرُ يحتاجُ اِلىٰ اجازةِ المدّعىٍّ، **غاية الامر** كان احدهما كسراً مثل نصفى والآخَرُ، الاطلاق المنصرفِ اِلىٰ النّصف.

يجب البحث عن وجه الحمل عَلىٰ صحّته فى الرّبع لا فى نصف الدّار فيما اذا قال: «**صالَحْتُ نِصْفِى**».

ووجهُهُ انّ المقرّ وذوي اليد لو قال: «**انّ النّصف المختصَّ للمقرّ له، غيرَ النّصفِ الّذى اَنا اقرّرتُ به وكانَ لك ربع فيما بيدى**»، فيلزمُ اقرارٌ عَلىٰ ثلاثة اَرباعٍ مع انّ اقراره ليس عَلىٰ ثلاثة اَرباعٍ **فعلم من هذا** انّ المقرّ وذى اليدِ فى عالم الاقرار، لا يَعْتَقِدُ للمقرّ له ازيد ممّا اَقَرَّبه فلو صالح معه بأَىِّ عبارةٍ، انّما يُصالح مورد اقراره الّذى يعتقد انّه النّصفُ المختصّ له والفرضُ انّ مَورد الاقرار، شريكهُ؛ **فَعُلِمَ من هذا،** انّ فتوىٰ المشهور فى هذا الباب يكونُ هذا اِثباتاً وثبوتاً.

وحيثُ قالوا بالاشتراكُ ثبوتاً وامّا اِثباتاً فهو لو صالح بِاَىِّ عبارةٍ مثل قوله: «**صالَحْتُ نِصفى المخصوصَ**» او قال: «**النّصف**» اذا قلنا بانصرافه الىٰ المختصّ له، انّما يَصِحُّ فى ربع الدّار ولا يصحُّ فى تمام النّصف لانّ المقرّله، كان شريكاً وذوى اليد، لا يعتقد عَلىٰ ازيد ممّا اقرّبه **لانّه** صالح فى المال المشتركِ بين المقرّله وبين مدّعٍ آخر.

وهذه المطالبُ يوضح انّ المطلب، ليس راجعاً اِلىٰ مقام الاثباتِ والاستظهار والاخذ بِاَقوىٰ الظّهورين حتّىٰ لو صَرَّحَ «**بِاَنّى صالَحتُ نصفى المختصّ له**» لقلنا: انّه

لم يَصِحّ فى تمام النّصفِ فزعم الشّيخُ﵀ انّ ما نحن فيه مع ما اَفْتوا بـه فـى بـاب الصُّلحِ، كان مخالفاً فَتوى و مبناءً لا يصّح، هذا اوّلاً.

واَمّا ثانياً: ففتوىٰ الشّيخ بعد القول بالتّنافى بينهما. يَرّد فتوىٰ المشهورِ ووجوبُ القول فى الفروض الثّلاثة المذكورةِ بانّه مال المقرّ ويكونَ الصّلحُ صحيحاً فى تمام النّصف فى الفروض الثّلاثة ولا يحتاجُ اِلىٰ اجازة شريكهِ فهو لا يـصحُّ **لانّ** هـنا، ثبوتٌ واِثباتٌ فلا يجوز فى النّصف مطلقاً او فى نصفه، عَلىٰ ايّ معنىً ليس مربوطاً اِلىٰ انّ ظاهر النّصف فيماذا؟

بل كان مربوطاً بانّ المصالح والبايعَ بعد الاقرارِ، ايّ مقدارٍ كان له، هل له ربع او رُبعانِ؟

وَاِنْ قبلنا ما قالَ به المشهورُ من انّ ذا اليد، بمجرّد الاقرار بانّ نصف الدّار لِزَيدٍ، يشترك معه عمروٌ، يصير النّصفُ مال المدعيّينِ وليس للمقرّ له الّا الرّبعُ، فى ظاهر الشّرع ويفرق بحث باب صلح المقرّله مع بابِ بيع نـصف الدّار كـثيراً **لانّ** جـهة البحث فيهما يختلفُ.

فالقولُ بانّ صلح نصف المُقرَّ لهُ، يحمل عَلىٰ المشاع فى المشاع، اِنّـما يكـونُ لاجل انّ المصالح، لا يملك ازيد من الرّبعِ فاذا باع النّصف، باع ماله ومـال غـيره بخلاف ما نحن فيهِ.

ممّا يظهر من مَطاوى كلمات الشّيخ من عدم الفرق بين باب الصّلح وبين البيعِ وانّ الصّلح يكونُ من مَصاديقِ البيع الّذى قال له فتوىً وقرّر عليه مَبناً بكون هٰذِه الفَتوىٰ والمَبنىٰ خلافُ ما ذكروا فى بابِ الصّلح ويكونانِ مُتناقِضين.

ولا يخفىٰ انّ كلمات الفقهاء ذكرت فى باب الصّلح وعُلِمَ فى بابه انّ المقرّ له هل يُملكُ بالاقرارِ، النّصف او المقرّ به يكونُ مشتركاً بينه وبين المدّعى الآخر؟ **وحيث** قال المشهور بالاشتراك ولو لم نسلّمه **فحينئذٍ** اذا باع النّصف، باع ماله ومال غيرهُ.

من هنا يعلم المَطلبانِ:

الاوّل: انّ ادّعاء الشّيخ، المنافاةَ بين ما نحن فيه وباب الصّلح فى مورد الاقرار،

انما يَصحُّ فيما كانت جهة البحث فى كليهما واحدةً وتكون جهةُ البحث فى كليهما مربوطةً بدلالة كلمة النّصف مع انّ فيما نحن منه وهو بيع نصف الدّار، تكون مربوطةً لدلالة كلمة نصف الدّار وامّا فى باب الاقرار، كانت مربوطةً باقتضاء الاقرار ومقام الثّبوت وكانت مربوطةً بانّ المقرّ له فى مقام الصلح، ايُّ مقدارٍ من المال حتّىٰ يصالح، قالوا بانّه لم يكن له النّصف ولو اقرّ به بل الرّبع **ويعلم من هذا** انّه ليست منافاةٌ بين فتوىٰ المقام وفتوىٰ باب الصّلح وانّ البحث عن مقام الاثبات، انّما هو من فُروعُ مسألة الاقرار ومقام الثّبوت.

ممّا ذكرنا يعلم انّ اختيار صاحب المسالك والمحقّق الاردبيلىّ﵀ فى المسألة، لا يصّح حيث انّهما فصلاً بين ما اذا صالح بلفظ النّصف المقرّ به او صالح بلفظ النّصف او نصفى **وذلك** لانّه فرقٌ بين ما اذا صالح صاحبُ النّصف مع غير المقرّ او مع المقرّ قبل الاقرار او مع المقرّ بعد الاقرار ومفروضُ المسألة انّه صالَحَ مع المقرّ بعد الاقرار واَمّا اذا صالحه بعد الاقرار او صالح مع الغير بعد الاقرار، فليس فيهما فتوىٰ المشهور ويلزم الحمل عَلىٰ النّصف المختصّ له **لانّ الموجب الّذى** فى المصالحة مع المقرّ بعد الاقرار، ليس فى المصالحة مع غير المقرّ **وكذلك** ليس فى المصالحة مع هذا المقرّ قبل اقراره **حيث** قلنا انّه لم يقرّ اصلاً او اقرّ مع غير المقرّ، تتعلّقُ المصالحةُ علىٰ النّصف الواقعىّ وفرضنا انّ هذا ينصرف، اِلىٰ نصف ماله.

ولو قال: «**نِصفى**» فلا مانع من القول بالصّحة فى نصف ماله.

وامّا المصالحة مع المقرّ بعد الاقرار فلا يجوز القول بانّ مع المقرّ، النّصف الواقعىُّ الّذى كان ربعه فى المقرّ به وربعه الآخر فى يد نفس المُقرّ، كانت المصالحةُ مربوطةً بهذين الرُّبعينِ **لانّ** الفرض انّ المقرّ، لا يعتقد بذلك ولا يقرّ به **حيث** لم يقرُّ المقرّ بثّلاثة ارباعٍ **فعلم منه** انّ خصوصيّات المسألة الّتى يدور الحكم والفتوىٰ مدارها، انّه صالح المقرّ بعد الاقرار بحيث لو ذهب احد القيود، يكون الحكم لغواً يعنى لو صالح بعد الاقرار مع الغير يصِحُّ فى تمام النّصف **وكذلك** اذا فرضنا المصالحة مع المقرّ قبلَ الاقرار، يَصِحُّ فى تمام النّصف وامّا المصالحة معه بعد الاقرار فلا يَصِحُّ فى تمام

النّصف، الفسخ فى نصف النّصف يعنى ربع الدّار فَعُلِمَ من هذا، انّ تفصيل صاحب المسالك والمحقّق الاردبيلىّ ﷺ ايضاً لا يصّح.

لنا ان لا نقبل اِدّعاء المشهور فى مقام الثّبوت كما ذكرناه سابقاً واذا نُسلّمهُ، يتفرّعُ عليه مقامُ الاثبات حتّىٰ لو صالح النّصف المقرّ له، يكون تمام الثّمن، مال المصالح ولا يحتاجُ الىٰ اجازة الشّريك **لما قلنا: انّ مسألة** مقام الاثبات، ليست مسألةً مستقلّةً بنفسها **لانّ** محلّ البحث، لم يكن دلالةَ الكلمات بل مقامُ الثّبوت ومقدار مالكيّة المصالح، فلو سلّمنا مالكيّة المصالح تكون ظاهِرةً فى الرّبع فلا محالة نقبلُ مقام الاثبات وهو القول بانّه انّما يصحّ فى ربعه وامّا لو لم نُسلِّمْهُ **وقلنا** بانّ الاقرار بالنّصف من ذى اليد، لا يقتضى ان يكون المقرّ له، فى مورد الاقرار وانّما يختصّ بالمقرّ له ويختصّ بالنّصف المشاع يكون مقام الاثبات متفرّعاً عليه **وقلنا فى** الفروض الثّلاثة: انّ النّصف المقرّ له، يحمل عَلىٰ النّصف المختصّ له ولا يشاركه معه المُدّعى فى الثّمن ولا يحتاج اِلىٰ اجازته وانّما يصّح فى تمام مورد المصالحة **فتحصّل ممّا ذكرنا: انّ احتساب الشّيخ، مسألةُ الصّلح من ضعريات** مسألة بيع نصف الدّار وجعل جهةٍ البحث فيها، جهةً اثباتياً وعقد المنافاة بين ذلك الفتوىٰ وتلك الفتوىٰ وردّ الفتوىٰ الاثباتى حتّى تفصيل صاحب المسالك واختياره تبعاً سيّده الاستاذ، الصّحة فى الفروض الثّلاثة فى النّصف.

لا يصحّ لانّهما مَسألتانِ مُختلفتانِ ولو كانا مربوطتين لكلمة النّصف **ولكن** بناءً علىٰ نظر المحقّق الخراسانىّ من انّ تمايز العلوم بتمايز الموضوعات وتمايز الموضوعات بتمايز الحيثيّات او تمايز المسائل بتمايز حيثيّة البحث، ما نحن فيه كذلك **حيث** يقع البحث فى ما نحن فيه فى جهة دلالة النّصف بانّه هل يدل عَلىٰ المشاع او المشاع فى المشاع؟ وامّا فى باب الصّلح، فحيثيّة البحث ترجع اِلىٰ مقدار مالكيّة المصالح والمقرّ له ظاهراً وهذا يحصل الاختلاف بينهما مع عدم الفرق بينهما موضوعاً ومحمولاً وسؤالاً (هل يحمل النّصف عَلىٰ المشاع فى المشاع او المشاع فى المسالّتين؟)

ولكن يَختلفانِ فى جهة السّؤال، **حيث** انّ السّؤال فيما نحن فيه بانّه ماذا تـدلّ كلمة النّصف وانّ ظاهر كلمة النّصف ماذا؟ وامّا فى الصّلح فقد يقع البحث فى انّه ماذا يملك المُصالح وايّ قدر يملكها المصالح؟ بهذا يفترقان معاً وهذا كما قال به المحقّق الخراسانىّ﵀ بانّ تمايز المسائل بتمايز حيثيّات البحث؛ **بناءً عليه** لم تكن الكلماتُ متناقضة ولم تكن الفتوىٰ ببيع النّصف مخالفاً لفتوىٰ باب الصّلح.

امّا المسألة الّتى اِدّعى انّها منافيةٌ للمقام، فهى عكسُ المسألة السّابقه **حيث** كان ذواليد فى المسألة السّابقة، واحداً والمدّعى، اثنانِ واقرّ ذو اليد مع احد المدعيّين هل يشترك الآخر معه ام لا؟ وامّا فى هذه المسأله فيكون ذو اليد، اِثنينِ والمُدّعي الخارجيُّ واحِدٌ وادّعى الواحد منهم الاشتراكَ مع الاثـنين امّـا بـارثٍ او شـراءٍ او غيرهما من الاسباب ولم تكن هنا وحدةُ السّبب شرطاً كما هو شرطٌ فى المسألة السّابقة. **وحينئذٍ** اذا صدّق احد ذَوِي اليد، قولَ الثّالث، يقع البحث فى انّه ايّ مقدار يلزم ادائه ممّا فى يده عَلىٰ المقرّ له؟

ومعلومٌ: انّ اقراره، كان مسموعاً فى ماله ولا يَسمَعُ ولا يقبل فى حقّ شريكه؟ هنا قولان:

قولٌ: باداء الثُّلثِ من نصف المقرّ عَلىٰ المقرّ له **لانّ** المقرّ باقراره لم يكن مالكاً بالثّلث من نصفه وهو السّدسُ.

قولٌ ثانٍ: بالتّنصيف يعنى يلزم اداء المقرّ، السُّدس ونصف السّدس عَلىٰ المقرّ له.

وهذا مبنيٌّ عَلىٰ اقرار المقربانّ ثلث الدّار مال المقرّ له، هل يحمل عَلىٰ المشاع او المشاع فى المشاع؟ **وبهذا ترتّبط لما نحن فيه** وهذا لا يختصّ بهذا **بل** هو مُعنونٌ فى باب الاقرار بالنّسب **حيث** اَقَرَّ احدُ الورثةِ بِاَخٍ آخر كان وارثاً **وكذلك معنونٌ** فى باب الاقرار بالدّينِ **حيث** اقرّ احد الوراث بدينٍ لابيه يقعُ البحثُ فيه ايّ مقدار يلزم عليه ردّه علىٰ الدائن؟

او اقرّ بالوصيّة بالنّسبة اِلىٰ الميّت وقال: ان ابينا وَصىّ بالثُّلثِ **حينئذٍ** ايُّ مقدارٍ منه يلزم احتسابه فيما بيديه من الثّلثِ او اقرّ بالخُمس والزّكوةِ وغيرها من الابواب؟

ولذا عنونَ الشّيخُ﵀، عنوان المسألة الْأُولى بهذا العنوان:

الاثنانِ المتصرّفانِ فى العين اقرّ بثالث بشركة ثُمَّ عنون الاقرارُ بالنّسب **حيث** انّه وردت روايات فى باب الاقرار بالنّسب وكذلك فى باب الوصيّة وردت رواياتٌ ولكن لم ترد رواياتٌ فى كلّى المسألةِ.

ولهذا ذكر الشّيخ هذه المسائل الثّلاثة:

الاولىٰ: الاقرار بالشّركة **الثّانية:** الاقرارُ بالنّسب، **الثّالثة:** الاقرارُ بمثل الدّين والوصيّة

ومعلومٌ: انّ هذه المسائل، تكون من بابٍ واحدٍ ولكن وردت فى مورد الثّانى والثّالث روايات، و وقع الكلامُ فى انّ الاخبار الواردة هل هى مطابقةٌ للقاعدة ام لا؟ هل الاخبار المذكورة قابلةٌ للاعتبار سنداً ام لا؟ هل هى تدلّ عَلىٰ المدّعىٰ ام لا؟

ومن هنا تعرّض﵀ لهاتين المسألتين علىٰحدّه مع انّه امكن للشّيخ﵀ ان يدخل المسألتين تحت هذا العنوان **لانّ** الاقرارَ بالنّسب فى الحقيقة، اقرارٌ بالشّركة ودخلت تحت عنوان الاولىٰ وكذلك الاقرار بالدّينِ والثّلثِ، اقرارٌ بالشّركة فى الحقيقة **لانّه** امّا يكون الميّت شريكاً او الدّيان، **غاية الامر،** عَلىٰ نحوٍ من الشّركة هل الدّيانُ مالكون او تَعَلّقَ حقّهم عَلىٰ عين الشّركه؟

وبالجملة، جعلُ المسائل الثّلاثةِ، مسائل ثلاثه، انّما هو لاجل ورود رواياتٍ وردت فى بعض فروض المسألة ولم ترد فى كلِّ المسألة.

ثمّ: انّ الشّيخ﵀ جعل المسألة ذات وَجهينِ: يعنى فى الاقرار بشركة الثّالث، ما وظيفة المقرّ مع الثّالث؟ وايّ مقدارٍ يلزم عليه ادائه عَلىٰ الثّالث من عين مورد الاقرار؟

قال الشّيخ﵀: فيه وجهان.

معلومٌ: انّ اقرار المقرّ كان نافذاً فى نفسه لا فى حقّ شريكه **حيث** قالُوا «**انّ اقرار العقلاء عَلىٰ انفسهم جايزٌ**» وكان شريكه، النّصف المشاع امّا اَنّ المقرّ ايُّ مقدار يلزم عليه ادائه اِلىٰ المقرّ له؟ ففيه وجهان:

وجهُ باداء بالثّلث من النّصف المشاع يعنی سدسِ العينِ

الوجهُ الثّانی، اداءُ نصف ما فی يد المقرّ **لانّ** باقرار المقرّ، تصير المسألةُ بهذه الصّورة وهی جريان قاعدة الشّركه: وهو انّه ما حصل لنا وما طویٰ (ای فات) علينا، فلم يحسب السُّدسُ الّذی فی يد المنكر عَلیٰ حساب الثّالث؟ بل يحسب عَلیٰ المقرّ والمقرّ له وهٰذِهِ عدّةُ الشّركة

بالجملة، هنا شركاء ثلاثةٌ عَلیٰ مالٍ باقرار المقرّ: المقرّ والمقرّ له والشّريك المنكر، وتَعْمَلُ قاعدةُ الشّركة بين هذه الثّلاثة فما حصل من المال المشترك، وقع بينهم وما طویٰ، علينا اخذاً بقاعدة الشّركة.

وهٰذه، وجهُ اختاره الشّيخ وسيأتی ما فی هذين الوجهين والتّحقيقُ فيهما فيما بعدُ انشاء..

ثمّ ذكر الشّيخ هنا ثلاثة مطالب فی خلال البحث يكون مقدّمةً لتحقيق المطلب منها: ما قال﵀: نعم: لو قلنا انّ الغصب المشاع كان صحيحاً وممكناً وكان قد تحقّق، لغيّرنا الفتویٰ **ولكنّه غير معلوم** وبحث﵀ عن هذه المسألة: هل يمكن غصبُ المشاع او لا يمكن بل كلّ غصبٍ لابدّ ان يتعلّق بالمعيّنِ؟

منها: عَلیٰ فرض امكان الغصب المشاع، هل للشّريك مع غاصب حقّ الشّريك الآخر، ان يقسّم؟ **وبالجملة؛** هل تمكن القسمة مع الغاصب ام لا؟

منها: انّ الشّيخ﵀ ابتنیٰ الفتویٰ عَلیٰ كلامٍ تكرّر منه﵀ غير مرّةٍ فی هذا البحث من انّ الكسورَ مثل النّصف وغيره اذا لم تكن فی مقام التّصرف، يلزم حملها عَلیٰ المشاع فی المشاع وامّا فی مقام التّصرف فيحمل عَلیٰ النّصفِ المختصّ له واذا قال﵀: لا اشكال فی انّ النّصف اذا وقع فی كلام مالك النّصف المشاع مجرّداً عن القرينة، يحمل عَلیٰ المشاع فی المشاع.

ثمّ قال الشّيخ﵀: انّ مسألتنا مبنيّة عَلیٰ هذا الادّعاء يعنی القول بانّه يلزم عليه اداءُ النّصف لا السّدسِ يعنی اختياره﵀، الوجهُ الثّانی، يبتنی عَلیٰ المشاع فی المشاع فی مورد الاقرار.

ولكن هذا الابتناء، ليس بصحيح **لانّ** نتيجة حمل النّصف عَلىٰ المشاع فى المشاع، تعلّق الثّلث عَلىٰ النّصفين ولازمه، الاشاعة فى النّصفين، اختيارُ الوجه الاوّل **لانّ** معنىٰ المشاع فى المشاع انّ الثّلث، يكون فى نصف المقرّ وكذلك فى نصف الشّريك المنكر وهو ليس الّا السّدس **ولكن الدّليلُ** والتّقريب الّذى ذكره الشّيخ فى خلال البيان عَلىٰ اختيار النّصف، ليس انّ النّصف فى كلام المقرّ يلزم حمله عَلىٰ المُشاع بل تمسّك لقاعدة الشّركة وعدم صحّة تقسيم الغاصب وعدم صحّة غصب المشاع يعنى كان دليله، دليلاً غير حمل كلمة النّصف فى مقام الاقرار بالمشاع فى المشاعِ.

ولازم حمل النّصف عَلىٰ المشاع فى المشاع فى مورد الاقرار، انّ مورد الاقرار الّذى يكون ثُلثاً يكونُ متساوياً فى نصف المقرّ ونصف الشّريك يعنى كان نصف الثُّلثِ فى نصف المقرّ ونصفه فيما تصرّف فيه الشّريكُ يعنى للمقرّ يجب ان يؤدىّ السّدس ولا التّنصيف مع المقرّ له **و ينبغى الكلامُ** فى المطلبين الّذين قال بهما الشّيخ﵀: وهو صحّة غصب المشاع وصحّة تقسيم المشاع من انّه ما معنىٰ غصب المشاع؟ اى تحقّق غصب المشاع.

مَنشاءُ الشّبهة انّ الموجود فى الخارج، هو العين والفرد والمتشخّص وامّا المشاع فلم يكن متميّزاً ومفرداً **فحينئذٍ** كيف يجوزُ احتسابُ غصب العين فى الخارج بحساب النّصف المشاع لزيد لا غصبه بحساب النّصف المشاع لعمر ومثلاً **لانّ** كلّ جزء فرض غصباً فهو مالٌ الاثنين وتعلّق الغصب فى جزء متصرّف، **حينئذٍ** كيف يتمحّض غصبُ المشاع عن المشاع الآخر غير غصبٍ؟ ولاجل هٰذِه الشّبهة قال بعضٌ: انّه لا يتحقّق الغصب **لانّه** من غصب عيناً فيه الاشاعة، غصب قهراً حقّ الشّريك ايضاً وما تمحّض حقّ المغصوب منه.

نعم: قال بعضٌ بامكانِ تحققّ غصب المشاع ولو كان فى اكثر الفروض، اشاعةٌ فى الاشاعة.

ذكر السّيّد﵀ فى الحاشية عَلىٰ غصب المشاع، ثلاثَةُ امثال وحقّ المطلب انّ

مثالين من الامثال الثّلاثة، خارجةٌ عن الموضوع **حيث** لم يكن المثالان، مثالينِ لما نحن فيه ومورد البحث هنا.

وانّما صحّ مثالٌ واحدٌ.

منها: انّه اذا تصرّف اِثنان فى ملكٍ ويخرجان المالكَ من داره او غيره من اَملاكهِ، يكون كُلُّ واحدٍ منهما، ضامناً للنّصف المشاع فتحقّق غصب المشاعِ.

منها: انّه تصرّف شخصٌ فى دارٍ مثلاً مع المالك ولا يخرج المالك منها بناءً علىٰ تحقّق الغصب مع كون المالك فى الدّار مثلاً **حيث** اختلفُوا فى معنىٰ الغصب فى بابه بانّه استيلاءٌ عَلىٰ مال الغير عدواناً او الاستقلالُ عَلىٰ مال الغير عُدواناً كما قال به بعضٌ؛

بناءً عَلىٰ التّعريف لم يكن المثالُ الثّانى غصباً وامّا بناءً عَلىٰ تعريفه بالاستيلاءِ كما اختاره كثيرٌ من المحقّقين يكون هذا المثال، مثالَ الغصبِ

بناءً عليه، تحقّق فى هذين المثالين، غصب المشاعِ.

نحن نقول: انّ هذين المثالين، ليس مثالَيْنِ لما نحن فيه ولو قلنا بتحقيق الغصبِ المُشاع **لانّ** مورد البحث، ما كان فى مورد المال المشترك بانْ يكون مالٌ قد اشترك اثنان فيه ونصفه مال زيد مثلاً ونصفه الآخر، مالُ عمروٍ

هل للغاصب ان يغصب مالَ زيد مثلاً بنحو الاِشاعة بحيث لم يحسب مغصوباً بالنّسبة اِلىٰ مال عمروٍ ولم يسر اِلىٰ مال عمروٍ.

وهذان المثالان اللّذان ذكرهما الشّيخ، ليس فى المال المشترك **لانّ** مورد المثال، ما كانت الدّارُ مثلاً مال زيد واخرجها الاثنان من ملكه ومورد المثال الثّانى ما كانت الدّارُ، مال زيدٍ وتصرّفها غاصبٌ مع المالك من دونِ ان يخرجه فَهُما ليس من اَمثالِ صحّة غصب المشاع **لانّ** غصب المشاع بذلك المعنىٰ، لم يكن مورداً للبحث والاشكال وما كان موردٌ الاشكال ومنشأ الآثار والاحكام، موردٌ كان مال مشترك فيه الاثنان يقع البحث فيه هل يمكن ان يغصب شخصٌ آخر عَلىٰ مال احدهما بنحو لا يسرى هذا الغصبُ عَلىٰ مال شريك الآخر ام لا؟

بقىٰ هنا مثالٌ ثالثٌ مربوطٌ بما نحن فيه وهو غصب المشاع وهو ما كان الاثنان شريكين فى دارٍ مثلاً واخرج الغاصب احدهما من الدّار وبقىٰ الآخَرُ فيها وسكن الغاصبُ فى الدّار مع احد الشّريكين وهذا مثالُ غصب المشاع **حيث** يكون السّكنىٰ والتّصرف فى الدّار فى النّصف المشاع والفرض انّ مالك النّصف المشاع ايضاً سَكَنَ فيها وكان هو المتّصرف فى نصف مُشاع نِصفه والغاصبَ ايضاً فى نصف مُشاعِ الآخر.

ولكن مع كونه مِثالاً لما نحن فيه بخلاف المثالين السّابقين، يُشكَلُ عليه بانّه لم يُعْلَمْ انّ المالك اذا تصرّف فى النّصف، تصرّف فى نصفه والغاصب اذا تصرّف فى النّصف، تصرّف فى نصف شريكه؟

اللّهم اِلّا ان غيّرنا المثال وأَصْلَحناهُ بهذهِ الصّورة حتّىٰ لا يرد الاشكالُ المذكورُ وهو انّه كان اثنان شريكين لعين والغاصب اَجار احدهما ويعطيه اجرته وامّا النّصف الآخر فالغاصب، يغصبه **فحينئذٍ** قد تصرّف الغاصبُ فى النّصف المشاع لاحد

الشّريكينِ وفی هذا المثال لا يرد الاشكال المذكورُ **لانّ** الغاصب فـی كـلِّ جـزءٍ تصرّف فيه، كان نصفه مورداً للاجارة من مالكه ونصفُه مـورداً للـغصب فـيتحقّق غصب المشاع علىٰ نحوٍ لا يسرى.

نعم: يمكن ان يُشكل عَلىٰ هذا المثال ايضاً بانّه يمكن ان يكون مُستند القائلين لعدم تحقّق الغصب المُشاع ومنها الشّيخُ﵀

والاشكالُ المذكور انّ الغاصب اذا اَجارَ النّصف من مالكه، صار نـفسه مـالكاً **فحينئذٍ** يكونُ فی مقابله، مالكا وحده مع انّا فرضنا انّ الشّريكين المالكين، كانا فی مقابل المالك والغاصبُ غصب حقّ احدهما دون الآخر.

خلاصة الكلام، انّه وقع الكلام فی اِقرار احد المتصرّفين فصاعداً باشتراك الثّالث انّ لازم هذا الاقرار هل هو التّنصيفُ فی المثال او التّثليث يـعنی يـلزم اداء المـقرّ السّدس او السّدس ونصفهُ؟

والشّيخ﵀ ذكر للمسألة، مَبنيينِ، مبنیٰ ذكره الشّيخ فی الاِبتداء ثمّ: اذا ورد فی تحقق المسألة، ذكر المبنیٰ الثّانی.

والمبنیٰ الاوّل، حمله عَلیٰ النّصف، عَلیٰ المشاعِ فی المُشاعِ

وقلنا: انّ هذا المبنیٰ لم يكن صحيحاً ولم تكن المسألة متفرّعةً عليه بل اختيارُ الشّيخ عكسُ هذا المبنی كما ذكره المحقّق النّائينی﵀.

ثمّ: مطلبان هنا يكونان من مبانی التّحقيق فـی المسألة يـعنی تـحقيق المسألة يحتاجُ اِلیٰ ملاحظة هذين المطلبين:

الاوّل: انّه هل يصحّ غصبُ المشاع؟ يعنی هل يتحقّق غصب المشاع مع بقائه عَلیٰ صفة الاِشاعَةِ بحيث لم يسر اِلیٰ سهم الشّريك الآخر؟

قلنا: انّ منشأ الشّبهةَ انَّ مسألة المُشاع، مسألة اعـتباريّةٌ وكـانت مسألةٌ بـالقوّةِ وكانت امراً اِعتباريّاً.

وامّا الغصبُ فهو حالةٌ تكوينيّةٌ وكان فعلاً والفعلُ يـتعلّق دائـماً عَـلیٰ الجـزئیّ الخارجیِّ المتشخّص فلو غصب عيناً فالعينُ، شیءٌ فيه اشاعةٌ واشتراكٌ.

قلنا: انّ السّيّدﷺ فى الحاشية مثّل له امثالاً ثلاثةً:

كانَ المِثالان منها، خارجينِ ممّا نحنُ فيه **واما المثالُ الثّالثُ** فلم يكن خارجاً منه ولكن للمنكرين، يجوزُ القولُ فيه انّه يصحُّ **لانّه** يسرى هنا لحقّ الغير الّا انْ يصلح بنحو الاجارةِ او الْاِذنِ.

ومَعَ الاصلاح ايضاً يردُ عليه انّه يخرجُ عن فرضَ المسألة لانّ فرض المسأله، ما كان الغاصبُ فى مقابله، شريكين فيقصد الغاصبُ غصب احدهما ولا يريدُ الآخر **ولكن** اذا اَجارَ منفعة الدّار فليس فى النّصف، شريكٌ فتصيرُ المسألة ذات مالكٍ واحدٍ لاذات شريكين.

يتوجّه عَلىٰ المثال الثّالث من السّيّد**ﷺ** بحثٌ بنظره**ﷺ** ما كان حاصلُهُ انّ الغاصب مع كونه غاصباً للنّصف المشاع، هل هو يُؤثّرُ فى المالك الشّريك وكان بعد الغصب ايضاً ساكناً فى الدّار، هل هو يُوجبُ ان يكون سكناه وتَصَرُّفُه فى الدّار مَحلّاً للاشكالِ؟ وهل يُوجبُ ان يكون المالكُ السّاكن ضامناً بالنّسبة اِلىٰ المالك المخرج ام لا؟

هنا وَجهانِ: وجهٌ اختاره السّيّد**ﷺ** يكون تصرّفاته فى الدّار **حراماً حيث** يوجب اختلال وضع السّاكن، هذا بالنّسبة اِلىٰ الحكم الشّرعىّ وامّا بالنّسبة الىٰ الحكم الوضعىّ فهو يكون ضامناً.

نعم: غصبُ الغاصب ان كان متمّحضّاً فى حقّ المغصوب منه فلازمه ضمان المغصوب منه والمالك السّابق ايضاً كان مالكاً لنصفه كما كان كذلك قبل الغصب وهذا هو الوجه الثّانى **وامّا وجه قول السّيّد**ﷺ انّ نصف المالك السّاكن، لم يكن متميّزاً وغصب الغاصب لم يكن متمحّضاً فى المال المغصوب منه يعنى تصرّف الغاصب فى مال كان مال المغصوب منه ومال الشّريك والشّريك ايضاً تصرّف فى نصفٍ لم يكن مُتمحّضاً فى ماله بل فى ماله ومال الغير **وبعبارةٍ اُخرىٰ**، الغاصب ان كان غاصباً للنّصف ولكنّه ضامنٌ للرّبع للمغصوب منه والرُّبع منه للشّريك والشّريكُ السّاكن ايضاً كان الرّبع ضامِناً للمغصوب منه فالمغصوب منه الّذى يكون نصف

الدار مَثلاً ماله، يُطالب الرّبعَ من الغاصب والرّبع من الشّريك السّاكن والشّريك، يطالب الرّبع من الغاصب.

ومجرّد قصد الغاصب، الغصب من الشّريك المغصوب منه لا الشّريك السّاكن، لا يؤثّر فى المسألة **لانّ قصده،** لم يكن مثل العقود حتّىٰ يقال بالتّأثير اينما كان؟

وامّا مورد تصرّف الغاصب ايضاً فهو لم يكن معلوماً متميّزاً بانْ يكون هذا من المغصوب منه وهذا لشَّريكه حتّىٰ يُقالَ: انّه انّما تصرّف فى مال المغصوب منه **بناءً عليه،** هذا غصب تَعَلّقَ بمالٍ فى كلِّ جزءٍ منه شراكة، تصرّف الغاصب فى الدّار فى كلّ ملكٍ وتصرّف المالك المشروع فى نصف كان له وماله الشّريك المختصّ المغصوب منه وهو ايضاً ضامنٌ لِلرُّبع بالنّسبة اِلىٰ المغصوب منه.

وان كان الوضعُ عَلىٰ هذا المنوال كما يقتضيه الظّاهر فَيُشكِلُ الامر فى اكثر المسائل **حيث** كانت المسألة، مسألةً مهمّةً لها امثلةٌ متكثّرةٌ.

ومعنىٰ ذلك، عدم صحّة غصب المشاع وهذا هو مُختار الشّيخ﵀ وصرّح﵀ انّه لم يكن عَلىٰ صحّة غصب المشاع.

اَمّا المطلب الّذى يرتبط مع التّحقيق فى المقام فهو تحقيقُ مسألة صحّة التّقسيم مع الغاصب وعدمها بانّه هل يصحّ ساير الشّركاء، التّقسيمُ مع الغاصب، حقّ شريكٍ من الشُّركاءِ كما قال به بعضٌ مع انّه عَلىٰ خلاف القاعدة **لانّهم﵀** قالوا فى باب القسمة من انّ الشّركة كما كانت عقداً من العقود ويحتاج اِلىٰ التّراضى وكذلك القسمة تحتاج الى المراضاة حتّى قال بعضٌ بالقرعة بعد تعيين السّهام والمُراضاةٍ او الصّلح او مُراضاةٍ جديدةٍ؛

ولكنّ الاكثر قالوا بعدم الاحتياج بالقرعة وانّما المسلّم، رضىٰ الشُّركاء بالقسمة والسّهامِ.

بالجملة؛ القسمَة وان لم تكن عقداً بل افراز حقٍّ **ولكنّة** يحتاجُ اِلىٰ التّراضى من ذوى الحقوقِ من المالكينَ.

ومعلومٌ: انّ الغاصب، شخصٌ خارجٌ من المالكين وتصرّفٌ فى مال الغير عُدواناً

ولم يكن دليلٌ عَلىٰ جوازِ القسمة مع الغاصب فالقسمةُ مع الغاصب **حينئذٍ** يكـون مخالفاً للقواعد.

والدّليلُ عَلىٰ صحّةِ القسمة مع كونها مخالفةً للقاعدة، امورٌ:

منها: دليل الحرج ومنها: السّيرةُ **ومنها: «قاعدة لا ضرر»** كما ذكرها بعضُهم.

امّا السّيرةُ فلم يُعلم اِتصالُها الىٰ زمان المعصوم ولم يُعلم انّ السّيرة تكون سيرة المتديّنين او غيرهم.

وامّا الحرجُ فهى ايضاً تابعةٌ لمواردها ومضافاً اِلىٰ ذلك يمكن البيعُ والشّـراء او الصّلح مع المالك وغيره وحينئذ **«لاحرج»**.

وامّا تقريب جريان «قاعدة لا ضرر» فهو انّ لزوم تخليّة الدّار مثلاً عَلىٰ المالكين السّاكنين فيها وعدم التّصرف فى الدّار المغصوبة والاحتياج اِلىٰ اجـازتهم، ضـرر عليهم

ولا يقال: انّ هذا الضّرر، مُعارضٌ مع ضرر المالك المخرج وانّه يدخل فى باب تعارض الضّررين.

لانّا نقولُ: انّ الامر، دائرٌ بين ضرر المالك المغصوب منه وبـين ضـرر المـالك المشروع السّاكن فى الدّار **ومن اين يُعْلَمُ** انّ ضرر المالك المشروع يُقَدَّمُ عَلىٰ ضرر المالك المغصوب منه؟

اَجاب الشّيخُ عن «قاعدة لا ضرر» فى الفرائد فى باب: **«لا ضـرر»** وايـضاً فـى المكاسب فى باب الاكراه وساير الموارد وذكر هنا انّ موارد لم تكـن مـن بـاب تعارضِ الضّررينِ منها:

اِنّ الضّرر اذا توجّه بطبعه عَلىٰ شخصٍ مُعيّنٍ، لا يجب عَلىٰ شخصٍ آخر ان تقبّل هذا الضّرر ودفع الضّرر عن الشّخص المعيّن كما انّ الضّـرر اذا تـوجّه الىٰ نـفس شخص، لا يجوز توجيه الضّرر الىٰ شخصٍ **آخر ودليلُ «لا ضرر»** ايضاً لا يشمل ما اذا توجّه الضّرر الىٰ شخصٍ **لانّ «لا ضرر»** وُضِعَ للامتنان عَلىٰ الامّة ولا اِمتنانَ فى الضّرر الّذى توجّه اِلىٰ شخصٍ، توجيهه وتحميله الىٰ شخصٍ آخر ولا يجب توجّه

الضّرر الیٰ الآخر.

بالجملة، الضّررُ مع قطع النّظر عن تشريع الشّارع، لا يجوزُ توجيهه الیٰ محلٍّ آخر وشخصٍ آخر ولا يجب عَلیٰ احدٍ توجيهه الیٰ نفسه.

وكذلك صرّح الشّيخ﵀ فی باب الاكراه من ان الغشّار ونحوه اذا اكره احداً لاخذ المال اِلیٰ الغير او حبسه قالوا: تجب التّقيّةُ الّا الدّماءَ كما وردت به الرّوايةُ وسعیٰ الشّيخُ﵀ فی باب الاكراه انّ يُثْبِتَ انّ هذه الرّواية، كانت مطابقةً للقاعدةِ وحتّیٰ فی الموارد الّتی لم تكن التّقيّةُ ثابتةً **حيث** وضعت التّقيّة فی مقابلِ العامّة وتكون التّقيّةُ، مطابقةً للقاعدة **لانّ** المكرهَ اذا اكره عَلیٰ اخذ مال مثلاً بحيث اذا لم يعمل علیٰ طبقِ اكراهه، يتوجّه الضّرر عَلیٰ المأمور.

هذا من اَمثلة ما اذا توجّه الضّرر عَلیٰ حسب ارادة المكره القویّ القادرِ عَلیٰ الشّخص الخارجیّ، **غاية الامر،** يكونُ المكره آلةً للفعل فاذا لم يعمل المكره عَلیٰ هذا الفعل المكره فهو بمنزلة توجيه الضّرر الّذی توجّه اِلیٰ شخصٍ آخر الیٰ نفسه **لانّ** المكره اراد توجيهه اِلیٰ شخصٍ آخر وكانّه ما نحن فيه ايضاً من هذا القبيل **لانّ** الغاصب، قَصَدَ الضّرر الیٰ المالك المغصوب منه لا المالك المشروع السّاكن ولا يجب تحمّل المالك السّاكن، هذا الضّرر وتوجيهه اِلیٰ نفسه ويقبل الضّرر منهُ.

هذا خلاصة التّقريب الّذی ذكروهُ فی دلالة **«لا ضرر»** واَشارَ اليه السّيّد﵀ فی الحاشية واجاب﵀ عنه فراجع.

قلنا سابقاً: انّ الشّيخ﵀ جعل المطلبينَ مقدّمةً لتحقيق المسألة الثّالثة وحلّها **وحيث** يكون المطلبان مُهميّنَ فی حَدِّ نفسهما بل مهميّنِ من اصل المسألة: الاوّل انّ غصب المشاع بما هو مُشاع هل تحقّق ام لا؟ ويمكن ان يتحققّ ام لا؟

الثّانی: انّه عَلیٰ فرض امكان التّحقّق، هل المالك الشّريك المشروعُ، يجوز له ان ينقسم مع الغاصب ام لا؟ بل يجب عليه تحمّل الخسارات بانْ يسری الغصب اِلیٰ سهمه ايضاً.

قلنا سابقاً: انّ فی المطلب الاوّل وهی غصبُ المشاع، السّيّد﵀ تبعاً لجمعٍ من

الفقهاء قال: انّ غصب المُشاع هو بما هو مشاعٌ يسرى فى سهم الشّريك **لانّ** السّراية، لازم الغصبِ وان قصد الغاصبُ، التّصرف فى المالِ المغصوب منه وقال بعضُ الفقهاء بعدم السّراية **لانّ** التّصرفَ الخارجىّ للغاصب، راجعٌ الىٰ المغصوب منه والغصبُ تعلّق بالمشاع والشّريك الآخر السّاكنُ فى الدّار، يستفيدُ من سهمه وحصّتهِ.

نحن نقول فی حلّ المسألة: انّ الحقّ مع الشّيخ والعلّامة رحمة الله عليها وامّا قول السّيّدﷺ ومن تبعه، فهو ليس بصحيح والوجه فی ذلك ما تعرّضنا به فی مقام ردِّ بعض الادلّة من انّ هذا ناشٍ من الخلطِ بين المشاع والمُعيّن الثّابت من اشتراكهما فی اطلاق السّهم والنِّصفِ عليهما وتشابهما فی ذلك وما نحن فيه من هٰذا القبيل.

وصاحب الجواهرﷺ **فی ذيل** المطلب الثّانی وهی انّ المدعييّن بعين سببٍ بسبب، موجبٍ للشّركة، صرّح بانّ الكلمات تشتبهُ هنا وامّا المطالب هنا فواضح يجب اخذها مبنیٰ المسألةِ.

منها: انّ الشّركة هنا، إنّما هی فی العين والمُعيّنات مثل النّصف المعيّن والثّلث المعيّنِ ونحوهما من الدّار المعيّن وغيرها.

وامّا السّهم المشاع فليست فيه الشّركة **لانّ** معنیٰ الاشتراك انّ لكلّ من الشّريكين، نصف مشاعٍ.

ومعلومٌ: انّ النّصف المشاع هنا كان مُختصّاً ففی العين الخارجيّة، جهةُ اشتراك وجهة اختصاص، غاية الامر يكون الاختصاصُ بالقوّة وجهة الاشتراك بالفعل.

بعبارةٍ اُخریٰ، الكسر المشاع مثل النّصف المشاع فی باب الشّركة، كان مختصّاً باحد الشّريكين ومعنیٰ كون النّصف المشاع مختصّاً انّ المال المشتركِ ان اراد ان يبيعه احدٌ يحتاجُ اِلیٰ اجازة الشّريك وامّا بيعُ النّصف المشاع فلا يحتاجُ اِلیٰ الاجازة لانّه ماله وليس الاشتراكُ فی النّصف المشاع بل هما شريكان فی الدّار لا فی النّصف المُشاع **فحينئذٍ** اذا كان التّصرف فی النّصف المشاعِ فهو لا يحتاج الیٰ اجازة الشّريكِ.

ولذا صرّح الفقهاءُ فی باب الصّلح والقضاء: انّ تصرّف الاثنين والاستيلاءَ عَلیٰ كلّ جزءٍ من الدّار عَلیٰ السّوء، يكون دليل عَلیٰ كونهما مالكين، النّصف المشاع وتلك الفتوٰی كانت مُسلّماً عندهمﷺ **يمكن اَنْ** يستفاد من تلك الفتوٰی، مطلبانِ يمكن حلّ مسألتنا بهما ايضاً.

المطلبُ الاوّل: انّ التّصرف فی النّصف المُشاع بحيث لايسری عَلیٰ النّصف

الآخر، كان ممكناً كما قال به كثيرٌ من الفقهاء **ولذا** فرضوا للتّصرف فى النّصف المشاع بما هو المشاع ثبوتاً واثباتاً.

عليهذا، قولُ من قال بانّ التّصرف فى النّصف، يسرى عَلىٰ النّصف الآخر، لا يصّحُ.

واما المطلبُ الثّانى الّذى كان مطلباً جديداً فهو انّه بناءً عَلىٰ امكان ثبوت عدم سراية التّصرف فى النّصف الآخر، لا يحتاج اِلىٰ اجازة الشّريك.

نعم: التّصرف فى المال المشترك يحتاجُ اِلىٰ الاجازة اذا تصرّف عَلىٰ انّه مُشتركٌ يعنى تصرّف فى المعيّن يعنى تصرّف فى الدّار واَخرَجَ شريكه واَمّا اذا تصرّف فى حقّه بمقدار حقّه من النّصف وغيره، لا يَحتاج الىٰ اجازته وهذا كذلك بالنّسبة الىٰ العرف ايضاً.

حاصلُ الكلام انّ الحقّ انّ غصب المُشاع، يتحقّقُ والتّصرف فى المشاع ايضاً يتحقّق وكان للتّصرف الخارجىٍّ وجودٌ خارجىّ يعنى حسابُ الشّركةِ غير حساب الجزء الّذى لا يتجّزى والاقوال المذكورةُ فى هذه المسألة بان يكون كلّ جزءٍ فرض فهو قابلٌ للقسمة بل الملاكُ هنا حملُ العرف فى نحو التّصرفِ، من تصرّف كلٍّ واحدٍ منهما فى حصّته ويحسبُ ذلك تصرّفاً فى النّصف والمشاع وهذا هو الّذى نظر الفقهاءُ به للمسألة وقالوا بانّ تصرّفه، كان فى المشاعِ ثبوتاً وقالوا: انّ كل من كان متصرّفاً فى شىءٍ فهو دليل عَلىٰ انّه مالك شىءٍ الّا ان يثبت خلافهُ.

وبهذا الاعتبار قالوا: انّه مالك للنّصف المشاعِ.

الحقّ، انّ بالنّظر اِلىٰ العرف وحتّىٰ بالنّظر اِلىٰ البحث العلمىّ والتّحليل فيه علماً انّ التّصرف فى المشاع بما هو مُشاعٌ، كان ممكناً وغصب المشاع بما هو مشاعٍ، كان ممكناً.

بناءً عليه، لا يسرى غصب المشاع الىٰ سهم الشّريك الآخر ولم تكن الشّركاءُ غاصباً ولا يجب عليهم عدمُ التّصرف الّا ان تصرّفوا فى المعيّن.

فتصرّفهم بالنّحو الاشاعىّ، لا يتّصف تصرّفهم بالغصب **لانّ** المشاعَ فى نظر العرف

له آثارٌ خارجيّةٌ **حيث** انّ اعتباريّات العرف، ما يتخيّلها حقايق فالاثنانِ اذا تفرّقاً فى عينٍ خارجاً يصدق عرفاً انّه يتصرّف فى نصفه **وذلك**، يتصرّف فى نصفه والادلّةُ من قبيل: «**لا يحلُّ مال امرءٍ الّا بطيب نفسه**» لا يزاحم هذا المتصرّف **لانّ** هذا المتصرّف، يتصرّفُ فى ماله لا فى مال غيره عرفاً **لانّ** الفرض انّ التّصرف فى المشاع، كان صحيحاً عرفاً و شرعاً وعقلاً.

بناءً عليه الحقُّ انّ غصب المُشاع يتحقّق **لانّ** المشاع له عملٌ خارجيٌّ وتصرّفٌ خارجيٌّ وقد فرض ذلك الفقهاء فى مسألة: مالو تصرّف الشّريكان لو كانت دار فى يد شخص، يحكم عَلىٰ انّهما ملك لهما اشاعة فى النّصفين **وبذلك يُعْلَمُ انّ** عمليّات الشّركاء الأُخرَ، لا يتّصفُ بكونهما غصباً.

ومن هنا نعلم نكتة ولو لم تكن مربوطةً لما نحن فيه وهى انّ غصبُ الشّركاء، لا يُؤثّر فى سهمِ الشّركاء الأُخرىٰ ماداموا متصرّفين فى مشاعهم.

بناءً عليه، التّصرفُ فى العين المشترك لو كان بمعيّن فهو يحتاجُ اِلىٰ الاجازةِ وامّا لو كان فى المُشاع بما هو مشاعٌ، لا يحتاجُ اِلىٰ اجازة الشّركاءِ.

فرعٌ: هل للشّريك المشروع، حقّ تقسيمه مع الغاصبِ فيما اذا تعذّر التّقسيمُ مع شريكه كما انّ له حقُّ التّقسيم مع شريكه المحقّ ام لا؟

ذَهَبَ الاكثرُ اِلىٰ انّه لا يصّحُ **لانّ** الغاصب، ليست له سمةٌ وليس الغصب مُحلّلاً وليس عَلىٰ مشروعيّة هٰذا النّحو من التّقسيم **ومع ذلك** لا مانِعَ من التّقسيم له ولو كان الغصبُ حراماً وكان الغاصبُ هو المتعدّى بوجوهٍ ذكرناها من السّيرة والحرج و «قاعدة لا ضرر» وقلنا سابقاً فى السّيرة من الاشكال من انّه ليست فيها شرائطُ الحجّيةِ **لانّه** لم يُعلم انّ السّيرة، سيرةُ المتّدينين بما هو المتديّنُون ولم يعلم ايصالُ السّيرة اِلىٰ زمان المعصوم **فحينئذٍ** لم تكن حُجّية السّيرةِ، بيّنةً ومعلوماً وامّا الحرجُ فقد قالوا بانّه لم يكن حرجٌ فى نوعه **حيث** قال الشّيخُ﵀: **لانّ** طريق التّخلّصِ موجوداً هنا مثل البيع وغيره فلم تكن القسمة مُتعيّنةً.

نعم: اذا حصل حرج فهو يصّح وفرغنا عنه سابقاً وقلنا فى الحرج انّ البيع وغيره، ليس طريق التّخلص وليس هنا محلٌّ للكلام عنه.

وامّا الكلام فى قاعدة «لاضرر» فقد تمسّك صاحبُ الجواهر﵀ فى نظير المسألة وهى ما اذا اعترف ذو اليد عَلىٰ انّى وشريكى ولو كان لِكُلّ واحدٍ منّا، نصف العين **ولكن** الواقعُ انّ النّصفَ، مال شخص ثالثٍ والنّصف الباقى كان بيننا مشتركاً فى احد وُجوهِ المسألة لصحّة التّقسيم مع الغاصب كان صحيحاً للسّيرة والحَرَجِ والضّرر.

واشار اليه السّيّدُ﵀ ايضاً وردّه.

وامّا تقريبُ «قاعدة لاضرر» مع انّ المورد، تعارض الضّررينِ **فلانّ** القسمة مع الغاصب، يوجب الضّرر للشّريك المغصوب منه وعدم قسمةِ الشّريك المشروعِ، يوجب الضّرر عليه فالامر يدور بين ضررى مالكين: المالك المشروع والمالك المغصوبِ منه.

بناءً عَلىٰ عدم صحّة غصب المشاع فالغصبُ يدوران يتعلّق بالمعيّنِ **حيث انّ** الغصب امرٌ خارجيٌّ كان موضوعه متعيّناً والمتعيّن هو المشترك فلا يجوز غصب نصفِ المشاع بينه الشّريك وعدم غصب النّصف المشاع بل الغصبُ يسرى اِلىٰ حصّة

شريكه ايضاً كما ذهب اليه الشّيخُ وجمعٌ آخر من الفقهاء كالسّيّدِ﵀ وغيره.

بالجملة، المورِدُ مع كونه من موارد تعارضِ الضّررين صرّح الشّيخُ﵀ بانّ لاضرر، مال احد الطّرفين وليس للطّرف الآخر، **«لا ضرر»** واِستَثنُوه من موارد تعارض الضّررين **لانّ** معنىٰ تعارض الضّررين انّ كُلَّ واحدٍ من الضّررين، كان فی عرضٍ واحدٍ حتّی يصّح القولُ بانّه ترجيحٌ بلا مرجّحٍ.

وامّا فی الضّررين الطّوليّين يعنی الضّرر اذا توجّه عَلىٰ طبعه الاولیّ، عَلىٰ واحدٍ من الاثنين ثمّ سراى الضّرر اِلىٰ الآخر بالتّبع فهو ليس من موارد تعارُض الضّررين بل يرجّح ما كان الضّررُ فيه اصلاً عَلىٰ ما كان الضّرر فيه بالتّبع **فلذا** قال الشّيخ﵀ وغيره انّ الضّرر اذا توجّه عَلىٰ شخصٍ لا يجب توجيه هذا الضّرر اِلىٰ نفسه ولا يجب عليه ان يتحمّل ذلك الضّرر كما انّه لا يجوزُ توجيه الضّرر الّذی توجّه اِلىٰ نفسی، اِلىٰ الغير.

وما نحن فيه والمكروه، يدخل تحت هذه القاعدة الكليّة **لانّ** الغصب، توجّه اِلىٰ الشّريك المخرج فبقاءُ الشّريك المشروع عَلىٰ الشّركة وعدم القسمة مع شريكه مَعناهُ، تحمّل الشّريك المشروع، الضّرر المتوجّه اِلىٰ الشّريك المخرج وهو مدفوعٌ بدليل **«لاضرر»**.

بناءً عليه هذا المورد ولو كان فی الظّاهر من موارد تعارض الضّررين ولكن ليس الضّررُ انّ هنا فی عرضٍ واحدٍ بل توجّه احد الضّررين اِلىٰ الشّخص بالعواملِ التّكوينيّةِ وهو غصبُ الغاصبِ وليس الضّررُ بالنّسبة اِلىٰ المغصوبِ منه، من ناحية تشريع الشّارع فعليه كان للشّريك المشروع ان يتمسّك بلا ضرر دون الشّريك المخرج وهذا تقريبُ الشّيخ فی مثل المقام.

وامّا السّيّد﵀ فقد نقل هذا التّقريب من الشّيخ﵀ واستدلالَ صاحب الجواهر فی نظير المسألة **واورد عليه بانّ** هذا ليس بصحيحٍ لا فيما نحن فيه ولا فی مسألةِ المكروهِ وكان السّيّدُ﵀ قبل الكبرىٰ الكلّی الّتی ادّعاها الشّيخ وهی انّ **«لاضرر»** لا يقتضی تحمّل الضّرر المتوجّه اِلىٰ الغير **ولكن اَشكَلَ عليه** فی صُغراه وهو انّ التّمسك

بقاعدة لا ضرر، فى مسألة المكرهِ، لا يصّحُ **لانّه** لم يعلم انّ الضّرر توجّه اِلىٰ الغير **لانّ** قصد المكره، الضّرر لاحد المالكين المشروع او المخرج وكذلك ما نحن فيه **لانّا** اذا فرضنا انّ الغصب كما هو المبنىٰ، توجّه الىٰ الخارج الّذى كان مُشتركاً فمن اراد الغصب، اراد غصبَ المالِ المشترك واراد ايقاع الضّرر عَلىٰ الشّريكين وامّا قصد الغاصب من انّه يتوجّه اوّلاًالمغصوب منه فهو لا يؤثّر فى المسألة **لانّه** ضدّ غصب المال المشترك.

يمكن الجوابُ عنه صغرىً وكبرىً وامّا الجواب الصّغرويُّ فلمّا تقرّر فى باب النّية من انّ شيئاً تعلّقت النّية عليه بالاصالة وينوى اشياءً أُخر بالتّبع **ولكن** لا يحسب ما ينوى، بالتّبع ولا يضر هذا **لانّه** من التّوابع والضّمائم.

ومعلومٌ: انّ التّوابع، لا يسند اليها الفعلُ وكذلك قالوا فى باب مسألة الاعانةِ عَلىٰ الاثم الّذى كان امراً قصديّاً حيث صدر عملٌ عن الانسان واستفاد الفسّاق والظّالمون عنه توجّه الانسان بهٰذا وَوَطَّنَ نفسه اِلىٰ حصول هذه الاستفادة، قالوا بانّ هذا لم يحسب من الاعانة عَلىٰ الاثم والعلم بالاستفادة ليس دليلاً عَلىٰ اسناد الاثم علىٰ عامل العمل وكان هذا المطلب بعينه فى باب الغاصب والمكروه **لانّ** ارادة الغاصب، تعلّقت عَلىٰ ايجادِ الضّرر عَلىٰ الشّريك المخرج **غاية الامر حيثُ** لم يحصل مالٌ مفروضٌ للمالك المخرج الّا المال المشترك، توجّه اِلىٰ غصب المال المشترك بالتّبع لا بالاصالة وكذلك فى مورد المكره.

وامّا الكُبرىٰ فهى انّ ما ذكرها الشّيخ﵀، لم يرد فى كتابٍ ولا فى سُنّةٍ حتّىٰ نبحث عنها انّ قصد الغاصب هل تَوجّه واقعاً عَلىٰ الشّريك المخرج او توجّه عَلىٰ الشّريكين؟ **لانّ** اللّازمَ لنا البحثُ من الفاظ السّنةِ والكتاب لا الالفاظِ الّتى وقعت تفسيراً او من باب التّرادف والتّقريب اِلىٰ الذّهن الّذى قالوا بهما.

ومعلومٌ: انّ المدار فى مورد الضّرر، مسألة رفع الامتنان **ولذا** قالوا فى موردٍ كان علىٰ خلاف الامتنان فلم يشملهُ مثلاً دليل: «**رَفُع ما استُكره عليه**» و يقتضى بطلان بيع المكره **ولكن** لا يبطل بيعُ المضطرّ مع انّه ورد: «**رفع مضطرّ عليه...**» و «**رفع ما**

استکره علیه...» فی کلیهما، فرفعُ حکم المُضطرّ بالبیع والحکم باثباتِ بطلان البیع، عَلیٰ خلاف الامتنان وامّا رفع حکم المکره فهو موافقٌ للامتنانِ.

فالمدارُ فی ملاحظة المسائل الموارد عَلیٰ کونها موافقاً للامتنن او مخالفا له؟

بناءً علیه هذا القولُ بانّ الضّرر هل توجّه الیٰ الشّریك المخرج او الشّریکینِ وانّ ایّهما اصلاً وایّهما تبعاً؟ لم یرد علیه فی کتابٍ ولا فی سنّةٍ وما وقع فی کلام الشّیخ﵀ من الکلام، لیس مدار الاستنباط وما ورد فی الکتاب والسّنة، **«لا ضرر»** و **«لاحرج»** و **«رُفِعَ»**

ومعلومٌ: انّه صیغت للامتنان فکلّ موردٍ کان جعلُ الحکم عَلیٰ خلاف الامتنان، لا یشملُهُ وکُلُّ موردٍ موافقٍ للامتنانٍ، یشملُهُ **و لازمه**، عدم لزوم البقاء عَلیٰ الشّرکة **ومضافاً اِلیٰ ذلك** انّ الکلام لا یبتنی عَلیٰ **«لاضرر»** وغیرها **لانّ** القسمة من حقوق المالکیّة یعنی للشّریك ان یطالب القسمة فی کلّ حالٍ فی الاموال الّتی کانت قابلةً للقسمة وکانت مشروعة والشّریك **حینئذٍ** ان کان له التّمکینُ من القسمة فیطالب من نفس الشّریك وان لم یکن متمکّناً منه او امتنع، یطالبُ من الحاکم الشّرعی **لانّ** الحاکم الشّرعیّ وَلیُّ الممتنع واذا لم یکن حاکماً مَقدوراً له، فیطالبُ من عُدولِ المؤمنین واذا تکن عُدولُ المؤمنین فنفسه یُقسِّمُ من باب الحسبة لما سیجئیُ فی باب ولایة الحاکم من بعض الامور انّه لیس قابلاً للتّعطیل سواءٌ کان وُجِدَ الحاکم ام لا؟ والمراجعة اِلیٰ الحاکم فی هذه الامور من باب القدر المتیقّن والّا فیراجع الیٰ عدول المؤمنین والّا نَفسُ الشّریك المشروع، یَتولّیٰ القسمةَ والقولُ بقسمة الشّریك المشروع مع الغاصب، عبارةٌ مسامحیّةٌ **لانّ** الغاصب، لیست له القسمةُ ولیست له هذه القسمة بل ینبغی القول بانّ فی صورة غصب الغاصب، ان یُطالب الشّریکُ المشروع من الحاکمِ القسمةَ او من العَدولِ واذا تعذّر، یمکن تولّی الشّریکِ نفسه، القسمة

فتحصّل ممّا ذکرناهِ اَنّ دلیل صحّة التّقسیم مع الغاصب من وجوهٍ: السّیرة والحرجُ ولا ضررُ وقد قلنا فی الحرج والسّیرةِ مافیه من الاشکالِ.

وامّا لا ضرر فقد قلنا: انّ الشّيخ﵀ فقد تمسّك «بلا ضرر» ويخرجه من فردِ تعارض الضّررين واورد السّيّدُ﵀ فقد تمسّك «بلا ضرر» ويخرجهُ من فَردِ تعارض الضّررين واورد السّيّدُ﵀ عليه ونحن اَجنبا عن السّيّدِ﵀ جوابين: **الاوّل** الجوابُ الموضوعيّ،

الثّانی الجوابُ الحكميُّ الكبرويُّ. وامّا الجواب الموضوعيّ الصّغرويّ فقد قلنا: انّ الضّرر توجّه فی غالب الموارد اِلیٰ الغير والبقاء عَلیٰ الشّركة معناه تحمّل الضّرر كما قال به الشّيخ﵀.

وامّا الجواب الكبرويُّ فهو انّ المَدارَ انّ الادلّة هل تنطبقُ عَلیٰ ما نحن فيه ام لا؟ وقلنا انّ الادلّة مثل «**رُفع ما استكره عليه...**» و «**لاضرر**» فی مقام الامتنان **فعليه** يجوز التّقسيم عليه مع الغاصب واِلّا لم يكن فی مقام الامتنانِ

و مضافاً الیٰ ذلك قلنا: يمكن ان يقالَ: انّ المسألة لا تحتاجُ اِلیٰ ملاحظة «**لاضرر**» **لانّ** مسألة مطالبة القسمة، من حُقوقِ المالكيّة للمالك ولا دليل عَلیٰ سلب هذا الحقّ من الشّريك بمجرّدِ غَصبِ الغاصبِ.

فبناءً عليه، يُطالب الشّريك المشروعُ، هذا الحقَّ **اوّلاً** من الشّريك المخرج فَاِنْ امتنع، فيراجع اِلیٰ الحاكم الشّرعيّ فَاِنْ تعذّر فان عُدولِ المؤمنين فن تَعَذّر هٰذا، فنفسه يُباشِرُ ويَنقسِمُ كما سيأتی فی باب ولايةِ الحاكم الشّرعيِّ **فانتظر.**

توضيح التّحقيق فی اصل مسألة: اذا كان اثنان، مُتصرّفين فی الدّار ومُشتركان فيها بالمُناصفة واحد الشّريكين المتصرّفين فی العين اَقَرَّ بالشّريك الثّالث وكان الاشتراك فيها بالاثلاثِ.

ومعلومٌ: انّ اقرار العقلاء عَلیٰ انفسهم جايزٌ او لم يكن نافداً بالنّسبة اِلیٰ الغير وهو سهمُ الشّريكِ و **حينئذٍ** النّصفُ، حيث انكر اقرارهُ فمعنیٰ اقراره اَنَّ هذا الثّلث بينی وبين شريكی يعنی نصفُ هذا الثّلث عندی ونصفه فی تصرّف الشّريكِ.

فلازمه اداءُ هذا المقرّ السّدس والسّدسُ الّذی عند شريكه فهو مغصوبٌ منه.

بعبارةٍ اُخریٰ يؤتیٰ المقرّ مما فی يده، ثُلثُ ما فی يده من النّصف **واحتمالٌ آخر هنا** تنصيفُ ما فی يديه يعنی سُدساً ونصفاً وكانَ فی يده عَلیٰ هذا الاحتمال، ثلاثة اسداسٍ وامّا عَلیٰ الوجه الآخر فقلنا اَداءَ ثلث ما فی يديه وهو السّدسُ وامّا فی هذا الاحتمال فنقولُ: اداء السّدس ونصفهُ وهو تنصيف ما فی يديه وقویّ الشّيخ﵀ هذا الاحتمال بل يفتی به وكذلك جمع آخر **ولكن** جمعٌ كثيرٌ اختاروا اداء السّدس ولو كان ظاهرُ عبارة الشّيخ﵀ انّ ظاهر كلمات الفقهاء، التّنصيف **ولكن** ما يُستفاد من جريان كلمات الفقهاء فی باب الاقرار، بالنّسب الّذی كانَ مصداقاً من مَصاديقِ ما نحن فيه **حيثُ** انّه اقرار احد الاخوين الّذين ورثا الدّارَ من ابيهما عَلیٰ الثّالث وانّما الفرق بين مسألة الاقرار بالنّسب وما نحن فيه انّ منشأ الشّركة فی الاقرار بالنّسب كان هو النّسب **ولكن** ما نحن فيه كان اعمّ مطلقاً **حيث** كانا شريكين فی دار احدهما بثالث سواءٌ كان منشأ الشّركة النّسب او غيره والحال كذلك فيما اذا اَقَرَّ بعضُ الورثة، الوصيّة وبعضها انكرها **لانّ** الميّت كان شريكاً للثّالث.

وكذلك ما اذا اقرّ بالدّينِ وهو ايضاً مثل المقام **لانّ** الدّيان، شريكٌ آخر وشريكٌ ثالثٌ **والفرقُ** بين هٰذهِ الموارد من كون احدها من باب الوصيّة والآخر دَيْناً او نسباً، لا يُؤثّر فی جريان المسألة.

ثمّ قال الشّيخ﵀ ما قال به الاكثر بتثليثِ ما فی يديه لا التّنصيف **فهم﵀** اعتمدوا عَلیٰ النّصوصِ والنّصوص عَلیٰ خلاف القاعدةِ **وامّا فی غير الاقرار** بالنّسب، فيجب

العمل عَلىٰ القاعدة.

وانت كما ترىٰ يفصّل الشّيخُ ﷺ بين هذه المسألة ومسألة الاقرار بالنّسب فيؤدّى الثُّلث يعنى تثليت ما فى يديه واَمّا لو كان من جهة غير النّسب ففيه التّنصيفُ عملاً بالقاعدة والنُّصوصِ وان كان عَلىٰ التّثليثِ عَلىٰ خلاف القاعدة فيقتصر عَلىٰ موردها.

فتحصّل مما ذكرنا انّ هنا وجهانِ:

الاوّل: اداءُ المقرّ التّنصيف. الثّانى: التّثليثُ.

من جملة ادلّة القائلين بانّ القاعدة تقتضى استردادَ المقرّ، ثُلثَ ما فى يديه من النّصف، ما قلناه من انّ العين اذا كانت مشتركةً ولم يكن فى مقام التّصرف، **حينئذٍ** اذا اقرّ بها يحمل الاقرارُ خصوصاً، عَلىٰ المشاع فى المشاع واذا اقرّ انّ للثّالثِ، ثُلثُ فى الدّار فالظّاهرُ انّ هذا الثُّلث المقرّبه، فى النّصفينِ وذلك معنىٰ المشاع فى المشاع يعنى سدسٌ فى نصفى وسدسٌ فى شريكى فاقراره نافذٌ فى سهمه وغيرُ نافذٍ فى سهمه فى شريكه فيؤدّى حينئذٍ السّدس اخذاً بمقدار نصوص الاقرار.

وكذلك الحال فى مقام الاقرار بالنّسب والدّين والوصيّة ووردت فى هذه الثّلاثة رواياتٌ **حيث** قال ﷺ: **«يلزم ذلك بقدر حصّتهِ»** ولو عَنْوَنَ السّيّدُ ﷺ هذه المسائل فى الحجّ فيما اذا اقرّ بعض الورثة عَلىٰ الحجّ للميّت وبعضها انكرها **وعنون فى هذا الباب**، مسألة الاقرار بالدّين والوصيّة بمناسبةٍ واشار ﷺ ايضاً الىٰ الرّواية الواردة **«ويلزم ذلك بقدر حصّتهِ»** واشكل فيه بانّ قوله ﷺ: **«يلزم ذلك بقدر حصّته»** يحتملُ فيه انّ المراد انّه لا يلزم اَداءُ البقيّة من طلق ماله بل يُؤدّى ما كان من المال **ولا يخفىٰ انّ هذا** المعنىٰ خلاف ظاهر قوله ﷺ **«ويلزم...»** بل خلاف تصريح بعض النّصوص الواردة.

القاعدةُ فى المسألة ماذا؟

هل القاعدة، تقتضى الثُّلث كما بيّناه وَجهه ام التّنصيف؟

صرّح الشّيخﷺ انّ مقتضىٰ القاعدة، التّنصيف ودليله انّ معنىٰ الاقرار بانّ الثّالث كان شريكاً فى الملك مثل الدّار، انّ الشّركاء الثّلاثة، كانوا عَلىٰ حَدٍّ سواءٍ والعمل علىٰ قاعدة الشّركة، يقتضى كون الثّلثين فى تصرّفِ المقرّ والمقرّ له **ولكن** كان ما تصرّفا انقصَ من الثّلثين وكان السّدسُ منها عند الشّريك المنكر الغاصب **فحينئذٍ** كان المقرّ والمقرّ له بالنّسبة الىٰ ما فى يدى المقرّ عَلىٰ السّواءِ وتجرى قاعدة الشّركة بينهما بحسب اقرار المقرّ وقاعدة الشّركة، انّ عليهما، «**ما حصل لَهُما وما طَوىٰ عليهما**» كما ورد فى باب الشّركة: «**ما حصل لهما وما طوى عليهما وعملوا بها**»

و بعبارة أُخرىٰ، حتّىٰ القاعدة الّتى قالوا بها فى باب الشّركة «**ما حصل لهما...**» ليست قاعدة تعبديّةً بل هى لازمةُ بقاء الاشتراك وحتّىٰ لو لم ترد الاخبار عليه، لقلنا به ايضاً.

بعبارةٍ واضحةٍ: انّ الاقرار كالبيّنة كان اخباراً وكاشفاً عن عدم الفرق بين المُقرّ والمقرّ له واليد المستولية للعينِ للمقرّ كانت يداً فرعيّة عَلىٰ النّصف وامّا اذا قلت: «**ورثناها مِن ابينا او اشترينا من ثالثٍ**»، تسقط اليد فى مقابل المقرّ له وتصير يداً فرعيّةً.

فاذا اعترف المقرّ بانّ نصف الدّار لزيد فمعناه اَنَّ زيداً والمقرّ كانا بالنّسبة اِلىٰ تلك العين عَلىٰ حدٍّ سواءٍ فيقسمان ثلاثة اسداسٍ الموجود والسّدس التّالف يتحمّلان عَلىٰ السّواءِ.

بقىٰ هنا سؤالٌ

وهو انّ النّصفين المُشاعين اذا كانا مثل الدّارين، غاية الفرق بينهما انّ امتياز الدّارين بالوجود الخارجىّ وامتياز النّصفين بالاعتبارِ وكون احدهما خارجيّاً والآخر اعتباريّاً، لا يُؤثّر فى الفَرقِ بينهما بعد كونهما متعلّقاً بالملكيّة، فلهٰذا مجالٌ للسُّؤال: لِمَ لو اقرّ نصفَ دارى ونصف دار زيدٍ لعمروٍ فاقراره كان نافذاً فى داره

وسقطَ اقرارهُ بالنّسبة اِلىٰ دار زيدٍ؟ وامّا لو اقرّ بانّ السّدسَ، فى نصفى وسدسٌ فى نصف رفيقى فلم يقل القائل بالتّنصيف بما قال للاقرار بالدّار؟

اجاب الشّيخُ عنه بانّ مسألة الدّار والمفروض، غير المشاع وبينهما فرقٌ بانّ المنكر الّذى كان متصرّفاً فى النّصف، ليس ماله المقرّ له بل كان متصرّفاً عَلىٰ قدر حقّه **لا انّ** المتصرّف كان واقعاً مملوكاً له يعنى اذا كان لزيدٍ، النّصفُ المشاع من الدّار ولعمروٍ ايضاً النّصفُ الآخر من المشاع، لم يكن النّصفُ لكلّ واحد منهما معيّناً فى الخارج مشاعاً بل كلّ واحد منهما، يتصرّف بمقدار حقّه **لا انّ** ما يتصرّف فيه عين حقّه حتّىٰ يقال بانّه بمنزلة الدّارين.

نعم: ان قلنا انّ ماكان من الدّار فى متصرّف المنكر، ان كان عين حقّ المنكر ليصّح القولُ بانّه بمنزلة دار الجار، فلا يكون الاقرارُ فى انّ نصف دار الجار، مال الغير، نافداً.

فتشبيهُ النّصفين بالدّارين والملكين احدهما ملك زيد والآخر ملك عمرو و... **لا يصّح لانّ** فى الدّارين والملكين، يكون المملوك مشخّصاً واَمّا فى النّصفين، فمورد التّصرف و مورد اليد لم يكن مشخّصاً

بناءً عليه هنا شركاءُ ثلاثةٌ ثلاثةُ اسداسٍ من الدّار قابلة للوصولِ والسّدسُ الآخر كان مغصوباً وغير واصلٍ، وقاعدة الشركة تقتضى القسمة فى ما كان من قبيل الوصول وعدم الوصول.

وامّا القول بانّ السّدسَ الّذى عند الشّريك المنكر، كان مال المقرّ له بدليل انّ الاقرار فيه اقرارٌ فى حقّ الغير، فلا يصّح لانّه لم يكن ملك الغير.

بالجملة، مبنىٰ ادّعاءُ الشّيخ﵀ هنا امرانِ:

الاوّل: قاعدة الشّركه الّتى لم تكن محلّاً للاختلاف والكلامِ.

الثّانى: انّ مورد تصرّف المنكر، لم يكن مال المنكر حتّىٰ يقال انّه اقرارٌ فى حقّ الغير **لانّه** يتصرّف كلٌّ من الشّريكين فى المال المشترك بمقدار حقّه لا انّ ما يتصرّف كلٌّ، عين حقّه **حينئذٍ** تجرى قاعدة الشّركة بينهما.

ويرد عَلىٰ الشّيخﷺ انّه لاحظ الجانب الواحد من المسألة وغفل عن الجانبِ الآخر علىٰ ما يظهر من عبارته**ﷺ لانّ** المسألة انكار واقرارٌ والشّيخﷺ انّما حاسب الاقرار لا الاِنكار فكما انّ الاقرار مسموعٌ فالانكار اَيْضاً مسموعٌ ونتيجته، السّدس بعد اقرار المقرّ الشّريك، بِاشتراك الثّالثِ فى المال و انكار الشّريك الآخر، الّذى يحكم القاضى لتنفيذِ الاقرار والانكارِ **لانّ** الانكار، انكار ذى اليد و نتيجةُ تنفيذ الاقرار و الانكار، الحكم بانّ للمقرّ له، السّدس فاذا حكمنا بانّ للمقرّ له السّدس عَلىٰ ظاهر الشّرع، فكيف يعطيه سدساً ونصفاً؟

وهذا فى الحقيقة وَجهٌ ثالثٌ فى المسألَةِ.

فتحصّل ممّا ذكرنا انّ بالنّسبة اِلىٰ اصل المسألة هنا وجوهٌ ثلاثةٌ: وجهٌ باداء السّدس ومبناه انّه اذا كان نصفٌ لى ونصفٌ لشريكى **فحينئذٍ** اذا قيل له سدسٌ يعنى له سدس فى النّصفين، المشاع فى المشاع ولازمهُ تنفيذه فى نصف المقرّ وعدم تنفيذه فى نصف الشّريك الآخر.

اجاب الشّيخُ عنه انّ ما فى الشّريك الآخر، ليست عين ملكه وانّ ما فى يد ملكى، ليست عين ملكى بل ما كان متصرّفاً عَيْنَ الدّار لا نصفها **لانّ** التّصرف فى النّصفين، ليس مُتميّزاً وليس مثل الدّار الخارجىِّ المعيّن بل المشترك هو الدّارُ ونصفها كان بالقوّة وليس فى الخارج، النّصف المشاعُ فالتّصرف بمقدار يقتضيه حقّه لا انّه تصرّفٌ فى عين ماله وفى نصفه المشاع **فعليه** يكون مورد الاقرار، نفس الدّار فيشتركان فى الدّار فالمقرّ والمقرّ له، شريكان وحكم الشّركة انّ: «ما حصل لهما و ما طوىٰ عليها» **وامّا القولُ** بانّه اقرارٌ فى ما بيده وفى ما بيدى غيره فليس بصحيح **لانّه** لم يكن فى يده، تنصيف المُشاع وكذلك فى يد الشّريك المنكر لم يكن النّصف المشاع يعنى لم يكن مال لهما بل كان التّصرف بمقدار حقّهما **فعليه** لا يجوز القول بانّه اقرار فى نصفه واقرارٌ فى نصف غيره الّتى تحت يده. **فبناءً عليه،** عليه التّنصيف وقلنا هنا وجهٌ ثالثٌ ردّاً عَلىٰ الشّيخﷺ وهو انّ الشيخ لم يحاسب الانكار حاسب الاقرار وهنا اقرارٌ وانكارٌ والقاضى ينفذ الاقرار والانكار كليهما ونتيجةُ تنفيذهما

يحكم للثّالث بالسّدس فاذا حكم له بالسّدسِ فكيف يعطيه سدساً ونِصفاً؟

يمكن ان يدفع هذا الاشكال وحاصله انّ الانكار والاقرار كانا نفوذين مختلفين ماهيّةً ولا تصّح ملاحظتهما بلحاظٍ واحدٍ ونظرٍ واحدٍ **لانّ** الاقرار اخبارٌ وحـجّيته علىٰ حدّ حجيّة الخبر يعنى كان مُثبتاً للواقع.

وامّا الانكار فهو دفاعٌ ونفيٌ وعدم الثّبوتِ.

ولذا نقول: بانّه مطابقٌ للاصل وحكمه لا يخرج عـن حكـم الاصـل ويكـفيه الحلف علىٰ نفى العلم فى موارد عدم علم المنكرِ.

ولاجل القول بانّ الانكار نفيٌ وعدم اثبات فكيف يجوز القول بتنفيذ الانكار؟ **ولذا لم يقل احدٌ من الفقهاء** انّ الانكار ايضاً كالاقرار نافذٌ **وامّـا انّ قـول المـنكر** يسمع حيث كان مطابقاً لِلاصل، غير القولِ بانّ قول المنكر نافذٌ **لانّ** الاِنكار، ليس مثل الخبر.

نعم: قد بَحَثَ الفقهاء فى الحلف المردودة اِلىٰ المدّعىٰ، هل هـو بـمنزلة اِقـرار المنكر او بمنزلة البيّنة؟ فَلِكُلٍّ وجهٌ **ولكن** هذا البحث انّما هو فى اليمين المردودة لا فى اصل اليمين **حيث انّ اليمين الّذى** يـحلف المـنكر ويكـفيه قـوله **«لا اَدرى»** ويكفيه اليمين عَلىٰ عدمِ العلم ماهيّتهُ، ماهيّة النّفى والدّفاع لا الاثبات والتّنفيذُ.

وامّا الحكم عَلىٰ طبق اِنكاره فهو اخذٌ بالظّاهر والاصل **لانّ** المدّعى لو ترك ترك.

فالقولُ بانّ الاقرار والانكار، نافذانِ، ليس بصحيح **لانّ** الاقرار نافذٌ وامّا الانكار فهو الحكم عَلىٰ طبقه لا انّ الانكار نافذٌ.

والفرقُ بين الاقرار والانكار هو الفرق بين الحكم الظاهرىّ والواقعىّ **لانّ** الاقرار بمنزلة الواقع والانكار بمنزلة الظّاهر فلا يعارض الحكمُ عَلىٰ طـبق الانكـار مـع الحكم علىٰ طبق الاقرار **حيث** انّ المقرّ يَدعىّ العلم بالواقع ويُقِرُّ به **فعليه** ان يرتّب احكام الواقع و آثارهِ.

والمنكر يقولُ: **«لا ادرى»** فيتمسّك بالاَصلِ كما لا تنافى بين الفتوىٰ بواجـدى المنّى بالنّسبة اِلىٰ الدّخول اِلىٰ المَسجد.

بالجملة، نفوذُ الاقرار والبيّنةُ عَلىٰ حَدِّ حجّية الخبر والامارة والكاشف **وامّا الحكم عَلىٰ طبق الانكار** فهو عَلىٰ حَدِّ حجيّة الاصل **فعليه**، يجوز القولُ بانّ الاقرار نافذٌ فيما عليه ويلزم العمل لجميعِ اللّوازم فيما عليه.

وامّا الانكار فلا يجوز القول بانّه حجّةٌ وكان تنفيذاً **وامّا حكم** الحاكم عَلىٰ ايّ تقديرٍ بالسّدس فهو اَخذٌ بمقتضىٰ الاصل **وبعبارةٍ أُخرىٰ كلٌّ** من المقرّ والمنكر، لهما او عليهما حكمٌ قضّائيٌ وحكمٌ واقعيٌّ فيما بينه وبين اللهِ **والحكم القضائيُّ** فی مقام الاثبات ووجودُ الدّليل وعدمه وهذا مفادُ قوله ﷺ حيث ورد عنه ﷺ: **«انّما انا بشرٌ مِثلكم وانّما اخذی بينكم بالبيّنات والايمان ولعلّ احدكم الحسن بحجّتی من الآخر فاتّقوا الله...»** ولا يُعطىٰ عليه من جهة الحكم القضائيِّ، ازيد من السُّدسِ واَمّا من جهة الاِقرار والواقع فالحكم بالشّركة بينهما فالحاصل لهما وما طوىٰ عليهما.

وامّا الوجه الّذی ذكره الشّيخُ ﷺ فی ذيل كلامه عَلىٰ ما ذكره نفسه ﷺ من انّ قاعدة الشّركة هی: **«ما حصل لهما وما طوىٰ عليهما»** فانّما يكونُ لو خلّی وطبعه **ولكنّ** الشّارع اجاز هنا عَلىٰ المنكر ان يتصرّف بحساب مال المقرّ له واجاز الشّارع عَلىٰ المنكر الحلف عَلىٰ نفی قول المُدّعی **لانّ** المقرّ اِدّعیٰ عَلىٰ المنكر: **«انّ لی عندكَ سدساً»** والمنكر انكره والحاكم يحكم عَلىٰ طبق قوله فمعناه انّ الحاكم اجاز للمنكر ولو كانت اجازةً ظاهريّةً واجازةً قضائيّةً عَلىٰ المنكر ان يتصرّف فی السُّدس بحساب ادّعاء المدّعیِ فقد اذن الشّارعُ فی اتلاف الثّلث عَلىٰ المقرّ له وذلك لايُنافی قاعدة الشّركة الواقعة بين المقرّ والمقرّله.

اجابَ السّيّدُ عنه بانّه لم يعلم انّ المنكر، تصرّف فی السّدس بحساب مال المقرّ له ولا يُستفادُ هذا من اِطلاق الشّارع وحكم الشّارع بالحكم عَلىٰ طبق اِنكار المنكر باعتبار اَصلِ الحكم لا من جهة لوازمه وحساب تصرّف المنكر بحساب مال المقرّ له ولازمِ اَداءِ السّدسِ.

وبالجملة، هذه اللّوازم لا تستفادُ من اِطلاق الشّارع: **«الحكم ما حكم به حجّتنا، انّی قد جعلتُهُ حاكماً والرّادُ عليه، الرّادُ علينا...»** **لانّ** اطلاقه، ليس فی مقام البيان من

هذه الجهة.

وامّا جواب الشّيخ عنه فهو مبنىٌّ عَلىٰ الجواب الّذى ذكرناه فى الوجه السّابق وهو انّ الاقرار والانكار، موضوعان مختلفان ماهيّةً **والحكم بتصرّف** المنكر فى مال المدّعى عليه حيث لم يثبت للمقرّ مال عند المنكر، من جهة القضاء وامّا الاقرار فهو من باب الشّركة الواقعة بينهما.

بالجملة، مبنىٰ جواب الشّيخ التّجزيةُ بين الحكمين كما ذكرناه فى جواب الوجه السّابق من انّ حكم الحاكم عَلىٰ انكار المنكر يعنى حكم الشّارع بلسان الحاكم عَلىٰ طبق انكار المنكر، حكمٌ قضائىٌّ حكمٌ لرفع الخصومة وانّه حكمٌ ظاهرىٌّ وامّا الحكم الّذى كان بين المقرّ والمقرّ له فهو حكمٌ واقعىٌّ.

ومعلومٌ: انّ الحكم الظّاهرىّ لاحد لا يُؤثّر فى الآخر **لانّ** المنكر اذا انكر والحاكمُ شكّ فى صدقِ الانكار وحكم عَلىٰ طبق الاصل منضّماً عَلىٰ حكمه فهو حكمٌ ظاهرىٌّ وامّا الرّبط الّذى كان بين المقرّ والمقرّ له فهو كان هو الحكم الواقعىٌّ فكلٌّ منهما يعمل بما يقتضيه تكليفه فالمقرّ يحسب اقراراً يؤخذ بالواقع.

التّحقيق فی مسألة انّ حكم الكسور مثل النّصف فيما اذا تكن فی مقام التّصرف ام لا؟

نظرنا فی المسألة الثّالثة من كلام الشّيخ﵀ قابلٌ للتّأمّل بل لا يخلُو عن اشكالٍ فی موردين: الاوّل ما ذكرناه من الاصل والمطلب فی ضمن مباحث المسألة الثّانية ونقلناه عن صاحب الجواهر﵀ ولولم يستفد صاحب الجواهر﵀ من هذا الاصل والمطلب فی المسألة.

والاصلُ: انّ فی المال الّذی كان يشترك فيه الاثنان، اِشتراكٌ واِختصاصٌ يعنی للمشتركين، ما به الامتياز وما به الاشتراكُ المالُ المشترك كالدّار وغيرها يعنی كلّ جزءٍ من العين كان مشتركاً بينهما **والمالُ المختصّ**، انّما هو الحصّة المُشاعةُ من النّصف او الثّلث او الرُّبعِ من المال المشترك والكسر المشاع كان مورداً للاِختصاص ولم يكن مُشتركاً فاذا قلنا باتّنا مشتركون فی الدّار لا يُعنیٰ به الّا انّ الوجود الخارجیَّ، كان مُشتركاً بيننا ومعنیٰ ذلك الاشتراك انّ النّصف المشاع من الدّار، لی والنّصف المشاع من الدّار، لك والنّصف المشاع الّذی كان لی، مالاً مختصّاً لی **ولذا** اذا وقع شبرٌ من الدّار، متعلّقاً للبيع فهو يحتاجُ اِلیٰ اجازة الشّريك وامّا اذا اراد بيع النّصف المشاع الّذی كان مختصّاً له فلا يحتاج اِلیٰ اجازة الشّريك، كما انّه اذا اقرّ عَلیٰ نصفه المشاع فلا يحتاجُ اِلیٰ اذن الشّريك بل كُلُّ تصرّف تعلّق بهذا المشاع المختصّ، لم يكن مربوطاً لمورد الاشتراك ولا تجری فيه احكامُ الشّركة وقاعدةُ الاشتراك.

والمورد الثّانی: انّ ما ورد فی قوله ﷺ **«ما حَصَلَ لهما وما طویٰ عليهما»** انّما هو راجعٌ اِلیٰ العين المشترك لا السّهم المشاع **لانّ** السّهم المشاع لكلّ، سهمهُ **والفرضُ انّ الاشتراك** بينهما فی النّصف المشاعِ وتعلّق الاقرار ايضاً عَلیٰ الاشاعة **بالجملة**، مورد البحث والكلام انّما هو الاشاعة والمشاع ليس فيه الاشتراك حتّی تجری فيه قاعدة الشّركةِ.

وهذا يشبه للمطلب الّذی ذكروه فی ردّ المسألة السّابقة فيما اذا كانت العينُ فی

يد واحدٍ وادّعاها الاثنان لسببٍ موجبٍ للشّركة فلو اقرّ احدٌ، لواحد يشترك الآخر فى المقرّ به، قد قالوا فى ردّها بانّ قول القائل: «**كلّ ماكان لى فهو مشتركٌ**» معناه: كلّ ما كان لى من العين الخارجيّةِ لا النّصف المُشاعِ.

يُعلَم ممّا ذكرناه انّ الاشتباه والخلط الّذى وقع فى مسألة: «**ما اذاكانت العين فى يد واحدٍ وادّعاه الاثنان**» حصل بعينه فيما نحن فيه أيضاً **لانّ اقتضاء قاعدة** الشّركة الّتى قال بها الشّيخ﵀، انّما هو فيما اذا كانت العينُ الخارجيّةُ، محلّاً للكلام ومحلّاً للقسمة وكان مفروضاً ومعيّناً وكان متعلّقاً للاقرار.

وامّا الاقرارُ بالمشاع كما هو مفروض المسألة والملكيّة ايضاً، فراجعةٌ إلىٰ الاشاعة **ولا منافاة بين** الملكين فى عالم الاشاعة **ولذا** يجوز لكلّ واحدٍ منهما، بيعُ سهمه المشاع الّذى له ولا يحتاجُ إلىٰ اجازةِ شريكه.

والحاصل، اجراء الشّيخ قاعدة الاشتراك فى هذه المسألة، لا يصّح **لانّ** عنوان المسألة يكون مشاعاً فكان المالكان، مالكين بالاشاعة والاقرارُ، اقرارٌ بالاشاعة والتّصرفُ، تصرّفٌ فى النّصف المشاع لا فى المعيّن وامّا احكامُ الاشتراك فانّما هو فى مورد الاشتراك وليس المُشاع من مورد الاشتراك فى شىءٍ **ولذا** يجوز بيعُ النّصف المشاع من دون مراجعته إلىٰ شريكه **ولكن** لايجوزُ التّصرف فى العين من دون مراجعته إلىٰ شريكه.

والفرقُ بينهما انّ العين كانت مشتركةً والمشاع لم يكن مشتركاً فلا تجرى فيما نحن فيه احكامُ الشّركة لا لما ذكره فى التّقريرات من المحقّق النّائينى﵀ من الوجه فى عدم جريان قاعدة الشّركة هنا بل قال فى وجهه: انّ قاعدة الشّركة راجعة إلىٰ الدّين لا فى العين إلىٰ آخر ما ذكره﵀ فى التّقريراتِ فراجع.

وامّا الوجه الّذى نحن نقول به انّه فرقٌ بين المشاع والمعيّن فاحكامُ الشّركه تجرى فى العينِ **لانّ** العين فيها اشتراكٌ ولا يجرى فيه المُشاع **لانّ** المشاع، ليس فيه الاشتراكُ وما نحن فيه من قبيل الاشتراكُ بالاشاعة والاقرار بالاشاعة والتّصرف فى العين بالاشاعة ولا اشتراكٌ فى الاشاعة انّما الاشتراك فى المعيّن **خصوصاً** إلىٰ

ملاحظة ما يظهر من كلامه﵀ من انّ علّة تلف السّدس، غَصبُ الغاصب وهو سببٌ مشتركٌ لا سببٌ مخصوصٌ.

نحن نقول انّ التّلف، لم يكن غصبُ الغاصب بل علّة التّلف، حكم الحاكم وانكار المنكر حتّىٰ فيما لو يكن له غصبٌ بل فيما لو قامت بيّنة عَلىٰ انّ هذه العين مثلاً ملكُ هذين الاخوين ولكن اقرّ احدُهما بالثّالث ولم تكن هنا يدٌ، يكونُ الحكم مثل حكم ما نحن فيه وكان المناطُ، واحداً بينهما حكما اذا قبلتم انّ الانكار سببٌ لتلف السّدسِ، فكذلك فيما نحن فيه الّذى كانت رُتبة الاِنكار قبل رُتبة الغصب **لانه** يتصرّف فيه لانّه منكر ولانّه حكم عَلىٰ طبقِ اِنكارِهِ.

فحكمُ الشّيخ﵀ بالتّنصيف لدليل انّه تجرى فيه احكامُ الشّركة وفُرِضَ ايضاً انّ الغصب، تَعَلَّقَ اِلىٰ مالٍ لم يكن له التّعين، كان سبباً لتلف هذا المال وكان هذا المال، مشتركاً فليحسبُ منهما.

لا يخلو عن اِشكالٍ فى كلتا جملته﵀ **امّا الاولى** فلانّ قاعدة الشّركة فتجرى فى مورد السّهام فى العين وكذلك فرضه﵀ انّ علّة، غصب الغاصب، لا يخلو عن اشكالٍ لانّ علّة التّلفِ، علّةُ غصبِ الغاصب اى انكاره وحكم الحاكم لا الغصب نفسه.

بناءً عَلىٰ هذا، الا قوى فى المسألة والمختار فيها، ما ذهب اليه الاكثر من اَداء السُّدسِ يعنى التّثليث يعنى اقراره بالثّلث، ليس المقصودُ انّ الثّلث، انّما هو فى نصفه وليس المقصودُ ايضاً، الثّلثُ فى سهم شريكه بل اَقَرَّبانّ له الثّلث فى الدّار يعنى فى النّصفين اى له سهمٌ فى نصف المقرّ وسهمٌ آخر فى سهم شريكه المنكر ومقتضىٰ القاعدة فى الموارد، اَداءُ المقرّ سهمه وهو السّدسُ وهو التّثليثُ.

فعليه، تكون الرّوايات الواردة فى باب الاقرار بالنّسب والوصيّة والدّين عَلىٰ طبق القاعدة.

مضافاً اِلىٰ انّه لا معنىٰ للقول بانّ الرّوايات الواردة فى باب الاقرار بالنّسب، تختّصُ به **حيث** لم تكن للنّسب، خصوصيّةٌ بل هٰذه، خصوصيّةُ الاقرار والاشتراك

ولا دخل لها للنّسب عرفاً.

عليه اِدّعاءُ السّيّدﷺ فى قوله: «**انّه يلزم ذلك بقدر حصّته**» انّ له احتمالٌ آخر، خلّافُ الظّاهرِ.

بالجملة، القاعدة والرّوايات الواردة وفتوىٰ المشهور، هو القولُ المنصُور المؤيّدُ ويؤيّدُ ذلك مالو ادّعى الثّالث بانّ لى ثلثاً فى داركم وانكر الاثنانِ له ومقدار ضمان كلّ واحد من الاثنين، السّدسُ **لانّ الاثنين، غصبا الثّلث** واذا فرضنا انّ المنكرين تابا واقرّا، بعد الاِنكار بالثّلث، للثّالث فالقولُ حينئذٍ باداء كلِّ واحدٍ منهما، السّدس فى صورة الانكار واداء السّدس ونصفه فى صورة الانكار **والتّفكيك بين** الانكار والاقرار فى الحكم شيءٌ ليس مقبولاً لهمﷺ.

فعليه، ما يؤخَذُ عَلىٰ تقدير الانكار، يُؤخَذُ عَلىٰ تقدير الاِقرار يعنى اذا كانا منكرين، كان كلُّ واحدٍ منهما مسؤولاً بالثُّلث وكذلك فى صورة الاقرار يعنى اذا اقرّ بالثّلث فينزل بالثّلث ايضاً **لانّ** فى صورة الانكار كان مُطالباً حقّاً انكره ويكونُ كذلك فى صورة الاقرار.

ومن التّعجب من الشّيخﷺ انّ لازم كلامِ الشّيخﷺ انّه عَلىٰ تقدير الانكار يُطلبُ منه السُّدسُ واذا مات المنكر وقامت البيّنة عَلىٰ كونه مستحقّاً للثّلث، يؤخذ من ورثة هٰذهِ والسّدسُ من ورثة الآخر وامّا اذا كان حيّاً وَاَقَرَّ بالثّلث، يحكم عَلىٰ السّدس ونصفه.

فالاقوىٰ فى المسألة، ما ذهب اليه الاكثر من اداء السّدس و وردت فيها الرّوايات فى باب الوصيّة والاقرار بالنّسب والدّين ولا اختصاص للرّوايات ببابها **ولو لم يصّح القياسُ** ولكنّ العرف، اَلغىٰ الخصوصيّات بملاحظة المناسبات الّتى كانت بين الموضوع والحكم

ولا يبعدُ ان يكون ما نحن فيه من هذا القبيل **لانّ** فى مسألة: «**ما لو اقرّ بالنّسب...**»، انّ المُقرّ كان مُلزماً عَلىٰ قدر حِصَّته وكذلك لو اقرّ بالوصيّة والدّين **ومعلومٌ:** انّ هذا مربوطٌ بوضع الشّركة وكيفيّة الاقرار والتّعلّق بالشّركة **ولكن** لم

تلاحظ النّسب فيكون الحكم هكذا سواءٌ كان بينهما نسبٌ اولم يكن النّسبُ بينهما.

وامّا الوجه الّذى ذكره المحقّق الاصفهانىّ بنحو الاحتمال وهو الاداءُ من كلّ واحد من المقرّ والشّريك المنكر، نصف السّدس فهو وجهٌ ضعيفٌ جـدّاً لا يـنبغى البحثُ عنه ولا منشأ لهذا الاحتمال اصلاً **ولذا** ردّه نفسه فى ذيل كـلامه، هـذا الوجهَ.