

إِصْلَاحُ الطَّالِبِ

إِلَى الْمَكَاسِبِ

شَرْحُ وَافٍ بِفَضْلِ الْكِتَابِ ، يَتِمُّ مِنْ حِلِّ مُشْكَلَاتِهِ
وَأَبْدَاءِ مَقَاصِدِهِ فِي إِجْمَازٍ وَقَوْضَائِحٍ

تَأَلَّفَ

أَبِي بَكْرٍ أَدْنَى الْهَاشِمِيِّ

الْبَاحِجِ السَّيِّدِ الْإِسْلَامِيِّ الشَّيْخِ الْأَزْهَرِيِّ

« دَامَ ظَلَمُهُ »

الْبَحْرُ السَّادِسُ

مُسْتَسْتَسْرَأَةً لِقَوْلِهِ

طَهْرَان

آية الله المجاهد
أحمد السيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظلّه

إِصْطَالُ الطَّالِبِ إِلَى الْمَكَّابِ

شرح واف بغرض الكتاب ، يتعرض لحل مشكلاته
وابدأ مقاصده في إيجاز وتوضيح .

القسم الثاني من :

كتاب البيع

مشورات الأعلیٰ - طهران

مسئلة

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضمونا عليه .
اما عدم الملك فلانه مقتضى فرض الفساد واما الضمان بمعنى كون تلفه
عليه و هو احد الامور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف .
وادعى الشيخ فى باب الرهن وفى موضع من البيع الاجماع عليه
صريحا وتبعه فى ذلك فقيه عصره فى شرح القواعد وفى السرائر أن البيع
الفاسد يجرى عند المحصلين مجرى الغصب فى الضمان .

(مسئلة : لو قبض ما ابتاعه) بيعا او شرا (بالعقد الفاسد) كما لو كان
طرفه حال العقد محجور اعليه - مثلا - (لم يملكه وكان مضمونا عليه) بان وجب رده .
(اما عدم الملك) للأخذ (فلأنه مقتضى فرض الفساد) اذا معنى الفساد هنا
بقاء كل ملك على ملك ماله الا اول (واما الضمان بمعنى كون تلفه عليه ، وهو احد
الامور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد) فان القبض بالعقد الفاسد يوجب الرد
والضمان ، وحرمة التصرف ، وغيرها (فهو المعروف) بين العلماء .
(وادعى الشيخ فى باب الرهن ، وفى موضع من البيع الاجماع عليه صريحا
وتبعه فى ذلك) الدعوى للاجماع (فقيه عصره) كاشف الغطاء (فى شرح
القواعد) قال ابن ادريس (فى السرائر : أن البيع الفاسد يجرى - عند
المحصلين - مجرى الغصب فى الضمان) فكما ان الغصب موجب للضمان ،
- وان لم يعلم الغاصب بأنه غصب - كذلك البيع الفاسد ، وان لم يعلما
بالفساد ، وقوله : عند المحصلين ، ظاهر فى الاجماع .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد وآله الطيبين
الطاهرين ، ولعنة الله على اعدائهم اجمعين . الى يوم الدين
و بعد: هذا هو القسم الثانى من البيع، من كتابنا : (ايصال
الطالب) فى شرح كتاب (المكاسب) للعالم العامل التقى الزاهد
آية الله الحاج الشيخ المرتضى الانصارى قدس الله سره ، واجزل
اجره .

كتبته تبصرة للمبتدئين ، والله المسئول ان يوفقنى للاتبام ، و
يجعله مبيناً لمنهج الاسلام ، وخالصاً لوجهه الكريم ، وهو المستعان .

محمد بن المهدي الحسيني

الشيرازي

كربلاء المقدسة

وفى موضع آخر نسبته الى اصحابنا ، ويدل عليه النبوى المشهور:
على اليد ما اخذت حتى تؤدى .

والخدشة فى دلالة بان كلمة - على - ظاهرة فى الحكم التكليفى ،
فلا يدل على الضمان ، ضعيفة جداً فان هذا الظهور انما هو اذا اسند
الظرف الى فعل من افعال المكلفين ، لا الى مال من الاموال ، كما يقال : عليه
دين فان لفظة - على - حينئذ لمجرد الاستقرار فى العهدة عينا

(وفى موضع آخر) من السرائر نسبته الى اصحابنا ويدل عليه النبوى
المشهور) وان لم يرد فى كتب الخاصة او لا ، ورواية سمرة بن جندب
الذى لا يخفى ما فيه لقصة ضرره بالصحابى ، وضرره ناقة رسول الله (ص)
حتى شجها ، وكونه من جملة المحرضين على قتل الحسين (ع) حيث انخرط
فى سلك شرطة ابن زياد - كما قالوا - ثانيا .

لكن ضعفه سنداً مجبور بالعمل به لى قفها ثنائداً و حديثاً ما يجعله
من القطعيات (على اليد ما اخذت حتى تؤدى) وفى بعض الروايات ((حتى
تؤديه)) باضافة الضمير .

(والخدشة فى دلالة بان كلمة على) فى قوله ((على اليد)) ظاهرة فى
الحكم التكليفى) فمعناه انه واجب عليه الاداء ، لانه ضامن (فلا يدل على
الضمان ، ضعيفة جداً ، فان هذا الظهور انما هو اذا اسند الظرف الى فعل
من افعال المكلفين) كما لوقال : عليه صلوة الظهر ، وحج البيت اوصلة الرحم
او ما اشبه ذلك (لا الى مال من الاموال كما يقال عليه دين) او عليه الف دينار
لزيد ، او ما اشبه (فان لفظة - على - حينئذ لمجرد الاستقرار فى العهدة عينا

كان اودينا •

ومن هنا كان المتّجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون، اذالم يكن يدهما ضعيفة لعدم التميز والشعور •
ويدل على الحكم المذكور ايضا قوله عليه السلام في الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري، انه يأخذ الجارية صاحبها
و يأخذ الرجل ولده بالقيمة

كان) نحو عليه بيع هذه الدار (اودينا) نحو عليه الف دينار •
ولا يخفى ان العين بذاتها لا تكون في الذمة وانما العمل، ولذا
مثّلناه بقولنا : عليه بيع هذه الدار •
(ومن هنا) الذي ذكرنا ان ظاهر ((على اليد)) الضمان، لا الحكم
التكليفى (كان المتّجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون
اذالم يكن يدهما ضعيفة لعدم التميز والشعور) فان الضمانات لا يشترط
فيها العقل والبلوغ •

نعم اذا كانت يدهما ضعيفة، لم يضمن لعدم الاستناد اليهما فلا
يشملهما - على اليد - لانه لا يدّلهما عرفا •
(ويدل على الحكم المذكور) اى الضمان (ايضا) بالاضافة الى الاجماع
وعلى اليد (قوله عليه السلام في الامة المبتاعة - اذا وجدت مسروقة بعد
ان اولدها المشتري - انه يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده
بالقيمة) وهى رواية جميل عن الصادق عليه السلام قال : الرجل يشتري
الجارية من السوق فيولدها، ثم يجىء مستحق الجارية، فقال : يأخذ

فان ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماء لم يستوفه المشتري، يستلزم ضمان الاصل بطريق اولى

فليس استيلادها من قبيل اتلاف النماء بل من قبيل احداث انماها غير قابل للملك فهو كالتالف لا كالمثلف فافهم

الجارية المستحق ، و يدفع اليه المبتاع قيمة الولد ، و يرجع على من باعه بضمن الجارية و قيمة الولد التي اخذت منه (فان ضمان) المشتري للمالك (الولد بالقيمة) حيث قال عليه السلام : انه يدفع الى البائع قيمة الولد (مع كونه) اى الولد (نماء لم يستوفه المشتري) اذ الولد انعقد حرًا ، و مثله ليس بملك ، فهو كالنماء غير المستوفات (يستلزم ضمان الاصل) اى الجارية (بطريق اولى) عرفا فيدل الخبر على ضمان اليد .

(ف) ان قلت : الاستيلاد للجارية من قبيل اتلاف النماء فيدخل فى قاعدة : من اتلف مال الغير فهو له ضامن ، فلا يدل الخبر على قاعدة : على اليد ما اخذت .

قلنا : (ليس استيلادها) بجعل الولد فى بطنها (من قبيل اتلاف النماء) حتى يدخل فى قاعدة - من اتلف - (بل من قبيل احداث انماها غير قابل للملك) لأنه حرّ ، و الحرّ غير قابل للملك (فهو) اى النماء (كالتالف) بنفسه (لا كالمثلف) الذى اتلفه المشتري ، فهو كماله وضع اليد على ضان و ولده ، ثم تلف الولد بتلف سماوى فانه مشمول لقاعدة - على اليد - لا لقاعدة - من اتلف - لان واضع اليد لم يتلف الولد (فافهم) فان الاستيلاد وان لم يكن باستيفاء منفعة بالدقة العقلية ، لكن بالنظر العرفى استيفاء

ثم ان هذه المسئلة من جزئيات القاعدة المعروفة ،كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ،وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده .
وهذه القاعدة اصلا وعكسا وان لم اجد هاب هذه العبارة في كلام من تقدم على العلامة (ره) الا انها يظهر من

اذ: الولد مربوط بوالده ونفعه للوالد فيشملة دليل — من اظلف — لا دليل — على اليد — فلا يكون الخبر شاهدا للقاعدة : على اليد .
هذا مضافا الى انه يمكن ان يقال : ان المدعي جريان قاعدة اليد في كل مورد من الغصب ، وتسليط المالك بالعقد الفاسد ، ونحوه .
والرواية انما دلت في مورد الغصب ، فسحب الحكم الى مورد تسليط المالك يحتاج الى القطع بالمناط ، وهو غير موجود .
اللهم الا ان يقال يفهم من الحديث ان المالك في الضمان وضع اليد على مال الغير لانه للغصب مدخلية .
(ثم ان هذه المسئلة) اي مسئلة ضمان ما اخذه بالعقد الفاسد (من جزئيات القاعدة المعروفة ، كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و) قاعدة (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) فان المشتري الذي يشتري المتاع انما يدخل في المعاملة بعنوان ضمان قيمة المتاع ، فاذا كانت المعاملة صحيحة كان ضامنا لقيمة المتاع ، فاذا كان فاسداً لزم ضمانه للقيمة ايضا .
(وهذه القاعدة اصلا) اي ما يضمن (وعكسا) اي ما لا يضمن ، والمراد العكس اللغوي ، لا العكس المنطقي كما لا يخفى (وان لم اجد هاب هذه العبارة) المتقدمة (في كلام من تقدم على العلامة ره) الا انها يظهر من

.....
 كلمات الشيخ (ره) في المبسوط فانه علّل الضمان في غير واحد من العقود
 الفاسدة بانه دخل على ان يكون المال مضموناً عليه .
 وحاصله: أن قبض المال مقدماً على ضمانه بعوض واقعي ، او جعلى
 موجب للضمان .

وهذا المعنى يشمل القبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحتها
 وذكر ايضاً في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد أن صحته لا
 يوجب الضمان

كلمات الشيخ - ره - في المبسوط فانه علّل الضمان في غير واحد (اي في
 كثير (من العقود الفاسدة بانه دخل على ان يكون المال مضموناً عليه)
 اي أن اخذ المال انما دخل في هذه المعاملة بعنوان ان يكون المال
 المأخوذ في قبض ضمانه .

(وحاصله) اي حاصل تعليل الشيخ (أن قبض المال مقدماً على
 ضمانه) - مقدم - اسم فاعل من : اقدم ، باب الافعال (بعوض واقعي)
 هي قيمته واقعا (او جعلى) هي القيمة المجعولة بينهما سواء كانت أكثر
 من القيمة الواقعية ، او اقل (موجب للضمان) حين قبض المال .

(وهذا المعنى) اي الدخول مقدماً على الضمان (يشمل القبوض
 بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحتها) اي فيها اذا كانت صحيحة
 كالاجارة ، والبيع ، والهبة المعوضة ونحوها .

(وذكر) الشيخ (ايضاً في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد أن
 صحته لا يوجب الضمان) فان الانسان اذا اخذ دار زيد رهناً في مقابل

.....
فكيف يضمن بفاسده .

وهذا يدل على العكس المذكور ولم اجد من تأمل فيها عد الشهيد
فى المسالك فيما لو فسد عقد السبق فهل يستحق السابق اجرة المثل؟ ام لا
وكيف كان فالمهم بيان معنى القاعدة اصلا وعكسا ثم بيان المدرك فيها
فنقول ومن الله الاستعانة: أن المراد بالعقد اعم من الجائز واللازم
بل مما كان فيه شائبة الايقاع

قرضه الف دينار، اذا تلفت الدار فى يده من غير تعد، او تفرط، لا
يضمن الدار (فكيف يضمن بفاسده) فيما اذا ظهر الرهن فاسداً .
(وهذا) الكلام من الشيخ فى باب الرهن الفاسد (يدل على العكس
المذكور) اى على قاعدة — ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده — (ولم اجد
من تأمل فيها) اى استشكل فى قاعدة — ما لا يضمن (عد الشهيد فى
المسالك فيما لو فسد عقد السبق فهل يستحق السابق) من التسابقين بالخیل
ونحوها (اجرة المثل؟ ام لا) مع ان مقتضى القاعدة الاستحقاق لانه — من
مصاديق : ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .

(وكيف كان) سواء ذكر هذه القاعدة الفقهاء قبل العلامة ام لا؟ (فالمهم
بيان معنى القاعدة اصلا ، وعكسا) وتشخيص موارد ها وخصوصياتها (ثم
بيان المدرك فيها) لان القاعدة بهذا اللفظ لم يرد فى خبر، و نحوه .
(فنقول ومن الله الاستعانة ان المراد بالعقد) اذ مصادق — ما — فى
— ما يضمن ، او ما لا يضمن — هو — العقد — (اعم من الجائز كالهبة) واللازم
كالبيع (بل) اعم (مما كان فيه شائبة الايقاع) بان كان عقداً مثل الايقاع فى

.....

او كان اقرب اليه فيشمل الجعالة و الخلع .

و المراد بالضمان في الجملتين هو كون درك المضمون عليه بمعنى كون خسارته و دركه في ماله الاصلى فاذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه و اما مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكا له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان اصلا ، فلا يقال : ان الانسان ضامن لامواله

كونه متقدما بطرف واحد ، فلا يشترط فيه شروط العقد فان الجعالة مثلا لا يشترط فيها معرفة الجاعل للطرف ، ولا معرفة الطرف لمقدار المال ، وهكذا (او كان اقرب اليه) اي عقداً اقرب الى الايقاع كالخلع ، فانه طلاق ، والطلاق ايقاع (فيشمل) كل - مايضمن - و - مالا يضمن - (الجعالة والخلع) ايضا . (والمراد بالضمان في الجملتين) الاصل ، والعكس (هو كون درك) اي خسارة (المضمون عليه) - عليه - خبر - كون - اي خسارة المتاع على الاختلاف (بمعنى كون خسارته و دركه في ماله الاصلى فاذا تلف) المتاع عند المشتري - مثلا - (وقع نقصان فيه) اي في مال المشتري (لوجوب تداركه) اي تدارك التلف (منه) اي من ماله الاصلى ، فلم تقع الخسارة في مال البائع ، وانما وقعت في مال المشتري .

(و اما مجرد كون تلفه) اي المتاع (في ملكه) اي المشتري - مثلا - (بحيث يتلف مملوكا له) بان يكون معنى : الضمان ، ان المتاع تلف في ملك المشتري . (كما يتوهم) من لفظ : مايضمن بصحيحه . (فليس هذا معنى للضمان اصلا ، فلا يقال ان الانسان ضامن لامواله) فالمراد بالضمان : الخسارة ، لا : ان المال يتلف مملوكا للمشتري ، فالمراد بـ : يضمن ،

.....

ثم تداركه من ماله تارة يكون باداء عوضه الجعلى الذى تراضى هو و
المالك على كونه عوضا وامضاه الشارع كما فى المضمون بسبب العقد الصحيح
واخرى باداء عوضه الواقعى وهو المثل او القيمة وان لم يتراضيا عليه و
ثالثة باداء اقل الامرين من العوض الواقعى ، والجعلى كما ذكره بعضهم
فى بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض

فى الجملتين : يخرم ، لان المراد : يتلف

ولا يخفى ان هذا الكلام لاجل تفسير العبارة فى - القاعدة - خلافا ،
لصاحب الرياض - كما نسب اليه التوهم المذكور فى معنى العبارة - (ثم
تداركه) المستفاد من - يضمن - (من ماله تارة يكون باداء عوضه الجعلى
اى الذى جعله ، كالمال جعل فى مقابل المتاع دينارا) (الذى تراضى هو) الذى
تلف عنده المتاع (والمالك) الاصلى - كالبائع ، مثلا - (على كونه عوضا وامضاه
الشارع) بقوله : - احل الله البيع - (كما فى المضمون بسبب العقد الصحيح)
حيث ان تلف المتاع ، يكون مضمونا على المشتري ، بعوضه المجهول ، وهو
الدينار - فى المثال - (واخرى باداء عوضه الواقعى وهو المثل) فى المثلى
(او القيمة) فى القيمى (وان لم يتراضيا عليه) فيما اذا ظهر العقد فاسدا (و
ثالثة باداء اقل الامرين من العوض الواقعى ، والجعلى) فايهما كان اقل
كان آخذ المتاع ضامنا لذلك الاقل (كما ذكره) اى اقل الامرين (بعضهم فى
بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التعويض) اى الهبة المعوضة
(قبل دفع العوض) فان آخذ الهبة يضمن اقل الامرين من العوض الذى
جعلاه ، و من قيمة الموهوب واقعا ، وذلك لان القيمة اذا كانت اقل ،

فاد اثبت هذا فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه
الواقعي لأن هذا هو التدارك حقيقة .

ولذا لو اشترط ضمان العارية لزوم غرامة مثلها او قيمتها ولم يرد في
اخبار ضمان المضمونات من المغصوبات وغيرها عد اللفظ الضمان بقول مطلق

كان الآخذ انما اتلف هذا المقدار من الواهب فيضمنه ، وان كان المجعول
اقل كان الواهب اهدر احترام الزائد من ماله بتسليمه للآخذ بهذا المقدار
فقط ، ولذا كان الضمان لاقل الامرين .

(فاذا ثبت هذا) الذي ذكرناه : من ان المراد بالضمان التدارك
الصادق تارة على الجعلي ، واخرى على الواقعي ، وثالثة على اقل الامرين ،
(فالمراد بالضمان بقول مطلق) في قولهم : يضمن ، بدون تعيين أي قسم
من الاقسام الثلاثة (هو لزوم تداركه) أي التالف (بعوضه الواقعي) لا
الجعلي ، ولا اقل الامرين ، اذ هو المنصرف من لفظ : الضمان ، (لأن هذا)
الذي ذكرناه من : العوض الواقعي ، (هو التدارك حقيقة) وماعداه من
: الجعلي و : اقل الامرين ، يحتاج الى القرينة .

(ولذا) الذي ذكرناه من ان : التدارك حقيقة هو العوض الواقعي
فقط ، (لو اشترط ضمان العارية لزوم غرامة مثلها او قيمتها) لانه التدارك
حقيقة ، دون سواء .

(ولم يرد في اخبار ضمان المضمونات من المغصوبات ، وغيرها) التي
يبين الشارع ضمانها (عد اللفظ : الضمان ، بقول مطلق) بدون تقييد بشئ ،
فلا بد وان نقول : ان المراد بالضمان ، هو المتبادر منه من قيمته الواقعية ،

.....

واما تداركه بغيره فلا بد من ثبوته من طريق آخر، مثل تواطئهما عليه
بعقد صحيح يمضيه الشارع .

فاحتمال ان يكون المراد بالضمان فى قولهم : يضمن بفاسده هو وجوب
اداء العوض المسمى نظير الضمان فى العقد الصحيح
ضعيف فى الغاية لان ضمانه بالمسمى يخرج من فرض الفساد .

لا الجعلية، ولا اقل الامرين، لأن المطلق يحمل على الفرد المنصرف منه .
(واما تداركه بغيره) اى غير عوضه الواقعى (فلا بد من ثبوته من طريق
آخر مثل تواطئهما) اى تبانى المتعاقدين (عليه) اى على ذلك العوض
الذى هو مخالف للعوض الواقعى (بعقد صحيح يمضيه الشارع) والأفلولم
يمضيه الشارع لم يكن التواطى موجبا بتغيير القيمة الواقعية الى القيمة الجعلية
وعلى هذا الذى ذكرناه من ان الاصل فى الضمان القيمة الواقعية
(فاحتمال ان يكون المراد بالضمان، فى قولهم) فى القاعدة المتقدمة (يضمن
بفاسده، هو وجوب اداء العوض المسمى) فى العقد الفاسد (نظير
الضمان فى العقد الصحيح) الذى يراد به المسمى

فهذا الاحتمال (ضعيف فى الغاية) .
(ولا) نقول بأنه ضعيف (لأن ضمانه بالمسمى يخرج من فرض الفساد)
حتى يقال : لا تلازم بين الضمان بالمسمى، وبين عدم الفساد فانه من
الممكن، الفساد، وضمان المسمى .

اذ يكفى فى تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة ، و
ان كان عند تلف احد هما يتعين الآخر للعوضيه ،
نظير المعاطاة على القول بالا باحة .

بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان ، و ان التدارك بالمسمى فى الصحيح
لامضاء الشارع ما تواطى على عوضيته ، لأن معنى الضمان فى الصحيح
مغاير لمعناه فى الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكا فى العبارة

(اذ يكفى فى تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة ، و
ان كان عند تلف احد هما يتعين الآخر للعوضيه) فالعقد فاسد ، و انما
المسمى يكون عند التلف .

(نظير المعاطاة على القول بالا باحة) حيث ان العوضين يبقيان
على ملك مالكهما ، فاذا تلف احد هما يتعين الآخر للعوضيه .

(بل) نقول : بانه ضعيف (لأجل ما عرفت من معنى الضمان) و انه
منصرف الى القيمة الواقعية ، لا الجعلية (و ان التدارك بالمسمى فى)
العقد (الصحيح) انما خرج بالدليل (لامضاء الشارع ما تواطى على عوضيته
لأن معنى الضمان فى الصحيح مغاير لمعناه فى الفاسد حتى يوجب ذلك)
التغاير (تفكيكا فى العبارة) اى فى قولهم : ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
حتى يقال : كيف يمكن ان يراد من : يضمن بصحيحه ، ضمان القيمة الجعلية
و من : يضمن بفاسده ، ضمان القيمة الواقعية ؟ .

و الحاصل ان معنى : الضمان ، التدارك ، و ظاهره التدارك بالقيمة
الواقعية ، لكن الشارع امضى القيمة الجعلية ، فى الصحيح فذلك خارج بدليل

.....

• فافهم

ثم العموم فى العقود ، ليس باعتبار خصوص الانواع ، ليكون افراده
مثل البيع ، و الاجارة ، و الصلح و نحوها ، لجواز كون نوع لا يقتضى بنوعه
الضمان ، و انما المقتضى له بعض اصنافه •

فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به دون الفرد الفاسد من غير
ذلك الصنف •

خاص (فافهم) فان التفكيك موجود على كل تغاير، منتهى الامر، ان التفكيك انما
حصل من دال آخر، و هو حكم الشارع ، لان التفكيك ليس بموجود ، كما
ادعيتم بقولكم : حتى يوجب ذلك تفكيكا فى العبارة ،

(ثم) بعد تمام الكلام فى لفظة : يضمن ، فى القاعدة المذكورة نتكلم
حول لفظة : ما ، من حيث ان مصداقه العقود ، و هى عام ،

فنقول : (العموم فى العقود ليس باعتبار خصوص الانواع ، ليكون
افراده) اى افراد العام (مثل : البيع ، و الاجارة ، و الصلح و نحوها)
بدون تعرض للافراد من كل واحد من هذه الكليات ، بل المراد بالعام
كل صنف من البيع ، و كل صنف من الاجارة ، و هكذا •

و ذلك (لجواز كون نوع) من العقود (لا يقتضى بنوعه الضمان ، و انما
المقتضى له بعض اصنافه) فقط •

(فالفرد الفاسد من ذلك الصنف) المقتضى للضمان (يضمن به) فاسداً و
صحيحاً (دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف) فانه لا يضمن بفاسده ،
كما لا يضمن بصحيحه •

.....

مثلا الصلح بنفسه ، لا يوجب الضمان ، لانه قد لا يفيد الا فائدة الهبة

غير المعوضة ، او الابراء .

فال موجب للضمان ، هو المشتمل على المعاوضة .

فال فرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان ايضا .

ولا يلتفت الى ان نوع الصلح الصحيح - من حيث هو - لا يوجب

ضمانا ، فلا يضمن بفاسده .

(مثلا الصلح بنفسه) بقول مطلق (لا يوجب الضمان ، لانه) اى الصلح

(قد لا يفيد الا فائدة الهبة غير المعوضة) لما تحقق فى محله من ان الصلح

يفيد فائدة غالب العقود حسب اختلاف متعلقاته (او) فائدة (الابراء)

كما لو كان له على زيد دين ، فقال لزيد : صالحتك عن دينى مجانا ، فقال

قبلت - مثلا -

(ذ) الصلح (الموجب للضمان ، هو المشتمل على المعاوضة) سواء كان

صحيحا او فاسدا ، كما لو اريد بالصلح فائدة البيع ، او الاجارة او الهبة

المعوضة - مثلا -

(فال فرد الفاسد من هذا القسم) من الصلح ، اى القسم المعاوض

(موجب للضمان ايضا) اذا صار الصلح صنفان : صنف يضمن بصحيحه و

فاسده ، و صنف لا يضمن لا بصحيحه ولا بفاسده .

(و) على هذا (لا يلتفت الى ان نوع الصلح الصحيح - من حيث هو -

لا يوجب ضمانا ، فلا يضمن بفاسده) بان يؤخذ الصحيح من صنف : غير

المعاوض ، و الفاسد من صنف : المعاوض . بل لل لازم ملاحظة كل صنف بنفسه .

.....

وكذا الكلام فى الهبة المعوضة •

وكذا عارية الذهب والفضة •

نعم ذكروا فى وجه عدم ضمان الصيد الذى استعاره المحرم ، ان

صحيح العارية لا يوجب الضمان ، فينبغى ان لا يضمن بفاسدها •

ولعل المراد عارية غير الذهب والفضة وغير المشروط ضمانها •

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان

(وكذا الكلام فى الهبة المعوضة) فان الهبة بقول مطلق ، وان لم

توجب الضمان ، لكن الفاسد من الهبة المعوضة توجب الضمان •

(وكذا عارية الذهب والفضة) فان فاسدها وصحيحها توجب الضمان

وان كانت العارية بقول مطلق ، لا توجب الضمان •

(نعم ذكروا فى وجه عدم ضمان الصيد الذى استعاره المحرم)

فاتلفه — مثلا — (ان صحيح العارية لا يوجب الضمان ، فينبغى ان لا يضمن

بفاسدها)

وهذا خلاف ما ذكرناه ، من ان اللازم ملاحظة كل صنف صنف ، لانهم

لم يلاحظوا حينئذ الا العارية بقول مطلق •

(و لكن يمكن الجواب عن ذلك بأنه (لعل المراد) من قولهم :

العارية لا توجب الضمان ، الصنف ايضا (عارية غير الذهب والفضة ، وغير

المشروط ضمانها) و حيث ان الصيد غيرهما ، فهو داخل فى الصنف الذى

لا يضمن من اصناف العارية •

(ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان) فان قولهم : ما يضمن ،

.....

اقتضائه له بنفسه فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح ففي الضمان بالفاسد ، من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكا بهذه القاعدة اشكال ، كما لو استأجر اجارة فاسدة ، واشترط فيها ضمان العين ، وقلنا بصحة هذا الشرط ، فهل يضمن بهذا الفاسد ؟ لان صحيحه يضمن به ولو لأجل الشرط ، ام لا ؟

وكذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة

اي ما يقتضي الضمان (اقتضائه) اي الصحيح (له) اي للضمان (بنفسه فلو اقتضاه) اي الضمان (الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح) حيث لا يقتضي الصحيح بدون الشرط الضمان (ففي الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان) - المشروط - صفة : الفرد . (تمسكا بهذه القاعدة) اي قاعدة ما يضمن بصحيحه (اشكال) .

اما لو كان مدرك القاعدة : الاقدام ، لزم الضمان في الفاسدة اذا شرط لانه اقدم على الضمان (كما لو استأجر اجارة فاسدة واشترط فيها ضمان العين ، وقلنا بصحة هذا الشرط) ببيان ان عدم الضمان ليس مقتضى العقد حتى يكون هذا الشرط خلاف مقتضى العقد ، وحينئذ فيشمله عموم المؤمنون عند شروطهم (فهل يضمن بهذا) الشرط (الفاسد) من الاجاره المشروط فيها هذا الشرط - (لان صحيحه يضمن به ولو) كان الضمان (لأجل الشرط - ام لا) يضمن ، لان اصل الاجارة لا ضمان فيها ، احتمالان (وكذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة) فهل يضمنها لان صحيحها مع الشرط مضمونة ، ام لا يضمنها باعتبار اصل العارية احتمالا لان

.....
 و يظهر من الرياض : اختيار الضمان بفسادها مطلقا ، تبعا لظاهر المسالك ، ويمكن جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل ، بناء على انها هبة مشروطة ، لا معاوضة .

و ربما يحتتمل فى العبارة ان يكون معناه ان كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحا ، يضمن به مع الفساد

(و يظهر من الرياض : اختيار الضمان بفسادها) اى فاسد العارية (مطلقا) اى ولو كان الضمان لاجل الشرط (تبعا لظاهر المسالك) حيث قال : بالضمان ايضا (و يمكن جعل الهبة المعوضة ، من هذا القبيل) فان الهبة بلا عوض ، و ان لم توجب الضمان اذا ظهرت فاسدة ، لكن المعوضة توجبه اذا ظهرت فاسدة ، لأن هذا الفرد من صحيح الهبة مضمونة ، فكذا فاسد ها (بناء على انها هبة مشروطة ، لا معاوضة) اذ لو كانت معاوضة كان الضمان باقتضاء نفس العقد ، لا باقتضاء الشرط ، و كلامنا الآن فيما كان باقتضاء الشرط .

(و ربما يحتتمل فى العبارة) اى فى عبارة : كلما يضمن بصحيحه يضمن بفساده ، (أن يكون معناه أن كل شخص من العقود ، يضمن به لو كان صحيحا ، يضمن به مع الفساد) بان يكون المراد بالقاعدة : الفرد الواحد ، لا : الفردان ، والفرق انه قد نقول : أن المراد بالقاعدة : ما كان له فردان ، فرد صحيح وفرد فاسد ، يكون فرد فاسده فى الضمان وعدمه ، تابعا لفرده الصحيح فاذا كان ضمان فى الفرد الصحيح ، كان ضمان فى الفرد الفاسد ، واذا لم يكن ضمان فى الفرد الصحيح ، لم يكن

.....

ورتب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا اجرة - كما اختلره
الشهيدان - ، او باع بلا ثمن كما هو احد وجهي العلامة ، في القواعد و
يضعف بان الموضوع هو العقد الذي وجد له بالفعل ، صحيح و فاسد لاما

ضمان في الفرد الفاسد - وهذا هو المعنى الاول للقاعدة ، وقد سبق الكلام
فيه - وقد نقول أن المراد بالقاعدة : الفرد الذي ان كان صحيحا كان له ضمان
يكون له ضمان ان كان فاسدا ، وذلك فيما اذا لم يكن للعقد الآخر واحد
فاسد ، فانه يقدر و يفرض انه ان كان هذا الفرد بنفسه صحيحا ما اذا كان
حاله من الضمان وعده ؟ فليكن كذلك في حال كونه فاسدا .
وهذا هو المعنى الثاني للقاعدة الذي اشار اليه بقوله : ان يكون
معناه آه .

(ورتب عليه) اي على هذا المعنى الثاني للقاعدة (عدم الضمان فيما
لو استأجر بشرط أن لا اجرة - كما اختاره) اي عدم الضمان (الشهيدان
-) في هذه المسئلة ، وذلك لأنه - وان كان مثل هذه الاجارة باطلا
اذ شرط عدم الاجرة خلاف مقتضى العقد - الا انه لو فرض صحتها كانت
بلا ضمان ، فكذلك في حالة فسادها .

(او باع بلا ثمن) فانه باطل ، لكنه لا ضمان ، اذ لو فرض هذا الفرد
صحيحا لم يكن ضمان ، فكذلك حالة فسادها (كما هو) اي عدم الضمان ،
في مسئلة البيع بلا ثمن (احد وجهي العلامة في القواعد ولكن هذا المعنى
الثاني للقاعدة) يضعف بان الموضوع (لقاعدة : ما يضمن) هو العقد
الذي وجد له بالفعل ، صحيح و فاسد لا ما (اي العقد الذي

.....

يفرض تارة صحيحا ، و اخرى فاسدا فالتعنين بمقتضى هذه القاعدة :

الضمان فى مسئلة البيع ، لان البيع الصحيح يضمن به .

نعم ما ذكره بعضهم : من التعليل لهذه القاعدة ، بانه اقدم على

العين مضمونة عليه لا يجرى فى هذا الفرع .

لكن الكلام فى معنى القاعدة لا فى مدركها

(يفرض تارة صحيحا ، و اخرى فاسدا) بان كان له فرد واحد فقط

(فالتعنين بمقتضى هذه القاعدة) اى قاعدة : ما يضمن ، (الضمان فى

مسئلة البيع) بلا ثمن (لأن البيع الصحيح يضمن به) اى بالصحيح ، فيضمن

بالفاسد ، وكذلك الضمان فى مسئلة الاجارة ، لأن البيع والاجارة لكل

واحد منهما فردان ، صحيح و فاسد ، و يضمن بالصحيح منها فاللازم

الضمان بالفاسد منهما ايضا .

(نعم ما ذكره بعضهم من : التعليل لهذه القاعدة) اى قاعدة ما يضمن

(بأنه) انما يضمن فيما اذا (اقدم على العين) فى حال كونها (مضمونة عليه)

فان المشتري يقدم على العين مضمونة عليه بالثمن ، والمستأجر يقدم

على العين مضمونة عليه بالاجارة (لا يجرى) هذا التعليل (فى هذا الفرع)

وهو البيع بلا ثمن ، والاجارة بلا اجرة ، لان المشتري ، والمستأجر -

حبثذ - لم يقدم على العين مضمونة ، بل اقدم عليه بلا ضمان .

(لكن الكلام) الآن (فى معنى القاعدة) وهل أن معناها مال فردان

فرد صحيح ، وفرد فاسد ، او فرد واحد يفرض تارة صحيحا ، وتارة فاسدا

(لا فى مدركها) حتى يقال انه لو كان مدركها كذا ، لزم الضمان ، ولو كان مدركها

.....
 ثم ان لفظة الباء فى : بصحيحه ، و : بفايده ، اما بمعنى : فى بان
 يراد كلما تحقق الضمان فى صحيحه ، تحقق فى فاسده .
 و اما لمطلق السببية الشامل للناقصة ، لا العلة التامة

كذا لم يلزم الضمان .

(ثم ان لفظة الباء فى : بصحيحه ، و : بفايده ، اما بمعنى : فى)
 فالباء بمعنى السببية التامة (بان يراد : كلما تحقق الضمان فى صحيحه
 تحقق) الضمان (فى فاسده) اى أن العقد الذى هو علة تامة للضمان ،
 اذا كان صحيحا ، هو علة تامة للضمان ، اذا كان فاسداً .
 (و اما لمطلق السببية الشامل للناقصة ، لا) أن المراد : بالباء ، (العلة
 التامة) اى أن العقد الذى هو علة ناقصة للضمان ، اذا كان صحيحاً ، هو
 علة ناقصة للضمان ، اذا كان فاسداً .

و هذا الكلام انما ذكره المصنف (ره) دفعا لاشكال ، ربما يرد على
 المعنى الاول - اى كون : الباء ، بمعنى : فى ، و علة تامة - .

و حاصل الاشكال انه لا يمكن أن يكون : الباء ، بمعنى العلة التامة ،
 اذ يفسد معنى : القاعدة ، فان معناها حينئذ : كل عقد هو علة تامة للضمان
 اذا كان صحيحاً ، يكون علة تامة للضمان اذا كان فاسداً ،

و هذا باطل اذ العقد الفاسد ، لا يكون علة تامة للضمان وانما القبض
 فى العقد الفاسد يكون علة تامة للضمان .

الا ترى انك اذا اشتريت مال الطفل من غير وليه ، لا تكون ضامنا
 بمجرد العقد ، وانما تضمن اذا قبضت المال .

.....
 فان العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان ، الأبعد القبض ، كما فى السلم
 والصرف بل مطلق البيع حيث أن المبيع قبل القبض مضمون على البائع
 بمعنى : ان دركه عليه

و حاصل جواب المصنف - ره - عن هذا الاشكال : أن كون العقد
 الفاسد علة تامة للضمان ، معناه : أن العقد هو المنشأ للقبض الموجب
 للضمان ، أو أن العقد سبب حكمنا بالضمان ، فيما إذا قبض ، فمعنى القاعدة :
 كل عقد صحيح هو منشأ للضمان ، أو سبب لحكمنا بالضمان ، يكون فاسده
 ايضا كذلك .

(ف) ان قلت : تو لكم : الباء فى بصحيحه ، معناها : العلة الناقصة
 للضمان يستلزم ان يكون الضمان متوقفا على شئ آخر غير العقد ، فما هو
 ذلك الشئ الآخر ؟ .

قلت : ذلك الشئ الآخر ، هو القبض (ان العقد الصحيح قد لا يوجب
 الضمان ، الأبعد القبض ، كما فى : السلم) وهو مقابل النسيئة ، بأن يعطى
 الثمن مقدما و يؤخر الثمن ، والنسيئة أن يعطى الثمن حالا ، و يكون
 الثمن مؤجلا (والصرف) و هو بيع النقدين ، فان فيه يشترط القبض فى
 المجلس ، و الا بطل البيع ،

وعليه يكون الضمان متوقفا على القبض ، فالعقد بدون القبض ، لا
 ضمان فيه (بل) الضمان فى (مطلق البيع) متوقف على القبض (حيث أن
 المبيع قبل القبض ، مضمون على البائع ، بمعنى : ان دركه) أى درك
 المبيع و خسارته (عليه) أى على البائع ، لما ثبت فى محله من ان التلف

.....

ويتداركه برد الثمن فتأمل .

وكذا الاجارة ، والنكاح ، والخلع ، فان المال في ذلك كله مضمون على من انتقل عنه الى أن يتسلمه من انتقل اليه

قبل القبض من مال مالكة (ويتداركه) اي المبيع المتلف ، البائع - اذا تلف قبل القبض - (برد الثمن) وهذا البيان ان المراد ، بالدرك : المسمى ، لا القيمة .

فاذا باع داره بالف ، ثم خربت الدار قبل القبض ، ارجع البائع الالف ، لانه يعطى المشتري قيمة الدار الفا كانت او اقل واكثر (فتأمل) لعله اشارة الى ان كون : الباء ، في بصحيحه ، بمعنى : العلة التامة ، لا ينافي توقف الضمان في الصرف ، والسلم على القبض ، وذلك لان صحة العقد فيهما متوقفة على القبض ، فالعقد فيهما سبب تام للضمان ، اذ لولا القبض ، لا عقد اصلا .

(وكذا) العقد ، والايقاع علة ناقصة - لاتامة - كما أن في مطلق البيع - خصوصاً الصرف والسلم - العقد علة ناقصة في باب (الاجارة ، والنكاح ، والخلع) وذلك (فان المال في ذلك كله) الاجرة ، والمهر ، وعوض الخلع (مضمون على من انتقل عنه) اي المستأجر ، والزوج ، والزوجة (الى ان يتسلمه من انتقل اليه) فاذا اخذ الاجرة الموجه ، واخذ المهر الزوجية ، واخذ عوض الخلع الزوج ، انتهى ضمان المنتقل عنه والحاصل : ان العقد في هذه الموارد الثلاثة ، علة ناقصة للضمان لاعلة تامة .

.....

واما العقد الفاسد ، فلا يكون علة تامة ابدأً بل يفتقر فى ثبوت الضمان الى القبض ، فقبله لا ضمان ، فجعل الفاسد سبباً ، امالا انه المنشأ للقبض ، على وجه الضمان الذى هو سبب للضمان ،
وامالا انه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض

وعلى هذا فقد ظهر : أن العقد الصحيح قد يكون علة تامة للضمان وقد يكون علة ناقصة ، فيصح ان نقول : الباء ، فى : بصحيحه ، تارة بمعنى : فى ، اى العلة التامة ، وتارة بمعنى : مطلق السببية ، الشامل للعلة الناقصة ايضا .

(واما العقد الفاسد ، فلا يكون علة تامة) للضمان (ابدأً ، بل يفتقر فى ثبوت الضمان الى القبض) حتى يضمن القابض ما اخذه بسبب العقد الفاسد (فقبله ، لا ضمان) للعاقده ، عقداً فاسداً

وعلى هذا فالباء فى : بفاسده ، لا يمكن ان يكون بمعنى : العلة التامة ، (فجعل الفاسد سبباً) اى علة تامة ، حتى ينسجم الباء فى : بصحيحه ، و : بفاسده ، فيما اذا اخذ : بصحيحه ، بمعنى العلة التامة (امالا انه المنشأ للقبض على وجه الضمان) — على — متعلق ب : القبض اى القبض الموجب للضمان (الذى) صفة : قبض (هو سبب للضمان)
فالعقد الفاسد علة تامة للضمان ، بمعنى كونه سبباً للقبض الذى هو علة تامة (واما لانه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض) فالعقد الفاسد سبب لحكمنا بالضمان فيما اذا قبض .

.....
 • لذا علّل الضمان الشيخ وغيره ، بدخوله على ان يكون العين ،
 مضمونة عليه ، ولا ريب ان دخوله على الضمان ، انما هو بانشاء العقد
 الفاسد ، فهو سبب لضمان ما يقبضه
 والغرض من ذلك كله دفع ما يتوهم : ان سبب الضمان في الفاسد ،
 هو القبض ، لا العقد الفاسد فكيف يقاس الفاسد ، على الصحيح في سببية
 الضمان ، و يقال : كلما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .

(ولذا) الذي ذكرنا من : ان العقد الفاسد علة تامة ، باعتبار كونه
 سبباً للقبض الذي هو علة الضمان (علّل الضمان) في العقد الفاسد (الشيخ
 وغيره بدخوله) اي القبض بالعقد الفاسد (على ان يكون العين مضمونة عليه) .
 ووجه الاستدلال بكلام الشيخ على : كون العقد الفاسد علة تامة ، ما
 ذكره بقوله (ولا ريب ان دخوله على الضمان) اي دخول الآخذ على أن
 يضمن ما يأخذه (انما هو بانشاء العقد الفاسد فهو) اي العقد الفاسد (سبب
 لضمان ما يقبضه) فيصح ان يطلق على : العقد الفاسد ، كونه سبباً تاماً باعتبار
 انه سبب القبض ، والقبض سبب تام للضمان .

(والغرض من ذلك) الكلام من قولنا : ثم ان لفظة الباء ، الى هنا
 (كله دفع ما يتوهم ان سبب الضمان في) العقد (الفاسد هو القبض ، لا
 العقد الفاسد) يستشكل بانه (كيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببية
 الضمان و يقال : كلما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) مع ان الصحيح سبب
 تام ، و الفاسد سبب ناقص ، قوله : و يقال ، اي : كيف يقال ، عطف على :
 يقاس .

وقد ظهر من ذلك ايضا فساد توهم ان ظاهرا لقاعدة عدم توقف الضمان فى الفاسد الى القبض، فلا بد من تخصيص القاعدة باجماع، ونحوه ثم ان المدرك لهذه الكلية على ما ذكره فى المسالك فى مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الاجل، هو اقدام الاخذ على الضمان

(وقد ظهر من ذلك) الذى بيناه من ان : العقد الفاسد سبب تام للضمان، (ايضا) اى كما ظهر صراحة القياس فى : بصحيحه وبفساده ظهر (فساد توهم ان ظاهرا لقاعدة) اى قاعدة : ما يضمن، (عدم توقف الضمان فى الفاسد على القبض)

وجه التوهم : ان معنى القاعدة : كما ان العقد الصحيح علة تامة للضمان، العقد الفاسد ايضا علة للضمان، والحال ان الفاسد ليس علة تامة (ف) قال المتوهم : (لابد من تخصيص القاعدة باجماع، ونحوه) بان يقال الفاسد — المخصوص بالمقبوض — علة تامة، بان نخصص اطلاق : بفساده ب : المقبوض، فالمعنى ((ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده المقبوض))

وجه : ظهور دفع هذا التوهم، انه لا حاجة الى هذا التخصيص اذ الفاسد علة تامة باعتبار كونه المنشأ للقبض الذى هو علة .

اقول : الانصاف ان ما ذكره الشيخ هنا تكلف، وان كان لا يبعد ظهور كلمات من ذكر ((القاعدة)) فى ذلك التكلف فتأمل .

(ثم ان المدرك لهذه الكلية) : ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده (على ما ذكره فى المسالك، فى مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الاجل) اى ان بيع الرهن بعد انقضاء اجل الرهن ومدته (هو اقدام الاخذ على الضمان) فان الاخذ

.....

ثم اضاف الى ذلك : قوله (ص) على اليد ما اخذت حتى تؤدى، والظاهر انه تبع في استدلاله بالاقدام ، الشيخ في المبسوط حيث علل الضمان في موارد كثيرة ، من : البيع ، والاجارة الفاسدين بدخوله على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمى ، فاذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل ، او القيمة وهذا الوجه لا يخلو عن تأمل لانهما انما قدما ، و تراضيا ، وتواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص لا الضمان بالمثل والقيمة ، و

للسلعة بالعقد الفاسد ، انما اخذها لا مجانا بل في مقابل المال الذي يبذله عوضا .

(ثم اضاف المسالك (الى ذلك) الدليل « الاقدام ») قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدى) فان القابض وضع يده على السلعة فعليها ادائها بالمثل او القيمة - بعد ان ظهر فساد العوض المجعول لفساد العقد - (والظاهر انه) اي المسالك (تبع في استدلاله بالاقدام ، الشيخ في المبسوط حيث علل الضمان في موارد كثيرة من : البيع ، والاجارة الفاسدين) فالأخذ للمال انما يضمن (ب) سبب (دخوله) واخذ هـ للمال (على ان يكون المال) المبيع (والموجر) مضمونا عليه بالمسمى ، فاذا لم يسلم له المسمى (لفساد العقد) (رجع الى المثل) في المثلى (او القيمة) في القيمي (وهذا الوجه) وهو ما اذا لم يسلمه المسمى رجع الى المثل ، او القيمة (لا يخلو عن تأمل ، لانهما) اي المتعاقدان (انما قدما ، و تراضيا ، وتواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص) وهو ضمان المسمى (لا الضمان بالمثل والقيمة) .

(و) لكن دليل : الاقدام ، الذي ذكره الشيخ ، والمسالك لا يخلو من

.....
 المفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص ، ومطلق الضمان لا يبقى
 بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية اخرى ، فالضمان بالمثل والقيمة
 ان ثبت فحكم شرعى تابع لدليله و ليس مما اقدم عليه المتعاقدان .
 هذا كله مع ان مورد هذا التعليل اعم من وجه من المطلب ، ان قد يكون
 الاقدام موجوداً ولا ضمان كما قبل القبض ،

اشكال اذ (المفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص) الذى قرره
 المتعاقدان (ومطلق الضمان) الشامل للمثل والقيمة (لا يبقى بعد انتفاء
 الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية اخرى) فان انتفاء خصوصية المسمى موجب
 لنفى اصل الضمان ، لا لنفى خصوص المسمى ليتقوم الضمان حينئذ بالمثل ،
 او القيمة ، اذ الجنس يرتفع بارتفاع فصله المقوم له (فالضمان بالمثل والقيمة
 ان ثبت فحكم شرعى تابع لدليله) ان كان هناك دليل يدل على انه عند
 انتفاء المسمى يبقى المثل او القيمة (و ليس) الضمان الجديد (مما اقدم
 عليه المتعاقدان)

والحاصل : ان ما قدم عليه انتفى ، وما يريد اثباته ليس مما قدم عليه
 فالاستدلال بالاقدام على اثبات المثل ، او القيمة محل نظر .
 (هذا كله) الاشكال الاول على دليل الشيخ ، والمسالك (مع ان مورد
 هذا التعليل) اى تعليل الضمان بانه اقدم (اعم من وجه من المطلب) اذ
 بين الاقدام ، والضمان عموم من وجه ، فلا يصح ان يكون الاقدام دليلاً
 على الضمان فهو كالا استدلال بوجود الانسان فى الدار ، بدليل انه يوجد
 فيه شئ ابيض (ان قد يكون الاقدام موجوداً ، ولا ضمان ، كما قبل القبض) فان

.....

وقد لا يكون اقدام فى العقد الفاسد مع تحقق الضمان ، كما اذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع اذا تلف فى يد المشتري ، وكما اذا قال بعثتك بلائمن ، او آجرتك بلاجرة .

نعم قوى الشهيدان فى الاخير عدم الضمان ، واستشكل العلامة فى مثال البيع فى باب السلم .

المشتري اقدم على ضمان السلعة ، والحال انه ان تلفت لاضمان عليه ، اللهم الا ان يقال : انه لم يقدم مطلقا ، بل بشرط القبض ، سالا قبض لا اقدام ، او يقال : ان ذلك خارج بدليل شرعى يقول : التلف قبل القبض من مال مالكة (وقد لا يكون اقدام فى العقد الفاسد ، مع تحقق الضمان ، كما اذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع اذا تلف فى يد المشتري) فان المبيع حينئذ فاسد (و) اذا تلف المبيع كان ضمانه على المشتري مع انه لم يقدم على الضمان ، بل اقدم على المجانية (كما اذا قال : بعثتك بلائمن ، او آجرتك بلاجرة) فان البيع ، والاجارة فاسدان ، لانهما لا يتحققان بدون الثمن ، والاجارة اذ هما كالبيع بدون الثمن ، والاجارة بدون العين الموجهة ، ومع ذلك يضمن الآخذ الاعمال ، والحال انه لم يقدم على الضمان .

(نعم) هذا الاشكال لا يرد على من يقول : بعدم الضمان فى الموردين المذكورين - اى البيع بلائمن ، والاجارة بدون الاجرة - فانه (قوى الشهيدان فى الاخير) اى الاجارة بلاجرة (عدم الضمان ، واستشكل العلامة فى مثال البيع) بلائمن (فى باب السلم) وهل انه يوجب الضمان

.....
 وبالجملة فدلّل الاقدام مع انه مطلب يحتاج الى دليل لم نحصله،
 منقوض طرداً أو عكساً .

واما خبر اليد ، فدلالته وان كانت ظاهرة وسنده منجبراً ، الا ان
 مورده مختص بالاعيان ، فلا يشمل المنافع ، والاعمال المضمونة فى الاجارة
 الفاسدة .

ام لا ؟ فقولنا : وقد لا يكون اقدام فى العقد الفاسد الخ ، ليس بتام على
 رأيهما .

(و بالجملة فدلّل الاقدام) لاثبات الضمان فى العقد الفاسد (مع انه
 مطلب يحتاج الى دليل لم نحصله منقوض طرداً) دفعا للاغيار بان هناك
 ليس باقدام ومع ذلك الضمان موجود كالاجارة بلاجارة (وعكسا) اى جمعا
 للافراد بان هناك اقدام وليس بضمان كما فى البيع قبل القبض ولا يخفى
 ان الطرد ، عبارة عن قضية : كلما لم يصدق الحد لم يصدق المحدود ، و
 عكسه : كلما صدق الحد صدق المحدود ، — ولهذا سمي بالعكس —

هذا تمام الكلام فى الاستدلال للقاعدة بدليل : الاقدام ،
 (واما خبر اليد) والاستدلال به على القاعدة (فدلالته وان كانت
 ظاهرة) كما تقدم فى افادة : على ، الوضع ، لا التكليل المجرد (وسنده منجبراً)
 كما عرفت ايضا لعمل العلماء به قديما وحديثا (الا ان مورده مختص بالاعيان
 فلا يشمل المنافع والاعمال المضمونة فى الاجارة الفاسدة) سواء كانت اجارة
 عين ، كما لو استأجر الدار ، او اجارة شخص للعمل ، كما لو استأجر لخياطة
 ثوبه ، وانما لا يشمل الخبر المنافع والاعمال لان ظاهر : ما اخذت ، العين ،

.....
 اللهم الا ان يستدل على الضمان فيها : بمادل على احترام مال المسلم
 وانه لا يحل الاعن طيب نفسه ، وان حرمة ماله كحرمة دمه ، وانه لا يصلح
 ذهاب حق احد .

مضافا الى ادلة : نفى الضرر ، فكل عمل وقع من عامل لاحد بحيث يقع
 بامر ، و تحصيل الغرضه ، فلا بد من اداء

فالمنفعة والعمل ليسا بما خو دين .

(اللهم) الا ان يقال : انهما ايضا ما خو دان ، فانه يصدق عرفان زيّد
 اخذ منافع دار عمرو ، او اخذ منافع العبد ، اذا خذ كل شئ بحسبه او (الا
 ان يستدل على الضمان فيها) اى الاعمال والمنافع (بمادل على احترام مال
 المسلم) وانه لا يحل الاعن طيب نفسه ، وان حرمة ماله كحرمة دمه ، وانه لا
 يصلح ذهاب حق احد (كقوله (ع) : لا يقوى حق امرء مسلم ، وقوله (ع) :
 لا يصلح ذهاب حق احد ، وقوله (ع) : لا يصلح ذهاب حق امرء مسلم ،
 فان المنافع والاعمال لا شك فى كونها مالا وحقا ، ومعنى احترامه : اعطائه
 بنفسه ، او بدله الى مالكه وصاحبه .

(مضافا الى ادلة نفى الضرر) فانه لا يجوز ضرر صاحب المنفعة ، وصاحب
 العمل باستيفاء عمله ، و منفعته بدون اعطاء مثله له (فكل عمل وقع من عامل
 لاحد بحيث يقع) ذلك العمل (بامر) اى بامر ذلك الاحد (و تحصيل
 لغرضه) اذ لو لم يكن تحصيل الغرضه ، كان عبثا بالنسبة اليه ، فلا شئ عليه ،
 كما لو امر بصب ماء النهر فى مكان آخر من نفس النهر الجارى ، فان العمل
 وان وقع بامر ، لكنه ليس تحصيل الغرضه العقلانى فتأمل (فلا بد من اداء

.....
عوضه لقاعدتى : الاحترام، ونفى الضرار .

ثم انه لا يبعد ان يكون مراد الشيخ ، و من تبعه من الاستدلال على الضمان : بالاقدام والدخول عليه ، بيان ان العين والمنفعة اللذين تسلمهما الشخص ، لم يتسلمهما مجانا وتبرعا حتى لا يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض ، كفاى العمل المتبرع به ، والعين المدفوعة مجانا و امانة فليس دليل الاقدام دليلا مستقلا ، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد

عوضه لقاعدتى الاحترام ونفى الضرار)

وعلى هذا فيقم : قاعدة كلما يضمن ، فى جميع موارد ها ، الاعيان ، و الاعمال ، والمنافع .

(ثم انه لا يبعد ان يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالاقدام و ب) (الدخول عليه) اى دخل على ان يكون ضامنا ، فالضمير المجرور راجع الى :على الضمان (بيان ان العين والمنفعة اللذين تسلمهما الشخص لم يتسلمهما مجانا و متبرعا حتى لا يقضى احترامهما) الثابت لهما بالادلة (بتداركهما بالعوض) فان الاحترام قاض بالتدارك فيما اذا لم يكن المالك اذ هب الاحترام بالاعطاء مجانا ، فيكون اخذ الاخذ دخولا فيما احترام فيه ، فلا ضمان (كفاى العمل المتبرع به ، والعين المدفوعة ، مجانا و امانة) فان المعطى و المعامل اذ هبا احترام عملهما و مالهما ، فلذا لا ضمان على من عمل له ، او اعطى له اعمال (فليس دليل الاقدام) الذى ذكره الشيخ — دليلا على عدم الضمان — (دليلا مستقلا ، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى) دليل (اليد) ان : اليد ، تقتضى الضمان ، وتبرع العامل واعطائه

.....

فى الاموال ، واحترام الاعمال .

نعم فى المسالك ذكر كلامن : الاقدام واليد ، دليلا مستقلا فيبقى عليه

ما ذكر سابقا من النقض والاعتراض .

ويبقى الكلام حينئذ فى بعض الاعمال المضمونة التى لا يرجع نفعها

الى الضامن ، ولم يقع بامره ، كالسبق فى المسابقة الفاسدة ، حيث حكم

الشيخ ، والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق اجرة المثل خلافا لآخرين

المال مجانا ، يمنع عن الضمان ، فكان الشيخ اراد ان يقول : المقتضى

للضمان - وهو اليد - موجود ، و : المانع من الضمان - وهو اعطاء المال

مجانا والتبرع بالعمل - مفقود ، فاللازم الضمان - فيما اذا كان الشئ مضمونا

بصحيحه - فمقتضى اليد (فى الاموال ، واحترام الاعمال) اذا لم يمنع

عنهما مانع اثر اثرهما ، وهذاتام فى كلام الشيخ الذى لم يذكر : اليد ، و

: الاقدام ، دليلين مستقلين .

(نعم فى المسالك ذكر كلامن : الاقدام واليد ، دليلا مستقلا ، فيبقى

عليه) اى على المسالك (ما ذكر سابقا من : النقض والاعتراض) على دليل :

الاقدام ، وان بينه وبين : ما يضمن ، عموم مان وجه .

(و) اذ تم كلام الشيخ فى استدلاله : بالاقدام ، للضمان (يبقى الكلام

حينئذ فى بعض الاعمال المضمونة التى لا يرجع نفعها الى الضامن ولم يقع

بامره) فان على اليد لا يشملها ، وكذا دليل : احترام عمل المسلم وماله ، ومع

ذلك ربما قيل فى الضمان فيه (كالسبق فى المسابقة الفاسدة حيث حكم الشيخ

والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق اجرة المثل خلافا لآخرين) الذين

.....
 ووجهه ان عمل العامل لم يعد نفعه الى الآخر ، و لم يقع بامره ايضا •
 فاحترام الاموال التى منها الاعمال لا يقضى بضمان الشخص له ، ووجوب
 عرضه عليه ، لانه ليس كالمستوفى له ، و لذا كانت شرعيته على خلاف
 القاعدة حيث انه بذل مال فى مقابل عمل لا ينفع البازل

قالوا باستحقاقه الاجرة •

(و وجهه) اى وجه كلام الشيخ وغيره بعدم الاستحقاق (ان عمل
 العامل لم يعد نفعه الى الآخر ، و لم يقع بامره ايضا) فان البازل للمال
 — لمن سبق — لا ينتفع بالسابق — و لم يأمر بالمسابقة ، و انما قرر على نفسه
 اعطاء مال للسابق منهما •

(فاحترام الاموال التى منها الاعمال) و منها عمل السابق — فى
 المسابقة الفاسدة — (لا يقضى بضمان الشخص له) اى شخص البازل ، لذلك
 العمل الذى اتى به السابق (و) لا يقضى ب (وجوب عرضه عليه ، لانه) اى
 العمل (ليس كالمستوفى له) اى للبازل ، فان البازل لا ينتفع بالعمل
 السابق (و لذا) الذى ذكرناه من انه ليس استيفاءً للبازل (كانت
 شرعيته) اى المسابقة (على خلاف القاعدة) ولا يجوز الا فى الخف والنصال
 و الحافى — بدليل خاص — (حيث انه بذل مال فى مقابل عمل لا ينفع البازل)
 فيخرج المال من كيس من لا يدخل العوض فى كيسه •

هذا كله وجه كلام الشيخ بعدم الضمان فى المسابقة الفاسدة •
 اما وجه كلام القائل : بالضمان ، هو : ان العوض يدخل فى كيس
 البازل حيث يحصل على المدح و التحسين بالبذل فى مثل هذا الامر المهم
 الذى تتوقف الخلبة على العد و عليه ، و هذا من اهم الاغراض العقلائية

.....

و تمام الكلام فى بابه .

ثم انه لافرق فيما ذكرنا من الضمان فى الفاسد بين جهل الدافع
بالفساد ، وبين علمه مع جهل القابض .

و توهم ان الدافع فى هذه الصورة هو الذى سلطه عليه ، والمفروض
ان القابض جاهل ،

مدفوع باطلاق النص والفتوى ، وليس الجاهل مغروراً لانه اقدم

التي يبذلون المال لاجلها ، بالاضافة الى انه يمكن المناقشة فى لزوم
دخول العوض فى كيس البازل فان العقلاء يعطون الاجرة لمن بنى بيت
الفقير ، او خاطب ثوب المجاهد او ما شبه ذلك (و) يأتى (تمام الكلام فى
بابه ، ثم انه لافرق فيما ذكرنا من الضمان فى الفاسد) فيما يضمن بصحيحه
(بين جهل الدافع بالفساد ، وبين علمه مع جهل القابض) كما لو سلمه
الدار الموجهة بالاجارة الفاسدة ، وكان الدافع جاهلاً بالفساد ، او عالماً
به لكن القابض كان جاهلاً بالفساد ، فان الصور اربع ، جهلها ، وعلمها ،
وعلم الدافع لا القابض ، والعكس .

(و توهم) عدم الضمان فى صورة علم الدافع بالفساد وجعل القابض
اذ : (ان الدافع فى هذه الصورة هو الذى سلطه عليه ، والمفروض : ان
القابض جاهل) فكان الدافع اذهب احترام ماله .

(مدفوع : باطلاق النص والفتوى) على الضمان فى صورة عدم قصد
المجانبة (وليس الجاهل مغروراً) حتى يقال : المغرور يرجع الى من غره
فيرجع الى الدافع ، ولا يدفع له المال (لانه اقدم

.....
 على الضمان قاصدا ، وتسليط الدافع العالم لا يجعلها امانة مالكية ، لأنه دفعه على انه ملك المدفوع اليه ، لانه امانة عنده ، او عارية .
 ولذا لا يجوز له التصرف فيه والانتفاع به
 و سيأتى تنتمه ذلك فى مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري
 هذا كله فى اصل الكلية المذكورة .

على الضمان قاصدا) وليس من قبيل من قدم طعام الغير الى زيد فاكله بعنوان المجانية بل من قبيل من قدم طعام الغير الى زيد فاكله بعنوان اعطاء الثمن (وتسليط الدافع العالم) بالفساد (لا يجعلها) اى العين (امانة مالكية) حتى يقال ان الامانة لا ضمان فى تلفها بدون تعدا وتفریط ، وانما : لا يجعلها (لانه) اى الدافع (دفعه على انه ملك المدفوع اليه ، لانه امانة عنده او عارية) حتى يقال : ما لا يضمن بصحيحه ، لا يضمن بفساده .

(ولذا) الذى كان امانة او عارية (لا يجوز له التصرف فيه) اذا امانة لا يجوز التصرف فيها (والانتفاع به) اذا العارية لا يجوز الانتفاع بها انتفاعا مالکيا .
 و قوله : ولذا ، معناه : هذا بعنوان الملك ، لا بعنوان الامانة والعارية حتى لا يجوز التصرف ، فجواز التصرف دليل انه ليس بامانة وعارية بل ملك ولا يخفى عدم بلاغة العبارة — ويمكن ان يكون : لا ، زائدة ، فتستقيم العبارة لان المعنى حينئذ : انه ملك ولذا اجاز التصرف فيه والانتفاع به والله العالم (و سيأتى تنتمه ذلك فى مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري) انشاء الله (هذا كله فى اصل الكلية المذكورة) وهى : ما يضمن بصحيحه يضمن

.....

واما عكسها وهو : ان ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده فمعناه أن كل عقد لا يفيد صحيحة ضمان موده ، ففاسده لا يفيد ضمنا كما في عقد الرهن والوكالة والمضاربة ، والعارية غير المضمونة ، بل المضمونة ، بناء على أن المراد بإفادة الصحيح للضمان ، افادته بنفسه لا بامر خارج عنه كالشرط الواقع في متنه وغير ذلك من العقود اللازمة والجائزة .

(واما عكسها ، وهو : ان ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده ، فمعناه ان كل عقد لا يفيد صحيحة ضمان موده) اي مورد الصحيح ، كالأمانة مثلا التي لا يفيد صحيحها ضمان مورد الأمانة (ففاسده لا يفيد ضمنا) فاذا كانت الأمانة فاسدة لم يضمن الامين اذا تلفت تحت يده بدون تعداو تفريط (كما في عقد الرهن ، والوكالة ، والمضاربة ، والعارية غير المضمونة) اذ لو يشترط في العارية الضمان لم تكن مضمونة (بل) العارية (المضمونة) ايضا لا توجب الضمان لدى التلف ، ولكن عدم الضمان هنا (بناء على ان المراد بإفادة الصحيح للضمان افادته بنفسه لا بامر خارج عنه ، كالشرط الواقع في متنه) كما تقدم الالمام الى ذلك فان طبيعة العارية بنفسها لا تقتضي الضمان ولذا فاسدها ايضا لا تقتضي الضمان ، اما شرط الضمان الموجب للضمان في صحيحها فانه امر خارج عن الطبيعة .

نعم لو قلنا : ان العبرة بشخص الصحيح لا بطبيعته ، فحيث ان العارية الصحيحة المشروطة بالضمان توجب الضمان ، كان اللازم القول بايجاب فاسدها ايضا الضمان (وغير ذلك من العقود اللازمة والجائزة) فان كل عقد لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده ، سواء كان ذلك العقد لازما واجبا .

ثم ان مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا ، لان صحيح الاجارة غير مفيد لضمانها كما صرح به فى القواعد والسرائر وحكى عن التذكرة واطلاق الباقي ، الا ان صريح الرياض الحكم بالضمن ، وحكى فيها عن بعض نسبته الى المفهوم من كلمات الاصحاب ، والظاهر ان المحكى عنه هو المحقق الاردبيلي فى مجمع الفائدة

(ثم ان مقتضى ذلك) اى : ما لا يضمن ، (عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا) اى استيجارا فاسدا (لان صحيح الاجارة غير مفيد لضمانها) اى لضمان العين ، فان الانسان اذا استأجر دارا ربمائه — مثلا — فتلفت الدار بدون التعدى والتفريط لا يكون ضامنا للدار التالفة ، وانما التلف من كيس صاحب الدار ، فكذلك اذا كانت الاجارة فاسدة لقاعدة : ما لا يضمن ، (كما صرح به فى القواعد والسرائر ، وحكى عن التذكرة) عن (اطلاق الباقي) اى باقى الفقهاء ، فان اطلاق كلماتهم يدل على عدم الضمان .

(الا ان صريح الرياض الحكم بالضمن) للعين المستأجرة استيجارا فاسدا (وحكى فيها) اى فى الرياض (عن بعض نسبته) اى الضمان (الى المفهوم من كلمات الاصحاب ، والظاهر ان المحكى عنه) اى المراد بكلمات الاصحاب (هو المحقق الاردبيلي فى مجمع الفائدة) ولا يخفى انه لا يضر كون ((الردبيلي)) واحدا فى النسبة الى كلمات الاصحاب ، فلا يقال : ان كلام الرياض خلاف الواقع ، اذ قد يقال : الجمع ويراد به الجنس ، كما لو قلت ان اطباء وصفوا الى هذا العلاج ، او المؤرخون يذكرون واقعة كذا ، او اهل العربية كذا قالوا ، فان المراد جنس المنسوب اليه الشامل للواحد ايضا .

وما بعد ما بينه وبين ما عن جامع المقاصد ، حيث قال في باب الغصب ان الذى يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة ، والذى ينساق اليه النظر هو : الضمان ، لان التصرف فيه حرام ، لانه غصب فيضمنه .

ثم قال : الا ان كون الاجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها مناف لذلك .

فيقال : انه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وان لم يكن مستحقا

(وما بعد ما بينه) اى بين الرياض (وبين ما عن جامع المقاصد ، حيث قال - فى باب الغصب - : ان الذى يلوح) ويظهر (من كلامهم ، هو : عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة) (باستيفاء) متعلق بـ «عدم ضمان» اى ان استيفاء المنفعة لا يوجب ضمانه .

ثم قال المحقق : (والذى ينساق) وينتهى (اليه النظر ، هو : الضمان) للعين المستأجرة فاسداً (لان التصرف فيه حرام ، لانه غصب فيضمنه) لان الخاصب ضامن .

(ثم قال) المحقق : (الا) ان الضمان مناف لقاعدة : ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ، ف (ان كون الاجاره الفاسدة ، لا يضمن بها) اى بسبب هذه الاجارة (كما لا يضمن بصحيحها مناف لذلك) الذى ذكرنا من ضمان العين

(فيقال) فى وجه عدم الضمان (انه) اى المستأجر (دخل) فى الاجارة (على عدم الضمان بهذا الاستيلاء) على العين (وان لم يكن مستحقا)

.....

والاصل براءة الذمة من الضمان ، فلا يكون العين بذلك مضمونة ،
ولولا ذلك لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن ، لان استيلائه بغير حق
وهو باطل انتهى .

ولعل الحكم بالضمان فى المسئلة ، اما الخروجها عن قاعدة : ما لا يضمن
لان المراد بالمضمون مورد العقد ، ومورد العقد فى الاجارة : المنفعة ،
فالعين يرجع فى حكمها الى القواعد ، وحيث كانت فى صحيح الاجارة امانة

للاستيلاء ، لغرض كون الاجارة فاسدة .

(والاصل براءة الذمة من الضمان) اذ الضمان خلاف الاصل ، فاذا شك
فيه كان الاصل البرائة (فلا يكون العين بذلك) الاستيلاء فاسداً (مضمونة
ولولا ذلك) اى عدم الضمان فى الاجارة الفاسدة (لكان) اللازم القول
بكون (المرتهن ضامنا مع فساد الرهن ، لأن استيلائه) على العين المرهونة
(بغير حق) لفرض فساد الرهن (وهو) اى الضمان للعين المرهونة (باطل)
قطعا ، فاللازم ان الاجارة ايضا كذلك (انتهى) كلام جامع المقاصد .

(ولعل الحكم بالضمان فى المسئلة) اى لعل حكم جامع المقاصد :
بالضمان فى مسئلة الاجارة الفاسدة : (اما الخروجها عن قاعدة : ما لا يضمن
لان المراد بالمضمون) فى : ما يضمن ، و : ما لا يضمن ، (مورد العقد ، ومورد
العقد فى الاجارة المنفعة) لان الاجارة عقدت للمنافع ، ولا ترتبط بالاعيان
الارتيباطاتو صليا (فالعين) المستأجرة (يرجع فى حكمها) اى فى حكم
انها مضمونة ام لا ؟ (الى القواعد) غير قاعدة : ما لا يضمن ، (و) القاعدة هى
الضمان ، فانه (حيث كانت) العين (فى صحيح الاجارة امانة

.....

مأذونافيها شرعا ، و من طرف المالك لم يكن فيه ضمان ،

واما في فاسد هافدفع الموجد للعين انما هو للبناء على استحقا ق

المستأجر لها ، لحق الانتفاع فيه ، والمفروض عدم الاستحقاق ، فيده عليه يدعدوان موجبة للضمان .

واما لان قاعدة مالا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد ، والاقوى عدم

الضمان ، فالقاعدة المذكورة غير مخصصة

مأذونافيها شرعا و) اما (من طرف المالك ، لم يكن فيها ضمان) لمقتضى قاعدة الامانة .

(واما في فاسد هافدفع الموجد للعين انما هو للبناء على استحقا ق المستأجر

لها) لانه يظن : ان الاجارة صحيحة ، فيستحق المستأجر للعين لان ينتفع بها (لحق الانتفاع فيه) اللام متعلق بـ : الاستحقاق (والمفروض عدم الاستحقاق) لبطلان الاجارة (فيده) اى المستأجر (عليه) اى على الشئ المستأجر — بالفتح — (يدعدوان) بلا امانة مالكية ، ولا امانة شرعية (موجبة للضمان) فالضمان الذى ذكر فى جامع المقاصد اما من هذه الجهة .

(واما لان قاعدة مالا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد) اى على اليد

ما اخذت ، وتقدم قاعدة اليد لانها قاعدة منصوصة ، وقاعدة مالا يضمن مصطفىة (و) لكن (الاقوى عدم الضمان) للعين ، فى الاجارة الفاسدة اذ قاعدة مالا يضمن ، مقدمة على قاعدة اليد ، كما ان العين امانة بيد الأخذ ، وليست يده عدوانية .

(فالقاعدة المذكورة) اى : مالا يضمن ، (غير مخصصة) — بالفتح —

.....

بالعين المستأجرة، ولا متخصصة •

ثم انه يشكل اطراد القاعدة فى موارد ،

منها : الصيد الذى استعاره المحرم من المحل ، بناءً على فساد العارية فانهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة ، مع ان صحيح العارية لا يضمن به ، ولذا ناقش الشهيد الثانى فى الضمان على تقديرى الصحة والفساد

(بالعين المستأجرة ، ولا متخصصة) بان تكون قاعدة : ما لا يضمن ، بحيث لا تشمل مورد العين المستأجرة ، والتخصيص اشارة الى قوله : اما لخروجها عن قاعدة الخ ، والتخصيص اشارة الى قوله : واما لأن قاعدة ما لا يضمن ،

(ثم انه يشكل اطراد القاعدة) اى جريان قاعدة : ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده ، (فى موارد ، منها : الصيد الذى استعاره المحرم من المحل) فان الصيد حرام للمحرم (بناءً على فساد العارية) اذ : الصيد ، لا يكون فى حوزة المحرم اصلاً ملكاً ، او عارية او ما شبه (فانهم حكموا بضمان المحرم له) اى للصيد (بالقيمة) فيدفع القيمة الى المحل الذى استعاره منه (مع ان صحيح العارية لا يضمن به) اى لا يضمن بصحيح العارية - فالباء اشارة الى القاعدة -

(ولذا ناقش الشهيد الثانى فى الضمان على تقديرى) القول بـ (الصحة) (والقول بـ (الفساد) للعارية ، اذ كيف يمكن : لا يضمن بصحيحه ويضمن بفساده ، فيما اذا قلنا بفساد العارية ،

اما لو قلنا : بصحة العارية ، يمكن ، فعدم الضمان اوضح •

.....
 الآن يقال : ان وجه ضمانه - بعد البناء على انه يجب على المحرم
 ارساله واداء قيمته - ان المستقر عليه قهرا بعد العارية هي القيمة ، لا
 العين ، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف
 الذى هو سبب لضمان ملك الغير فى كل عقد ، لا بسبب التلف .
 ويشكل اطراد القاعدة ايضا فى البيع فاسدا بالنسبة الى المنافع
 التى لم يستوفها ، فان هذه المنافع غير مضمونة فى العقد الصحيح

(الآن يقال : ان وجه ضمانه) اى الصيد (- بعد البناء على انه
 يجب على المحرم ارساله) واطلاقه (واداء قيمته -) الى صاحب الصيد
 (ان المستقر عليه) اى على المحرم (قهرا بعد العارية هي القيمة ، لا العين)
 لان الشارع امر بالقيمة .

(فوجوب دفع القيمة ، ثابت قبل التلف) للعين (بسبب وجوب
 الاتلاف) اى الاطلاق للصيد الذى هو كالاتلاف (الذى هو سبب لضمان
 ملك الغير فى كل عقد ، لا) ان الضمان (بسبب التلف) فعارية الصيد
 ايضا ، لا يضمن بفاسدها ، كما لا يضمن بصحيتها ، وانما الضمان هنا امر
 خارجى هو حكم الشارع بالضمان حتى قبل التلف .

(ويشكل اطراد) وشمول (القاعدة) وهى : ما لا يضمن ، (ايضا)
 كالاتلاف فى عارية المحرم للصيد (فى البيع فاسدا بالنسبة الى المنافع
 التى لم يستوفها ، فان هذه المنافع غير مضمونة فى العقد الصحيح) فان
 الانسان اذا اشترى شاة ولم يشرب حليبها ، لم يكن ضامنا لشيء فى مقابل
 الحليب ، فان الثمن الذى اعطاه انما هو فى مقابل عين الشاة ، لا فى

.....

مع انها مضمونة فى العقد الفاسد .

الآن يقال : ان ضمان العين ، يستتبع ضمان المنافع ، فى العقد

الصحيح والفاسد .

وفيه نظر لان نفس المنفعة غير مضمونة بشئ فى العقد الصحيح ،

لان الثمن انما هو بازاء العين دون المنافع .

ويمكن نقض القاعدة ايضا ، بحمل المبيع فاسدا

مقابل الحليب (مع انها مضمونة فى العقد الفاسد) لانه تلف الحليب الذى

هو ملك للبائع على يده ، فيشمله : على اليد ما اخذت .

(الا ان يقال : ان ضمان العين ، يستتبع ضمان المنافع فى العقد

الصحيح والفاسد) فمعنى : ضمان العين بالثمن فى العقد الصحيح ،

ضمانها وضمان منافعها ، فالحليب مضمون فى العقد الصحيح تبعا

للعين ، وكذلك مضمون فى العقد الفاسد تبعا للعين .

(وفيه نظر) اذ لا نسلم تبعية المنافع للعين ، فى الضمان (لان نفس

المنفعة غير مضمونة بشئ فى العقد الصحيح) اذ : الثمن انما يقع بازاء

نفس العين ، لا بازاء العين والمنافع معا (لان الثمن انما هو بازاء العين

دون المنافع) عرفا .

ويدل عليهما ان الشاة لولم تعط الحليب — مثلا — لم يكن للمشتري استرجاع

بعض الثمن من البائع

(ويمكن نقض القاعدة) اى قاعدة : ما لا يضمن ، (ايضا بحمل المبيع)

اى ولد الحيوان المبيع الذى فى بطنه فيما كان البيع (فاسدا) فانه

.....

على ما صرح به في المبسوط و الشرائع والتذكرة والتحرير: من كونه مضمونا على المشتري ، خلافا للشهيدين ، والمحقق الثاني ، وبعض آخر ، تبعا للعلامة في القواعد ، مع ان الحمل غير مضمون في البيع الصحيح بناء على انه للبائع ، وعن الدروس توجيه كلام العلامة بما اذا اشترط الدخول في البيع ، وحينئذ لا نقض على القاعدة

و يمكن النقض ايضا بالشركة الفاسدة ، بناء على انه لا يجوز التصرف بها

مضمون على المشتري ، فيلزم عليه اعطاء عوض الحمل اذا تلف بناء (على ما صرح به في المبسوط ، والشرائع ، والتذكرة ، والتحرير: من كونه مضمونا على المشتري خلافا للشهيدين والمحقق الثاني وبعض آخر) حيث قالوا بعدم الضمان للحمل (تبعا للعلامة في القواعد) القائل بعدم الضمان (مع ان الحمل غير مضمون في البيع الصحيح) اذا الثمن بازاء الام ، لا بازاء الشاة والحمل معا (بناء على انه للبائع) اما على البناء بانه ليس للبائع اصلا ، فعدم ضمانه للثمن في الصحيح اوضح .

(وعن الدروس توجيه كلام العلامة) في التذكرة القائل : بالضمان للحمل في العقد الفاسد (بما اذا اشترط الدخول) للحمل (في البيع) بان قال المشتري : اشتري منك هذه الشاة بشرط حملها براءة (و حينئذ) اي حين الاشتراط (لا نقض على القاعدة) اذا كان الحمل في مقابل الثمن صحيحا ، فكان يضمن بصحيحه ، وعليه فيضمن بفاسده ايضا .

(ويمكن النقض) لقاعدة ما لا يضمن (ايضا بالشركة الفاسدة بناء على انه لا يجوز التصرف بها) اي بسبب الشركة الفاسدة ، اذا لاذن للتصرف

.....

فاخذ المال المشترك حينئذٍ وأنا موجب للضمان .

ثم ان مبنى هذه القضية السالبة — على ما تقدم من كلام الشيخ فى

المبسوط — هى الاولوية .

و حاصلها : ان الرهن لا يضمن بصحيحه ، فكيف بفاسده .

و توضيحه : ان الصحيح من العقد اذا لم يقتض الضمان — مع امضاء

الشارع له — فالفاسد الذى هو بمنزلة

فى المال المشترك كان خاصا بصورة الشركة ، والمفروض انتفاء الشركة .

(فاخذ المال المشترك حينئذٍ) اى حين بطلان الشركة (عدوانا) اى

ليس امانة شرعية ، ولا مالكية ، فهو : (موجب للضمان) مع ان صحيح

الشركة لا يوجب الضمان .

ثم ان قوله : بناء على انه لا يجوز ، هو فى مقابل البناء على جو از

التصرف فى المال ، وان بطلت الشركة ، لان الاذن باق وان بطلت الشركة

وانما كان الضمان : بناء على انه لا يجوز التصرف ، لان مع جواز التصرف

الناشئ من الاذن يكون المال امانة مالكية ، فلا ضمان .

(ثم ان مبنى هذه القضية السالبة) وهى : كلما لا يضمن بصحيحه لا

يضمن بفاسده (— على ما تقدم من كلام الشيخ فى المبسوط — هى الاولوية)

فى عدم الضمان .

(و حاصلها : ان الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده) وهذه

الاولوية ليست استحسانا ، بل قد استفيدت من الادلة .

(و توضيحه : ان الصحيح من العقد) اى عقد كان (اذا لم يقتض

الضمان — مع امضاء الشارع له —) قيد توضيحي (فالفاسد الذى هو بمنزلة

العدم لا يؤثر في الضمان ، لان اثر الضمان ، امان : الاقدام على الضمان والمفروض عدمه ، والآلضمن بصحيحه ، واما من حكم الشارع بالضمان - بواسطة هذه المعاملة الفاسدة - والمفروض انها لا تؤثر شيئاً .

ووجه الاولوية ان الصحيح اذا كان مفيداً للضمان ، امكان ان يقال ان الضمان من مقتضيات الصحيح فلا يجري في الفاسد ، لكونه لغواً غير مؤثر ، على ما سبق تقريره : من انه اقدم على ضمان خاص ، والشارع لم يمه فيه رفع اصل الضمان

العدم ، لا يؤثر في الضمان) بطريق اولي (لان اثر الضمان) اي الاثر الذي هو الضمان (امان : الاقدام) اي اقدام الآخذ (على الضمان ، و المفروض عدمه) اذا الآخذ اقدم على المجانية ، لاعلى الضمان (والآلضمن بصحيحه) الذي اقدم عليه (واما من حكم الشارع بالضمان - بواسطة هذه المعاملة الفاسدة - والمفروض انها) اي المعاملة الفاسدة (لا تؤثر شيئاً) لانها بمنزلة العدم ، واما القاعدة : اليد ، وسيأتى عدم افادتها : الضمان ، في المقام .

(ووجه الاولوية) دون المساوات (ان الصحيح ، اذا كان مفيداً للضمان ، امكان ان يقال : ان الضمان من مقتضيات الصحيح ، فلا يجري الضمان (في الفاسد ، لكونه) اي العقد الفاسد (لغواً غير مؤثر ، على ما سبق تقريره) اي تقرير عدم الضمان في الفاسد (من انه : اقدم على ضمان خاص) بمقابل المال (والشارع لم يمه) لفرض فساد العقد (فيرفع اصل الضمان) وعليه فوجه الاولوية ، انه ان كان الصحيح موجباً للضمان

.....

لكن يخذشها : انه يجوز ان يكون صحة الرهن ، والاجارة -
المستلزمة لتسلط المرتهن والمستأجر على العين شرعا - مؤثرة فى رفع
الضمان ، بخلاف الفاسد الذى لا يوجب تسلط الهماء على العين ، فلا
اولوية .

فان قلت : ان الفاسد وان لم يكن له دخل فى الضمان ، الا ان مقتضى

امكن ان يقال : بعدم الضمان فى الفاسد ، فكيف اذا كان الصحيح لا
يوجب الضمان ؟

(لكن يخذشها) اى الاولوية التى كانت مستندة لعدم الضمان
فى الفاسد فيما اذا كان الصحيح غير موجب للضمان .

وجه الخدشة عكس الاولوية ، بان يقال : يمكن ان يكون الصحيح
بدون الضمان ، ويكون الفاسد مع الضمان ف (انه يجوز ان يكون صحة
الرهن والاجارة -) مثلا (المستلزمة) تلك الصحة (لتسلط المرتهن و
المستأجر على العين) تسلطا (شرعا - مؤثرة فى رفع الضمان) ف : مؤثرة ،
خبر : صحة ، (بخلاف الفاسد الذى لا يوجب تسلط الهماء) اى للمرتهن ،
والمستأجر ، (على العين ، فلا اولوية) اذ الشارع ، والمالك ، لما سلطا
على العين ، رفعوا الضمان ، وفى الفاسد لا تسليط من الشارع ولا المالك
ولذا افلأرفع للضمان ، بل يبقى الضمان على حاله .

(فان قلت :) كيف تقولون بان : ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده
من باب انه لا عقد ، فلا اثر فى الضمان ، والحال ان قاعدة : اليد ، قاضية
بالضمان ف (ان الفاسد وان لم يكن له دخل فى الضمان ، الا ان مقتضى

عموم : على اليد هو الضمان ، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون
موارد ها غير مضمونة على القابض ، وبقى الباقي .

قلت : ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود ، يخرج به المقبوض بفاسدها
وهي : عموم ما دل على ان من لم يضمنه المالك ، سواء ملكه اياه بغير عوض
او سلطه على الانتفاع به او استأمنه عليه لحفظه ، او دفعه اليه لا ستيفاء
حقه ، او العمل فيه بلاجرة ، او معها ، او غير ذلك ، فهو غير ضامن

عموم : على اليد ، هو الضمان) لما وقع في يد الشخص من اموال غير هو
(خرج منه) اي من العموم (المقبوض بصحاح العقود) اي بالعقد الصحيح
- في العقود التي لا يضمن بصحيحها - اي (التي يكون موارد ها غير
مضمونة على القابض) كالهبة غير المعوضة ، والعارية ، وما اشبهه (ويبقى
الباقي) تحت عموم : اليد .

(قلت : ما) اي الدليل الذي (خرج به) اي بسبب ذلك الدليل
(المقبوض بصحاح تلك العقود ، يخرج به) اي بنفس ذلك الدليل (المقبوض
بفاسدها) اي فاسد العقود ، فالدليل في المقامين واحد (وهي عموم ما
دل على ان من لم يضمنه المالك سواء ملكه المالك (اياه) المال (بغير
عوض) كالهبة (او سلطه على الانتفاع به) كالعارية (او استأمنه عليه لحفظه)
كالوديعة (او دفعه اليه لا ستيفاء) حقه (كالاجرة) او العمل فيه بلاجرة)
كما لو تبرع بخياطة ثوبه ، فدفعه اليه لخياطته مجانا (او معها) بسان
استأجره لخياطة ثوبه (او غير ذلك فهو غير ضامن) للعين اذا تلفت .

.....
 اما فى غير التمليك بلا عوض اعنى الهبة ، فالدليل المخصص لقاعدة
 الضمان ، عموم ما دلّ على : انّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل
 ليس لك ان تتهمه .

اما فى الهبة الفاسدة ، فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم :
 اليد ، بفحوى ما دلّ على خروج مورد الاستيمان ، فان استيمان المالك
 لغيره على ملكه اذا اقتضى عدم ضمانه له ، اقتضى التسليط المطلق عليه
 مجاناً عدم ضمانه بطريق اولى ،

والتقييد بالمجانبة لخروج التسليط المطلق بالعوض كما فى المعاوضات

(اما) عدم الضمان (فى غير التمليك بلا عوض اعنى ! بالتمليك بلا
 عوض) الهبة ، فالدليل المخصص لقاعدة الضمان) اى قاعدة : على اليد
 ما اخذت (عموم ما دلّ على ان من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن) نحو
 ليس على الامين الاّ اليمين (بل ليس لك ان تتهمه) لان الامين مؤتمن و (اما
 فى الهبة الفاسدة) فانها ليست بأمانة (فيمكن الاستدلال على خروجها من
 عموم : اليد ، بفحوى ما دلّ على خروج مورد الاستيمان) اى بالا ولوية من
 الاستيمان الذى لا يوجب فساد ضمان من فى يده الامانة (فان استيمان
 المالك لغيره على ملكه اذا اقتضى عدم ضمانه له) فيما فسدت الامانة وتلف
 المال ، مع انه لم يهب المال للاخذ (اقتضى التسليط المطلق) بتجوز كل
 انواع التصرف (عليه) اى على المال (مجاناً) و بلا عوض (عدم ضمانه بطريق
 اولى) اذ هذا اقل من الامانة التى يراد استردادها (والتقييد) فى كلامنا
 (بالمجانبة) انما هو (لخروج التسليط المطلق بالعوض ، كما فى المعاوضات)

فانه عين التضمين .

فحاصل ادلة : عدم ضمان المستأمن ، ان من دفع المالك اليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعى ، اعنى المثل والقيمة ، ولا جعلى فليس عليه ضمان .

((الثانى)) من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب رده فورا الى المالك .

فان البائع يسلط المشتري على ماله تسليطا مطلقا ، ولكنه بمقابل العوض (فانه) اى هذا القسم من التسليط (عين التضمين) لانه فى مقابل العوض (فحاصل ادلة عدم ضمان المستأمن) بالفتح - اى من اخذ المال امانة - (ان من دفع المالك اليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعى) اى القيمة الواقعية (اعنى المثل ، والقيمة ، ولا جعلى) فانهما لم يجعلاه فى مقابل المال عوضا (فليس عليه ضمان)

هذا ولكن الاولى الاستدلال فى كل مورد للضمان او عدم الضمان بأدلتها لا بدليل : ما يضمن ، او : ما لا يضمن ، لأنهما قاعدتان مصطيدتان ومن المعلوم ان القاعدة المصطيدة لا تصلح دليلا .
(فى وجوب فورى الرد الى المالك) -

((الثانى : من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد) فان الكلام كان فى ذلك وانما استطرده الكلام حول قاعدة : ما يضمن ، و : ما لا يضمن ، لا ارتباط لهما بالمسألة - كما عرفت - (وجوب رده فورا الى المالك) والمراد الفور العرفى ، لا الدقى العقلى ، لان الأدلة لا تدل على

والظاهر انه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه ، كما يلوح من مجمع الفائدة ، بل صرح فى التذكرة ، كما عن جامع المقاصد : ان مؤنة الرد على المشتري ، لو جوب ما لا يتم الرد الا به .
 واطلاقه يشمل : ما لو كان فى رده مؤنة كثيرة ، الا ان يقيد بغيرها بادلة نفى الضرر .

اكثر من العرفي ، فان الدليل اذا قال : **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُرَدُّوا أَلْمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا** ، استفاد العرف منه كون الرد فورا عرفيا ، لا دقيا عقليا .
 (والظاهر انه) وجوب الرد فورا (مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه) اذ لا مجال لحفظه ، فان الابقاء ايضا نوع من التصرف المنهى عنه (كما يلوح من مجمع الفائدة) كما يظهر منه وجوب الرد فورا (بل صرح فى التذكرة ، كما عن جامع المقاصد : ان مؤنة الرد على المشتري) و هذا امر زائد على اصل الرد لا مكان كون الرد واجبا ، ولكن المؤنة لا تكون على المشتري بان لزم على المالك او غيره (لو جوب ما لا يتم الرد الا به) و مقدمة الواجب واجبة .

(واطلاقه) اى اطلاق كلام التذكرة (يشمل : ما لو كان فى رده مؤنة كثيرة) كما لو كانت المؤنة مائة دينار — مثلا — (الا ان يقيد) الوجوب المستفاد من كونه مقدمة الواجب (بغيرها) اى بغير المؤنة الكثيرة (بادلة نفى الضرر) فانه لا ضرر ولا ضرار ، فلا وجه لتضرر اخذ المتاع بالعقد الفاسد بهذا القدر الكبير من الضرر .

والفرق بينه وبين الضرر اليسير — وان كان هو ضررا واقعا ايضا —

.....

و يدل عليه ان الامساك آنا ما ، تصرف في مال الغير بغير اذنه ،
فلا يجوز ، لقوله عجل الله تعالى فرجه لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال
غيره الا باذنه .

ولو نوقش في كون الامساك تصرفا ، كفى عموم قوله (ص) : لا يحل
مال امرء مسلم لاخيه الا عن طيب نفسه ، حيث يدل على تحريم جميع
الافعال المتعلقة به التي منها : كونه في يده .

ان اليسير لا يسمى ضررا عرفا ، فلا يشمل دليل : نفى الضرر ، فيشملة دليل
مقدمة الواجب بدون مزاحم .

(ويدل عليه) اي على وجوب الرد فورا مطلقا - اي سواء احتاج الى
المال ام لا - (ان الامساك آنا ما ، تصرف في مال الغير بغير اذنه ، فلا
يجوز) هذا التصرف .

اما كونه تصرفا فلو ضوح ان التصرف اعم من الامساك .
واما كونه لا يجوز ف (لقوله عجل الله تعالى فرجه : لا يجوز لاحد
ان يتصرف في مال غيره الا باذنه) و حيث انتفى الاذن ، لفساد المعاملة
- والاذن كان مقيدا بالمعاملة ، اذ لا اذن مطلق في المقام - حرم التصرف
(ولو نوقش في كون : الامساك تصرفا) بدعوى ان المنصرف من
التصرف : التقليل والحمل في الشيء (كفى) في الحرمة (عموم قوله (ص) :
لا يحل مال امرء مسلم لاخيه الا عن طيب نفسه) فان : لا يحل ، شامل للامساك
قطعا (حيث يدل على تحريم جميع الافعال المتعلقة به التي منها) اي
من تلك الافعال (كونه في يده) ولو بدون تقليل ، وعمل فيه .

واماتوهم : ان هذا باذنه ، حيث انه دفعه باختياره ، فمندفع بانه
انما ملكه اياه عوضا ، فاذا انتفت صفة العوضية باعتبار عدم سلامة العوض
له شرعا والمفروض ان كونه على وجه الملكية المجانية معالم ينشأها
المالك .

وكونه مالا للمالك وامانة فى يده ايضا ، معالم يؤذن فيه ، ولواذن
له ، فهو استيداع جديد ، كما انه لو ملكه مجانا كانت هبة جديدة .

(واماتوهم ان هذا) الامساك (باذنه) فهو داخل فى المستثنى لا
المستثنى منه (حيث انه) اى صاحب المال (دفعه باختياره فمندفع بانه انما)
اذن اذنا معامليا ، فاذا انتفت المعاملة ، لفسادها ، لم يكن اذن ، فان
البائع دفعه و (ملكه اياه عوضا ، فاذا انتفت صفة العوضية باعتبار) متعلق
بانتفت (عدم سلامة العوض له شرعا) لحكم الشارع بفساد المعاملة ، انتفى
الاذن ، هذا هو جواب : فاذا انتفت ، وكأنه ساقط فى عبارة المصنف او
عبارة الناسخ ، ويمكن ان يكون : فاذا ، بالتكوين ولكنه تكلف فلا يحتاج
الى الجواب (والمفروض ان كونه على وجه الملكية المجانية معالم ينشأها
المالك) حتى يكون هناك اذن وراء الاذن المعاوضى .

(وكونه مالا للمالك وامانة فى يده) اى فى يد الآخذ حتى يكون
امانة مالكية ، واذنا (ايضا ، معالم يؤذن فيه ، ولو) فرض انه (اذن له ،)
امانة (فهو استيداع جديد ،) لاربط له بالاذن المعاوضى السابق

وكلامنا نحن فى جواز الامساك بالاذن المعاوضى السابق الذى
كان فاسدا (كما انه لو ملكه مجانا كانت هبة جديدة) ويكون خارجا عن محل الكلام .

.....

هذا ولكن الذى يظهر من المبسوط: عدم الاثم فى قبضه ، معللا

بانه : قبضه باذن مالكه .

وقد تقدم ايضا من التحرير : التصريح بعدم الاثم فى امساكه ، و

كذا السرائر ناسباله الى الاصحاب ، وهو ضعيف ، والنسبة غير ثابتة ، و

لا يبعد ارادة صورة الجهل لانه لا يعاقب .

((الثالث)) : انه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهما المشتري

والحاصل ان قوله عليه السلام : الا باذنه ، منتف اذا الاذن المعاوضى

انتفى ، والاذن الهبى او الامانى لم يكن ؛ فلا اذن .

(هذا ولكن الذى يظهر من المبسوط : عدم الاثم فى قبضه معللا بانه

قبضه باذن مالكه) وهذا مناف لما ذكرناه من انه لا اذن .

(وقد تقدم ايضا من التحرير التصريح بعدم الاثم فى امساكه وكذا

السرائر ناسباله الى الاصحاب) وانهم قالوا بان حلال الاذن المعاوضى الى

جنس الاذن ، وفصل خاص هو المعاوضة ، فاذا انتفى الخاص لم يعلم انتفاء

الاذن الذى هو جنس .

لكن (هو ضعيف) فان بانتفاء الفصل ينتفى الجنس (والنسبة) الى الاصحاب

(غير ثابتة ولا يبعد ارادة) الشيخ والعلامة وابن ادريس (صورة الجهل) من

الاخذ بفساد المعاملة (لانه لا يعاقب) حينئذ على امساكه المال لان مرادهم

الاذن المالكى .

((الثالث)) من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد (انه

لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهما المشتري

قبل الرد كان عليه عوضها على المشهور بل ظاهر ما تقدم من السرائر - من
كونه بمنزلة المغصوب - الاتفاق على الحكم .

و يدل عليه عموم قوله : (ع) لا يحل مال امرء مسلم لآخيه الا عن طيب
نفسه بناء على صدق المال على المنفعة .

ولذا يجعل ثمنافى البيع و صداقافى النكاح خلافا للوسيلة ، فنفسى
الضمان محتجا : بان الخراج بالضمان .

قبل الرد) كمالو شرب لبن الشاة المبتاعة ببيعافاسدا (كان عليه عوضها
على المشهور بل ظاهر ما تقدم من السرائر - من كونه) اى المبيع بالبيع
الفاسد (بمنزلة المغصوب -) لان كليهما مال انسان آخر فى يد شخص
لم يأذنا بكونه فى يده (الاتفاق على الحكم) اى ضمان المنفعة المستوفاة .
(و يدل عليه عموم قوله (ع) : لا يحل مال امرء مسلم لآخيه الا عن طيب
نفسه بناء على صدق المال على المنفعة) فان الحليب المستوفى من الشاة
مال لمالك الشاة ، ولا طيب نفس للمالك فى استيفاء الآخذ له ، ولا يخفى
ان مثل الحليب مال قطعا .

نعم : يمكن الشك فى صدق المال على مثل الاستنفاع بالدار بالجلوس
فيها - مثلا -

(ولذا) الذى يصدق المال على المنفعة (يجعل) المنفعة (ثمنافى
البيع) مع انه مبادلة مال بمال (و صداقافى النكاح) والمهر يلزم ان يكون
مالا (خلافا للوسيلة فنفسى الضمان) للمنفعة المستوفاة (محتجا : بان الخراج
بالضمان) اى ان الفائدة فى مقابل الضمان فحيث كان المشتري بالعقد الفاسد

كما في النبوى المرسل ، وتفسيره : ان من ضمن شيئا وتقبله لنفسه فخراجه له ، فالباء للسببية ، او المقابلة ، فالمشتري لما اقدم على ضمان السبيع ، و تقبله على نفسه بتقبيل البائع وتضمينه اياه على ان يكون الخراج له مجانا كان اللازم من ذلك ان خراجه له على تقدير الفساد ، كما ان الضمان عليه على هذا التقدير ايضا .

والحاصل : ان ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج ، و مرجعه الى : ان الغنيمة ، والفائدة

ضامنا ، كانت الفائدة له (كما في النبوى المرسل) روى عن النبي (ص) في غو الى اللثالي (وتفسيره : ان من ضمن شيئا وتقبله لنفسه ، فخراجه له) فكما انه يضمنه ، كذلك ارباحه للضامن (فالباء) في : بالضمان ، (للسببية) اي : الخراج بسبب الضمان ، لكن على هذا فالجملة ناقصة تحتاج الى التقدير (او) ان الباء (المقابلة) اي : الخراج في مقابل الضمان (فالمشتري لما اقدم على ضمان المبيع) لأن معنى اعطائه المال في عوض المبيع : انه ضمنه بعوض (و تقبله) اي الضمان (على نفسه) وذلك (بتقبيل البائع ، وتضمينه اياه ، على ان يكون الخراج له مجانا) ((على)) متعلق ب : اقدم ، اي اقدم بناءً منه على ان تكون الفائدة له (كان اللازم من ذلك) الاقدام (ان خراجه له على تقدير الفساد ، كما ان الضمان عليه على هذا التقدير ايضا) هذا هو معنى الحديث .

(والحاصل) منه (ان ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج) والفائدة فمن ضمن العين لا يضمن الخراج (و مرجعه الى ان الغنيمة ، والفائدة)

.....
 بازاء الغرامة .

و هذا المعنى مستنبط من اخبار كثيرة متفرقة مثل قوله (ع) — فـى
 مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع فى زمان الخيار للمشتري — الا ترى
 انها لو احترقت كانت من مال المشتري ، و نحوه فى الرهن وغيره

عطف بيان (بازاء الغرامة) و لو التقديرية منها ، بان كان ضامنا للعين
 (وهذا المعنى مستنبط من اخبار كثيرة متفرقة ، مثل قوله (ع) — فى
 مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع فى زمان الخيار للمشتري — الا ترى
 انها لو احترقت كانت من مال المشتري) فى موثقة اسحاق بن عمار ، قال
 سمعت من يسئل ابا عبد الله (ع) يقول : و قد سئله عن رجل مسلم احتساج
 الى بيع داره ، فمشى الى اخيه فقال له ابيعك دارى هذه ، و يكون لك
 احب الى من ان يكون لغيرك ، على ان تشتترط لى انى اذا جئتك بـثمنها
 الى سنة ترد ها على ، قال (ع) : لا بأس بهذا ان جاء بـثمنها ، و هما عليه
 قلت : رأيت لو كان للدار غلة لمن يكون ؟ قال (ع) : للمشتري الا ترى
 انها لو احترقت كان من ماله ، و قريب منها رواية معاوية عنه (ع) فان
 ظاهر الرواية : ان فائدة الدار للمشتري حيث ان خسارتها — فيما لو
 احترقت — تكون عليه ، فالخراج بالضمان (و نحوه فى الرهن وغيره) فى
 خبر اسحاق بن عمار ، قلت لابي ابراهيم (ع) ، عن الرجل يرهن الغلام
 و الدار فتصيبه الآفة على من يكون ؟ قال (ع) : على مولاه ، ثم قال :
 ارايت لو قتل قتيلا على من يكون ؟ قلت : هو فى عنق العبد ، قال (ع)
 الا ترى فلم يذهب مال هذا ، ثم قال (ع) : رأيت لو كان ثمنه مائة دينار

وفيه : ان هذا الضمان ، ليس هو ما اقدم عليه المتبايعان ، حتى يكون الخراج بازائه ، وانما هو امر قهريّ حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بالسوم ، والمغصوب ، فالمراد بالضمان الذي بازائه الخراج ، التزام الشئ على نفسه ، و تقبله له مع امضاء الشارع له .

فزاد وبلغ متى دينار ، لمن كان يكون؟ قلت : لمولاه ، قال (ع) كذلك يكون عليه ، ما يكون له .

(وفيه) اى فى استدلال ابن حمزة (ان هذا الضمان) للخراج (ليس هو ما اقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بازائه) وقد عرفت ان الضمان الذى اقدم عليه المتبايعان يكون بازائه الخراج (وانما هو امر قهريّ حكم به الشارع ، كما حكم بضمان المقبوض بالسوم) وهو ما يأخذه المشتري من المتاع لارادة اشتراؤه فيتلف فى يده ، فان المشتري لم يقدم على الضمان فيه ، وانما حكم الشارع بالضمان .

(و كذا) (المغصوب) فان ضمانه على الغاصب بحكم الشارع ، اذ الغاصب لم يقدم على الضمان .

(فالمراد بالضمان) فى مرسله : الخراج بالضمان ، (الذى بازائه الخراج) هو (التزام الشئ على نفسه ، و تقبله له) اى للشئ (مع امضاء الشارع له) كالبيع ، فان خراجه فى مقابل ضمانه الحاصل ذلك الضمان بسبب تقبل المشتري للمبيع ، وامضاء الشارع لهذا التقبل ، فلا تشمل القاعدة مانحن فيه مما قبضه بظن صحة المعاملة ، فظهر فسادها ، اذ

و ربما ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية بالعارية المضمونة ، حيث انه
ا قدم على ضمانها ، مع ان خراجها ليس له ، لعدم تملكه للمنفعة ، وانما
تملك الانتفاع الذي عينه المالك فتأمل .

و الحاصل ان دلالة الرواية لا تقصر عن سند هافي الوهن ، فلا يترك
لاجلها قاعدة ضمان : مال المسلم واحترامه ، وعدم حلّه الا عن طيب النفس ،

التقبل من المشتري و ان كان موجوداً ، لكن الشارع لم يمه .
(و ربما ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية) اي قولنا : فالمراد بالضمان
الذي بازائه الخراج الخ ، في ذيل ردّ ابن حمزة (بالعارية المضمونة)
بان استعار شيئاً ، وضمن ان يكون تلفها عليه (حيث انه اقدم على
ضمانها) والشارع امضى ذلك (مع ان خراجها ليس له لعدم تملكه للمنفعة)
فان الشاة العارية ، اذا اولدت لم يكن الولد للمستعير ، وانما هو للمستعير (و
انما تملك) باخذ العارية (الانتفاع الذي عينه المالك) له فان المعروف
في باب العارية ، انها تملك الانتفاع لا تملك المنفعة (فتأمل) اذ : اولا
على تقدير تسليم ان العارية تملك انتفاع ، لا تملك منفعة نقول : انها
تخصيص في قاعدة : الخراج بالضمان ، و ثانيا : لان سلم كون العارية
تملك انتفاع فقط ، بل نقول : بانها تملك منفعة ، فالهبة تملك العين ، و
العارية تملك الانتفاع .

(والحاصل) من هذه المعاني المحتملة في رواية الخراج بالضمان
(ان دلالة الرواية لا تقصر عن سند هافي الوهن) فكلاهما هو نان (فلا
يترك لاجلها ، قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه ، وعدم حلّه الا عن طيب النفس)

و ربما يرد هذا القول بما ورد : فى شراء الجارية المسروقة من ضمان
 قيمة الولد ، وعوض اللبن ، بل عوض كل ما انتفع .
 وفيه ان الكلام فى البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين ، من
 جهة ان مالك العين جعل خراجها له بازاء ضمانها بالثمن

مما قد عرفت ورود الاخبار بهذه المضامين الثلاثة ، وعلى هذا فلو اخذ شيئا
 بالعقد الفاسد ، كانت الفوائد لذلك الشئ للبائع .
 (و ربما يرد هذا القول) اى عدم وجوب رد الفوائد المستوفاة الى
 البائع ، فيما ظهر فساد المعاملة (بما ورد : فى شراء الجارية المسروقة
 من ضمان) المشتري (قيمة الولد ، وعوض اللبن ، بل عوض كل ما انتفع)
 فان الولد حيث يصبح حراً ، يكون ذلك تفويتا على مالك الجارية ، وكذا
 لبن الجارية الذى شربه الولد ، وقيمة البضع الذى استعمله ، الى
 غيرها من الفوائد المستوفاة ، كالخدمة وما شبهه .
 (وفيه) ان هذا لا يصلح ردّاً اذ الكلام فى كون : الخراج فى مقابل
 الضمان المعاوضى ، والردّ انما هو : وجوب الرد فى ما كان الضمان يدويا
 اذ مفروض الكلام : كون الجارية مسروقة ، ف (ان الكلام) لابن حمزة
 (فى البيع الفاسد) فانه يقول : لا ضمان فى منفعه المستوفاة (الحاصل)
 ذلك البيع (بين مالكي العوضين ، من جهة ان مالك العين جعل
 خراجها) اى خراج العين (له) اى للمشتري (بازاء ضمانها) اى ضمان
 العين (بالثمن) الذى دفعه المشتري .

لا ما كان فساد ه من جهة التصرف في مال الغير
واضعف من ذلك ردّه بصحيحة ابي ولّاد ، المتضمنة لضمان منفعة
المغصوب المستوفاة ، ردّ أعلى ابي حنيفة القائل : بانه اذا تحقق ضمان
العين ولو بالغصب ، سقط كراها كما يظهر من تلك الصحيحة

(لا) ان الكلام في (ما كان فساد ه من جهة التصرف في مال الغير)
فابن حمزة يقول : الخراج بالضمان ، فيما كان هناك معاوضة ، و الزاد
يقول : لا ضمان فيما لم يكن هناك معاوضة ، ومن المعلوم ان هذا الردّ
لا يلائم كلام ابن حمزة .

اللهم الا ان يقال : مقتضى اطلاق : الخراج بالضمان ، الذي يستدل
به ابن حمزة : عدم ضمان فوائد الجارية المسروقة فضايتها - كما استفيد
من الرواية - مناف لقاعدة : الخراج بالضمان ،

(و اضعف من ذلك) الردّ (ردّه) اي ابن حمزة (بصحيحة ابي ولّاد ،
المتضمنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاة) تلك المنفعة (ردّ أعلى ابي
حنيفة القائل : بانه اذا تحقق ضمان العين) بان ضمن الشخص العين
المغصوبة (ولو) كان الضمان (بالغصب ، سقط كراها) اي كرى العين ، و
اجرتها (كما يظهر) قول ابي حنيفة بعدم الضمان (من تلك الصحيحة) .
وجه كون هذا الردّ اضعف من الردّ السابق ، ان في المقام : غصب
بدون البيع - اصلا - والردّ السابق كان في مورد : الغصب مع البيع ،
وكلام ابن حمزة في : البيع المجرد

نعم : لو كان القول المذكور موافقا لقول ابي حنيفة ، فى اطلاق القول : بان الخراج بالضمان ، انتهضت الصحيحة و ما قبلها ردّا عليه هذا كله فى المنفعة المستوفاة .

واما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها ايضا الضمان وقد عرفت عبارة السرائر المتقدمة .

ولعله لكون المنافع اموالا فى يد من بيده العين فهى مقبوضة فى يده

(نعم : لو كان القول المذكور) اى قول ابن حمزة (موافقا لقول ابي حنيفة ، فى اطلاق القول : بان الخراج بالضمان) سواء : فى البيع الفاسد ، او الغصب والبيع ، او الغصب فقط (انتهضت الصحيحة) لاي ولاد (وما قبلها) من رواية الجارية (ردّا عليه) اى على قول ابن حمزة ، اذ الصحيحة ترد الثالث ، . رواية الجارية ترد الثانى

(هذا كله) تمام الكلام (فى المنفعة المستوفاة) من المبيع بالبيع الفاسد (واما المنفعة الفائتة بغير استيفاء) كما لو لم يحلب الشاة المشتراة ، شراء فاسدا ، او لم يستعمل الدار فذهبت منفعتها هباءً ، او ما شبه ذلك (فالمشهور فيها ايضا الضمان) اى ضمان المشتري (وقد عرفت عبارة السرائر المتقدمة) الذى حكم بكونه كالمغصوب .

(ولعله) اى الضمان (لكون المنافع اموالا فى يد من بيده العين) فكما ان عين الدار بيده ، كذلك اجرتها (فهى مقبوضة فى يده) فسيشمل المنافع ، قاعدة : على اليد ما اخذت .

.....
ولذا يجري على المنفعة ، حكم المقبوض اذا قبض العين فتدخل
المنفعة في ضمان المستأجر ، ويتحقق قبض الثمن في السلم ، بقبض الجارية
المجعول خدمتها منا .

وكذا الدار المجعول سكنها ثمننا

مضافا الى انه مقتضى : احترام مال المسلم اذ كونه في يد

(ولذا) الذي تعتبر المنافع اموالا في يد من في يده العين (يجري
على المنفعة حكم المقبوض اذا قبض العين فتدخل المنفعة) للدار (في
ضمان المستأجر) ولو لم تكن المنافع مقبوضة لم يكن وجه لدخولها في
ضمان المستأجر (و) لذا ايضا (يتحقق قبض الثمن في) بيع (السلم) و هو :
تقديم الثمن ، وتأخير المئامن مقابل النسيئة - التي هي تقديم المئامن ، و
تأخير الثمن (بقبض الجارية المجعول خدمتها منا) فاذا اشترى زيد وزنة
من الحنطة عن خالد ليسلمها له بعد ستة اشهر ، وجعل ثمنها خمسة
جاريته هند ، ثم سلم خالد البائع هنداً ليستوفي خدمتها صح سلماً ، لأن
الثمن قد قبضه البائع ، ولو لم تكن المنفعة قابلة للقبض ، لزم فساد البيع
اذ : السلم يحتاج الى القبض في المجلس ، والآ فلا - كما قرر في محله - .
(وكذا الدار المجعول سكنها ثمننا) ، لبيع السلف ، فانه يقبض
بتسليم الدار .

(مضافا الى انه) اي ضمان المنافع غير المستوفاة (مقتضى : احترام
مال المسلم) وهذا غير دليل على اليد ما اخذت فانه مستفاد من قوله (ص)
: و حرمة ماله كحرمة دمه ، (اذ كونه) اي المبيع بالبيع الفاسد (في يد

.....

غير ماله ، مدة طويلة ، من غير اجرة ، مناف للاحترام

لكن يشكل الحكم - بعد تسليم كون المنافع اموال حقيقة - بان مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان ، الا ان يندرج في عموم : على اليد ما اخذت ، فلا اشكال في عدم شمول الموصول للمنافع وحصولها في اليد بقبض العين ، لا يوجب صدق الاخذ

و دعوى انه : كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل

غير ماله ، مدة طويلة) بل او قصيرة (من غير اجرة ، مناف للاحترام) فاللازم ان نقول : يجب اعطاء المشتري - في البيع الفاسد - اجرة الدار الى المالك ، وان لم يستوفها المشتري .

(لكن يشكل الحكم) بضمان المشتري للمنافع غير المستوفاة (- بعد تسليم كون المنافع اموال حقيقة -) وعدم المناقشة في انها ليست اموالا ، فلا تشملها على اليد ، و : حرمة ماله ، (بان مجرد ذلك) اي كونها اموال حقيقة (لا يكفي في تحقق الضمان ، الا ان يندرج في عموم : على اليد ما اخذت) اذ : لا دليل لنا على ضمان المال المأخوذ ، بل الدليل : على اليد ، (فلا اشكال في عدم شمول الموصول) اي : ما ، في : على اليد ما اخذت ، (للمنافع) فان الظاهر من الموصول : الاعيان الخارجية (وحصولها) : مبتدء ، خبره : لا يوجب ، اي حصول المنافع (في اليد) سبب (قبض العين لا يوجب صدق الاخذ) حتى يقال : فيشملة : ما اخذت .

(و دعوى انه) اي : ما اخذت ، (كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل)

.....
 في المنافع بقبض الاعيان ، مشكلة •

واما احترام مال المسلم فانما يقتضى عدم حل التصرف فيه واتلافه بلا عوض وانما يتحقق ذلك في الاستيفاء فالحكم بعدم الضمان مطلقا ، كما عن الايضاح ، او مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخروموافق للاصل السليم مضافا الى انه قد يدعى شمول قاعدة : ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن

ذلك الاستيلاء (في المنافع بقبض الاعيان) فيشمل : ما اخذت ، للمنافع ايضا فهذه الدعوى (مشكلة) اذ : الظاهر ، الاخذ ، لا مطلق الاستيلاء
 لكن الانصاف ان المستفاد عرفا من : الاخذ ، الاستيلاء ، ولذا يشمل لبس الخف ، وركوب الدابة ، وبعث من يمنع المالك من ملكه ، بقطع استيلائه ، وهكذا •

(واما احترام مال المسلم ف) لا يقتضى بضمان من تلفت المنافع تحت يده بدون استيفاء لها ، لان الاحترام (انما يقتضى عدم حل التصرف فيه) وعدم (اتلافه بلا عوض ، وانما يتحقق ذلك) الاتلاف بلا عوض (في الاستيفاء) ولا استيفاء في المقام ، والتصرف هنا غير محرم فعلى ، لعدم العلم بكونه مال الغير (فالحكم بعدم الضمان) في المنافع غير المستوفاة (مطلقا) سواء مع علم البائع بالفساد ، او جهله ، (كما عن الايضاح ، او مع علم البائع بالفساد) لانه اقدم على عدم احترام ماله (كما عن بعض آخروموافق للاصل السليم) عن دليل وارد عليه •

(مضافا الى انه قد يدعى شمول قاعدة : ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن

بفاسده ، و من المعلوم ان صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشتري للمنفعة لانها له مجانا ، ولا يتقسط الثمن عليها .
 و ضمانها مع الاستيفاء لاجل الاتلاف ، فلا ينافي القاعدة المذكورة ،
 لانها بالنسبة الى التلف ، لا الاتلاف .
 مضافا الى الاخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية

بفاسده) للمقام (و) ذلك ، لانه لو كان البيع صحيحا ، لم يضمن المشتري للمنافع غير المستوفاة ، فكذلك لا يضمن في صورة فساد البيع ، فانه (من المعلوم ان صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشتري للمنفعة) غير المستوفاة (لانها) اي المنفعة (له) اي للمشتري (مجانا ، ولا يتقسط الثمن عليها) اي على المنفعة ، اذ الثمن في مقابل العين فقط .
 (و) ان قلت على هذا يلزم عدم ضمان المنافع المستوفاة اذ المستوفاة ايضا لا يضمن في صورة صحة البيع .

قلت (ضمانها) اي المنافع (مع الاستيفاء) انما هو (لاجل) ما ذكرنا من (الاتلاف فلا ينافي) الضمان (القاعدة المذكورة) اي قاعدة ما لا يضمن (لانها) اي القاعدة (بالنسبة الى التلف ، لا الاتلاف)
 فكل ما لا يضمن بصحيحه في صورة التلف ، لا يضمن بفاسده ما ما لا يضمن بصحيحه في صورة الاتلاف فيضمن بفاسده ، لما عرفت من قاعدة اليد ، و غيرها المخصصة ، او الحاكمة على قاعدة ما لا يضمن .

(مضافا) على ان القاعدة لا تشمل الاتلاف انظر (الى الاخبار الواردة في

ضمان المنافع المستوفاة من الجارية

.....

المسروقة المبيعة الساكتة من ضمان غيرها في مقام البيان .

وكذا صحيحة محمد بن قيس الواردة : فيمن باع وليدة أبيه بغير اذنه ، فقال (ع) : الحكم ان يأخذ الوليدة وابنها وسكت عن : المنافع الفائتة ، فان عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريق اولي

المسروقة المبيعة الساكتة من ضمان غيرها (اي غير المستوفاة) في مقام البيان) فانما تدل نصاً على ضمان المستوفاة ، وسكتا على عدم ضمان غير المستوفاة .

(وكذا صحيحة محمد بن قيس الواردة : فيمن باع وليدة أبيه) اي أم ولد (بغير اذنه) اي اذن الاب (فقال عليه السلام : الحكم ان يأخذ) اي الاب (الوليدة وابنها) لان البيع باطل ، فالمال يرد على صاحبه (وسكت) عليه السلام (عن : المنافع الفائتة) فلم يقل : انه يجب اعطاء المنافع الفائتة للاب ، مع وضوح فوت منافع الجارية ، حال كونها في يد المشتري ،

(فان عدم الضمان) للمنافع غير المستوفاة (في هذه الموارد) الجارية المسروقة ، والجارية المباعة بغير اذن صاحبها (مع كون العين لغير البائع) اذ : الاول سارق ، والثاني غاصب لجارية أبيه (يوجب عدم الضمان هنا) فيما لو كان البائع هو المالك ، لكنه ظهر بعد ذلك فساد البيع (بطريق اولي) اذ يستند تلف المنافع غير المستوفاة هنا الى المالك ، فكأنه هو الذي اتلف منفعه ، خصوصاً في صورة علمه بالفساد وجهل المشتري بان البيع فاسد ، فهو كالغار الذي يرجع المغرور اليه

.....

والانصاف ان للتوقف فى المسئلة كما فى المسالك تبعاً للدروس ، و

التنقيح ، مجالا ،

وربما يظهر من القواعد ، فى باب الغصب عند التعرض لاحكام

البيع الفاسد ، اختصاص الاشكال و التوقف بصورة علم البائع ، على ما

استظهره السيد العميد ، والمحقق الثانى ، من عبارة الكتاب ، وعن

الفخر حمل الاشكال فى العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء .

فتحصل من ذلك كله ان الاقوال فى : ضمان المنافع غير المستوفاة

خمس ، الاول : الضمان وكأنه للاكثر .

(و الانصاف ان للتوقف فى المسألة) وان المشتري هل يضمن المنافع

غير المستوفاة ، او لا يضمنها (كما فى المسالك ، تبعاً للدروس ، والتنقيح)

فانهم توقفوا فى الضمان وعدمه (مجالا) لمعرفت من عدم تعامية أدلة

امر الطرفين .

(و ربما يظهر من القواعد ، فى باب الغصب عند التعرض لاحكام البيع

الفاسد ، اختصاص الاشكال و التوقف) فى الضمان ، وعدمه ، للمنافع غير

المستوفاة . (بصورة علم البائع على ما استظهره) من كلام العلامة (السيد

العميد ، والمحقق الثانى ، من عبارة الكتاب) اى القواعد (وعن الفخر

حمل الاشكال) فى الضمان (فى العبارة) اى عبارة القواعد (على مطلق صورة

عدم الاستيفاء) سواء علم البائع بالفساد ، ام لا .

(فتحصل من ذلك كله) الذى ذكرناه من اقوالهم فى : ضمان المنافع غير المستوفاة

(ان الاقوال فى ضمان المنافع غير المستوفاة خمسة الاول : الضمان مطلقاً) وكأنه للاكثر

.....
 الثاني: عدم الضمان كماعن الايضاح ، الثالث : الضمان الآمع علم البائع كماعن بعض من كتب على الشرائع ، الرابع : التوقف في هذه الصورة ، كما استظهره جامع المقاصد ، والسيد العميد ، من عبارة القواعد ، الخامس : التوقف مطلقا كماعن الدروس ، والتنقيح ، والمسالك ، ومحتمل القواعد كما يظهر من فخر الدين .

وقد عرفت ان التوقف اقرب الى الانصاف ، الا ان المحكى عن التذكرة ان منافع الاموال من : العبد ، والثياب والعقار وغير ها ، مضمونة بالتفويت .

فهم قائلون بالضمان (الثاني عدم لضمان) مطلقا (كماعن الايضاح ، الثالث الضمان الآمع علم البائع) فاذا علم البائع ، بفساد المعاملة ، فلا ضمان على المشتري (كما عن بعض من كتب) حاشية (على الشرائع ، الرابع : التوقف) بانه هل يضمن ، ام لا (في هذه الصورة) اى صورة علم البائع (كما استظهره جامع المقاصد ، والسيد العميد ، من عبارة القواعد) على ما عرفت والقول الاخير وهو : (الخامس التوقف) في الضمان (مطلقا) حتى في صورة جهل البائع بالفساد (كماعن الدروس ، والتنقيح ، والمسالك ، ومحتمل القواعد ، كما يظهر من فخر الدين) في انه حمل عبارة القواعد على الاطلاق ، لا على التقييد كما صنع غيره .

(وقد عرفت ان التوقف) مطلقا (اقرب الى الانصاف ، الا ان المحكى عن التذكرة) ما لفظه : (ان منافع الاموال من : العبد ، والثياب ، والعقار وغيرها) كالاراضى ، والبساتين ، والدور ، وما اشبه (مضمونة بالتفويت

.....

والفوات تحت اليد العادية • فلو غصب عبداً ، او جارية ، او عقاراً ، او حيواناً مملوكاً ، ضمن منافعه ، سواء اتلفها ، بان استعملها او فاته تحت يده ، بان بقيت مدة في يده لا يستعملها ، عند علمائنا اجمع •

ولا يبعد ان يراد باليد العادية ، مقابل اليد الحقة ، فيشمل يد المشتري فيما نحن فيه خصوصاً مع علمه ، سيما مع جهل البائع به •

واظهر منه ، ما في السرائر في آخر باب الاجارة من : الاتفاق ايضا على ضمان منافع المصوب الفائتة ، مع قوله في باب البيع : ان البيع

والفوات تحت اليد العادية (اي سواء فوتها ، او فاته هي بنفسها •

(فلو غصب) شخص (عبداً ، او جارية ، او عقاراً ، او حيواناً مملوكاً ضمن) الغاصب (منافعه ، سواء اتلفها بان استعملها ، او فاته تحت يده ، بان بقيت مدة في يده لا يستعملها عند علمائنا اجمع) انتهى كلام التذكرة •

(ولا يبعد ان يراد باليد العادية ، مقابل اليد الحقة ، فيشمل يد المشتري فيما نحن فيه) من البيع الفاسد (خصوصاً مع علمه) اي المشتري بالفساد (سيما مع جهل البائع به) اي بالفساد •

كما انه يحتمل ان يراد باليد العادية من يده ، يد تعدو ظم كالغاصب اذ لا تسمى يد المشتري يداً عاديه وان كان البيع فاسداً ، فلا يكون كلام التذكرة شاهداً للضمان المنافع غير المستوفاة فيما نحن فيه •

(واظهر منه) اي من كلام التذكرة ، ظهوراً في الضمان لغير المستوفاة (ما في السرائر في آخر باب الاجارة من : الاتفاق ايضا على ضمان منافع المصوب الفائتة) فانه اذا ضم قوله هذا (مع قوله في باب البيع : ان البيع

.....
الفاسد عند اصحابنا ، بمنزلة الشئ المغصوب الآفى ارتفاع الاثم عن امساكه
انتهى .

وعلى هذا : فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة ، وان كان المترائى
من ظاهر صحيحة ابي ولاد : اختصاص الضمان فى المغصوب بالمنافع
المستوفاة من البغل المتجاوز به الى غير محل الرخصة .
الا انالم نجد بذلك عاملا فى المغصوب الذى هو مورد ها
((الرابع)) : اذا تلف المبيع

الفاسد عند اصحابنا ، بمنزلة الشئ المغصوب ، الآفى ارتفاع الاثم عن
امساكه ، انتهى) فانه لاثم فى البيع الفاسد وانما الاثم خاص بالغصب ، فهم
من القولين : ضمان المنافع غير المستوفاة فى باب البيع الفاسد .
(وعلى هذا) الذى عرفت كلامى التذكرة ، والسرائر (فالقول بالضمان)
للمنافع غير المستوفاة (لا يخلو عن قوة ، وان كان المترائى من ظاهر صحيحة
ابى ولاد : اختصاص الضمان فى المغصوب بالمنافع المستوفاة)
فالاختصاص فى المقام الذى هو اذون من الغصب بطريق اولى
فالمضمون هى المنافع المستوفاة (من : البغل المتجاوز به الى غير محل
الرخصة) لاسائر منافعها التى لم يستوفها .

(الا انالم نجد بذلك) اى باختصاص الضمان بالمنافع المستوفاة (عاملا
فى المغصوب الذى هو مورد ها) اى مورد الصحيحة فكيف يمكن ان يستند
الى الصحيحة فى غير مورد ها ؟ .

((الرابع)) من الامور المترتبة على البيع الفاسد (اذا تلف المبيع)

.....

فان كان مثليا ، وجب مثله بلا خلاف ، الا ما يحكى عن ظاهر الاسكافى .
وقد اختلف كلمات اصحابنا فى تعريف المثلى ، فالشيخ ، وابن زهرة
وابن ادريس ، والمحقق ، وتلميذه ، والعلامة ، وغيرهم قدس الله
ارواحهم ، بل المشهور - على ما حكى - : انه ما يتساوى اجزائه من
حيث القيمة ، والمراد : باجزائه ، ما يصدق عليه اسم الحقيقة ، والمراد
: بتساويها من حيث القيمة ، تساويها بالنسبة ، بمعنى : كون قيمة كل
بعض بالنسبة الى قيمة البعض الآخر ، كنسبة نفس البعضين من حيث
المقدار .

بالبيع الفاسد (فان كان مثليا) كالحنطة (وجب مثله بلا خلاف ، الا ما
يحكى عن ظاهر الاسكافى) ما يظهرونه صحة دفع القيمة ايضا .
(وقد اختلف كلمات اصحابنا فى تعريف المثلى ، فالشيخ وابن
زهرة ، وابن ادريس ، والمحقق ، وتلميذه ، والعلامة ، وغيرهم
قدس الله ارواحهم بل المشهور - على ما حكى -) عنهم : (انه ما
يتساوى اجزائه من حيث القيمة) فاذا كان قيمة هذا الربع منه دينار
كان قيمة ذلك الربع منه ايضا دينارا (والمراد : باجزائه ، ما يصدق عليه
اسم الحقيقة) كاسم الحنطة فى المثال (والمراد : بتساويها من حيث القيمة
تساويها بالنسبة) اى نسبة البعض الى البعض (بمعنى : كون قيمة كل
بعض بالنسبة الى قيمة البعض الآخر) كهذا الربع بالنسبة الى ذلك الربع
(كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار)

فكما ان الربع ، يساوى مقداره ربع الآخر ، كذلك قيمة هذا الربع ،

.....
 و لذا قيل فى توضيحه: ان المقدار منه اذا كان يسوى قيمة ، فنصفه
 يسوى نصف تلك القيمة .

و من هنا رجّح الشهيد الثانى : كون المصوغ من النقدين قيميا قال:
 اذ لو انفصلت ، نقصت قيمتها .
 قلت: وهذا يوجب ان لا يكون الدرهم الواحد مثليا ، اذ : لو

تساوى قيمة الربع الآخر ، فقولهم : ما يتساوى اجزائه من حيث القيمة ،
 فى مقابل : الشاة ، مثلا ، اذ لو فرضنا رأسها : حقة ، و يدها : حقة ، لم
 تتساوى قيمتهما ، بل تختلف

(و لذا قيل فى توضيحه : ان المقدار منه) اى المثلى (اذا كان يسوى
 قيمة) كالحقة منه تسوى دينارا (فنصفه يسوى نصف تلك القيمة) كنصف
 الحقة ، يسوى نصف دينار ، و ربع الحقة ربع دينار ، و الحقتين دينارين
 و هكذا صاعداً ، و نازلاً .

(و من هنا) اى عدم صدق هذا التعريف (رجّح الشهيد الثانى :
 كون المصوغ من النقدين) الذهب و الفضة (قيميا) لا مثليا (قال : اذ لو
 انفصلت ، نقصت قيمتها) فالآنية الذهبية التى تسوى مائة دينار ، لا يسوى
 نصفها خمسين دينارا

(قلت و) فى هذا الكلام الذى ذكره الشهيد نظر (هذا) المعيار ،
 و هو نقص القيمة اذا انكسر (يوجب ان لا يكون الدرهم الواحد مثليا) فاذا
 اتلفه انسان ، و جب عليه دفع قيمته لا مثله ، و هو خلاف البديهة (اذ : لو

.....

انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع .

الآن يقال : ان الدرهم مثلى بالنسبة الى نوعه ، وهو الصحيح ولذا لا يعد الجريش مثلاً للحنطة ، ولا الدقاقة مثلاً للأرز
و من هنا يظهر : ان كل نوع من انواع الجنس الواحد ، بل كل صنف من اصناف نوع واحد مثلى ، بالنسبة الى افراد ذلك النوع ، او الصنف فلا يرد ما قيل من

انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع (حين الاتصال .
(الآن يقال : ان الدرهم مثلى ، بالنسبة الى نوعه) لا بالنسبة الى اجزائه (وهو) اى ان المراد بنوعه (الصحيح) من الدراهم مقابل المكسور منها (ولذا لا يعد الجريش) المدقوق (مثلاً للحنطة) فالحنطة مثلى ، بالنسبة الى مثلها ، لا بالنسبة الى مثلها الى الجريش (ولا الدقاقة مثلاً للأرز) فمن الممكن : ان يكون شئ واحد مثلياً بالنسبة الى مثله وقيماً بالنسبة الى اجزائه ، فالآنية النقدية مثلية ، بالنسبة الى سائر الاواني وقيمة بالنسبة الى اجزائها

(و من هنا) الذى عرفت معيار المثلى (يظهر : ان كل نوع من انواع الجنس الواحد) كأنواع الحنطة (بل كل صنف من اصناف نوع واحد) كأصناف الحنطة الكربلائية (مثلى بالنسبة الى افراد ذلك النوع او الصنف) فكل افراد الحنطة مثلى ، وكل اصناف الحنطة الكربلائية مثلى ، وذلك لانطباق المعيار المتقدم ، وهو تساوى الاجزاء بالنسبة الى القيمة (فلا يرد) على تعريف المثلى (ما قيل من) ان هذا التعريف غير

.....
 انه ان اريد التساوى بالكلية ، فالظاهر عدم صدقه على شئ من المعرف
 اذا ما من مثلّى الآ و اجزائه مختلفة فى القيمة ، كالحنطة فان قفيزاً من حنطة
 تساوى عشرة ، و من اخرى تساوى عشرين ، وان اريد التساوى فى الجملة ؟
 فهو فى القيمى موجود كالثوب و الارض ، انتهى .
 و قد لوح هذا المورد فى آخر كلامه الى رفع ايراده بما ذكرنا : من

مستقيماً : (انه ان اريد التساوى بالكلية) اى تساوى كلياً (فالظاهر :
 عدم صدقه على شئ من المعروف) بالفتح ، والمراد بالعرف : المثلّى ، اى
 هذا التعريف لا يصدق على ما هو مثلّى عند الفقهاء (اذا ما من مثلّى ، الآ و
 اجزائه مختلفة فى القيمة ، كالحنطة) مثلاً ، فانها مثلّى مع عدم صدق التعريف
 المذكور (فان قفيزاً من حنطة تساوى عشرة) دراهم (و من) حنطة (اخرى
 تساوى عشرين) درهما ، فلم يتساوى قيمة اجزاء كلّى الحنطة (وان اريد
 التساوى فى الجملة ؟) فالقفيز من الحنطة الكربلائية تساوى عشرة ، وقفيز
 اخرى ايضاً منها – لا من مطلق الحنطة – ايضاً تساوى عشرة (فهو) اى
 التساوى فى الجملة (فى القيمى) ايضاً (موجود) ولا اختصاص له بالمثلّى
 (كالثوب و الارض) فهما قيميّان ، مع ان بعض الثياب يساوى بعضها
 الآخر فى القيمة ، و كذلك بعض الاراضى (انتهى) كلام المستشكل على
 تعريف القيمى .

(و قد لوح) و اشار (هذا المورد فى آخر كلامه الى رفع ايراده بما ذكرنا) :
 من اعتبار النوعية ، او الصنفية فى المثلّى ، لا مطلق التساوى ، ولو فى الجملة (من

.....
 ان كون الحنطة مثلية ، معناه : ان كل صنف منها متماثل الاجزاء ، ومتساو
 فى القيمة ، لا بمعنى ان جميع ابعاض هذا النوع متساوية فى القيمة ، فاذا
 كان المضمون بعضا من صنف ، فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف ، لا
 القيمة ، ولا بعض من صنف آخر

لكن الانصاف : ان هذا خلاف ظاهر كلماتهم ، فانهم يطلقون المثلى .
 على جنس الحنطة والشعير ، ونحوهما ، مع عدم صدق التعريف عليه

ان كون الحنطة مثلية ، معناه : ان كل صنف منها متماثل الاجزاء ، ومتساو
 فى القيمة) فالحنطة الكر بلائية ، الصنف الخاص منها متماثلة ، لا مطلق
 الحنطة ، ولا مطلق الكر بلائية (لا بمعنى ان جميع ابعاض هذا النوع
 متساوية فى القيمة) حتى يقال : ان الكر بلائية بعشرة ، والبغدادية
 بخمسة - مثلا - .

وعلى هذا (فاذا كان المضمون بعضا من صنف) كالكر بلائية (فالواجب
 دفع مساويه من هذا الصنف) الكر بلائى ايضا (لا القيمة ، ولا بعض من
 صنف آخر) كالبغدادى - مثلا - .

(لكن الانصاف ان هذا) التقييد للمثلى باعتبار الصنف ، لا مطلق
 النوع (خلاف ظاهر كلماتهم ، فانهم) لا يعتبرون الصنف اذ (يطلقون
 المثلى على جنس الحنطة والشعير ، ونحوهما ، مع عدم صدق التعريف)
 المتقدم ، وهو تساوى الاجزاء بالنسبة الى القيمة (عليه) اى على مثل الحنطة
 والشعير ، اذ : الكر بلائية لا تماثل البغدادية ، بل لا يماثل صنف من
 الكر بلائية ، صنف آخر منها .

.....

و اطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثلية انواعه ، او اصنافه ، وان لم يكن بعيداً ، الا ان انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جداً الا ان يهملوا خصوصيات الاصناف الموجبة لزيادة القيمة ، ونقصانها كما التزمه بعضهم

غاية الامر وجوب رعاية الخصوصيات عند اداء المثل ، عوضاً عن

(و) ان قلت : انهم يطلقون المثلية على الجنس باعتبار مثلية اصنافه قلت : (اطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثلية انواعه ، او اصنافه ، و ان لم يكن بعيداً) اذ كثيراً ما يطلق الجنس ويراد النوع (الا ان انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار) بان يراد بالتعريف للمثلى : ارادة النوع ، والصنف — من الجنس — لا الجنس نفسه (بعيد جداً) اذ : المعيار فى التعاريف ظاهر الالفاظ ، لا المراد منها غيرها ، والا لم يكن التعريف تعريفًا صحيحاً ، فهو كما لو يعرف الانسان بانه حيوان ، ثم يقال بان العرف اراد قسمًا خاصاً من الحيوان ، وهو : الناطق .

(الا ان) يلتزم من عرف المثلى بالتعريف السابق ، بان الحنطة بعضها مثل بعض — اطلاقاً — حتى الكروبلاتية والبغدادية ذ (يهملوا خصوصيات الاصناف الموجبة لزيادة القيمة ، ونقصانها) فالحنطة مهما كانت قيمتها راقية ، مثل الحنطة مهما كانت قيمتها نازلة (كما التزمه بعضهم) فلم يبال باختلاف القيمة .

(غاية الامر) هذا المهمل قال به (وجوب رعاية الخصوصيات)

الموجبة لاختلاف القيمة (عند اداء المثل ، عوضاً عن

التالف او القرض .

وهذا البعد ، هذا مضافا الى انه يشكل اطراد التعريف ، بناء على هذا بانه ، ان اريد تساوى الاجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساوى حقيقيا ، فقل ما يتفق ذلك فى الصنف الواحد من النوع ، لان اشخاص

(التالف) كما لو اتلف الحنطة لزيد ، ثم يريد ادائها (او) عوضا عن (القرض) كما لو اقترض من زيد حنطة ثم اراد ادائها .

(وهذا) الالتزام بان الحنطة مثل الحنطة مهما اختلف قيمتها (ابعد)

من الالتزام السابق ، وهو اطلاق الجنس و ارادة الصنف .

والحاصل ان قولهم : ان الحنطة مثلى ، اما يراد : صنف الحنطة

مثلى ، وهذا هو الالتزام السابق ، واما يراد : مطلق الحنطة مثلى ، الا

انه دل الدليل على وجوب مراعات الخصوصيات عند الأداء للتالف و

الذى اقترضه ، وهذا هو الالتزام الثانى (هذا مضافا الى انه يشكل اطراد)

وعوموم (التعريف بناء على هذا) بان يراد الصنف من الجنس .

فقولهم : المثلى ما تساوى اجزائه ، يراد به : صنف الحنطة ، لا مطلق

الحنطة ، والمراد : بهذا هو ، ما لو ح المورد فى آخر كلامه (بانه ان اريد

تساوى الاجزاء من صنف واحد) بعد ان قيد الجنس : بالصنف ، (من حيث

القيمة تساوى حقيقيا) بان تكون الكريلائية مثلا متساوية الاجزاء تساوى

حقيقيا ، (ف) فيه انه (قل ما يتفق ذلك) التساوى الحقيقى (فى الصنف

الواحد من النوع) و يعود المحذور الموجود فى الجنس هنا ايضا (لان اشخاص

.....
 ذ لك الصنف لا يكاد يتساوى فى القيمة ، لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة
 لزيادة الرغبة ، و نقصانها كما لا يخفى .
 و ان اريد تقارب اجزاء ذ لك الصنف من حيث القيمة ، و ان لم يتساو
 حقيقة ، تحقق ذ لك فى اكثر القيميات .
 فان لنوع الجارية اصنافا متقاربة فى الصفات الموجبة لتساوى
 القيمة ، و بهذا الاعتبار يصح السلم فيها ،

ذ لك الصنف) ايضا كأشخاص الجنس (لا يكاد يتساوى فى القيمة ، لتفاوتها
 بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة ، و نقصانها) اى نقصان الرغبة
 (كما لا يخفى) اذ تختلف الحنطة الكر بلائية مثلا : من حيث قطع الارض ،
 و زيادة الماء ، و موسم الزرع ، و محله من الشمس ، و بعض الآفات
 الجزئية الى غير ذ لك من المزايا و الخصوصيات .
 (و ان اريد تقارب اجزاء ذ لك الصنف من حيث القيمة ، و ان لم يتساو)
 الاجزاء (حقيقة) فان العرف يرون تساوى الحنطة الكر بلائية من حيث
 ان كل قفيز منها بمائة مثلا ، و ان تفاوتت فى الجملة (تحقق ذ لك) التساوى
 القيمى - و ان لم يتساو حقيقة - (فى اكثر القيميات) ايضا ، و لا يكون تعريف
 المثلى مانعا للاغيار .

(ف) مثلا (ان لنوع الجارية اصنافا متقاربة فى الصفات الموجبة
 لتساوى القيمة) و كذلك لنوع الشاة ، و الابل ، و البقر ، و غيرها (و بهذا
 الاعتبار) اى التقارب فى الصفات (يصح السلم فيها) و السلم : عبارة عن
 اعطاء الثمن مقدما لاخذ المثلث بعد مدة ، و يشترط فى هذا القسم من البيع

.....

ولذا اختار العلامة في باب القرض من التذكرة ، على أن ما يصح

فيه السلم من القيميات ، مضمون في القرض بمثله .

وقد عّدّ الشيخ في المبسوط الرطب والفواكه من القيميات ، مع أن

كل نوع منها مشتمل على اصناف متقاربة في القيمة ، بل متساوية عرفاً .

ثم لو فرض ان الصنف المتساوي من حيث

ذكر المزاي ، والخصوصيات التي تختلف الرغبات في الجنس باعتبارها
فصحة السلم في الجارية دليل على تقارب الصفات والالم يصح السلم ، للجهاالة .

(ولذا) الذي ذكرنا من تقارب الصفات الموجب لدخوله في باب

المثلى (اختار العلامة في باب القرض من التذكرة ، على) ما حكى عنه (ان

ما يصح فيه) بيع (السلم من القيميات ، مضمون في القرض بمثله) لا بقيمته .

وهذا الكلام دليل على ان بعض القيميات ، ايضا تقابل بالمثل .

(و) كذلك يدل على شمول تعريف المثل ، بما تقدم للقيمي ما ذكره

الشيخ ، فانه (قد عّدّ الشيخ في المبسوط الرطب ، والفواكه ، من القيميات

مع ان كل نوع منها مشتمل على اصناف متقاربة في القيمة ، بل متساوية عرفاً)

فاذا عرفنا المثل بان ما تساوى اجزائه بالنسبة الى القيمة شمل بعض

القيميات ايضا .

(ثم) ربما يراد اصلاح تعريف المثل - المتقدم - حتى لا يرد عليه بانه

يشمل القيميات ايضا ، بالفرق بين المثل المتساوي الاجزاء ، والقيمي

المتساوي الاجزاء ، اذا الاول : كثير الوجود ، والثاني : قليل الوجود .

ولا يخفى ما في هذا الاصلاح اذ (لو فرض ان الصنف المتساوي من حيث

.....
 القيمة فى الانواع القيمية ، عزيز الوجود ، بخلاف الانواع المثلّية لم يوجب
 ذلك اصلاح طرد التعريف .

نعم يوجب ذلك ، الفرق بين النوعين فى حكمة الحكم بضمان المثلّى
 بالمثل ، والقيّمى بالقيمة

ثم انه قد عرف المثلّى : بتعاريف اخرى ، اعم من التعريف المتقدم او
 اخص ، فعن السرائر : انه ما تماثلت اجزائه و تقاربت صفاته ، وعن

القيمة فى الانواع القيمية) كالجارية — مثلا — (عزيز الوجود) اى ناد والوجود
 — اذ الغالب تفاوت افراد القيميّات — (بخلاف الانواع المثلّية) لكثرة
 تساوى اصنافها (لم يوجب ذلك) الفرق (اصلاح طرد) ومانعية (التعريف)
 للمثل ، اذ يشمل تعريف المثلّى حينئذ بعض القيميّات ، والتعريف الشامل
 للاغيار غير تام .

(نعم يوجب ذلك الفرق) بندرة التساوى فى القيمى ، وكثرة التساوى
 فى المثلّى (بين النوعين) المثلّى و القيمى (فى حكمة الحكم بضمان المثلّى
 بالمثل ، والقيّمى بالقيمة)

فيقال : ان المثل لما كان نادرا فى القيميّات ، اوجب الشارع القيمة ،
 ولما كان كثيرا فى المثلّيات ، اوجب الشارع المثل .

(ثم انه قد عرف المثلّى : بتعاريف اخرى) وهذه التعاريف (اعم من
 التعريف المتقدم ، واخص) منه (فعن السرائر : انه ما تماثلت اجزائه ،
 و تقاربت صفاته) فالحنطة كذلك بخلاف الجارية — مثلا — (وعن

.....
 الدروس والروضة : انه المتساوى الاجزاء والمنفعة ، المتقارب الصفات ،
 وعن المسالك والكفاية : انه اقرب التعريفات الى السلامة ، وعن غاية
 المراد : ما تساوى اجزائه فى الحقيقة النوعية ، وعن بعض العامة : انه
 ما قدر بالكيل او الوزن ، وعن آخر منهم : زيادة جواز بيعه سلما ، وعن
 ثالث منهم : زيادة جواز بيع بعضه ببعض

الدروس والروضة) تعريف المثلث ب(انه المتساوى الاجزاء والمنفعة ،
 المتقارب الصفات) فان منفعة بعض اجزاء الحنطة مثل منفعة بعض
 اجزائها الاخر ، وليست منفعة هذه الجارية متساوية لمنفعة جارية
 اخرى (وعن المسالك والكفاية : انه) اى التعريف السابق عن الدروس
 والروضة (اقرب التعريفات الى السلامة) عن الاشكال بطرده ، او عكسه
 (وعن غاية المراد : ما تساوى اجزائه فى الحقيقة النوعية) مقابل ما تختلف
 اجزائه فى الحقيقة النوعية فهذه الجارية تختلف عن الجارية الاخرى
 فى النوعية - بخلاف القسمين من الحنطة - ولا يخفى انه ليس مراده من
 النوع المنطقى ، بل النوع العرفى (وعن بعض العامة : انه ما قدر بالكيل
 او الوزن) كالحنطة واللبن (وعن آخر منهم) اى من العامة (زيادة :
 جواز بيعه سلما) على التعريف المتقدم ، وانما زاد ذلك ، لان السلم
 لا يجوز الا فى متقارب الصفات (وعن ثالث منهم) اى من العامة (زيادة :
 جواز بيع بعضه ببعض) على التعريف المتقدم ، وكان مراده بذلك ان
 معرفة البعض كافية فى معرفة بعضه الاخر لتساوى اجزائه ، فيعطى حقة
 من الحنطة ، فى قبال حقة اخرى ، وان لم يشاهد الثانى ، بخلاف القيميات

.....

الى غير ذلك مما حكاها فى التذكرة عن العامة ، ثم لا يخفى انه ليس للفظ
المثلث حقيقة شرعية ، ولا متشعبة ، و ليس المراد معناه اللغوى ، اذ المراد
بالمثل ، لغة المماثل ،

فان اريد من جميع الجهات ، فغير منعكس
وان اريد من بعضها ، فغير مطرد وليس فى النصوص حكم يتعلق
بهذا العنوان حتى يبحث عنه

فانه لا يجوز بيع مالم يشاهد ، ولم يوصف وصفا رافعا للضرر منه اذ اكان
غير مشاهد (الى غير ذلك) من التعريفات (مما حكاها) العلامة (فى التذكرة
عن العامة ، ثم لا يخفى انه ليس للفظ المثلث حقيقة شرعية) بان يكون
الشارع نقله من معناه اللغوى الى معنى آخر ، (ولا متشعبة) بان يكون
المتشعبة نقلوه الى معنى خاص (و ليس المراد) فى كلام الفقهاء (معناه
اللغوى ، اذ المراد بالمثل لغة المماثل) وهذا غير مراد للفقهاء .

(فان اريد) المماثل (من جميع الجهات فغير منعكس) اى غير جامع
للافراد ، فالفقهاء يذكرون - مثلا - ان الحنطة مثلى مع ان بعض الحنطة
ليس مثلا - من جميع الجهات - لبعضها الآخر .

(وان اريد) المماثل (من بعضها) اى بعض الجهات (فغير مطرد)
اى غير مانع للاغيار ، اذ الجارية - وهى ليست مثلية فى عرف الفقهاء -
بعض افرادها تماثل بعضها الآخر فى بعض الجهات (و ليس فى النصوص
حكم يتعلق بهذا العنوان) اى بعنوان ان : المثلث حكمه كذا ، (حتى
يبحث عنه) للزوم تنقيح موضوعات الاحكام

نعم وقع هذا العنوان في معقد اجماعهم على ان المثل يضمن بالمثل وغيره بالقيمة ،

ومن المعلوم انه لا يجوز الاتكال في تعيين معقد اجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين .

وحينئذ فينبغي ان يقال : كلما كان مثليا باتفاق المجمعين فلا اشكال في ضمانه بالمثل ، للاجماع

(نعم وقع هذا العنوان في معقد اجماعهم) والمراد بمعقد اجماع اللفظ الذي انصب كلماتهم عليه ، مثلكلهم قالوا : المثل يضمن بالمثل ، مقابل اجماع الذي لا معقد له ، كما لو قال بعض : الحنطة تضمن بالمثل وآخر : الشعير يضمن بالمثل ، وثالث : الارز يضمن بالمثل ، وهكذا حتى استنبطنا من كلامهم ان المراد بهذه الامثلة المذكورة : المثل ، فمن كلامهم معقد في المقام لانهم ذهبوا (على ان المثل يضمن بالمثل وغيره بالقيمة ، و) حينئذ فاللازم ان نفهم مرادهم من لفظ : المثل ، حتى نأخذ بذلك المراد في مورد اجماع .

(و من المعلوم انه لا يجوز الاتكال في تعيين معقد اجماع) عن لفظ : المثل ، في المقام (على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين) كما عرفت من اختلاف تفاسيرهم للمثل اختلاف كثيرا .

(و حينئذ فينبغي ان يقال : كلما كان مثليا باتفاق المجمعين) اي قال كلهم بانه مثلي (فلا اشكال في ضمانه بالمثل ، للاجماع) على ذلك .

.....

و يبقى ما كان مختلفافيه بينهم كالأذهب و الفضة غير المسكوكين ، فان صريح الشيخ فى المبسوط : كونهما من القيميات ، و ظاهر غيره كونهما مثليين ، و كذا الحديد و النحاس و الرصاص ، فان ظواهر عبارة المبسوط و الغنية ، و السرائر : كونها قيميّة ، و عبارة التحرير صريحة فى : كون اصولها مثلية ، و ان كان المصوغ منها قيميا ، و قد صرح الشيخ فى المبسوط بكون الرطب ، و العنب قيميا ، و التمر و الزبيب مثليا ، و قال فى محكى المختلف: ان فى الفرق اشكالا ، بل صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثليين .

(و يبقى ما كان مختلفافيه بينهم كالأذهب و الفضة غير المسكوكين) انه مختلف فيه اذ : (ان صريح الشيخ فى المبسوط : كونهما مسمّن القيميات ، و ظاهر غيره كونهما مثليين ، و كذا) اختلفوا فى (الحديد و النحاس و الرصاص ، فان ظواهر عبارة المبسوط ، و الغنية ، و السرائر كونها قيميّة ، و عبارة التحرير صريحة فى : كون اصولها) قبل طرور حالة الصب و التقلب (مثلية ، و ان كان المصوغ منها قيميا ، و كذا) اختلفوا فى بعض الثمار (قد صرح الشيخ فى المبسوط بكون الرطب و العنب قيميا ، و التمر و الزبيب مثليا ، و قال فى محكى المختلف: ان فى الفرق اشكالا) اذ : الرطب كالتمر ، و العنب كالزبيب ، فما الفارق فى كون الاولين قيميا و الآخرين مثليا ؟ (بل صرح بعض من قارب عصرنا : بكون الرطب و العنب مثليين) خلافا للشيخ

وقد حكى عن موضع من جامع المقاصد : ان الثوب مثلى والمشهور
 خلافه ، وايضا فقد مثلوا للمثلى بالحنطة والشعير ، ولم يعلم ان المراد ،
 نوعهما او كل صنف ، وما المعيار فى الصنف ؟ وكذا التمر
 والحاصل : ان موارد عدم تحقق الاجماع على المثلية فيها كثيرة فلا بد
 من ملاحظة ان الاصل الذى يرجع اليه عند الشك ، هو الضمان بالمثل او
 بالقيمة ، او تخيير المالك ، او الضامن بين المثل والقيمة ، ولا يبعد ان
 يقال : ان الاصل هو تخيير الضامن ، لاصالة براءة

(وقد حكى عن موضع من جامع المقاصد : ان الثوب مثلى والمشهور
 خلافه) وانه قيمى (وايضا) هناك تأمل فيما اتفقوا فيه كونه مثليا (فقد مثلوا
 للمثلى : بالحنطة والشعير ، ولم يعلم ان المراد نوعهما ، او كل صنف)
 فعلى الاول : الكر بلائية مثل للبغدادية ، بخلاف الثانى ، فانهما ليسا
 بمثليين (و لو كان المراد الصنف (ما المعيار فى الصنف ؟) هل البلد ،
 كالكر بلائية والبغدادية ، او اللون كالسمراء الفاتح والسمراء الشديدة ،
 او الطعم ، او الحجم ، او الديمية ، او ما شبهه (وكذا التمر) هل المثلية
 فى نوعه او صنفه كالخस्ताوى ، والبربن .

(والحاصل : ان موارد عدم تحقق الاجماع على المثلية فيها) اى فى
 مسألة القيمة (كثيرة) واذا وقع الشك (فلا بد من ملاحظة ان الاصل
 الذى يرجع اليه عند الشك ، هو الضمان بالمثل ، او بالقيمة ، او تخيير
 المالك) بين ان يأخذ المثل او القيمة (او الضامن بين) ان يعطى (المثل
 والقيمة ، ولا يبعد ان يقال : ان الاصل هو تخيير الضامن ، لاصالة براءة

.....

ذمتة عما زاد على ما يختاره ،

فان فرض اجماع على خلافه ، فالاصل تخيير المالك ، لصاله عدم براءة

ذمتة ، بدفع ما لا يرضى به المالك .

مضافا الى : عموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى ، فان مقتضاه عدم

ارتفاع الضمان بغير اداء العين ، خرج ما اذا رضى المالك بشئ آخر .

والاقوى تخيير المالك من اول الامر ، لصاله الاشتغال

ذمتة عما زاد على ما يختاره) .

فاذا اراد اعطاء المثل كان الاصل ، واذا اراد اعطاء القيمة كانت

الاصل ايضا ، فالواجب عليه هو القادر الجامع بين الامرين ، والاصل

عدم وجوب الخصوصية الزائدة سواء كانت تلك الخصوصية مثلا ، او قيمة

(فان فرض اجماع على خلافه) بان ثبت انه لا تخيير للضامن قطعاً

(فالاصل تخيير المالك) ان يأخذ المثل ، او القيمة (لصاله عدم براءة ذمتة)

اي الضامن (بدفع ما لا يرضى به المالك) فانه حق للمالك ، فاذا لم يرض

بشئ كان حقه لم يصل اليه .

(مضافا الى : عموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى) فانه يدل على

تخيير المالك (فان مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير اداء العين ، خرج من

هذا العموم) ما اذا رضى المالك بشئ آخر (مثلاً كان ، او قيمة ، فاذا لم

يرض كان مقتضى العموم بقاء الضمان على الضامن

(والاقوى تخيير المالك من اول الامر) فلا تخيير للضامن اصلاً ، حتى

يسقط بالاجماع ، ونحوه (لصاله الاشتغال) فان ذمة الضامن مشغولة

.....

و التمسك باصالة البراءة لا يخلو من منع .

نعم يمكن ان يقال : — بعد عدم الدليل لترجيح احدا الاقوال ، و
الاجماع على عدم تخيير المالك — التخيير في الاداء من جهة دوران الامر
بين المحذورين اعنى تعيين المثل ، بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة
ولا للضامن الامتناع ، وتعين القيمة كذلك ، فلا متيقن في البين
ولا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح

مالم يرض المالك بما يريد : من المثل او القيمة .

(و) ان قلت : ان البراءة مقدمة على الاشتغال ، لاننا شك في تكليف

الضامن بازيد من القدر الجامع بين المثل والقيمة .

قلت : (التمسك باصالة البراءة ، لا يخلو من منع) لان المقام من

المتباينين ، لا : الاقل والاكثر ، وفي المتباينين ، المرجع : الاشتغال ،

فانما علمنا بتكليف الضامن ، ولم نعلم انه : المثل او القيمة ، فاللازم الخروج

عن هذا التكليف ، ولا يتحقق الخروج القطعي الا بامضاء المالك

(نعم يمكن ان يقال : — بعد عدم الدليل لترجيح احدا الاقوال) المتقدمة

(والاجماع على عدم تخيير المالك —) يكون (التخيير) للضامن (في الاداء ،

من جهة دوران الامر بين المحذورين اعنى : تعيين) دفع (المثل

بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة ، ولا للضامن الامتناع و :) بين (تعيين)

دفع (القيمة كذلك) بحيث لا يكون للمالك مطالبة المثل ، ولا للضامن

الامتناع (فلا متيقن في البين) حتى يؤخذ به (ولا يمكن البراءة اليقينية

عند التشاح) وللتنازع بين المالك والضامن ، اذا اراد كل منهما غير ما اراد

.....
فهو من باب تخيير المجتهد فى الفتوى فتأمل .

هذا ، ولكن يمكن ان يقال : ان القاعدة المستفادة من : اطلاقات الضمان فى المغصوبات ، والامانات المفروطة فيها وغير ذلك هو الضمان بالمثل ، لانه اقرب الى التالف من حيث المالية والصفات ، ثم بعد ه قيمة التالف من النقدين وشبههما ، لانهما اقرب من حيث المالية ، لان

الآخر (فهو من باب تخيير المجتهد فى الفتوى) فيتخير الضامن ، بين دفع المثل او القيمة (فتأمل) لعله اشارة الى : ان هذا التخيير العقلى متوقف على عدم دليل ترجيح احد الاقوال الاربعة ، وعدم الدليل محل اشكال لان مقتضى القاعدة : ترجيح تخيير الضامن ، لان المسألة من : الاقل والاكثر ، لامن المتباينين ، كما تقدم تقريره .

ولا يخفى ان نتيجة المبحّثين ، وان كان تخيير الضامن ، الا انه فى السابق من باب التخيير الشرعى ، وهنا من باب التخيير العقلى

(هذا : ولكن يمكن ان يقال :) بضمان المثل فقط (ان القاعدة المستفادة من : اطلاقات الضمان فى) باب (المغصوبات ، والامانات المفروطة فيها) مما يضمنها الغاصب ، والأمين (وغير ذلك) من سائر اقسام الضمان (هو : الضمان بالمثل ، لانه) اى المثل (اقرب الى) الشئ (التالف من حيث المالية ، والصفات) وان لم يكن مساويا للتالف من جميع الجهات (ثم بعده) اى بعد المثل (قيمة التالف من النقدين) الذهب والقضة (وشبههما) من النقود المتعارفة ، وَرَقِيَّةٌ كانت او فلزية ، او ما شبهه (لانهما اقرب من حيث المالية) الى التالف (لان

.....

ماعداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه اليهما .

ولاجل الاتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد - على كثرتها - قد نصّ الشارع فيه على ذكر المضمون به بل كلها ، الا ما شذو ندر ، قد اطلق فيها الضمان ، فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف ، لم يحسن من الشارع اهماله في موارد البيان فقد استدل في المبسوط والخلاف ، على : ضمان المثلي بالمثل ، و

ماعداهما) من سائر الاجناس (يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه اليهما) فمثلا اذا تلف ثوب زيد ، و اراد تعويضه بالسكر ، قوم الثوب بدينار و اعطى بمقدار الدينار من السكر ، وهكذا

(ولجل الاتكال على هذا الظهور) اي ظهور : على اليد ما اخذت في لزوم كون المعطى بدلا اقرب الى التالف ، اما وصفا وقيمة ، او قيمة فقط (لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد) اي موارد الضمانات ونحوها (- على كثرتها -) في الاحاديث (قد نصّ الشارع فيه على ذكر المضمون به) اي المال الذي يقع في مقابل التالف (بل كلها ، الا ما شذو ندر ، قد اطلق فيها الضمان) مما يدل على : ان للضمان معنى عرفيا ، اعتمد اليه الشارع بدون حاجة له الى مزيد البيان (فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف) في فهم معنى الضمان (لم يحسن من الشارع اهماله في موارد البيان) والذي يفهم العرف هو القيمة ان لم يتيسر المثل .

(فقد استدل في المبسوط والخلاف على : ضمان المثلي بالمثل ، و

.....
 القيمى بالقيمة ، بقوله تعالى : ((فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا
 اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ)) بتقريب : ان مماثل ما اعتدى ، هو المثل فى المثلّى ، و
 القيمة فى غيره ، و اختصاص الحكم بالمتلف عدوانا لا يقدح بعدم القول
 بالفصل .

و ربما يناقش فى الآيّة ، بان مدلولها : اعتبار المماثلة فى مقدار
 الاعتداء ، لا المعتدى به .

القيمى بالقيمة ، بقوله تعالى : ((فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا
 اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ)) (٠) بعد فهم الاطلاقات ، وانه يشمل الاعتداءات الجسميّة
 و المالية ، و فهم ان : الاعتداء عليكم ، اعم من ما يصدق عليه الاعتداء
 عرفا ، كالغصب او الاكراه ، اما بالمناط ، او بالفهم العرفى ، من
 جهة كون المذكور من باب المثال ، وعلى كل فالاستدلال بالآيّة (بتقريب
 ان مماثل ما اعتدى هو المثل فى المثلّى ، و القيمة فى غيره ، و) قد عرفت
 ان (اختصاص الحكم) فى الآيّة (بالمتلف عدوانا) حتى يصدق الاعتداء
 (لا يقدح) فى تعميمنا الكلام للتعرض ونحوه (بعدم القول بالفصل)
 فى وجوب المثل فى المثلّى ، و القيمة فى القيمى ، بين المتلف عدوانا ،
 او بغير عدوان .

(و ربما يناقش فى) دلالة (الآيّة) على ما ذكره الشيخ (بان مدلولها
 اعتبار المماثلة فى مقدار الاعتداء لا المعتدى به) اى تدل على الكمية ،
 لا الكيفية ، فاذا اضرّ بك بمقدار دينار جاز التقابل بمقدار دينار ، و لا
 دلالة على المتقابل بكيفية المعتدى به ، كما لو كان اضرارا بسلب : الملح

.....

وفيه نظر

نعم الانصاف عدم وفاء الآيۃ كالدليل السابق عليه بالقول المشهور لان مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية فى الحقيقة والمالية ، وهذا يقتضى اعتبار المثل حتى فى القيميات ، سواء وجد المثل فيها ، ام لا امام وجود المثل فيها ، كما لو اتلف دراعا من كرياس طوله عشرون ذراعا متساوية من جميع الجهات ، فان مقتضى العرف ، والآيۃ : الزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك ولو باضعاف

كان لك اخذ : الملح ، وهكذا (وفيه نظر) اذ : ظاهر الآيۃ اعتبار المماثلة من جميع الجهات .

(نعم الانصاف عدم وفاء الآيۃ كالدليل السابق عليه) وهو اطلاق ادلة الضمان اتكالا على الفهم العرفى (بالقول المشهور) وهو المثل فى المثلى ، والقيمة فى القيمى (لان مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية فى الحقيقة) بان تكون حقيقة التالف ، والبدل واحدة (والمالية) بان يكونا متساويين ايضا من حيث المالية (وهذا) المعنى (يقتضى اعتبار المثل حتى فى القيميات سواء وجد المثل فيها ، ام لا)

و حيث هذا ليس بمراد قطعا ، لزم ان نقول : بعدم الدلالة فى الآيۃ والدليل السابق على كلام المشهور (امام وجود المثل فيها) اى فى القيميات (كما لو اتلف دراعا من كرياس طوله عشرون ذراعا متساوية من جميع الجهات) مع ان باقى الكرياس موجود فى الخارج (فان مقتضى العرف والآيۃ الزام الضامن بتحصيل ذراع اخر من ذلك) الكرياس (ولو باضعاف

.....
قيمته ، ودفعه الى مالك الذراع المتلف ، مع ان القائل بقيمة الثوب لا
يقول به •

وكذا الواتلف عليه عبدا ، وله فى ذمة المالك بسبب القرض ، او
السلم عبد موصوف بصفات التالف ، فانهم لا يحكمون بالتهاتر القهرى كما
يشهد به ملاحظة كلماتهم : فى بيع عبد من عبيد •
نعم ذهب جماعة ، منهم : الشهيدان فى الدروس ، والمسالك

قيمته ، ودفعه الى مالك الذراع المتلف) لانه مثله حقيقة ، وقيمة •
(مع ان القائل بقيمة الثوب لا يقول به) لانهم يقولون بوجوب
القيمة فى القيميّات وان وجد المثل •

(وكذا الواتلف عليه عبداً وله فى ذمة المالك بسبب القرض والسلم)
بان اقترض مالك العبد التالف من المتلف — سابقا — عبداً ، واشترى منه
سلعة فى مقابل (عبد موصوف بصفات التالف ، فانهم لا يحكمون
بالتهاتر القهرى)

مع ان مقتضى الآية ، والعرف ، التهاتر القهرى للمماثلة بين
العبيد حقيقة ، وقيمة (كما يشهد به) اى بعدم حكمهم بالتهاتر
القهرى (ملاحظة كلماتهم فى بيع عبد من عبيد) •

لكن ربما يقال ان الظاهر من كلماتهم ما هو المتعارف من عدم تساوى
العبيد من جميع الجهات ، وكذلك عدم تساوى الاقمشة فى الزمان
السابق الذى كان بالنسج اليدوى •

(نعم ذهب جماعة منهم : الشهيدان فى الدروس ، والمسالك

.....
الى جواز رد العين المقترضة ، اذا كانت قيمية ، لكن لعله من جهة صدق
اداء القرض باداء العين ، لا من جهة ضمان القيمي بالمثل ، ولذا اتفقوا
على عدم وجوب قبول غيرها ، وان كان معاثلا لها من جميع الجهات ، و
اما مع عدم وجود المثل للقيمي التالف ، فمقتضى الدليلين عدم سقوط
المثل من الذمة بالتعذر ، كما لو تعذر المثل في المثلى فيضمن بقيمته يوم
الدفع كالمثلى

الى جواز رد العين المقترضة ، اذا كانت قيمية) وهذا يدل على تقديرهم
المثل في القيمي ، اذا وجد المثل له (لكن) لا يمكن ان يعتمد على هذه الفتوى
في جواز ان المثل في القيمي جازو (لعله) افتى الشهيدان بذلك لان جهة
اعطاء المثل مكان القيمي ، بل (من جهة صدق اداء القرض باداء العين)
اي ادائه عينه التي اقترضها من المالك (لان جهة ضمان القيمي بالمثل ، و
لذا) الذي ذكرنا من ان القيمي انما يعطى القيمة بدلاله ، لا المثل ، وان كان
المثل يماثله من جميع الجهات (اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها) اي
غير القيمة (وان كان) ذلك العين (معاثلا لها) اي للقيمي (من جميع الجهات)
هذا مع وجود المثل للقيمي (واما مع عدم وجود المثل للقيمي التالف)
كما هو الغالب (فمقتضى الدليلين) السابقين : على اليد ما اخذت ، المستفاد
منه عرفا المثل ، وآية : فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (عدم سقوط
المثل من الذمة بالتعذر) بل المثل في الذمة حتى اذا اراد اعطائه
ابدله بالثمن في نفس وقت الاعطاء (كما لو تعذر المثل في المثلى فيضمن
بقيمته يوم الدفع) لا يوم التلف (كالمثلى) الذي هو كذا لك مضمون بقيمة

ولا يقولون به ، وايضافلو فرض نقصان المثل عن التالف، من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً ، فمقتضى ذلك عدم وجوب الزام المالك بالمثل لاقتضاءها اعتبار المماثلة فى الحقيقة والمالية .

مع ان المشهور - كما يظهر من بعض - الزامه به ، وان قوى خلافه بعض

يوم الدفع لو تعذر المثل (و) الحال انهم (لا يقولون به) اذ بناءهم على الانتقال الى القيمة بمجرد التلف (وايضا) يرد على استفادة المثل فى المثل ، والقيمة فى القيمى ، من آية : الاعتداء ، واطلاق : دليل الضمان ، اشكال آخر - وهذا عطف على قوله : نعم الانصاف - (فلو فرض نقصان المثل عن التالف ، من حيث القيمة ، نقصاناً فاحشاً) بان كان التالف من الحنطة يسوى الف دينار ، ثم رخصت فصارت مائة دينار (فمقتضى ذلك) الذى تقدم من : اعتبار المماثلة جنساً وقيمة - لانه المثل حقيقة - (عدم وجوب الزام) المتلف (المالك بالمثل) بل للمالك الحق فى ان يأخذ المثل باعتبار المماثلة فى الجنس ، او يأخذ القيمة للمماثلة فى القيمة (لاقتضاءها) - علة عدم وجوب - والضمير عائد الى الآية ، او : لاقتضاءهما ، فالضمير عائد الى الآية والعرف ، (اعتبار المماثلة فى الحقيقة) اى الجنس (و المالية) فاذا لم يجتمع اجاز للمالك اختيار احدهما ، فلا يحق للمتلف جبره بالمثل .

(مع ان المشهور - كما يظهر من بعض - الزامه به) اى بالمثل ، و ان كان انقص مالا ، نقصاناً فاحشاً (وان قوى خلافه) اى خلاف ذلك بان يكون للمالك حق اخذ القيمة (بعض) الفقهاء .

.....
 بل ربما احتل جواز دفع المثل ، ولو سقط من القيمة بالكلية ، وان

كان الحق خلافه .

فتبين ان النسبة بين مذهب المشهور ، ومقتضى العرف والآية
 عموم من وجه ، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين ، ولا يضمن به عند
 المشهور ، كما في المثاليين المتقدمين

(بل ربما احتل جواز دفع المثل ، ولو سقط من القيمة بالكلية)

كالجمد في الشتاء ، والورقة النقدية الساقطة عن الاعتبار (وان كان الحق
 خلافه) وانه حين السقوط عن القيمة لا يكفي في كونه اداءً للدين ، و
 رفعاً للضمان ، لعدم صدق : حتى تؤدي ، عليه فانه ليس اداءً
 لما اخذه - عرفاً -

(فتبين ان النسبة بين مذهب المشهور) القائلين : بالمثل في المثلى
 والقيمة في القيمي (ومقتضى العرف) الذي استفاده من اطلاقات ادلة
 الضمان (والآية) اي قوله سبحانه : فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ،
 (عموم من وجه)

فكيف يمكن ان يجعل العرف والآية ، دليلاً على مذهب المشهور
 (فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين) العرف والآية (ولا يضمن به عند
 المشهور) اي المشهور لا يقولون : بضمانه بمثله (كما في المثاليين المتقدمين)
 اي مثال الكرباس ، ومثال : اتلف له عبداً ، وله في ذمة المالك عبد مثله
 فان في المثاليين حسب العرف والآية ، يلزم ان نقول بانه ضامن لمثله ، مع
 ان المشهور لا يقولون بالمثل ، وانما بالقيمة .

.....

وقد ينعكس الحكم كفاى المثال الثالث •

وقد يجتمعان فى المضمون به ، كفاى اكثر الامثلة •

ثم ان الاجماع على ضمان القىمى بالقيمة — على تقدير تحقّقه — لا يجدى بالنسبة الى مالم يجمعوا على كونه قىميا ، ففى موارد الشك يجب الرجوع الى المثل ، بمقتضى الدليل السابق

(وقد ينعكس الحكم) بان يضمن بالمثل ، والحال ان مفاد الدليلين عدم الضمان بالمثل (كفاى المثال الثالث) وهو ما اذا نقصت قيمة المثل نقصانا فاحشا ، او سقط عن القيمة اصلا — على قول بعض — فانه لا يضمن بالمثل حسب الآيّة والعرف ، لان الباقي ليس مثل التالف — اذ العرف والآيّة حسب ظاهرها ، تعتبر المالية والجنسية ، وهذا ليس بمثل التالف قيمة — مع ان المشهور يقولون بانه ضامن بمثله ، وان كان انقص قيمة •

(وقد يجتمعان) اى المشهور ، والآية والعرف (فى المضمون به) اى ما يضمنه الضامن (كفاى اكثر الامثلة) كمالو اتلف الحنطة وكانت قيمتها وقت الاداء مساوية لقيمتها وقت التلف ، فان المشهور يقولون: بوجوب اعطاء المثل ، وكذلك هو مفاد الآيّة والعرف

(ثم ان الاجماع على ضمان القىمى بالقيمة — على تقدير تحقّقه —) اى تحقق الاجماع (لا يجدى بالنسبة الى مالم يجمعوا على كونه قىميا) بان اختلفوا فى انه هل هو قىمى او مثلى — كما عرفت فى بعض الامثلة السابقة — (فى موارد الشك) فى انه مثلى ، اوقىمى (يجب الرجوع الى المثل ، بمقتضى الدليل السابق) وهو اطلاق ادلة الضمان الظاهر ، فى المثل — بمعونة فهم

.....

وعوم الآية ، بناءً على ما هو الحق المحقق من ان : العام المخصص بالمجمل مفهوما ، المتردد بين الاقل والاكثر ، لا يخرج عن الحجية بالنسبة الى موارد الشك .

فحاصل الكلام ان ما اجمع على كونه مثليا ، يضمن

العرف - (و) بمقتضى (عموم الآية) اى قوله سبحانه : بمثل ما اعتدى ، اذ الظاهر منها : المثل ، الا ما خرج بالدليل .

فان قلت : كيف يتمسك بالعموم فى الشبهة المصداقية ، اذ نشك فى ان : الشئ الفلانى ، مثلى ام لا ؟ ، فكيف يقال : بوجوب اعطاء المثل بدليل آية : بمثل ما اعتدى .

قلت : هذا (بناءً على ما هو الحق المحقق) فى الاصول (من ان العام المخصص بالمجمل مفهوما ، المتردد) ذلك المجمل (بين الاقل والاكثر) لا بين المتباينين (لا يخرج عن الحجية بالنسبة الى موارد الشك) مثلالو قال : اكرم العلماء ، ثم قال : لا تكرم الفساق ، وكان لفظ الفاسق : مجملا مفهوما وانه هل المراد به مرتكب الكبيرة فقط ، او الاعم من مرتكب الكبيرة والصغيرة ، فان حجية العام بالنسبة الى مرتكب الصغيرة باقية لان مرتكب الصغيرة داخل فى العام ولم يعلم بخروجه منه ، والمقام هكذا ، الا أن : المثل ، عام شامل للمثلى والقيمى ، خرج منه : القيمى ، فاذا شك فى شئ انه قيمى ام لا كان اللازم التمسك بعموم الآية .

(فحاصل الكلام) فى باب الضمان (ان ما اجمع على كونه مثليا يضمن

.....
 بالمثل مع مراعاة الصفات التى يختلف بها الرغبات ، و ان فرض نقصان قيمته فى زمان الدفع ، او مكانه عن قيمة التالف ، بناءً على تحقق الاجماع على اهمال هذا التفاوت .

مضافا الى الخبر الوارد : فى ان اللازم على من عليه دراهم الثابت فى ذمة من اقتترض دراهم ، واسقطها السلطان ، و روج غيرها ، هى الدراهم الاولى وما اجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمة ، بناءً على ما سيجيئ

بالمثل) فيما اذا اتلفه متلف ، او نحو ذلك (مع مراعات الصفات التى يختلف بها الرغبات) فى باب الامثال مثلاً اذا كانت صفة الكربلائية والبغدادية فى الحنطة تختلف بها الرغبات ، كان اللازم ضمان الكربلائية بالكربلائية و البغدادية بالبغدادية و هكذا (و ان فرض نقصان قيمته) أى قيمة المثل (فى زمان الدفع ، او مكانه عن قيمة التالف) كما لو كانت قيمة التالف عشرة ، و قيمة المثل خمسة مثلاً (بناءً على تحقق الاجماع على اهمال هذا التفاوت) فان الفقهاء اجمعوا على انه لا اعتبار بالتفاوت القيمى فى الامثال فالمثل مضمون بمثله سواء كان اكثر قيمة ، او اقل ، او مساوياً ،

(و مضافاً الى) الاجماع كيدل على اهمال التفاوت (الخبر الوارد فى ان اللازم على من عليه دراهم الثابت فى ذمة من اقتترض دراهم ، واسقطها السلطان ، و روج غيرها ، هى الدراهم الاولى) مع وضوح ان الدراهم الاولى باسقاط السلطان لها تقل قيمتها ، فان للسكة و اعتبار السلطان قسطاً من المالىة كما لا يخفى .

(و ما اجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمة) لا المثل (بناءً على ما سيجيئ)

.....

من الاتفاق على ذلك ، وان وجد مثله ، او كان مثله فى ذمة المالك
وماشك فى كونه قيميا ، او مثليا ، يلحق بالمثل ، مع عدم اختلاف
قيمتى المدفوع ، والتالف ، مع الاختلاف ، ألحق بالقيمي ، فتأمل .
((الخامس)) : ذكر فى القواعد : انه لو لم يوجد المثل الا بأكثر من
ثمن المثل

فى الامر السابع (من الاتفاق على ذلك) اى ضمانه بالقيمة (وان وجد مثله)
كالكر باس فى المثال المتقدم (او كان مثله فى ذمة المالك) بان اتلف زيد مترا
من كرياس عمرو ، وكان لزيد فى ذمة عمرو كرياسا مثله ، فانه لا يتها ترا لمتزان
تها ترا قهريا ، كما فى المثل الذى نقول بالتها ترفيه (وماشك فى كونه
قيما ، او مثليا يلحق بالمثل) لما عرفت من قاعدة التمسك بالعام فى مورد
الشك فى دخول شئ فى المخصص (مع عدم اختلاف قيمتى المدفوع والتالف)
كما لو شك فى ان الرطب مثل ، او قيمي ، لاختلاف الفقهاء فيه فانه مع عدم
الاختلاف فى القيمة يقال انه مثل ، (و مع الاختلاف) - بان كان التالف عشرة
و المدفوع خمسة - (الحق بالقيمي) فيدفع قيمته لأمثله ، اذ قد
عرفت ان العرف يرى المعاملة فى الجنس والقيمة ، فاذا اختلفا كان المعيار
القيمة ، لان القصد الاول للناس العاليات ، لا الشكيات (فتأمل) اذ مع
الاختلاف ايضا يجب ان يلحق بالمثل لما عرفت من : قاعدة التمسك بالعام
فى المشكوك خروجه .

((الخامس)) من فروع ما ابتاعه بالعقد الفاسد (ذكر فى القواعد انه

لو لم يوجد المثل الا بأكثر من ثمن المثل) مثلا : اتلف حقة من الحنطة و

.....
ففى وجوب الشراء ترد دانتهى .

اقول : كثرة الثمن ان كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل بان صارت قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلفه ، فالظاهر انه : لا اشكال فى وجوب الشراء ، ولا خلاف ، كما صرح به فى الخلاف حيث قال : اذا غصب ماله مثل ، كالحبوب ((كاللحوم خل)) والادهان ، فعليه مثل ما تلف فى يده ، يشتريه باى ثمن كان ، بلا خلاف ، وفى المبسوط : يشتريه باى ثمن كان اجماعا انتهى ، ووجهه : عموم النص والفتوى بوجوب المثل فى المثلى

قيمتها المتعارفة الآن خمسة دراهم ، لكنها لم يوجد الآن بعشرة دراهم (ففى وجوب الشراء ترد دانتهى) وكأنه لقاعدة : الضمان ، المقتضية للشراء ، ولقاعدة : لا ضرر ، خصوصا فيما اذالم يكن التلف بمثل الغصب ونحوه (اقول : كثرة الثمن ان كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل بان صارت قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلفه ، فالظاهر انه : لا اشكال فى وجوب الشراء ، ولا خلاف) بين الفقهاء فى ذلك (كما صرح به فى الخلاف ، حيث قال : اذا غصب ماله مثل كالحبوب والادهان ، فعليه مثل ما تلف فى يده ، يشتريه باى ثمن كان ، بلا خلاف) انتهى كلام الشيخ (وفى المبسوط : يشتريه باى ثمن كان اجماعا انتهى) كلامه (ووجهه : عموم النص) وهو : على اليد ما اخذت (والفتوى : بوجوب المثل فى المثلى) وعموم الفتوى مؤيد اذ يظهر منه فهم الفقهاء من الادلة ، ففهمهم دليل ائى للحكم اذ :
مَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانٍ قَوْمِهِ .

و يؤيده : فحوى حكمهم بان تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال الى القيمة ، بل ربما احتل بعضهم ذلك ، مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالك كالماء على الشاطئ ، والثلج في الشتاء .

واما ان كان لاجل تعذر المثل ، وعدم وجدانه الا عند من يعطيه باز يد مما يرغب فيه الناس ، مع وصف الاعواز بحيث يعدّ بذل ما يريد مالكة بازائه ضررا

(و يؤيده) وجوب الشراء ولو باضعاف القيمة (فحوى) والمفهوم من (حكمهم بان تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف ، لا يوجب الانتقال الى القيمة) مثلا كانت الحنطة عشرة ، فصارت خمسة ، وجسه الفحوى انه اذا كان المعيار المثل ، في حال التنزل كان المثل معيارا في حال الترقى ، والا لم يصح المثل في حال التنزل ايضا (بل ربما احتل بعضهم ذلك) المثل (مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالك كالماء على الشاطئ والثلج في الشتاء) لكن ربما يقال : بان هذا ليس بمثل ، فلا يصدق عليه : ما اخذت ، و قد تقدم في الامر السابق الاشارة اليه .

(و اما ان كان) غلاء المثل (لاجل تعذر المثل وعدم وجدانه الا عند من يعطيه باز يد مما يرغب فيه الناس) فمثلا الناس يرغبون في الصيف في الثلج بقيمة درهم ، والذي عنده يعطيه بدينار (مع وصف الاعواز) و عدم في الخارج (بحيث يعدّ بذل ما يريد مالكة) من القيمة (بازائه ضررا

عرفا والظاهر: ان هذا هو المراد بعبارة القواعد ، لان الثمن فى الصورة الاولى ليس بازيد من ثمن المثل ، بل هو ثمن المثل ، وانما زاد على ثمن التالف يوم التلف ، وحينئذ فيمكن التردد فى الصورة الثانية ، كما قيل : من ان الموجود باكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة فى الكفارة والهدى وانه يمكن معاندة البائع ، و طلب اضعاف القيمة ، وهو ضرر

عرفا) وياتى جواب: اما ، عند قوله : فحينئذ ، اما قوله : والظاهر ، الخ فى الجملة معترضة (والظاهر ان هذا) المعنى وهو زيادة القيمة لاجل تعذر المثل فى مقابل زيادة القيمة السوقية (هو المراد بعبارة القواعد) المذكورة فى اول : الخامس ، (لان الثمن فى الصورة الاولى) وهى صورة زيادة القيمة السوقية (ليس بازيد من ثمن المثل ، بل هو ثمن المثل وانما زاد) ثمن المثل (على ثمن التالف يوم التلف) فقول القواعد ، والا باكثر من ثمن: المثل ، لا ينطبق على الصورة الاولى وانما ينطبق على الصورة الثانية (و حينئذ) اى حين كان الزيادة لاجل التعذر (فيمكن التردد فى الصورة الثانية) و هو صورة الزيادة لاجل التعذر (كما قيل من ان الموجود باكثر من ثمن المثل كالمعدوم ، كالرقبة فى الكفارة والهدى) فانه فى صورة العدم او صورة كونها اكثر الملحق بالمعدوم تنتقل الكفارة الى المرتبة الثانية – فيما لو كانت الكفارة مرتبة – وكذلك الهدى فى باب الحج لو كان معدوما او ملحقا بالمعدوم انتقل التكليف الى الصيام الذى هو بدل الهدى (وانه يمكن معاندة البائع) للمثل (و طلب اضعاف القيمة ، وهو ضرر) على المكلف بالمثل ، ولا ضرر فى الاسلام ، وهذا الوجهان اى : من ان الموجود

.....

ولكن الاقوى مع ذلك وجوب الشراء وفاقا للتحريير كما عن الايضاح ،
والدروس ، وجامع المقاصد ، بل اطلاق السرائر ونفى الخلاف المتقدم
عن الخلاف ، لعين ما ذكر في الصورة الاولى ثم انه لافرق في جواز مطالبة
المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف ، او غيرهما لابين كون قيمته في مكان المطالبة
ازيد من قيمته في مكان التلف ام لا ؟ وفاقا لظاهر المحكى عن السرائر والتذكرة ، و
الايضاح والدروس ، وجامع لمقاصد ، وفي السرائر انه الذي يقتضيه عدل الاسلام

وانه يمكن ، كلاهما وجه الانتقال الى القيمة ، اما وجه عدم الانتقال فهو
ما ذكره بقوله :

(ولكن الاقوى مع ذلك وجوب الشراء) للمثل ولو بالازيد (وفاقا
للتحريير كما عن الايضاح ، والدروس ، وجامع المقاصد ، بل اطلاق
السرائر) يشمله ايضا (ونفى الخلاف المتقدم عن الخلاف) ايضا يشمل ما
نحن فيه من صورة زيادة القيمة ، وانه يجب اعطاء المثل وان كان ضرا
للمشتري (لعين ما ذكر في الصورة الاولى) اي صورة زيادة القيمة السوقية ،
اي عموم النص والفتوى بلزوم دفع المثل في المثلى .

(ثم انه لافرق في جواز مطالبة المالك) الضامن (بالمثل بين كونه في
مكان التلف ، او غيره) لاطلاق الادلة (ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة
ازيد من قيمته في مكان التلف ، ام لا ؟) كما لو اتلفه في كربلاء ، وطلب منه
في بغداد ، وكانت قيمته في بغداد ضعف قيمته في كربلاء (وفاقا لظاهر
المحكى عن السرائر والتذكرة ، والايضاح ، والدروس ، وجامع المقاصد
وفي السرائر انه) اي حق المطالبة مطلقا (الذي يقتضيه عدل الاسلام

.....
والادلة ، واصول المذهب ، وهو كذلك لعموم : الناس مسلطون على
اموالهم ، هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة ، واما مع تعذره فسيأتى
حكمه في المسألة السادسة

((السادس)) : لو تعذر المثل في المثلى ، فمقتضى القاعدة :
وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك ، لان منع المالك ظلم ، والزام الضامن
بالمثل منفي بالتعذر فوجب القيمة جمعا بين الحقين

والادلة ، واصول المذهب) فان العدل يقتضى تسليط المالك على الضامن
مطلقا ، والادلة مثل : فاعتد واعليه بمثل ما اعتدى عليك ، واصول المذهب
الواردة عن الائمة الطاهرين مما دل على اطلاق الضمان مثل : على اليد ،
(وهو كذلك) له الحق في المطالبة مطلقا (لعموم : الناس مسلطون على
اموالهم) فان السلطة المطلقة قاضية بجواز الاستيلاء عليه في كل مكان ،
وبكل صورة ، صورة الزيادة وعدم الزيادة (هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة واما مع
تعذره) في بلد المطالبة (فسيأتى حكمه في المسألة السادسة) انشاء تعالى
((السادس)) لو تعذر المثل في المثلى ، فمقتضى القاعدة : وجوب
دفع القيمة مع مطالبة المالك) اما مع عدم المطالبة ، فلا اشكال في جواز بقاء
الضامن ، وهل يجب للمالك اخذ القيمة لو اراد الضامن افراغ ذمته ام لا ؟
احتمالان (لان منع المالك) حتى يجد المثل ولو بعد سنوات (ظلم ، والزام
الضامن : بالمثل منفي بالتعذر) لأن التكليف بالممتنع محال ، وان كان الشخص ،
هو الذى سبب هذا الامتناع (فوجب القيمة ، جمعا بين الحقين) حق
المالك وحق الغاصب .

.....
 مضافا الى قوله تعالى : فَأَعْتَدْ وَعَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ ، فان

الضامن اذا االزم بالقيمة مع تعذر المثل ، لم يعتد عليه ازيد مما اعتدى و
 اما مع عدم مطالبة المالك فلا دليل على الزامه بقبول القيمة لأن المتيقن
 ان دفع القيمة علاج لمطالبة المالك و جمع بين حق المالك بتسليطه على
 المطالبة ، وحق الضامن بعدم تكليفه بالمعذور ، او المعسور اما مع
 عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقه عن المثل .

و ما ذكرنا يظهر من المحكى عن التذكرة والايضاح حيث ذكرافى رد

(مضافا الى قوله تعالى : فَأَعْتَدْ وَعَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ ، فان الضامن

اذا االزم بالقيمة مع تعذر المثل ، لم يعتد عليه ازيد مما اعتدى) بل هو بمثل
 اعتدائه .

هذا مع مطالبة المالك (و اما مع عدم مطالبة المالك) للقيمة فى صورة
 تعذر المثل (فلا دليل على الزامه بقبول القيمة) ان اراد الضامن ابراء ذمته
 (لان المتيقن ان دفع القيمة علاج لمطالبة المالك) فى صورة تعذر المثل
 (و جمع بين حق المالك بتسليطه) الشارع (على المطالبة ، و حق الضامن)
 الذى لا يجد المثل (بعدم تكليفه بالمعذور ، او المعسور) لعموم ادلة :
 رفع العسر (اما مع عدم المطالبة) اى مطالبة المالك (فلا دليل) على الزامه
 باخذ القيمة و (على سقوط حقه عن المثل) الذى هو الواجب الاولى على
 الضامن .

(و ما ذكرنا) من عدم الزام المالك باخذ القيمة فى صورة تعذر المثل

(يظهر من المحكى عن : التذكرة ، والايضاح حيث ذكرافى رد)

بعض الاحتمالات الآتية - في حكم تعذر المثل - ما لفظه أن المثل لا يسقط بالاعواز ، الا ترى ان المغصوب منه لو صبر الى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به وانما المصير الى القيمة وقت تغريمها ، انتهى ، لكن اطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل ، ولعلمهم يريدون صورة المطالبة والافلاذ ليل على الاطلاق .

و يؤيد ما ذكرنا أن المحكى عن الاكثر - في باب القرض - ان المع تبر في المثل المتعذر قيمته يوم المطالبة .

بعض الاحتمالات الآتية - في حكم تعذر المثل - ما لفظه (الدال على عدم الالتزام في صورة التعذر) ان المثل لا يسقط بالاعواز ، الا ترى أن المغصوب منه لو صبر الى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به (ولو كان المثل يسقط بالاعواز ، لم يكن وجه لمطالبة المالك بالمثل ، زمان وجوده بعدان فقد ، لانه تبدل الى القيمة) وانما المصير الى القيمة وقت تغريمها (اى ارادة المالك اخذ القيمة من الضامن) انتهى ، لكن اطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل (بدون فرق بين المطالبة وعدمها) ولعلمهم يريدون صورة المطالبة (من المالك عن الضامن) والافلاذ ليل على الاطلاق (المذكور اى لصورة عدم المطالبة ايضا .

(و يؤيد ما ذكرنا) من اختصاص القيمة بصورة المطالبة (ان المحكى عن الاكثر - في باب القرض - ان المع تبر في المثل المتعذر قيمته يوم المطالبة) فالتحول الى القيمة انما هو لدى المطالبة ، ولو كان التحول

.....

نعم : غير بعضهم بيوم الدفع ، فلي تأمل .

وكيف كان : فلنرجع الى حكم المسألة ، فنقول : ان المشهور ان العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع ، لان المثل ، ثابت في الذمة الى ذلك الزمان ، ولا دليل على سقوطه بتعذره كما لا يسقط الدين بتعذر ادائه وقد صرح بما ذكرنا المحقق الثاني ، وقد عرفت من التذكرة ، والايضاح : ما يدل عليه ويحتمل اعتبار وقت تعذر المثل ، وهو للحلى ، في البيع الفاسد ، وللتحرير في باب

عند التعذر لكان اللازم ان يقولوا : قيمة يوم التعذر ،

(نعم : غير بعضهم بيوم الدفع) الظاهر في صحة اعطاء القيمة يوم

يريد المقترض الدفع ، لا يوم المطالبة (فلي تأمل) اذ من الممكن ان يكون مراده بيوم الدفع ، هو يوم المطالبة .

(وكيف كان : فلنرجع الى حكم المسألة) فيما لو تعذر المثل في المثلى

(فنقول : ان المشهور ان العبرة في قيمة المثل المتعذر) ذلك المثل (بقيمته

يوم الدفع) بقيمة ، متعلق : بالعبرة ، (لان المثل ، ثابت في الذمة

الى ذلك الزمان) الذي هو زمان الدفع (ولا دليل على سقوطه) اي سقوط

المثل (بتعذره) اي فيما لو تعذر المثل (كما لا يسقط الدين بتعذر ادائه)

اذ لا وجه للسقوط مع امكان ادائه بعدا (وقد صرح بما ذكرنا) من عدم

السقوط بالتعذر (المحقق الثاني ، وقد عرفت من التذكرة ، والايضاح :

ما يدل عليه) وان العبرة بيوم الدفع (ويحتمل اعتبار وقت تعذر المثل

وهو) اي هذا الاحتمال (للحلى ، في البيع الفاسد ، وللتحرير في باب

القرض ، و يحكى عن المسالك ، لانه وقت الانتقال الى القيمة
 ويضعفه : انه ان اريد بالانتقال انقلاب ما في الذمة الى القيمة في
 ذلك الوقت ، فلا دليل عليه ، وان : اريد عدم وجوب اسقاط ما فسى
 الذمة الا بالقيمة فوجوب الاسقاط بها وان حدث يوم التعذر مع المطالبة
 الا انه لو اخر الاسقاط بقى المثل في الذمة الى تحقق الاسقاط ، واسقاطه
 في كل زمان باداء قيمته في ذلك الزمان ، وليس في الزمان الثانى مكلفا بما

القرض ، ومحكى عن المسالك) ايضا (لانه) اى وقت تعذر المثل (وقت
 الانتقال الى القيمة) اذ المتعذر لا يعقل ان يكلف به ، والسقوط لا وجه له ،
 فلا يبقى الا القيمة .

(ويضعفه : انه ان اريد بالانتقال انقلاب ما في الذمة الى القيمة في
 ذلك الوقت ، فلا دليل عليه) اذ الانقلاب خلاف الاصل ، ولا يكون الانقلاب
 المالك بمعاوضة ونحوها ، او قلب الشارع ، والاوّل لم يكن ، والثانى
 لا دليل عليه (وان : اريد عدم وجوب اسقاط ما في الذمة الا بالقيمة)
 يعنى ان الواجب اسقاط الضامن لما في ذمته ، بدفع قيمة الشئ الذى
 المالك (فوجوب الاسقاط بها) اى بالقيمة (وان حدث يوم التعذر مع
 المطالبة) لان المالك اذا طالب ، ولم يمكن المثل وجب ابقاء حقه
 باعطاء القيمة (الا انه لو اخر الاسقاط) عصيانا ، كما لو لم يعطه مع المطالبة
 او من دون عصيان (بقى المثل في الذمة الى تحقق الاسقاط ، ومن المعلوم
 ان) اسقاطه في كل زمان) انما هو (باداء قيمته في ذلك الزمان) سواء كانت
 القيمة في ذلك الزمان اقل ، او اكثر (وليس في الزمان الثانى مكلفا بما

.....

صدق عليه الاسقاط في الزمان الاول ،

هذا ولكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة الى ما تقدم سابقا من الآيه ومن : ان المتبادر من اطلاقات الضمان ، هو وجوب الرجوع الى اقرب الاموال الى التالف ، بعد تعذر المثل ، توجه القول بصيرورة التالف قيميا ، بمجرد تعذر المثل ، اذ لا فرق في تعذر المثل بين تحققه ابتداء ١٤ ، كما في القيميات

صدق عليه الاسقاط في الزمان الاول) فلو كان في الزمان الاول عشرة ، و في الزمان الثاني خمسة ، لم يكن مكلفا بعشرة ، لان المثل لم ينقلب الى القيمة في الزمان الاول ، وانما ينقلب حين الاعطاء

(هذا) تمام الكلام في عدم اعتبار يوم التعذر (ولكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة) اي مسألة تعذر المثل (الى ما تقدم سابقا من الآيه) اي آية : فاعتدوا عليه (ومن : ان المتبادر من اطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع الى اقرب الاموال الى التالف) واقرب الاموال الى التالف المثل حين وجوده (بعد تعذر المثل ، توجه القول بصيرورة التالف قيميا ، بمجرد تعذر المثل) فالاعتبار بالقيمة يوم التعذر لا يوم الوفاء ، فكانه اذا تالف المال يقول الشارع : اعط اقرب الاموال الى التالف في زمان المثل اقرب الاموال هو المثل ، وفي زمان تعذره اقرب الاموال هو القيمة ، واذا انتقل الضمان الى القيمة ، بقيت القيمة في الذمة ، سواء ارتفعت قيمة المثل بعد ذلك ام لا ؟ (اذ لا فرق في تعذر المثل) الموجب للانتقال الى القيمة (بين تحققه ابتداء ١٤ ، كما في القيميات) فانه بمجرد

.....
و بين طرّوه بعد التمكن، كما في مانحن فيه .

و دعوى اختصاص الآيّة و اطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر
المثل ابتداءً، لا يخلو عن تحكم .

ثم ان في المسألة احتمالات آخر ذكر اكثرها في القواعد ، و قوى
بعضها في الايضاح ، و بعضها بعض الشافعية ، و حاصل جميع الاحتمالات

التلف، تجب قيمته، اذ لا مثل له (و بين طرّوه) اي عروض التعذر (بعد
التمكن) من المثل (كما في مانحن فيه) حيث كان المثل موجودا حين
التلف، و انما تعذر المثل بعد ذلك

(و دعوى) الفرق بين التعذر و الابتدائي، و التعذر الطارى بسبب
(اختصاص الآيّة) : فاعتد و اعليه (و اطلاقات الضمان) المنصرف الى ما يفهم
العرف من المثل في المثلى ، و القيمة في القيمي (بالحكم بالقيمة ب) سبب
(تعذر المثل ابتداءً) لا عروض بعد ذلك (لا يخلو عن تحكم) .

فاللزم : اما القول بانتقال التالف الى الذمة ، فان اراد الاعطاء لزم
اعطاء قيمة ذلك اليوم في كليهما .

و اما القول بالتبديل الى القيمة يوم التعذر ، سواء في القيمي او
في المثلى ، اما التفكيك بينهما فلا وجه له .

(ثم ان في المسألة) اي مسألة تعذر المثل (احتمالات اخر) بعد
الاحتمالين الاولين ، وهما : احتمال اعتبار قيمة يوم التعذر ، و احتمال اعتبار
قيمة يوم الاداء (ذكر اكثرها في القواعد ، و قوى بعضها في الايضاح ، و بعضها
بعض الشافعية ، و حاصل جميع الاحتمالات) المتقدمة و الآيّة

.....
 فى المسألة مع مبانيها انه اما : ان نقول : باستقرار المثل فى الذمة الى اوان الفراغ منه بدفع القيمة وهو الذى اخترناه تبعاً للاكثر من اعتبار القيمة عند الاقتباس ، وذكره فى القواعد : خامس الاحتمالات واما ان نقول : بصيرورته قيمياً عند الاعواز فاذا صار كذلك فاما ان نقول : ان المثل المستقر فى الذمة قيمى ، فيكون القيمة صفة للمثل ، بمعنى انه لو تلف ، وجبت قيمته واما ان نقول : ان المغصوب انقلب قيميا بعد ان كان مثليا

(فى المسألة مع مبانيها انه اما : ان نقول : باستقرار المثل فى الذمة الى اوان الفراغ منه بدفع القيمة) اى قيمة يوم الدفع (وهو الذى اخترناه تبعاً للاكثر من اعتبار القيمة عند الاقتباس ، وذكره فى القواعد خامس الاحتمالات) فى المسألة (واما ان نقول : بصيرورته قيمياً عند الاعواز) والفقد للمثل (فاذا صار كذلك) اى قيمياً (فاما ان نقول : ان المثل المستقر فى الذمة قيمى ، فيكون القيمة صفة للمثل) اى مثله فى القيمة (بمعنى انه لو تلف ، وجبت قيمته) لا بمعنى ما لا يتساوى اجزائه ،

والحاصل انه قد يقال : الشئ الفلانى قيمى ، ويراد به ما لا يتساوى اجزائه فى القيمة ، وقد يقال : الشئ الفلانى قيمى ، ويراد به انه لو تلف وجبت قيمته ، والمراد هنا المعنى الثانى (واما ان نقول : ان المغصوب انقلب قيمياً) بالاعواز (بعد ان كان مثليا) .

والفرق انه بناء على قول الشيخ : باستقرار المثل ، ان الحنطة باقية فى الذمة الى يوم اعطاء قيمتها .
 وبناء على القول الثانى : المثل المستقر ، ان الحنطة عند التلف انقلبت الى

.....

فان قلنا : بالاول ، فان جعلنا الاعتبار في القيمي بيوم التلف ، كما هو واحد
الاقوال ، كان المتعين قيمة المثل يوم الاعواز كما صرح به في السرائر : في
البيع الفاسد ، والتحرير في باب القرض لانه يوم تلف القمي وان جعلنا
الاعتبار فيه بزمان الضمان كما هو القول الآخر في القيمي كان المتجه اعتبار
زمان تلف العين ، لانه

قيمة المثل ، فالقيمة واجبة ، وفي الذمة ، لا المثل ، لكن قيمة المثل فالمثل ان
ترقى وجبت القيمة المترقية وان تنزل وجبت القيمة المتنزلة .
وبناء على القول الثالث : ان المصوب ، ان الحنطة بمجرد التلف
انقلبت الى قيمة جامدة ، فسواء ترقى المثل او تنزل تكون في ذمة التالف
قيمة ثابتة هي قيمة يوم التلف (فان قلنا : بالاول) اي ما اشار اليه بقوله :
فاما ان نقول ان المثل المستقر في الذمة ، (فان جعلنا الاعتبار في القيمي
بيوم التلف ، كما هو احد الاقوال) وان الشئ القيمي اذا تلف لزم على الضامن
اعطاء قيمته يوم التلف (كان المتعين قيمة المثل يوم الاعواز) لان حاله
حال القيمي حينئذ (كما صرح به في السرائر : في البيع الفاسد ، والتحرير
في باب القرض لانه يوم تلف القيمي) وحال تعلق القيمة بذمة التالف (و
ان جعلنا الاعتبار فيه) اي في القيمي (بزمان الضمان) لا يوم التلف ، كما
لو سرق عبد زيد يوم الجمعة ، وكان يسوى الفا ، وتلف يوم السبت وكان
يسوى خمسمائة — مثلا — فان القول الاول ، يقول : بضمان الخمسمائة ،
والقول الثاني يقول : بضمان الالف (كما هو) اي زمان الضمان (القول
الآخر في القيمي كان المتجه) في المثلى ايضا (اعتبار زمان تلف العين ، لانه

.....

اول ازمة وجوب المثل في الذمة المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه وهذا مبنى على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب ، كما عن الاكثر ، وان جعلنا الاعتبار فيه باعلى القيم من زمان الضمان الى زمان التلف ، كما حكى عن جماعة من القدماء في الغصب ، كان المتجه ، الاعتبار باعلى القيم من يوم تلف العين الى زمان الاعواز

و ذكر هذا الوجه في القواعد ثاني الاحتمالات وان قلنا : ان التالف انقلب قيما

اول ازمة وجوب المثل في الذمة المستلزم وجوب المثل (لضمانه) اى المثل (بقيمته عند تلفه) والضميران المجروران يرجعان الى : المثل ، و : عند ، ظرف للزمان (وهذا : مبنى على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب ، كما عن الاكثر) لانه وقت الضمان (وان جعلنا الاعتبار فيه) اى في القيمي (باعلى القيم من زمان الضمان الى زمان التلف) سواء كان اعلى القيم حين الضمان ، او حين التلف ، او في الوسط ؟ (كما حكى عن جماعة من القدماء في الغصب) فاذا غصب شاة فترقت ، وتنزلت ، كان اللازم اعطائه لاعلى القيم ، قالوا لأن الغاصب يؤخذ باشق الاحوال (كان المتجه) في المثلى (الاعتبار باعلى القيم ، من يوم تلف العين الى زمان الاعواز) فاذا كان يوم التلف عشرة و يوم الاعواز للمثل عشرين ، كان اللازم دفع العشرين ، وكذلك اذا انعكس الامر ، بان كان اولا عشرين ، ثم عشرة .

(و ذكر هذا الوجه) اى اعلى القيم (في القواعد ثاني الاحتمالات) الخمسة

التي ذكرها (وان قلنا : ان التالف انقلب قيما) بعد ان كان مثليا - وهذا هو

.....
 احتمل الاعتبار بيوم الغصب ، كما في القيمي المغصوب ، والاعتبار بالاعلى
 منه الى يوم التلف ، وذكر هذا اول الاحتمالات في القواعد •
 وان قلنا : ان المشترك بين العين والمثل صار قيميا جاء احتمال
 الاعتبار بالاعلى من يوم الضمان الى يوم تعذر المثل .

الشق الثاني من شقى القول بصيرورته قيميا عند الاعواز — فان الشق
 الاول مكان ذات احتمالات ثلاثة (احتمل الاعتبار بيوم الغصب كما في القيمي
 المغصوب ، و) احتمل (الاعتبار بالاعلى منه) اي يوم الغصب (الى يوم
 التلف ، وذكر هذا) القول اي اعلى القيم (اول الاحتمالات في القواعد)
 فصارت الاحتمالات المذكورة الى هنا ستة •

الاول استقرار المثل ، الثاني استقرار القيمة وله شعبتان : الشعبة الاولى المثل
 القيمي الشعبة الثانية القيمي المحض ، والشعبة الاولى فيها ثلاث احتمالات :
 اشار اليها بقوله : فان جعلنا ، وان جعلنا ، والشعبة الثانية فيها احتمالان
 اشار اليها بقوله : احتمل الاعتبار ، والاعتبار اذ اُصارت الاحتمالات ستة
 وهنا احتمالان آخران اشار اليهما بقوله : (وان قلنا : ان المشترك بين
 العين والمثل صار قيميا) لا يخفى ان للاشياء المتماثلة جهة مشتركة من
 حيث المزايا والمالية والصفات النوعية مثلا الحنطة والحنطة تشتركان في
 صفة كونهما حنطة ، وفي المالية ، وفي بعض المزايا الاخر ، فاذا تعذر
 المثل والعين صار المشترك بينهما قيميا (جاء احتمال الاعتبار بالاعلى)
 اي اعلى القيم (من يوم الضمان الى يوم تعذر المثل) مثلا يوم الضمان
 كانت القيمة عشرة ويوم تعذر المثل صارت عشرين ، وانما نقول : باعلى

لاستمرار الضمان فيما قبله ، من الزمان ، اما للعين و اما للمثل فهو مناسب
لضمان الاعلى ، من حين الغصب الى التلف .

و هذا ذكره فى القواعد ثالث الاحتمالات ، و احتمل الاعتبار بالاعلى
من يوم الغصب الى دفع المثل ، و وجهه فى محكى التذكرة و الايضاح بان
المثل لا يسقط بالاعواز .

قال الاترى انه لو صبر المالك الى وجدان المثل استحقه

القيم (لاستمرار الضمان فيما قبله) اى قبل تعذر المثل (من الزمان) بيان :
ما ، (اما) - بالكسر - اى ان الضمان كان اما (للعين) فيما كان العين
موجودا (و اما للمثل) بعد تلف العين (فهو) اى اعلى القيم (مناسب لضمان
الاعلى ، من حين الغصب الى التلف) اذ : وقت ترقى القيمة صارا لآخذ
ضامنا لتلك القيمة فتبقى تلك القيمة فى ذمته سواء تنزلت بعد ذلك ام لا ؟
(و هذا) اى الاعلى (ذكره فى القواعد ثالث الاحتمالات ، و احتمل
الاعتبار بالاعلى) اى اعلى القيم (من يوم الغصب الى دفع المثل) لا الى
تعذر المثل (و وجهه فى محكى التذكرة و الايضاح ، بان المثل لا يسقط
عن ذمة الضامن (بالاعواز) و الفقد ، بل يبقى المثل فى ذمة الغاصب
، فاذا ترقى المثل - و لو بعد تعذر المثل - كان على الغاصب ان
يعطى قيمة المترقى .

(قال) فى الاستدلال على عدم سقوط المثل بسبب الاعواز (الا -
ترى انه لو صبر المالك الى وجدان المثل استحقه) وهذا يدل على عدم
سقوطه ، اذ لو سقط و تهدل بالقيمة لم يكن وجه لعوده ، بل الاصل عدم

.....
فالمصير الى القيمة عند تخريمها ، و القيمة الواجبة على الغاصب اعلى القيم .

و حاصله : ان وجوب دفع قيمة المثل يعتبر من زمن وجوبه الى وجوب مبدله ، اعنى العين ، فيجب اعلى القيم منها ، فافهم .
اذا عرفت هذا فاعلم : ان المناسب لاطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلى ، هو انه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة .

عوده ، وعليه (فالمصير الى القيمة) انما هو (عند تخريمها) اى تخريم الغاصب بالقيمة ، وهو يوم اعطاء الضامن ، فانه فى ذلك اليوم يتبدل المثل الى القيمة (و) حيث ان (القيمة الواجبة على الغاصب اعلى القيم) وجب اعطاء اعلى القيم ، و لو كانت اعلى القيم صارت بعد تعذر المثل .
(وحاصله) اى حاصل قوله : احتمال الاعتبار بالاعلى الى دفع القيمة ، (ان وجوب دفع قيمة المثل يعتبر من زمن وجوبه) اى وجوب المثل (الى وجوب مبدله) — بالفتح — (اعنى العين) فان العين مبدل عن المثل (فيجب اعلى القيم منها) اى من القيم (فافهم) فان القول : ببقاء المثل فى الذمة بعد تعذره لا وجه له ، فكما ان العين بالتلف تسقط و تتبدل بالمثل ، كذلك المثل بالتعذر يسقط و يتبدل بالقيمة ، فان قيل باعلى القيم ، فاللزام ان يكون من حين الضمان الى حين تعذر المثل . (اذا عرفت هذا) الذى ذكرناه من الاحتمالات فى صورة تعذر المثل (فاعلم : ان المناسب لاطلاق كلامهم لضمان المثل فى) الشئ^٤ (المثلى هو) انه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة (فان كلامهم : المثلى يضمن

.....
 غاية الامر : يجب اسقاطه مع مطالبة المالك ، فالعبرة بما هو اسقاط

حين الفعل فلا عبرة بالقيمة الا يوم الاسقاط ، و تفريغ الذمة
 و اما بناءً على ما ذكرنا من : ان المتبادر من ادلة الضمان ، التغريم ،
 بالاقرب الى التالف ، فالاقرب كان المثل مقدما مع تيسره ، ومع تعذره
 ابتداءً كفا في القيمي ، او بعد التمكن كفا في ما نحن فيه كان المتعين هو
 القيمة . فالقيمة قيمة للمغصوب من حين صار قيميا ، وهو حال الاعواز

بالمثل ، شامل لصورتى اماكن المثل ، وتعذر المثل .

(غاية الامر) في صورة التعذر (يجب اسقاطه) اى المثل (مع مطالبة

المالك) له (فالعبرة بما هو اسقاط) للضمان (حين الفعل) اى فعل

الاسقاط (فلا عبرة بالقيمة الا يوم الاسقاط) سواء ترقى القيمة ، او تنزلت ؟

ان : المثل هو الذى فى الذمة ، ولذا اذا وجد المثل بعد التعذر ، وقبل الاسقاط ،

وجب اعطاء المثل ، ولو كان المثل حين التعذر انقلب الى القيمة ، لم يكن وجه لرجوع

المثل (و) عليه فالعبرة بالقيمة يوم (تفريغ الذمة) عن المضمون هذا بناء على اطلاق كلماتهم .

(و اما بناءً على ما ذكرنا من : ان المتبادر من ادلة الضمان) نحو : على

اليده ما اخذت (التغريم بالاقرب الى التالف ، فالاقرب) حتى يصدق : ما

اخذت ، فان مصداق : ما ، العين ، فاذا تعذر ترجع الى الاقرب ، فالاقرب

(كان المثل مقدما مع تيسره ، و مع تعذره) تعذرا (ابتداءً) بان لم

يكن الشئ مثليا (كفا في القيمي ، او) التعذر (بعد التمكن كفا في ما نحن فيه

مما صار المثل فيه متعذرا (كان المتعين هو القيمة) وعلى هذا (فالقيمة

قيمة للمغصوب من حين صار قيميا ، وهو حال الاعواز) لان فى هذا الحال

.....

فحال الاعواز معتبر من حيث انه اول ازمة صيرورة التالف قيميا، لامن

حيث ملاحظة القيمة، قيمة للمثل دون العين ،

فعلى القول باعتبار يوم التالف فى القيمي، توجه ما اختاره الحلى (ره)

ولو قلنا : بضمان القيمي باعلى القيم من حين الغصب الى حين التالف

كما عليه جماعة من القدماء ، توجه ضمانه فى ما نحن فيه باعلى القيم من حين

الغصب الى زمان الاعواز ، اذ : كما ان ارتفاع القيمة مع بقاء العين

يتوجه الخطاب الى الغاصب باعطاء القيمة — التى هى الاقرب الى

التالف —

(فحال الاعواز معتبر من حيث انه اول ازمة صيرورة التالف قيميا) كما ان

حال التالف معتبر فى القيميات ، لانه اول زمان الانتقال الى القيمة — بعد

ان كان الواجب رد العين ما دامت العين موجودة — (لامن حيث ملاحظة

القيمة قيمة للمثل، دون العين) فالقيمة فى مقابل العين لا فى مقابل المثل

حتى يمكن ان يقال : بترقى القيمة و تنزلها تبعا لترقى المثل و تنزله .

(فعلى القول باعتبار يوم التالف) لا يوم الغصب (فى القيمي) فلو

سرق دابة قيمتها عشرة ، و فى يوم التالف قيمتها عشرون ، وجب دفع

العشرين (توجه ما اختاره الحلى (ره)) من انه يوم اعواز المثل تعتبر

القيمة ، لانه يوم الانتقال الى القيمة (ولو قلنا : بضمان القيمي باعلى القيم

من حين الغصب الى حين التالف كما عليه جماعة من القدماء ، توجه ضمانه فى ما

نحن فيه باعلى القيم من حين الغصب الى زمان الاعواز) كما قال جماعة و

انما نقول : بقيمة يوم تعذر المثل (اذ : كما ان ارتفاع القيمة مع بقاء العين

.....

مضمون بشرط تعذر اداءه المتدارك لارتفاع القيم، كذلك بشرط تعذر المثل في المثلى، اذ مع رد المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية . و

مضمون بشرط تعذر اداءه المتدارك (ذلك الاداء (لارتفاع القيم) فانه لو ادى العين التي ترقى قيمتها لم يكن عليه ضمان ارتفاع القيمة انما هو بشرط عدم اداء العين (كذلك بشرط تعذر المثل في المثلى) في ضمان اعلى القيم، اذ لو ترقى المثل، ولكنه ادى نفس المثل، لم يكن ضامنا للترقى، فارتفاع القيمة مع بقاء المثل مضمون بشرط تعذر اداء المثل، واعلم ان قوله: ولو، وصلية، وقوله: اذ كما، علة لعدم القول باعلى القيم من زمان الغصب الى زمان تعذر المثل، وانما المعتبر قيمة زمان تعذر المثل .

وحاصل الدليل : ان الانسان الغاصب اذا غصب شيئا ثم ارتفعت قيمته كانت القيمة مضمونة، لكن اذا رد العين سقطت القيمة، ولو تنزلت العين حين الرد، وكذلك اذا غصب الشئ وتلف، وكان مثليا فانه بارتفاع قيمة المثل لا يضمن الا المثل سواء ارتفعت قيمة المثل ام لا؟ فاذا تعذر المثل كان يوم التعذر يوم الانتقال الى القيمة (اذ مع رد المثل يرتفع ضمان) الغاصب (القيمة السوقية) فانه مادام المثل موجودا كان المكلف به رد المثل .

(و) ان قلت : فرق بين رد العين وبين رد المثل، اذ الاول غير الشئ المغصوب، بخلاف ما اذا اراد رد مثله او قيمة المثل، فانه ليس عين المال المغصوب، فمن الممكن وجوب قيمة العين في القيمي ووجوب

.....
حيث كانت العين فيما نحن فيه مثليا ، كان اداء مثلها عند تلفها ، كرد عينها في الغاء ارتفاع القيم ، فاستقرار ارتفاع القيم انما يحصل بتلف العين والمثل .

فان قلنا : ان تعذر المثل يسقط المثل ، كما ان تلف العين يسقط العين ، توجه القول بضمان القيمة من زمان الغصب الى زمان الاعواز .

اعلى القيم في المثلى ، لقيمة المثل في يوم تعذر المثل - كما ذكرتم - قلت : لافرق بين المقامين ، فانه (حيث كانت العين فيما نحن فيه مثليا ، كان اداء مثلها عند تلفها ، كرد عينها في الغاء ارتفاع القيم) اى الغاء اعلى القيم ، فكما انه لو رد العين لم يكلف باعلى القيم كذلك اذارد المثل (فاستقرار ارتفاع القيم) اى اعلى القيم (انما يحصل بتلف العين) في القيمي (والمثل) في المثلى .

(فان قلنا : ان تعذر المثل يسقط المثل كما ان تلف العين) في القيمي (يسقط العين ، توجه القول بضمان القيمة من زمان الغصب الى زمان الاعواز) اذ لما تلف المثلى ضمن مثله ، فلما اعوز مثله انتقل الى القيمة - من يوم تلف المغصوب لا القيمة حين تعذر المثل - وذلك لان المثل انما يجب حال وجود المثل ، اما حال عدم المثل ((سواء كان العدم من الاول كما في القيمي ، او بعد ذلك ، بان كان مثليا ثم اعوز المثل)) فهو كالقيمي .

فكما نقول في القيمي باعلى القيم من حال التلف الى حين الاداء

.....

وهو اصح الاحتمالات فى المسألة عند الشافعية - على ما قيل - .

وان قلنا : ان تعذر المثل لا يسقط المثل ، وليس كتلف العين
كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذر المثل - ايضا - مضمونا ، فيتوجه ضمان
القيمة من حين الغصب الى حين دفع القيمة ، وهو المحكى عن الايضاح
وهو اوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم ردّ ،

كذلك نقول فى المثلى باعلى القيم من حين الغصب الى زمان الاعواز
(و) هذا (هو اصح الاحتمالات فى المسألة عند الشافعية - على ما قيل -
وان قلنا ان تعذر المثل لا يسقط المثل ، وليس) تعذر المثل (كتلف
العين) فى القيمى و ذلك لاستصحاب كونه مكلفا باعطاء المثل .

نعم حين الاعطاء حيث لا يمكن المثل ينتقل الى القيمة (كان ارتفاع
القيمة) للمثل (فيما بعد تعذر المثل - ايضا -) كما قبل تعذر المثل (مضمونا
فيتوجه) على هذا القول (ضمان القيمة) للمثلى (من حين الغصب الى
حين دفع القيمة ، وهو المحكى عن الايضاح) فتحصل : ان الاحتمالات
فى المثلى الذى تعذر مثله بعدمدة : اربعة الاول قيمة يوم التلف
الثانى قيمة يوم التعذر للمثل ، الثالث اعلى القيم من يوم الغصب الى
يوم التعذر ، الرابع اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع ، و اشار
الى الاحتمال الثالث ، بقوله : فان قلنا ، و الى الاحتمال الرابع ، بقوله
: وان قلنا ، (وهو) اى اعلى القيم من حين الغصب الى حين اعطاء
القيمة - فى المثلى الذى تعذر مثله - (اوجه الاحتمالات على القول
بضمان ارتفاع القيمة مراعى) ذلك الضمان (بعدم ردّ

• العين او المثل

ثم اعلم ان العلامة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات انه لو تلف المثلى ، والمثل موجود ، ثم اعوز ، وظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما اذا طرء تعذر المثل بعد تيسره في بعض ازمئة التلف ، لاماتعذر فيه المثل ابتداء^١ ، وعن جامع المقاصد انه يتعين حينئذ قيمة يوم التلف ، ولعله لعدم تنجز التكليف

فكلما ترقى المغصوب ضمن الغاصب ذلك الترقى الا اذا رد العين في القيمي - ورد المثل - في المثلى - هذا •

ولا يخفى ان عبارة المصنف من قوله : فعلى القول باعتبار يوم التلف ، الى هنا فيها غموض واجمال ولعل هناك سقطا منها (ثم اعلم ان العلامة (ره) ذكر في عنوان هذه الاحتمالات انه لو تلف المثلى (و) الحال ان (المثل موجود ، ثم اعوز) المثل - ثم فرع ذلك الاحتمالات - (و ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما اذا طرء تعذر المثل بعد تيسره في بعض ازمئة التلف) اي يكون تعذر المثل بعد ان تلف المغصوب - وكان التلف في صورة وجود المثل - (لاماتعذر فيه المثل ابتداء^١) بان كان الشيء مثليا ، ثم تلف في حال لم يكن له مثل في الخارج (وعن جامع المقاصد : انه يتعين حينئذ) اي حين تلف المغصوب حال الاعواز امثاله (قيمة يوم التلف) لانه كالقيمي حينئذ (ولعله) اي كسلام جامع المقاصد (لعدم تنجز التكليف

.....

• بالمثل عليه فى وقت من الاوقات •

و يمكن ان يخدم فيه : بان التمكن من المثل ليس بشرط
لحدوثه فى الذمة ابتداءً ، كما لا يشترط فى استقراره استدامة
على ما اعترف به مع طرؤ التعذر بعد التلف •

بالمثل عليه) اى على الغاصب (فى وقت من الاوقات) اذ : التكليف
بالمثل انما هو فيما اذ تلف الشئ وله مثل فى الخارج ، اما اذا
لم يكن له مثل ، فالعين تنتقل الى القيمة راسا (ويمكن ان يخدم
فيه) اى فى كلام جامع المقاصد الحاكم بعدم المثل اصلا (بان
التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه) اى المثل (فى الذمة)
فالمثل يحدث فى الذمة سواء كان - حين تلف المغصوب - المثل
موجودا ، ام لا (ابتداءً) متعلق بـ «التمكن» اى التمكن الابتدائى
للمثل ليس بشرط لضمان المثل (كما لا يشترط) التمكن من المثل
(فى استقراره) اى المثل (استدامة) فاذا تعذر المثل بعد مدّه
مضت على تلف المغصوب ، يكون ما فى ذمة الضامن هو المثل - و
ان تعذر - (على ما اعترف) جامع المقاصد (به) اى باستقرار
المثل ، حتى بعد تعذره ، وعليه فاذا استقر المثل (مع طرؤ
التعذر) للمثل (بعد التلف) للمغصوب ، كذلك ليستقر المثل
اذا كان التعذر للمثل حال تلف المغصوب ايضا ، اذ لا فرق بين
التعذرين •

.....

ولذا لم يذكر احد هذا التفصيل فى باب القرض .

وبالجملة فاشتغال الذمة بالمثل، ان قيد بالتمكن، لزم الحكم بارتفاعه بطرو التعذر ، والا لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من اول الامر ، الا ان يقال :

(ولذا) الذى ذكرنا من عدم الفرق بين التعذر الابتدائى .
والتعذر الطارئ (لم يذكر احد هذا التفصيل) بين التعذرين
فى وجوب المثل - (فى باب القرض) فاذا اقتضى المثلئ قالوا بانه
استقر فى ذمته المثل وان تعذر المثل طارئاً ، او كان المثلئ
متعذراً ابتداءً ، اى حين القرض ، ومن المعلوم ان باب القرض
والضمان ، واحد ، من هذه الجهة .

(وبالجملة ف) نقول : فى رد التفصيل بين التعذر الطارئ
للمثل ، والتعذر الابتدائى - حيث يقول جامع المقاصد بالمثل
فى الطارئ ولا يقول بالمثل فى الابتدائى - ان (اشتغال الذمة
بالمثل ، ان قيد بالتمكن) وان الغاصب انما يشتغل ذمته بالمثل اذا
كان متبكناً من المثل (لزم الحكم بارتفاعه) اى المثل (بطرو التعذر)
اذ لا تمكن حال التعذر ، وان كان التعذر طارئاً (والا) يقيد
المثل بالتمكن ، بل قلنا المثلئ يضمن بالمثل سواء كان المثلئ
موجوداً ام لا (لزم الحكم بحدوثه) اى المثل (مع التعذر) عن
المثل (من اول الامر) اى حال التلف للمغصوب المثلئ (الا ان
يقال) - القائل هو جامع المقاصد - فى الفرق بين التعذر

.....
 ان ادلة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكن ، و ان لم يكن مشروطا به
 عقلا ، فلا تعم صورة العجز .

نعم اذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيما .
 وقد يقال : على المحقق المذكور ان اللازم ما ذكره انه لو ظفر
 المالك بالمثل قبل اخذ القيمة لم يكن له المطالبة ، ولا ظن احدا يلتزمه

الطارى والتعذر البدوى (ان ادلة وجوب المثل ظاهرة في الوجوب (في صورة التمكن)
 عن المثل (وان لم يكن مشروطا به) اى بالمثل (عقلا ، فلا تعم) ادلة وجوب المثل
 (صورة العجز) الابتدائى عن المثل .

(نعم اذا طرأ العجز) عن المثل (فلا دليل على سقوط المثل ، و
 انقلابه) اى المثل (قيما) .

و الحاصل : ان ادلة المثل ، تقول بالمثل في صورة وجود المثل ، لكن
 الاستصحاب يقتضى المثل فيما اذا كان مقدورا ثم تعذر ، فالفارق وجود
 استصحاب المثل في صورة التعذر الطارى ، وليس هذا الاستصحاب
 موجودا في صورة التعذر الابتدائى .

(وقد يقال :) ويستشكل (على المحقق المذكور) صاحب جامع المقاصد
 الفرق بين التعذر الابتدائى للمثل - فلا يجب المثل - وبين التعذر
 الطارى - فيجب المثل - ب (ان اللازم ما ذكره) من التفصيل (انه لو
 ظفر المالك بالمثل قبل اخذ القيمة لم يكن له المطالبة) بالمثل لانه على
 مبنى المحقق لم يضمن الغاصب المثل - فيما اذا كان متعذرا ابتداء -
 (ولا ظن احدا يلتزمه) اى يلتزم بعدم حق للمالك في مطالبة المثل اذا

وفيه تأمل .

ثم ان المحكى عن التذكرة : ان المراد باعواز المثل، ان لا يوجد فى البلد و ماحوله ، و زاد فى المسالك قوله مما ينقل عادة منه اليه ، كما ذكر و ا فى انقطاع المسلم فيه ، و عن جامع المقاصد : الرجوع فيه الى العرف و يمكن ان يقال : ان مقتضى عموم وجوب اداء مال الناس

كان حين التلف متعذرا ، ثم وجد (وفيه) اى فى هذا الاشكال على المحقق (تأمل) اذ : المحقق لا يقول : بعدم وجوب المثل حتى فيما اذا وجد المثل ، و انما يقول : بعدم وجوب المثل فيما اذا لم يمكن المثل حين التلف ، و استمر عدم الامكان الى حال اعطاء القيمة .

(ثم ان المحكى عن التذكرة) فى ميزان اعواز المثل (ان المراد باعواز المثل ان لا يوجد فى البلد و ماحوله) و ان وجد فى سائر البلاد (و زاد فى المسالك قوله مما ينقل عادة منه) اى من : حوله ، (اليه) اى الى : البلد ، (كما ذكر و ا فى انقطاع المسلم فيه) اى اعوازه فى بيع السلم ، الذى هو اعطاء الثمن ، و تأخير الثمن ، فان اعواز المثل كان حكمه كذا ، و المراد باعوازه ان لا يكون فى البلد و ماحوله (و عن جامع المقاصد : الرجوع فيه الى العرف) فكلما صدق الاعواز و ان كان فى البلد منه شئ فهو ، و الا لم يكن معوزا و ان كان فى البلاد البعيدة .

(و يمكن ان يقال :) ليس الميزان ماحول البلد و لا العرف ، بل لعدم حتى فى البلاد البعيدة ف (ان مقتضى عموم : وجوب اداء مال الناس

و تسليطهم على اموالهم اعيانا كانت ام فى الذمة ، وجوب تحصيل المثل
كما كان يجب رد العين اينما كانت ، ولو كانت فى تحصيله مؤنة كثيرة .
ولذا كان يجب تحصيل المثل باى ثمن كان ، وليس هنا تحديد
التكليف بماعن التذكرة .

نعم لو انعقد الاجماع على ثبوت القيمة عند الاعواز ، تعين ما عن
جامع المقاصد ، كما ان المجمعين

و تسليطهم على اموالهم اعيانا كانت (تلك الاموال) ام فى الذمة وجوب
تحصيل المثل) اذ : المثل اداء ، و صدق : فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
(كما كان يجب رد العين اينما كانت) فيما لو كانت العين موجودة (و لو
كانت فى تحصيله مؤنة كثيرة) الا ان يقال : بان دليل : لاضرر ، حاكم
عليه فتأمل .

(ولذا) الذى ذكرنا من وجوب اداء المثل (كان يجب تحصيل المثل
باى ثمن كان) و لو كان اكثر من ثمن التلف باضعاف (وليس هنا) فى باب
تحصيل المثل و لو بمؤنة كثيرة (تحديد التكليف) بالمثل (بماعن التذكرة)
بما تقدم من قوله : المراد باعواز المثل ، ان لا يوجد فى البلد و ما حوله ما ذ :
التحديد المذكور فى باب الاعواز لافى باب كثرة الثمن .

(نعم) استثناء عن قوله : و يمكن ان يقال ، (لو انعقد الاجماع على
ثبوت القيمة عند الاعواز تعين ما عن جامع المقاصد) من الرجوع الى العرف
فحيث صدق الاعواز عرفا لزم القيمة ، وحيث لم يصدق الاعواز وجب المثل
ولو كان فى تحصيله مؤنة كثيرة (كما ان المجمعين) الذين قالوا بالقيمة

.....
 اذا كانوا بين معبر بالاعواز ، و معبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع الى
 الاخص و هو المتعذر لانه المجمع عليه .
 نعم ورد فى بعض اخبار السلم : انه اذا لم يقدر المسلم عليه على
 ايفاء المسلم فيه تخير المشتري

(اذا كانوا بين معبر بالاعواز ، و معبر بالتعذر) للرجوع من المثل الى
 القيمة (كان المتيقن الرجوع الى الاخص وهو المتعذر لانه) اى الاخص
 هو (المجمع عليه) فان كل من يقول بالاعواز يقول بالتعذر وليس كل من يقول
 بالتعذر يقول بالاعواز ، مثلا لو اجمعوا بين وجود الانسان فى الدار ،
 و وجود الحيوان كان المجمع عليه وجود الانسان .
 (نعم) لا يبعد القول بالاعواز العرفى ، وان لم يتعذر ، تنظيراً
 بباب السلم اذ : المناط فى بابى الغصب و السلم واحد ، فان الواجب
 اداء العين ، ثم المثل ، ثم القيمة ، فانه (ورد فى بعض اخبار السلم :
 انه اذا لم يقدر المسلم عليه) وهو البائع (على ايفاء المسلم فيه) وهو المثل
 (تخير المشتري) بين الفسخ و الصبر ، و المراد ببعض الاخبار حسنة
 الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال : سئل عن الرجل يسلم فى الغنم
 و نيسان و جذعان و غير ذلك الى اجل مسمى ، قال عليه اسلام : لا بأس
 اذا لم يقدر الذى عليه الغنم على جميع ما عليه ، ان يأخذ صاحب الغنم
 نصفها او ثلثها او ثلثيها ، و يأخذ رأس مال ما بقى من الغنم دراهم ،
 و يأخذ دون شروطهم ، و لا يأخذون فوق شرطهم ، و الاكيسة ايضا مثل
 الحنطة و الشعير و الزعفران و الغنم .

.....

ومن المعلوم ان المراد : بعدم القدرة ليس التعذر العقلى المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفا ما عن التذكرة وهذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه .

ثم ان فى معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه اشكالا من حيث ان العبرة بفرض وجوده و لو فى غاية العزّة ، كالفاكهة فى اول زمانها ، و آخره او وجوده المتوسط

(ومن المعلوم ان المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلى المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر ، بل الظاهر منه) اى من عدم القدرة فى الرواية (عرفا ما عن التذكرة) اى عدم الوجدان فى البلد و ما حوله ، وذلك لان العرف الملقى اليه الخطاب لا يفهم من الخطاب الا ذلك ، و حيث ان « الرسول بلسان قومه » فالمتكلم ايضا لم يرد الا هذا المعنى الذى فهم العرف (وهذا) المعنى لعدم القدرة فى باب السلم (يستأنس به للحكم فيما نحن فيه) اى باب الغصب فانه اذا كان عدم القدرة فى باب السلم ما ذكره التذكرة ناسبا ان يكون مرادا للمجمعين بعدم القدرة « فى باب الغصب » ايضا ما ذكره التذكرة من عدم الوجدان فى البلد و ما حوله ، لا التعذر العقلى لان كلام الفقهاء مساقه مساق ما ورد فى الروايات .

(ثم ان فى معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه) اى عدم وجود المثل (اشكالا) اذ لو كان المثل سئل عن قيمته اما اذا لم يكن فماذا سئل (من حيث) هل (ان العبرة بفرض وجوده) اى وجود المثل (ولو فى غاية العزّة كالفاكهة فى اول زمانها ، او العبرة ب (آخره ، او ب (وجوده المتوسط)

الظاهر هو الاول ، لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب فى بيعه و شرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه الا اذا بذل له عوض لا يبذل له الراغبون فى هذا الجنس بمقتضى رغبتهم .

نعم لو الجاء الى شرائه لغرض آخر بذل ذلك كمالو فرض الجمد فى الصيف عند ملك العراق بحيث لا يعطيه الا ان يبذل له بازاء عتاق الخيل

بين الاول و الاخير اذ: الفاكهة فى اولها غالية و فى وسطها رخيصة و فى آخرها متوسط القيمة (الظاهر ، هو : الاول) و هو تحقق صدق وجود المثل حينذاك ، فيقال للشئى مثل — وقت ذاك —

اقول : لكنه خلاف المستفاد عرفا ، بل الظاهر الوسط ، وكيف كان فعلى القول بالاول (لكن مع فرض وجوده) فى الاسواق و نحوها (بحيث يرغب فى بيعه و شرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه الا اذا بذل له عوض لا يبذل له) حسب المعتاد (الراغبون فى هذا الجنس بمقتضى رغبتهم) العادية كمالو كان التفاح فى اول اوانه بدينار ، فكان عند انسان لا يعطيه الا بعشرة مما لا يرغب فيه من اعتاد اكل الفاكهة فى اولها ولوبا القيمة الغالية .

(نعم لو الجاء) و اضطر (الى شرائه لغرض آخر بذل ذلك) الثمن المرتفع فان مثل هذا الاجاء لا يكون ميزانا لكونه قيمة للفاكهة ، فلا تكون هذه القيمة الغالية جدا معيارا لاختذ القيمة من الغاصب فيما اذا لم يوجد المثل (كمالو فرض الجمد فى الصيف عند ملك العراق بحيث لا يعطيه الا ان يبذل له) الملك (بازاء عتاق الخيل

.....

و شبهها ، فان الراغب فى الجمد فى العراق من حيث انه راغب لا يبذل
 هذا العوض بازائه ، و انما يبذله من يحتاج اليه لغرض آخر كالاهداء الى
 سلطان قادم الى العراق — مثلا — او معالجة مشرف على الهلاك به ،
 و نحوز لك من الاغراض .

ولذا الوجود هذا الفرد من المثل لم يقدح فى صدق التعذر ، كما
 ذكرنا فى المسئلة الخامسة ، فكل موجود لا يقدح وجوده فى صدق التعذر
 فلا عبرة بفرض وجوده — فى

و شبهها) كالقصور الشامخة و الجوارى الجميلة (فان الراغب فى الجمد
 فى العراق من حيث انه راغب) و مستعد لان يشتري الجمد باضعاف
 قيمته (لا يبذل هذا العوض) الكثير (بازائه) اذ لا يعتاد بذل مثل هذا
 الثمن و لو من المترفين (و انما يبذله من يحتاج اليه) اى الى الجمد
 (لغرض آخر كالاهداء الى سلطان قادم الى العراق — مثلا — او معالجة
 مشرف على الهلاك به) اى بالجمد (و نحوز لك من الاغراض) و قوله :
 و انما يبذله ، بيان لقوله : نعم لو الجاء ،

(ولذا) الذى ذكرنا من : انه لا تبذل العتاق ازاء الجمد ، الا
 للمضطر ونحوه (لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدح فى صدق التعذر)
 عرفا ، اذ العرف يرى انه متعذر ، و ان هذا الفرد الموجود عند الملك لا
 يوجب صدق التمكن منه (كما ذكرنا فى المسئلة الخامسة) .

وعلى هذا (فكل موجود لا يقدح وجوده فى صدق التعذر) بل يصدق
 التعذر — عرفا — و ان كان هذا الفرد موجودا (فلا عبرة بفرض وجوده — فى

.....

التقويم — عند عدمه .

ثم انك قد عرفت : ان للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكنه ، و لو كان فى غير بلد الضمان ، و كان قيمة المثل هناك ازيد ، و اما مع تعذره ، و كون قيمة المثل فى بلد التلف مخالفا لها فى بلد المطالبة ، فهل له المطالبة باعلى القيمتين ، ام يتعين قيمة بلد المطالبة ، ام بلد التلف ؟ وجوه

التقويم — (« فى » متعلق ب « عبرة ») (عند عدمه) و هذا هو ميزان معرفة قيمة المثل عند عدم وجود المثل .

(ثم انك قد عرفت : ان للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكنه) اى تمكن الضامن من المثل (و لو كان) المالك ، او كان المثل (فى غير بلد الضمان ، و كان قيمة المثل هناك ازيد) كما لو اتلفه فى كربلاء ، و طالبه فى النجف ، و كانت القيمة فى النجف ازيد ، و ذلك لصدق ادلة « حتى تؤدى » و « بمثل ما اعتدى » ، و غيرهما عليه ، فلا يلزم اتحاد البلد ، و لا تماثل القيمة (و اما مع تعذره) اى تعذر المثل (و كون قيمة المثل فى بلد التلف مخالفا لها فى بلد المطالبة) كما لو فقد المثل ، و كانت القيمة فى كربلاء بلد اتلف فيه الضامن المال عشرة و فى النجف بلد المطالبة عشرين (فهل له المطالبة باعلى القيمتين ، ام يتعين قيمة بلد المطالبة) بمعنى انه ليس له مطالبة قيمة بلد التلف اذ اكان اكثر (ام بلد التلف) فاذا اكانت القيمة فى بلد المطالبة اكثر لم يكن له الحق فى مطالبة ذاك (وجوه) ثلاثة وجه الاول : انه ضامن فلا تبرئ ذمته الا بارضاء المالك ، و وجه الثانى : ان المثل — الذى هو القيمة الآن — هو قيمة بلد المطالبة لان الطلب وقع

وفصل الشيخ في المبسوط - في باب الغصب - بانه : ان لم يكن في نقله مؤنة كالنقدين ، فله المطالبة بالمثل ، سواء كانت القيمةان مختلفتين ام لا ؟ وان كان في نقله مؤنة ، فان كانت القيمةان متساويتين كان له المطالبة ايضا لانه لا ضرر عليه في ذلك ، والا فالحكم ان يأخذ قيمة بلد التلف ، او يصبر حتى يوفيه بذلك البلد

هناك كما في القيميات ، ووجه الثالث : ان القيمة - التي هي بدل المثل - تعلقت بذمة الغاصب في بلد التلف .

(وفصل الشيخ في المبسوط - في باب الغصب - بانه : ان لم يكن في نقله مؤنة) كثيرة (كالنقدين) فيما اذا كان قليلا (فله المطالبة بالمثل ، سواء كانت القيمةان) في بلد التلف و بلد المطالبة (مختلفتين ام لا ؟) و حينئذ كان للمالك المطالبة باى القيمتين شاء (وان كان في نقله مؤنة كثيرة) فان كانت القيمةان متساويتين كان له (اى للمالك) المطالبة بايهما شاء (ايضا) اذ : الغاصب مكلف بالاداء (لانه لا ضرر عليه في ذلك) .

فدليل : لا ضرر ، لا يمنع عن مطالبة المالك بايهما يشاء (والا) بان كانت القيمةان مختلفتين ، وكان في النقل مؤنة كثيرة ، كما لو كان المثل في كربلاء : بلد اتلف فيه الغاصب ، عشرة ، وفي النجف بلد المطالبة عشرين . فالحكم ان يأخذ قيمة بلد التلف) كالعشرة في المثال (او يصبر) المالك (حتى يوفيه) الغاصب (بذلك البلد) اى يرجع الى كربلاء فيأخذ منه في كربلاء ، وكان الوجه في ذلك انه في صورة عدم المؤنة للنقل يكون الغاصب مكلفا بالارضاء ، فللمالك ان يأخذ ماشاء ، اما في صورة المؤنة فلا

.....

ثم قال : ان الكلام فى القرض ، كالكلام فى الغصب ، و حكى نحوه هذا
عن القاضى ايضا فتدبر .

ويمكن ان يقال : ان الحكم باعتبار بلد القرض ، او السلم على
القول به مع الاطلاق ، لا نصراف العقد اليه ، و ليس فى باب الضمان

دليل على انه يتضرر الغاصب بهذا الضرر الخارج عن المغصوب ، اذ :
مقابل المغصوب مضمون اما الشئ الخارج عنه — و هو المونة — فليس
مضمونا حتى يكلف به الغاصب .

(ثم قال :) الشيخ : (ان الكلام فى القرض كالكلام فى الغصب)
فاذا اقترض زيد من عمرو خبزا ، ثم اراد اعطاء قيمة مثله ، و اختلفت القيمة
فى بلد القرض و بلد المطالبة ، كان الحكم ما تقدم من التفصيل (و حكى
نحو هذا عن القاضى) ابن براج (ايضا فتدبر) اذ : اولاد دليل على
ذلك التفصيل ، فالمونة و عدمها لا توجب تفصيل الحكم ، و ثانيا فرق بين
الغصب و القرض ، فالغاصب يمكن ان يقال : انه يؤخذ باشقّ الاحوال
بخلاف المقرض ، و لذا قالوا : فى الغصب لم يقولوا : فى القرض .

(ويمكن ان يقال : ان الحكم باعتبار بلد القرض ، او السلم) فيما
اجرى معاملة القرض و السلم فى بلد ، و اراد قبض الجنس فى بلد آخر
(على القول به) اى باعتبار بلد القرض ، او السلم (مع الاطلاق) لعقد
القرض ، و السلم بان لم يقيد الاداء ببلد خاص ، انما هو (لا نصراف
العقد اليه) اى الى بلد القرض و السلم ، و قوله : باعتبار ، متعلق بـ :
الحكم ، و خير (ان) قوله : لا نصراف ، (و ليس فى باب الضمان) اى

.....

ما يوجب هذا الانصراف •

بقى الكلام فى انه : هل يعد من تعذر المثل خروجه عن القيمة ؟
 كالماء على الشاطى اذا اتلفه فى مفازة ، والجمد فى الشتاء ، اذا اتلفه
 فى الصيف ام لا ؟ الاقوى ، بل المتعين هو الاول ، بل حكى عن بعض
 نسبه الى الاصحاب وغيرهم والمصرح به فى محكى التذكرة ، والايضاح
 والدروس : قيمة المثل فى تلك المفازة ، ويحتمل آخر مكان ، او زمان
 سقط المثل فيه عن المالية

الغصب (ما يوجب هذا الانصراف) الى بلد الضمان •

وعليه ففرق بين باب القرض والسلم ، وبين باب الضمان ،

وعليه : ففى باب الضمان يكون الاختيار بيد المالك ، فله ان يطالبه

فى اى مكان شاء من بلد الضمان او بلد المطالبة •

(بقى الكلام فى انه هل يعد من تعذر المثل خروجه عن القيمة

كالماء على الشاطى اذا اتلفه) الغاصب (فى مفازة) اى صحراء له فيها قيمة

كبيرة ، مثلاً (والجمد فى الشتاء اذا اتلفه فى الصيف) ونحو ذلك (ام لا) فلا يعد ذلك

من تعذر المثل ، لوجوده فعلاً ، وان لم يكن له قيمة (الاقوى بل المتعين

هو الاول) وانه من تعذر المثل (بل حكى عن بعض نسبه الى الاصحاب و

غيرهم) من العامة (والمصرح به فى محكى التذكرة والايضاح والدروس

قيمة المثل فى تلك المفازة) التى اتلف الماء فيها (ويحتمل آخر مكان

او زمان سقط المثل فيه عن المالية) فاذا تحركوا من تلك المفازة الى نحو

الشط ، كان سقوط الماء عن المالية قرب الشط بفرسخ - مثلاً - فقبل الفرسخ

فرع

لو دفع القيمة فى المثل المتعذر مثله ثم تمكن من المثل ، فالظاهر عدم عود المثل فى ذمته ، وفاقا للعلامة (ره) و من تأخر عنه ممن تعرض للمسألة ، لان المثل كان دينافى الذمة ، سقط باءاء عوضه مع التراضى فلا يعود ، كما لو تراضى باعوضه مع وجوده .

كم كان يسوى الماء ؟ كان اللازم اعطاء تلك القيمة ، وكذا اذا تلف الجمد وقرب الوقت من الشتاء ، فقبل شهر الى الشتاء — مثلا — يسقط الثلج عن القيمة ، فأخر زمان القيمة كم كان يسوى الجمد ؟ يكون ضامنا بقدر ذلك وسبب هذا الحكم : ان فى هذا الزمان ، او المكان للشئ قيمة فتتعلق بذمة الضامن ، و بعد هما يسقط الشئ عن القيمة ، فاللازم ضامنا بهذه القيمة . هى اخير القيمات ، اما القيمة قبل ذلك فقد تبدلت الى القيمة الاخيرة .

(فرع)

(لو دفع القيمة فى المثل المتعذر مثله) بان تعذر المثل ثم دفع القيمة (ثم تمكن من المثل فالظاهر) من النص و الفتوى (عدم عود المثل فى ذمته وفاقا للعلامة (ره) ، و من تأخر عنه ممن تعرض للمسألة) و ذلك (لان المثل كان دينافى الذمة) ف (سقط باءاء عوضه مع التراضى) لانه حق ، و الحق يسقط بالاءاء (فلا يعود) لان الاعادة تحتاج الى الدليل ، و هو مفقود فى المقام (كما لو تراضى باعوضه مع وجوده) .

ولا يمكن ان يقال : بالفرق بان الرضا فى مقام الاعواز على نحو بدل الحيلولة ، بخلاف الرضا مع وجوده .

.....

هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالاعواز .

واما على القول بسقوطه وانقلابه قيميا ، فان قلنا : بان المصوب
انقلب قيميا عند تعذر مثله ، فاولى بالسقوط لان المدفوع نفس ما في الذمة
وان قلنا : ان المثل بتعذره النازل منزلة التلف صار قيميا احتمل وجوب
المثل عند وجوده ، لان القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل

لانه يقال : هذا ليس بفارق ، لان الرضا اذا حصل كفى ولو كان
الداعي للرضا شيئا خاصا ، لان تخلف الداعي غير ضائر كما حقق في محله .
(هذا) الذي ذكرناه من عدم عود الضمان بوجود المثل (على المختار
من عدم سقوط المثل عن الذمة بالاعواز) بل المثل يبقى حتى زمان اعطاء
القيمة .

(واما على القول بسقوطه وانقلابه قيميا) بمجرد الاعواز (فان قلنا :
بان المصوب انقلب قيميا عند تعذر مثله ، فاولى بالسقوط) عند اعطاء
القيمة واولى بعدم عود المثل الى الذمة عند وجود المثل بعد فقدانه
(لان المدفوع) اي القيمة - على هذا القول - (نفس ما في الذمة) الذي
هو القيمة بعد ان تعذر المثل (وان قلنا : ان المثل بتعذره النازل
منزلة التلف صار قيميا) فصار حاله حال الاشياء القيمة - كالشاة والبقر
ونحوهما - لانه انقلب الى القيمة (احتمل وجوب المثل عند وجوده) اي
وجود المثل بعد فقدانه (لان القيمة) التي اعطاها الضامن - عند تعذر
المثل - (حينئذ بدل الحيلولة عن المثل) فانه حيث حيل بين مثل
المضمون وبين ماله ، انتقل الى القيمة كما انه لو حال بين الشخص وبين

وسياتى ان حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة •

((السابغ)) : لوكان التالف المبيع فاسدا قيمياً ، فقد حكى : الاتفاق

على كونه مضمونا بالقيمة •

و يدل عليه الاخبار المتفرقة فى كثير من القيميات ،

ماله الذى القاه فى البحر لزم اعطاؤه بدل الحيلولة (وسياتى ان حكمه)
اى بدل الحيلولة (عود المبدل) كالمال الملقى فى البحر (عند انتفاء
الحيلولة) بخروج المال من البحر •

((السابغ)) : لوكان التالف المبيع فاسدا قيميا (اى كان المبيع

بالباع الفاسد الذى اتلفه المشتري من القيميات كالشاة — مثلا —) فقد
حكى : الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة (فيجب على المشتري الذى اتلفه
ان يدفع ثمنه الى البائع •

(ويدل عليه الاخبار المتفرقة فى كثير من القيميات) كخبر السكونى

عن ابي عبد الله عليه السلام : فى السفرة المطروحة قال عليه السلام :
ان امير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت فى الطريق مطروحة
كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين ، فقال امير المؤمنين
عليه السلام : يقوم ما فيها ثم يؤكل لانه يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها
غرموا له ، فقيل يا امير المؤمنين لا يدري سفرة مسلم او سفرة مجوسى ، فقال
هم فى سعة حتى يعلموا ، وعن عبد الله بن جعفر ، قال : سئلت موسى
عليه السلام عن رجل اصاب شاة فى الصحراء هل تحل له ، قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : هى لك او لاختك او للذئب
فخذها وعرفها حيث اصبتها فان عرفت فردها الى صاحبها وان لم تعرف

.....
 فلاحاجة الى التمسك بصحيحة ابي ولا دالاتيه فى ضمان البغل ، ولا بقوله
 عليه السلام : من اعتق شقصا من عبد قوم عليه بل الاخبار كثيرة بل قد عرفت
 ان مقتضى اطلاق ادلة الضمان فى القيميات هو ذلك بحسب

فكلها وانت ضامن لها ان جاء صاحبها ، يطلب ثمنها ان ترد ها عليه ، و
 مرسله الصدوق عن الصادق عليه السلام فى حديث : وان وجدت طعاما
 فى مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله فان جاء صاحبه فر د عليه القيمة
 الى غيرها من الروايات (فلاحاجة الى التمسك بصحيحة ابي ولا دالاتيه
 فى ضمان البغل) كى يمكن ان يناقش فى دلالة الصحيحة لما نحن فيه
 بانها ورادة فى باب الغصب ، فلا يمكن التمسك بها لغير باب الغصب
 لاحتمال اختصاصها بالغصب ، حيث ان الغاصب يشدد بالنسبة اليه ،
 بما لا يشدد بالنسبة الى غيره (ولا بقوله عليه السلام من اعتق شقصا) اى
 حصه (من عبد قوم) العبد كله (عليه) لان العتق يسرى ، فالمتعق الذى
 له حصه فى العبد سبب سراية العتق الى باقى العبد الموجب لذلك لاتلاف
 العبد على اربابه ، فيؤخذ منه لهم قيمة حصتهم .

وانما لانستدل بهذه الرواية لاحتمال اختصاص ذلك بالعبد لسراية
 العتق على التغليب فلا ينسحب الحكم فيه الى مكان آخر (بل الاخبار)
 فى باب ضمان القيمي بالقيمة (كثيرة) كما عرفت شطرا منها ، فلا حاجة الى
 الاستدلال بصحيحة ابي ولا د ، وخبر شقص العبد (بل قد عرفت) سابقا
 (ان مقتضى : اطلاق ادلة الضمان فى القيميات) اى قوله عليه السلام :
 هو ضامن ، او شبه هذه العبارة (هو ذلك) اى الضمان بالقيمة (بحسب

.....

المتعارف ، الا ان المتيقن من هذا المتعارف ماكان المثل فيه متعذرا •

بل يمكن دعوى انصراف الاطلاقات الواردة فى خصوص بعض القيميات

— كالبلغل والعبد ونحوهما — لصورة تعذر المثل كما هو الغالب .

فالمرجع فى وجوب القيمة فى القيمى •

المتعارف) فان الضمان اذا القى الى العرف ، فهم ضمان القيمى بالقيمة ، بل

ربما يفهم ضمان كل شئ بالقيمة ، سواء كان مثليا او قيميا (الا ان المتيقن من

هذا المتعارف ماكان المثل فيه) اى فى القيمى (متعذرا) اذ لوكان للبلغل —

مثلا— مثل ربما فهم عرفا وجوب المثل ، اما اذا تعذر المثل ، فلا اشكال فى فهم

العرف الضمان بالقيمة •

(بل يمكن دعوى انصراف الاطلاقات الواردة فى خصوص بعض القيميات

— كالبلغل والعبد ونحوهما — لصورة تعذر المثل) وانما قال : بعض

القيميات ، لان من القيميات ما لا شبهه له لكونها قيميا ، وان كان لها مثل فى

الجملة ، كالدار — مثلا — فان العرف لا يرى اعطاء المثل لها ، وان رأى

اعطاء المثل فى باب البغل والعبد (كما هو) اى تعذر المثل من جميع

الجهات للبلغل والعبد (الغالب) •

نعم: غير الغالب وجود المثل من غالب الجهات التى يسبب عدم التفاوت

بينهما عرفا ،

ان قلت : اذا كان المتبادر من الاطلاق المثل فى صورة وجود المثل — فى

باب القيميات — فكيف تقولون بوجوب القيمة ؟ •

قلت : انما نقول بالقيمة للاجماع (فالمرجع فى وجوب القيمة فى القيمى

.....
وان فرض تيسر المثل له ، كما فى من اتلف عبدا من شخص باعه عبداً
موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه ، وكما لو اتلف عليه ذراعاً من مائة ذراع
كرياس منسوج على طريقة واحدة لا تفاوت فى اجزائه اصلاً ، هو الاجماع ،
كما يستظهر ، وعلى تقديره ففى شموله لصورة تيسر المثل - من جميع
الجهات - تأمل .

وان فرض تيسر المثل له .) اى للقيمى ، وكلمة : ان ، وصلىة (كما فى من اتلف
عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه) كما لو كان لمحمد
عبدان صفتها متقاربة بحيث عدّاهما مثلين - عرفاً - فباع احدهما من زيد ،
ولم يسلمه بعد ، فاتلف زيد احداً العبدين ، فان مقتضى اطلاق ادلة
الضمان : ان يأخذ محمد العبد الذى باعه لزيد فى مقابل اتلاف زيد العبد
الذى لمحمد (وكما لو اتلف عليه ذراعاً من مائة ذراع كرياس منسوج على
طريقة واحدة) مما يعد عند الفقهاء قيماً ، لا مثلياً (لا تفاوت فى اجزائه
اصلاً) فان مقتضى القاعدة : ضمانه بمثل ذلك الكرياس ، لا بقيمته . (هو
الاجماع) خبر قوله : فالمرجع ، (كما يستظهر) الاجماع على ذلك من كلمات
الفقهاء ، والا كان مقتضى القاعدة الاولى : الضمان بالمثل ، لا بالقيمة
(وعلى تقديره) اى الاجماع (ففى شموله) اى الاجماع (لصورة تيسر
المثل - من جميع الجهات -) وان عد قيماً عند الفقهاء (تأمل) اذ القدر
المتيقن من الاجماع القيمى الذى لا مثل له ، اما ماله مثل من جميع
الجهات ، فلا اجماع على لزوم اعطاء القيمة .

فمقتضى القاعدة المستفادة من ادلة الضمان : اعطاء المثل

.....

خصوصا مع الاستدلال عليه - كما فى الخلاف وغيره - بقوله تعالى :
فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ، بناء على : ان القيمة مماثل للتالف
فى المالية ، فان ظاهر ذلك جعلها من باب الاقرب الى التالف بعد
تعذر المثل .

وكيف كان فقد حكى الخلاف فى ذلك عن الاسكافى ، وعن الشيخ
والمحقق فى الخلاف والشرايع فى باب القرض

(خصوصا مع الاستدلال عليه) اى على الضمان (- كما فى الخلاف وغيره -
بقوله تعالى : فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ،) فان المنشاء للضمان :
لو كان هذا الزم ان نقول : بالمثل ، الا ما خرج بالدليل من القيميات التى
لا مثل لها - عرفا - فالمثل و القيمى الذى له مثل - عرفا - مشمولان للآية
الكريمة - فانهم انما يقولون : بالقيمة - فى القيميات ويستفادون ذلك من
الآية (بناء على : ان القيمة مماثل للتالف فى المالية) اذا فالماثل
للتالف ، فى الشكل و المالية ، اولى بان يكون مستفادا من الآية (فان
ظاهر ذلك) الاستدلال بالآية ، لوجوب القيمة فى الاشياء القيميية
(جعلها) اى القيمة (من باب الاقرب الى التالف بعد تعذر المثل)
فاذا لم يتعذر المثل بان كان للعبد ، مثل عرنى - مثلا - لم يكن وجه
للذهاب الى ضمانه بالقيمة .

(وكيف كان فقد حكى الخلاف فى ذلك) اى فى لزوم القيمة فى
القيمية (عن الاسكافى ، وعن الشيخ ، والمحقق فى الخلاف ، والشرايع
فى باب القرض) فقالوا : بالمثل فى القيمى ايضا خلافا للمشهور الذين قالوا

.....

فان ارادوا ذلك مطلقا ، حتى مع تعذر المثل ، فيكون القيمة عندهم بدلا عن المثل ، حتى يترتب عليه وجوب قيمة يوم دفعها كما ذكرنا ذلك احتمالا فى مسألة تعيين القيمة متفرعا على ذلك القول ، فيردّه اطلاقات الروايات الكثيرة ، فى موارد كثيرة

منها صحيحة ابي ولاد الاتية

بالقيمة فى القيمي (فان ارادوا ذلك) المثل فى القيمي (مطلقا) سواء تعذر المثل ام لم يتعذر ؟ (حتى) يجب المثل (مع تعذر المثل ، فيكون القيمة عندهم بدلا عن المثل) فاذا تلف عبدا ، ولم يكن له مثل فى الخارج كان اللازم فرض مثل لذلك العبد ، ويكون المتلف ضامنا لذلك المثل المفقود ، واذا اعطى القيمة فانما هى قيمة المثل ، لا قيمة العين المتلفة (حتى يترتب عليه) اى على وجوب المثل (وجوب قيمة يوم دفعها) فاذا كان العبد فى يوم التلف يسوى الفا ، وفى يوم الدفع مائة ، او الفين ، وجب على المتلف اعطاء المائة او الفين ، لانه يوم تحول المثل الى القيمة (كما ذكرنا ذلك) اى وجوب دفع قيمة يوم الدفع (احتمالا فى مسألة تعيين القيمة متفرعا على ذلك القول) اى القول بوجوب دفع القيمة ، فان القائل بوجوب دفع قيمة العبد - لامثله - احتمل وجوب قيمة يوم التلف ، وقيمة يوم الدفع (فيرده) خبر قوله : فان ارادوا ، وجملة : كما ذكرنا ، معترضة (اطلاقات الروايات الكثيرة ، فى موارد كثيرة) حيث : انها اطلقت القيمة ، الظاهرة فى انها بدل التالف ، لانها بدل المثل .

(منها صحيحة ابي ولاد الاتية) حيث قال : عليه قيمة بغل ، ولم يقل

.....
ومنها رواية تقويم العبد، ومنها ما دل على : انه اذا تلف الرهن بتفريط
المرتهن سقط من دينه ، بحساب ذلك ، فلولا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه
لسقوط الدين ، بمجرد ضمان التالف ومنها غير ذلك من الاخبار الكثيرة و
ان ارادوا انه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن بعيدا نظرا الى ظاهر آية :
الاعتداء ، ونفى الضرر لان خصوصيات الحقائق قد تقصد

مثل بغل (ومنها رواية تقويم العبد ، ومنها ما دل على : انه اذا تلف الرهن
بتفريط المرتهن سقط من دينه) اى دين الراهن الذى اخذ المال من المرتهن
(بحساب ذلك) الرهن الذى تلف مثلا اعطى زيد داره لمحمد فى مقابل الف دينار
اخذ محمد قرضا فاذا تلف محمد داره وكانت تسوى خمسمائة دينار سقط من ذمة
زيد خمسمائة ووجب عليه ان يعطى لمحمد خمسمائة فقط وهذا يدل على ان الرهن
انما يقوم لانه يجب اعطاء مثله والا كان اللازم على محمد ان يعطى لزيد مثله ويارى اخذ
من زيد الالف الذى دفعه اليه (فلولا ضمان التالف بالقيمة) لا بالمثل (لم
يكن وجه لسقوط الدين ، بمجرد ضمان التالف) .

اقول : اشكل السيد صاحب العروة فى وجود هذه الرواية فراجع (و
منها غير ذلك من الاخبار الكثيرة) التى مرت جملة منها : دالة على لزوم
القيمة فلا وجه لاطلاق القول بلزوم المثل (وان ارادوا انه مع تيسر المثل
يجب المثل) دون القيمة (لم يكن) كلامهم (بعيدا) عن الصواب (نظرا
الى ظاهر آية : الاعتداء) فانها تدل : على المثل ، الا ما خرج من القيميات
التى لا مثل لها (ونفى الضرر) فان اعطاء القيمة دون المثل ضرر على المغصوب
منه (لان خصوصيات الحقائق قد تقصد) فقصد المالك ان يكون له عبدا و

.....
 اللهم الا ان يحقق اجماع على خلافه ولومن جهة ان ظاهر كلمات هؤلاء
 اطلاق القول : بضمن المثل ، فيكون الفصل بين التيسر وعدمه ، قولا
 ثالثا في المسألة .

ثم انهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد
 فالمحكى في غاية المراد عن الشيخين واتباعهما ، تعيين

بغل ، لا : ان يكون له قيمة ذلك ، اذا اشتراؤه بالقيمة شاق عليه .
 بالاضافة الى بعض الروايات الدالة على المثل في القيمي ، كالمرؤى
 عن العامة : ان امرئة كسرت قصعة اخرى فدفع النبي صلى الله عليه وآله
 وسلم قصعة الكاسرة الى صاحبة المكسورة ، وحبس المكسورة في بيته ، و
 في حديث آخر ان النبي استقرض بكرا ، فامر برده مثله ، بل خبر اسحاق بن
 عمار قلت : لابي عبد الله عليه السلام استقرض الرغيف من الجيران ، و
 نأخذ الكبير و نعطي صغيرا و نعطي كبيرا ، قال عليه السلام : لا بأس ،
 الى غيرها من الروايات .

(اللهم الا ان يحقق اجماع على خلافه) وانه لا يجوز في القيمي الا
 القيمة لا المثل (ولومن جهة ان ظاهر كلمات هؤلاء اطلاق القول : بضمن
 المثل) من غير فرق بين ان يكون تيسر المثل ام لا ؟ (فيكون الفصل بين
 التيسر للمثل ، فيجب المثل (وعدمه) اي عدم التيسر ، فوجب القيمة
 (قولا ثالثا في المسئلة) وهذا مما لا يجوز احداثه والله العالم .

(ثم انهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد)
 قيمة اي يوم هي (فالمحكى في غاية المراد عن الشيخين واتباعهما ، تعيين

.....

قيمة يوم التلف ، وعن الدروس والروضة نسبتبه الى الاكثر .

والوجه فيه على مانبه عليه جماعة ، منهم العلامة فى السرائر : ان الانتقال الى البدل ، انما هو يوم التلف ، اذ : الواجب قبله هو رد العين و ربما يورد عليه : ان يوم التلف يوم الانتقال الى القيمة ، اما كون المنتقل اليها قيمة يوم التلف فلا .

و يدفع بان معنى : ضمان العين عند قبضه ، كونه فى عهده ، و معنى ذلك

قيمة يوم التلف وعن الدروس والروضة نسبتبه) اى هذا القول (الى الاكثر ، والوجه فيه) اى فى كون المعيار قيمة يوم التلف (على مانبه عليه جماعة : منهم العلامة فى السرائر : ان الانتقال الى البدل انما هو يوم التلف) لا بعده ، ولا قبله (اذ الواجب قبله هو رد العين) واليوم الذى بعد يوم التلف ليست العين فى الذمة ، بل القيمة فارْتِفاع العين - لو كانت - و انخفاضها لا يؤثران فى الضمان .

(و ربما يورد عليه : ان يوم التلف يوم الانتقال الى القيمة) هذا صحيح لانه اذا لم يمكن العين وجب قيمتها (اما كون المنتقل اليها قيمة يوم التلف فلا) دليل على ذلك ، فلعل المنتقل اليها قيمة ما عم من قيمة يوم الغصب ، او التلف ، او ما بعد ذلك ، او اعلى القيم .

(و يدفع) هذا الايراد (بان معنى : ضمان العين عند قبضه) المستفاد من قوله : على اليد ما اخذت ، (كونه) اى الشئ المقبوض (فى عهده) اى عهدة القابض ، و ذمته (ومعنى ذلك) الكون فى العهدة

.....

وجوب تداركه ببده عند التلف ، حتى يكون عند التلف كأنه لم يتلف ، و
تداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه .
و مما ذكرنا ظهر ان الاصل فى ضمان التالف ضمانه بقيمته يوم التلف
فان خرج المغصوب من ذلك - مثلا - فبدليل خارج .
نعم لو تم ما تقدم عن الحل فى هذا المقام من دعوى الاتفاق على
كون البيع فاسدا بمنزلة

(وجوب تداركه ببده عند التلف ، حتى يكون) الشئ (عند التلف كأنه لم
يتلف) لان بدله يوصل الى المالك (وتداركه) ببده (على هذا النحو)
كأنه لم يتلف ، انما هو (بالتزام مال معادل له قائم مقامه) وقوله : و
تداركه ، مبتدء ، و : بالتزام ، خبره ، فالحاصل : انه اذا تلف اعطى
المتلف ماله .

(و مما ذكرنا ظهر : ان الاصل فى ضمان التالف ، ضمانه بقيمته يوم
التلف) فالضمان بالقيمة يوم التلف ، والمنتقل اليها قيمة يوم التلف ايضا
و هذا الحكم عام بالنسبة الى كل انواع الضمان ، كالمقبوض بالسوم والبيع
الفاسد ، والغصب ، وغيرها (فان خرج المغصوب من ذلك) الاصل
الكلى (مثلا) بان قلنا : المغصوب يضمن بقيمة يوم الغصب ، او اعلى
القيم او ما شبه (فبدليل خارج) سبب ذلك الدليل ان نخرج عن الاصل
الكلى الذى مقتضاه قيمة يوم التلف .

(نعم لو تم ما تقدم عن الحل فى هذا المقام) اى مقام ضمان البيع
الفاسد (من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسدا) اى بالبيع الفاسد (بمنزلة

المغصوب الا فى ارتفاع الاثم الحقناه بالمغصوب، ان ثبت فيه حكم مخالف لهذا الاصل، بل يمكن ان يقال: اذا ثبت فى المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب، كما هو ظاهر صحيحة ابي ولا دالاتية كشف ذلك عن عدم اقتضاء اطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف، اذ يلزم حينئذ ان يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف اضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك عند التلف، لما ذكرنا من ان معنى التدارك التزام بقيمته يوم وجوب التدارك

المغصوب الا فى ارتفاع الاثم) حيث لاثم فى البيع الفاسد، مما هو موجود فى المغصوب (الحقناه) اى المبيع بالمبيع الفاسد (بالمغصوب)، ان ثبت فيه) اى فى المغصوب (حكم مخالف لهذا الاصل) الاولى الذى هو ضمان قيمة يوم الغصب - مثلا - (بل يمكن ان يقال: اذا ثبت فى المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب، كما هو ظاهر صحيحة ابي ولا دالاتية) حيث قال عليه السلام: قيمة بغل يوم خالف (كشف ذلك) الاعتبار بقيمة يوم الغصب (عن عدم اقتضاء اطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف، اذ) كيف يمكن ان يكون المغصوب اخف حكما من غير المغصوب؟ فانه (يلزم حينئذ) اى حين كان الاعتبار فى المغصوب يوم الغصب لا يوم التلف (ان يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف اضعاف ما كانت) قيمته (يوم الغصب) كما لو كان يوم الغصب يسوى بالف، و يوم التلف بعشرة آلاف (غير واجب التدارك عند التلف)

وانما لم يكن واجبا تداركه (لما ذكرنا من ان معنى التدارك التزام بقيمته يوم وجوب التدارك) فتحصل ان المصنف ذكر اولا: ان مقتضى

.....
 نعم لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب اعلی القيم ، امكن جعل التزام
 الغاصب بالزائد ، على مقتضى التدارك مؤاخذه له باشق الاحوال فالمهم
 حينئذ صرف الكلام الى معنى الصحيحة بعد ذكرها ليلحق به البيع الفاسد

الاصل فى موارد الضمان مطلق يوم التلف ، ثم استثنى المغصوب ، فضمانه
 عند الغصب بمقتضى صحيحة ابي ولاد ، ثم الحق بالغصب سائر موارد
 الضمان - وعليه ينقلب الاصل الاولى - لانه لو كان فى الغصب الاعتبار
 بيوم الغصب ، و فى سائر الموارد بيوم التلف ، لزم ان يكون المغصوب احسن
 حالا .

اللهم الا اذا قلنا : بان مفاد الصحيحة وجوب اعلی القيم ، فنقول :
 الاصل فى جميع موارد الضمان ، يوم التلف ، الا المغصوب .
 والى هذا اشار بقوله : (نعم لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب
 اعلی القيم) كما يأتى تقريب ذلك (امكن جعل التزام الغاصب بالزائد) على
 يوم التلف - فيما كان يوم التلف عشرة ، و فى يوم آخر بعشرين - مثلاً -
 (على مقتضى التدارك) و مقتضى التدارك : هو يوم التلف و : على ، متعلق
 ب : الزائد ، (مؤاخذه له باشق الاحوال) و حينئذ يبقى الاصل - و هو
 الضمان يوم التلف - سالماً عن الايراد ، و يخرج منه الغصب فقط
 بدليل خاص (فالمهم حينئذ) اى حين توقف معرفة الضمان فى سائر
 الموارد على معرفة الضمان فى الغصب ، و انه يوم التلف ، او يوم الغصب
 او اعلی القيم (صرف الكلام الى معنى الصحيحة) لابي ولاد (بعد ذكرها
 ليلحق به) اى بذلك المعنى (البيع الفاسد) و ان ضما نه يوم التلف ،

اما لما ادعاه الحلى ، واما لكشف الصحيحة عن معنى التدارك ، والغرامة
فى المضمونات ، وكون العبرة فى جميعها بيوم الضمان ، كما هو احدى
الاقوال فيما نحن فيه ، من البيع الفاسد .

و حيث ان الصحيحة مشتملة على احكام كثيرة ، و فوائد خطيرة ، فلا
بأس بذكرها جميعا ، وان كان الغرض متعلقا ببعضها ،
فروى الشيخ فى الصحيح عن ابي ولاد ، قال : اكرتت بغلا الى قصر

بنى هبيرة

او يوم القبض ، اذ حال البيع الفاسد حال الغصب (اما لما ادعاه الحلى)
من الاجماع ، على ان حال البيع الفاسد حال الغصب (واما لكشف
الصحيحة عن معنى التدارك والغرامة فى المضمونات) فلما دل الدليل
على التدارك والغرامة فى البيع الفاسد ، كان معنى التدارك هنا هو
معنى التدارك فى الصحيحة ، و قول المصنف : « اما » و « اما » لبيان
اتحاد حكم المغصوب والبيع الفاسد ، (وكون العبرة فى جميعها) اى
المضمونات (بيوم الضمان) الذى هو مثل يوم الغصب (كما هو) اى كون
الاعتبار بيوم الضمان (احدى الاقوال فيما نحن فيه ، من البيع الفاسد) من
بيان « ما » و « كون العبرة » عطف على « معنى التدارك »

(و حيث ان الصحيحة مشتملة على احكام كثيرة ، و فوائد خطيرة) فى
الفقه (فلا بأس بذكرها جميعا وان كان الغرض) فى مقامها هذا (متعلقا
ببعضها ، ف) نقول (روى الشيخ فى الصحيح عن ابي ولاد ، قال : اكرتت
بغلا الى قصر بنى هبيرة) وكان بين الكوفة و بغداد بينه و بين كل منهما

.....
 ذاهبا ، و جائيا بكذا وكذا ، و خرجت في طلب غريم لى فلما صرت قرب
 قنطرة الكوفة ، خبرت ان صاحبى توجه الى النيل ، فتوجهت نحو
 النيل ، فلما اتيت النيل ، خبرت انه توجه الى بغداد ، فاتبعته و
 ظفرت به ، و فرغت مما بينى و بينه ، و رجعت الى الكوفة ، وكان ذهابى
 و مجيئى خمسة عشر يوما ، فاخبرت صاحب البغل بعذرى ، و اردت
 ان اتحلل منه فيما صنعت ، و ارضيه ، فبذلت له خمسة عشر درهما ، فابى
 ان يقبل ، ففترضينا بابى حنيفة ، و اخبرته بالقصة ، و اخبره الرجل
 فقال : لى ما صنعت بالبغل ؟ فقلت : رجعت سليما ، قال :

مسافة يومين (ذاهبا و جائيا بكذا وكذا) من الدراهم (و خرجت فى
 طلب غريم لى) كنت اطلبه شيئا (فلما صرت قرب قنطرة الكوفة ، خبرت ان
 صاحبى توجه الى النيل) المراد بصاحبه ، غريمه (فتوجهت نحو النيل ،
 فلما اتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد) و النيل : موضع بين كوفة ، و
 بغداد (فاتبعته و ظفرت به ، و فرغت مما بينى و بينه) بتصفية الطلب ، (و
 رجعت الى الكوفة ، وكان ذهابى و مجيئى خمسة عشر يوما) مع ان المسافة
 المقررة بينى و بين صاحب البغل اربعة ايام حسب المسافة بين الكوفة
 و بنى هبيرة (فاخبرت صاحب البغل بعذرى ، و اردت ان اتحلل منه
 فيما صنعت ، و ارضيه فبذلت له خمسة عشر درهما) اى و هوازيد من
 الاجرة المقررة اولا (فابى ان يقبل ، ففترضينا بابى حنيفة) حكما فى
 الموضوع (و اخبرته بالقصة ، و اخبره الرجل) ايضا (فقال : لى) ابو حنيفة
 (ما صنعت بالبغل ؟) هل ارجعته ام لا ؟ (فقلت : رجعت سليما قال :)

.....
 نعم بعد خمسة عشريوما ، قال فماتريد من الرجل؟ قال : اريد كراء بغلى
 فقد حبسه على خمسة عشريوما ، فقال : انى ما ارى لك حقا ! لانه اكثرا
 الى قصر بنى هبيرة ، فخالف فركبه الى النيل ، والى بغداد فضمن قيمة
 البغل ، وسقط الكراء ، فلما رد البغل سليما ، وقبضته لم يلزمه الكراء
 قال : فخر جنا من عنده ، واخذ صاحب البغل يسترجع فرحمته مما
 افتى به ابو حنيفة ، واعطيته شيئا ، وتحللت منه ، وحججت

صاحب البغل (نعم بعد خمسة عشريوما) على خلاف الموعد المقرر (قال)
 ابو حنيفة لصاحب البغل : (فماتريد من الرجل) المكتري لبغلك ؟ (قال)
 صاحب البغل : (اريد كراء بغلى ، فقد حبسه على خمسة عشريوما فقال)
 ابو حنيفة (انى ما ارى لك) يا صاحب البغل (حقا) على الرجل (لانه
 اكثراه الى قصر بنى هبيرة ، فخالف فركبه الى النيل ، والى بغداد ،
 فضمن) بسبب هذه المخالفة (قيمة البغل ، وسقط الكراء) لانه لم يعمل
 بمقتضى الاجارة فيكون غاصبا ، والغاصب ضامن للقيمة (فلما رد البغل
 سليما ، وقبضته لم يلزمه الكراء) لانه سا قطبا لمخالفة ، والضمان ايضا
 سقط بالاقباض لك ، فلا شئ على الرجل حتى اصل الاجرة التى كانت
 بينكما (قال) الرجل : (فخر جنا من عنده ، واخذ صاحب البغل يسترجع)
 اى يقول : انا لله وانا اليه راجعون ، وذلك لانه لم يحصل على شئ
 بعد ان كان لا يرضى بخمسة عشر درهما (فرحمته مما افتى به ابو حنيفة ، و
 اعطيته شيئا) مجانا (وتحللت منه) اى قلت له : اجعلنى فى حل (وحججت

.....
 تلك السنة ، فاخبرت ابا عبد الله عليه السلام ، بما افتى به ابو حنيفة ، فقال
 ، فى مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء مائها ، وتحبس الارض بركاتها
 فقلت : لابي عبد الله عليه السلام فما ترى انت ، جعلت فداك ؟ قال
 عليه السلام : ارى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة الى النيل
 و ذاهبا من النيل الى بغداد ، و مثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة
 و توفيه اياه ، قال : قلت : جعلت فداك ، فقد علفته بدراهم ، فلى عليه
 علفة ، قال : لا ، لانك غاصب ،

تلك السنة ، فاخبرت ابا عبد الله (الصادق) عليه السلام بما افتى به ابو
 حنيفة) و بالقصة (فقال) عليه السلام : (فى مثل هذا القضاء) الذى قضى
 به ابو حنيفة (و شبهه) من الحكم بالباطل (تحبس السماء مائها و تحبس
 الارض بركاتها) لعله اشارة الى قوله سبحانه : وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَىٰ آمَنُوا
 وَاتَّقَوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاءِ وَالأَرْضِ ، وَلَكِنَّ كَثُورًا مِّنْهُمْ يَمُوتُونَ
 كَانُوا يَكْسِبُونَ ، (فقلت : لابي عبد الله عليه السلام فما ترى انت جعلت
 فداك ؟ قال عليه السلام : ارى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة الى
 النيل ، و ذاهبا من النيل الى بغداد) ولعل الامام لم يقل من الكوفة
 الى بغداد ، لاختلاف القيمة من الكوفة الى بغداد ، و من الكوفة الى
 النيل ، ثم منه الى بغداد (و مثل كراء البغل من بغداد ،
 الى الكوفة ، و توفيه اياه) عطف على : عليك ، اى واجب عليك ذمة و واجب
 ان تعطيه اياه ايضا (قال : قلت : جعلت فداك فقد علفته) اى البغل
 (بدراهم فلى عليه علفة قال) عليه السلام (لا ، لانك غاصب) بخلاف

قلت :أُرأيت لو عطب البغل او نفق أليس كان يلزمنى؟ قال :نعم قيمة
 بغل يوم خالفته ،قلت :فان اصاب البغل عقر، او كسر ،او دبر ،قال :عليك
 قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه ، قلت :فمن يعرف ذلك ؟
 قال :انت وهو، اما ان يحلف هو ،فيلزمك ،و ان ردّ اليمين عليك فحلفت
 على القيمة ،لزمتك ذلك او يأتى

المأذون الذى له على المالك ان يوفى ما انفق على بغله ، لاحترام مال
 المسلم ، اما الغاصب فقد اذهب احترام مال نفسه (قلت :أُرأيت) اى
 اخبرنى (لو عطب البغل) و هلك (او نفق) و صار فيه جرح ، او ما شبه
 (أليس كان يلزمنى ؟) شئى فى الخسارة (قال :نعم) كان يلزمك (قيمة
 بغل يوم خالفته) اى خالفت مالك البغل (قلت :فان اصاب البغل عقراو
 كسراو دبر) ماذا كان يلزمنى ، و العقر الجرح و الدبر بالتحريك قرحة
 الدابة ، و الكسر واضح (قال : عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم
 ترده عليه) فاذا كانت قيمة الصحيح مائة ، و المعيوب تسعين لزمه اعطاء
 عشرة بالاضافه الى رد الدابة (قلت :فمن يعرف ذلك) التفاوت بين
 الصحيحة و المعيبة (قال) عليه السلام : (انت وهو) اى انه مرميوط
 بالعرف و انتما من العرف ، ولدى الاختلاف فى القيمة (اما ان يحلف هو)
 صاحب البغل (فيلزمك) بمقدار ما حلف (وان ردّ اليمين عليك) و لم
 يحلف (فحلفت) انت (على القيمة ، لزمتك ذلك) المقدار الذى انت اعترفت
 به ، مثلاً قال صاحب البغل هو مائة ، و قلت :انت هو تسعين ، فان حلف
 هو لزمتك المائة ، و ان رد الحلف و حلفت انت لزمتك التسعون (او يأتى

.....

صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا
 فيلزمك ، فقلت : انى كنت اعطيته دراهم ورضى بها ، وحللى ، فقال
 عليه السلام : انما رضى بها وحللك حين قضى عليه ابو حنيفة بالجور والظلم
 ولكن ارجع اليه فاخبره بما افتيتك به ، قال جعلك فى حل بعد معرفته
 فلا شئ عليك بعد ذلك ، الخبر

و محل الاستشهاد فيه فقرتان ، الاولى : قوله : نعم قيمة بغل يوم
 خالفته الى ما بعد ، فان الظاهر ان اليوم قيد للقيمة ، اما باضافة القيمة
 المضافة الى البغل اليه ثانيا ، يعنى قيمة يوم المخالفة للبغل و

صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا
 فيلزمك) و يقوم الشهود مقام الحلف (فقلت : انى كنت) قد (اعطيته دراهم
 ورضى) صاحب البغل (بها) اى بالدراهم (و حللى ، فقال عليه السلام
 انما رضى) صاحب البغل (بها ، وحللك حين قضى عليه ابو حنيفة
 بالجور والظلم ، ولكن) انت (ارجع اليه) اى الى صاحب البغل
 (فاخبره بما افتيتك به ، قال جعلك فى حل بعد معرفته فلا شئ عليك
 بعد ذلك) انتهى موضع الحاجة من (الخبر ، و محل الاستشهاد فيه
 فقرتان : الاولى : قوله) عليه السلام (نعم : قيمة بغل يوم خالفته الى ما
 بعد) هذه الفقرة (فان الظاهر) عند العرف من هذه الفقرة (ان اليوم
 قيد للقيمة) اى قيمة يوم المخالفة - و هو يوم الغصب - (اما باضافة
 القيمة المضافة الى البغل اليه) اى الى : اليوم ، (ثانيا) فيكون الكلام
 هكذا : قيمة بغل ، : قيمة يوم ، (يعنى قيمة يوم المخالفة للبغل) ان

يكون اسقاط حرف التعريف من: البغل، للاضافة، لان ذا القيمة بغل غير معين، حتى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضمونا بالمثل، و القيمة، انما هى قيمة المثل .

و اما بجعل : اليوم، قيداً للاختصاص الحاصل من اضافة : القيمة، الى : البغل، و اما ما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله : نعم، القائم مقام قوله عليه السلام : يلزمك، يعنى : يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل، فبعيد جدا .

قلت : فاللازم ان يقول : قيمة البغل، باللام، لا : قيمة بغل، بالتنكير، قلت : (يكون اسقاط حرف التعريف من البغل، للاضافة) الى يوم، اى : بغل يوم المخالفة، (لان ذا القيمة بغل غير معين) فليست الكلمة نكرة، وانما هى معرفة، حذفت اللام منها لقصد الاضافة (حتى توهم الرواية) بناءً على نكرة البغل (مذهب من جعل القيمي مضمونا بالمثل) لان معناها حينئذ : قيمة بغل، مماثل للبغل المكترى (و القيمة) التى يجب اعطائها (انما هى قيمة المثل) لقيمة نفس الشئ — اى البغل المكترى — (و اما بجعل : اليوم، قيداً للاختصاص الحاصل من اضافة : القيمة، الى : البغل) اى قيداً للمعنى — لانه قيدٌ للقيمة — وان كان أولُ المعنى الى المعنى الاول ايضا (و اما ما احتمله جماعة من تعلق الظرف) اى : يوم، (بقوله : نعم، القائم مقام قوله عليه السلام : يلزمك،) فيوم، متعلق بيلزمك (يعنى : يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل) وعليه فلا دلالة فى الرواية لتعيين مقدار القيمة (فبعيدٌ جدا) لان مقتضى القاعدة الادبية تعلق الظرف بالاقرب فالاقرب

.....

بل غير ممكن ، لان السائل انما سئل عما يلزمه بعد التلف ، بسبب المخالفة
بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان ، كما يدل عليه :
ارأيت لو عطب البغل ، او نفق ، اليس كان يلزمنى ؟ فقله : نعم ، يعنى :
يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة ، قيمة بغل يوم خالفته ،

وقد اطنب بعض من جعل الفقرة ظاهرة فى تعلق الظرف بلزوم
القيمة عليه ، و لم يأت بشئ يساعده التركيب اللغوى ، ولا المتفاهم العرفى

(بل غير ممكن لان السائل انما سئل) الامام عليه السلام (عما يلزمه بعد
التلف) للبغل (بسبب المخالفة) الظرف متعلق ب : يلزمه ، (بعد العلم)
من السائل (بكون زمان المخالفة) هو (زمان حدوث الضمان) فاجواب
الامام : بان الضمان فى يوم المخالفة ، لافائدة فيه اصلا (كما يدل عليه :)
اى على ان السائل كان عالما بكون زمان المخالفة هو زمان الضمان ، قوله :
(ارأيت لو عطب البغل ، او نفق اليس كان يلزمنى ؟) فالسائل يعرف بانه
ملتزم ، و انما يسئل من شئ آخر (فقله) عليه السلام (نعم ، يعنى يلزمك
بعد التلف بسبب المخالفة) لصاحب البغل (قيمة بغل يوم خالفته) فتدل
الرواية : على ان الضمان انما هو بقيمة يوم المخالفة .

(وقد اطنب) و اطلال (بعض من جعل الفقرة) المذكورة من الرواية
(ظاهرة فى تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه) يعنى يلزمك يوم المخالفة
(ولم يأت بشئ يساعده التركيب اللغوى ، ولا المتفاهم العرفى) و قد نظر
بعض المعلقين فى كلام المصنف بما هو خارج عن وضع الشرح ، فعلى
الراغب ان يراجع الحواشى و التعليقات .

((الثانية)) :قوله او يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكرى كذا وكذا ، فان اثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لاجدوى فيه ، لعدم الاعتبار به ، فلا بد ان يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة ، بناءً على انه يوم الاكتراء ، لان الظاهر من صدر الرواية انه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة ، ومن المعلوم ان اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة ، انما يكون يوم الخروج ، او فى عصر اليوم السابق

(((الثانية)) :قوله) عليه السلام (او يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكرى كذا وكذا) .

و وجه دلالة هذه الفقرة على مانحن فيه ، الاعتبار بيوم الاكتراء (فان اثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لاجدوى) ولا فائدة (فيه لعدم الاعتبار به) اى بيوم لاكتراء ان : يوم لاكتراء ليس يوم لضمان (فلا بد ان يكون الغرض منه) اى من يوم الاكتراء (اثبات قيمة يوم المخالفة ، بناءً على انه يوم لاكتراء) ايضا (لان الظاهر من صدر الرواية) حيث قال : فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت الخ ، فان قنطرة الكوفة يصل اليها الانسان فى نفس اليوم على الظاهر ، ومن القنطرة خالف المكترى و) انه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة ، ومن المعلوم ان اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة (بين الكوفة وبين قنطرتها) انما يكون يوم الخروج ، او فى عصر اليوم السابق (بان اكرى البغل عصرا ، و خرج صباحا ، لان يكترى الانسان البغل فى يوم و يخرج بعد ذلك باسبوع ، او شهر ، او ما اشبه

.....

و معلوم ايضا عدم اختلاف القيمة فى هذه المدة القليلة .

و اما قوله عليه السلام : فى جواب السؤال عن اصابة العيب عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده ، فالظرف : متعلق ب : عليك ، لا قيد للقيمة ، اذ لا عبرة فى ارش العيب بيوم الرد اجماعا ، لان النقص الحادث تابع فى تعيين يوم قيمته لاصل العين

(و معلوم ايضا عدم اختلاف القيمة) للبخل (فى هذه المدة القليلة) بين الاكتراء ، و بين المخالفة .

(و اما قوله عليه السلام : فى جواب السؤال عن اصابة العيب :) حيث سئل السائل فان اصاب البخل عقر الخ (عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده) حيث ربما يزعم ان : يوم ، متعلق ب : القيمة ، فالمعتبر قيمة يوم الرد لا قيمة يوم المخالفة (فالظرف) و هو « يوم » (متعلق بعليك) اى عليك فى يوم الرد ان تعطيه القيمة الفلانية (لا قيد للقيمة) .

وان قلت : ان : عليه ، يوم المخالفة ، لا يوم الرد ، قلت : انما يرد القيمة فى يوم الرد ، و بهذا الاعتبار ، قال عليه السلام : « يوم ترده » و الا فمن المعلوم ان الضمان انما يكون يوم المخالفة ، و انما قلنا : لا قيد للقيمة ، (اذ لا عبرة فى ارش العيب بيوم الرد اجماعا) فهذا الاجماع كاشف عن ان مراد الامام عليه السلام : لم يكن القيمة يوم الرد ، بل : الضمان اى — عليك — يوم الرد ، (لان النقص الحادث تابع فى تعيين يوم قيمته لاصل العين) « لاصل » متعلق ب : تابع ،

فاذا قلنا : بان المدار فى قيمة العين على يوم الغصب ، فكذلك

.....

فالمعنى عليك اداء الارش يوم رد البغلة

و يحتمل ان يكون ، قيداً للعيب ، والمراد العيب الموجود فى يوم
الرد ، لاحتمال ازيد اداء العيب الى يوم الرد ، فهو المضمون دون العيب
القليل الحادث اولاً .

لكن ، يحتمل ان يكون العيب قد تناقص الى يوم الرد ، و العبرة
حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه لان المعيب لورد الى الصحة

نقول : فى النقص ، فتقوم العين فى يوم الغصب صحيحة و معيبة ، ويؤخذ
بتلك النسبة ، وعلى هذا فلا عبرة فى ارش العيب بيوم الرد (فالمعنى)
لقوله عليه السلام : عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده ، (عليك
اداء الارش يوم رد البغلة) هذا .

(و يحتمل ان يكون) الظرف اى : يوم ، فى كلام الامام عليه السلام قيداً
للعيب ، والمراد العيب الموجود فى يوم الرد (فعيب يوم الرد مضمون
(لاحتمال ازيد اداء العيب الى يوم الرد) مثلاً كان العيب يوم التعيب عشرة و
يوم الرد مائة (فهو المضمون دون العيب القليل الحادث اولاً) اول الامر
لان فى يد الغاصب تعيب البغل بهذا العيب الكثير .

(لكن) هذا الاحتمال ضعيف ، لان مقتضاه : انه لو نقص العيب كان
الضمان لذلك الناقص فقط ، كما لو تعيب اولاً بمائة ، ثم صار عشرة ، كان
اللازم على هذا القول ضمانه بعشرة و هذا غير تام ، اذ (يحتمل ان يكون
العيب قد تناقص الى يوم الرد ، و العبرة حينئذ) اى حين التناقص
(بالعيب الموجود حال حدوثه) لاحال نقصه (لان المعيب لورد الى الصحة)

.....

او نقص، لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى، فهذا الاحتمال من هذه الجهة، ضعيف ايضا فتعين تعلقه بقوله : عليك .
و المراد بقيمة ما بين الصحة و العيب : قيمة التفاوت بين الصحة و العيب و لا تعرض فى الرواية ليوم هذه القيمة فيحتمل يوم الغضب، و يحتمل يوم حدوث العيب الذى هو يوم تلف وصف الصحة الذى هو

بان صح البغل بعد تعيبه (او نقص) العيب، بان صار اقل (لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع) فى صورة ارتفاع العيب كليا (على مقتضى الفتوى) فان العلماء يفتون بذلك .

و وجهه ان العيب صار فى ذمة الغاصب، و لا دليل على سقوطه بعد ارتداد البغل صحيحا ، او بعد ان قل عيبه (فهذا الاحتمال) اى احتمال تعلق : يوم ، فى كلام الامام ب : عيب ، (من هذه الجهة) اى الجهة التى ذكرناها بقولنا : لكن ، (ضعيف ايضا) كضعف الاحتمال السابق الذى رد دناه بقولنا : اذ لا عبرة فى ارش ، (فتعين تعلقه) اى : يوم ، (بقوله : عليك) لا ب : عيب ، و لا ب : قيمة ، (و المراد بقيمة ما بين الصحة و العيب) فى كلام الامام عليه السلام (قيمة التفاوت بين الصحة و العيب) كما هو واضح (و لا تعرض فى الرواية ليوم هذه القيمة) و انه يلاحظ اى الايام لاخذ التفاوت (فيحتمل يوم الغضب ، و يحتمل يوم حدوث العيب الذى هو يوم تلف وصف الصحة) بان يؤخذ التفاوت بين يوم الغضب صحيحا و مريضا ، او بين يوم العيب صحيحا و مريضا (الذى هو) اى وصف

بمنزلة جزء العين فى باب الضمانات، و المعاوضات و حيث عرفت ظهور
الفقرة السابقة عليه و اللاحقة له، فى اعتبار يوم الغصب، تعيين حمل هذا
ايضا على ذلك .

نعم: يمكن ان يوهن ما استظهرناه من الصحة: بانه لا يبعد ان
يكون مبنى الحكم فى الرواية على ما هو الغالب، فى مثل مورد الرواية من
عدم اختلاف قيمة البغل فى مدة خمسة عشر يوما

الصحة (بمنزلة جزء العين فى باب الضمانات، و المعاوضات) فان للصحة
ثمنا فكذا ما جزء للعين (و حيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه) اى على
قوله: قيمة ما بين الصحة و العيب، (و اللاحقة له) و الفقرة السابقة هى
قوله عليه السلام: قيمة بغل يوم خالفته، و اللاحقة هى قوله عليه السلام
قيمة البغل حين اكترى، (فى اعتبار يوم الغصب تعيين حمل هذا) اى
قوله: قيمة ما بين الصحة و العيب، (ايضا على ذلك) لان وحدة المساق
تدل على وحدة الارادة من الفقرات الثلاثة .

(نعم: يمكن ان يوهن ما استظهرناه من الصحة) يعنى كون العبرة
بيوم الغصب (بانه لا يبعد ان يكون مبنى الحكم) بقيمة يوم الغصب (فى
الرواية) لا لاجل انه اذا اختلف يوم الغصب، و يوم التلف يكون الاعتبار
ايضا بيوم الغصب، بل ذلك مبنى (على ما هو الغالب فى مثل مورد الرواية
من: عدم اختلاف قيمة البغل فى مدة خمسة عشر يوما) كما فى الرواية
انه كانت المدة بين اخذ البغل، و رده على صاحبه، و مع امكان هذا
الاحتمال فى الرواية لا يبقى لها ظهور فيما ادعينا من: ان العبرة بيوم

.....

ويكون السّر في التعبير بيوم المخالفة ، دفع ما ربما يتوهمه امثال صاحب البغل من العوام ان العبرة بقيمة ما اشترى به البغل ، وان نقص بعد ذلك ، لانه خسّر المبلغ الذي اشترى به البغلة ويؤيده التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بيوم الاكتراء فان فيه اشعاراً بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة ، من حيث انه يوم المخالفة

الغصب ، حتى في صورة اختلاف القيمة بين يوم الغصب ، وبين التلف .

(و) ان قلت : الظاهر من قوله عليه السلام : يوم خالفته ، خصوصية يوم المخالفة سواء تنزلت القيمة بعد الغصب ام لا ؟

قلت : كلا ، بل (يكون السّر في التعبير بيوم المخالفة دفع ما ربما يتوهمه امثال صاحب البغل من العوام ان العبرة) في ضمان الضامن (بقيمة ما اشترى به البغل ، وان نقص بعد ذلك) وانما يتوهمون هذا التوهم (لانه) اي المتلف (خسره) اي سبب خسارة المالك (المبلغ الذي اشترى به البغلة) ولذا قال الامام : يوم المخالفة ، لهدفع هذا التوهم . (ويؤيده) اي عدم اعتبار يوم المخالفة ، في مقابل يوم التلف ، وانما يوم المخالفة يراد به في مقابل يوم اشتراء المالك - كما يتوهم العوام (التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بيوم الاكتراء) حيث قال عليه السلام : يوم اكترى ، (فان فيه) اي في هذا الاختلاف في التعبير (اشعاراً بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة ، من حيث انه يوم المخالفة) والالوحد التعبير في المقامين .

.....

إلا ان يقال: ان الوجه فى التعبير بيوم الاكتراء — مع كون المناط يوم المخالفة — هو: التنبيه على سهولة اقامة الشهود على قيمته فى زمان الاكتراء، لكون البغل فيه غالباً بمشهد من الناس، وجماعة من المكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث انه زمان المخالفة فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبينة كاليمين فى مقابل قول السائل: و من يعرف ذلك

(الا ان يقال:) لا اشعارية فى ما ذكرتم؛ اذ: (ان الوجه فى التعبير بيوم الاكتراء) فى ذيل الرواية (— مع كون المناط يوم المخالفة — هو: التنبيه على سهولة اقامة الشهود على قيمته فى زمان الاكتراء) حيث امر الامام عليه السلام: بالاحتياج الى الشهود، فكان محل توهم ان يقال: انه كيف يمكن اقامة الشهود على قيمة البغل يوم المخالفة؟ والحال ان البغل فى الصحراء ولا شهود حاضرين، فنبة الامام عليه السلام: الى ان شهود يوم الاكتراء كافية فى ذلك (لكون البغل فيه) اى فى يوم الاكتراء (غالباً بمشهد من الناس، وجماعة من المكارين بخلاف زمان المخالفة) حيث لا مكارى ولا شاهد (من حيث انه زمان المخالفة) نعم من حيث تساوى زمان المخالفة لزمان الاكتراء — فى القيمة — يمكن اقامة الشهود ايضا (فتغيير التعبير) بلفظ: يوم الاكتراء، بعد: يوم خالف، (ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة) للبغل (بالبينة) الموجودة يوم المخالفة، فكلام الامام عليه السلام: (كاليمين فى مقابل قول السائل: و من يعرف ذلك) لافى مقابل يوم

فتأمل .

و يؤيده ايضا قوله عليه السلام : فيما بعد فى جواب قول السائل : و من يعرف ذلك ؟ قال : انت و هو ، اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك ، فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة ، لزمه ، او يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون على ان قيمة البغل يوم اكرت كذا وكذا ، فيلزمك الخبر فان العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول

المخالفة ، حتى يكون تدافع بين : يوم المخالفة ، و : يوم الاكتراء ، (فتأمل)
اذ : يبعدان يكون تعبير الامام عليه السلام : بيوم اكرت ، لاجل دفع توهم مشكلية اقامة البيئة للقيمة فى يوم المخالفة .

(و يؤيده) اى يؤيد ما ذكرناه بقولنا : نعم يمكن ان يوهن ، و هذا تأييد لعدم اعتبار : يوم المخالفة ، (ايضا) كما و هـ ناه سابقا بقولنا : بانه لا يبعدان يكون ، (قوله عليه السلام : فيما بعد فى جواب قول السائل : و من يعرف ذلك ؟ قال) عليه السلام (انت و هو ، اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك) ذلك المقدار الذى حلف عليه (فان رد اليمين عليك ، فحلفت) له (على القيمة) بان البغل يسوى اقل مما يدّ عليه صاحب البغل (لزمه) فلا حق له فى الزيادة (او يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون على ان قيمة البغل يوم اكرت كذا وكذا ، فيلزمك) لانه مدع للزيادة ، فاذا جاء بالشهود فله الحق ، و الافلاح له اذا حلفت انت (الخبر) فان هذه القطعة من الخبر : تدل على عدم الاعتبار بيوم المخالفة (ذ) وجه ذلك ، اى قولنا : يؤيده ، (ان العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول

.....

قول المالك مع كونه مخالفا للاصل .

ثم لا وجه لقبول بينته لان من كان القول قوله ، فالبينة بينة صاحبه
وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له و
يصدق فيه

قول المالك بحلفه (مع كونه مخالفا للاصل) .

والحاصل : ان الامام جعل : البينة ، على المالك ، وجعل : الحلف ايضا على
المالك ، وهذا ان لا يستقيما ان لا يكون العبرة بيوم التلف ، لا يوم المخالفة ، وذلك لان
المالك ان ادعى الزيادة كان مدعيا ، فالبينة ، عليه وان ادعى ان البعل بقى على قيمته
السابقه والغاصب انكر ذلك وقال : بل نقصت قيمته عن السابق ، كان المالك منكرا
فالحلف عليه ، اما اذا كانت العبرة بيوم المخالفة فالمالك مدع ، فالبينة
عليه ، و اذا لم يكن له بينة كان الحلف على الغاصب المنكر ، وهذا الايلاء
قول الامام عليه السلام : اما ان يحلف هو على القيمة ، فيلزمك ، فان رد
الحلف الخ .

(ثم) اذا كان الاعتبار بيوم المخالفة (لا وجه لقبول بينته) اى بينة
المالك (لان من كان القول قوله) وهو المالك (فالبينة بينة صاحبه) اى
الغاصب - لان الغاصب حينئذ مدع - (وحمل الحلف هنا على الحلف
المتعارف الذى يرضى به المحلوف له و يصدق فيه) بان كانت البينة على
المالك لانه يدعى الاكثر قيمة ، والحلف على الغاصب ، لكن الامام انما
قال : بان الحلف على المالك ، باعتبار ان الغاصب راض بحلفه ، فليس
الحلف حكما شرعيا ، وانما من جهة رضا الغاصب ، وكذا فى كل مورد رضى

من دون محاكمة •

و التعبير برده اليمين على الغاصب، من جهة : ان المالك اعرف بقيمة بغله- فكان الحلف حق له ابتداء١٤- خلاف الظاهر •
و هذا بخلاف مالو اعتبرنا يوم التلف، فانه يمكن ان يحمل توجهه

المنكر يحلف المدعى، فانه ينجز حلفه، و يكون الحكم تابعا لحلفه (من دون محاكمة) شرعية، و انما بمجرد الرضا الخارجى بان يحلف المدعى •
(و) ان قلت: هذا الايلاءم (التعبير) فى الرواية (برده اليمين على الغاصب) اذ الرد اصطلاح فى ان يكون المنكر يرد اليمين، لان يرد المدعى •

قلت: هذا التعبير فى الرواية حيث قال عليه السلام: فان رد اليمين فحلفت له، (من جهة: ان المالك اعرف بقيمة بغله، فكان الحلف حق له ابتداء١٤) فان الاعرف احق بالحلف - عرفا - فالتعبير ايضا جار مجرى العرف، لاحسب موازين المدعى و المنكر (خلاف الظاهر) جواب قوله: وحمل الحلف، اذ: الظاهر ان الائمة عليهم السلام يتكلمون بالاحكام الشرعية لا بالامور العرفية التى هى خلاف موازين الاوليات الشرعية (وهذا) الاشكال وارد على اعتبار يوم المخالفة - كما ذكره الشيخ -
(بخلاف مالو اعتبرنا) الضمان فى (يوم التلف) فانه يستقيم توجه البينة على المالك، و الحلف عليه، و الرد الى الغاصب - كما فى الرواية - فانه يمكن ان يحمل توجه البينة عليه، لانه يدعى الاكثر فيحتاج الى البينة، و

.....
 اليمين على المالك ، على ما اذا اختلفا فى تنزل القيمة يوم التلف ، مع
 اتفاقهما ، او الاطلاع من الخارج على قيمته سابقا ، ولا شك حينئذ ان
 القول قول المالك ، ويكون سماع البيعة فى صورة اختلافهما فى قيمة
 البخل سابقا ، مع اتفاقهما على بقاءه عليها الى يوم التلف ، فتكون
 الرواية قد تكلفت بحكم صورتين من صورتنا زعمهما

توجه (اليمين على المالك) يحمل (على ما اذا اختلفا فى تنزل القيمة يوم
 التلف ، مع اتفاقهما ، او الاطلاع من الخارج على قيمته سابقا) كما لو علم بان
 قيمة البخل يوم الاكتراء كانت عشرين ، ثم قال : الغاصب انها يوم التلف
 عشرة ، وقال : المالك بل العشرون باق على حاله ، فان الغاصب
 حينئذ مدّع ، ويتوجه اليه البيّنة ، فاذا لم تكن له بيّنة كان الحلف على
 الغاصب ، فاذا لم يحلف كان ردّ الى الغاصب (ولاشك حينئذ ان القول)
 فى عدم تنزل قيمة البخل (قول المالك) لان الاصل معه . (ويكون سماع
 البيّنة) من المالك كما قال الامام عليه السلام — انما هو فى غير هـذـه
 الصورة بل (فى صورة اختلافهما فى قيمة البخل سابقا) كما لو قال المالك
 كانت القيمة عشرين ، وقال الغاصب : بل عشرة (مع اتفاقهما على بقاءه
 عليها) اى على تلك القيمة (الى يوم التلف) حيث لا تكون هناك دعوى
 ثانية (ف) على هذا الذى ذكرنا من كون البيّنة والحلف كليهما على المالك
 (تكون الرواية قد تكلفت بحكم صورتين من صورتنا زعمهما) صورة الاختلاف
 فى قيمة البخل سابقا والبيّنة على المالك ، وصورة الاختلاف فى تنزل القيمة
 حين الحلف والحلف على المالك لان المالك فى الصورة الاولى مدّع وفى

و يبقى بعض الصور ، مثل دعوى المالك : زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة ، ولعل حكمها اعنى حلف الغاصب ، يعلم من حكم عكسها المذكور فى الرواية .

واما على تقدير كون العبرة فى القيمة بيوم المخالفة ، فلا بد من حمل الرواية ، على ما اذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة ، ا و اللاحق له ، وادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة

الصورة الثانية منكر (ويبقى بعض الصور) غير مذكورة فى الرواية (مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة) والبيئة هنا على المالك (ولعل حكمها اعنى) كون البيئة على المالك و (حلف الغاصب) فى صورة عدم البيئة (يعلم من حكم عكسها المذكور فى الرواية) وهو : صورة ادعاء الغاصب تنزل القيمة ، و حكمه حلف المالك - لانه منكر .

(واما على تقدير كون العبرة فى القيمة بيوم المخالفة) كما استظهرنا و لامن الرواية (فلا بد من حمل الرواية) الدالة على حلف المالك - الظاهر منه كون المالك منكرا - (على ما اذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة) بان قالوا : كانت القيمة عشرين ثم ادعى الغاصب انها تنزلت الى عشرة (او اللاحق له) بان اتفقا ان القيمة بعد يوم المخالفة كانت عشرين (و ادعى الغاصب نقصانه عن تلك ، يوم المخالفة) هذا فى صورة : الاتفاق على اليوم السابق ، و ادعى الغاصب زيادته على يوم المخالفة و هذا فى صورة الاتفاق على اليوم اللاحق ، والمصنف لم يبين هذا الاكتفاء بالقرينة فهو من قبيل قول الشاعر : علفتها تبنا ، و ماءً بارداً ، اى وسقيتها

ولا يخفى بعده ، و ابعده منه حمل النص على التعبد ، وجعل حكم خصوص الدابة ، او مطلقا ، مخالفا للقاعدة المتفق عليها نصا ، و فتوى

ماءأباردا ،

و الحاصل : انه اذا كانت العبرة بقيمة يوم المخالفة ، وكان يوم المخالفة مثلا الخميس ،

فربما يتفقان على ان القيمة يوم الاربعاء عشرين ، و يختلفان فى يوم الخميس ، فيقول : المالك بقى على ذلك يوم الخميس ايضا ، و يقول : الغاصب بل صارت القيمة عشرة ،

و ربما يتفقان على ان القيمة يوم الجمعة عشرين ، و يختلفان فى يوم الخميس ، فيقول المالك : كانت القيمة ايضا فى يوم الخميس عشرين ، و يقول الغاصب : بل كانت القيمة عشرة ، فانه فى كلتا صورتين يحلف المالك ، لانه منكر .

(ولا يخفى بعده) اى بعد هذا الحمل ، لانه حمل للرواية على الفرد النادر ، لانه يندران يدعى الغاصب نقصان يوم التلف عن يوم المخالفة ، او نقصان يوم المخالفة عن اليوم السابق له ، اذ : الغالب بقاء قيمة البغل قبل يوم المخالفة و بعده على ما هو عليه ، خصوصا فيما اذا كان الزمان غير طويل (و ابعده منه) اى من هذا الحمل (حمل النص) الذى الزم المالك البينة و الحلف (على التعبد ، وجعل حكم خصوص الدابة) المغصوبة فيحلف المدعى لا المنكر (او مطلقا) فى كل غصب دابقا وغيرها (مخالفا للقاعدة المتفق عليها نصا ، و فتوى ،

.....

من كون البينة على المدعى ، واليمين على من انكر ، كما حكى عن الشيخ
فى بابى : الاجارة ، والغصب .

واضعف من ذلك : الاستشهاد بالرواية على اعتبار اعلى القيم من
حين الغصب الى التلف ، كما حكى عن الشهيد الثانى ، اذ لم يعلم لذلك
وجه صحيح ، ولم اظفر بمن وجه دلالتها

من كون البينة على المدعى واليمين على من انكر ، كما حكى (هذا الحمل
(عن الشيخ فى بابى : الاجارة ، والغصب) وانما كان هذا الاحتمال ابعده
لانه لا داعى له بعدما كان حمل الرواية على ما ذكرناه مما هو مطابق
للقاعدة الاولى خصوصا وان خرق القاعدة بمثل هذه الرواية مشكل جدا
(واضعف من ذلك) اى حمل الرواية على : ادعاء الغاصب او : خلاف
القاعدة ، حتى يكون الاعتبار بيوم الغصب (الاستشهاد بالرواية على اعتبار
اعلى القيم من حين الغصب الى التلف ، كما حكى عن الشهيد الثانى)
فالمراد ب : يوم خالف ، فى الرواية جنس يوم المخالفة ، لا خصوص اليوم
الذى غصب فيه .

ومن المعلوم ان : اعلى القيم ، من مصاديق : يوم خالف ، وانما نقول :
بذلك لان يوم اعلى القيم تعلق الثمن بذمة الغاصب ، منزولة ، بان صلت
القيمة اقل لا يوجب براءة الذمة لاستصحاب بقاء اعلى القيم .

وانما قلنا هذا الوجه اضعف (اذ لم يعلم لذلك وجه صحيح) فان
هذا المعنى : خلاف ظاهر الرواية ، اذ : المتبادر من : يوم خالف ، خصوص :
يوم المخالفة ، لا جنس يوم المخالفة (ولم اظفر بمن وجه دلالتها) اى

.....
على هذا المطلب .

نعم استدلو على هذا القول بان العين مضمونة ، فى جميع تلك
الازمنة ، التى منها ، زمان ارتفاع قيمته ، و فيه : ان ضمانها فى تلك الحال ،
ان اريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم ، اذ : تداركه لا يكون
الا بذلك .

لكن المفروض انها لم تتلف فيهما ان اريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه

دلالة الرواية (على هذا المطلب) اى اعلى القيم .

(نعم استدلو على هذا القول) اى اعلى القيم (بان العين مضمونة)
على الغاصب (فى جميع تلك الازمنة) التى كانت تحت حيازة الغاصب
فيها (التى منها) اى من تلك الازمنة (زمان ارتفاع قيمته) فاذا ضمن
الغاصب ارتفاع القيمة — لانه واضع اليد على الشئ المرفوع القيمة — لم يكن
وجه للقول : بعدم ضمان الزائد اذ اتنزلت قيمته بعد ذلك ، لاستصحاب
بقاء الضمان السابق (وفيه : ان ضمانها) اى ضمان العين (فى تلك الحال)
اى حال ارتفاع القيمة (ان اريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف)
المغصوب (فيه) اى فى ذلك الزمان (فمسلم ، اذ : تداركه) اى المغصوب
(لا يكون الا بذلك) الضمان ، فدليل : على اليد ، يقول : بوجوب التدارك
لو تلف .

(لكن المفروض انها) اى العين (لم تتلف فيه) اى فى ذلك الزمان
(وان اريد به) اى بالضمان فى حال ارتفاع القيمة (استقرار قيمة ذلك
الزمان عليه) اى على الغاصب

فعلا وان تنزلت بعد ذلك فهو مخالف لما تسالوا عليه ، من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع رد العين ، وان اريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف فهو وان لم يخالف الاتفاق الا انه : مخالف لاصالة البرائة من غير دليل شاغل على محكاه فى الرياض عن خاله العلامة ره ، من :

(فعلا) بعد ان تلف فى حال تنزله عن ا على القيم (وان تنزلت) كلمة : ان ، وصلية (بعد ذلك) الزمان الذى ترفت العين فيه (فهو مخالف لما تسالوا عليه ، من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع رد العين) فانه اذا صار المغضوب القائم صار مائة ، و رده الى مالكة ، لم يكن عليه ان يعطى تسعمائة ايضاى مقدار الارتفاع ، وعليه فما دامت العين موجودة تكون مضمونة بنفسها ، فالعين اذا صارت مائة يكون نفسها مضمونة ، فاذا تلف انتقلت العين - التى قيمتها مائة - الى القيمة ، فيكون الضمان لمائة فقط لاللاف (وان اريد) بالضمان فى حال الارتفاع (استقرارها) اى القيمة (عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف) بانه ان رد العين فيها و الاوجب عليه رد ا على القيم ان تلفت العين (فهو وان لم يخالف الاتفاق) لان الاتفاق يقول : بوجوب رد العين فى حال وجودها ، وهو ساكت عن مقدار القيمة ، فى حال تلف العين ، لانهم اختلفوا فى ذلك - كما عرفت - (الا انه : مخالف لاصالة البرائة) اذا الغاصب اذا شك فى انه مديون بالف او بمائة كانت اصاله عدم التسعمائة محكمة (من غير دليل شاغل) اى موجب لشغل الذمة ، حتى يكون ذلك الدليل واردا على اصاله البرائة (على ما حكاه فى الرياض عن خاله العلامة ره ، من :

قاعدة نفى الضرر، الحاصل على المالك، وفيه نظر كما اعترف به بعض من تأخر .

نعم يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونة فى جميع الازمنة بان العين اذا ارتفعت قيمتها فى زمان ، و صارت مالىتها مقومة بتلك القيمة فكما انه اذا تلفت حينئذ يجب تداركها بتلك القيمة فكذا اذا حيل بينها وبين المالك حتى تلفت

قاعدة نفى الضرر، الحاصل على المالك) اذ : المالك قد تضرر التسعمائة فانه اذا كانت العين تحت يده ، فربما باعها فى حال كونها الفا (وفيه نظر كما اعترف به بعض من تأخر) ، اذ هذا : من قبيل تفويت المنفعة ، ولا ضمان فيه على المشهور ، لانه ضرر حتى ينفى بقاعدة نفى الضرر ، مضافا الى ان القاعدة : تنفى التكليف ، لانها مثبتة لها ، فلا تثبت القاعدة وجوب الدفع .

(نعم يمكن توجيه الاستدلال المتقدم) والاستدلال ما بينه بقوله : (من كون العين مضمونة فى جميع الازمنة) فان هذا الاستدلال : يمكن توجيهه بحيث يفيد وجوب دفع اعلى القيم ، و التوجيه هو : (بان العين اذا ارتفعت قيمتها فى زمان ، و صارت مالىتها مقومة بتلك القيمة) كالالف فى المثال السابق (فكما انه) اى الشئ المضمون وهو : العين (اذا تلفت حينئذ) اى حال ارتفاع القيمة ، كحال كونها تسوى الف دينار (يجب تداركها بتلك القيمة) لقاعدة : على اليد ، لان الغاصب وضع اليد على ما قيمته الف (فكذا اذا حيل بينها وبين المالك حتى تلفت) لان الضمان

.....

اذ : لافرق مع عدم التمكن منها بين ان تتلف او تبقى .

نعم لوردت، تُدارك تلك المالية بنفس العين، وارتفاع القيمة السوقية امر اعتبارى لا يضمن بنفسه لعدم كونه مالا، وانما هو مقوم لمالية المال، و به تمايز الاموال، كثرة و قلة .

و الحاصل ان للعين فى كل زمان من ازمئة تفاوت قيمته، مرتبة من المالية

للالف حدث على عاتق الغاصب، فتبدل الضمان خلاف الاستصحاب (اذ : لافرق مع عدم التمكن) اى عدم تمكن المالك (منها) اى من العين (بين ان تتلف) فى حال ارتفاع القيمة (اوتبقى) و تتلف بعد تنزل قيمتها (نعم لوردت) العين بعد التنزل لم يجب تدارك التفاوت كما لوردت ها حال كونها تسوى مائة، لم يجب على الغاصب تدارك التسعمائة (تُدارك) بصيغة المجهول (تلك المالية) الفائئة اى التسعمائة (بنفس العين) اذ : يصدق انه ادى ماضنه، فلا يجب عليه تدارك التفاوت (و) ليس التفاوت فى القيمة السوقية كالتفاوت فى العين بالسمن و الهزال، حتى يقال : كما ان التفاوت العينية مضمونة، كذلك التفاوت السوقية، اذ : (ارتفاع القيمة السوقية امر اعتبارى لا يضمن بنفسه لعدم كونه) اى الارتفاع السوقى (مالا، وانما هو مقوم لمالية المال، و به) اى بالارتفاع السوقى (تمايز الاموال، كثرة و قلة) بخلاف الارتفاع العينى، فانه امر حقيقى، و هو مال واقعا، فكونه مضمونا لا يلزم كون الارتفاع السوقى مضمونا ايضا :

(و الحاصل) فى وجه ضمان ارتفاع القيمة السوقية (ان للعين

فى كل زمان من ازمئة تفاوت قيمته مرتبة من المالية

ازيلت يد المالك منها ، وانقطعت سلطنته عنها فان ردت العين ، فلا مال
سواها يضمن ، وان تلفت استقرت عليها تلك المراتب لدخول الادنى تحت
الاعلى ، نظير مالو فرض للعين منافع متفاوتة ، متضادة ، حيث انه يضمن
الاعلى منها ولاجل ذلك استدل العلامة فى التحرير — للقول باعتبار
يوم الغصب — بقوله : لانه زمان ازالة يد المالك

ازيلت يد المالك منها) اى من تلك المرتبة بواسطة الغاصب (وانقطعت
سلطنته عنها) اى عن تلك المرتبة (فان ردت العين) و لوفى حال تنزيلها
(فلا مال سواها) اى سوى العين (يضمن) حتى يجب تدارك الغاصب
للتفاوت (وان تلفت) العين — ولو بعد التنزل — (استقرت عليها) اى
على ذمة الغاصب (تلك المراتب) جميعاً الادنى والاعلى ، وانما يكتفى
باعطاء الاعلى (لدخول الادنى) من المراتب (تحت الاعلى) وذلك (نظير
مالو فرض للعين منافع متفاوتة ، متضادة) كالدابة التى غصبها ، ولها
منفعة الركوب بعشرة دنانير ، ومنفعة الاستقاء بخمسة ومنفعة المدار
بدينار ، (حيث انه يضمن الاعلى منها) فيلزم على الغاصب اعطاء
عشرة فى المثال (ولاجل ذلك) الذى ذكرنا من : ان الغاصب ضامن لما تلف
تحت يده ، ولو كان ما تلف اعلى القيم (استدل العلامة فى التحرير للقول
باعتبار يوم الغصب بقوله : لانه زمان ازالة يد المالك) فهذه الجملة تدل :
على ان ازالة يد المالك عن اعلى القيم موجبة لضمان اعلى القيم ، ان
الغاصب قد ازال يد المالك فى حال كون المغصوب يسوى اعلى القيم .

و نقول: في توضيحه ان كل زمان من ازمة الغصب قد ازيلت فيه يد المالك عن العين - على حسب ماليته - ففي زمان ازيلت عن مقدار درهم وفي آخر عن درهمين ، وفي ثالث عن ثلاثة ، فاذا استمرت الازالة الى زمان التلف ، وجبت غرامة اكثرها فتأمل

واستدل في السرائر وغيرها على هذا القول

(و نقول : في توضيحه) اي توضيح انطباق كلام العلامة على ضمان اعلى القيم (ان كل زمان من ازمة الغصب قد ازيلت فيه يد المالك عن العين - على حسب ماليته -) اي العين التي تسوى مالية خاصة فـ : على ، متعلق بـ : ازيلت ، و وضع ذلك المصنف بقوله : (ففي زمان ازيلت اليد) عن مقدار درهم : زمان ، بالجـر ، اي ففي بعض الازمة ، قد ازيلت عن مقدار درهم حيث كانت العين تسوى درهما (وفي) زمان (آخر عن درهمين ، وفي ثالث عن ثلاثة) دراهم (فاذا استمرت الازالة الى زمان التلف ، وجبت غرامة اكثرها) اي اكثر الماليات (فتأمل) اذ : ظاهر كلام العلامة يوم الازالة ، وهو يوم الغصب ، لان كل يوم يصدق عليه يوم الازالة ابتداءً او استمراراً .

هذا بالاضافة الى انه لما تنزلت العين كان المفروض اعطائها فاذا لم يعطها يكون اللازم اعطاء بدلها ، وهو قيمة ذلك اليوم ، كما انه لو كان مثلياً وجب اعطاء مثليها ، ومن المعلوم ان المثل يسوى القيمة الحالية لاعلى القيم .

(واستدل في السرائر وغيرها على هذا القول) اي اعلى القيم

.....
 باصالة الاشتغال ،لاشتغال ذمته بحق المالك ،ولا يحصل البرائة الا
 بالاعلى .

وقد يجاب بان :الاصل فى المقام البرائة ،حيث ان الشك فى
 التكليف بالزائد .

نعم لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من :حديث اليد

(باصالة الاشتغال ،لاشتغال ذمته) اى ذمة الغاصب (بحق المالك هو
 لا يحصل البرائة) اليقينية (الا بالاعلى) لان الاشتغال اليقنى ،يحتاج
 الى البرائة اليقينية .

(وقد يجاب) عن الاشتغال (بان :الاصل فى المقام البرائة) لا
 الاشتغال (حيث ان الشك فى التكليف بالزائد) فان وجوب الاقل محرز
 وجوب الاكثر مشكوك فيه ،و فى مثله تجرى البرائة عن الاكثر ،كما لو شك
 فى انه مديون لزيد بعشرة او خمسة ، فان اصابة البرائة عن الخمسة
 الزائدة توجب عدم الزامه بها ، و انما الاشتغال يجرى فيما اذا علمنا
 بالتكليف ،و شكنا فى المكلف به ، كما لو علم انه مكلف بخمسة ،و شك فى انه
 وفى ام لا ؟ فان اصابة الاشتغال محكمة هنا .

(نعم لا بأس) للقول باعلى القيم (بالتمسك باستصحاب الضمان
 المستفاد) اصل الضمان (من :حديث اليد) فان المغصوب لما صارت
 قيمته عشرة اشتغلت ذمة الغاصب باعطاء العين او العشرة ، فاذا تنزلت
 ثم تلفت استصحب شغل الذمة بعشرة .

لكن قد عرفت الاشكال فى هذا الاستصحاب ، اذ : بعد تنزل العين

.....
 ثم انه حكى عن المفيد ، والقاضى ، والحلبى : الاعتبار بيوم البيع فيما
 كان فساد ه ، من جهة التفويض الى حكم المشتري ، ولم يعلم له وجه و
 لعلمهم يريدون به ، يوم القبض

صار المكلف به اعطاء العين او قيمته النازلة ، فاذا تلفت فى هذا الحال
 وجب اعطاء القيمة النازلة (ثم انه حكى عن المفيد ، والقاضى ، والحلبى :
 الاعتبار بيوم البيع) فى باب الضمان (فيما كان فساد ه) اى فساد البيع
 (من جهة التفويض الى حكم المشتري) كما لوقال البائع : بعثك هذا المتاع
 بما شئت من الثمن ؟ فان هذا البيع باطل ، اذ : من شرائط الصحة تعيين
 كل من المثلن و الثمن ، وعليه فاذا قبض المشتري المتاع ، ثم تلف كلن
 اللازم عليه : ان يقدم المتاع فى يوم المبيع ، و يعطى تلك القيمة الى البائع
 (و لم يعلم له وجه) اللهم الا ان يقال : ان وجهه استفادة ذلك من
 صحيحة النخاس ، قال : سئلت ابا عبد الله عليه السلام ، فقلت ساومت رجلا
 بجارة له فباعنيها بحكمى ، فقبضتها منه ، ثم بعثت اليه الف درهم ، فقلت
 له : هذه الف درهم ، حكمى عليك ان تقبلها ، فابى ان يقبلها منى ، وقد
 كنت مستتها قبل ان ابعث اليه بالف درهم ، فقال عليه السلام : ارى ان
 تقوم الجارية بقيمة عادلة ، فان كانت اكثر مما بعثتها اليه كان عليك ان
 ترد عليه ما نقص من القيمة ، و ان كانت قيمتها اقل مما بعثتها اليه ، فهو له ،
 الخبر ، فان الظاهر : كون المراد تقويمها فى يوم البيع كما ان الظاهر عدم
 خصوصية لمفروض السؤال ، بل كل بيع فوّض ثمنه الى حكم المشتري (و
 لعلمهم يريدون به) اى يوم البيع (يوم القبض) و هذا له وجه على القاعدة

.....

لغلبة اتحاد زمان البيع والقبض فافهم •

ثم انه لاعبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الاقوال ، الا انه
تردد فيه فى الشرائع • ولعله : كما قيل من جهة احتمال كون القيمى
مضمونا بمثله ، و دفع القيمة انما هو لاسقاط المثل وقد تقدم انه مخالف
لاطلاق النصوص والفتاوى

اذ : يوم القبض ، هو يوم ضمان المشتري ، و انما عبروا عن يوم القبض بيوم
البيع (لغلبة اتحاد زمان البيع والقبض) فليل احد المتلازمين و اريد
الآخر (فافهم) فانه يبعد ارادتهم القبض من البيع ومثلهم من الاعلام
لا يخفى عليهم كثرة الاختلاف بين يوم القبض ، و يوم البيع
(ثم انه لاعبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الاقوال) حتى ان
القائل باعلى القيم ، انما يريد اعلى القيم الى حال التلف ، فاذا ارتفعت
قيمة البخل بعد التلف لم يلزم الضامن ذلك الارتفاع (الا انه تردد فيه
فى الشرائع) لاحتمال وجوب اعلى القيم الى حين الاقباض (ولعله : كما
قيل من جهة احتمال كون القيمى) كالمثل ، ايضا (مضمونا بمثله) فاذا تلف
الغاصب البخل ، كان اللازم عليه دفع بخل مثله الى المالك (ودفع
القيمة انما هو لاسقاط المثل) الذى تعلق بذمة الغاصب ، وعليه كلما
ارتفع البخل ، و لو بعد التلف ، ارتفع ما فى ذمة الغاصب ، فاذا اراد التخلص
و جب عليه اعطاء اعلى القيم الى حال الاقباض (و) لكن (قد تقدم انه)
اي ضمان القيمى بمثله (مخالف لاطلاق النصوص والفتاوى) الظاهرة
فى ان القيمى مضمون بقيمته لا بمثله •

.....

ثم ان ما ذكرنا من الخلاف انما هو فى ارتفاع القيمة بحسب الازمنة
واما اذا كان بسبب الامكنة كما اذا كان فى محل الضمان بعشرة ، وفى
مكان التلف بعشرين ، وفى مكان المطالبة بثلاثين فالظاهر اعتبار محل
التلف لان مالية الشئ تختلف بحسب الاماكن ، وتداركه بحسب ماليته .
ثم ان جميع ما ذكرنا من الخلاف انما هو فى ارتفاع القيمة السوقية الناشئة

(ثم ان ما ذكرنا من الخلاف) فى ان المضمون قيمة يوم الغصب ، او
يوم التلف ، او اعلى القيم (انما هو فى ارتفاع القيمة بحسب الازمنة) كما لو
كان البخل يوم الخميس عشرة ، و يوم الجمعة عشرين ، و يوم السبت
ثلاثين (واما اذا كان بسبب الامكنة) كما لو كان فى النجف عشرة ، وفى كربلاء
عشرين وفى الكاظمية ثلاثين ، وكانت تلك الاماكن مريوطة بالمغصوب (كما
اذا كان فى محل الضمان بعشرة ، وفى مكان التلف بعشرين ، وفى مكان
المطالبة بثلاثين) او بالعكس (فالظاهر اعتبار محل التلف) لانه : هو
الوقت الذى انقلب المغصوب الى القيمة فى ذلك المكان ، لافى سائر
الاماكن (لان مالية الشئ تختلف بحسب الاماكن ، وتداركه) المستفاد من :
على اليد ما اخذت ، انما هو (بحسب ماليته) ولذا لو تلف مال زيد فى
كربلاء لم يجب عليه ان يعطى ما يقوم ذلك المال فى بغداد - فيما كانت
ماليته فى بغداد اكثر - كما لا يكتفى بما يقوم به فى النجف فيما اذا كان فى
النجف ارخص .

(ثم ان جميع ما ذكرنا من الخلاف) فى باب انه هل يضمن اعلى القيم لم لا ؟ (انما
هو فى ارتفاع القيمة السوقية الناشئة

من تفاوت رغبة الناس ، واما اذا كان حاصل من زيادة فى العين فالظاهر
— كما قيل — عدم الخلاف فى ضمان اعلى القيم ، وفى الحقيقة ليست
قيم التالف مختلفة ، وانما زيادتها فى بعض اوقات الضمان لاجل الزيادة
العينية الحاصلة فيه النازلة منزلة الجزء الفائت •

نعم يجرى الخلاف المتقدم فى قيمة هذه الزيادة الفائتة ، فان
العبرة

من تفاوت رغبة الناس) فى الاوقات المختلفة كالفاكهة فى اولها ووسطها و
آخرها حيث ان الرغبة فى الاول اكثر من الآخر ، والآخر اكثر من الوسط
ولذا تكون فى الاول اعلى من الآخر وفى الآخر اعلى من الوسط (واما اذا
كان) الارتفاع (حاصل من زيادة فى العين) كما اذا سمن الحيوان ثم
هزل (فالظاهر — كما قيل — عدم الخلاف فى ضمان اعلى القيم) فى حال
السمن ، لان الغاصب وضع اليد على هذه الزيادة فهو ضامن لها (وفى
الحقيقة ليست قيم التالف) اى الحيوان (مختلفة) اعلى واوسط وانزل
(وانما زيادتها) اى القيمة (فى بعض اوقات الضمان) وهو حال السمن
(لاجل الزيادة العينية الحاصلة فيه) اى فى التالف (النازلة) تلك
الزيادة العينية — كالسمن — (منزلة الجزء الفائت) فلا فرق بين ان
يغصب الحيوان وولده ، وان يغصب الحيوان الذى له من اللحم حقتين
ثم يهزل فيصير لحمه حقة واحدة •

(نعم يجرى الخلاف المتقدم) فى انه يضمن اى القيم (فى قيمة هذه
الزيادة الفائتة) كالحقة الفائتة بسبب الهزال (فان العبرة) فى ضمان

.....

• بيوم فواتها اويوم ضمانها ، اواعلى القيم .

ثم ان فى حكم تلف العين فى جميع ما ذكر : من ضمان المثل ، او القيمة حكم تعذر الوصول اليه وان لم يهلك ، كما لو سرق ، او غرق اوضاع ، او ابق ، لمادل على الضمان بهذه الامور فى باب الامانات المضمونة .

و هل يقيد ذلك بما اذا حصل اليأس من الوصول اليه ، او بعدم

هذه الحققة الفاتئة (بيوم فواتها) كدينار - عند ما صار الحيوان هزىلا - (اويوم ضمانها) كدينارين عند ما صار الحيوان سميئا (اواعلى القيم) كما لو سمن فى وقت كانت قيمة الحققة دينارين ، و هزل فى وقت كانت قيمة اللحم ديناراً ، وبينهما ارتفعت قيمة اللحم الى ثلاثة دنانير .

(ثم ان فى حكم تلف العين فى جميع ما ذكر) له (من) الاحكام التى منها ضمان القيمة - ليوم التلف اويوم الغصب اواعلى القيم - ومن (ضمان المثل) فى المثل (او القيمة) فى القيمة (حكم تعذر الوصول اليه) اى الى الشئ المضمون (وان لم يهلك كما لو سرق ، او غرق) المتاع (اوضاع ، او ابق) العبد وانما نقول : بان حكم هذه الامور حكم التلف (لمادل على الضمان بهذه الامور فى باب الامانات المضمونة) ومن المعلوم وحدة حكم الضمان فى جميع الابواب ومسئلة : الغاصب يؤخذ باشق الاحوال ، ان تمت فى الجميع ، و الأفعال الغاصب ، حال سائر من يضمن .

(و هل يقيد ذلك) الضمان فى صورة عدم التلف (بما اذا حصل اليأس

من الوصول اليه) كما لو غرق فى بحر عميق (او) يقيد (بعدم

رجاء وجدانه ، او يشمل مالو علم وجدانه فى مدة طويلة يتضرر المالك من انتظارها ولو كانت قصيرة ، وجوه ، ظاهرا دلة ما ذكر من الامور الاختصاص باحد الاولين .

لكن ظاهر اطلاق الفتاوى : الاخير ، كما يظهر من اطلاقهم ، ان اللوح المغصوب فى السفينة ، اذا خيف من نزع غرق مال لغير الغاصب انتقل الى قيمته ، الى ان يبلغ الساحل

رجاء وجدانه) ولا يخفى ان اليأس اقوى من عدم الرجاء اذ : عدم الرجاء معناه احتمال الامرين ، واليأس يقال : فيما يضعف الرجاء (او يشمل مالو علم وجدانه فى مدة طويلة) او شبه طويلة (يتضرر المالك من انتظارها ولو كانت قصيرة) كما لو علم بانه بعد عشر سنوات تأتى غواصة تخرج المتاع من البحر ، او انه القاه فى البحر و تأتى الغواصة بعد يوم لكنه يحتاجه الآن ، لانه وقت مجئ الوفود مما ينتفع بمتاعه نفعا كبيرا (وجوه) خبر قوله : وهل يقيد ، (ظاهرا دلة ما ذكر من الامور) كلمة : من ، بيان : ما ، ومصدق : ما ، الغرق ، والضياع وما شبه (الاختصاص للضمان) (باحدا الاولين) اليأس ، او عدم الرجاء .

(لكن ظاهرا اطلاق الفتاوى : الاخير) اى مدة يتضرر المالك ولو كانت المدة قصيرة (كما يظهر من اطلاقهم ان اللوح المغصوب فى السفينة اذا خيف من نزع غرق مال لغير الغاصب انتقل) الضمان (الى قيمته) - فياخذ المالك قيمته من صاحب السفينة (الى ان يبلغ الساحل) فيقلعه ويرد القيمة الى الغاصب ، ومن المعلوم : ان كون السفينة فى البحر

ويؤيده ان فيه جمعا بين الحقين ، بعد فرض رجوع القيمة الى ملك الضامن عند التمكن من العين؟ فان : تسلط الناس على مالهم ، الذي فرض كونه في عهده يقتضى حواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذر نفسه . نظير ما تقدم في تسلطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذر في المثل

شامل لما اتصل بعد يوم الى الساحل .

(ويؤيده) اى ما يفهم من كلام الفقهاء من الضمان ، ولو كانت المدة قصيرة (ان فيه جمعا بين الحقين) حق الناس الذي لهم اموال في السفينة مما يوجب قلع اللوح غرقها ، وحق المغصوب منه الذي يتضرر ببقاء لوحه في السفينة (بعد فرض رجوع القيمة) التي اخذها المغصوب منه اللوح (الى ملك الضامن) الغاصب (عند التمكن) اى تمكن المغصوب منه (من العين) عند ارساء السفينة في الساحل ، وانما فرضت هذا ، لانه لو لم ترجع القيمة كان اجحافا بحق الغاصب ، اذ قد حسن القيمة بدون ان ، يكون حصل على ما يقابلها (فان : تسلط الناس على مالهم ، الذي فرض كونه) اى كون ذلك المال (في عهده) اى عهدة الضامن ، اى تسلط صاحب اللوح على لوحه ، الذي في عهدة صاحب السفينة (يقتضى) ذلك التسلط من صاحب اللوح (حواز مطالبة الخروج) اى ان يطلب صاحب اللوح خروج الضامن (عن عهده) باعطاء قيمة اللوح (عند تعذر نفسه) لانه لا يقدر على مطالبة اللوح في وسط البحر (نظير ما تقدم في تسلطه) اى المالك (على مطالبة القيمة للمثل المتعذر في) باب (المثل) كما لو تلف حنطة زيد ، و تعذرت الحنطة ، فان تسلط صاحب الحنطة

.....
 نعم لو كان زمان التعذر قصيراً جداً ، بحيث لا يحصل صدق عنوان
 الغرامة والتدارك على اداء القيمة ، اشكل الحكم .
 ثم الظاهر: عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف ، بل لو كان ممكناً
 بحيث يجب عليه السعى فى مقدماته لم تسقط القيمة زمان السعى .

على ماله ، قاض بجواز مطالبة الضامن بقيمة الحنطة - وان كان اللازم
 اولاً وبالذات ، اعطاء المثل - . .

(نعم لو كان زمان التعذر قصيراً جداً بحيث لا يحصل صدق عنوان
 الغرامة) اى ان : الضامن يغرم ، (والتدارك) اى ان : الضامن يتدارك ،
 (على اداء القيمة ، اشكل الحكم) بوجوب الاداء للقيمة ، حتى يتمكن من
 العين .

و وجه الاشكال : عدم شمول الادلة حينئذ له ، نعم يمكن ان يقال :
 وجوب تدارك ضرر المالك لصدق ادلة : لاضرر ، فلو حال بينه وبين متاعه
 ساعة ، وكان ربحه من هذا المتاع فى هذه الساعة ديناراً ، وجب على
 الضامن اعطاء الدينار ، وقد فصلوا هذه المسئلة فى باب الغصب فراجع
 (ثم الظاهر) من دليل : لاضرر ، المقتضى لعدم تضرر المالك ، ولزوم
 تدارك الغاصب ، ومن دليل : الناس مسلطون ، القاضى بتسلط المالك
 على المثل او البديل (عدم اعتبار التعذر) للعين فى وجوب بدل الحيلولة
 وما شبه (المسقط) ذلك التعذر (للتكليف ، بل لو كان) الوصول الى العين
 (ممكناً بحيث يجب عليه السعى فى مقدماته لم تسقط القيمة زمان السعى)
 اذ : لا فرق بين زمان السعى ، وبين زمان التعذر المطلق .

أيصال الطالب إلى المكاسب - البيع

لكن ظاهر كلمات بعضهم : التعبير بالتعذر ، وهو الاوفق باصالة
عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين ، فتأمل .
ولعل المراد به التعذر في الحال ، وان كان لتوقفه على مقدمات
زمانية يتأخر لاجلها ذو المقدمة .
ثم ان ثبوت القيمة مع تعذر العين ، ليس كثبوتها مع تلفها في كون
دفعها حقا للضامن ،

(لكن ظاهر كلمات بعضهم : التعبير بالتعذر) في وجوب البديل (و
هو الاوفق باصالة عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين ، فتأمل)
فانا اذا شككنا في ان المالك هل له صلاحية للالزام عرفا - بمعنى استفا دة
العرف من كونه حقا ، انه له الزامه بالعين او البديل - مقدم على الاصل
المذكور .

(ولعل المراد به) اي بالتعذر في كلام من اشترط التعذر (التعذر
في الحال) لا : التعذر المطلق ، وعلى هذا فيوافق كلام من عبر بالتعذر ما
ذكرناه من قولنا : بل لو كان ممكنا ، (وان كان) التعذر والحالي (لتوقفه على
مقدمات زمانية يتأخر لاجلها) اي لاجل تلك المقدمات الزمانية (ذو
المقدمة) وهو : وصول الحق الى صاحبه .

(ثم ان ثبوت القيمة) على الضامن (مع تعذر) اعطائه (العين ليس)
هذا الثبوت (كثبوتها) اي القيمة (مع تلفها) اي تلف العين (في كون
دفعها) اي القيمة (حقا للضامن) فان الضامن يحق له ان يفرغ ذمته
من القيمة بان يجبر المالك على الاخذ ، اذ لا يجب عليه تحمل حق الغير

.....
فلا يجوز للمالك الامتناع، بل له ان يمنع من اخذها و يصبر الى زوال
العذر كما صرح به الشيخ فى المبسوط، و يدل عليه قاعدة : تسلط الناس
على اموالهم ، و كما ان تعذر رد العين فى حكم التلف، فكذا خروجه
عن التقويم

ثم ان المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف كما فى المبسوط ، و
الخلاف، والغنية ، والسرائر

(فلا يجوز للمالك الامتناع) عن قبول حقه فيما اذا تلفت العين ، اما اذا
تعذرت بدون التلف ، فلا يجب على المالك قبول القيمة (بل لسه) اى
للمالك (ان يمنع من اخذها) اى القيمة (و يصبر الى زوال العذر) بان
يقول للضامن : انا اصبر حتى يحصل مالى ولا آخذ منك البديل — الذى هو
القيمة — (كما صرح به) اى بحق المالك فى الصبر (الشيخ فى المبسوط ،
ويدل عليه) اى حق المالك فى الصبر ، وعدم اخذ القيمة (قاعده :
تسلط الناس على اموالهم) فان المال موجود — حسب الفرض — فللمالك
ان يقول : انى اريد ابقاء سلطتى على مالى ، ولا اريد ان ابدله بالقيمة ،
و هذا بخلاف ما اذا تلفت العين ، فانه ليس لاسطة للمالك الاعلى
البديل ، فيحق للضامن ان يفرغ ذمته من البديل (و كما ان تعذر رد العين
فى حكم التلف) فى وجوب البديل (فكذا خروجه عن التقويم) كما لو كان جمدا
فصار شتاء ، او سقطت قيمة النقد الورقى باسقاط الدولة .

(ثم ان المال المبذول) بدلا عن الشئ المتعذر (يملكه المالك)
من الضامن (بلا خلاف كما فى المبسوط ، والخلاف ، والغنية ، والسرائر)

.....

وظاهرهم ارادة نفى الخلاف بين المسلمين .

ولعل الوجه فيه ان التدارك لا يتحقق الا بذلك ولولا ظهور الاجماع
وادلة الغرامة فى الملكية لاحتملنا ان يكون مباحاله اباحة مطلقة وان لم
يدخل فى ملكه ، نظير الاباحة المطلقة فى المعاطات على القول بها

دعوى عدم الخلاف فيه .

(وظاهرهم ارادة نفى الخلاف بين المسلمين) لابين علماء الشيعة
فقط ، وانما كان هذا الاستظهار ، لان هذه الكتب تتعرض للخلافات ، و
انكان المخالف من العامة ، فاذا لم يذكر خلافهم دل ذلك على انهم
ايضا غير مختلفين فى المسئلة .

(ولعل الوجه فيه) اى فى ملكية الآخذ للبدل (ان التدارك)
الواجب على الضامن (لا يتحقق الا بذلك) الملك للبدل ، فان كون المال
البدل ، عند المالك فقط ، مع عدم كونه ملكا له ، لا يسد مكان ماله المتعذر ،
فلا يتحقق التدارك بدون الملكية للبدل (ولولا ظهور : الاجمماع و)
ظهور : (ادلة الغرامة) نحو : على اليد ما اخذت (فى الملكية) للبدل
اذا الاداء ، لا يكون الا بملكية المالك للمال الذى اخذه بدلا (لاحتملنا
ان يكون) البدل (مباحاله) اى للمالك (اباحة مطلقة) يتصرف فيه جميع
انحاء التصرف ، حتى الناقلة والمتلفة (وان لم يدخل) المال (فى ملكه
نظير الاباحة المطلقة فى المعاطات) حيث ان المال غير منتقل ، مع انه
يجوز للمنفول اليه جميع انحاء التصرف فيه (على القول بها) اى الاباحة

.....
 فيها ، و يكون دخوله فى ملكه مشروطا بتلف العين ، و حكى الجزم بهذا
 الاحتمال عن المحقق القمى ره فى اجوبة مسائله ،

وعلى اى حال؛ فلا تنتقل العين الى الضامن ، فهى غرامة لا تلازم
 فيها بين خروج المبدول عن ملكه ، ودخول العين فى ملكه ، وليست معاوضة

المطلقة (فيها) اى فى المعاطات — كما تقدم تفصيل الكلام فى ذلك فى
 باب المعاطات — (و يكون دخوله) اى البديل — على هذا الاحتمال ، اى
 الاباحة ، لا الملكية — (فى ملكه) اى ملك المالك الآخذ له من الضامن
 (مشروطا بتلف العين) فاذا تلفت العين صارت ملكا للمنتقل اليه ، اى
 المالك ، (و حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمى ره فى اجوبة
 مسائله) جامع الشتات ، وكان ذلك للجمع بين دليل وجوب الاداء ،
 و بين استصحاب بقاء مال الضامن على ملكيته السابقة .

(وعلى اى حال) سواء قلنا بان المالك يملك البديل ، او يباح له
 التصرف فيه اباحة مطلقة؟ (فلا تنتقل العين) المتعذرة — التى كانت
 للمالك — (الى الضامن ، فهى) اى العين التى اعطاها الضامن للمالك
 (غرامة ، لا تلازم فيها) اى فى هذه الغرامة (بين خروج المبدول) بدلا
 (عن ملكه) اى ملك الضامن (و دخول العين) التى كانت للمالك (فى
 ملكه) اى فى ملك الضامن ، فالعمال لم يدخل فى ملك الضامن ، لا صالة
 بقاءه على ملك المالك ، و البديل خرج عن ملك الضامن ، لانه غرامة ، و اداء
 (وليست) العين التى يعطيها الضامن للمالك (معاوضة) بل غرامة —
 كما عرفت —

.....

ليلزم الجمع بين العوض و المعوض ، فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البديل له .

وقد استشكل في ذلك المحقق ، و الشهيد الثانيان ، قال الاول في محكى جامعه : ان هنا اشكالا فانه كيف يجب القيمة و يملكها الآخذ و يبقى العين على ملكه ؟

وجعلها في مقابلة الحيلولة

(ليلزم الجمع بين العوض و المعوض) حتى يقال : كيف يملك المالك ماله ، و مال الضامن (فالمبذول هنا) في صورة تعذر العين (كالمبذول مع تلف العين ، في عدم البديل له) اى للمبذول ، فكما انه لو اطف الضامن مال المالك اعطى بدله ، بدون ان يدخل في كيس الضامن شئ ، كذلك اذا حال بين المالك و ماله ، كما لو اسقطه في البحر ، فانه يجب عليه ان يعطى المالك بدل ماله ، بدون ان يدخل في كيس الضامن شئ .

(وقد استشكل في ذلك) اى في عدم دخول العين في ملك الضامن (المحقق ، و الشهيد الثانيان ، قال الاول في محكى جامعه) اى جامع المقاصد (ان هنا) في عدم دخول العين في ملك الضامن (اشكالا فانه كيف يجب القيمة و يملكها الآخذ و يبقى العين) السابقة (على ملكه ؟) اى لا تدخل في ملك الضامن

(و) ان قلت : ان البديل انما هو في مقابل حيلولة الضامن ، لافى مقابل العين ، حتى يستلزم دخول العين في ملك الضامن .

قلت : (جعلها) اى العين التى هى البديل (في مقابلة الحيلولة

لا يكاد يتضح معناه انتهى ، وقال الثانى : ان هذا لا يخلو من اشكال ، من حيث اجتماع العوض والمعوّض على ملك المالك من دون دليل واضح .
ولو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلا
و توقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين وان جاز
له التصرف كان وجهها فى المسئلة انتهى ، واستحسنه فى محكى الكفاية ،
اقول الذى ينبغى ان يقال هنا ان معنى ضمان العين ذهابها

لا يكاد يتضح معناه) اذ الحيلولة ليست شيئا حتى تقابل بالبدل (انتهى)
كلام المحقق (وقال) الشهيد (الثانى : ان هذا) القول وهو : عدم دخول
العين فى ملك الضامن (لا يخلو من اشكال ، من حيث اجتماع العوض و
المعوّض على ملك المالك) لانه ملك البدل ، وبقى العين على ملكه ايضا
(من دون دليل واضح) على مالكيته لكليهما .
(ولو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلا) فالمالك يملك البدل
متزلزلا ، والضامن يملك العين متزلزلا .

(و توقف تملك المغصوب منه) اى المالك (للبدل) الذى اعطاه
الضامن (على اليأس من العين) كان يأسوا من اخراجها من البحر (وان
جازله) اى للمالك ، (التصرف) فى البدل (كان وجهها فى المسئلة ، انتهى)
كلام الشهيد الثانى (واستحسنه) السبزواري (فى محكى الكفاية ، اقول) لا
ورود لهذا الاشكال على ما قدمناه من الكلام ، لان (الذى ينبغى ان يقال
هنا) فى باب بدل الحيلولة (ان معنى ضمان العين ذهابها) اى العين

.....
 من مال الضامن ، ولازم ذلك اقامة مقابله من ماله مقامه ليصدق ذهابه
 من كيسه .

ثم ان الذهاب ان كان على وجه التلف الحقيقي ، او العرفى
 المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفا وجب قيام مقابله من ماله مقامه فنى
 الملكية ، وان كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه وفوات الانتفاع
 به فنى الوجوه التى بهاقوام الملكية

(من مال الضامن ، ولازم ذلك) الذهاب (اقامة) الضامن (مقابله) اى
 مقابل ذلك المال - اى العين - (من ماله مقامه) اى مقام ذلك الذهاب
 (ليصدق ذهابه) اى المال (من كيسه) اى كيس الضامن ، اذ لو لم يجب
 اقامة مقابله مقامه ، لم يكن معنى لضمان الضامن ولا معنى لذهاب المال
 من كيس الضامن .

(ثم ان الذهاب ان كان على وجه التلف الحقيقي) بان اتلف
 الضامن المال المنصوب (او) التلف (العرفى المخرج) ذلك التلف
 العرفى (للعين عن قابلية الملكية عرفا) كما لو طار الطائر ، فانه لا يسمى
 حينئذ ملكا فيما اذا التحق بالغابة وضاع فيها - مثلا - (وجب قيام
 مقابله من ماله مقامه فى الملكية) حتى يكون البديل ملكا للمالك فى ازاء
 ماله الذى تلف على يد الضامن ، تلفا حقيقيا ، او تلفا عرفيا (وان كان
 الذهاب) للملك عن ماله (بمعنى انقطاع سلطنته عنه) فان الشئ الذى
 يغرق فى البحر ينقطع تسلط المالك عليه (و) بمعنى (فوات الانتفاع به
 فى الوجوه التى بهاقوام الملكية) فان كون الملك ملكا انما يكون بالانتفاع

.....
 وجب قيام مقابله مقامه فى السلطنة ، لافى الملكية ليكون مقابلا وتداركا
 للسلطنة الفائتة ، فالتدارك لا يقتضى ملكية المتدارك فى هذه الصورة
 نعم لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفائتة متوقفة
 على الملك ، لتوقف بعض التصرفات عليها ، وجب ملكيه للمبذول

به اكلا ، واستعمالا ، واجارة ، وما شبه (وجب قيام مقابله) الذى هو
 البديل (مقامه) لافى الملكية بل (فى السلطنة) بان يكون المالك مسلطا
 على التصرفات فيه (لافى الملكية) لان الضامن لم يذهب الملكية ، وانما
 اذهب السلطنة فقط (ليكون) الشئ العائد الى كيس المالك (مقابلا لما
 فات منه) (وتداركا للسلطنة الفائتة) لئلا يركا للملكية ، اذ لم تذهب الملكية
 (فالتدارك) الواجب على الضامن (لا يقتضى ملكية المتدارك) — بالفتح
 (فى هذه الصورة) اى صورة عدم التلف ،

والحاصل : ان الضامن مأوربتدارك ما سبب فواته ، فان كان الفائت
 الملك تدارك باعطاء الملك ، وان كان الفائت السلطة تدارك باعطاء
 السلطة .

(نعم لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة) — بالفتح — التى تعوض
 (للسلطنة الفائتة متوقفة على الملك) اذ : لاسلطنة مطلقة لافى صورة
 الملك (لتوقف بعض التصرفات عليها) اى على السلطنة المطلقة المتوقفة
 على الملك ، فان التلف — غير المعنون بهبة وما شبه — لا يجوز لافى
 الملك كما ان البيع والعق والوطى — بدون عقد وتحليل — لا يكون لافى
 الملك فحينئذ (وجب ملكيته) اى المتصرف (للمبذول) بد لا

.....

تحقيقا للمعنى التدارك والخروج عن العهدة .

وعلى اى تقدير ، فلا ينبغي الاشكال فى بقاء العين المضمونة على ملك مالكيها .

انما الكلام فى البديل المبدول ، ولا كلام ايضا فى وجوب الحكم بالاباحة وبالسلطنة المطلقة عليها ، وبعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذ الى ان اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك

(تحقيقا للمعنى التدارك ، و) لمعنى (الخروج عن العهدة) فان الضامن لا يخرج عن العهدة الا بالسلطنة المطلقة المتوقفة على الملك .

ولا يخفى ان قول المصنف : نعم ، استدراك و تأييد لكلام المشهور خلاف المحقق القمى ، فهو رد لقوله السابق : اقول .

(وعلى اى تقدير) سواء قلنا : بمقالة من يرى الملكية فى بديل الحيلولة ، او يرى السلطة فقط بدون الملك (فلا ينبغي الاشكال فى بقاء العين المضمونة) التى ضمنها الضامن باغراقه فى البحر - مثلا - (على ملك مالكيها) الاول فلا تنتقل الى ملك الضامن .

(انما الكلام فى البديل المبدول) الذى اعطاه الضامن للمالك ، للحيلولة (ولا كلام ايضا) فى البديل المبدول (فى وجوب الحكم بالاباحة) للمالك (وبالسلطنة المطلقة) للمالك (عليها) اى على العين المبدولة بدلا (وبعد ذلك) الذى ذكرنا انه لا كلام فيه (فيرجع محصل الكلام) بين المشهور والقمى (حينئذ الى ان اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك) فى بدل الحيلولة .

.....
 هل يستلزم الملك من حين الاباحة ، او يكفى فيه حصوله من حين
 التصرف . وقد تقدم فى المعاطاة بيان ذلك .
 ثم انه قد تحصل ما ذكرنا ان تحقيق ملكية البدل ، او السلطنة
 المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالکها ، انما هو مع فوات معظم
 الانتفاعات به بحيث يعد بذل البدل غرامة و تداركا .
 اما لو لم يفت الابعض مالىس به قوام الملكية ،

(هل يستلزم الملك) اى ملك المالك لهذا البدل (من حين الاباحة، او
 يكفى فيه) اى فى جميع التصرفات (حصوله) اى الملك (من حين التصرف)
 فالملك مقارن للتصرف الموجب للملك ، كالوطى و العتق (وقد تقدم فى
 المعاطاة بيان ذلك) وان الجمع بين دليل الاستصحاب المقتضى لبقاء
 البدل على ملك مالکه ، و بين دليل جواز جميع التصرفات ، وهو قوله :
 حتى تؤدى ، يقتضى كون الملك من حين التصرف .
 (ثم انه قد تحصل ما ذكرنا) فى حال البدل ، و انه ملك او اباحة
 للتصرفات ، وتسليط بدون الملك (ان تحقيق ملكية البدل) على المشهور
 (او السلطنة المطلقة عليه) على ما اختاره القمى ((ره)) (مع بقاء العين
 على ملك مالکها) اى الضامن (انما هو مع فوات معظم الانتفاعات به) اى
 بالملك الذى ضمنه الضامن (بحيث يعد بذل البدل غرامة و تداركا)
 فان التدارك يقتضى الملك ، او السلطنة المطلقة .

(اما لو لم يفت الابعض مالىس به قوام الملكية) كما فى وطى الجانى
 الحيوان ، حيث اسقطه عن قابلية الأكل و الانتفاع بلبنه و ما شبهه ، لكنه

.....

فالتدارك لا يقتضى ملكه ، ولا السلطنة المطلقة على البدل ، ولو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذ لم يبعد كشف ذلك عن انتقال العين الى الغارم .

ولذا استظهر غير واحد : ان الغارم لقيمة الحيوان الذى وطئه يملكه ، لانه وان وجب بالوطى نفيه عن البلد ، وبيعه فى بلد آخر . لكن هذا لا يعدّ فواتا لما به قوام المالية .

صالح بعد للركوب والحرث والسقى والتحميل وما شبه (فالتدارك لا يقتضى ملكه) اى وجوب التدارك على الجانى لا يقتضى ملك المالك الاول للشئ المبذول (ولا السلطنة المطلقة على البدل) اذ : لم يفوّت الجانى السلطنة المطلقة ، حتى يجب عليه تسليط المالك على البدل سلطنة مطلقة (ولو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته) كقيمة الموطوء - فى المثال - (حينئذ لم يبعد كشف ذلك) الحكم من الشارع (عن انتقال العين) - كالموطوء - (الى الغارم) الواطئ .

(ولذا استظهر غير واحد : ان الغارم لقيمة الحيوان الذى وطئه ، يملكه) اى يملك الموطوء (لانه وان وجب ب) سبب (الوطى نفيه) اى الحيوان - الذى يقصد ظهره كالحمار - (عن البلد ، وبيعه فى بلد آخر ، لكن هذا) النفى والبيع (لا يعدّ فواتا لما به قوام المالية) ' اذ : الحيوان المنفى مال ايضا ، فاذا اوجب الشارع القيمة على الواطئ ، كشف ذلك عن انه حكم بملكية الموطوء للواطئ ، كشفا عن نفيه ، لبعده جمعه بين العوض والمعوض .

هذا كله مع انقطاع السلطنة عن العين مع بقاءها على مقدار ملكيتها

السابقة .

اما لو خرج عن التقويم مع بقاءها على صفة الملكية ، فمقتضى قاعدة :
الضمان ، وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك لان القيمة
عوض الاوصاف ، والاجزاء التى خرجت العين لفواتها عن التقويم ، لا
عوض العين نفسها ، كما فى

(هذا) الذى ذكرناه من حال بدل الحيلولة فى انه ملك او سلطة
فقط وانه ينتقل المبدل الى ملك الضامن ام لا ؟ (كله مع انقطاع السلطنة)
للمالك (عن العين) لا بالتلف ، بل (مع بقاءها على مقدار ملكيتها السابقة)
فان الشئ الذى يغرق فى البحر ، باق على ملكيته ، وكذلك الموطوء
— وان تفاوت مقدار القيمة — والاجود فى عبارة المصنف هكذا : مقدار
من ملكيتها

(اما لو خرج) الملك (عن التقويم) فلا يرى العرف له قيمة (مع
بقاءها على صفة الملكية) ولا يخفى ان الضمير المذكور يرجع الى : الشئ ،
والمؤنث الى : العين ، (فمقتضى قاعدة الضمان) المستفاد من : على
اليد ، (وجوب كمال القيمة) على الضامن ، ولا يلاحظ ان الملك باق
— بعد — على ملك ماله (مع بقاء العين على ملك المالك ، لان القيمة
عوض الاوصاف) التالفة (و) عوض (الاجزاء التى خرجت العين لفواتها)
اى بسبب فوات تلك الاجزاء (عن التقويم ، لا عوض العين نفسها) حتى
يقال : ان العين موجودة ، فكيف يجب عوضها على الضامن (كما فى

.....

الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغمصوب ، فان بقاءها على ملك مالكة لا ينافي معنى الغرامة لفوات معظم الانتفاعات ، فيقوى عدم جواز المسح بها الا باذن المالك ولو بذل القيمة .

قال في شرح القواعد فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغمصوبة ، ولو طلب المالك نزعها - وان افضى الى التلف - وجب ثم يضمن الغاصب النقص

الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغمصوب (كما لو لم يعلم بذلك فتوضأ (فان بقاءها) اى تلك الرطوبة (على ملك مالكة لا ينافي معنى الغرامة) التى هى عبارة عن اداء ما تلغه الضامن ، ولو كان التلف بحيث بقى بعض الاجزاء ، وانما تجب الغرامة (لفوات معظم الانتفاعات) اى بهذا الماء الذى بقى بعض اجزائه ، فان الذرات الندية لا تصلح للشرب والسقى والغسل فيه وما شبهه ، وان صلحت لاصاق جسم يحتاج الى الرطوبة به (ف) على ما ذكرناه من بقاء الرطوبة على ملك المالك (يقوى عدم جواز المسح بها) فيما اذا علم بالغصبة قبل ان يمسح (الا باذن المالك ولو بذل) المتوضى (القيمة) . لان القيمة لا توجب ملكية الرطوبة ، وانما هى لاجل اذ هاب المتلف معظم الانتفاعات .

الهم الان يقال : ان العرف يرى المال تالفا ، فلا يشمل دليل الملك ، فليس هذه الرطوبة - عرفا - ملكا للمالك حتى لا يصح المسح بها (قال في شرح القواعد فيما لو خاط) الشخص (ثوبه بخيوط مغمصوبة) ما لفظه : (ولو طلب المالك نزعها - وان افضى) النزع (الى التلف - وجب) النزع واعطائه قطع الخيوط (ثم يضمن الغاصب النقص) بين

ولولم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة انتهى ، وعطف على ذلك قوله : و لا
يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك كما سبق من ان جناية الغاصب توجب
اكثر الامرين ، ولو استوعب القيمة اخذها ولم تدفع العين انتهى .
وعن المسالك فى هذه المسئلة : انه ان لم يبق له قيمة ضمن

الخيوط الصحيحة والخيوط المقطعة (و لولم يبق لها) اى للخيوط
بعد النزع (قيمة غرم) الغاصب (جميع القيمة انتهى) .
فا ن هذا الكلام دال على وجوب اعطاء قطع الخيوط بالاضافة الى
القيمة الكاملة (وعطف على ذلك) الذى ذكره العلامة من ايجاب القيمة
الكاملة فى محكى جامع المقاصد (قوله : ولا يوجب ذلك) اى عدم القيمة
للخيوط (خروجها عن ملك المالك) لاصالة بقاء الخيوط المقطعة على
ملكه (كما سبق من ان جناية الغاصب) على المغصوب (توجب اكثر
الامرين) فهذا دليل ان الغاصب يؤخذ بالاشق ، فلا يستبعد ان يكون
الغاصب — فى باب الخيوط المقطعة — مكلفا باعطاء القيمة الكاملة ومع
ذلك يكون الخيط لمالكه ايضا (ولو استوعب) اى الجناية (القيمة) بان لم
يكن للمغصوب قيمة بسبب الجناية (اخذها) اى اخذ الغاصب القيمة كاملة
(ولم تدفع العين) اى الى الغاصب ، فيجمع المالك بين العين ، وبين
القيمة (انتهى) كلام جامع المقاصد .

(وعن المسالك فى هذه المسئلة) اى فى مسئلة الخيوط المغصوبة
(انه ان لم يبق له) اى للخيط (قيمة) بسبب تقطعه بالخياطة (ضمن)

جميع القيمة ولا يخرج بذلك عن ملك مالكه كما سبق فيجمع بين العين والقيمة لكن عن مجمع البرهان في هذه المسئلة : اختيار عدم وجوب النزع ، بل قال : يمكن ان لا يجوز ، ويتعين القيمة لكونه بمنزلة التلف .

وحينئذ يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط ، اذ : لا غصب فيه يجب رده ، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد اكمال الغسل وقبل المسح انتهى .

الغاصب (جميع القيمة ، ولا يخرج) الخيط (بذلك) الوجوب على الغاصب لتمام القيمة (عن ملك مالكه كما سبق فيجمع) المالك (بين العين والقيمة ، لكن عن مجمع البرهان في هذه المسئلة) اى مسئلة الخيط (اختيار عدم وجوب النزع) على الغاصب (بل قال : يمكن ان لا يجوز) لمالك الخيط ان ينزعه من ثوب الغاصب (ويتعين القيمة) فقط على الغاصب (لكونه بمنزلة التلف) عرفا ، والشئ التالف ليس مالا وملكا للمالك الاول .

(وحينئذ) اى حين كان الخيط تالفا عرفا (يمكن) ان نقول : ب (جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط) بالخيط المغصوب (اذ : لا غصب فيه) بحيث (يجب رده) على المالك (كما قيل : بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد اكمال الغسل) - بالفتح - (وقبل المسح) بذلك الماء (انتهى) كلام مجمع البرهان .

.....

واستجوده بعض المعاصرين ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة

خروج المضمون عن ملكه لصيرورته عوضاً شرعاً .

وفيه انه لا منشاء لهذا الاقتضاء .

وأدلة الضمان : قد عرفت ان حصلها يرجع الى وجوب تدارك ما

ذهب من المالك ، سواء كان الذاهب نفس العين ، كما فى التلف

الحقيقى ، او كان الذاهب السلطنة عليها التى به اقوام ماليتها ،

(واستجوده) اى كلام مجمع البرهان (بعض المعاصرين) وذلك

(ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة ، خروج المضمون عن ملكه) اى ترجيحه

على استصحاب بقاء ملك المالك على ملكيته (لصيرورته) هذا علة للترجيح و

الضمير عائد الى المضمون — كالخيط — (عوضاً شرعاً) عن القيمة التى

دفعها الغاصب الى المالك .

(وفيه انه لا منشاء لهذا الاقتضاء) اى ان ملك المالك للقيمة لا دليل

على انه يقتضى خروج الخيط عن ملك ماله .

(و) ان قلت : أدلة الضمان تقتضى خروج الخيط عن ملك ماله

لان معنى الضمان ان المال انتقل الى الضامن فى مقابل ضمانه للقيمة

قلت : (أدلة الضمان — قد عرفت — ان حصلها يرجع الى وجوب

تدارك ما ذهب من المالك سواء كان الذاهب نفس العين كما فى التلف

الحقيقى) كما لو لاقى الملح فى البحر فتلف (او كان الذاهب السلطنة عليها)

اى على العين (التى بها) اى بتلك السلطنة (قوام ماليتها) فيما لا يسمى

المال مالا الا بالسلطنة عليها

.....
 كغرق المال ، او كان الذاهب الاجزاء ، او الاوصاف التى يخرج
 بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته .

ولا يخفى ان العين على التقدير الاول خارج عن الملكية عرفا
 وعلى الثانى السلطنة المطلقة على البدل بدل عن السلطنة
 المنقطعة عن العين ، وهذا معنى بدل الحيلولة .

(كغرق المال) كالابريق فى البحر ، فان العين باقية لكن حيث لاسلطة للمالك عليها
 كان بنظر العرف اتلف ماليته (او كان الذاهب الاجزاء ، او الاوصاف
 التى يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته) كما ان الوضوء
 الذى يذهب بعض اجزائه ، وكالخيوط فى المخيط التى يذهب وصف
 استقلالها ، فان الملكية باقية ، وان ذهب الجزء او الوصف .

(ولا يخفى ان العين على التقدير الاول) الذى هو التلف الحقيقى
 (خارج عن الملكية عرفا) اذ : المتالف ، ليس ملكا .

وانما قال : عرفا ، لان العرف هو المعيار فى رؤية الشئ ملكا فاذا
 قال : بان الشئ الفلانى ليس بملك ، فلا يترتب عليه اثر الملك .

(وعلى الثانى) فيما كان الذاهب السلطنة على الملك ، وان كان
 الملك باقيا (السلطنة المطلقة) للمالك (على البدل) الذى اعطاه الضامن
 (بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين) فالضامن حيث قطع سلطنة
 المالك وجب عليه ان يسلطه على البدل (وهذا معنى بدل الحيلولة)
 اى بدل حيلولة الضامن بين مال المالك ، وبين المالك .

.....
وعلى الثالث : فالمبذول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقويم
لاعن نفس العين ، فالمضمون فى الحقيقة هى : تلك الاوصاف التى
تقابل بجميع القيمة لانفس العين الباقية ،
كيف ولم تتلف هى ؟ وليس لها على تقدير التلف ايضا عهدة مالية
بل الامر بردها مجرد تكليف ، لا يقابل بالمال

(وعلى الثالث) وهو ذهاب الجزء او الوصف (فالمبذول عوض
عما خرج المال بذهابه عن التقويم) فالثمن عوض عن الجزء فى ماء الوضوء
وعن الوصف فى الخيط (لاعن نفس العين) اذ العين باقية ، ولا عن
الحيلولة ، لان الضامن لم يحل بين المال وبين مالكة (فالمضمون فى
الحقيقة) فى الثالث (هى : تلك الاوصاف التى تقابل بجميع القيمة)
فان الوصف المفقود ، يوجب ذهاب المالية عن العين وان كانت باقية
(لا) ان المضمون (نفس العين الباقية) .

و (كيف) تكون العين مضمونة (و) الحال (لم تتلف هى) اى العين
بل هى باقية (وليس لها على تقدير التلف ايضا عهدة مالية) اذ : العين
بعد ذهاب وصفها لا مالية لها حتى تكون مضمونة ،

فان قلت : فاذا لم يكن لها مالية فلم يؤمر الضامن بردها .
قلت : لا يؤمر الضامن بردها لان لها مالية (بل الامر بردها مجرد
تكليف ، لا يقابل بالمال) كما لو تصرف انسان فى قطع الخبز التى هى
لزيد - مما لا قيمة لها - فانه ما مور بردها لانها مال ، بل لانها متعلق

.....

بل لو استلزم رده ضرراً مالياً على الغاصب امكن سقوطه فتأمل .

ولعل ماعن المسالك من ان : ظاهرهم عدم وجوب اخراج الخيوط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالاخراج ، فتعين القيمة فقط محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المخيط ، او البناء المستدخل فيه الخشبة ، كما لا يابى عنه عنوان المسألة فلاحظ .

حق الغير (بل لو استلزم رده ضرراً مالياً على الغاصب) كما لو استلزم اخراج الخيوط نقص الثوب عن القيمة ، او ما شبه (امكن سقوطه) اي سقوط الرد لقاعدة : لا ضرر .

لكن هذا انما يستقيم - لوقلنا به - فيما لم يكن الغاصب غصباً عالمياً او لو غصب عالمياً ، سقط بالنسبة اليه دليل لا ضرر ، لانه بنفسه اقدم على ذلك (فتأمل) لعله : اشارة الى ما ذكرناه .

(ولعل ماعن المسالك من ان ظاهرهم عدم وجوب اخراج الخيوط المغصوب عن الثوب بعد خروجه) اي الخيوط (عن القيمة ب) سبب (الاخراج) وعليه (فتعين القيمة فقط) على الغاصب (محمول على صورة تضرر المالك) الغاصب (بفساد الثوب المخيط) اذا اخرج الخيوط .

فدليل : لا ضرر ، قاض بعدم وجوب الاخراج (او) تضرر المالك بسبب فساد (البناء المستدخل فيه الخشبة) المغصوبة ، ولذا يجب على الغاصب قيمتها ولا يجب عليه اعطاء الخشبة الى مالكيها (كما لا يابى ، عنه) اي عن كون مرادهم باطلاق عدم الوجوب صورة تضرر المالك فقط (عنوان المسئلة) الظاهر في كونه صورة التضرر ، لا مطلقاً (فلاحظ) العنوان

.....
 وحينئذ فلا ينافى ما تقدم عنه سابقا ، من : بقاء الخيط على ملك مالكه
 وان وجب بذل قيمته •
 ثم ان هنا قسما رابعا وهو : ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق
 الاولوية فيه ، كما لو صار الخلّ المغصوب خمرا •
 فاستشكل فى القواعد وجوب ردها مع القيمة ، ولعله من استصحاب
 وجوب ردها •

(وحينئذ) اى حين كان مرادهم صورته التضرر (فلا ينافى)
 كلامهم الذى نقله الشهيد (ما تقدم عنه) ومثلا (سابقا من بقاء الخيط على ملك
 مالكه ، وان وجب بذل قيمته) لان البقاء خاص بصورة عدم تضرر الغاصب
 وعدم البقاء خاص بصورة تضرر الغاصب •
 (ثم ان هنا) فى مسألة الضمان (قسما رابعا) بالاضافة الى الاقسام
 الثلاثة السابقة (وهو : ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الاولوية
 فيه) لما لك (كما لو صار الخل المغصوب خمرا) فان الخمر لا تملك ، ولكنها
 فيها حق الاولوية لصاحبها ، حتى انه لو اراد اسقائها شجرة لم يكن لاحد
 الحيلولة بينه وبين ذلك ، وكذا لو اراد القائها فى الكنيف لاجل قتل
 ديدانه مثلا •

(فاستشكل فى القواعد : وجوب ردها مع القيمة) فان الواجب اعطاء
 القيمة ، اما الرد فمحل اشكال (ولعله من) تعارض الدليلين ، اما وجوب
 الرد فل (استصحاب وجوب ردها) اذ : قبل الخمرية كان واجب الرد
 فاذا صار خمرا وشك فى انه زال حكم وجوب الرد كان الاصل بقاء وجوب الرد

.....

ومن ان الموضوع في المستصحب ملك المالك - اذ لم يجب الالده - و

لم يكن المالك الاولى به .

الا ان يقال : ان الموضوع في الاستصحاب عرفي .

ولذا كان الوجوب مذهب جماعة ، منهم : الشهيدان ، والمحقق

الثاني .

ويؤيده انه : لو عاد خلا ، ردت الى المالك بلا خلاف ظاهر .

(ومن ان الموضوع في المستصحب ملك المالك - اذ لم يجب الالده -)

اي رد ملك المالك ، فان الدليل دل على وجوب رد ملك المالك ، لا

رد شئ آخر ليس ملكا للمالك (ولم يكن المالك الاولى به) والا لولية لا تلازمه

الملك الواجب رده .

(الا ان يقال :) ان وجوب الرد اقوى (ان الموضوع في الاستصحاب

عرفي) والموضوع العرفي باق ، اذ : العرف يرى الخمر نفس الخل ، وانما

طرء عليه حالة جديدة ، فالوجه الثاني ، اي قوله : ومن ان الموضوع

الذي كان مناطه تبدل الموضوع غير تام ، فيبقى الاستصحاب بدون معارض

(ولذا كان الوجوب) للرد (مذهب جماعة ، منهم : الشهيدان و

المحقق الثاني) وغير هم .

(ويؤيده) اي وجوب الرد (انه لو عاد خلا) بعد الخمرية (ردت الى

المالك بلا خلاف ظاهر) ولو كان الموضوع متبدلا لم يكن وجه لرده الى

المالك ، اذ : الملك قد زال ، فاعادته يحتاج الى الدليل .

الان ترى انه : لو صار النبات عذرة ، ثم صارت ارضاء عادت نباتا لم

.....
ثم ان مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين ، و ضمانها ، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع ، سواء كان للسوق ، اوللزيادة المتصلة ، بل المنفصلة كالثمرة ، ولا يضمن منافعه ، فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك .

يكن وجه للقول باعادته الى المالك للنبات الاول .

(ثم ان مقتضى صدق الغرامة على المدفوع) بدلا عن ما اتلفه الضامن (خروج الغارم) بسبب الدفع (عن عهدة العين) عن ضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع) كما لو اتلف شاة المالك ، ثم اعطى قيمتها ، فانه لا يضمن بعد ذلك ارتفاع قيمة الشاة ، لان الضامن قد ورد الشاة برّد قيمتها ، فسقط دليل : على اليد ، منه ، وكذا الحال بين المالك وبين العين ، فزادت زيادة متصلة او منفصلة ، كما لو فك الغزال فشرده فى الغابة ، ثم سمن او ولدت فانه بعد اعطاء القيمة لا يضمن السمن والولد لانه قد برئت ذمته (سواء كان) الارتفاع (للسوق) بدون زيادة عينية (اوللزيادة المتصلة) كالسمن (بل المنفصلة كالثمرة) فيما اذا فرضنا حيولية الغاصب بين الشجرة وبين المالك او المراد بالثمرة ما يشمل مثل ولد الغزال — كما فيما تقدم فى المثال — (ولا يضمن) ايضا (منافعه) المتجددة كما لو سبب اباق العبد ، فانه لا يضمن ايجاره ، بعد ان اعطى قيمته لصاحب العبد (فلا يطلب الغارم بالمنفعة بعد ذلك) اى بعد الخروج عن العهدة باعطاء البدل .

.....
وعن التذكرة ، وبعض آخر : ضمان المنافع ، وقواه فى المبسوط
بعد ان جعل الاقوى خلافه .

وفى موضع من جامع المقاصد : انه موضع توقف ، وفى موضع آخر :
رجح الوجوب .

ثم ان ظاهر عطف : التعذر على التلف فى كلام بعضهم عند
التعرض لضمان المغصوب بالمثل او القيمة ، يقتضى عدم ضمان ارتفاع
القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر ، وقبل الدفع كالحاصل

(وعن التذكرة و بعض آخر ضمان المنافع) وان اعطى الغرامة (و
قواه فى المبسوط بعد ان جعل) الشيخ ، اولا (الاقوى خلافه) اى عدم
الضمان .

(وفى موضع من جامع المقاصد : انه) اى الضمان للمنافع (موضع
توقف ، وفى موضع آخر) من جامع المقاصد (رجح الوجوب) اى ضمان المنافع
وكان الوجه فى الوجوب ان الضامن انما خرج عن عهدة العين ، واما
المنافع فلم يخرج عن عهدتها .

لكن الانصاف عدم الوجوب لصدق الاداء الموجب لبراءة الذمة
(ثم ان ظاهر عطف التعذر على التلف) فى قولهم : لتلف المغصوب
او تعذر ايصاله الى صاحبه (فى كلام بعضهم عند التعرض) منهم (لضمان
المغصوب بالمثل) فى المثل (او القيمة) فى القيمي (يقتضى عدم ضمان
ارتفاع القيمة السوقية الحاصل) ذلك الارتفاع (بعد التعذر) ذلك كمالو
القى الاناء فى البحر ثم زادت قيمته (قبل الدفع) للقيمة (كالحاصل) اى

.....
بعد التلف ، لكن مقتضى القاعدة ضمانه له ، لان مع التلف يتعين القيمة
ولذا ليس له الامتناع من اخذها ، بخلاف تعذر العين فان القيمة غير
متعينة ، فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين ، كان له ذلك ويبقى
العين فى عهدة الضامن فى هذه المدة ، فلو تلفت كان له قيمتها من
حين التلف ، او اعلى القيم اليه .

الارتفاع الحاصل (بعد التلف) حيث لا يضمن ذلك الارتفاع الضامن —
لانه بالتلف استقرت القيمة فى الذمة ، فلا وجه لضمان الارتفاع —
(لكن مقتضى القاعدة ضمانه) اى الضامن (له) اى للارتفاع الحاصل
بعد التعذر ، وليس الارتفاع بعد التعذر مثل الارتفاع بعد التلف .
وجه الفرق (لان مع التلف يتعين القيمة ، ولذا ليس له) اى
للمالك (الامتناع من اخذها) كما تقدم ، لانه لا يكلف الضامن ببقاء ذمته
مشغولة بمال الغير (بخلاف تعذر العين) بدون تلفها (فان القيمة)
فى صورة التعذر بدون التلف (غير متعينة ف) لذا (لو صبر المالك حتى
يتمكن من العين كان له ذلك) لان المالك مسلط على العين ، فله ان
يبقى سلطته ، وله ان يقطعها باخذ القيمة ، بخلاف صورة التلف
للعين ، فان سلطته على العين قد تبدلت الى السلطة على القيمة (و
يبقى العين فى عهدة الضامن فى هذه المدة) اى المدة بين التعذر
وبين اخذ المالك للبدل (فلو تلفت) العين بعد التعذر ، كما لو طار
الطير يوم الجمعة ، وتلف يوم الثلاثاء (كان له) اى للمالك (قيمتها
من حين التلف) اى يوم الثلاثاء (او اعلى القيم اليه) اى من حين

.....

• اويوم الغصب ، على الخلاف .

والحاصل ان قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة فى عهدة

الضامن ، فلا عبرة بيوم التعذر .

والحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف ، مع الحكم بضمان الاجرة

و النماء الى دفع البديل ، وان تراخى عن التعذر مما لا يجتمعان ظاهرا

الغصب الى يوم التلف (اويوم الغصب) اى يوم الجمعة (على الخلاف)

المتقدم ، فلو كانت قيمة الطائر يوم الجمعة عشرة ، و السبت عشرين ، و

الثلاثاء خمسة ، كان الواجب على الضامن اعطاء احد هاعلى الخلاف

الذى تقدم ، فى ان الغاصب يضمن على القيم ، كما مر فى صحيحه قاي ولاد

(و الحصول ان قبل دفع) الضامن (القيمة يكون العين الموجودة)

المتعذرة (فى عهدة الضامن) فى هذه المدة (فلا عبرة بيوم التعذر)

فى اعتبار القيمة ، فلو كانت قيمتها فى يوم التعذر عشرة ، وفى يوم الدفع

عشرين ، وجب عليه عشرون ، و لو انعكس وجبت عليه عشرة

(و الحكم) الذى صدر عن بعض (بكون) الاعتبار ب (يوم التعذر)

لانه (بمنزلة يوم التلف) فكما ان الاعتبار بيوم التلف فى صورة التلف ،

كذلك الاعتبار بيوم التعذر فى صورة التعذر (مع الحكم) من ذلك

البعض (بضمان) الضامن (الاجرة والنماء الى دفع البديل ، وان تراخى)

دفع البديل (عن) يوم (التعذر) فلو اطلق غزال زيد فى الغابة ، وكان يوم

التعذر قيمته عشرة ، ثم ولدت قبل دفع القيمة ، ولدا قيمته خمسة - مثلا -

لزم على الضامن اعطاء خمسة عشر (مما لا يجتمعان ظاهرا) هذا خبر قوله :

فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع الى يوم دفع البدل ، نظير دفع القيمة
عن المثل المتعذر فى المثلى .

ثم انه : لا اشكال فى انه اذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكنا وجب
ردها الى مالكها كما صرح به فى جامع المقاصد فورا .

والحكم ، وانما لا يجتمعان ، لانه ان انتقل الى القيمة فى يوم التعذر
لم يكن ضمان للاجرة و النماء ، وان كان ضمان للاجرة و النماء كان
اللازم ملاحظة قيمة يوم الاداء — كما لا يخفى —

وانما قال : ظاهراً ، لامكان حكم الشارع بالامرين من باب التفكيك
بين المتلازمين ، كما لو شهدت امرئة بالوصية فان الشارع جعل للموصى
له ربع المال ، مع ان الوصية انكانت فى الواقع ، فاللازم جميع المال و
ان لم تكن فاللازم عدم استحقاق الربع ،

وعلى كل حال (فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع) قيمة واجرة و نماء
(الى يوم دفع البدل) لان التعذر ليس كالتلف ، وانما المال للمالك
الى حين دفع البدل فارْتَفَاعُهُ ، واجرته ، و نمائه للمالك (نظير دفع
القيمة عن المثل المتعذر فى المثلى) بان كان الشئ مثليا ، ثم تعذر المثل
مما لزم على الضامن اعطاء القيمة ، فانه يجب عليه اعطاء الارتفاع و ما
اشبهه .

(ثم انه لا اشكال فى انه اذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكنا) كما
لوالقى الماء الشئ المغرق الى الساحل ، او عاد الحيوان الذى فرّ
الى محله (وجب ردها الى مالكها كما صرح به فى جامع المقاصد) ردا (فورا)

.....
وانكان فى احضارها مؤنة ، كما كان قبل التعذر ، لعموم : على اليد ما
اخذت حتى تؤدى .

ودفع البديل لاجل الحيلولة ، انما افاد خروج الغاصب عن الضمان
بمعنى انه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك واستلزم ذلك على ما
اخترناه : عدم ضمان المنافع ، والنماء المنفصل والمتصل ، بعد دفع
الغرامة ، وسقوط وجوب الرد حين التعذر للعذر العقلى ، فلا يجوز
استصحابه .

وانكان الضامن قد دفع البديل - قبلا - (وانكان فى احضارها) الى
المالك (مؤنة كما كان) الواجب احضاره عند ما لكه وانكان له مؤنة (قبل
التعذر) وانما يجب ذلك (لعموم : على اليد ما اخذت حتى تؤدى) ومن
المعلوم ان بعد التمكن ممكن الاداء ، والاداء من لوازمه تحمل مؤنة
الاحضار .

(و) ان قلت : دفع البديل سقط لوجوب الرد .

قلت : (دفع البديل لاجل الحيلولة ، انما افاد خروج الغاصب عن
الضمان) الموقت (بمعنى انه لو تلف) المال المتعذر (لم يكن عليه) اى
على الضامن (قيمته بعد ذلك) الدفع للبديل (و) ايضا (استلزم ذلك)
التعذر (على ما اخترناه : عدم ضمان المنافع) : عدم ، فاعل : استلزم ، (والنماء
المنفصل ، والمتصل) عطف على المنافع (بعد دفع الغرامة وسقوط وجوب الرد
حين التعذر للعذر العقلى) فالعذر العقلى بعدم التمكن اسقط
وجوب الرد ما دام العذر باقيا (فلا يجوز استصحابه) اى استصحاب عدم

.....
 بل مقتضى الاستصحاب، والعموم هو: الضمان المدلول عليه بقوله
 عليه السلام: على اليد ما أخذت، ا لمغيب بقوله: حتى تؤدى،
 وهل الغرامة المدفوعة تعود ملكه الى الغارم بمجرد طرو التمكن؟
 فيضمن العين من يوم التمكن ضمانا جديدا بمثله او قيمته

وجوب الرد، حال رفع العذر، بامكان الشئ، كمالو القى البحر المتاع
 الى الساحل (بل مقتضى الاستصحاب) حيث ان الضامن كان الواجب
 عليه رد المال، خرج منه، حال التعذر، اما غير حال التعذر فيستصحب
 وجوب الرد (والعموم) لقاعدة على: اليد، الشامل لحال الامكان (هو
 الضمان المدلول عليه) اى على ذلك الضمان (بقوله عليه السلام: على
 اليد ما أخذت، المغيب) صفة: على اليد (بقوله: حتى تؤدى) فان
 الظاهر من الغاية، ان الضمان باق الى حين الاداء، فحال التعذر
 يسقط: الاداء، لعدم معقولية تكليف الشارع بالشئ المتعذر، اما لو تمكن
 الضامن بعد ذلك لم يكن وجه للقول بعدم وجوب الاداء،

هذا كله بالنسبة الى المال اذا سقط التعذر

(و) اما بالنسبة الى الغرامة التي اعطاها الضامن الى المالك فما
 حالها؟ (هل الغرامة المدفوعة تعود ملكه الى الغارم) اى الضامن
 (بمجرد طرو التمكن) قبل ان يسلم الضامن المال الى المالك،

وعليه (فيضمن) الضامن (العين من يوم التمكن) بالقاء البحر لها
 خارجا - مثلا - (ضمانا جديدا) اما (بمثله) ان كان مثليا (او قيمته) ان كان
 قيميا، يعنى ان الشارع يقول للضامن: خذ بدل الحيلولة، وانت ضامن

.....

يوم حدوث الضمان ، او يوم التلف ، او اعلى القيم ، وانها باقية على ملك مالك العين ، وكون العين مضمونة بها لا يشئ آخر في ذمة الغاصب ، فلو تلفت استقر ملك المالك على الغرامة ، فلم يحدث في العين الا حكم تكليفي بوجوب رده ، واما الضمان وعهدة جديدة فلا ؟ وجهان .

اظهرهما الثاني ، لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة

ان تعطى المالك ماله ، وان فقد وتلف ، فمثله او قيمته ، والقيمة — فسي القيمي — انما تقدر ب (يوم حدوث الضمان ، او يوم التلف ، او اعلى القيم) من يوم الضمان الى يوم التلف (وانها) اي الغرامة لا تعود ملكه الى الغارم ، بل هي (باقية على ملك مالك العين ، و) ليس جمعا بين العوض والمعوّض ، اذ : العين هي ملك المالك ، والعوض انما هو لاجل الضمان بمعنى (كون العين مضمونة بها) اي بالغرامة (لا يشئ آخر في ذمة الغاصب) .

وعليه (فلو تلفت) العين (استقر ملك المالك على الغرامة فلم يحدث في العين الا حكم تكليفي بوجوب رده) وليس حكما وضعيا ، اذ : لو كان حكم وضعي ، لزم ضمان العين بمثلها او قيمتها — لدى التلف — لاضمانها بالبدل المعين .

وهذا مراده بقوله (واما الضمان وعهدة جديدة فلا) وذلك لان الضمان تعلق بهذه الغرامة فتحوله الى ضمان آخر يحتاج الى الدليل ، (وجهان) خبر قوله : وهل الغرامة الخ (اظهرهما الثاني) وهو ان الغرامة باقية على ملك مالك العين (لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة)

.....

وعدم طرؤ مايزيل ملكيته عن الغرامة ، او يحدث ضمنا جديداً

و مجرد عود التمكن لا يوجب عود سلطنة المالك ، حتى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض والمعوض .

غاية ما فى الباب قدرة الغاصب على اعادة السلطنة الفائتة المبدلة عنها بالغرامة و وجوبها عليه ،

التي عينها الضامن (و) استصحاب (عدم طرؤ) وعدم حدوث (مايزيل ملكيته) اى ملكية مالك العين (عن الغرامة ، او) ان (يحدث ضمنا جديداً) بالنسبة الى العين حتى اذا تلفت فى يد الضامن — بعد ذلك — وجب عليه ان يدفع المثل او القيمة .

(و) ان قلت : فقد تمكن المالك من عينه فمقتضى القاعدة رجوع

الغرامة الى الضامن .

قلت : (مجرد عود التمكن) اى تمكن المالك (لا يوجب عود سلطنة المالك ، حتى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض و المعوض) لآنك قد عرفت ان الحكم بارجاع العين تكليفى ، و ليس وضعيا (غاية ما فى الباب) اى غاية ما وجبه التمكن من العين (قدرة الغاصب) بعد تملكه من العين (على اعادة السلطنة الفائتة) التى كانت للمالك قبل القائه العين فى البحر — مثلا — (المبدلة عنها) اى عن تلك السلطة (بالغرامة و وجوبها) اى وجوب اعادة السلطة الفائتة (عليه) اى على الضامن .

و من المعلوم : ان مجرد الوجوب التكليفى لا يوجب حكما وضعيا

.....
 وحينئذ فان دفع العين ، فلا اشكال فى زوال ملكية المالك للغرامة
 و توهم : ان المدفوع كان بدلا عن القدر الفائت من السلطنة فى
 زمان التعذر ، فلا يعود لعدم عود مبدله .
 ضعيف فى الغاية بل كان بدلا عن اصل السلطنة يرتفع بعودها
 فيجب دفعه ، او دفع بدله مع تلفه ، او خروجه عن ملكه بناقل لازم

حتى يكون من الجمع بين العوض و المعوض (و حينئذ) اى حين قلنا :
 ان التمكن احدث حكما تكليفيا لا وضعيا (فان دفع) الضامن (العين ، فلا
 اشكال فى زوال ملكية المالك للغرامة) اذ هى : كانت بدل الحيلولة ، فلما
 زالت الحيلولة ، لم يكن وجه لبقاء البدل .
 (و توهم) عدم رجوع الغرامة الى الضامن ل (ان المدفوع) غرامة
 (كان بدلا عن القدر الفائت من السلطنة فى زمان التعذر) عن العين .
 مثلا تعذرت العين من السبب الى الثلاثاء ، فكانت الغرامة بدلا
 عن هذا المقدار من التعذر ، لانها بدل عن العين (فلا يعود) المدفوع
 غرامة ، الى الغارم (لعدم عود مبدله) فان مبدله كان التعذر من السبب
 الى الثلاثاء - على ما عرفت -

(ضعيف فى الغاية) خبر : و توهم ، (بل) المدفوع غرامة (كان بدلا
 عن اصل السلطنة) بحيث (يرتفع) البدل (بعودها) اى عود العين الى
 المالك (فيجب دفعه) اى دفع المدفوع غرامة ، بان يرجع المالك الغرامة
 الى الغارم (او دفع بدله مع تلفه) فان اتلف المالك ، الغرامة ، دفع بدلها
 الى الغارم (او) مع (خروجه) اى خروج المدفوعة غرامة (عن ملكه بناقل لازم)

بل جائز، ولا يجب رد نمائه المنفصل، ولو لم يدفعها لم يكن له مطالبة الغرامة اولا؟ اذ مالم يتحقق السلطنة لم يعد الملك الى الغارم، فان الغرامة عوض السلطنة، لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك، فتأمل نعم للمالك مطالبة عين ماله، لعموم: الناس مسلطون على اموالهم

كما لو باع المالك الغرامة (بل جائز) كما لو وهبها هبة غير لازمة (ولا يجب رد نمائه المنفصل) لان النماء حصل فى ملك المالك، لافى ملك الغارم (و لو لم يدفعها) اى لم يدفع الغارم الملك الى ماله. (لم يكن له مطالبة الغرامة اولا) اذ الغرامة بدل، وما دام لم يسلم الغارم المبدل الى ماله، لا يحق له مطالبة بدله (اذ مالم يتحقق السلطنة) للمالك على ماله (لم يعد الملك) اى ملك الغرامة (الى الغارم) ولو شك فى عود الملك الى الغارم، كان مقتضى الاستصحاب العدم (فان الغرامة عوض السلطنة) المفقودة، قبل تسليم المال الى ماله (لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها) اى تحصيل السلطنة (للمالك)

ولذا مالم يسلم الغارم المال، لم يكن له حق فى استرجاع الغرامة (فتأمل) حيث ان الغرامة انما هى عوض المال، فان امكن المال، لم يكن وجه للغرامة، ولذا فلا وجه لتقديم حق المالك على حق الغارم .

(نعم للمالك مطالبة عين ماله) ولا يحق للغارم ان يقول: ان الغرامة لك و المال لى (لعموم: الناس مسلطون على اموالهم) و لم تقطع سلطة المالك على المال حين الغرق مثلا، حتى يقال عود السلطة يحتاج الى دليل مفقود .

.....

وليس ما عنده من المال عوضاً من مطلق السلطنة ، حتى سلطنة المطالبة

بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الاملاك .

ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة .

ومما ذكرنا يظهر انه ليس للغاصب حبس العين ، الى ان يدفع المالك

القيمة كما اختاره في التذكرة ،

(وليس ما عنده من المال) اي ما عند المالك من الغرامة (عوضاً من

مطلق السلطنة ، حتى سلطنة المطالبة) لماله حال التمكن ، حتى يقال :

لاحق له على مطالبة ماله (بل) الغرامة عوضاً عن (سلطنة

الانتفاع بها) اي بعين ماله (على الوجه المقصود) للمالك (من الاملاك)

جمع : ملك ،

والحاصل : ان المالك لا يتمكن من تنفيذ سلطنته على ماله ، ولذا ا

يجب على الغريم ان يغرم له ، اما سلطنة المالك على ماله بحيث يطالبه

اذا امكن ، فلم تسقط بالغرامة .

(ولذا لا يباح) مال المالك - الذي تعذر - (لغيره) اي غير

المالك (بمجرد بذل الغرامة) ولو كان بذل الغرامة موجبا لقطع سلطة

المالك مطلقا ، لكان اللازم ان نقول باباحة المال لكل احد ، من جهة

اخذ المالك غرامته .

(ومما ذكرنا) من بقاء سلطة المالك على ماله - حتى حال التعذر

(يظهر انه ليس للغاصب حبس العين) بعد التمكن منها (الى ان يدفع

المالك القيمة) اي الغرامة (كما اختاره) اي جواز الحبس (في التذكرة ،

.....

والايضاح ، وجامع المقاصد وعن التحرير الجزم بان له ذلك •
 ولعله لان القيمة عوضاً ما عن العين ، واما عن السلطنة عليه •
 وعلى اى تقدير ، فيتحقق التراد ، وحينئذ فلكل من صاحبه
 العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما بيده الآخر •
 وفيه ان العين بنفسها ليست عوضاً ولا معوضاً ، ولذا تحقق للمالك
 الجمع بينها وبين الغرامة ، فالمالك مسلط عليها

والايضاح ، وجامع المقاصد ، وعن التحرير الجزم (بان له) اى
 للغارم (ذلك) الحبس •

(ولعله) اى الجزم المذكور (لان القيمة) اى الغرامة (عوض) فى
 الجملة (اما عن العين ، واما عن السلطنة عليه) اى على المال الذى هو
 العين •

(وعلى اى تقدير فيتحقق التراد) فللغارم ان يقول : رد على الغرامة
 حتى ارد عليك السلطة او ارد عليك العين (وحينئذ) اى حين تحقق
 العوضية (فلكل من صاحبه العوضين) المال والغرامة (حبس ما بيده
 حتى يتسلم ما بيده الآخر) وان اراد كل تسلم ما فى يده الاخر ولا كان اللازم
 التعاطى آنأ واحداً — كما قرر مثله فى مسئلة المتبايعين — •

(وفيه ان العين بنفسها ليست عوضاً ولا معوضاً) فلامعاوضة فى
 البين (ولذا تحقق للمالك الجمع بينها) اى بين العين (وبين الغرامة) —
 كما تقدم — ولو كان الامر عوضاً ومعوضاً ، لم يكن الجمع بينهما (فالمالك مسلط
 عليها) العين لانها ماله ، والغرامة للحيلولة •

.....

والمعوض لغرامة السلطنة الفائتة التي هي في معرض العود بالتراد . اللهم الا ان يقال : له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامة ، وهي السلطنة الفائتة و الاقوى الاول .

ثم لو قلنا بجواز الحبس لوحبسه ، فتلفت العين محبوسا ، فالظاهر : انه لا يجري عليه حكم المغصوب . لانه حبسه بحق .

نعم : يضمه ، لانه قبضه لمصلحة نفسه .

(و) ان قلت : فلم يخسر الغارم الغرامة ؟

قلت : (المعوض لغرامة السلطنة الفائتة التي هي في معرض العود) الى المالك (بالتراد اللهم الا ان يقال) في بيان علة حق الغارم مثل حق المالك ان (له حبس العين) التي هي للمالك (من حيث تضمنه) اي تضمن حبس العين (لحبس مبدل الغرامة) فان ما اعطاه الغارم بسدل لسلطة المالك فالمالك يحبس الغرامة والغارم يحبس العين (وهي) اي مبدل الغرامة (السلطنة الفائتة و) لكن (الاقوى الاول) وهو تقويم المالك .

(ثم لو قلنا بجواز الحبس) اي جواز حبس الضامن ، للعين لاجل ان يعطيه مالها الغرامة (لوحبسه ، فتلفت العين) في حال كونه (محبوسا) عند الغاصب (فالظاهر : انه لا يجري عليه حكم المغصوب) لان الحبس لم يكن عدوانا (لانه حبسه بحق) حتى يأخذ الغرامة التي عند المالك .

(نعم : يضمه) اي يضمن الغارم العين (لانه قبضه لمصلحة نفسه) وكل من قبض شيئا لمصلحة نفسه كان ضامنا ، لدليل : على اليد نعم لسو

والظاهر انه بقيمة يوم التلف ، على ما هو الاصل : فى كل مضمون ، ومن قال : بضمان المقبوض باعلى القيم ، يقول به هنا من زمان الحبس الى زمان التلف .

وذكر العلامة فى القواعد : انه لو حبس ، فتلف محبوسا ، فالاقرب ضمان قيمته الآن ، واسترجاع القيمة الاولى .
والظاهر : ان مراده بقيمة الآن ، مقابل القيمة السابقة

كان القبض بامر الشارع كاللقطة ، وتلف بدون تعد ، وتفريط ، لم يكن ضامنا .
(والظاهر : انه) اى ضمان الغارم للعين التالفة (بقيمة يوم التلف على ما هو الاصل : فى كل مضمون) لان الضمان بقدر الشئ ، وقدره يوم التلف القيمة فى ذلك اليوم (ومن قال : بضمان المقبوض باعلى القيم) من يوم القبض الى يوم التلف (بقوله به) اى باعلى القيم (هنا) فى قبض الغارم عين المالك (من زمان الحبس الى زمان التلف) لا من زمان وضع الغارم يده او لأعلى العين ، ولا من زمان التمكن قبل قبضها ، اذ : زمان وضع اليد ، خرج الغارم عن عهده باعطاء الغرامة ، وزمان التمكن قبل القبض لم يكن الغارم واضعاً يده حتى يضمنها .
وعليه فاول زمان الضامن زمان الحبس .

(وذكر العلامة فى القواعد : انه لو حبس) الغارم العين (فتلفت محبوسا فالاقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع) الضامن (القيمة الاولى)
التي اعطاها غرامة الى المالك ، لاجل تعذر العين .
(والظاهر : ان مراده بقيمة الآن ، مقابل القيمة السابقة) التى

.....

بناءً على زوال حكم الغصب عن العين لكونه ، محبوساً بغير عدوان ، لا خصوص حين التلف ، وكلمات كثير منهم ، لا تخلو عن اضطراب .
ثم ان اكثر ما ذكرناه ، المذكور في كلماتهم في باب الغصب .
لكن الظاهر : ان اكثرها ، بل جميعها ، حكم المغصوب من حيث كونه مضموناً ، اذ ليس في الغصب خصوصية زائدة .
نعم : ربما يفرق من جهة نص في المغصوب ، مخالف لقاعدة : الضمان ،

كانت للعين حين وضع اليد ، اولاً ، قبل التعذر (بناءً على زوال حكم الغصب عن العين) اى الغصب الذى انقطع باعطاء بدل الحيلولة (لكونه) اى العين ، الآن بعد التمكن (محبوساً بغير عدوان) فحكم السابق بالغصبية انقطع ، وليس الآن غصباً (لا) ان مراد العلامة ب : الآن (خصوص حين التلف) حتى لا يشمل اعلى القيم (وكلمات كثير منهم) في باب ضمان العين اذ اتلفت ، بعد التمكن (لا تخلو عن اضطراب) فراجعها .
(ثم ان اكثر ما ذكرناه) هنا في باب البيع (المذكور في كلماتهم في باب الغصب) فراجع .

(لكن الظاهر : ان اكثرها) اى الكلمات (بل جميعها ، حكم المغصوب من حيث كونه مضموناً) فلا مانع من انسحاب تلك الكلمات الى ما نحن فيه وان لم يكن غصباً (اذ ليس في الغصب خصوصية زائدة) من جهة اصل الضمان ، وفروعه .

(نعم ربما يفرق) بين الغصب وغيره (من جهة نص في المغصوب ، مخالف لقاعدة : الضمان) الاولوية ، الاستفادة ، من قوله عليه السلام :

.....
 كما احتل فى الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحيحة ابي ولاد
 او اعلى القيم، على ماتقدم من الشهيد الثانى : دعوى دلالة الصحيحة
 عليه، واما ما اشتهر من : ان الغاصب مأخوذ باشق الاحوال، فلم نعرف له
 مأخذاً واضحاً .

ولنختتم بذلك احكام المبيع بالبيع الفاسد، وان بقى منه احكام اخر
 اكثر مما ذكر، ولعل بعضها يجى فى بيع الفضولى

على اليد ما اخذت ، (كما احتل فى الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان) اى
 كما احتل ان حكم الفقهاء بوجوب قيمة يوم الضمان - المخالف لقاعدة
 كون الضمان باعتبار يوم التلف - (من جهة صحيحة ابي ولاد) المتقدمة
 (او) احتل الحكم بوجوب اعلى القيم، على ماتقدم من الشهيد الثانى
 دعوى دلالة الصحيحة عليه) اى اعلى القيم (واما ما اشتهر من ان الغاصب
 مأخوذ باشق الاحوال، فلم نعرف له مأخذاً واضحاً) حتى يكون دليلاً
 لمسئلة اعلى القيم، وقد تقدم الكلام فى ذلك فراجع .

(ولنختتم بذلك) اى بهذا الكلام (احكام المبيع بالبيع الفاسد ، وان
 بقى منه احكام اخر اكثر مما ذكر، ولعل بعضها يجى فى بيع الفضولى)
 انشاء الله تعالى .

ويمكن اللبيب من استخراج فروع كثيرة لهذه المسئلة من ملاحظة
 باب القضاء، وباب الغصب، وباب البيع لا رتباط فروع البيع الفاسد بهذه
 الابواب، والله المسدد للصواب .

الكلام فى شروط المتعاقدين

((مسئلة)) : المشهور كماعن الدروس، والكفاية بطلان عقد الصبى
 بل عن الغنية : الاجماع عليه ، وان اجاز الولى .
 وفى كنز العرفان نسبة عدم صحة عقد الصبى الى اصحابنا ، و
 ظاهره : ارادة التعميم لصورة اذن الولى .
 وعن التذكرة : ان الصغير محجور عليه بالنص والاجماع ، سواء كان
 مميزا ولا ؟

(الكلام فى شروط المتعاقدين)

البائع والمشتري اصليين كانا ولا ؟

(مسئلة : المشهور كماعن الدروس والكفاية) للسبزوارى (بطلان عقد
 الصبى) الذى لم يبلغ البلوغ الشعى ، اوبلغ ولكن لم يكن رشيدا (بل عن
 الغنية : الاجماع عليه ، وان اجاز الولى) سابقا للعقد ، اولا حقا .
 (وفى كنز العرفان نسبة عدم صحة عقد الصبى الى اصحابنا ، وظاهره)
 حيث اطلق الكلام (ارادة التعميم لصورة اذن الولى) والا لكان اللازم
 ان يستثناه .

(وعن التذكرة : ان الصغير محجور عليه بالنص والاجماع ، سواء كان
 مميزا ولا ؟) والمميز هو الذى يميز الاشياء بعضها عن بعض حسنا وقبحا ،
 ورجلا وامرئة ، ونفعا وضرا .

ولا يخفى وجود افراد يشك فى كونهم مميزين كسائر المفاهيم التى

.....

فى جميع التصرفات الاما استثنى ، كعباداته ، واسلامه ، واحرامه ، وتدييره ،
ووصيته ، وايصاله الهدية ، واذنه فى الدخول على خلاف فى ذلك انتهى .
واستثناء ايصاله الهدية ، واذنه فى دخول الدار يكشف بفحواه
عن شمول المستثنى منه ، لمطلق افعاله ، لان الايصال والاذن ليسا من

لها افراد مجملّة مشكوكة فيرجع فى تلك الافراد الى الاصول ، وقد حققنا
الكلام حول ذلك فى كتاب النكاح من شرح العروة موضوعاً وحكماً .

فعلية فالصغير محجور (فى جميع التصرفات الاما استثنى ، كعباداته)
فانه ليس محجور افيها (واسلامه) فانه يقبل اسلام الصبي (واحرامه)
للحج وسائر افعال الحج (وتدييره) لعبده (ووصيته) اذا بلغ عشاء ، كما
ورد فى الدليل (وايصاله الهدية) اذ : لولم يكن تصرفه صحيحاً لم يكن
يجوز للمهدي اليه القبول (واذنه فى الدخول) فيما اذا لم يعلم الوارد
ان صاحب البيت راض بدخوله ام لا ؟ فان اذن الصبي الذى يفتح الباب
كاف فى الجواز (على خلاف فى ذلك) اى الذى ذكرناه من مختلف الموارد
لا خصوص الاذن فى الدخول (انتهى) كلام العلامة .

(واستثناء ايصاله الهدية واذنه فى دخول الدار) فى كلام العلامة
(يكشف بفحواه) اى بالمعاشلة بين الاذن والايصال ، وبين سائر الافعال
(عن شمول المستثنى منه) اى قوله : ان الصغير محجور عليه (لمطلق
افعاله) اذ : لولم يرد من المستثنى منه مطلق الافعال ، لم يكن وجهه
لاستثناء هذين ، وانما يكشف (لان الايصال) للهدية (والاذن) لدخول
الدار) ليسا من

.....

التصرفات القولية والفعلية ، وانما الاول آلة فى ايصال الطلک كما لو حملها على حيوان ، او ارسلها ، والثانى كاشف عن موضوع تعلق عليه اباحة الدخول وهورضا المالك

التصرفات القولية والفعلية) فانهما ليسا تصرفا اصلا (وانما الاول) اى لا يصال (آلة فى ايصال الملك) الى المهدى اليه (كما لو حملها) المالك (على حيوان ، وارسلها ، والثانى) اى الاذن (كاشف عن موضوع) بالتنوين (تعلق عليه اباحة الدخول) «(اباحة)» فاعل : تعلق ، (وهورضا المالك) وقد كنت قد علقت على هذا الموضوع من الكتاب فى بعض الحواشى السابقة ما لفظه الظاهر كراهة بيع الصبى المميز الذى كان باذن الولي ، والمشهور المنع عن ذلك ، وقد استدل لذلك بامور اربعة .

الاول - الكتاب وهو قوله سبحانه : **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ اِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ، حيث دلت على ان تسليم المال اليهم الملازم للبيع والشراء ، والمعاملات ، انما يكون بعد البلوغ و الرشد ، وفيه : ان الظاهر من الآية جواز المعاملة قبل البلوغ ، لان الابتلاء كما ذكر الفقهاء هو الاختبار بالمعاملة ، فالمعنى ان الاختبار جائز قبل البلوغ والرشد ، فاذا بلغ رشيدا سلم اليه المال .

الثانى - : الاخبار الدالة على عدم مضى امر الغلام ، وحديث : رفع القلم ، وحديث : نهى النبى عن كسب الغلام الصغير الذى لا يميز صناعة بيده لانه اذا لم يجد سرق ، وعمل الصبى خطأ ، وفيه ما لا يخفى .

اذا ظاهر القسم الاول : من الاخبار المضى الذى يكون له بعد البلوغ

.....

ليس له قبل البلوغ، ومن المعلوم : ان ذلك المضى انما يكون استقلالاً، فعدم المضى قبل البلوغ يراد به استقلالاً لا مطلقاً، كما ذكره الشيخ المرتضى فى المكاسب فى معنى الرواية فراجع.

ولذا قيّد ناصحة المعاملة للصغير باجازة الولى، وظاهر حديث الرفع، ان القلم لم يوضع على الصغير مطلقاً، فحاله حال ما قبل الشرع، و من المعلوم اعتبار معاملته فى ذلك الوقت .
لا يقال : لا بد وان يمضى الشارع المعاملة، وحديث الرفع يقال : لا امضاء،

لانا نقول، لو كان مفاد : حديث الرفع : لا امضاء، كان موضوعاً عليه القلم فالصغير خارج عن دائرة التكليف، حاله حال قبل الاسلام، وظاهر نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم سواء اريد بالكسب : المصدر، اى معاملاته او : المفعول، اى ما كسبه انه خاص بالذى لا يعرف صناعة، المفهوم منه جواز الكسب لمن يعرف الصناعة،

واذا علمنا ان المراد بالصناعة : اعم من الصناعة بمعناها الحالى، كان الحديث على المطلوب ادل منه على مطلوب المانع، واما عدا الصبي خطأ فمضافاً الى انه فى الديات، وما شبه، بقرينة الذيل، حتى بالنسبة الى ما ليس بمذيل، لان المذيل صالح لقرينية غير المذيل، ان الحديث لا يدل على ان الصبي : لا قصد له، كما اراد الشيخ استفادته من الحديث، ليكون لازمه عدم صحة معاملته، لانه معاملة بدون قصد .

الثالث - : الاجماع المدعى فى كلام جماعة، وفيه : ان جماعة خالفوا المشهور كما ذكرنا سيهم الشيخ، وغيره، بالاضافة الى انه محتمل الاستناد .

واحتج على الحكم في الغنية بقوله (ص) رفع القلم عن ثلاثة، عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ وقد سبقه في ذلك الشيخ في المبسوط في مسألة الاقرار، وقال: ان مقتضى: رفع القلم، ان لا يكون لكلامه حكم، ونحوه الحل في السرائر في مسألة عدم جواز وصية البالغ عشرين .
وتبعهم في الاستدلال به: جماعة كالعلامة، وغيره، واستدلوا ايضا بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر (ع): ان الجارية اذا تزوجت ودخل بها، ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع

الرابع - : الشهرة وهي ليست بمحل انكار، لكنها ليست بحجة وهناك تفاصيل من الكاشاني والرياض وكشف الغطاء كلها تدل على الجواز في الجملة .
هذا مضافا الى السيرة القطعية، والجرح في الجملة والتفصيل مذكور في المكاسب (واحتج على الحكم) بعدم الجواز (في الغنية، بقوله (ص) رفع القلم عن ثلاثة، عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ) فحال الصبي حال المجنون والنائم في عدم اعتبار معاملته (وقد سبقه في ذلك الشيخ في المبسوط في مسألة الاقرار) وانه لو اقر الصبي بشئ لم يلزمه لانه مرفوع عنه القلم (وقال: ان مقتضى: رفع القلم) عنه (ان لا يكون لكلامه حكم ونحوه الحل في السرائر في مسألة عدم جواز وصية البالغ عشرين) خلافا لفتوى جماعة من الفقهاء بالصحة لمكان بعض النصوص .

(وتبعهم في الاستدلال به) اي بحديث: رفع القلم (جماعة كالعلامة، وغيره، واستدلوا ايضا: بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر عليه السلام ان الجارية اذا تزوجت، ودخل بها، ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع

اليها مالها وجازا مرها فى الشراء ، والغلام لا يجوز امره فى البيع والشراء ، و لا يخرج عن اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة الحديث .

وفى رواية ابن سنان متى يجوز امر اليتيم؟ قال : حتى يبلغ اشدّه ، قال : ما اشدّه؟ قال عليه السلام : احتلامه ، وفى معناهما روايات اخرى .
لكن الانصاف ان جواز الامر فى هذه الروايات ظاهر : فى استقلاله فى التصرف ، لان الجواز مرادف للمضى .
فلا ينافى عدمه ثبوت الوقوف على الاجازة .

اليها مالها ، وجازا مرها فى الشراء) ومن المعلوم : ان ليس المراد بالتزويج و الدخول : الخصوصية ، بل التأكيد فى البلوغ الشرعى (والغلام لا يجوز امره فى البيع والشراء ، ولا يخرج عن اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة ، الحديث) ومعنى عدم الجواز الوضعى : بمعنى عدم الصحة . (وفى رواية ابن سنان متى يجوز امر اليتيم؟ قال : حتى يبلغ اشدّه ، قال) الراوى : (ما اشدّه؟ قال (ع) : احتلامه وفى معناهما روايات اخرى) ذكر جملة منها الجواهر فى كتاب الحجر .

(لكن الانصاف ان جواز الامر) اى قوله (ع) : لا يجوز امر الغلام ، وما شبه (فى هذه الروايات ظاهر : فى استقلاله فى التصرف) فمعنى عدم جواز امر الغلام ، عدم صحة استقلاله فى التصرفات بدون اذن الولى (لان الجواز مرادف للمضى ، فلا ينافى عدمه) اى عدم الجواز - المذكور فى الرواية - (ثبوت الوقوف على الاجازة) كلمة : عدمه ، فاعل : ينافى ، و : ثبوت ، مفعوله ، اى ان : عدم جواز امر الغلام ، لا ينافى : ثبوت وقوف امره على الاجازة من الول .

اذ : عدم الجواز ، ليس مطلقا بحيث يشمل حتى صورة الاحتلام ، الرلى ،

.....

كما يقال : بيع الفضولى غير ماض، بل موقوف .

ويشهد له الاستثناء فى بعض تلك الاخبار بقوله : الا ان يكون سفيها فلا دلالة لها حينئذ على سلب عبارته ، وانه اذا ساوم وليه متاعا وعين له قيمته وامر الصبى بمجرد ايقاع العقد مع الطرف الآخر ، كان باطلا ، وكذا الو واقع ايجاب النكاح ، او قبوله لغيره باذن وليه

فقولهم : لا يجوز امر الغلام ، انما هو (كما يقال : بيع الفضولى غير ماض ، بل موقوف) على اجازة المالك ، يعنى ان النفى ، بالنسبة الى الاستقلال لا انه مطلقا حتى مع الاجازة

(ويشهد له) اى لكون المراد نفى الاستقلال ، لا النفى مطلقا (الاستثناء فى بعض تلك الاخبار بقوله : الا ان يكون سفيها) فان السفه مطلقا لا يصح امره ، سواء كان باجازه الولى ام لا ؟ بخلاف الغلام الذى لا يصح امره ، بدون الاجازة ، لان الظاهر من الاضافة فى : امر الغلام لامر المستند اليه ، اما الامر المستند الى الغلام والى وليه معاً فلم يُنف ، فلان منافات بين عدم مضى الاول ، ومضى الثانى ،

وعلى هذا (فلا دلالة لها) اى لهذه الاخبار النافية لامر الغلام (حينئذ) اى حين كان النفى للاستقلال (على سلب عبارته ، وانه اذا ساوم وليه) فاعل ساوم (متاعا وعين له) اى للولى (قيمته وامر) الولى (الصبى بمجرد ايقاع العقد مع الطرف الآخر ، كان باطلا ، وكذا الواقع) الصبى (ايجاب النكاح ، او قبوله لغيره باذن وليه) بل وكذا الو قال : وليه : اذهب وبيع واشتر ، او نصبه على دكانه ليبيع ويشترى ، لان كل ذلك

واما حديث: رفع القلم، ففيه اولا : ان الظاهر منه قلم المؤاخذه ، لا قلم جعل الاحكام ، ولذا بنينا كالمشهور على شرعية عبادات الصبى وثانيا : ان المشهور على الالسنه : ان الاحكام الوضعيه ليست مختصه بالبالغين فلا

ليس بالاستقلال حتى ينفى الحديث .

(واما حديث رفع القلم، ففيه اولا : ان الظاهر منه قلم المؤاخذه ، لا قلم جعل الاحكام) ووجه هذا الظهور : انه لولاه، لزم كثرة الاستثناءات منه ، اذ عبادات الصبى ، وكثير من غير العبادات محكومة باحكام شرعية ، مع ان الظاهر اباء الحديث عن الاستثناء (ولذا) الذى ذكرنا من ظهور الحديث فى المؤاخذه ، لا الاحكام (بنينا كالمشهور على شرعية عبادات الصبى) لا التمرينية .

واذ كان المراد من: الرفع المؤاخذه كان الحديث غير دال على عدم صحة معاملات الصبى .

اقول ، قد ذكرنا فى الفقه ان الظاهر من الحديث : جميع الامور التى جاء بها الشارع ، فحاله حال المجنون والنائم ، لا كما ذكره المصنف ره ، و التفصيل موكول الى هناك .

(وثانيا لو سلمنا ان الحديث ليس ظاهرا فى المؤاخذه ، نقول (ان المشهور على الالسنه : ان الاحكام الوضعيه ليست مختصه بالبالغين) فالصبى ينجس جسده اذ لاقى النجاسة ، ويكون مالكا ويجرى عليه بعض مراتب القصاص والحدود ، كما لو سرق ، فانه تقطع اصابعه ، وهكذا) فلا

.....
 مانع من ان يكون عقده سببا لوجوب الوفاء بعد البلوغ او على الولي اذا
 وقع باذنه او اجازته كما يكون جنايته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ، وحرمة
 تمكينه من مس المصحف .

و ثالثا : لو سلمنا اختصاص الاحكام حتى الوضعية بالبالغين ، لكن لا
 مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للاحكام المجعولة في حق البالغين
 فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم الى وقت
 البلوغ .

مانع من ان يكون عقده) اى العقد الذى اجراه الصبي (سببا لوجوب
 الوفاء بعد البلوغ) كما قالوا : لو انه اجنب ، وجب عليه الغسل بعد البلوغ ،
 (او) وجوب الوفاء (على الولي اذا وقع) العقد (باذنه) سابقا (او اجازته)
 لاحقا (كما يكون جنايته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ ، و) سببا ل (حرمة
 تمكينه من مس المصحف) و المكث في المساجد ، واللبث في المسجدين
 الى غيرها من الاحكام المتعلقة بنفسه بعد البلوغ ، او بالاولياء و البالغين
 في هذا الحال .

(و ثالثا : لو سلمنا اختصاص الاحكام حتى الوضعية بالبالغين ،
 لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للاحكام المجعولة في حق
 البالغين)

فالعقد و ان لم يكن ذا حكم لغير البالغ ، لكنه ذا حكم للبالغ (فيكون)
 الصبي (الفاعل) للعقد (كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم
 الى وقت البلوغ) فاذا بلغ جرى عليه الحكم .

و بالجملة : فالتمسك بالرواية ينافى ما اشتهر بينهم من : شرعية عبادة الصبي ، وما اشتهر بينهم من : عدم اختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين .

فالعمدة فى سلب عبارة الصبي ، هو : الاجماع المحكى المعتضد بالشهرة العظيمة ، و الا فالمسئلة محل اشكال ، و لذاترد المحقق فى الشرائع فى اجارة المميز باذن الولي بعدما جزم بالصحة فى العارية و استشكل فيها فى القواعد ، و التحرير ، وقال فى القواعد : وفى صحة بيع المميز باذن الولي نظره .

(و بالجملة : فالتمسك بالرواية) اى حديث رفع القلم ، لاجل اثبات بطلان عقد الصبي (ينافى ما اشتهر بينهم من : شرعية عبادة الصبي وما اشتهر بينهم من : عدم اختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين) فلا يكون الحديث دليلا لعدم صحة عقد الصبي ، ولا يتمكن المشهور ان يستدلوا بالحديث مع فتويهم بالشرعية وعدم الاختصاص

(فالعمدة فى سلب عبارة الصبي) وان عقده ، كالعقد (هو : الاجماع المحكى المعتضد بالشهرة العظيمة ، والا) يكن الاجماع و الشهرة (فالمسئلة محل اشكال ، و لذاترد المحقق فى الشرائع فى اجارة المميز باذن الولي بعدما جزم بالصحة فى العاريته) و لو كانت عبارته مسلوبة لم يكن وجه للجزم والتردد .

(و استشكل فيها) اى فى معاملات الصبي (فى القواعد ، و التحرير ، وقال فى القواعد : وفى صحة بيع المميز باذن الولي نظر) و لم يجزم

.....
 بل عن الفخر فى شرحه : ان الاقوى الصحة ، مستدلابان العقد اذا وقع
 بادن الولي كان كمالو صدر عنه ، ولكن لم اجده فيه ، وقواه المحقق
 الاردبيلي ، على ما حكى عنه ، و يظهر من التذكرة : عدم ثبوت الاجماع
 عنده ، حيث قال : و هل يصح بيع المميز و شرائه ؟ الوجه عندى أنه لا
 يصح ، واختار فى التحرير : صحة بيع الصبي فى مقام اختبار رشده .
 و ذكر المحقق الثانى : انه لا يبعد بناء المسئلة على ان افعال

بالبطلان (بل عن الفخر فى شرحه :) على القواعد (ان الاقوى الصحة ،
 مستدلابان العقد اذا وقع باذن الولي كان كمالو صدر عنه) لان عمل
 المولى عليه عمل الولي - عرفا - (ولكن لم اجده) اى هذا الكلام - وهو
 صحة عقد الصبي - (فيه) اى فى شرح القواعد (وقواه المحقق الاردبيلي
 على ما حكى عنه ، و يظهر من التذكرة : عدم ثبوت الاجماع عنده) فلا
 اجماع على البطلان ، كما ادعاه بعض من تقدم (حيث قال) العلامة (و
 هل يصح بيع المميز و شرائه ؟ الوجه عندى انه لا يصح) فان هذا الكلام
 ظاهره عدم الاجماع و وجود المخالف ، والالم يقل : عندى ، (واختار فى
 التحرير : صحة بيع الصبي فى مقام اختبار) و امتحان (رشده) لقوله
 سبحانه : **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ اِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا
 فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ، فان الاختبار فى الولد بالبيع و الشراء - كما
 ذكروا -

(و ذكر المحقق الثانى : انه لا يبعد بناء المسئلة على ان افعال

.....

الصبى واقواله شرعية ام لا ؟ .

ثم :حكم بانهاغير شرعية ،وان الأصح بطلان العقد .

وعن المختلف :انه حكى فى باب المزارعة عن القاضى كلامايدل على

صحة بيع الصبى .

وبالجملة فالمسئلة لا تخلو عن اشكال ،وان اطنب بعض المعاصرين

فى توضيحه حتى الحقه بالبديهيات فى ظاهر كلامه ،فالانصاف ان الحجة

فى المسئلة هى :الشهرة المحققة ،والاجماع المحكى عن التذكرة

الصبى واقواله شرعية ام لا ؟) فان قلنا بالشرعية نقول فى معاملاته بالصحة

(ثم حكم بانهاغير شرعية و) ذكر(ان الاصح بطلان العقد) من

الصبى .

(وعن المختلف انه حكى فى باب المزارعة عن القاضى كلامايدل

على صحة بيع الصبى) الى غير ذلك من كلماتهم التى تدل على التوقف

او الصحة .

(وبالجملة فالمسئلة لا تخلو عن اشكال ،وان اطنب بعض

المعاصرين فى توضيحه) اى توضيح البطلان (حتى الحقه بالبديهيات

فى ظاهر كلامه) .

(فالانصاف ان الحجة فى المسئلة هى :الشهرة المحققة ،والاجماع

المحكى عن التذكرة) وكلاهما لا يصح مستندا ، اذ : الشهرة لاحجية

فيها ، كما حقق فى الاصول ، والاجماع محتمل الاستناد .

.....

بناءً على ان استثناء الاحرام الذى لا يجوز الا باذن الولي ، شاهد على ان مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة ، لانفى الاستقلال فى التصرف ، وكذا اجماع الغنية بناءً على : ان استدلاله بعد اجماع بحديث : رفع القلم ، دليل على شمول معقده للبيع باذن الولي ، وليس المراد نفى صحة البيع المتعقب بالاجازة ، حتى يقال : ان الاجازة عند السيد غير مجدية فى تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل ، ولو كان غير

وانما يظهر من التذكرة اجماع (بناءً على ان استثناء الاحرام الذى لا يجوز الا باذن الولي شاهد على ان مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة) فعبارة الصبي مسلوبة ،

وعليه فلا وجه لصحة عقده ، اذ العقد عبارة ، فكيف يصح ممن لاعبارة له ؟ (لانفى الاستقلال فى التصرف) اذ : لو اريد نفى الاستقلال ، لم يكن وجه لنفى الاحرام ، فان الاحرام ليس الآنية وعبارة فكان التذكرة قال : لا لفظ للصبي الا الاحرام (وكذا اجماع الغنية بناءً على ان استدلاله) لنفى صحة عقد الصبي (بعد اجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول معقده) اى معقد اجماع (للبيع باذن الولي) الظاهر فى انه لا اثر له اصلاً ، لا استقلالاً ، ولا مشاركة مع الولي - بان كان الاذن منه والعمل من الصبي - (وليس المراد نفى صحة البيع المتعقب بالاجازة) لانه لو اراد نفى ذلك ، لم يفهم من كلامه عدم صحة صورة المشاركة ، بل يدل على نفى الاستقلال فقط (حتى يقال : ان الاجازة عند السيد غير مجدية) وغير مفيدة (فى تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل ، ولو كان غير)

.....
 مسلوب العبارة ، كالبائع الفضولى ، ويؤيد الاجماعين ماتقدم عن كنز
 العرفان .

نعم : لقائل ان يقول : ان ما عرفت من المحقق ، والعلامة ، وولده ، و
 القاضى ، وغيرهم خصوصا المحقق الثانى الذى بنى المسئلة على شرعية
 افعال الصبى ، يدل على عدم تحقق الاجماع .
 وكيف كان ، فالعمل على المشهور .
 ويمكن ان يستأنس له ايضا : بما ورد

المستقل (مسلوب العبارة ، كالبائع الفضولى ، ويؤيد الاجماعين) من
 التذكرة والغنية (ماتقدم عن كنز العرفان) الذى نسب عدم الصحة
 الى الاصحاب .

(نعم لقائل ان يقول : ان ما عرفت من المحقق والعلامة وولده)
 فخر المحققين (والقاضى وغيرهم ، خصوصا المحقق الثانى الذى بنى
 المسئلة) اى صحة بيع الصبى وعدمها (على شرعية افعال الصبى) كما تقدم
 (يدل على عدم تحقق الاجماع) .

(وكيف كان) الامركان الاجماع ام لا ؟ (فالعمل على المشهور) و
 ان كان النظر ربما يؤيد الخلاف ، خصوصا وان المعاملات التى اجريها
 الصبى ورتب احكام عليها ، لا مجال للاحتياط فيها بالقول بالبطلان .
 نعم الاحتياط عدم اجراء الصبى المعاملة .

(ويمكن ان يستأنس له) اى لبطلان معاملات الصبى (ايضا : بما ورد

.....

فى الاخبار المستفيضة من : ان عمد الصبى و خطائه واحد كفاى صحيحة ابن مسلم وغيرها ، والاصحاب وان ذكروها فى باب الجنائيات الا انه لا اشعار فى نفس الصحيحة ، بل وغيرها بالاخص بالجنائيات .

ولذا تمسك بها الشيخ فى المبسوط ، والحلى فى السرائر : على ان اخلال الصبى المحرم بمحظورات الاحرام التى يختص حرمتها الكفارة فيها بحال التعمد لا يوجب كفارة على الصبى ، ولا على الولى لان عمد خطاء

فى الاخبار المستفيضة من : ان عمد الصبى و خطائه واحد ، كفاى صحيحة ابن مسلم وغيرها) فانه اذا كان عمد كالخطاء لا يكون لعقده اثر ، وانما قال يستأنس ، لان هذا مجمل قدره المتيقن فى باب الجنائيات (والاصحاب وان ذكروها) اى هذه الصحيحة (فى باب الجنائيات ، الا انه لا اشعار فى نفس الصحيحة ، بل وغيرها) من الروايات الواردة فى هذا الباب (بالاختصاص بالجنائيات) فاللازم القول لعمومها لفظا او مناطا لما نحن فيه ايضا

(ولذا تمسك بها الشيخ فى المبسوط ، والحلى فى السرائر : على ان اخلال الصبى المحرم بمحظورات الاحرام التى يختص حرمتها الكفارة فيها بحال التعمد لا يوجب كفارة على الصبى ، ولا على الولى)

اما على الصبى ، (لان عمد خطاء)

واما على الولى ، فلانه خلاف الاصل ، اذ : لا يكلف الانسان بعمل غيره الا بدليل خاص .

اللهم الا ان يقال : ان شاهد الباب كاف فى تخصيص الرواية ، ولذا ا

.....

و حينئذ فكل حكم شرعى تعلق بالافعال التى يعتبر فى ترتيب الحكم الشرعى عليها القصد بحيث لاعبرة بها اذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبى قصدا بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد فعقد الصبى و ايقاعه مع القصد ، كعقد الهازل و الغالط و الخاطى ، و ايقاعاتهم ، بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الاخبار فى قتل المجنون و الصبى استظهار المطلوب

لذكر المحدث رواية وجوب الغسل ، فى باب غسل الجنابة ، استشعر منه الاختصاص و ان لم يكن لها قيد بالجنابة ، و هكذا كما انه فرق بين باب الكفارات ، و بين باب العقود خصوصا و فى بعض الروايات لفظ : تحمله العاقلة ، (و حينئذ) اى حين قلنا بعموم الصحة لكل اعمال الصبى و افعاله (فكل حكم شرعى تعلق بالافعال) القصدية — مقابل الافعال التكوينية كصبغ الثوب و نحوه — (التى يعتبر فى ترتيب الحكم الشرعى عليها) اى على تلك الافعال (القصد) بحيث لاعبرة بها اذا وقعت بغير القصد (كالعقود و ما شبهه) فما يصدر منها (اى من تلف الافعال) عن الصبى قصدا (اى عن قصد ، فهو) بمنزلة الصادر عن غيره (اى غير الصبى) (بلا قصد) لان عمده خطأ (فعقد الصبى و ايقاعه مع القصد ، كعقد الهازل و الغالط) الذى يقول العقد غلطا عمدا (و الخاطى) الذى يخطئ ، فيقول : لفظا مكان لفظ آخر (و ايقاعاتهم) اى ايقاع الصبى بمنزلة ايقاع هؤلاء (بل يمكن — بملاحظة بعض ما ورد من هذه الاخبار فى قتل المجنون و الصبى) لانسان (استظهار المطلوب) اى ما نحن فيه من بطلان بيع الصبى

.....
 من حديث رفع القلم، وهو ما عن قرب الاسناد بسنده عن ابي البختري، عن
 جعفر عليه السلام، عن ابيه عليه السلام عن علي عليه السلام انه كان
 يقول : المجنون و المعتوه الذى لا يفيق، و الصبى الذى لم يبلغ عدهما
 خطأ يحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم فان ذكر: رفع القلم، فى الذيل

(من حديث رفع القلم) فحديث : رفع القلم ، يدل على بطلان عقد الصبى
 بمعونة ما ورد فى باب الديات ، فان العلة فى باب الديات عامة تشمل باب
 البيع ايضا (و هو ما عن قرب الاسناد بسنده عن ابي البختري) معرب :
 بهتر ، (عن جعفر عليه السلام ، عن ابيه عليه السلام ، عن علي عليه السلام
 انه كان يقول : المجنون و المعتوه الذى لا يفيق) و هو اخف من المجنون
 و قيده بمن لا يفيق لاجراخ الادوارى ، الذى يصدر العمل فى حال
 عقله (و الصبى الذى لم يبلغ) قيد توضيحي (عمد هما خطأ يحمله العاقلة)
 و هى اقرباء الاب ، كالاعمام و الاخوان ، و انما تسمى عاقلة - من العقل
 بمعنى المنع - لان هؤلاء يمنعون المجنون و الصبى عن ارتكاب الآثام
 و القبائح .

ولا يخفى ان هذا لا ينافى : وَ لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ، لان وزير الصبى
 و المجنون وزير الولي - عرفا - ، و اما فى عقل الكبير الرشيد فذلك لمصلحة
 منع الاقرباء بعضهم بعضا عن ارتكاب الجريمة بالاضافة الى ان هذا كما
 يعقل ذلك فكذلك يعقل ذلك هذا فليس الامر الالمابادلة ، و التفصيل
 موكل الى محله (و قد رفع عنهما القلم) وجه الاستدلال بهذا الحديث
 لما نحن فيه ما ذكره بقوله (فان ذكر : رفع القلم ، فى الذيل

.....
 ليس له وجه ارتباط، الا بان تكون علة لاصل الحكم، وهو : ثبوت الدية
 على العاقلة، او بان تكون معلولة لقوله : عمد هما خطأ، ، يعنى : انه لما
 كان قصد هما بمنزلة العدم فى نظر الشارع، وفى الواقع رفع القلم عنهما و
 لا يخفى ان ارتباطها بالكلام، على وجه العلية و المعلولية للحكم المذكور
 فى الرواية، اعنى عذم مؤاخذة الصبى، و المجنون، بمقتضى جناية العمد
 وهو القصاص ولا بمقتضى شبه العمد، وهو الدية فى مالهما، لا يستقيم

ليس له وجه ارتباط) بالمقدم (الا بان تكون علة لاصل الحكم، و هو ثبوت
 الدية على العاقلة) كانه علل عدم ثبوت الدية عليهما، بان القلم مرفوع
 عنهما، و حيث لا بد من الدية فهى على العاقلة (او بان تكون) رفع القلم
 (معلولة لقوله : عمد هما خطأ، ، يعنى : انه لما كان قصد هما بمنزلة العدم
 فى نظر الشارع وفى الواقع) اذ : لا قصد لهما عن دراية و فكر) رفع القلم
 عنهما) سواء كان رفع القلم، لاجل ذلك، او هذا، يفيد اطراد الامر الى
 معاملات الصبى، اذ : (لا يخفى ان ارتباطها) اى : رفع القلم، و تأنيث
 الضمير باعتبار العلية او المعلولية (بالكلام على وجه العلية) لثبوت
 الدية على العاقلة (و المعلولية) لكون عمد هما خطأ (للحكم المذكور
 فى الرواية اعنى) بذلك الحكم (عدم مؤاخذة الصبى، و المجنون بمقتضى
 جناية العمد) اى لا يحكم عليهما بالشئ الذى يقتضيه جناية العمد، فان
 جناية العمد تقتضى القصاص (و هو القصاص) الضمير عائد الى : مقتضى
 (ولا بمقتضى شبه العمد، وهو الدية فى مالهما) بل فى مال عاقلتهما
 (لا يستقيم) خبر : ان ارتباطها، اى لا يرتبط : و قد رفع عنهما القلم، بالكلام

.....
 الابان يراد من : رفع القلم ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعا من حيث العقوبة
 الاخرية ، و الدنيوية المتعلقة بالنفس ، كالقصاص او المال كغرامة الدية
 وعدم ترتب ذلك على افعالهما المقصودة المتعمد اليها ما لو وقع من
 غيرهما ، مع القصد والتعمد لترتب عليه غرامة اخروية ، او دنيوية .
 وعلى هذا : فاذا التزم على نفسه مالا باقراره ، او معاوضة ولو

(الابان يراد من : رفع القلم ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعا) فمعنى : رفع
 القلم : رفع قلم المؤاخذة دنيا و آخرة ، و يكون الارتباط هكذا : عمد الصبي
 خطأ ، اذ لا مؤاخذة عليه .

وعلى هذا تكون العلة عامة شاملة لسائر امور الصبي ، كمعاملاته ، و
 اقراره ، وما اشبه ، فكلما لا اعتبار بها ، فالصبي والمجنون مرفوع عنهما
 المؤاخذة شرعا (من حيث العقوبة الاخرية) اي العقاب (و الدنيوية
 المتعلقة) تلك ! العقوبة الدنيوية (بالنفس ، كالقصاص) فلا يقتص منها (او
 المال كغرامة الدية) فلا يغرمان في شبه العمد (وعدم) عطف على :
 ارتفاع ، (ترتب ذلك) العقاب الدنيوي والاخرى (على افعالهما
 المقصودة المتعمد اليها) اي الى تلك الافعال (مما) اي من الافعال
 التي (لو وقع) ذلك الفعل (من غيرهما ، مع القصد والتعمد لترتب عليه غرامة
 اخروية) بالعقاب (او دنيوية) بالقصاص او الدية .

(وعلى هذا) المعنى لقوله : رفع عنهما القلم ، (فاذا التزم) الصبي
 (على نفسه مالا باقراره او معاوضة) بان اشترى شيئا والتزم بان يعطى
 الثمن (ولو) كان ذلك الالتزام

.....
 باذن الولى ، فلا اثر له فى الزامه بالمال ، ومؤاخذته به ، ولو بعد البلوغ
 فاذا لم يلزمه شئ بالتزاماته ولو كانت باذن الولى ، فليس ذلك الالسلب
 قصده ، وعدم العبرة بانشاءه اذ لو كان ذلك لاجل عدم استقلاله وحجره
 عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذة شاملا لصورة اذن الولى
 وقد فرضنا الحكم مطلقا فيدل : بالالتزام

(باذن الولى ، فلا اثر له) اى لالتزامه (فى الزامه بالمال ، ومؤاخذته به) اى
 بالمال ، فلا يحق للبائع ان يلزم الصبى بالمال الذى جعل الصبى على
 عاتقه (ولو) كان الزامه (بعد البلوغ) اذ لو قدر البائع الزامه بعد البلوغ
 كان ذلك خلاف ما ذكرناه : من عدم ترتب الاثر على فعل الصبى (فاذا لم
 يلزمه) اى الصبى (شئ بالتزاماته و لو كانت) تلك الالتزامات (باذن الولى
 فليس ذلك) عدم امكان الزامه (الالسلب قصده ، وعدم العبرة بانشاءه)
 للبيع ونحوه (اذ لو كان ذلك) عدم امكان الزامه ، وعدم الاعتبار بالتزاماته
 (لاجل عدم استقلاله و) لاجل (حجره) لاجل عدم الاعتبار مطلقا - اذ :
 عدم الاعتبار ، اما مطلقا ولو مع اذن الولى ، واما خاص بصورة الاستقلال
 (عن الالتزامات على نفسه) مستقلا (لم يكن عدم المؤاخذة شاملا لصورة
 اذن الولى ، وقد فرضنا الحكم) بعدم اعتبار التزاماته (مطلقا) ولو مع اذن
 الولى

فتحصل : ان ظاهر : و قد رفع عنهما القلم ، المرفع بالنسبة الى
 جميع انواع القصد - ولو قصد البيع - و بالنسبة الى حالى الاستقلال و
 الانضمام مع اذن الولى (فيدل :) رفع القلم (بالالتزام) اى بدلالة

.....

على كون قصده فى انشاءاته و اخباراته مسلوب الاثر .

ثم : ان مقتضى عموم هذه الفقرة بناءً على كونها علة للحكم بعدم مؤاخذتهما بالاتلاف الحاصل منهما ، كما هو ظاهر المحكى عن بعض الآ ان يلتزم بخروج ذلك عن عموم : رفع القلم ، ولا يخلو عن بعد .
ولكن هذا غير وارد على الاستدلال .

الالتزام (على كون قصده) اى الصبى (فى انشاءاته و اخباراته مسلوب الاثر)

و انما قلنا الدلالة التزامية ، اذ معنى : رفع القلم ، مطابقة ، عدم التكليف ، و لازم عدم التكليف ، كون قصده كلاقصد .
هذا ولكن عرفت من حاشيتنا الطويلة النظر فيه .

(ثم : ان مقتضى عموم هذه الفقرة) اى قوله : و قد رفع عنهما القلم (بناءً على كونها علة للحكم) اى حمل العاقلة الدية (عدم مؤاخذتهما) الصبى و المجنون (بالاتلاف الحاصل منهما) فلو اتلفا مال انسان لم يكونا ضامين ، لان عمد هما خطأ (كما هو ظاهر المحكى عن بعض) و ذكره صاحب الحقائق فى كتاب الحجر (الا ان يلتزم بخروج ذلك) الضمان (عن عموم : رفع القلم) لان الضمان حكم وضعى ، فكما ينجم - بدن الصبى اذا لاقى النجاسة ، كذلك يضمن الصبى اذا تلف مال الغير (ولا يخلو)
الالتزام بالخروج (عن بعد) اذ : لسان العلة يأبى عن التخصيص .
(ولكن) على فرض الخروج (هذا غير وارد على الاستدلال)
بالعلة لسلب قصد الصبى فى باب المعاملات - الذى هو مورد الكلام -

.....
 لانه ليس مبنيا على كون : رفع القلم علة للحكم .
 لما عرفت من احتمال كونه معلولا لسلب اعتبار قصد الصبى و المجنون
 فيختص رفع قلم المؤاخذة بالافعال التى يعتبر فى المؤاخذة عليها قصد
 الفاعل ، فيخرج مثل الاتلاف ، فافهم و اغتتم .

(لانه) اى الاستدلال (ليس مبنيا على كون : رفع القلم علة للحكم) اى
 الحكم بحمل العاقلة .

(لما عرفت من احتمال كونه) اى قوله : و قد رفع عنهما القلم ، (معلولا
 لسلب اعتبار قصد الصبى و المجنون) فانه قد نقول : عمد الصبى خطأ
 لانه رفع عنه القلم ، و قد نقول : رفع عن الصبى القلم ، لان عمده خطأ
 وعلى الاول : لا بد وان يكون : قصده فى المعاملة ، و : ضمانه
 للاتلاف ، كلاهما مرفوعين : لان : رفع القلم — وهو علة — يقتضى الامرين
 معاً ، فاذا استثنينا : الضمان ، بان قلنا : انه ضامن اشكل علينا ، ان العلة
 عامة ، فكيف تشمل : قصده المعاملى ؟ ، ولا تشمل : ضمانه ،

اما اذا قلنا بالثانى : بان : رفع القلم معلول فلا يرد هذا الاشكال ، لانه
 فى قوة ان يقال : رفع القلم عن الصبى ، لان قصده كالا قصد ، (فيختص
 رفع قلم المؤاخذة بالافعال التى يعتبر فى المؤاخذة عليها قصد الفاعل)
 لتلك الافعال (فيخرج مثل الاتلاف) لانه ليس الضمان امرا مربوطا بالقصد
 حتى يكون الصبى الذى لا قصد له خارجا عن قاعدة الضمان (فافهم و
 اغتتم) .

لكن لا يخفى ما فى هذا الكلام من البعد ، خصوصا بالامر دائر مدار

ثم ان القلم المرفوع، هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين، فلا ينافى ثبوت بعض العقوبات للصبي، كالتعزير .

والحاصل : ان مقتضى ما تقدم من : الاجماع المحكى فى البيع وغيره من : العقود والاعبار المتقدمة بعد انضمام بعضها الى بعض عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي ، من الافعال المعتبر فيها القصد الى مقتضاها ، كانشاء العقود اصاله ، ووكالة .

الظهور العرفى ، لا الاحتمال العقلى .

(ثم) لا يقال : ان مقتضى رفع القلم عدم المؤاخذة دنيا و آخرة فكيف تثبت فى حق الصبي بعض الحدود ؟ كحد السرقة فى الجملة .
لانه يقال (ان القلم المرفوع ، هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين) لانه الظاهر من الانصراف (فلا ينافى) رفع القلم (ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير) فى ارتكابه المحرمات المجعل له الحدود ، كما يظهر من مراجعة كتاب الحدود والتعزيرات .

(والحاصل) ما تقدم (ان مقتضى ما تقدم من الاجماع المحكى فى البيع وغيره من العقود) على عدم اعتبار عقود الصبي (والاعبار المتقدمة) الواردة فى شأن الصبي (بعد انضمام بعضها الى بعض) مما يكون بعضها شاهداً للبعض الآخر (عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الافعال المعتبر فيها) اى فى تلك الافعال (التصد الى مقتضاها) اى مقتضى تلك الافعال ، فى مقابل الافعال التكوينية التى لا يعتبر القصد فيها (كانشاء العقود اصاله) بدون الاذن من الولي (ووكالة) عن الولي ، او المالك

والقبض والاقباض، وكل التزام على نفسه من :ضمان ،واقرار ،اونذر ،وايجار
وقال فى التذكرة :وكما لا يصح تصرفاته اللفظية ،كذا لا يصح قبضه ،ولا يفيد
حصول الملك فى الهبة وان اتهب له الولى ،وللغيره وان اذن الموهوب
له بالقبض ،ولو قال :مستحق الدين للمديون :سَلَّم حقى الى هذا الصبى
فسَلَّم مقدار حقه اليه لم يبرء عن الدين ،وبقى المقبوض على ملكه

(والقبض والاقباض) الذين يعتبر فيهما القصد، ويترتب عليهما بعض
الاحكام (وكل التزام) الصبى (على نفسه من ضمان ،واقرار ،اونذر ،او
ايجار) فلو قال :ضمنت هذا الشئ ،اوله على كذا ،اونذرت ان اصوم مثلاً
وأجرت دارى بعشرة (وقال فى التذكرة) مما يؤيد هذا العموم (وكما لا يصح
تصرفاته اللفظية ،كذا لا يصح قبضه ،ولا يفيد) قبضه (حصول الملك فى
الهبة) فان الهبة لا يملكها الموهوب له ،الا بعد القبض ،فلو وهب زيد صبياً
ديناراً وقبضه الصبى كان كلاقبض (وان اتهب) اى وهب (له) اى للصبى
(الولى) فان اذن الولى لا يجعل قبضه صحيحاً (ولا) يصح قبض الصبى
(لغيره) كما وهب زيد - بالغاً - ديناراً فاما الصبى ذلك البالغ بان
يقبض الدينار عن قبله ،فان قبض الصبى كلاقبض (وان اذن الموهوب له)
الصبى (بالقبض) هذه مسألة القبض (ولو قال :مستحق الدين للمديون
سَلَّم حقى الى هذا الصبى ،فسَلَّم) المديون (مقدار حقه) اى حق الدائن
(اليه) اى الى الصبى (لم يبرء عن الدين ،وبقى المقبوض على ملكه) اى
ملك الدائن ،لان الكلى لا يتشخص الا بالقبض الصحيح ،وقبض الصبى ليس
قبضاً صحيحاً حتى يوجب تشخيص الكلى

.....
 ولا ضمان على الصبي ، لان المالك ضيَّعه حيث دفع اليه ، وبقي الدين
 لانه في الذمة ولا يتعين الا قبض صحيح ، كما لو قال : ارم حقى فى البحر ،
 فرمى مقدار حقه ، بخلاف ما لو قال : للمستودع سلِّم مالى الى الصبى ، او
 القه فى البحر ، لانه امثل امره فى حقه المعين ، ولو كانت الوديعة
 للصبى ، فسلمها اليه ضمن ، وان كان باذن الولي اذ ليس له تضييعها باذن الولي
 وقال : ايضا لو عرض الصبي دينارا على الناقد .

(ولا ضمان على الصبي) اذ اتلف المال (لان المالك ضيَّعه) اى المال ،
 بنفسه ، حيث سلَّمه الى من لا يضمن ، كما لو سلَّمه الى حيوان (حيث دفعه
 اليه) اى الى الصبي (وبقي الدين) على المديون (لانه فى الذمة و
 لا يتعين) ما فى الذمة (الا قبض صحيح) ولا قبض صحيح - كما عرفت - (كما
 لو قال) المديون : (ارم حقى فى البحر ، فرمى مقدار حقه) اذ لا يحق
 للمديون اتلاف المال ، ولو كان بامر المالك (بخلاف ما لو قال) صاحب المال :
 (للمستودع) الذى كان مال المالك امانة عنده (سلِّم مالى الى الصبي ،
 او القه فى البحر) فانه يبرئ المستودع من المال (لانه امثل امره) اى امر
 المالك (فى حقه المعين) الخارجى (ولو كانت الوديعة للصبى) بان
 استودعها الى زيد ولى الصبي ، او وقعت فى يد زيد (فسلمها) اى الوديعة
 (اليه) اى الى الصبي (ضمن) زيد الوديعة (وان كان) التسليم (باذن
 الولي) لانه كالاتلاف ، فحاله : حال ما اذا امر الولي ان يلقى بمال الصبي
 فى البحر (اذ ليس له) اى للولي مثل هذا الاذن (وتضييعها باذن الولي) .
 (وقال) العلامة فى التذكرة : (ايضا لو عرض الصبي دينارا على الناقد)

لينقده ، او متاعا الى مقوم ليقومه فاخذه ، لم يجز له رده الى الصبى ، بل الى وليه انكان ، فلو امره الولى بالدفع اليه فدفعه اليه برء من ضمانه ان كان المال للولى ، وانكان للصبى ، فلا ، كما لو امره بالقاء مال الصبى فى البحر ، فانه يلزمه ضمانه .

واذا تابع الصبيان وتقابضا ، وتلف كل واحد منهما ما قبضه فان جرى باذن الوليين ، فالضمان عليهما والا فلا ضمان عليهما بل على الصبيين

اي الصراف (لينقده ، او متاعا الى مقوم ليقومه) وبين قيمته (فاخذه ، لم يجزله) اي للآخذ (رده الى الصبى ، بل) يجب على الآخذ رده الى وليه انكان هناك وليه ، والا فالى الحاكم الشرعى (فلو امره) اي الناقد والمقوم (الولى بالدفع اليه) اي الى الصبى (فدفعه) اي دفع الرجل المال (اليه) اي الى الصبى (برء) الرجل (من ضمانه انكان المال للولى) لانه حصل باذنه ، فكما لو قال : له ضع مالى فى هذا المكان ، فوضعه هناك فانه لو سرق او تلف لم يكن ضامنا ، لانه كان بامر مالكه (وانكان) المال (للصبى فلا) برء للدافع فانه (كما لو امره) الولى (بالقاء) مال الصبى فى البحر فانه يلزمه) اي الملقى (ضمانه) اذ : لا يحق اطاعة الولى فى مالا يجوز ، فانه لاصلاحية للولى فى ذلك .

(واذا تابع الصبيان وتقابضا) بان قبض كل واحد منهما ما اشتراه من الآخر) وتلف كل واحد منهما ما قبضه ، فان جرى : البيع والقبض (باذن الوليين ، فالضمان عليهما) لانهما سبب التلف (والا) يجرى باذنه (فلا ضمان عليهما) ان لم يقدر على المنع (بل) الضمان (على الصبيين) يتبع

.....

و يأتي في باب الحجر تمام الكلام .

ولوفتح الصبي الباب واذن في الدخول على اهل الدار ، او ادخل الهدية الى انسان عن اذن المهدي ، فالاقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه انتهى كلامه رفع مقامه .

ثم انه ظهر مما ذكرنا : انه لافرق في معاملة الصبي بين ان يكون في الاشياء اليسيرة او الخطيرة ، لما عرفت . من : عموم النص والفتوى ، حتى ان العلامة في التذكرة لما ذكر حكاية ان ابا الدرداء اشترى عصفورا من صبي ، فارسله

بعد البلوغ (ويأتي في باب الحجر تمام الكلام) في المقام .

(ولوفتح الصبي الباب واذن في الدخول على اهل الدار ، او ادخل)
 الصبي (الهدية الى انسان) وكان ذلك (عن اذن المهدي) بصيغة الفاعل (فالاقرب الاعتماد) على اذنه ، وايصاله للهدية (لتسامح السلف فيه) اي في ذلك ، مما يدل على وجود السيرة ، والا فمقتضى القاعدة : العدم لأصالة عدم جواز دخول دار الغير الا باذنه ، وأصالة عدم جواز اخذ مال الغير ، الا باذنه (انتهى كلامه رفع مقامه) ولا يخفى مواقع النظر في كلامه .
 (ثم انه : ظهر مما ذكرنا انه لافرق في معاملة الصبي بين ان يكون في الاشياء اليسيرة) كشرية ماء وعود كتاب او ما شبهه (او الخطيرة) كالدارو ، البستان (لما عرفت من : عموم النص والفتوى) على عدم الجواز غير فارقيين بين القسمين (حتى ان العلامة في التذكرة لما ذكر حكاية ان ابا الدرداء اشترى عصفورا من صبي فارسله) مما يدل على جواز معاملة الصبي في

.....

رد هابعدم الثبوت .

وعدم الحجية

وتوجيهه بما يخرجـه عن محل الكلام .

وبه يظهر :ضعف ما عن المحدث الكاشانى ، من :ان الاظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به من الاشياء اليسيرة دفعا للـحـرج انتهى

الاشياء الحـقـيرة .

(رد هابعدم الثبوت) للقصة اولا .

(وعدم الحجية) فى فعل ابى الدرداء على تقدير الثبوت .ثانيا .

(وتوجيهه بما يخرجـه عن محل الكلام) ثالثا ، كان يقال :كان هذا العمل من ابى الدرداء لحفظ مال الصبى ، لانه علم ان العصفور يطير فبدر فى حفظ ماله بهذه الكيفية ، وقد قال سبحانه :مَاعَلَى الْمَحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ، او ما شبه ذلك من التوجيهات .

(وبه) اى بما ذكرنا من عدم الفرق بين الاشياء الخطيرة (يظهر : ضعف ما عن المحدث الكاشانى ، من ان الاظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به من الاشياء اليسيرة) .

وانما نقول بالجواز (دفعا للـحـرج، انتهى) فانه اذا لم يجز بيعه و شرائه فى الاشياء الحـقـيرة ، لزم الحرج المنفى ، اذ كثير من المعاملات الحـقـيرة تتوقف على الصبيان فى العرف والعادة .

وانما يضعف هذا الوجه لان الحرج قد يكون علة لرفع الحكم شرعا ، مثل عدم الامر بالسواك ، وقد يكون شخصا كالـتـيـم لمن يضره الماء و

.....
 فان الحرج ممنوع، سواء اراد ان الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقرات، و التزام مباشرة البالغين لشرائها ، ام اراد انه يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الاشياء الحقيقية .

ثم لو اراد استقلاله في البيع و الشراء لنفسه بماله من دون اذن الولي

القسم الاول يحتاج الى دليل خاص ، و القسم الثاني لا يفيد حكما كلياً ، هذا بالاضافة الى ما ذكره المصنف بقوله (فان الحرج ممنوع ، سواء اراد ان الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقرات ، و) يلزم من (التزام) الفقيه (مباشرة البالغين لشرائها) اى شراء المحقرات فانه لا حرج في ذلك .

كيف و اننا شاهد كثير من الناس لا يدخلون الصبيان في معاملاتهم ولا يلزمهم حرج من ذلك ؟ (ام اراد) الكاشاني (انه يلزم من التجنب عن معاملتهم) اى الصبيان (بعد بناء الناس) غير المباليين (على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الاشياء الحقيقية) .

اذ كيف يلزم الحرج و المتاع يوجد عند الصبي ؟ كما يوجد عند غيره . لكن الانصاف لزوم الحرج في الجملة و انما الكلام في كون مثل هذا الحرج موجبا للحكم كلى بالجواز .

(ثم) ان في كلام الكاشاني احتمالا آخر ، فانه (لو اراد استقلاله) اى الصبي (في البيع و الشراء لنفسه بماله من دون اذن الولي) يعنى : اراد الكاشاني من الحرج ، ان الصبي مستقل في المعاملة ، في الاشياء

.....

ليكون حاصله : انه غير محجور عليه فى الاشياء اليسيرة ، فالظاهر كونه مخالفا للاجماع .

واما ما ورد فى رواية السكونى عن ابى عبد الله عليه السلام قال : و نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعة بيده ، معللا : بانه ان لم يجد سرق ، فمحمول على عوض كسبه

الحقيرة ، لانه لو لم يكن مستقلا ، واحتاج كل معاملة حقيرة الى اذن وليه ، لزم الحرج (ليكون حاصله : انه غير محجور عليه فى الاشياء اليسيرة ، فالظاهر كونه مخالفا للاجماع) اذ : لا احد يقول بالاستقلال - اطلاقا - وانما من قال : بالجواز ، قال به مع الاذن .

(و) ان قلت : يدل على الجواز الرواية الآتية ، فكيف تقولون بانه

لا دليل على جواز معاملة الصبى اطلاقا ؟

قلت : (اما ما ورد فى رواية السكونى عن ابى عبد الله عليه السلام قال : و نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعة بيده) المفهوم منه جواز الكسب اذا عرف الصناعة (معللا : بانه ان لم يجد سرق) الظاهر كون الوجه احتمال السرقة ، لان معاملته فى نفسها محظورة (فمحمول على عوض كسبه) لاعلى معاملته ،

فالحد يث لا يريد اثبات جواز الكسب له ، وانما يريد نفى اخذ الانسان

عوضا اكتسبه الصبى ، فلا يرتبط الحديث بما نحن فيه ،

لكن لا يخفى ما فى هذا الحمل ، فانه خلاف الظاهر ،

وكيف كان فالذى يراه المصنف ره انه محمول على عوض كسبه

من التقاط او اجرة عن اجارة اوقعها الولي او الصبي بغير اذن الولي او عن عمل امر به من دون اجارة فاعطاء المستأجرا والامارة المثل، فان هذه كلها مما يملكه الصبي، لكن يستحب للولي وغيره اجتنابها اذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيها لاحتمال كونها من الوجوه المحرمة نظير رجحان الاجتناب عن الاموال غيره ممن لا يبالى بالمحرمات

(من التقاط) فاذا التقط الصبي مباحا ثم باعه ، لا يأخذ الانسان هذا العوض ، لانه لا يعلم هل حصل العوض من المعاوضة ، او انه سرق ، وانما يقول كذبا انه عوض التقاطه (او اجرة عن اجارة اوقعها الولي او الصبي بغير اذن الولي) مثلا أجر الولي الصبي لاجل عمل ، ثم جاء الصبي بمال قائل انه عوض اجارته ، فانه لا يجوز للانسان ان يأخذ هذا المال لاحتمال كونه سرقة ، وانما يقول الصبي كذبا انه عوض اجارته (او اجرة) عن عمل امر به (اي بذلك العمل ، و : امر ، بصيغة المجهول ، اي امر به الصبي) من دون اجارة (كما لو قال زيد للصبي : اعمل هذا العمل واعطيك كذا ، ثم جاء الصبي زاعما ان ما بيده من المال عوض عمله (فاعطاه) اي الصبي (المستأجر) الذي أجر الصبي للخياطة - مثلا - (او الأمر) للصبي بالعمل ، من دون اجارة (اجرة المثل فان هذه) الاموال (كلها مما يملكه الصبي لكن يستحب للولي وغيره اجتنابها اذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيها) بان احتمل ان المال الذي بيد الصبي سرقة ، لا اجرة ، وعوض التقاط (لاحتمال كونها) اي تلك الاموال (من الوجوه المحرمة) وهذا الاستحباب (نظير رجحان الاجتناب عن الاموال غيره ممن لا يبالى بالمحرمات) فانه وان جاز

وكيف كان فالقول المذكور: فى غاية الضعف، نعم ربما صحح سيد مشايخنا فى الرياض هذه المعاملات، اذا كان الصبى بمنزلة الآلة لمن له اهلية التصرف من جهة استقرار السيرة، واستمرارها على ذلك .
وفيه اشكال من جهة قوة احتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة فى الدين كما فى سيرهم الفاسدة، ويؤيد ذلك ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين، وغيرهم ولا بينهم وبين المجانين

التناول، لاصالة الصحة، لكن المستحب الاجتناب كاستحباب الاجتناب عن سور الحائض المتهمة .

(وكيف كان) معنى هذا الحديث (فالقول المذكور) للكاشانى (فى غاية الضعف، نعم ربما صحح سيد مشايخنا فى الرياض هذه المعاملات) التى يجريها الصبيان (اذا كان الصبى بمنزلة الآلة لمن له اهلية التصرف) كآلية للولى، وانما اجاز (من جهة استقرار السيرة واستمرارها على ذلك) فالمعاملة فى الحقيقة بين الكبيرين، وانما الصبى آلة الا يصل، كما لو باع زيد عمروا شيئا ثم ارسل السلعة بواسطة آلة، او حيوان .

(وفيه اشكال من جهة قوة احتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة فى الدين) فلا تكشف عن رضى المعصوم بذلك، وعن تقريره (ع) (كما فى) كثير من (سيرهم الفاسدة، ويؤيد ذلك) وان السيرة ناشئة عن عدم المبالاة (ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين، وغيرهم) مع وضوح ان غير المميز لا تصح معاملته بالضرورة (ولا بينهم وبين المجانين .

.....

ولا بين معاملتهم لانفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي اصلاً، و معاملتهم لاوليائهم على سبيل الآلية .

مع ان هذا مما لا ينبغي الشك في فساد ه ، خصوصاً الاخير .
مع ان الاحالة على ماجرت العادة به ، كاحالة على المجهول فان الذى جرت عليه السيرة ، هو الوكول الى كل صبي ماهر فطن فيه بحيث لا يغلب فى المساومة عليه ، فيكلمون الى من بلغ ست سنين شراء باقة بقل ، او

ولا بين معاملتهم لانفسهم) اى الصبيان (بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي اصلاً و معاملتهم لاوليائهم على سبيل الآلية) المجردة .
(مع ان هذا) القسم من معاملات الناس (مما لا ينبغي الشك فى فساد ه ، خصوصاً الاخير) اى المعاملة المستقلة ، هذا أولاً .

(مع ان الاحالة) فى الجواز - لاجل السيرة - كما فعله الرياض (على ماجرت العادة به ، كاحالة على المجهول) .

و ذلك لا يعرف حدوده فلم يعلم قيام السيرة على اى شئ ، فالاصل الفساد (فان الذى جرت عليه السيرة) مختلف فى الصبيان ، و الاولياء و السلع .

و من المعلوم ان التفصيل غير صحيح ، فالسيرة غير صحيحة .

و بيان ذلك ان ماجرت عليه السيرة (هو الوكول الى كل صبي ماهر فطن فيه) اى فى التعامل (بحيث لا يغلب فى المساومة عليه) اى المعاملة فى الشئ (فيكلمون الى من بلغ ست سنين شراء باقة بقل ، او

بيع بيضة دجاج بفلس ، و:الى من بلغ ثمانية سنين اشتراء اللحم ،والخبز
و نحوهما:الى من بلغ اربعة عشر سنة شراء الثياب بل الحيوان بسل
يكلون اليه امور التجارة فى الاسواق و البلدان ، ولا يفرقون بينه و بين
من اكمل خمسة عشر سنة .

و لا يكلون اليه شراء مثل القرى ، و البساتين ، و بيعها ، الابدان
يحصل له التجارب .

ولاظن ان القائل بالصحة : يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل

بيع بيضة دجاج بفلس ، و) الكول (الى من بلغ ثمانية سنين اشتراء
اللحم ، و الخبز ، و نحوهما) بل يكلون اشتراء الخبز الى من بلغ عمره
ثلاث و اكثر (و الى من بلغ اربعة عشر سنة شراء الثياب بل الحيوان) و
نحو ذلك (بل يكلون اليه امور التجارة فى الاسواق) بل (و البلدان)
القريبة ، و احيانا البعيدة (ولا يفرقون بينه) فى هذه الامور (و بين من
اكمل خمسة عشر سنة) الذى بلغ البلوغ الشرعى .

(و لا يكلون اليه شراء مثل القرى ، و البساتين ، و بيعها ، الابدان
يحصل له التجارب) و انكان قد بلغ البلوغ الشرعى .

(ولاظن ان القائل بالصحة : يلتزم العمل بالسيرة على هذا
التفصيل) فالسيرة الموجودة لا تنفع ، و غيرها لا سيرة عليها ،
اللمم الا ان يقال : بوجود السيرة فى الجملة ، فهى كافية فى اثبات
الحكم فى الجملة .

.....

وكيف كان فالظاهر: ان هذا القول ايضا مخالف لما يظهر منهم، و قد عرفت حكم العلامة فى التذكرة: بعدم جواز رد المال الى الصبي اذا دفعه الى الناقل لينقده، او المتاع الذى دفعه الى المقوم ليقومه، مع كونه غالبافى هذه المقامات بمنزلة الآلة للولى . وكذا حكمه بالمنع من رد مال الطفل اليه باذن الولى، مع انه بمنزلة الآلة فى ذلك غالبا .

(وكيف كان) الامر سواء التزم القائل بالعمل بهذه السيرة ام لا ؟ (فالظاهر : ان هذا القول ايضا مخالف لما يظهر منهم) ببطلان معاملات الصبي (وقد عرفت) شاهد المخالفة هذا القول (حكم العلامة فى التذكرة : بعدم جواز رد المال الى الصبي اذا رفعه) اى الصبي المال (الى الناقد الصراف) لينقده ، او (رد) المتاع (الى الصبي) الذى دفعه الى المقوم ليقومه مع كونه) اى الصبي (غالبافى هذه المقامات بمنزلة الآلة للولى) فاذا لم يجز بمثل هذه الامور فى حال كونه آلة كيف يجوز البيع ، والشراء ؟ وان كان آلة بلدا للاستقلال .

(وكذا) عرفت (حكمه) اى العلامة (بالمنع من رد مال الطفل اليه باذن الولى) فى الرد ، لان الاذن هنا باطل اذ : لا يصلح الطفل لاخت مال نفسه ، فهو كالالقاء فى البحر فى عدم فائدة اذن الولى فى جوازه (مع انه) اى الصبي (بمنزلة الآلة فى ذلك) لاخت باذن الولى (غالبا) . وانما قال : غالبا لانه ربما كان له استقلال .

والحاصل : انه يتبين من هذه الكلمات ان آلية الصبي ايضا لا تنفع

.....
 وقال كاشف الغطاء ره: بعد المنع عن صحة عقد الصبى اصاله ، و
 وكالة مالظه : نعم ثبت الاباحه فى معامله المميزين اذا جلسوا مقام
 اوليائهم ، او تظاهروا على رؤس الاشهاد حتى يظن ان ذلك من اذن
 الاولياء ، خصوصا فى المحقرات .
 ثم قال : و لو قيل : بتملك الاخذ منهم لدلالة ما ذنوبته فى جميع
 التصرفات

(وقال كاشف الغطاء : بعد المنع عن صحة عقد الصبى اصاله) لنفسه
 (ووكالة) لغيره (مالظه : نعم ثبتت الاباحه فى معامله المميزين) من
 الصبيان الذين لهم قوة التميز بين الحسن والقبح ، والضرر والريح ، و
 الجميل والمشوه (اذا جلسوا مقام اوليائهم) فى الدكان (او تظاهروا)
 بالتعامل (على رؤس الاشهاد) جمع شاهد ، مقابل الخفية والاختلاس
 وهذه اللفظة كناية عن منتهى الظهور ، لان ما كان فى طرف الرأس يراه
 كل احد (حتى يظن) من تظاهروا هم (ان ذلك) التعامل (من اذن
 الاولياء خصوصا) تعاملهم (فى المحقرات) .

و يظهر من هذه الكلمات جواز معاملاتهم باذن الاولياء .
 (ثم قال) كاشف الغطاء (و لو قيل : بتملك الاخذ منهم) اى من
 الصبيان ، بمعنى ان الآخذ كما يملك ولى الطفل ، كذلك هو يملك
 عن قبل ولى الطفل ، فالآخذ يجرى طرفى العقد ، وانما الصبى صورة
 وآلة فقط (لدلالة ما ذنوبته) اى الآخذ (فى جميع التصرفات) فان وضع
 الولى الصبى مكانه ، دليل على انه اذن للآخذ ان يملك من قبل الولى ،

فيكون موجبا قابلا لم يكن بعيدا انتهى

اما التصرف، والمعاملة باذن الاولياء سواء كان على وجه البيع، او المعاطاة، فهو الذي قد عرفت انه خلاف المشهور والمعروف، حتى لو قلنا: بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطاة، لانها تصرف لا محالة وان لم يكن بيعا بل ولا معاوضة، وان اراد بذلك ان اذن الولي ورضاه المنكشف

كما ان الآخذ يملك من قبل نفسه (فيكون) الآخذ (موجبا) عن الولي (قابلا) لنفسه (لم يكن بعيدا) فالمعاملة مع الصبيان ليست معاطاة، واما عقد يقوم طرفاه بالآخذ (انتهى) كلام كشف الغطاء.

اقول - (اما) ما ذكره من: (التصرف، والمعاملة باذن الاولياء سواء كان على وجه البيع) والعقد (او المعاطاة) فهو الذي قد عرفت انه خلاف المشهور، والمعروف بين الفقهاء (حتى لو قلنا: بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطاة) فانه خلاف في المعاطات، بانه يشترط فيها شروط البيع، واما تفقد المعاطاة الصيغة فقط، او لا يشترط كثير من الشروط، وكلمة: حتى، وصلية.

وانما نقول بانه خلاف المشهور حتى على هذا القول (لأنها) اى المعاملة الصادرة عن الصبي ولو معاطاة (تصرف) من الصبي (لا محالة، وان لم يكن بيعا، بل ولا معاوضة) لانك قد عرفت ان المشهور: عدم جواز تصرف الصبيان، فلا يتوقف عدم الجواز على صدق البيع، والمعاوضة.

(وان اراد) كشف الغطاء (بذلك) الكلام الذي ذكره من جواز تعاملهم باذن الولي (ان اذن الولي، ورضاه المنكشف) ذلك الاذن

بمعاملة الصبى ، هو المفيد للإباحة ، لانفس المعاملة كما ذكره بعضهم فى

اذن الولى فى اعارة الصبى .

فتوضيحه : ما ذكره بعض المحققين من تلامذته ، وهو : انه لما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتفقت ، وكانت مفيدة لإباحة التصرف خاصة ، كما هو المشهور ، وجرت عادة الناس بالتسامح فى الاشياء اليسيرة والرضاء باعتماد غيرهم فى التصرف فيها على الأمارات المفيدة للظن بالرضافى المعاوضات

(بمعاملة الصبى) فان كونه فى مكان الولى ويعامل الناس ، يكشف من

اذن الولى (هو المفيد للإباحة ، لانفس المعاملة) .

فالمعاملة كانها لاشئ وانما يفيد الإباحة الاذن ، والكاشف للاذن هو

تعامل الصبى (— كما ذكره بعضهم فى اذن الولى فى اعارة الصبى —) فان

الصبى اذا اعطى شيئاً اعارة ، كشف ذلك عن اذن الولى ، وهو يكفى فى

تحقق الاعارة ، وان كان المباشر للاعطاء الصبى .

(فتوضيحه) اى توضيح كلام كاشف الغطاء (ما ذكره بعض المحققين

من تلامذته ، وهو : انه لما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف

اتفقت) المراضاة بين الجانبين (وكانت) المعاطاة (مفيدة لإباحة التصرف

خاصة ، كما هو المشهور) لا الملك ، كما هو قول آخرين (وجرت عادة الناس

بالتسامح فى الاشياء اليسيرة ، و) ب (الرضاء باعتماد غيرهم) اى يتسامحون

فى اعتماد غيرهم — كالمشتري — (فى التصرف فيها) اى فى الاشياء اليسيرة

(على الامارات المفيدة للظن بالرضافى المعاوضات) .

.....

وكان الغالب فى الاشياء التى يعتمد فيها على قول الصبى تعيين القيمة
او الاختلاف الذى يتسامح به فى العادة .

فلاجل ذلك صح القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبى من صورة
البيع والشراء مع الشروط المذكورة

والحاصل :

١- المعاطات المفيدة للإباحة تتوقف على الرضا .

٢- والناس يتسامحون للغير ان يكشف ذلك الغير رضاهم بالامارات
الظنية اذا كانت الاشياء يسيرة .

٣- والصبى لا يفعل الاتعيين القيمة .

وهذا ما بينه بقوله (وكان الغالب فى الاشياء التى يعتمد فيها على
قول الصبى) هو (تعيين القيمة) بان يقول الصبى : هذا بكذا (او) مع
(الاختلاف الذى يتسامح به فى العادة) كان يعامل الصبى فى القيمة
زيادة ونقيصة .

والحاصل : يعتمد على قول الصبى سواء قال قيمة ولم يتنازل ، او قال قيمة
ثم تنازل تنازلا قليلا ، كما لو قال بعشرة ثم تنازل الى تسعة ، لا مثل ان يتنازل
الى ثلاثة - مثلا - .

(ف) بعد تامة هذه المقدمات الثلاثة (لاجل ذلك) الذى ذكرناه من
المقدمات الثلاثة (صح القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبى من صورة
البيع والشراء) وان لم يكن حقيقتهما ، لما عرفت من : انها معاطاة تفيد
الإباحة فقط (مع الشروط المذكورة) كون الشئ يسيرا ، والمعاملة كاشفة عن

.....

كما يعتمد عليه فى الاذن فى دخول الدار، وفى اىصال الهدية اذا ظهرت امارات الصدق، بل ما ذكرنا اولى بالجواز من الهدية، من وجوه وقد استند فيه فى التذكرة الى تسامح السلف .

وبالجملة فالاعتماد فى الحقيقة: على الاذن المستفاد من حال المالك فى الاخذ، والاعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف
لاعلى قول الصبى

الرضا، والعورد مما يتسامح به لكونه تعيين قيمة، او مع اختلاف يسير) كما يعتمد عليه فى الاذن فى دخول الدار، وفى اىصال الهدية اذا ظهرت فى الاذن والاىصال (امارات الصدق) وان الولى اذن، واعطاء الهدية (بل ما ذكرنا) من صحة المعاملة (اولى بالجواز من الهدية، من وجوه) فان الهدية تملك، وهذا اباحة، والهدية بدون عوض، وهذا مع العوض والسدية لأمانة للرضا فيها، وهذا فيه أمانة الرضا، حيث ان الطفل قائم فى مقام الولى، الى غير ذلك .

(وقد استند فيه) اى فى الجواز (فى التذكرة الى تسامح السلف)

وهذا دليل على انه من باب الرضا، لانه الذى يصح الاستناد فيه الى التسامح اما المعاملة فلا تستند الى التسامح - كما لا يخفى - .

(وبالجملة : فالاعتماد فى الحقيقة) فى صحة معاملة الصبى (على

الاذن المستفاد من حال المالك فى الاخذ) من الصبى (والاعطاء) له

(مع البناء على ما هو الغالب من كونه) اى المالك (صحيح التصرف) لحمل

فعل المسلم على الصحيح (لا) ان الاعتماد (على قول الصبى) فيما اذا اذن

.....

ومعاملته من حيث انه كذلك ، وكثيرا ما يعتمد الناس على الاذن المستفاد من غير وجود ذى يد ، اصلا ، مع شهادة الحال بذلك ، كفاي دخول الحمام ووضع الاجرة عوض الماء التالف فى الصندوق ، وكذا فى اخذ الخضر الموضوعة للبيع وشرب ماء السقائين ، ووضع القيمة المتعارفة فى الموضع المعدلها ، وغير ذلك من الامور التى جرت العادة بها كما يعتمد على مثل ذلك فى غير انواع المعاولات من انواع التصرفات ،

فى دخول الدار ، اوقال : هذه هدية من المالك (ومعاملته) فيما اذا عامل بيعا ، او غير بيع (من حيث انه كذلك) صبى اى بلا كشف عن اذن المالك (و) كيف لا يستكشف الاذن من عمل الصبى وقوله ؟ والحال انه (كثيرا ما يعتمد الناس على الاذن المستفاد من غير وجود ذى يد ، اصلا ، مع شهادة الحال بذلك) الاذن (كفاي دخول الحمام) فى حال عدم وجود الحمامى (ووضع الاجرة عوض الماء التالف) وسائر التصرفات فى الحمام (فى الصندوق) حيث يشهد الحال برضى الحمامى بذلك (وكذا فى اخذ الخضر) جمع خضرة ، بل وسائر الاشياء فى الحال الحاضر (الموضوعة للبيع) وجعل المال بازائه مع عدم وجود المالك (وشرب ماء السقائين ووضع القيمة المتعارفة فى الموضع المعدلها) اى للخضر والماء (وغير ذلك من الامور التى جرت العادة بها) لوجود شاهد الحال الكافى فى التصرف ، لكونه كاشفا عن الرضا (كما يعتمد على مثل ذلك) الشاهد للحال فى سائر التصرفات (فى غير انواع المعاولات من انواع التصرفات) فالصديق يتصرف فى مال صديقه لوجود شاهد الحال بالرضا ،

فالتحقيق ان هذا ليس مستثنى من كلام الاصحاب ولا منافى له ولا يعتمد على ذلك اىضافى مقام الدعوى، ولا فيما اذا طالب المالك بحقه ، و اظهر عدم الرضا انتهى .

و حاصله : ان مناط الاباحة ، و مدارها فى المعاطاة ليس على وجود تعاط قائم بشخصين او بشخص منزل منزلة شخصين بل على تحقق الرضا من كل منهما بتصرف صاحبه فى ماله

فامثال هذه التصرفات معاوضيا وغير معاوضى انما تستند ككشف رضى المالك بشاهد الحال ، و مثله معاملة الصبيان .

(فالتحقيق ان هذا) التصرف (ليس مستثنى من كلام الاصحاب) الذين قالوا : بعدم صحة معاملة الصبى (و لا منافى له) اى لكلامهم (ولا يعتمد على ذلك) التصرف (اىضافى مقام الدعوى) و المرافعة بان قال المالك كانت القيمة كذا و انت اعطيت للصبى اقل - مثلا - (و لا فيما اذا طالب المالك بحقه ، و اظهر عدم الرضا) بتصرف المعامل او غير المعامل ، كما لو اخذ الشئ من الصبى بعنوان الهدية ، ثم قال المالك كـذب الصبى و ليست هدية (انتهى) كلام تلميذ كاشف الغطاء .

(و حاصله : ان مناط الاباحة ، و مدارها فى المعاطات) التى يعمل بها الصبى و طرف معاملته (ليس على وجود تعاط قائم بشخصين) الصبى و الكبير (او بشخص) واحد (منزل منزلة شخصين) كالمثلة المتقدمة فى وضع المال فى صندوق الحماى و غيره (بل) المناط (على تحقق الرضا من كل منهما بتصرف صاحبه فى ماله) و ذلك يتحقق مع كون الصبى

.....

حتى لو فرضنا انه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق كاطارة الريح، و نحوها ، ففترضنا على التصرف باخبار صبي ، او بغيره من الامارات كالكتابة و نحوها ، كان هذه معاطاة ايضا ، و لذا كان وصول الهدية الى المهدى اليه على يد الطفل الكاشف ايصاله عن رضى المهدى بالتصرف بل التملك كافيافي اباحة الهدية ، بل فى تملكها .

وفيه ان ذلك ، حسن ، الا انه موقوف اولا على ثبوت حكم المعاطاة من دون انشاء اباحة ، وتعليك ، والاكتفاء فيها بمجرد الرضا .

طرفا ، كما يتحقق بلا طرف اصلا (حتى لو فرضنا انه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق) بلا وجود طرف واحد ايضا (كاطارة الريح ، و نحوها ، ففترضنا) المالكان (على التصرف) وكان التراضى (باخبار صبي او بغيره من الامارات) كوساطة الحيوان فى هذه الايام ، فانه يضع النقود ياخذ السلعة كما فى بعض البلاد الغربية و (كالكتابة ، و نحوها ، كان هذه) المعاملة (معاطاة ايضا ، ولذا) الذى ذكرنا من كفاية الرضا المكشوف باية وسيلة كانت (كان وصول الهدية الى المهدى اليه على يد الطفل) : على ، متعلق بـ : وصول ، (الكاشف ايصاله عن رضى المهدى بالتصرف) اى تصرف المهدى اليه ، فى الهدية (بل) ب (التملك كافيافي اباحة الهدية بل فى تملكها) هذا حاصل كلام المحقق ، التلميذ لكاشف الغطاء .

(وفيه ان ذلك) الوجه فى تصحيح تصرف الصبي (حسن ، الا انه موقوف اولا : على ثبوت حكم المعاطاة من دون انشاء اباحة ، و) انشاء (تعليق ، والاكتفاء فيها) اى فى المعاطاة (بمجرد الرضا) و من المعلوم

.....

و دعوى حصول الانشاء بدفع الولى المال الى الصبى .

مدفوعة : بانه انشاء اباحة لشخص غير معلوم ، و مثله غير معلوم

الدخول فى حكم المعاطاة .

مع العلم بخروجه عن موضوعها .

و به يفرق بين مانحن فيه ، و مسألة ايصال الهدية بيد الطفل ، فانه

يمكن فيه دعوى تكون دفعه اليه للا يصل اباحة ، او تملكها كما ذكر ان اذن

ان الرضا شئ والمعاملة شئ آخر .

(ودعوى حصول الانشاء بدفع الولى المال الى الصبى) وكذا باعداده

الحمام للداخلين ، والخضر للمشتريين .

(مدفوعة : بانه انشاء اباحة لشخص غير معلوم ، و مثله) الذى ليس

الطرف معلوما فيه (غير معلوم الدخول فى حكم المعاطاة) .

(مع العلم) اى مع اننا نعلم (بخروجه عن موضوعها) اذ ليس هذا

معاطاة — قطعا — فانه ليس فيها اخذ وعطاء .

(وبه) اى يكون هذا ليس معاطاة (يفرق بين مانحن فيه) من معاملة

الصبيان (و) بين (مسألة ايصال الهدية بيد الطفل) . الذى نظرا المحقق

المذكور مسئلتنا به (فانه يمكن فيه) اى فى ايصال الهدية (دعوى كون

دفعه اليه) اى دفع الشئ — الهدية — الى الطفل (للايصال) الى

المهدى اليه (اباحة او تملك) .

اما المعاملة فتحتاج الى معلومية طرف المعاملة فع الجهل به

لا يكون المعاطاة (كما ذكر) بصيغة المجهول (ان اذن

.....

الولى للصبي فى الاعارة اذن فى انتفاع المستعير .

واما دخول الحمام ، وشرب الماء و وضع الاجرة ، و القيمة ، فلو حكم بصحتها بناء على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالية عن الانشاء انحصر صحتا وساطة الصبي فيما يكفى فيه مجرد وصول العوضين دون ما لا يكفى فيه .

والحاصل : ان دفع الصبي وقبضه ، بحكم العدم .

الولى للصبي فى الاعارة) بان يعير الشئ لشخص (اذن فى انتفاع المستعير) وهذا القدر كاف فى جواز تصرف المستعير .

(واما) تمثيل مانحن فيه ب (دخول الحمام ، وشرب الماء) واخذ الخضر (و وضع الاجرة ، و القيمة) فى المحل المعدلها (فلو حكم بصحتها) ما هو معاملة فتكون معاملة الصبي من قبيلها ، والصحة (بناء على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالية عن الانشاء ،) اى عن انشاء المعاملة (انحصر صحة وساطة الصبي) فى معاملاته (فيما) اى فى المورد الذى (يكفى فيه) ب (مجرد وصول العوضين) لوجود السيرة ، كالسيرة فى الحمام ، وشرب الماء (دون ما لا يكفى فيه) فيما لم تجد السيرة فلا يمكن ان نقول : بصحة معاملة الصبي مطلقا ، وننظرها بالحمام و شرب الماء .

(والحاصل : ان دفع الصبي وقبضه ، بحكم العدم) لعدم ترتيب

الشارع الاثر عليه .

.....
فكلما يكتفى فيه بوصول كل من العوضين الى صاحب الآخر - باى وجه اتفق - فلا يضّر مباشرة الصبى لمقدمات الوصول .
ثم ان ما ذكره مختص بما اذا علم ان شخص بالغ عاقل للصبى ، وليا كان ، ام غيره .
واما ما ذكره كاشف الغطاء اخيرا من صيرورة الشخص موجبا وقابلا .
ففيه اولا : ان تولى وظيفة الغائب ، وهومن اذن للصغير ، ان كان باذن منه .

(فكلما يكتفى فيه بوصول كل من العوضين الى صاحب) العوض (الاخر - باى وجه اتفق -) الوصول (فلا يضّر مباشرة الصبى لمقدمات الوصول) لانه بدون الصبى ايضا صحيح .
وكلما لا يكتفى فيه بمجرد الوصول ، لم يصح توسط الصبى .
(ثم ان ما ذكر) هذا المحقق فى تصحيح معاملة الصبى - مقدمة الوصول فقط - واما التعامل بين الولى والمشتري (مختص بما اذا علم اذن شخص بالغ عاقل للصبى ، وليا كان ، ام غيره) .
اما اذا لم يعلم واحتمل استقلال الصبى ، واذا ن غير المالك ممن لا مدخلية لاذنه ، فلا يأتى وجه الجواز المذكور .
(واما ما ذكره كاشف الغطاء اخيرا من صيرورة الشخص) الطرف للصبى (موجبا وقابلا ، ففيه) عدم استقامة ذلك .
اذ : يرد عليه (اولا ان تولى) المشتري (وظيفة) الولى (الغائب وهومن اذن) - بصيغة الماضى - (للصغير ان كان) هذا التولى (باذن منه) اى ،

فالمفروض انتفائه .

وان كان بمجرد العلم برضاه فالاكْتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل ، بل ممنوع .

و ثانياً ان المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الاطفال النيابة عن اذن للصبي .

ثم انه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآلية بالصبي ، ولا بالاشياء الحقيرة ، بل هو

من ذلك الغائب (فالمفروض انتفائه) اذ : لم يأذن الولي للمشتري ان يتولى الايجاب من قبله .

(وان كان) التولى (بمجرد العلم برضاه) فان المشتري يعلم ان الولي راض بان يتولى هو الايجاب من قبله (فالاكْتفاء به) اي بالرضا المجرد (في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل ، بل ممنوع) .

اذ : الرضا لا يوجب وكالة ، ولا بيعاً ، ولا ما شبهه .

الأتري انه اذ : علمنا ان زيداً راض بالبيع لم يتحقق البيع ، الا بعد اظهاره البيع بعقداً و معاطاة .

(و ثانياً ان المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الاطفال النيابة عن اذن للصبي) فلا يمكن تصحيح معاملتهم الخارجية بهذا الوجه .

(ثم انه) لو كان المناط في صحة معاملة الصبي كونه آله ، وان الايجاب والقبول يقعان بين الولي و المشتري ، ف (لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآلية بالصبي ، ولا بالاشياء الحقيرة ، بل هو) اي التصحيح بسبب الآلية

.....

جارفى 'المجنون' والسكران ، بل البهائم فى الامور الخطيرة .

اذ المعاملة اذا كانت فى الحقيقة بين الكبار ، وكان الصغير آله ، فلا

فرق فى الآلية بينه وبين غيره .

نعم : من تمسك فى ذلك بالسيرة ، من غير ان يتجشم لادخال ذلك

تحت القاعدة ، فله تخصيص ذلك الصبى ، لانه المتيقن من مورها ، كما

ان ذلك مختص بالمحقرات .

(جارفى المجنون والسكران ، بل البهائم فى الامور الخطيرة) ايضا .

(اذ : المعاملة اذا كانت فى الحقيقة بين الكبار) الولى والمشتري

(وكان الصغير آله) مجردة (فلا فرق فى الآلية بينه) اى بين الصغير (و

بين غيره) من المجنون والبهيمة .

(نعم : من تمسك فى ذلك) الجواز لمعاملة الصبيان (بالسيرة ، من

غير ان يتجشم) ويتعب (لادخال ذلك تحت القاعدة ، فله تخصيص ذلك)

الجواز (بالصبى ، لانه المتيقن من مورها) اى مورد السيرة (كما ان ذلك

مختص بالمحقرات) لان السيرة فيها فقط .

كما انالواستد للنابالآلية والرواية لنا ذلك ايضا ، لان الابتلاء فى

المحقرات ، وكذلك بالنسبة الى ما تقدم من الروايات .

((مسئلة))

ومن جملة شرائط المتعاقدين ، قصد هما لدول العقد السدى
يتلفظان به •

واشترط القصد بهذا المعنى فى صحة العقد ، بل فى تحقق مفهومه
مما لا خلاف فيه ، ولا اشكال ، فلا يقع من دون قصد الى اللفظ ، كما فى الغالط
او الى المعنى لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه بل بمعنى عدم تعلق ارادته
وان اوجد مدلوله بالانشاء كما فى الامر الصورى فهو شبه الكذب فى الاخبار

(مسئلة : ومن جملة شرائط المتعاقدين ، قصد هما لدول العقد
الذى يتلفظان به) فيما اذا اجرا صيغة العقد ، اما اذا تعامل بالامعاطاة
فاللازم قصد هما لدول التعاطى فى المعاطاة ، لان الفعل كالقول له
الدلالة ، فقد يراد به الدلالة ، وقد لا تراد به .

(واشترط القصد بهذا المعنى فى صحة العقد) حكما (بل فى
تحقق مفهومه) موضوعا ، حيث لا يسمى عقداً اذ لم يكن قصد (مما لا خلاف فيه
ولا اشكال ، فلا يقع) العقد (من دون قصد الى اللفظ ، كما فى الغالط) الذى
يريد التكلم بلفظ آخر ، فيسبق لسانه فيتكلم بلفظ ثان (او) من دون القصد
(الى المعنى - لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه -) اى فى المعنى (بل
بمعنى عدم تعلق ارادته) بالمعنى القصدى (وان اوجد مدلوله بالانشاء كما
فى الامر الصورى) فانه قصد اللفظ ، وقصد استعماله فى معناه ، لكنه لا يريد
تحقق معناه خارجا (فهو) فى الانشاء (شبه الكذب فى الاخبار) فان
الكاذب قصد اللفظ وقصد المعنى ، لكنه لا تحقق للمعنى فى الخارج -

.....
 كفاى الهازل ، او قصد معنى يغاير مدلول العقد ، بان قصد الاخبار
 او الاستفهام ، او انشاء معنى غير البيع مجازا ، او غلطا ، فلا يقع البيع ، لعدم
 القصد اليه ، ولا المقصود اذ اشترط فيه عبارة خاصة .

ثم انه ربما يقال : بعدم تحقق القصد فى عقد الفضولى ، والمكره كما
 صرح به فى المسالك ، حيث قال : انهما قاصدان الى اللفظ دون مدلوله
 وفيه انه : لا دليل على اشتراط ازيد من القصد المتحقق فى صدق
 مفهوم العقد

اخبارا - (كفاى الهازل) الذى ينشاء العقد هزلا لاجدا (او قصد) مجرى
 لفظ العقد (معنى يغاير مدلول العقد بان قصد من الاخبار) عن الماضى
 فى قوله : بعثك ، (او الاستفهام) بان قصد من : بعث ، : هل بعث ، (ا و
 انشاء معنى غير البيع مجازا) كما لو قصد بيع المنابع (او غلطا) بان اراد ان
 يقول : وهبت ، فقال : بعث ، (فلا يقع) فى هذه الصور (البيع ، لعدم القصد
 اليه ، ولا) يقع (المقصود) الذى جاء بلفظ البيع له غلطا واشتباها (اذا
 اشترط فيه) اى فى المقصود (عبارة خاصة) فاذا قال : بقصد النكاح : بعث
 لم يقع البيع ، لعدم القصد اليه ، ولا يقع النكاح : المقصود ، لاشتراط النكاح
 بعبارة خاصة هى لفظ انكحت - مثلا - .

(ثم انه ربما يقال : بعدم تحقق القصد فى عقد الفضولى ، والمكره)
 بالفتح (كما صرح به) اى بعدم القصد فيهما (فى المسالك ، حيث قال :
 انهما قاصدان الى اللفظ فقط) دون مدلوله ، وفيه انه : لا دليل على
 اشتراط ازيد من القصد المتحقق فى صدق مفهوم العقد (اما قصد كونه

.....

مضافا الى ماسيجي في ادلة الفضولى .

واما معنى ما فى المسالك ، فسيأتى فى اشتراط الاختيار .

واعلم : انه ذكر بعض المحققين ممن عاصروه ، كلاما فى هذا المقام فى انه هل يعتبر تعيين المالكين الذين يتحقق النقل والانتقال بالنسبة اليهما ام لا ؟ .

وذكر ان فى المسئلة اوجهها واقوالا .

هو المالك او قصد انه يعقد بالاختيار واشتراط تحققها - اى الملك والاختيار - فى تحقق المفهوم ، فلا (مضافا الى ماسيجى فى ادلة الفضولى) من صحة عقده وكيف يصح عقد لا قصد فيه ؟

(واما معنى ما فى المسالك فسيأتى فى اشتراط الاختيار) فى العقد ،

فان كلام المالك ليس على ظاهره - كما زعم - فاشكل عليه بما ذكرناه .

(واعلم انه ذكر بعض المحققين ممن عاصروه ، كلاما فى هذا المقام) اى

فى باب القصد (فى انه هل يعتبر تعيين المالكين الذين يتحقق النقل

والانتقال بالنسبة اليهما) اى الذى ينتقل اليه السلعة والذى ينتقل

اليه النقد (ام لا ؟) يعتبر التعيين .

(وذكر ان فى المسئلة اوجهها واقوالا) .

الاشتراط مطلقا .

وعدم الاشتراط مطلقا .

والاشتراط فى صورة قصد احدهما الى خصوصية الطرف ، مثلا : اذا

قصد البائع انتقال ملكه الى زيد ، لا الى غيره لا يصح ان يشتريه زيد ، و

.....

وان المسئلة فى غاية الاشكال، وانه قد اضطربت فيها كلمات الاصحاب
قدس الله ارواحهم فى تضاعيف ابواب الفقه •
ثم قال؛ وتحقيق المسئلة انه: ان توقف تعيين المالك على التعيين حال
العقد، لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعا اعتبر تعيينه فى النية أو مع
اللفظ به ايضا كبيع الوكيل والولى العاقد عن اثنين فى بيع واحد، والوكيل
عنهما والولى عليهما فى البيوع المتعددة

وكالة عن خالد •

وعدم الاشتراط فى صورة عدم القصد •

(وان المسئلة فى غاية الاشكال، وانه قد اضطربت فيها كلمات الاصحاب قدس
الله ارواحهم) معنى تقدس الروح تنزيهه عن الشوائب الموجبة لتعذيبه
(فى تضاعيف ابواب الفقه) اى اثنا •

(ثم قال: وتحقيق المسئلة انه ان توقف تعيين المالك على التعيين
حال العقد، لتعدد وجه وقوعه) اى وجه وقوع العقد (الممكن شرعا)
ذلك التعدد (اعتبر تعيينه) اى المالك (فى النية) والقصد (او مع
اللفظ به) اى يتلفظ به المالك (ايضا) اى بالاضافة الى النية، اذ لا يصح
اللفظ بدون النية (كبيع الوكيل، والولى العاقد عن اثنين فى بيع واحد
و) ذلك فيما كان (الوكيل) وكىلا (عنهما والولى عليهما) اى على المولى
عليهما (فى البيوع المتعددة) مثلا كان زيد وكىلا عن خالد وبكرو لا شترأ
دار لهذا ودار لهذا، فاشترى دارا واحدة لاهما، فانه يشترط ان يقصد
انها لخالد وبكرو وكذلك فيما اذا كان زيد وليا لطفلين، واشترى شيئا لاهما

.....
 فيجب ان يعين من يقع له البيع او الشراء من نفسه ، او غيره ، وان يميز
 البائع من المشتري ، اذا امكن الوصفان في كل منهما ، فاذا عين جهة خاصة
 تعينت ، وان اطلق فان كان هناك

فانه يشترط ان يقصد كون لهذا الطفل ، او ذاك الطفل .
 ثم لا يخفى : انما شرحنا عبارة الكتاب بحيث يكون قوله : والوكيل الخ ،
 من تنمة قوله : كبيع الوكيل ، ويحتمل في العبارة كون : والوكيل ، جملة
 مستقلة ، لكن ما ذكرناه اظهر .
 وعلى كل حال (فيجب ان يعين) الوكيل والولى (من يقع له البيع
 او الشراء من نفسه ، او غيره) .
 فاذا كان للوكيل دار ، ولموكله دار ، وقال : بعثك الدار ، لزم ان
 يقصد دار نفسه ، او دارموكله ،
 وكذلك اذا اراد شراء دار لنفسه وشراء دار لموكله ، فقال : للبائع
 اشتريت الدار ، لزم ان يقصد كون الاشتراء لنفسه او لموكله .
 وكذلك في الولي (وان يميز البائع من المشتري اذا امكن الوصفان)
 اى وصف البايعية والمشتريية (في كل منهما) كما لو اراد بيع دارموكله
 زيد ، بدار لموكله الآخر خالد ، فانه اذا قال : هذه الدار في مقابل تلك
 بيعا ، لم يتميز ان ايّهما البائع ، وايّهما المشتري ، لصلاحيّة كل منهما لذلك ،
 وكون الانسان بائعا او مشتريا ينتج في خيار الحيوان ونحوه ، فان
 خيار الحيوان للمشتري فقط على المشهور (فاذا عين جهة خاصة تعينت)
 لان الامر بيده والقصد قصده (وان اطلق) ولم يعين (فان كان هناك

.....
 جهة يصرف اليها الاطلاق ، كان كالتعيين ، كمالو دار الامر بين نفسه ، و
 بين غيره اذالم يقصد الابهام ، والتعيين بعد العقد . والّا وقع العقد لاغيا
 وهذا جار فى سائر العقود من : النكاح ، وغيره .
 والدليل على اشتراط التعيين ، ولزوم متابعتها فى هذا القسم
 انه لو لا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك معين فى نفس الامر .

جهة يصرف اليها الاطلاق ، كان كالتعيين) و ذلك (كمالو دار الامر بين
 نفسه و بين غيره) فان الاطلاق منصرف الى نفسه .
 وكذلك اذا كان و كيلا من اثنين ، و كان احدهما هو الموكل ،
 العمدة الذى ينصرف اليه ، اطلاق اشتراؤه لموكله .
 ولكن يشترط كون المنصرف هو مقصوده ايضا و لو اجمالا ، بان يقصد
 ما يفهم العرف من عقده ، و الالم ينفع الانصراف كما لا يخفى ،
 فان الانصراف معتبر (اذالم يقصد الابهام ، و) يقصد (التعيين بعد
 العقد) بان يقول : انما اعقد الآن ، ثم اعين هل البيع لنفسى او لموكلى ؟
 (والّا) بان قصد الابهام (وقع العقد لاغيا) و ذلك لعدم صدق العقد .
 (وهذا) الذى ذكرناه ، من لزوم التعيين فى البيع (جارفى سائر
 العقود من : النكاح ، وغيره) فاذا انكح الزوجة يلزم تعيين كونها لمن ؟ و
 كذلك العكس .

(والدليل على اشتراط التعيين ، ولزوم متابعتها) اى اتباع ما عينه
 (فى هذا القسم) من البيع ، القابل الانطباق على المتعدد .
 (انه لو لا ذلك) التعيين (لزم بقاء الملك بلا مالك معين فى نفس الامر)

.....
وان لا يحصل الجزم بشئ من العقود التى لم يتعين فيه العوضان
ولا بشئ من الاحكام والآثار المترتبة على ذلك .
وفساد ذلك ظاهر .

لانه حين لم يقصد هذا الموكل ، ولا ذاك الموكل ، فان خرج الملك من
البائع؟ لم يكن لهذا ولا ذاك ، اذ : لم يقصد احدهما ، ولا لكليهما لانه قصد
الواحد دون الاثنين ، فيبقى بلا مالك .

(وان لا يحصل الجزم بشئ من العقود التى لم يتعين فيه العوضان)
هذه الجملة بالنسبة الى ما ذكره بقوله : وان يميز البائع من المشتري ،
فانه اذا لم يعلم من البائع ومن المشتري؟ - فيما لو عاوض حيوانا بسلعة
- لزم ان لا يجزم بالعقد ، وان يكون مرددا بين ان يكون مالك الحيوان
البائع ، او مالك السلعة البائع .

وعدم الجزم خلاف المستفاد من الادلة على كون احكام العقود انما
هى فى البائع والمشتري .

والظاهر ان مراده بعدم الجزم ، عدم التعين واقعاً ، لان التعين
يتبع التعيين .

(و) يلزم ان (لا) يحصل الجزم (بشئ من الاحكام والآثار المترتبة على
ذلك) التعيين ، فمثلاً يهمله الخيار فى بيع الحيوان ؟

(وفساد ذلك) المحذور الذى بيّنه من قوله : لولا ذلك ، الى قوله :
على ذلك (ظاهر) لانه خلاف العقد العقلانى المتعارف الذى يشمل
دليل : أو فوا بال عقود .

ولا دليل على تأثير التعيين المتعقب، ولا على صحة العقد المبهم ،
لانصراف الادلة الى الشائع المعروف من الشريعة، والعادة ، فوجب
الحكم بعدمه .

وعلى هذا فلو اشترى الفضولى لغيره فى الذمة ، فان عين ذلك
الغير تعيين ، ووقف على اجازته ، سواء تلفظ بذلك ، ام نواه ؟ وان ابهم

(و) ان قلت : لا بأس بان يعين بعد تمام العقد فلا يضر الاجمال و
الاهمال والابهام حال العقد .

قلت : (لا دليل على تأثير التعيين المتعقب) فالاصل عدمه (ولا)
دليل (على صحة العقد المبهم ، لانصراف الادلة) الدالة على الوفاء
بالعقد ، وعلى اصاله صحة العقد (الى الشائع المعروف من الشريعة ،
والعادة) وليس على ما سواه دليل ، (فوجب الحكم بعدمه) كما لو باع
سلعته فضولا من انسان ، ثم اذا جاء شخص قال له : هل انت تقبل هذا
البيع ؟ او زوج بنته لانسان مجهول ثم اذا جاء رجل قال له : هل انت
تقبل ان تكون زوجا ؟ وهكذا .

(وعلى هذا) الذى ذكرنا من اشتراط التعيين (فلو اشترى الفضولى
لغيره فى الذمة) كما لو اشترى زيد دارا لانسان بذمة ذلك الانسان الف
دينار فى مقابل الدار (فان عين ذلك الغير) بان قال : اشتريت الدار
لمحمد (تعيين) لمحمد لكونه المشتري - فضولة - (ووقف) البيع (على
اجازته) لكونه فضوليا (سواء تلفظ بذلك) التعيين (ام نواه) فى قلبه (وان
ابهم) بان اشتراها لانسان ما ،

.....

مع قصد الغير بطل ولا يوقف الى ان يوجد له مجيز .

الى ان قال وان لم يتوقف تعيين المالك على التعيين حال العقد بان يكون العوضان معينين ، ولا يقع العقد فيهما على وجه يصح الالما لكهما .

ففى وجوب التعيين ، او الاطلاق المنصرف اليه ، او عدمه مطلقا ، او

(مع قصد الغير) بان قصد كون الدار مشتراة لانسان ، فى مقابل ما اذا قصد اشتراء الدار المنصرف الى كونها لنفسه (بطل) البيع (ولا يوقف) البيع (الى ان يوجد له مجيز) لما عرفت من بطلان غير المعين ، وان تعين بعد ذلك .

(الى ان قال) ذلك المحقق : يشترط تعيين المالكين (وان لم يتوقف تعيين المالك على التعيين) من العاقد (حال العقد) ر يتصور عدم التوقف (بان يكون العوضان معينين ، و) كان بحيث (لا يقع العقد فيهما) اى فى العوضين (على وجه يصح ، الالما لكهما) لعله فى قبال ما يصح العقد لغير المالك ايضا ، كما اذا اذن المالك ان يعقد زيد على ملك المالك لنفس زيد ، و قلنا : بصحة ذلك ، بان يدخل العوض فى ملك من لم يخرج المعوض عن ملكه - وان ادعى الشيخ رة سابقا عدم امكان ذلك - فتأمل .

(ففى وجوب التعيين) المالكين (او) كفاية (الاطلاق المنصرف اليه) اى الى التعيين (او عدمه) اى عدم كل من التعيين والاطلاق فلا حاجة الى التعيين ، و لا الى الاطلاق المنصرف ، بل يكفى الاطلاق وان لم يكن منصرفا (مطلقا) فى قبال التفصيل الآتى (او

.....
التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل ، وعدمه فيصح اوجه ، اقويها
الاخير ، و اوسطها الوسط ، واشبهها بالاصول ، الاولى
وفى حكم المعين ما اذا عين المال

التفصيل بين التصريح بالخلاف) كان يقول : بعت هذا الكتاب الذى لزيد
عن عمرو ، (فيبطل) العقد لان ما يصح لم يقصده ، وما قصده لا يصح (و
عدمه) اى عدم التصريح بالخلاف (فيصح) .

ولا يخفى ان القول بالصحة مطلقا يقول بالصحة حتى مع التصريح
بالخلاف ، لانه يرى ان قول العاقد : عن عمرو ، فى المثال ، زائد لا يخل بالعقد ،
فحاله حال ما اذا باع زيد ماله يوم السبت ، وقال : ابيعك هذا اليوم
فى هذا اليوم و هو يوم الجمعة ، فان قوله : يوم الجمعة ، زائد لا يضر
بالمعاملة (اوجه ، اقويها الاخير) لان التصريح بالخلاف تقييد موجب
للبطلان ، لان ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد ، (و اوسطها) فى القوة والضعف (الوسط)
اى ما اشار اليه بقوله : او عدمه ، وذلك لانه لا يشترط المالك فى العقد
وانما المهم العوضان ، لانهما ركنان للعقد — هذا الجانب الصحة —

واما وجه الفساد : لان العقود تتبع القصد ، و حيث لا قصد و امكن
كل من الصحة عن المالك ، و البطلان عن غير المالك ، لم يكن وجه للصحة
(واشبهها بالاصول ، الاولى) و هو ما اشار اليه بقوله : وجوب التعيين او
الاطلاق المنصرف اليه ، لان التعيين او الاطلاق المنصرف هو المتعارف
من العقود و اليه ينطبق : اوفوا بالعقود .

(وفى حكم المعين ما اذا عين المال) و ان لم يكن العوض معيناً

.....

بكونه فى ذمة زيد - مثلاً -

وعلى الاوسط لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه ، ولغى قصد كونه
عن الغير .

و لو باع مال زيد عن عمرو ، فان كان وكيلًا عن زيد صح عنه .

والا وقف على اجازته .

و لو اشترى لنفسه بمال فى ذمة زيد ، فان لم يكن وكيلًا عن زيد ، وقع
عنه و تعلق المال بذمته ، لاعتن زيد ليقف على اجازته

خارجا (بكونه فى ذمة زيد ، مثلاً) فانه تعيين للعوض الخاص وان لم
يكن عينًا خارجية .

(وعلى الاوسط) اى عدم اشتراط التعيين مطلقا ، لالفاظا ولا انصرافا
(لو باع مال نفسه عن الغير) مثلاً ما لو كانت الدار لزيد ، فقال لخالد :
بعثك هذه الدار عن بكر ، (وقع عنه) اى عن نفس المالك (ولغى قصد
كونه عن الغير) لانه غير قابل .

(و لو باع) خالد (مال زيد عن عمرو) ليدخل العوض فى كيس عمرو
(فان كان وكيلًا عن زيد صح) البيع (عنه) اى عن الموكل ، لاعتن : عمرو .

(والا) يكن البائع وكيلًا عن زيد (وقف) البيع (على اجازته) اى اجازة
زيد ، لان البيع وقع فضوليا .

(و لو اشترى) خالد (لنفسه بمال فى ذمة زيد ، فان لم يكن وكيلًا
عن زيد ، وقع) البيع (عنه) اى عن نفس خالد (و تعلق المال بذمته ،
لاعتن زيد) فالبيع منجز ، لافضولى (ليقف على اجازته) اى اجازة زيد ، ا و

.....

وان كان وكيلًا، فال مقتضى لكل من العقدين منفردا موجود، والجمع بينهما يقتضى الغاء أحدهما، ولما لم يتعين، احتمال البطلان للتدافع. وصحته عن نفسه، لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء، وترجيح جانب الاصاله. وعن الموكل،

اجازة نفس البائع —

وعليه فقول البائع: بمال فى ذمة زيد، لغو. (وان كان) البائع (وكيلا) عن زيد (فالمقتضى لكل من العقدين) فان قوله: قبلت البيع لنفسى: على مال فى ذمة زيد، بمنزلة عقدين: عقد نفسه، وعقد على ذمة زيد، والاول اصاله، والثانى وكالة. وحيث لا يمكن الجمع بين هذين العقدين نقول المقتضى لكل منهما (منفردا) لا مجتمعا مع الآخر (موجود) لانها تى بهما فى قبوله (والجمع بينهما) اى بين العقدين فى صيغة القبول (يقتضى الغاء أحدهما) لعدم مكان الجمع بان يكون المال للعاقدين. لزيد معاملا مستقلا لكل واحد منهما (ولما لم يتعين) أحدهما لعدم اولوية هذا العقد من ذاك (احتمل البطلان) للبيع، اطلاقا (للتدافع) بين المقتضيين (و) (احتمل صحته) اى العقد (عن نفسه) وبطلان قوله: على مال زيد، (لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء) الذى جمع العاقد نفسه الى موكله فى القبول (و) (ل) ترجيح جانب الاصاله فان النفس مقدم على الغير، اذ: الاصاله حاصلة تكويننا، والوكالة طارئة. (و) (احتمل صحة العقد) (عن الموكل) فالبيع له، دون نفس العاقد

لتعين العوض في ذمة الموكل فقصد كون الشراء لنفسه لغو، كما في المعين
ولو اشترى عن زيد بشئ في ذمته فضلا ولم يجز فاجاز عمرو لم يصح
عن احدهما .

وقس على ما ذكر : حال ما يرد من هذا الباب .
ولا فرق على الاوسط في الاحكام المذكورة بين النية المخالفة والتسمية

(لتعين العوض في ذمة الموكل) لان العاقد قال : في ذمة زيد ، (فقصد
كون الشراء لنفسه لغو) و ذلك (كما في المعين) - اي غير الذمي - كما
لو قال : اشتريت هذه السلعة بهذه العين الخارجية التي هي لزيد ،
لنفسى ، فكما ان لفظة : لنفسى ، باطلة ، كذلك فيما اذا كان المال : في ذمة
زيد ، لا عيناً خارجية .

(ولو اشترى عن زيد) الغائب بان صار زيد بائعا (بشئ في ذمته)
اي ذمة نفسه (فضلا ولم يجز) بان صار الامر متوقفا على اجازة زيد (فاجاز
عمرو) البيع بان تخرج السلعة عن ملك عمرو ، في مقابل الثمن الذي يخرج
عن مال البائع (لم يصح عن احدهما) اما عن زيد فلانه لم يجز ، واما عن
عمرو ، فلانه لم يكن طرف المعاملة .

(و قس على ما ذكر ، حال ما يرد من هذا الباب) من الفروع .
(ولا فرق على) الاحتمال (الاوسط) و هو قوله : او عدمه مطلقا (في
الاحكام المذكورة) مثل قوله : وعلى الاوسط لو باع مال نفسه ، (بين النية
المخالفة) كان يبيع مال نفسه بنية : كونه عن الغير ، (والتسمية) كما
لو قال : ابيع مال نفسى عن زيد .

و يفرق بينهما على الاخير ، و يبطل الجميع على الاول انتهى كلامه
اقول مقتضى المعاوضة ، و المبادلة ، دخول كل من العوضين فى
ملك مالك الآخر .

والالم يكن كل منهما عوضا ، و بدلا .
وعلى هذا فالقصد الى العوض و تعيينه يغنى عن تعيين المالك .

(و يفرق بينهما على) الاحتمال (الاخير) و هو : التفصيل بين
التصريح بالخلاف فيبطل ، وعدمه فيصح (و يبطل الجميع على) الاحتمال
(الاول) و هو وجوب التعيين ، او الاطلاق المنصرف اليه ، لانه اذا نوى
الخلاف ، او صرح بالخلاف لاتعيين ، ولا انصراف (انتهى كلامه) اى كلام
بعض المحققين ممن عاصروه .

(اقول مقتضى المعاوضة) و كون شئ عوضا عن شئ آخر (والمبادلة)
و كون شئ بدلا عن آخر (دخول كل من العوضين فى ملك مالك) العوض
(الآخر) فتدخل السلعة فى ملك مالك الثمن — كعلت — و يدخل الثمن
فى ملك مالك السلعة — كمحمّد —

(والّا) يدخل كل واحد فى ملك مالك الآخر (لم يكن كل منهما
عوضا ، و بدلا) و اذا انتفت المعاوضة انتفى البيع ، لانه مبادلة مال بمال .
(وعلى هذا) المعيار (فالقصد الى العوض و تعيينه) بان يقصد
البائع : هذا عوض ذاك ، (يغنى عن تعيين المالك) لانه لا ركنية للمالك ،
نعم فى النكاح الركن هو الزوج و الزوجة

الا ان ملكية العوض ، وترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك
فان من الاعواض ، ما يكون متشخصا بنفسه فى الخارج كالاعيان .
ومنها ما لا يتشخص الا باضافته الى مالك ، كما فى الذم لان ملكية
الكلى لا تكون الا مضافا الى ذمة .

و اجراء احكام الملك على مافى ذمة الواحد المرء ديين شخصين
فصاعداً

(الا ان ملكية العوض ، وترتب آثار الملك عليه ، قد يتوقف على تعيين
المالك) لان العوض لا يتعين الا باضافة الى المالك الخاص .
وذلك (فان من الاعواض) جمع عوض (ما يكون متشخصا بنفسه فى الخارج
كالاعيان) الخارجية فلا تحتاج - حال المبادلة - الى الاضافة الى مالها .
(ومنها) اى من الاعواض (ما لا يتشخص الا باضافته الى مالك) ما (كما
فى الذم) مثلهذا الدينار الخارجى له مالك خاص ، اما : دينار ، كلى ،
ليس له مالك خاص ، الا اذا اضيف الى ذمة شخص خاص (لان ملكية الكلى)
اى تحقق الملكية ، فى الامر الكلى (لا تكون الا مضافا) ومنسوبا (الى
ذمة) خارجية .

(و) ان قلت : لا حاجة الى الاضافة الى ذمة خارجية ، فانه يكفى
الاضافة الى ذمة ما ، فاذا قال : بعت هذا دينارا فى ذمة ما ، ثم قبله لزيد كان البيع
لزيد .

قلت : (اجراء احكام الملك على مافى ذمة الواحد المرء ديين
شخصين فصاعدا) كثلاثة اشخاص ، واربعة ، فالدينار الكلى فى ذمة ما

.....

غير معهود .

فتعين الشخص فى الكلى ، انما يحتاج اليه لتوقف اعتبار ملكية ما
فى الذم على تعيين صاحب الذمة .

افصح على ما ذكرنا : ان تعيين المالك مطلقا غير معتبر ، سواء فى
العوض المعين ، اوفى الكلى ، وان اعتبار التعيين فيما ذكره من الامثلة
فى الشق الاول من تفصيله انما هو لتصحيح ملكية العوض بتعيين من
يضاف الملك اليه ، لا لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص — بعد

له مالية ، وقابلة لكونه ثمنا (غير معهود) فلا يشمل اطلاق : **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**
(فتعين الشخص) المضاف اليه : دينار ، (فى الكلى ، انما يحتاج
اليه) اى الى الشخص (لتوقف اعتبار ملكية ما فى الذم على تعيين صاحب
الذمة) اذ : لولا التعيين ، لم تحصل الملكية التى هى ملك المعاملة .
وعلى هذا ففى الكلى ايضا لا حاجة الى تعيين المالك فى المبادىء
انما الحاجة اليه لاجل توقف الملكية عليه .

(فصح على ما ذكرنا ان تعيين المالك) فى باب المعاملة (مطلقا) فسر
بقوله : سواء ، (غير معتبر ، سواء) كان (فى العوض المعين ، اوفى) العوض
(الكلى ، وان اعتبار التعيين فيما ذكره) هذا المحقق (من الامثلة ففى
الشق الاول من تفصيله) وهو اعتبار وجوب التعيين ، والاطلاق المنصرف
اليه (انما هو لتصحيح ملكية العوض) الملكية الحاصلة (بتعيين من يضاف
الملك اليه) اذ : لولا الاضافة ، لم يمكن ملك اصلا . (لا لتوقف المعاملة على
تعيين ذلك الشخص — بعد

فرض كونه مالكا - .

فان من اشترى لغيره فى الذمة اذالم يعين الغير لم يكن الثمن ملكا لان مافى الذمة اذالم يضاف الى شخص معين ، لم يترتب عليه احكام المال ، من جعله ثمننا او ثمننا .

وكذا الوكيل ، او الولي العاقد عن اثنين فانه اذا جعل العوضين فى الذمة ، بان قال : بعت عبدا بالف ، ثم قال : قبلت ، فلا

فرض كونه مالكا -) فانه لولا الاضافة ، لملك ولا مالك ، لانه يكون هناك ملك و مالك ، و انما يحتاج المعاملة الى التعيين .

(فان من اشترى لغيره فى الذمة) بان اشترى زيد سلعة لانسان ، بان يكون ثمنها فى ذمة ذلك الانسان (اذالم يعين الغير) لفظا ولا قصدا (لم يكن الثمن ملكا) فلا يحصل الاشتراء اصلا (لان مافى الذمة اذالم يضاف الى شخص معين لم يترتب عليه) اى على مافى الذمة (احكام المال ، من جعله ثمننا او ثمننا) .

فكما لا يصح بيع داره بالف دينار فى ذمة ما ، كذلك لا يصح اشتراء دار ما موصوفة بالف دينار عنده ، لان : الالف ، فى الاول و : الدار ، فى الثانى ، ليسا بجالين ، اذالم يكن لهما مالك خاص .

(وكذا الوكيل ، او الولي العاقد عن اثنين) بان وكله كل واحد منهما بان يشتري عبدا له بالف ، و يبيع عبدا له بالف (فانه اذا جعل العوضين فى الذمة ، بان قال : بعت عبدا بالف) ولم يعين هل المراد عبد زيد ، و الف عمرو ، او العكس ؟ (ثم قال : قبلت) لا يتحقق العقد (فلا

.....

يصير العبد قابلاً للبيع، ولا الالف قابلاً للاشتراء به، حتى يسند كلاهما الى معين، او الى نفسه من حيث انه نائب عن ذلك المعين، فيقول: بعث عبداً من مال فلان، بالف من مال فلان، فيمتاز البائع عن المشتري .
واما ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما اذا كان العوضان معينين .
فالمقصود اذا كان هـى :المعاوضة الحقيقية التى قد عرفت ان من لوازمها العقلية، دخول العوض فى ملك

يصير العبد قابلاً للبيع، ولا الالف قابلاً للاشتراء به) اى بكونه ثمناً (حتى يسند كلاهما الى معين) كان يقول :- اوينوى -عبد زيد بالف عمرو وعبد عمرو بالف زيد (او الى نفسه) كان يقول: عبدى بالف زيد، او عبد زيد بالف عن نفسى . من حيث انه نائب عن ذلك المعين) :من حيث متعلق ب :الى معين فيقول :بعث عبداً من مال فلان، بالف من مال فلان، فيمتاز البائع عن المشتري) او عبداً من مالى بالف من مال فلان او عبداً من مال فلان بالف من مالى .

وبهذا اكله تحقق ان اشتراط التعيين فى كلام المحقق صحيح .
لكنه لا لما ذكره ، بل لعدم تحقق المالية فى الكل الذى لم يصف الى احد .

(واما ما ذكره من الوجوه الثلاثة) اى وجوب التعيين ، او عدمه، او التفصيل (فيما اذا كان العوضان معينين) لا كليين .
(فالمقصود اذا كان هـى المعاوضة الحقيقية التى قد عرفت ان من لوازمها العقلية) حتى يتحقق صدق المعاوضة (دخول العوض فى ملك

مالك المعوض تحقيقا لمفهوم العوضية والبدلية، فلاحاجة الى تعيين من ينقل عنهما واليهما العوضان .

واذا لم يقصد المعاوضة الحقيقية، فالبيع غير منعقد، فان جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوض، فقال : ملكتك فرسى هذا بحمار عمرو، فقال المخاطب : قبلت؛ لم يقع البيع لخصوص المخاطب، لعدم مفهوم المعاوضة معه .

مالك المعوض (وذلك (تحقيقا)) اي لاجل ان يتحقق (لمفهوم العوضية و البدلية، فلاحاجة الى تعيين من ينقل عنهما واليهما العوضان) اي البائع والمشتري .

اذ: قد عرفت ان الركن في المعاوضة تعيين العوضين، لا المالكين نعم: في النكاح الركن تعيين المالكين .

(واذا لم يقصد المعاوضة الحقيقية فالبيع غير منعقد) اصلا، فلاحاجة الى التعيين .

والحاصل ان الالوجه الثلاثة، لاوجه لها على كلا التقديرين (فان جعل العوض (والثلث (من عين مال غير المخاطب) الذي هو طرف البيع، المخاطب (الذي ملكه) المتكلم (المعوض فقال :) للمخاطب (ملكتك فرسى هذا بحمار عمرو، فقال المخاطب : قبلت) حيث خرج من كيس عمرو لحماره، بدون ان يدخل في كيسه شئ ودخل في كيس المخاطب الفرس، بدون ان يخرج من كيسه شئ .

فعليه (لم يقع البيع لخصوص المخاطب، لعدم مفهوم المعاوضة معه) اذ: لم

.....

وفى وقوعه اشتراءاً فضولياً للعمرو كلام يأتى .

واما ما ذكره من مثال : من باع مال نفسه عن غيره .

فلا اشكال فى عدم وقوعه عن غيره ، والظاهر وقوعه عن البائع ، و

لغوية قصده عن الغير ، لانه امر غير معقول ، لا يتحقق القصد اليه حقيقة ، و

هو : معنى لغويته .

ولذا

يخرج من كيسه شئ (وفى وقوعه) اى البيع (اشتراءاً فضولياً للعمرو) بان يكون كاف : ملكتك ، لغوا ، وانما يبدل الفرس بالحمار ، فاذا خرج الحمار

عن كيس عمرو دخل الفرس فى كيسه (كلام يأتى) من حيث احتمال عدم

الفضولية ، لان عمرو ليس مقصوداً بالمعاملة ، واحتمال الفضولية ، لان

مقتضى التبديل بماله ، كونه طرف المعاملة فضولياً .

(واما ما ذكره من مثال : من باع مال نفسه عن غيره) كان يقول : بيعتك

فرسى عن زيد فى مقابل حمارك ، حتى يدخل الحمار فى كيس زيد ، لا

فى كيس صاحب الفرس .

(فلا اشكال فى عدم وقوعه عن غيره) كزيد فى المثال (والظاهر

وقوعه عن البائع) فیدخل الحمار فى ملك العاقد الذى هو صاحب الفرس

(ولغوية قصده) اى البائع (عن الغير) كزيد (لانه) اى كونه عن الغير (امر

غير معقول ، لا يتحقق القصد اليه حقيقة ، و هو) اى عدم تحقق القصد

حقيقة (معنى لغويته) فان ما لا يقصد لغو .

(ولذا) الذى ذكرنا من عدم معقولية المبادلة ، اذا خرج المعوض

لو باع مال غيره عن نفسه ، وقع للغير ، مع اجازته كما سيجيء ، ولا يقع عن نفسه ابداً .

نعم لو ملكه ، فاجاز ، قيل بوقوعه له ، لكن لا من حيث ايقاعه اولاً لنفسه فان القائل به لا يفرق حينئذ بين بيعه عن نفسه او عن ماله فقصود وقوعه

من كيس غير من دخل العوض في كيسه (لو باع مال غيره عن نفسه) كما لو قال : بعثك دار زيد عن نفسي ، حتى يدخل ثمن الدار في كيس البائع لا في كيس زيد (وقع) البيع (للغير ، مع اجازته) اي اجازة ذلك الغير ، فالدار تخرج عن ملك زيد ليدخل المثلث في ملكه (كما سيجيء) الكلام فيه لانه باع داره فضولة فاذا اجاز صاحب الدار جاز البيع ،

اما قول البائع : عن نفسي ، فذلك لغو ، لانه غير معقول كما مر مراراً (ولا يقع) البيع (عن نفسه) نفس البائع (ابداً) ، وقطعاً .

(نعم لو ملكه) اي ملك المالك ما باعه عن نفسه ، كما لو باع فرس زيد عن نفسه ، فملك زيد الفرس للبائع (فاجاز) البائع — بعد تملكه الفرس — البيع الذي اوقعه سابقاً (قيل بوقوعه) البيع (له) اي لنفسه (لكن لا من حيث ايقاعه اولاً) البيع (لنفسه) بل هو من قبيل : من باع ثم ملك ، (فان القائل به) اي بوقوع البيع — بعد تملك المالك المتاع المباع للبائع — لا يفرق حينئذ) اي حين تملك المالك السلعة للبائع (بين بيعه عن نفسه) بان باع اولاً فرس زيد عن نفسه (او عن ماله) فضولة .

وعلى كل حال (فقصد) البائع — غير المالك — (وقوعه) اي البيع

.....

عن نفسه لغو دائما، ووجوده كعدمه .

الا ان يقال : ان وقوع بيع مال نفسه لغيره انما لا يعقل اذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية ، لم لا يجعل هذا قرينة على عدم ارادته من البيع المبادلة الحقيقية .

او على تنزيل الغير منزلة نفسه فى ملكية

(عن نفسه لغو دائما) سواء اجاز المالك البيع ، وحينئذ يكون البيع للمالك ، او ملك المالك البائع السلعة ثم اجاز البائع ما باعه اولا ، وحينئذ يكون البيع للبائع ، لكن بعد تحقق تملكه (ووجوده) اى : عن نفسه ، (كعدمه) لا ينفع فى الصورتين .

ثم حيث تصورنا مكان وقوع البيع عن المالك البائع فى مثال : بعثك فرسى عن زيد ، اراد المصنف نفى هذا التصور ، وان البيع باطل اطلاقا ، فلا يمكن ان نصحه عن نفس البائع ايضا ،

فقال : (الا ان يقال : ان وقوع بيع مال نفسه لغيره) اى عن غيره (انما لا يعقل اذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية) لما عرفت من لزوم التبادل فى العوضين .

لكن (لم لا يجعل هذا ؟) اى قوله : عن زيد ، (قرينة على عدم ارادته من البيع ، المبادلة الحقيقية) وانما يريد ان يقول للمخاطب : اعطيك فرسى لتعطى حمارك لزيد ، وهذا ليس بيعا ، ولا يترتب عليه احكام البيع .

(او) يحمل (على تنزيل الغير) كزيد فى المثال (منزلة نفسه فى ملكية

.....
 المبيع كما سيأتى : ان المعاوضة الحقيقية فى بيع الغاصب لنفسه ، لا
 يتصور الا على هذا الوجه .

و حينئذ فيحكم ببطلان المعاملة ، لعدم قصد المعاوضة الحقيقية
 مع المالك الحقيقى .

ومن هنا ذكر العلامة ، وغيره فى عكس المثال المذكور انه لو قال
 المالك

المبيع) كالفرس فى المثال - وهذا ايضا باطل ، اذ ليس غير المالك مالكا
 وان نزل منزلة المالك (كما سيأتى) مثل هذا التنزيل - عكسيا - (ان
 المعاوضة الحقيقية فى بيع الغاصب لنفسه ، لا يتصور الا على هذا الوجه)
 اى تنزيل الغاصب نفسه منزلة المالك .

ففى مانحن فيه ينزل المالك نفس زيد ، منزلة المالك ، وفى بيع
 الغاصب ينزل الغاصب نفسه منزلة المالك ، وفى الاول يجعل مال نفسه
 كانه مال غيره ، وفى الثانى يجعل مال غيره كانه مال نفسه .

(وحينئذ) اى حين التنزيل المذكور (فيحكم ببطلان المعاملة ، لعدم
 قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقى) والمالك التنزلى لا ينفع فى
 صحة المعاوضة ، اذ : التنزيل لا يجعل غير المالك مالكا ، سواء فى بيع مال
 نفسه عن زيد ، او فى بيع الغاصب مال زيد عن نفسه .

(ومن هنا) الذى ذكرنا انه لا يصح بيع المال عن الغير - بالتنزيل -
 (ذكر العلامة وغيره فى عكس المثال المذكور) المثال المذكور هو بيع
 الانسان مال غيره عن نفسه (انه لو قال المالك) للدار المرهونة عند زيد ،

.....

للمرتهن: بعه لنفسك، بطل .

وكذا الودفع مالا الى من يطلبه الطعام وقال: اشتره لنفسك طعاما
هذا ولكن الاقوى: صحة المعاملة المذكورة، ولغوية القصد المذكور
لانه راجع الى ارادة ارجاع فائدة البيع الى الغير، لاجعله احد ركضى
المعاوضة .

((المرتهن)) (للمرتهن : بعه لنفسك) حتى يكون الدار مبيعة عين
المرتهن— لاعتن الراهن— (بطل) لان المرتهن ليس مالكا حتى يكون البيع
عن نفسه، وانما اللازم ان يبيع عن المالك ثم ليستوفى دينه من الثمن
الذى هو للمالك .

(وكذا) يبطل (لودفع مالا الى من يطلبه الطعام) كما لو طلب الفقير
من زيد خبزاً، فدفعت الى الفقير عشرة (وقال: اشتره لنفسك طعاما) .
اذلا يمكن ان يخرج العشرة من كيس المعطى ليدخل الخبز فى
كيس الفقير .

نعم يصح ان يهبه العشرة، او يشتري الخبز للمعطى ثم يهبه
الخبز— مثلاً .

(هذا) تمام الكلام فى وجه البطلان (ولكن الاقوى صحة المعاملة
المذكورة) وهى مالو باع مال نفسه عن زيد (ولغوية القصد المذكور) أى قصد
كونه عن الغير (لانه) أى القصد المذكور (راجع الى ارادة) البائع المالك
(ارجاع فائدة البيع الى الغير) الذى هو زيد فى المثال (لاجعله) أى
الغير (احد ركضى) المعاوضة (بمعنى كون المال يدخل فى كيسه— ابتداءً)

واما حكمهم ببطلان البيع فى مثال الرهن واشتراء الطعام .

فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب ، لان المخاطب اذا قال :بعته لنفسى

او اشتريته لنفسى ، لم يقع لمالكه اذا اجازه .

وبالجملة : فحكمهم بصحة بيع الفضولى ، وشرائه لنفسه ، ووقوعه للمالك

يدل

بعد خروج المثمن من كيس البائع .

(واما حكمهم ببطلان البيع فى مثال الرهن) فيما لو قال الراهن للمرتهن :

بعه لنفسك ، مع انه لوصح : بعت فرسى عن زيد ، لصح فى الرهن ايضا

لان كليهما من واحد (و) مثال : (اشتراء الطعام) فيما لو قال له : اشتر

بهذه العشرة خبزاً لنفسك .

(فمرادهم) بالبطلان (عدم وقوعه) اى البيع (للمخاطب) فلا يدخل

بدل الرهن فى كيس المرتهن ، ولا الخبز فى كيس الفقير (لا) ان مرادهم

البطلان حقيقة ، فليس مرادهم (ان المخاطب اذا قال) فى باب الرهن

(بعته لنفسى ، او) فى باب الخبز (اشتريته لنفسى ، لم يقع) البيع

(لمالكه) صاحب الوثيقة ، وصاحب العشرة (اذا اجازه) اى اجاز البيع

لان البيع لنفسى المخاطب يقع فضوليا ، اذله ، لا يقع ، وللمالك لم يكن مأذونا

فان المالك اذن البيع للمخاطب ، لانه اذن البيع لنفسه .

(وبالجملة فحكمهم بصحة بيع الفضولى ، وشرائه لنفسه) فيما اذا اخذ

الغاصب دار زيد ، ثم باعها لنفسه او غصب دراهم زيد واشترى بها سلعة

لنفسه (ووقوعه) اى البيع (للمالك) ان اجاز بيع الغاصب الفضول (يدل ،

.....

يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك .

ثم ان ما ذكرنا كله حكم وجوب تعيين كل من البائع والمشتري ، من يبيع له ويشترى له .

واما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب والقابل لخصوص البائع فيحتمل اعتباره ، الا فيما علم من الخارج عدم ارادة خصوص المخاطب

على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك) لانه يوجب البطلان .
ففيما نحن فيه ايضا من مثال الفرس ونحوه يقع البيع ، ويلغو قصدانه عن الغير .

(ثم ان ما ذكرنا كله) من الاحكام السابقة الدائرة حول لزوم التعيين فى كل من البائع والمشتري (حكم وجوب تعيين كل من البائع والمشتري ، من يبيع له ويشترى له) حتى لا يعين البائع نفسه عوض المالك للمثمن ، او لا يعين المشتري نفسه عوض المالك للمثمن ، فلا يقول : بعث فرس زيدا لنفسى ، او : اشتريت فرسك بمال زيد .

(واما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب) بان يعرف المشتري ان المعوض لمن ؟ (و) تعيين (القابل لخصوص البائع) بان يعرف البائع ان الثمن لمن ؟ حتى ان الرجل اذا ذهب الى دكان العطار ليشتري السكر ، عرف العطار ان القابل مالك الثمن ، او هو وكيل عن غيره ، و عرف القابل ان العطار هو المالك للسكر ، او وكيل عنه (فيحتمل اعتباره) فيجب ان يعرف كل منهما المالك للمثمن والثمن (الا فيما علم من الخارج عدم ارادة خصوص المخاطب

.....

لكل من المتخاطبين كما في غالب البيوع والاجارات فحينئذ يراد من ضمير
المخاطب في قوله ملكتك كذا، او منفعة كذا بكذا هو المخاطب بالاعتبار
الاعم، من كونه مالكا حقيقيا او جعليا كالمشتري الغاصب او من هو بمنزلة
المالك باذن او ولاية ويحتمل عدم اعتباره الا فيما علم من الخارج ارادة،
خصوص الطرفين، كما

لكل من المتخاطبين) البائع والمشتري (كما في غالب البيوع والاجارات)
حيث ان مهم البائع، بيع سلعته سواء كان القابل اصيلا او كيلا، وكذا لك
في المشتري، وهكذا في باب الاجارة .
(فحينئذ) اى حين كان المراد البيع والاجارة في الجملة دون
خصوصية للموجب والقابل (يراد من ضمير المخاطب في قوله) في البيع
(ملكتك) او بعثتك (كذا او) في الاجارة ملكتك (منفعة كذا) كالدار (بكذا)
من الثمن - في الاول - ومن الاجرة - في الثانى - (هو المخاطب) لاعتبار
انه المشتري، والذى يريد اجارة الدار لنفسه، بل (بالاعتبار ا لاعم، من كونه
مالكا حقيقيا او جعليا) اى من جعل نفسه مالكا، وليس بمالك (كالمشتري
الغاصب) والغاصب للاجرة في اجارة الدار (او من هو بمنزلة المالك باذن)
كما لو وكل عبده في ان يشتري السكر فقول العطار للعبد : بعثك، يراد
بالكاف انه مخاطب، وطرف للكلام، لانه مالك الثمن (او ولاية) على الصغير
والمجنون وما شبه (ويحتمل عدم اعتباره) اى تعيين المشتري والبائع - و
هذا عطف على قوله : يحتمل اعتباره، (الا فيما علم من الخارج اراد مخصوص
الطرفين، كما) في ما لو علمنا ان البائع انما يريد بيع سلعته لزيد، لا لغيره، او

فى النكاح ، والوقف الخاص ، والهبة ، والوكالة والوصية ، الاقوى هو الاول ، عملا بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية ، وتبعية العقود ، للقصد .

وعلى فرض القول الثانى ، فلو صرح بارادة خصوص المخاطباتبع قصده فلا يجوز للقابل

ان صاحب الدار يريد ايجارها للعمرو ، وكما (فى النكاح) حيث يقصد الزوج الخاص والزوجة الخاصة ، فلا يصح ان تقول المرئة : زوجتك نفسى وتريد بالكاف انه طرف الخطاب ، ولا تعلم انه الزوج او غيره (والوقف الخاص) فيما لو قال : وقفت هذا لك ولذريتك (والهبة) فان الواهب يريد الهبة للمخاطب ، لا لكل احد (والوكالة ، والوصية) عملا و ملكا ، بان يريد الوصى الخاص ، ويريد الوصية بالمال لشخص خاص .

(الاقوى : هو الاول) وانه يعتبر تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البائع ، الا فيما علم من الخارج عدم ارادة الخصوصية (عملا بظاهر الكلام) اى كاف الخطاب (الدال) هذا الظاهر (على قصد الخصوصية) ، وذلك لاجل (تبعية العقود للقصد) لان العقد انشاء بصورة خاصة ، فاذا لم يتحقق تلك الصورة الخاصة لم يكن عقد ، فلا يشملنه دليل : او فوا بالعقد .

(وعلى فرض القول الثانى) وهو عدم اعتبار الخصوصية الا فيما خرج (فلو صرح بارادة خصوص المخاطب) بان قال البائع : انما اريد ان ابيع هذا الشئ لك ، لا لغيرك (اتبع قصده فلا يجوز) اى لا يصح (للقابل

ان يقبل عن غيره •

قال فى التذكرة : لو باع الفضولى ، او اشترى مع جهل الآخر ، فاشكال ينشاء من ان الآخر انما قصد تمليك العاقد •

وهذا الاشكال وان كان ضعيفا ، مخالفا للاجماع ، والسيرة ، الا انه مبنى على ما ذكرنا من مراعات ظاهر الكلام •

وقد يقال : فى الفرق بين البيع وشبهه ، وبين النكاح

ان يقبل عن غيره) لان غيره ليس مقصودا •

(قال فى التذكرة : لو باع الفضولى ، او اشترى مع جهل الآخر) بانه

فضول (فاشكال) فى صحة البيع (ينشاء من) جهة (ان) الطرف (الآخر) للفضول (انما قصد تمليك العاقد) ولم يعلم انه فضولى يتوقف بيعه على اجازة غيره ، مثلاً باع زيد داره من عمرو فى مقابل الف دينار ، وكان عمرو فضولا لا يملك الف ، وانما اخذ الف من مال خالد ، فلزيد الحق فى ان يسحب داره ، لانه باعها لعمرو ، ولم يعلم بانه فضول يوجب توقف المعاملة على الاجازة ، قال الشيخ :

(وهذا الاشكال) من العلامة (وان كان ضعيفا ، مخالفا للاجماع ،

والسيرة) لصحة بيع الفضولى عند الفقهاء (الا انه) اى الاشكال (مبنى على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام) الدال على ان المقصود هو المخاطب لا غيره •

(وقد يقال : فى الفرق بين البيع وشبهه) الذى لا يعتبر فيه العلم

بكون طرف الكلام هو الاصيل او الوكيل وشبهه (وبين النكاح) المعتبر

ان الزوجين فى النكاح ، كالعوضين فى سائر العقود ، و يختلف
الاعراض باختلافها فلا بد من التعيين

فيه العلم (ان الزوجين فى النكاح ، كالعوضين فى سائر العقود) البيع ، و
الاجارة ، والرهن ، وغيرها .

(و يختلف الاعراض باختلافها) فان اجارة الدار غير اجارة الدكان
و بدل الايجار اذا كان عشرة غير ما اذا كان عشرين .

و هكذا فى النكاح ، فان تزويج بنت زيد الصغيرة ، غير تزويج بنته
الكبيرة ، كما ان تزويج بنته يزيد ، غير تزويج بنته بعمره (فلا بد من التعيين)
فى العوضين فى سائر العقود ، و فى الزوجين فى باب النكاح .

قالوا والمراد : بالمعين ، فى النكاح فى مقابل امور ستة - وان امكن
ادراج بعضها فى آخر -

المهم كان يزوج بنته من احدهما .

والكللى كان يزوجهما من انسان ما .

و المردد كان يقول لزيد : زوجتك بنتى ، ولا يعلم ان المخاطب هو
الزوج ، او وكيله - كما لو قال : بعثك الكتاب ولم يعلم انه المشتري وغيره لم يضر .
و غير الموجود كما لو زوج بنته لابن زيد ، و هو بعد ليس بموجود ،
كما يصح الوقف لمثله فى الجملة .

و المشترك كزوجة لزوجين ، او زوجتين لزوج اشتراكا بمعنى ان يكون
نكاح واحد له آثارا واحدة من النفقة والاطاعة و القسم للزوجتين .

و من لم يعلم صحة النكاح بالنسبة اليه كتزويج نفسها لمخضر عليه السلام ،

.....

و تواردا لايجاب و القبول على امر واحد، و لان معنى قوله: بعثتك كذا بكذا، رضاه بكونه مشتريا للمال المبيع، والمشتري يطلق على المالك ووكيله .
و معنى قولها: زوجتك نفسى، رضاها بكونه زوجا، و الزوج لا يطلق على الوكيل، انتهى .

و يرد على الوجه الاول من وجهى الفرق : ان كون الزوجين — كالعوضين، انما يصح وجهها

فانه لا يعلم حتى وقوعه فضوليا ليسبب تعطيل المرأة — على ما ذكرنا فى باب الفضولى —

و ذلك لانصراف الادلة عن مثله، و كيف كان فتفصيل الكلام فى كتاب النكاح (و) لا بد من (توارد الايجاب و القبول على امر واحد) اما اذا باع المالك ماله لزيد — القابل — بزعم انه المشتري و قبل زيد المال لعمرو، لم يرد الايجاب و القبول على اى واحد .

(و) ايضا يقال : فى الفرق بين النكاح و البيع (لان معنى قوله بعثتك كذا بكذا، رضاه) اى البائع (بكونه) اى كون طرفه القابل (مشتريا للمال المبيع و المشتري يطلق على المالك) الذى يخرج من كيسه الثمن (و وكيله) او وليه و من اشبه .

(و معنى قولها زوجتك نفسى، رضاها بكونه) اى المخاطب (زوجا) لها (و الزوج لا يطلق على الوكيل، انتهى) كلام القائل بالفرق .

(و يرد على الوجه الاول) و هو كون الزوجين كالعوضين (من وجهى الفرق) بين الزواج و بين البيع (ان كون الزوجين كالعوضين انما يصح وجهها

لوجوب التعيين فى النكاح، لالعدم وجوبه فى البيع، مع ان الظاهر : ان
ما ذكرنا من الوقف واخوته، كالنكاح فى عدم جواز قصد القابل القبول فيها
على وجه النيابة او الفضولى، فلا بد من وجه مطرد فى الكل .
وعلى الوجه الثانى : ان معنى : بعثك فى لغة العرب — كما نص عليه
فخر المحققين وغيره — هو : ملكتك بعوض ، ومعناه : جعل المخاطب مالكا
ومن المعلوم : ان المالك لا يصدق

لوجوب التعيين فى النكاح) حتى اذا لم يعيننا بطل النكاح (لالعدم
وجوبه) اى وجوب تعيين البائع والمشتري (فى البيع) .
وكلامنا الآن فى انه هل يجب تعيين المالكين فى البيع ام لا ؟
هذا (مع ان الظاهر : ان ما ذكرنا من الوقف واخوته) كالوصية والوكالة
والهبة (كالنكاح فى عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة او الفضولى)
فلا يختص حكم لزوم التعيين بالنكاح (فلا بد) للذى يريد الفرق بين النكاح
وبين البيع (من) ذكر (وجه مطرد فى الكل) اى كل من النكاح والوصية واخوتها
لكن يمكن ان يقال : ان هذا الوجه — وهو الركنية العرفية — مطرد فى
الكل : فكل ما رآه العرف ركنا ، كان اللازم تعيينه ، وكلام يره العرف ركنا
لم يلزم تعيينه .

(و) يرد (على الوجه الثانى) وهو ما ذكرناه بقوله : لان معنى قوله بعثك
الخ ، ان ما ذكره من المعنى غير صحيح ف (ان معنى بعثك فى لغة
العرب — كما نص عليه فخر المحققين وغيره — هو ملكتك بعوض ، ومعناه) اى
معنى ملكتك (جعل المخاطب مالكا ، ومن المعلوم : ان المالك لا يصدق

.....
على الولي ، والوكيل ، والفضولي .

فالاولى في الفرق ما ذكرنا من ان الغالب في البيع والاجارة هو قصد المخاطب ، لا من حيث هو ، بل بالاعتبار الاعم من كونه اصاله ، او عن الغير ، ولا ينافي ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير اصيل

على الولي ، والوكيل ، والفضولي) اذ هؤلاء لا يملكون بالبيع ، وانما يملك الموكل ، والمولى عليه ، وصاحب المال .

(فالاولى في الفرق) بين النكاح المحتاج الى التعيين ، والبيع الذي لا يحتاج الى التعيين (ما ذكرنا من ان الغالب في البيع والاجارة هو قصد المخاطب) اي قصد كل من الطرفين مخاطبه (لا من حيث هو) مخاطب (بل بالاعتبار الاعم من كونه اصاله ، او عن الغير) فلا يملك كل منهما ان يكون طرفه وكيل ، او وليا ، او فضوليا (ولا ينافي ذلك) الذي ذكرنا من عدم قصد الخصوصية (عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير اصيل) فان المشتري اذا قال: لم اكن اصيلا ، وموكل رضى المعاملة بحجة انه لم يأذن لي في هذه المعاملة ، وقد نسيت عدم اذنه ، لم يقبل قوله الا اذا اتى بالبينة .

وجه توهم المناقات انه لو كان اعم من الاصيل والوكيل ، لزم سماع قوله ، لان قوله حينئذ ليس مخالفا للاصل حتى يحتاج الى البينة .
ومن هذا يتبين : ان الاصل في المشتري كونه اصيلا .

وجه عدم المناقات : ان ظهور كونه اصيلا كاف في عدم سماع دعواه

فتأمل، بخلاف النكاح ، وما شبهه فان الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث انه ركن للعقد .

بل ربما يستشكل فى صحة ان يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الاصيل، كما لو قال : زوجتك مريداً له باعتبار كونه وكيل عن الزوج وكذا قوله : وقفت عليك ، واوصيت لك ، وكلتك .

(فتأمل) فانه منافات بين الامرين ، اذ : البينه انما يؤتى بهالمن خالف قوله الاصل (بخلاف النكاح ، وما شبهه) من الوقف واخوته (فان الغالب قصد المتكلم للمخاطب) الخاص (من حيث انه) اى المخاطب (ركن للعقد) .

وكذلك قصد المخاطب المتكلم من حيث انه ركن للعقد ، فلو قال : زوجتك ، قصد الزوج ان المتكلمة هى الزوجة ، لا انها وكيلة عن امرئة اخرى .

(بل ربما يستشكل فى صحة ان يراد من القرينة) الخارجية (المخاطب من حيث قيامه مقام الاصيل) ولو كان الاصل معروفا عند المتكلم .

(كما لو قال : زوجتك ، مريداً له) اى للمخاطب (باعتبار كونه وكيل عن الزوج) .

فانه لا يصح اجراء اللفظ بهذه الصيغة ، وان علمت ان الزوج اخو المخاطب ، وقصدت من الكاف مجرد الخطاب ، لانه الزوج .
(وكذا قوله : وقفت عليك ، واوصيت لك ، وكلتك) بل فى مثل

.....

ولعل الوجه: عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها
فلا يقال للوكيل الزوج ، ولا الموقوف عليه ، ولا الموصى له ، ولا الموكل
بخلاف البائع والمستأجر ، فتأمل حتى لا يتوهم رجوعه الى ما ذكرنا
سابقا .

واعترضا عليه

المزارعة ، والمساقات ، والمسايقة ، وغيرها ايضا .
(ولعل الوجه) في الاستشكال المذكور (عدم تعارف صدق هذه
العنوانات على الوكيل فيها) بخلاف البيع .
(فلا يقال للوكيل الزوج ، ولا) يقال له (الموقوف عليه ، ولا الموصى
له ، ولا الموكل) فاذا قال : وكلتك ، لم يقل : لوكيل الوكيل وكيل .
(بخلاف البائع والمستأجر) والمشتري والموخر ، فانها تصدق
على الوكلاء ، فاذا اشترى الوكيل عن الموكل ، صدق على كل من الوكيل و
الموكل المشتري .
وهكذا (فتأمل) في هذا الجواب (حتى لا يتوهم رجوعه الى ما ذكرنا
سابقا) من قولنا : وقد يقال في الفرق .
(واعترضا عليه) في الرد الاول : بقولنا : ويرد على الوجه الاول
وخلاصته : الفرق بين جواب الشيخ ، وجواب : قد يقال ، ان
جواب الشيخ مبني على اطلاق : البائع والمستأجر ، على الوكيل تسامحا
عرفيا ، ولذا قال : عدم تعارف وجواب ذلك القائل مبني على كون الاطلاق ،
على الوكيل حقيقة ، لا تسامح .

مسئلة

ومن شرائط المتعاقدين : الاختيار ، والمراد به القصد الى وقوع
مضمون العقد عن طيب نفس فى مقابل الكراهة ، وعدم طيب النفس ، لا
الاختيار فى مقابل الجبر .

و يدل عليه قبل الاجماع ، قوله تعالى : **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**
وقوله عليه السلام : لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه .

(مسألة)

(ومن شرائط المتعاقدين : الاختيار ، والمراد به القصد الى وقوع
مضمون العقد عن طيب نفس) وذلك (فى مقابل الكراهة) لمضمون العقد
(وعدم طيب النفس ، لا الاختيار فى مقابل الجبر) كحركة المرتعش ،
وانما قال المصنف ذلك : لانه يريد الاستدلال لاشتراط الاختيار
بحديث الرفع — كما سيأتى —

والمراد بالكراهة فى الحديث : عدم طيب النفس ، لا معنى الجبر
الذى هو عبارة عن الالجاء وفقد الاختيار .

(و يدل عليه) اى على اشتراط الاختيار بهذا المعنى (قبل الاجماع
قوله تعالى : **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**) فعالم يكن رضى ، و طيب نفس
يكون اكلا للمال بالباطل .

(وقوله عليه السلام : لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه) و

الظاهر ان القيد بالمسلم لاجراء المحارب ، لا الذمى والمعاهد .

.....
 وقوله صلى الله عليه وآله: في الخبر المتفق عليه بين المسلمين :
 رفع او وضع عن امتى تسعة اشياء او ستة .

ومنها : ما اكرهوا عليه .

وظاهره : وان كان رفع المؤاخذة ، الا ان استشهدا اماما عليه السلام به في رفع بعض الاحكام الوضعية ، يشهد لعموم : المؤاخذة فيه ، لمطلق الالتزام عليه بشئ .

(وقوله صلى الله عليه وآله : في الخبر المتفق عليه بين المسلمين :
 رفع او وضع عن امتى تسعة اشياء ، او ستة) كما في خبر آخر .

(ومنها : ما اكرهوا عليه) وما اضطروا اليه ، وما لا يعلمون ، وما لا يطيقون ، والطيرة ، والحسد ما لم يظهر بيد ولا لسان ، والوسوسة في التفكير في الخلق ، والخطاء ، والنسيان .

(وظاهره : وان كان رفع المؤاخذة) لدلالة الاقتضاء على ذلك ، و
 هي عبارة عما يتوقف صدق الكلام او صحته على ذلك .

فان هذه الاشياء بوجودها التكويني ليست مرفوعة ، فلا بد وان يراد
 رفع المؤاخذة الاخرية ، او الاعم منها ومن الاحكام التكليفية الدنيوية
 والاول اظهر عرفا ، لكنه ليس بمحل شاهد لنا في هذا الباب .

ولذا قال المصنف (الا ان استشهدا اماما عليه السلام به) اي بهذا
 الحديث (في رفع بعض الاحكام الوضعية ، يشهد لعموم : المؤاخذة)
 المرفوعة (فيه) اي في الحديث (لمطلق الالتزام عليه) اي على الاكراه
 (بشئ) لا المؤاخذة الاخرية ، ولا التكليف الالزامي الحكمي ، ولا الوضعي

.....
 ففى صحیحة البنزطی ، عن أبی الحسن علیه السلام فى الرجل ،
 يستكره على اليمين ، فيحلف بالطلاق ، والعقاق و صدقة ما يملك ، يلزمه
 ذلك؟

فقال عليه السلام : لا ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله : وضع
 عن امتى ما اكروهوا عليه ، و ما لم يطيقوا ، و ما اخطأوا .
 و الحلف بالطلاق ، و العقاق و ان لم يكن صحيحا عندنا

و الحاصل : ان كل شئ يأتى من قبل الشارع سواء كان حكماً تكليفياً
 كالوجوب ، او وضعياً ، كالكفارة ، او اخروياً كالعقاب ، مرفوع عن المكروه .
 (ففى صحیحة البنزطی ، عن أبی الحسن علیه السلام) اى موسى
 بن جعفر (فى الرجل يستكره على اليمين ، فيحلف بالطلاق و العقاق)
 اى ان تكون زوجته مطلقة و عبده عتقاً ان كان كذا ، او فعل كذا (و صدقة
 ما يملك) اى جميع امواله صدقة (أيلزمه ذلك ؟) (و الحال ان الحلف مكروه عليه
) (فقال عليه السلام : لا) يلزمه ذلك ، لانه (قال رسول الله صلى الله
 عليه وآله : وضع عن امتى ما اكروهوا عليه ، و ما لم يطيقوا)
 و المراد ما هو فى آخر الطاقة بان كان عسراً شديداً ، لاعداء القدرة
 اطلاقاً ، اذ : لا اشكال فى ان ذلك ليس خاصاً بالامة

فهو كقوله سبحانه : لَا تَحْمِلْنَاهُمْ إِلَّا ظَنًّا لَّنَا بِهِ ، (و ما اخطأوا)

(و وجه الاستدلال بهذا الحديث على : عموم رفع الاكراه ان
 الحلف بالطلاق ، و العقاق و ان لم يكن صحيحا عندنا) معاشراً للشيعة

من دون الاكراه ايضا .

الا ان مجرد استشهاد الامام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما كرهوا عليه ، يدل على ان المراد بالنبوى ليس خصوص المؤاخذه ، والعقاب الاخرى .

(من دون الاكراه ايضا) اذ : هذا الحلف باطل ، في مذهب الشيعة فان الطلاق لا يقع الا بالصيغة الخاصة ، والعق لا يكون الا بلفظ خاص . (الا ان مجرد استشهاد الامام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به) الآثار التي هي الطلاق ، والعق ، والصدقة (بوضع ما كرهوا عليه) بوضع ، متعلق ب : استشهاد ، (يدل على ان المراد ب) الحديث (النبوى ليس خصوص المؤاخذه ، والعقاب الاخرى) .

اذ : لو كان المراد من الرفع ، خصوص العقاب كان : لمخاطب الامام ان يقول لا ربط لحديث الرفع بما تذكرون من : عدم طلاق المكره ، والحاصل : ان تطبيق الصغرى على الكبرى ان كان تقية ، لا يلزم ان تكون الكبرى بنفسها ايضا تقية .

فكلام الامام عليه السلام هكذا : الحلف مكره عليه ، والاكراه مرفوع . فقد اراد الامام تطبيق : الحلف بالطلاق ، في الكبرى تقية .

مع انه لا حاجة الى ذلك ، لان الحلف بالطلاق باطل بنفسه ، اما الكبرى - اى ان الاكراه يوجب رفع الحكم الوضعى والتكليفى - فلا وجه لان نجعلها تقية ، لما تقرر من ان الاصل فى الكلام عدم التقية ، ومهادار الامر بين تقية ، وتقيتين كان الاول اولى .

هذا كله مضافا الى الاخبار الواردة فى طلاق المكره بضميمة عدم

الفرق .

ثم انه يظهر من جماعة ، منهم الشهيدان : ان المكره قاصدا الى اللفظ غير قاصدا الى مدلوله ، بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلامة وليس مرادهم انه لا قصد له الا الى مجرد التكلم .

كيف والهازل الذى هو دونه فى القصد قاصدا للمعنى قصداً صورياً والخالى عن القصد الى غير التكلم

(هذا كله) وجه الاستدلال بالآيات والروايات لاجل اشتراط طيب النفس فى المعاملة (مضافا الى الاخبار الواردة فى طلاق المكره بضميمة عدم الفرق) بين الطلاق وغيره لوحدة المناط . اذ لا يفهم العرف خصوصية للطلاق بما هو طلاق ،

ثم انه يظهر من جماعة ، منهم الشهيدان) وغيرهما (ان المكره قاصدا الى اللفظ غير قاصدا الى مدلوله ، بل يظهر ذلك) اى عدم قصد المكره الى مدلول اللفظ (من بعض كلمات العلامة ، و) لكن من الواضح انه (ليس مرادهم انه لا قصد له) اى للمكره (الا الى مجرد التكلم) واللفظ (كيف) يقصد هؤلاء الاعلام هذا المعنى (و) الحال ان (الهازل الذى هو دونه) اى دون المكره (فى القصد) اذ المكره قاصدا فى الجملة ، لكن قصده اكراهى ، والهازل لا قصد له الا الهزل (قاصدا للمعنى قصداً صورياً) لانه يقصد عن اعماق نفسه .

(و) اما من لا قصد له اطلاقاً اى (الخالى عن القصد الى غير التكلم)

.....

هو من يتكلم تقليدا او تلقينا كالطفل الجاهل بالمعاني ،

فالمراد بعدم قصد المكروه ، عدم القصد الى وقوع مضمون العقد في الخارج ، وان الداعي له الى الانشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج لان كلامه الانشائي مجرد عن المدلول .
كيف و هو معلول الكلام الانشائي ؟ اذا كان مستعملا غير مهمل .

الى ، متعلق : بالقصد ، اي لا قصد له الا مجرد الكلام واللفظ (هو من يتكلم تقليدا) خصوصا فيمن لا يعرف معنى الكلام كالبيغاء (او تلقينا كالطفل الجاهل بالمعاني)

و ليس المكروه مثلها مقطعا ، فلا بد ان يكون مراد العلامة والشهيدين شيئا معقولا .

(فالمراد بعدم قصد المكروه) في كلامهم (عدم القصد الى وقوع مضمون العقد في الخارج) .

اذا المكروه يتكلم ولا يريد ان يقع فساد كلامه - كالطلاق - في الخارج (وان الداعي له الى الانشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج) لانه لا يريد به ، وانما هو مكروه عليه .

(لان كلامه الانشائي) كلفظ : طلقت ، (مجرد عن المدلول) حتى يكون مثل : طلقت ، الصادر عن البيغاء .

(كيف) يكون انشاءه مجردا عن المدلول ؟ (و) الحال (هو) اي

المدلول (معلول الكلام الانشائي)

فالكلام علة ، و المعنى معلول (اذا كان) الكلام (مستعملا غير مهمل ،

.....
وهذا الذى ذكرنا، لا يكاد يخفى على من له ادنى تأمل فى معنى الاكراه لغة وعرفا، وادنى تتبع فيما ذكره الاصحاب فى فروع الاكراه التى لا تستقيم مع ماتوهمه من خلوا المكروه عن قصد مفهوم اللفظ، وجعله مقابلا للقصد .
وحكمهم بعدم وجوب التورية فى التفصى عن الاكراه .
وصحة بيعه بعد الرضا .

وهذا الذى ذكرنا) من ان مرادهم عدم ارادة المكروه ، وقوع المضمون فى الخارج ، لاعلى المدلول للكلامه (لا يكاد يخفى على من له ادنى تأمل فى معنى الاكراه ، لغة وعرفا) .

فان معنى الاكراه فيهما : التلفظ باللفظ و ارادة معناه لكن عن كره ، بحيث لا يريد وقوع المضمون فى الخارج (وادنى تتبع فيما ذكره الاصحاب فى فروع الاكراه التى لا تستقيم) تلك الفروع (مع ماتوهمه) عبارة العلامة والشهيد ين (من خلوا المكروه عن قصد مفهوم اللفظ) من ، بيان : ما ، (وجعله) اى الاكراه (مقابلا للقصد) : وجعله ، عطف على : خلوا ، اى ماتوهمه العبارة من جعل الاكراه مقابلا للقصد ، بحيث توهم عباراه الشهيد ين : ان المكروه لا قصد له ، وغير المكروه له قصد .

(و) من (حكمهم بعدم وجوب التورية فى التفصى عن الاكراه) ولو كان المكروه بلا قصد لم يكن وجه لهذا الكلام ، وانه هل يحتاج الى التورية ام لا ؟
(و) من حكمهم ب (صحة بيعه بعد الرضا) فانه لو لم يكن للفظه معنى ، لم يكن معنى لصحة بيعه ، اذ لا بيع يحصل بمجرد اللفظ .

.....

واستدلّ لهم له بالاخبار الواردة في طلاق المكره .

وانه لا طلاق الا مع ارادة الطلاق ، حيث ان المنفى صحة الطلاق
لا تحقق مفهومه لغة وعرفا وفيما ورد فيمن طلق مداراة باهله الى غير ذلك ،

(و) من (استدلّ لهم له) اي للمكره في باب البيع ، وانه لا يصح
بيعه (بالاخبار الواردة في طلاق المكره) بوحدة المناط ، فانه لا وجه
لهذا الاستدلال ، اذا اريد : لفظ البيع المجرد عن المعنى .

اذ : طلاق المكره انما هو مع قصد المعنى .

(و) من استدلّ لهم (انه لا طلاق الا مع ارادة الطلاق) ولذا
لا طلاق للمكره ، لعدم ارادته الطلاق .

وحال البيع ، حال الطلاق ، لوحدة المناط (حيث ان المنفى)
في كلامهم - في باب طلاق المكره - (صحة الطلاق لا) ان المنفى (تحقق
مفهومه لغة وعرفا) .

ولو كان لفظ المكره بلامعنى ، كان اللازم ان يقولوا : انه لا طلاق
للمكره - اذ : اللفظ بدون معنى ، لا يسمى طلاقا - لان يقولوا انه طلاق
ولكنه ليس بصحيح (وفيما ورد فيمن طلق مداراة باهله الى غير ذلك)
لهذا عطف على قوله : فيما ذكره الاصحاب ، فان الطلاق مداراة لا يصح ،
لانه لم يقصد وقوع الطلاق خارجا ، لانه لا يقع لانه لم يقصد المعنى ، و
باب الاكراه وباب المداراة واحد .

فكما ان المراد في باب المداراة : اللفظ مع المعنى غير مقصود التحقق

في الخارج .

.....
وفى ان مخالفة بعض العامة فى وقوع الطلاق اكراها ، لا ينبغى
ان تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذى لا يسمى خبرا ، ولا
انشاء ، وغير ذلك مما يوجب القطع بان المراد بالقصد المفقود فى المكره
هو القصد الى وقوع اثر العقد ومضمونه فى الواقع ، وعدم طيب النفس به
لا عدم ارادة المعنى من الكلام .

ويكفى فى ذلك ما ذكره الشهيد الثانى من : ان المكره ، والفضولى

كذلك المراد فى باب الاكراه .

(وفى ان مخالفة بعض العامة) للشبهة (فى وقوع الطلاق اكراها) وانه بمنزلة
طلاق المختار (لا ينبغى ان تحمل) مخالفتهم (على الكلام المجرد عن
قصد المفهوم الذى لا يسمى خبرا ، ولا انشاء) فانهما فيما للكلام معنى و
مفهوما وقوله : فى ان ، عطف على قوله : فيما ذكره الاصحاب ، (وغير ذلك
مما) من الشواهد التى (يوجب القطع بان المراد بالقصد المفقود) ذلك
القصد (فى المكره ، هو القصد الى وقوع اثر العقد ، و) وقوع (مضمونه)
اي العقد (فى الواقع) اى الخارج (وعدم طيب النفس به) : وعدم ،
عطف على : القصد الى وقوع اثر.

فمعنى قولهم : المكره لا قصد له انه : لا يريد الاثر ، و : لا يطيب نفسه بالاثر ،
(لا) ان مرادهم (عدم ارادة) المكره (المعنى من الكلام) حتى
يكون كالبيعاء .

(ويكفى فى ذلك) الذى ذكرنا انهم يريدون : عدم الاثر ، لا : عدم
القصد ، (ما ذكره الشهيد الثانى من : ان المكره ، والفضولى

.....

قاصدان الى اللفظ، دون مدلوله .

نعم ذكر في التحرير، والمسالك في فروع المسئلة ما يوهم ذلك

قال في التحرير: لو اكره على الطلاق، فطلق ناويا فالاقرب وقوع

الطلاق، اذ: لا اكره على القصد، انتهى .

وبعض المعاصرين بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من

متوهم كلامهم .

قاصدان الى اللفظ، دون مدلوله) فان الفضول لاشبهة في انه يقصد

المعنى، وانما لا يقصد الاثر، الا باجازه المالك .

فاقتران الفضول - في كلام الشهيد - بالمكره، يدل على انه يريد:

عدم الاثر، في المكره لا: عدم المعنى .

(نعم ذكر في التحرير، والمسالك في فروع المسئلة) اي مسئلة

المكره (ما يوهم ذلك) اي عدم قصد المكره للمعنى، لا عدم قصده الاثر .

قال في التحرير: لو اكره على الطلاق، فطلق ناويا) لمعنى اللفظ

(فالاقرب وقوع الطلاق، اذ لا اكره على القصد انتهى) فحيث انه قصد

الطلاق كان صحيحا .

(وبعض المعاصرين) الجواهر (بنى هذا الفرع على تفسير القصد

بما ذكرنا من متوهم كلامهم) متوهم كلامهم، هو: انه لا قصد للمعنى في المكره

فقال صاحب الجواهر: ان قول التحرير: لو قصد المكره صح طلاقه

دليل على ان مرادهم: من عدم قصد المكره،: عدم قصد المعنى، ليمكن

الجمع بين كلامهم في هذا الفرع، وبين كلامهم: ان طلاق المكره باطل،

فرد عليهم بفساد المبنى ،

وعدم وقوع الطلاق فى الفرض المزبور .

لكن المتأمل يقطع بعدم ارادتهم لذلك .

و سيأتى ما يمكن توجيه الفرع المزبور به .

لانه لا قصد له — وفى عبارة المصنف مسامحة كما لا يخفى —

(فرد عليهم) اى رد الجواهر على من قال بصحة طلاق المكره ، اذا

قصد المعنى (بفساد المبنى) وان كلامهم فى انه لا قصد للمكره فاسد ، فلا

يصح ان يبنى عليه انه اذا قصد المكره صح الطلاق .

(و) اذا قصد المبنى فاللازم ان نقول : ب (عدم وقوع الطلاق فى

الفرض المزبور) اى ما اذا قصد المعنى ، لان قصد المعنى لا يلزم قصد

الاثر ، وقصد وقوع الاثر فى الخارج هو الذى يوجب وقوع الطلاق فى

الخارج ، والمكره لا يقصد الاثر كما لا يخفى .

(لكن المتأمل يقطع بعدم ارادتهم لذلك) الذى ذكره الجواهر من

ان قولهم : المكره لا قصد له ، لا يريدون به عدم القصد ، وانما يريدون به

عدم قصد الاثر .

(و) ان قلت : فكيف قالوا : اذا قصد المكره صح ،

قلت : (سيأتى ما يمكن توجيه الفرع المزبور به) اى بذلك التوجيه ،

وان مرادهم انه لو قصد المكره الطلاق واقعا ، بان صار الاكراه داعيا كما

لو صار سوء خلق المرئة داعيا للطلاق ، فانه يقع الطلاق ، وان صدق

الاكراه — فى الجملة —

ثم ان حقيقة الاكراه لغة وعرفا : حمل الغير على ما يكرهه ،
ويعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه بوعيد منه مذنون الترتب
على ترك ذلك الفعل ، مضر بحال الفاعل ، او متعلقه نفسا او عرضا ،
او مالا .

فظهر من ذلك : ان مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه ، لا
يدخله في المكروه عليه .

(ثم ان حقيقة الاكراه لغة وعرفا : حمل الغير على ما يكرهه ، و
يعتبر في تحقق الاكراه (وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه بوعيد منه)
اي من المكروه - بالكسر -

اما توعيد اللفظيا ، او توعيدا واقعيا (مذنون الترتب) ذلك الوعيد
(على ترك ذلك الفعل) المكروه عليه (مضر) ذلك الوعيد (بحال الفاعل ،
او متعلقه) اي بحال متعلقه سواء كان متعلقا بالقرابة ، او بالصدقة ، او
بالارتباط ، كتوعيد السلطة العالم بانه ان لم يفعل كذا اضررت بالمسلمين
(نفسا ، او عرضا) الاعم من الامل ، والاحترام فان السب خلاف احترام
العرض (او مالا) حاصل له فعلا ، او مستقبلا ، كان يهدده ان فعلت
كذا اقتلت ابنك الذي سيولد لك - مثلا -

(فظهر من ذلك) التعريف (ان مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب
على تركه لا يدخله) اي لا يدخل الفعل (في المكروه عليه) .

مثلا ترك بيع الدار يوجب تسلط السلطة عليها فيبيعها المالك ،
دفع هذا الضرر المترتب على ترك البيع ، فلا يكون البيع بذلك مكرها عليه ،

.....
كيف والافعال الصادرة من العقلاء كلها، او جلها ناشئة عن دفع

الضرر.

و ليس دفع مطلق الضرر الحاصل من ايعاد شخص يوجب صدق
المكره عليه ، فان من اكراه على دفع مال و توقف على بيع بعض امواله ،
فالبيع الواقع منه لبعض امواله و انكان لدفع الضرر المتوعد به على عدم
دفع ذلك المال .

— و لذا يرتفع التحريم

و كذا ان باع اثنائه لاجل اشتراء الدواء لولده المريض ، فانه دفع

ضرر متوقع لولا البيع .

و (كيف) يكون مجرد الفعل لدفع الضرر داخلا فى المكره عليه (و)
الحال ان (الافعال الصادرة من العقلاء كلها ، او جلها ناشئة عن دفع
الضرر) فان من يشتري الاكل ، انما هو لدفع ضرر الجوع ، و من يبنى الدار
انما هو لدفع ضرر البقاء بلا مأوى ، و هكذا فى غالب الافعال .

(و) كذلك (ليس دفع مطلق الضرر الحاصل من ايعاد شخص) له

(يوجب صدق المكره عليه) مالم ينصب الضرر على نفس الفعل (فان من
اكراه من طرف الظالم (على دفع مال ، و توقف) دفع ذلك المال (على بيع
بعض امواله فالبيع الواقع منه لبعض امواله) لاجل ايفاء ذلك المال الى
الظالم المكره (و انكان) ذلك البيع (لدفع الضرر المتوعد به على عدم
دفع ذلك المال) : على ، متعلق بـ : المتوعد .

(— و لذا) الذى ذكرنا انه مضطر لبيع المال (يرتفع التحريم) فى بيع

عنه ، لو فرض حرمة عليه لحلف ، او شبهه - الا انه ليس مكرها .
 فالمعيار فى وقوع الفعل مكرها عليه سقوط الفاعل - من اجل الاكراه
 المقترن بايعاد الضرر - عن الاستقلال فى التصرف ، بحيث لا يطيب نفسه
 بما يصدر منه ولا يعتمد اليه عن رضا ، وان كان يختاره لاستقلال العقل
 بوجوب اختياره دفعا للضرر ، او ترجيح اقل الضررين ، الا ان هذا المقدار .

المال (عنه لو فرض حرمة) اى بيع المال (عليه لحلف ، او شبهه -)
 لان بيع المال داخل فى : ما اضطرروا اليه ، المخصص للعمومات
 الاولى (الا انه ليس مكرها) على بيع ذلك المال ، فجمله : لذا ، الى ذا و
 شبهه ، معترضة ، وانما ليس بيع المال عن اكراه ، لان الظالم يكرهه على
 بيع المال ، وانما اكرهه على دفع المال .
 (فالمعيار فى وقوع الفعل مكرها عليه) انصباب الاكراه على نفس
 الفعل ، كان يقول له : بيع مالك ، ب (سقوط الفاعل - من اجل الاكراه
 المقترن) ذلك الاكراه (بايعاد الضرر -) على تقدير عدم الفعل (عن
 الاستقلال فى التصرف) : عن ، متعلق ب : سقوط ، (بحيث لا يطيب نفسه
 بما يصدر منه) اى من الفاعل (ولا يعتمد) الفاعل (اليه) اى الى الفعل
 (عن رضى) اى لا يقصد الفعل راضيا بالفعل (وان كان يختاره) اى الفعل
 (لاستقلال العقل بوجوب اختياره) اى الاتيان بالفعل ، وعدم تركه
 (دفعا للضرر) المتوعد به (او ترجيح اقل الضررين) من ضرر الفعل ، وضرر
 الوعيد (الا ان هذا المقدار) من طيب النفس ، الذى يحصل من اجل
 دفع الضرر ، او ترجيح اقل الضررين ، والا اول فيما لم يكن فى الفعل ضرر

لا یوجب طیب نفسه به فان النفس مجبولة على كراهة ما یحمله غیره علیه ،
مع الایعاد علیه بما لا یشق تحمله .

والحاصل : ان الفاعل قد یفعل لدفع الضرر ، لكنه مستقل فى فعله
و مخلق و طبعه فيه بحيث یطیب نفسه بفعله ، وان كان من باب علاج
الضرر ، وقد یفعل لدفع ضرر ایعاد الغير على تركه .
و هذا مما لا یطیب النفس به ، و ذلك معلوم بالوجدان .

والثانى فیما كان فيه ضرر ، الا انه اقل من ضرر الوعد .
فهذا المقدار من طیب النفس (لا یوجب طیب نفسه
به) اى بالفعل (فان النفس مجبولة على كراهة ما یحمله غیره
علیه مع الایعاد) من ذلك الغير (علیه) اى على الفعل (بما لا یشق تحمله)
فكيف بما یشق تحمله ؟ فان الغير لو حمل الانسان على ان یحرك یده كان
فيه مشقة علیه ، و ان لم یكن فى نفس التحريك صعوبة اذا الامرینافى
رفعة النفس و انفتها .

(و الحاصل : ان الفاعل قد یفعل لدفع الضرر ، لكنه مستقل فى فعله
و مخلق و طبعه فيه) كما لو باع داره لعلاج ولده ، و كان البیع باختياره
(بحيث یطیب نفسه بفعله ، و ان كان) الفعل (من باب علاج الضرر و قد
یفعل) الفعل (لدفع ضرر ایعاد الغير على تركه) كما لو جبره الجابران بییع
داره و یعالج ولده .

(و هذا مما لا یطیب النفس به ، و ذلك معلوم بالوجدان)
وكذا قد بییع داره لاعطاء ثمنها للظالم الذى جبره على دفع هذا

ثم انه هل يعتبر فى موضوع الاكراه او حكمه ، عدم امكان التفصى
عن الضرر المتوعد به بما لا يوجب به ضرر آخر كما حكى عن جماعة ام لا ؟
الذى يظهر من النصوص و الفتاوى : عدم اعتبار العجز عن التورية

المقدار من المال ، فهذا يبيع عن طيب النفس ، وان كان البيع لعلاج
الضرر المتوجه اليه من ايعاد الغير ، وقد يبيع داره لان الظالم جبره
على بيع داره .

(ثم انه هل يعتبر فى موضوع الاكراه او حكمه) اى دفع حكم الموضوع
- وان لم يكن اكراها واقعا - كما فى موضوع : التورية ، فانه مع امكان التورية
لا اكراه ، ومع ذلك ، المشهور وجود حكم الاكراه (عدم امكان التفصى عن
الضرر المتوعد به بما لا يوجب به) اى بسبب ذلك التفصى مع (ضرر آخر كما
حكى عن جماعة) فانهم اعتبروا فى صدق : الاكراه : موضوعا ورفع الاكراه
للحكم ، عدم امكان التفصى والتخلص حتى انه اذا امكن التخلص لا
يسمى اكراها ، او لا يكون له حكم الاكراه وان سمي اكراها (ام لا ؟) يعتبر
عدم الامكان ، بل يصدق الاكراه موضوعا ، او يرتب حكم الاكراه : وان لم
يسم بالاكراه ، فيما امكن التفصى .

(الذى يظهر من النصوص و الفتاوى : عدم اعتبار العجز عن التورية)

فى صدق الاكراه و وجود حكمه - مع ان التورية تفصى -

فلو قدر على التفصى بالتورية ولم يورثا كان اكراها ، ولو قدر على
التفصى بغير التورية ، لم يكن اكراه ، مثالا قال له المكروه : طلق زوجتك
فامكنه ان يقصد بلفظ : الطلاق ، : الانطلاق ، لا الطلاق المصطلح ، ولم

• لان حمل : عموم رفع الاكراه .

وخصوص : النصوص الواردة فى طلاق المكره وعتقه .

ومعاقد الاجتماعات ، والشهرات المدعاة فى حكم المكره ، على صورة العجز عن التورية ، لجهل ، اود هشة ، بعيد جداً ، بل غير صحيح فى

يفعل ، بل قصد الطلاق المصطلح كان مكرها - موضوعا ، اوحكما - ولم يتحقق الطلاق .

ولو امكنه ان يفرغ من محضر المكره ، حتى لا يجرى صيغة الطلاق ومع ذلك لم يفر لم يتحقق موضوع الاكراه ، ولا حكمه ، بل حدث الطلاق صحيحا فالعجز بالتفصى عن التورية ، غير معتبر فى صدق الاكراه ، بخلاف سائر اقسام العجز .

وانما قلنا : لا يعتبر العجز عن التورية .

(لان حمل : عموم رفع الاكراه) فى قوله صلى الله عليه وآله : رفع ما استكرهوا عليه .

(و) حمل (خصوص النصوص الواردة فى طلاق المكره وعتقه) بانهما لا يقعان .

(و) حمل (معاقد الاجتماعات والشهرات المدعاة فى حكم المكره) وانه لا يقع منه ما اكراه عليه (على صورة العجز عن التورية) عجزا كان (لجهل) عن التورية ، بان لم يعرفها (اود هشة) وخوف ، اوجب ان ينسى التورية (بعيد جداً) اذ : ظاهرا الفتاوى والنصوص ، ان الطلاق والعتق الاكراهى ، لا يقع وان تمكن من التورية (بل غير صحيح) هذا الحمل (فى

.....

بعضها من جهة المورد كما لا يخفى على من راجعها .

مع ان القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز الاكراه عرفا .
هذا وربما يستظهر من بعض الاخبار عدم اعتبار العجز عن التفصي
بوجه آخر غير التورية ايضا

بعضها من جهة المورد كما لا يخفى على من راجعها) كقوله عليه السلام:
انما الطلاق ما يريد به الطلاق من غير استكراه ولا اضرار ، فان ظاهر قوله
عليه السلام : ما يريد به ، انه لو اراد الطلاق عن كره لم يتحقق اطلاق ، اذ:
الارادة ليست خاضعة للكره .

فالمراد ارادة الطلاق واقعا ، لكنها حادثة عن اكراه باجراء صيغة
الطلاق لان الصيغة هي الداخلة تحت الاكراه .
(مع ان القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز الاكراه عرفا) فانه
يصـدق الاكراه ، وان قدر على التورية .

فمن قال لشيعة : سب الامام عليه السلام قد ران يقصد بلفظ : الامام
امام جماعة ، ومع ذلك لو سب صدق الاكراه ، ولو كان التفصي بالتورية
يخرج الكلام عن الاكراه ، لعلم رسول الله صلى الله عليه وآله عمارا حين
قال له : وان عاد واقعد ، وعلم امير المؤمنين عليه السلام حين قال
لاصحابه : اما السب فستبوني ، وعلم الائمة عليهم السلام من يكره على
الطلاق والعق و ما شبه .

(هذا وربما يستظهر من بعض الاخبار عدم اعتبار العجز عن التفصي
بوجه آخر) كالفرار من المكروه (غير التورية ايضا)

فى صدق الاكراه مثل رواية ابن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام، قال :
لا يمين فى قطيعة رحم ، ولا فى جبر ولا فى اكراه .

قلت : اصلحك الله ، وما الفرق بين الجبر والاكراه ؟ قال : الجبر
من السلطان ، ويكون الاكراه من الزوجة ، والام ، والاب ، وليس ذلك
بشئ ، الخبر ، ويؤيده : انه لو خرج عن الاكراه عرفا بالقدرة على التفصى
بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها ،

فكما يصدق الاكراه وان قدر على التورية ، كذلك يصدق الاكراه وان
قدر على الفرار (فى صدق الاكراه) متعلق ب : عدم اعتبار العجز ، (مثل
رواية ابن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام ، قال : لا يمين فى قطيعة رحم)
فلو حلف ان يقاطع رحمه كانت حلفه باطلة ، بل يجب عليه الصلة ولا توجب
الصلة عليه كفارة (ولا فى جبر ولا فى اكراه) فاليمين اذا كانت عن جبر او
اكراه لا يترتب على حنثها الكفارة .

(قلت : اصلحك الله ، وما الفرق بين الجبر والاكراه ؟ قال : الجبر من
السلطان) الذى يعاقب الانسان الذى لم يطعه (ويكون الاكراه من
الزوجة ، والام ، والاب ، وليس ذلك) الاكراه (بشئ) فلا يوجب مخالفة
اليمين كفارة ، فانه من المعلوم امكان التفصى من الزوجة والابوين و مع
ذلك لا يترتب على اليمين التى جاء بها خوفا منهم شئ ، اذا حنث (الخبر
و يؤيده) اى عدم اعتبار العجز عن التفصى فى صدق الاكراه (انه لو
خرج) الشخص المكروه (عن الاكراه عرفا) سبب (القدرة على التفصى
بغير التورية خرج عنه) اى عن الاكراه (بالقدرة عليها) اى على التورية

لان المناط حينئذ ، انحصار التخلص عن الضرر المتوعد به فى فعل
المكره عليه .

فلافرق بين ان يتخلص عنه بكلام آخر ، او فعل آخر او بهـذا
الكلام مع قصد معنى آخر .

ودعوى ان جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبدى ، لا

ايضا .

فان عدم التفصى انكان معتبرا فى صدق الاكراه ، لزم عدم امكان التورية
ايضا ، وان لم يعتبر عدم امكان التفصى فى باب التورية لم يعتبر فى سائر
الابواب ايضا .

وانما كان هذا مؤيداً (لان المناط حينئذ) اى حين اشتراطنا عدم
امكان التفصى - فى صدق الاكراه - (انحصار التخلص عن الضرر المتوعد به
فى فعل المكره عليه) : عن ، متعلق بـ : التخلص ، و : فى ، متعلق بـ : انحصار
(فلافرق) فى عدم صدق الاكراه - اذا كان المناط ذلك - (بين

ان يتخلص عنه) اى عن الضرر (بكلام آخر) غير التورية (او فعل آخر)
فاذا لم نشترط التخلص بالتورية ، لم نشترط التخلص بفعل آخر ايضا
(او بهذا الكلام مع قصد معنى آخر) بالتورية .

(و) ان قلت : هناك فرق بين التفصى بالتورية و بين التفصى بفعل
آخر ، اذ : ان الشارع حكم بحكم الاكراه وان امكن التورية ، ولم يحكم بحكم
الاكراه فيما اذا امكن التفصى بغير التورية .

قلت : (دعوى ان جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبدى لا

.....

من جهة صدق حقيقة الاكراه ، كما ترى •

لكن الانصاف ان وقوع الفعل عن الاكراه لا يتحقق الامع العجز عن
التفصى بغير التورية لانه يعتبر فيه ان يكون الداعى عليه هو خوف ترتب
الضرر المتوقع به على الترك •
و مع القدرة على التفصى لا يكون الضرر مترتباً على ترك المكروه عليه

من جهة صدق حقيقة الاكراه) •

فمع امكان التورية : لا اكراه ، ولكن الشارع حكم بحكم الاكراه ،
و هذا الحكم من الشارع غير متحقق فى باب سائر انحاء التفصى (كما
ترى) اذ لم نجد موضعاً لحكم الشارع . بانه مع امكان التورية يتحقق حكم
الاكراه لاموضوعه ،

بل ظاهراً لادلة عدم تحقق موضوع الاكراه — مطلقاً — الشامل لصورة
امكان التورية ايضا .

هذا غاية ما يمكن ان يقال فى وجه تحقق الاكراه ، وان امكن التفصى
بغير التورية ،

(لكن الانصاف ان وقوع الفعل عن الاكراه لا يتحقق) ولا يصدق الاكراه
عرفاً (الامع العجز عن التفصى بغير التورية) فاذا لم يكن عجز لم يكن اكراه
(لانه يعتبر فيه) اى فى باب الاكراه (ان يكون الداعى عليه) اى على الفعل (هو
خوف ترتب الضرر المتوقع به على الترك) اى ترك الفعل الاكراهى •

(و) من المعلوم انه (مع القدرة على التفصى لا يكون الضرر مترتباً على
ترك المكروه عليه) فانه مع امكان الفرار عن الطلاق ، لا يكون الضرر مترتباً على

.....

بل على تركه وترك التفصى معا .

فدفع الضرر يحصل باحدا لا مريئ من فعل المكروه عليه ، والتفصى

فهو مختار فى كل منهما ، ولا يصدر كل منهما الا باختياره فلا اكراه .

وليس التفصى من الضرر ، احد فردى المكروه عليه ، حتى لا يوجب

تخيير الفاعل فيهما سلب الاكراه عنهما .

كما لو اكراهه على احد الامرين حيث يقع كل منهما حينئذ مكرها .

ترك الطلاق (بل على تركه وترك التفصى معا) فانه اذا لم يطلق ولم

يفر تضرر ، لانه اذا لم يطلق تضرر .

(فدفع الضرر يحصل باحدا لا مريئ من فعل المكروه عليه) بان يطلق

(و) من (التفصى) بان يفر (فهو مختار فى كل منهما) ان يفر ، او يطلق

(ولا يصدر كل منهما الا باختياره) لهذا الفرد الخاص (فلا اكراه) .

(و) ان قلت : الاكراه على احد شيئين اكراه على كل منهما ، فكما

انه لو قال له : طلق او اعتق ، كان وقوع احد هما منه اكراها ، كذلك اذا :

اكراه على الطلاق او الفرار ، فاذا طلق والحال هذا كان طلاقا اكراهيا .

قلت : (ليس التفصى من الضرر احد فردى المكروه عليه حتى لا يوجب

تخيير الفاعل فيهما) اى فى الفردين (سلب الاكراه عنهما) فانه اذا كان

احد فردى المكروه ، كان كل منهما مكرها عليه .

(كما لو اكراهه على احد الامرين) بان قال له : بيع دارك او طلق زوجتك .

فانه ايا منهما وقع كان مكرها عليه (حيث يقع كل منهما حينئذ) اى حين

كان الاكراه على احدهما (مكرها) عليه .

.....

لان الفعل المتفصلى به مسقط عن المكره عليه ، لا بدل له .

ولذا لا يجرى عليه احكام المكره عليه اجماعا ، فلا يفسد اذا كان عقدا .

وما ذكرناه وان كان جاريا فى التورية الا ان الشارع رخص فى ترك

التورية ، بعد عدم امكان التفصلى بوجه آخر .

وانما قلنا : التفصلى ليس مكرها عليه ، (لان الفعل المتفصلى به مسقط

عن المكره عليه ، لا بدل له) .

وفرق بين ان يقول المكره بع دارك ، او طلق زوجتك ، حيث يقع كل

منهما مكرها عليه ، وبين ان يقول طلق زوجتك ، فيفرا المكره عليه ببيع داره

والانتقال منها كيلا يعرف المكره مكان الزوجة - مثلا - فيجبره على الطلاق .

(ولذا) الذى ذكرنا ان المتفصلى به ليس احد فردى المكره عليه (لا

يجرى عليه احكام المكره عليه اجماعا) فاذا باع داره ، ليقول للمكره : طلقت

زوجتى ، لم يكن بيع الدار مكرها عليه ، وباطلا بل يقع صحيحا (فلا يفسد اذا

كان) المتفصلى به (عقدا) .

ولذا لا يكون الفرار عن الاكراه ، احد شقى المكره عليه ، حتى يكون

الاكراه - الممكن فيه الفرار - اكراه على الشئ ، اذا امكنه الفرار ولم يفر .

(وما ذكرناه) من ان امكان الفرار يوجب عدم تحقق الاكراه - اذا لم

يفر ، وواقع المكره عليه - (وان كان جاريا فى التورية) اذا امكان التورية يوجب

عدم صدق الاكراه على اللفظ ، اذا لم يور فيه (الا ان الشارع رخص فى ترك

التورية) حيث اطلق الاكراه ، وان كان امكن التورية ، ولم يقل ان الاكراه

انما هو اذا لم يتمكن من التورية (بعد عدم امكان التفصلى بوجه آخر) كالفرار .

لما ذكرنا من ظهور النصوص، والفتاوى، وبعد حملها على صورة العجز عن التورية .

مع ان العجز عنها لو كان معتبرا لاشير اليها في تلك الاخبار الكثيرة المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف والاكراه، خصوصا في قضية عمار، وابويه، حيث اكرهوا على الكفر فابي ابواه فقتلا، واطهر لهم عمارا ارادوا فجاء باكياء الى رسول الله صلى الله عليه وآله فنزلت الآية :

من عند المكره .

والحاصل : انه ان دارا لم يبين الفعل والفرار، لم يكن اكراه على الفعل، وان دارا لم يبين اللفظ والتورية، كان اكراه على اللفظ - وان امكن التورية ولم يور -

وانما قلنا : ان الشارع رخص (لما ذكرنا من ظهور النصوص والفتاوى) في تحقق الاكراه، وان امكن التورية (وبعد حملها) اي النصوص والفتاوى (على صورة العجز عن التورية) حتى نقول : بعدم تحقق الاكراه، اذا امكن التورية ولم يور .

(مع ان العجز عنها) اي عن التورية، وهذا من تنمة الدليل، لا دليل آخر (لو كان معتبرا) في تحقق الاكراه (لأشير اليها في تلك الاخبار الكثيرة المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف والاكراه) لو لم يحلف (خصوصا في قضية عمار، وابويه، حيث اكرهوا على الكفر) من جانب كفار مكة (فابي ابواه) التلطف بالكفر (فقتلا، واطهر لهم عمارا ارادوا) من التلطف بالكفر (فجاء باكياء الى رسول الله صلى الله عليه وآله) خائفان تلفظه بالكفر (فنزلت الآية) :

.....
 مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ فَقَالَ لَهُ
 رسول الله صلى الله عليه وآله : ان عاد واعليك ، فعد ولم ينبهه على التورية
 فان التنبيه فى المقام وان لم يكن واجبا الا انه لا شك فى رجحانه خصوصا
 من النبى صلى الله عليه وآله باعتبار شفقتة على عمار ، وعلمه بكراهة تكلم عمار
 بالفاظ الكفر من دون تورية ، كما لا يخفى .

لتبرير ساحة عمار (مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ) يعفى له كذا من العقاب
 (إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ) فانه لا يضره التلفظ بالكفر (فقال له
 رسول الله صلى الله عليه وآله : ان عاد واعليك) وطلبوا منك التلفظ بلفظ
 الكفر (فعد) وقل ما شئتوا : فانه لا يضر (ولم ينبهه) الرسول صلى الله
 عليه وآله (على التورية) .

ان قلت : ليس التنبيه واجبا لانه من الموضوعات .

قلت : (فان التنبيه فى المقام وان لم يكن واجبا الا انه لا شك فى
 رجحانه خصوصا من النبى صلى الله عليه وآله) الذى كان يرشد الناس ،
 حتى الى امور دنياهم بالاخص (باعتبار شفقتة على عمار ، وعلمه بكراهة
 تكلم عمار بالفاظ الكفر من دون تورية ، كما لا يخفى) .

بل ربما يقال : بوجوب الارشاد لانه من ارشاد الجاهل وكيف يقول له
 النبى صلى الله عليه وآله : ان عاد وافعد ، ؟ مع انه لا يجوز له ان يعود ، و
 الحال انه قاد رعلى التورية فهو كان يقول : اشرب الخمر ، بدون ان يقيد به
 بعدم امكان الفرار .

بل يظهر ايضا من قول على عليه السلام : اما السب فسبوني .

.....

هذا ولكن الاولى ان يفرق بين اماكن التفصى بالتورية، وامكانه
 بغيرها بتحقيق الموضوع فى الاول، دون الثانى لان الاصحاب - وفاقا
 للشيخ فى المبسوط - ذكروا من شروط تحقق الاكراه ان يعلم، او يظن المكروه
 - بالفتح - انه لو امتنع ما اكراه عليه وقع فيما توعد عليه .
 ومعلوم ان المراد : ليس امتناعه عنه فى الواقع ولومع اعتقاد المكروه -
 بالكسر -

(هذا ولكن الاولى ان يفرق بين اماكن التفصى بالتورية، وامكانه
 بغيرها) من الفرار، او نحو ذلك (بتحقيق الموضوع) للاكراه (فى الاول)
 اى التورية (دون الثانى) اى التفصى بغيرها .
 فلو تمكن من التورية ولم يورّ صدق الاكراه .
 ولو تمكن من الفرار ولم يفرلم يصدق الاكراه .
 فالفرق بينهما فى تحقق الموضوع وعدمه ، لافى ان كليهما ليسا من
 موضوع الاكراه ، وانما الحكم يختلف فيهما ، فاحدهما يحكم بحكم الاكراه
 دون الآخر (لان الاصحاب - وفاقا للشيخ فى المبسوط - ذكروا من
 شروط تحقق الاكراه) موضوعا (ان يعلم ، او يظن المكروه - بالفتح - انه لو
 امتنع ما اكراه عليه وقع فيما توعد عليه) من المحذور .
 (ومعلوم) ان هذا الميزان يصدق وان تمكن من التورية ، ولا يصدق
 فيما اذا تمكن من التفصى بغيرها .

وذلك ل (ان المراد) للشيخ (ليس امتناعه) اى المكروه - بالفتح -
 (عنه) اى عن المكروه - بالكسر - (فى الواقع ولومع اعتقاد المكروه - بالكسر -

.....
 عدم الامتناع •

بل المعيار فى وقوع الضرر اعتقاد المكروه لامتناع المكروه •
 وهذا المعنى يصدق مع امكان التورية ، ولا يصدق مع التمكن من
 التفصى بغيرها لان المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكروه عليه ، وعدم
 وقوع الضرر عليه •
 والحاصل ان التلازم بين امتناعه ووقوع الضرر الذى هو المعتبر

عدم الامتناع (•

اذ انا للتورية امتناع فى الواقع ، وذلك لا ينافى الاكراه •

لماعرفت من ان المناط : الامتناع ظاهرا •

فكلما تحقق الامتناع الظاهرى ووجب الوقوع فى المحذور صدق

الاكراه •

(بل المعيار فى وقوع الضرر اعتقاد المكروه) — بالكسر — (لامتناع

المكروه) — بالفتح — •

(وهذا المعنى يصدق مع امكان التورية ، ولا يصدق مع التمكن من

التفصى بغيرها) كالفرار من الظالم (لان المفروض تمكنه من الامتناع مع

اطلاع المكروه عليه ، وعدم وقوع الضرر عليه) فانه لو فزع الظالم بامتناعه ولم

يتمكن مع وقوع الضرر عليه ، فلا يتحقق موضوع الاكراه فى صورة التمكن — مثلا —

(والحاصل) من الفرق بين التمكن بالتفصى بسبب التورية ، او بسبب

غيرها (ان التلازم بين امتناعه) اى المكروه — بالفتح — (ووقوع الضرر الذى

هو المعتبر

.....
 فى صدق الاكراه موجود ، مع التمكن بالتورية ، لامع التمكن بغيرها ،
 فافهم .

ثم ان ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصى : انما هو فى الاكراه
 المسوغ للمحرمات ، ومناطه توقف دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه

فى صدق الاكراه موجود ، مع التمكن بالتورية) .

لان المراد بالامتناع الظاهرى (لامع التمكن بغيرها) فان الفرار
 يوجب عدم وقوع الضرر (فافهم) اذ : الامتناع فى كل من التورية والفرار
 ممكن ، ولا يوجب الضرر ، فالامتناع فى التورية واقعى لا يعرفه المكروه -
 بالكسر - والامتناع فى الفرار ظاهرى يعرفه المكروه .

ومن المعلوم ان عرفان المكروه - بالكسر - لامدخلية له .

الاترى انه لوجبه بشرب الخمر ، لكنه يتمكن ان يشرب الماء بحيث
 يزعم الظالم انه خمر ، لم يجزله شرب الخمر ، وان كان الظالم يظنه خمر ، فان
 الامتناع هنا ليس بظاهرى ، ومع ذلك لا يصدق الاكراه .

فصدق الاكراه متوقف على عدم امكان التفصى باى وجه كان - واقعا

او ظاهرا - فلو امكن التفصى ولو واقعا لم يصدق الاكراه .

(ثم ان ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصى) فى صدق الاكراه ، و

ترتب حكم الاكراه (انما هو فى الاكراه المسوغ للمحرمات ، ومناطه) اى مناط
 تحقق هذا الاكراه (توقف دفع ضرر المكروه) بالكسر (على ارتكاب المكروه
 عليه) بحيث لولم يأت الجبور بما اجبر تضرر من الجابر .

.....

واما الاكراه الرافع لاثـر المعاملات، فالظاهر ان المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة .

وقد يتحقق مع امكان التفصی، مثلا من كان قاعدا فى مكان خاص خال عن الغير متفرغا للعبادة، او مطالعة فجائه من اكرهه على بيع شئ مما عنده، وهوفى هذه الحال، لغير قادر على دفع ضرره، وهوكاره للخروج عن ذلك المكان لكن لو خرج كان له فى الخارج خدم يكفونه شر المكره .

فالظاهر : صدق الاكراه حينئذ بمعنى عدم طيب النفس لوباع ذلك الشئ، بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده، وتوقف دفع ضرر اكراه الشخص على امر خدمه .

(واما الاكراه الرافع لاثـر المعاملات، فالظاهر ان المناط فيه عدم

طيب النفس بالمعاملة) وان امكن التفصی و لو يتفصّ .

(وقد يتحقق) عدم طيب النفس (مع امكان التفصی، مثلا من كان قاعدا فى مكان خاص خال عن الغير) فى حال كونه (متفرغا للعبادة، او مطالعة فجائه من اكرهه على بيع شئ معانده) بحيث لولم يبيع اضـره باخذ دينار منه اعتباطا - مثلا - (وهوفى هذه الحال) الذى يريد فيها البقاء فى ذلك المكان (غير قادر على دفع ضرره، وهوكاره للخروج عن ذلك المكان لكن لو خرج كان له فى الخارج خدم يكفونه شر المكره) بالكسر .

(فالظاهر : صدق الاكراه حينئذ) فى هذه المعاملة (بمعنى عدم

طيب النفس لوباع ذلك الشئ) فالبيع باطل وان امكن التفصی (بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده، وتوقف دفع ضرر اكراه الشخص على امر خدمه

.....

بدفعه وطرده .

فان هذا لا يتحقق في حقه الاكراه ، ويكذب لو ادعاه .

بخلاف الاول اذا اعتذر فكراهة الخروج عن ذلك المنزل ، ولو فرض في ذلك المثال ، اكراهه على محرم ، لم يعذر بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل وقد تقدم الفرق بين الجبر والاكراه ، في رواية ابن سنان .

بدفعه وطرده) ولم يكن في ذلك محذور .

(فان هذا) الشخص (لا يتحقق في حقه الاكراه ، ويكذب لو ادعاه)

بان قال : انى كنت مكرها ، ولا طيب لنفسى في هذه المعاملة التسمى اجريتها ، فهى باطلة .

(بخلاف الاول) الذى كان خدمه خارجا ، وهو لا يريد الخروج (اذا ا

اعتذر فكراهة الخروج عن ذلك المنزل ، ولو فرض في ذلك المثال) وهو ما

اذا اراد المطالبة او العبادة في المحل المخلى (اكراهه على محرم)

فارتكبه اعتذارا ، انه لم يرد الخروج (لم يعذر) في ذلك المحرم (بمجرد)

انه ارتكبه لـ (كراهة الخروج عن ذلك المنزل) .

فتحقق الفرق بين الاكراه على المعاملة ، وانه يتحقق بكراهة الخروج

لعدم طيب النفس حينئذ .

وبين الاكراه على المحرم ، وانه يتوقف على عدم امكان التفصى .

(و) الذى يؤيد الفرق المذكور هو ما (قد تقدم) من (الفرق بين الجبر

والاكراه ، في رواية ابن سنان) حيث ذكر الجبر من السلطان ، والاكراه من

المرأة ، والاب ، والام .

.....
 فالاكراه المعتبر فى تسويغ المحظورات هو الاكراه بمعنى الجبر
 المذكور، والرافع لاثـر المعاملات، هو: الاكراه الذى ذكر فيها انه قد يكون
 من الاب، و الوالد، والمرأة، والمعارفيه: عدم طيب النفس فيها، لا
 الضرورة، والالـجاء، وان كان هو المتبادر من لفظ الاكراه .
 ولذا يحمل الاكراه فى حديث: الرفع، عليه، فيكون الفرق

فان هذه الرواية تؤيد تحقق الاكراه من الزوجة .
 ومن المعلوم ان المراد اكراهها له على المحرم، بل على ايقاع معاملة
 او نحوها .
 (فالاكراه المعتبر فى تسويغ المحظورات) سواء كان ترك واجب، او
 فعل حرام (هو الاكراه بمعنى الجبر المذكور، و) اما لاكراه (الرافع لاثـر
 المعاملات هو: الاكراه الذى ذكر فيها) اى فى تلك الرواية (انه قد
 يكون من الاب، والوالد، والمرئة، والمعارفيه) اى فى الاكراه الرافع
 لاثـر المعاملات (عدم طيب النفس فيها) اى فى المعاملات (لا للضرورة و
 الالـجاء) بحيث لا يمكن التفصى (وان كان هو) اى الالـجاء والضرورة (المتبادر
 من لفظ الاكراه) بقول مطلق .
 والحاصل انا حيث نعلم بان الكره الموجب لفعل المحرم لا يتحقق
 بسبب الزوجة تحمل الكره فى الرواية على الكره فى المعاملة الحاصل
 بعدم طيب النفس، وان امكن الفرار .
 (ولذا) الذى ذكرنا من ان المتبادر من الاكراه الاضطرار، والالـجاء
 (يحمل الاكراه فى حديث: الرفع، عليه) اى على الجاء (فيكون الفرق

بينه و بين الاضرار المعطوف عليه في ذلك الحديث اختصاص الاضرار بالحاصل ، لا من فعل الغير كالجوع ، والعطش ، والمرض .
 لكن الداعى على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات ، هو : ان العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس حيث استدلوا على ذلك بقوله تعالى :
 تجارة عن تراض ، و : لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه ، وعموم

بينه) اى بين الاكراه (وبين الاضرار) الوارد في حديث الرفع (المعطوف عليه في ذلك الحديث ، اختصاص الاضرار بالحاصل ، لا من فعل الغير كالجوع ، والعطش ، والمرض) سواء كانت مقدمات ذلك من فعل الغير كان يمنعه عن طعامه حتى يضطر جوعا ام لا ؟

(لكن) استدراك عن قوله : هو المتبادر ، اى ان المتبادر من : الاكراه

الاجاء .

وانما قلنا لا يعتبر في المعاملات الاجاء ، وانما يبقى بعض الاكراه وان
 امكن التفصى عنه .

لما ذكره بقوله : ان (الداعى على اعتبار ما) اى معنى الاكراه الذى (ذكرنا في المعاملات ، هو : ان العبرة فيها) اى في المعاملات (بالقصد) الى المعاملة (الحاصل عن طيب النفس) ومع الكره لا طيب للنفس .

وانما اعتبرنا فيها طيب النفس حيث استدلوا على ذلك بقوله تعالى :
 تجارة عن تراض ، و قوله عليه السلام : (لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه ، وعموم) ما دل على

.....
اعتبار الارادة فى صحة الطلاق .

وخصوص ماورد فى فساد طلاق من طلق للمدارة مع عياله .
فقد تلخص مما ذكرنا ان الاكراه الرافع لاثـر الحكم التـكليفى ، اخص من
الرافع لاثـر الحكم الوضعى ، ولولـو حظ ما هو المناط فى رفع كل منهما من
دون ملاحظة عنوان الاكراه كانت النسبة بينهما العموم من وجه ، لان
المناط فى رفع الحكم التـكليفى ، هو : دفع الضرر ، و

(اعتبار الارادة فى صحة الطلاق) .

فان العموم شامل لسائر العقود والايقاعات ، بل المناط كاف ، وان
لم يكن عموم ..

(وخصوص ماورد فى فساد طلاق من طلق للمدارة مع عياله) وليس
ذلك الا لاجل عدم طيب النفس ، والا فالمدارة تقابل الاكراه .
(فقد تلخص مما ذكرنا ان الاكراه الرافع لاثـر الحكم التـكليفى) بان
يسقط الحرام عن حرمة ، والواجب عن وجوبه (اخص من الرافع لاثـر الحكم
الوضعى) بان يوجب بطلان البيع والطلاق وما شبهه .

وجه الاختصية ان الرافع للحكم التـكليفى : هو الاكراه بدون مناص ، و
الرافع للحكم الوضعى : هو الاكراه مطلقا ، اى ولو كان هناك مناص .
اذ عدم طيب النفس كاف فى بطلان المعاملة (ولولـو حظ ما هو المناط
فى رفع كل منهما) اى من الحكم التـكليفى والحكم الوضعى (من دون ملاحظة
عنوان الاكراه) كانت النسبة بينهما : العموم من وجه) .

وذلك (لان المناط فى رفع الحكم التـكليفى ، هو : دفع الضرر و)

.....

فى رفع الحكم الوضعى ، هو : عدم الارادة ، وطيب النفس .

ومن هنالم يتأمل احد فى انه اذا اكراه الشخص على احد الامرين المحرمين لابعينه ، فكل منهما وقع فى الخارج ، لا يتصف بالتحريم ، لان المعيار فى دفع الحرمة ، دفع الضرر المتوقع على فعل احدهما .

المناط (فى رفع الحكم الوضعى ، هو : عدم الارادة و) عدم (طيب النفس) فيجتمعان فى مورد دفع الضرر ، وعدم طيب النفس ، كما لو اجبره على طلاق زوجته ولا مناص له فى الفرار .

ويكون الاكراه التكليفى فقط دون الوضعى فى مورد دفع الضرر مع طيب النفس ، كما لو اجبره على شرب الخمر بحيث يقتله لولم يشرب ، ولا مناص له ، لكنه يرضى بالشرب .

ويكون الاكراه الوضعى فقط دون التكليفى فى مورد كره النفس مع امكان التفصى كما لو اكرهته زوجته بطلاق الضرة مع امكانه عدم طلاقها .
(ومن هنا) اى وجود الفرق بين الاكراهين التكليفى والوضعى ، واختلاف مناطهما (لم يتأمل احد فى انه اذا اكراه الشخص على احد الامرين المحرمين لابعينه) كما لو اكرهه على شرب احد الاناثين ، وهما خمر ، واكرهه على خمر ، او نجس (فكل منهما وقع فى الخارج ، لا يتصف بالتحريم) .

وذلك (لان المعيار فى رفع الحرمة دفع الضرر المتوقع على فعل احد هما) فالاكراه موجود فى الجامع بينهما ،

.....

اما لو كانا عقدين او ايقاعين كما لو اكره على طلاق احدى زوجتيه فقد

استشكل غير واحد فى ان ما يختاره من الخصوصيين بطيب نفسه ويرجحه

بدوا عيه النفسانية الخارجة عن الاكراه مكره عليه باعتبار جنسه

ام لا ؟ بل افتى فى القواعد : بوقوع الطلاق ، وعدم الاكراه .

وان حمله بعضهم على ما اذا قنع المكره بطلاق

وذلك يكفى فى اتصاف كل منهما بالاكراه فانه اذا لم يفعل احدى

تضرر .

(اما لو كانا) الامران المكره على احدى هما (عقدين) كتنكاحين او بيعيين

(او ايقاعين) كطلاقين وعتقين (كما لو اكره على طلاق احدى زوجتيه فقد

استشكل غير واحد) من الفقهاء (فى ان ما يختاره من الخصوصيين)

كطلاق هند مثلا (بطيب نفسه) اذا اختار لهذه على تلك بطيب النفس

وانما الاكراه على الجامع (ويرجحه) على الآخر ترجيحا (بدوا عيه النفسانية

الخارجة عن الاكراه) .

مثلا انه يرجح زينب على هند ، ولذا اذا دار الامر بينهما يرجح بقاء زينب

تبعالدا عيه النفسانى ، وان كان فى اصل الطلاق مكرها (مكره عليه باعتبار

جنسه ام لا ؟) هذا خبر قوله : ان ما يختاره ، (بل افتى فى القواعد : بوقوع

الطلاق ، وعدم الاكراه) .

لان المعيار فى الاكراه فى هذا الباب عدم طيب النفس ، وهيهنا يوجد

طيب النفس ، لانه بطيب نفسه يرجح طلاق هند على طلاق زينب .

(وان حمله) اى كلام القواعد (بعضهم على ما اذا قنع المكره بطلاق

.....

احديهما مبهمه .

لكن المسئلة عندهم غير صافية عن الاشكال ، من جهة مدخلية طيب النفس في اختيار الخصوصية وان كان الاقوى - وفاقا لكل من تعرض للمسئلة - تحقق الاكراه لغة وعرفا .
مع انه لو لم يكن هذا مكرها عليه لم يتحقق الاكراه اصلا .

احديهما مبهمه) .

كما لو اكرهه الظالم بان يطلق احدي زوجتيه ، وكان قانعا بان يقول الزوج : طلقت احديهما ، مما لا يقع طلاق معه ، فباختياره قال : طلقت هندا فانه يقع الطلاق اذ لم يكن مجبورا في الطلاق ، بل كان له المناص .
(لكن المسئلة) اي مسئلة الاكراه على احديهما (عندهم غير صافية عن الاشكال ، من جهة مدخلية طيب النفس في اختيار الخصوصية) فلا اكراه ومن جهة الاكراه على الجامع بحيث لو لم يطلق فهو اكراه (وان كان الاقوى - وفاقا لكل من تعرض للمسئلة - تحقق الاكراه لغة وعرفا) فان كل واحد من المكره و المكره عليه قد يكون واحد او قد يكون احد الشخصين او الاثنين ، كما لو اكرهه زيد وعمرو ، او اكرهه زيد خالداً او بكرا ، او اكرهه زيد وعمرو على بيع الثبوت او الدار ، او اكرهه احد شخصين ، زيد وعمرو ، على بيع الثوب او الدار - في صورة التعدد في كل الجوانب - .

(مع انه لو لم يكن هذا) المجرى على طلاق احدي زوجتيه (مكرها عليه لم يتحقق الاكراه) في الخارج (اصلا) الا نادرا .

.....

اذ الموجود فى الخارج دائما احدى خصوصيات المكروه عليه .

اذ لا يكاد يتفق الاكراه بجزئى حقيقى من جميع الجهات .

نعم : هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية ، وان كان مكروها عليه من حيث

القدر المشترك بمعنى ان وجوده الخارجى ناشئ عن اكراه واختيار .

ولذا لا يستحق المدح والذم باعتبار اصل الفعل ، ويستحقه باعتبار

الخصوصية .

(اذ الموجود فى الخارج دائما احدى خصوصيات المكروه عليه) وانما

الاكراه على الجامع .

(اذ لا يكاد يتفق الاكراه بجزئى حقيقى من جميع الجهات) ،

مثلا لو اجبره على طلاق زوجته ، فان خصوصيات الزمان والمكان ، و

كيفية اجراء الصيغة وما اشبه ، كلها تكون باختياره ، اذ المكروه لا يجبر الاعلى

اصل المطلاق .

(نعم : هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية ، وان كان مكروها عليه

من حيث القدر المشترك) فيجتمع فى هذا الفرد الخارجى الاكراه والاختيار

(بمعنى ان وجوده الخارجى ناشئ عن اكراه) بالجامع (واختيار)

للخصوصية .

(ولذا) الذى كان هذا الفرد جامعا للامرين (لا يستحق المدح و

الذم باعتبار اصل الفعل) لانه ليس باختياره (ويستحقه باعتبار الخصوصية)

التي اختارها على ما سواها ، فاذا اطلق هندا ، بعد ان اجبره على طلاق

هند اوزينب ليستل عن انه لما اختار طلاق هند على طلاق زينب ؟ فقد يكون

.....

وتظهر الثمرة فيما لو ترتب اثر على خصوصية المعاملة الموجودة فانه لا يرتفع بالاكره على القدر المشترك مثلاً لو اكرهه على شرب الماء او شرب الخمر، لم يرتفع تحريم الخمر، لانه مختار فيه وان كان مكراه في اصل الشرب

ذلك لاجل انطباق الكلى فقط، وقد يكون لترجيح في طلاقها .

والمدح والذم انما هما في صورة الترجيح لا مجرد وجود الكلى فيها

— كما لا يخفى

(وتظهر الثمرة) في كون الخصوصية غير مكروهة (فيما لو ترتب اثر على خصوصية المعاملة الموجودة ، فانه لا يرتفع بالاكره على القدر المشترك مثلاً) لو اكرهه على طلاق زوجته ، او طلاق اجنبية — زاعماً انها زوجته ايضاً — فطلق الزوجة كان الطلاق صحيحاً ، اذ : لا اكرهه على طلاقها ، وامكان التفصي باجراء صورة طلاق الاجنبية ان لم يكن هناك محذور آخر ، او كان بحيث لم يعلم ذلك ، حتى صدر منه طلاق الزوجة كرها .

وكذا (لو اكرهه على شرب الماء او شرب الخمر ، لم يرتفع تحريم الخمر ،

لانه مختار فيه) اي في هذا الشرب (وان كان مكراه في اصل الشرب) .

فان الحرام لا يحل ، اذا كان طرفه حلالاً .

نعم يحل اذا كان طرفه حراماً آخر مساوياً له ، او اقل حرمة منه .

وتفصيل الكلام انه لو كان المكروه عليه احد شيئين ،

فان كان كلاهما حراماً لوحظ اقلهما حرمة — ان كان بينهما اقل — والاّ جاز

ارتكاب ايهما شاء .

وان كان احدهما حلالاً فان كان في الحلال ضرر على نفسه ، لوحظ

.....

وكذا الواكرهه على بيع صحيح او فاسد، فانه لا يرتفع اثر الصحيح، لانه مختار

فيه، وان كان مكرها فى جنس البيع .

لكنه لا يترتب على الجنس اثر يرتفع بالاكره .

ومن هنا

الاهم من الضرر المرفوع والحرام، كما الواكرهه على طلاق زوجته او شرب
الخمير .

وذلك لان الشارع رفع الضرر فليس يقدر الحلال والحال هذه - اى

ان الحلال اكثر ضررا فى نفسه من حرمة الحرام - على الحرام .

وان لم يكن فى الحلال ضرر كمثال الماء والخمر، قدم الحلال قطعاً .

(وكذا الواكرهه على بيع صحيح او فاسد، فانه لا يرتفع اثر الصحيح لانه

مختار فيه، وان كان مكرها فى جنس البيع) .

وذلك فيما اذا لم يكن فى البيع الفاسد ضرر خارجى، كما انه لو اجرى

البيع الفاسد كان موجبا لحرام آخر، مثلاً خيره بين بيع داره او بيع دار

زيد، فيما لا يرضى زيد بالبيع، وكان بيعه لدار زيد ضرراً على زيد لان

الغاصب يجعل البيع ذريعة لاغتصابها منه .

(لكنه لا يترتب على الجنس اثر يرتفع) ذلك الاثر (بالاكره) .

مثالونذ ران لا يجرى لفظ البيع لاصحاح ولا فاسداً، لم يلزمه الحنث

والكفارة .

لان الجامع مكره عليه، والمفروض ان الجامع هو ذوالاثر .

(ومن هنا) الذى ذكرنا من ان اكره احد امرين لا يكون اكرها

.....

يعلم انه لو اكره على بيع مال ، او ايفاء مال مستحق لم يكن اكرها لان

القدر المشترك بين الحق وغيره ، اذا اكره عليه لم يقع باطلا .

والا لوقع الايفاء ايضا باطلا .

فاذا اختار البيع صح ، لان الخصوصية غير مكره عليها ، والمكره عليه

و هو القدر المشترك — غير مرتفع الاثر .

ولو اكرهه على بيع مال ، او اداء مال غير مستحق ، كان اكرها .

لخصوص احدهما (يعلم انه لو اكره على بيع مال ، او ايفاء مال مستحق) كما
لوقال له اما بيع دارك ، او اعطني المطلب الذي استحقه منك (لم يكن
اكرها) على بيع المال .

وذلك لان القدر المشترك بين الحق وغيره ، اذا اكره عليه لم

يقع باطلا) اذ : لو صح احد الفردين لم يكن الجامع باطلا .

(والا) يكن كذلك ، بل كان اكره الجامع اكرها لكل من الفردين

(لوقع الايفاء ايضا باطلا) .

والحال ان الايفاء ليس بباطل ، فالبيع ليس بمكره عليه .

(فاذا اختار البيع) في المثال السابق (صح لان الخصوصية)

الموجودة في البيع (غير مكره عليها ، والمكره عليه وهو القدر المشترك —) .

بين البيع والايفاء (غير مرتفع الاثر) .

وذلك لعدم اثر محرم للنجس ، فهو من قبيل السالبة بانتفاء

الموضوع .

(ولو اكرهه على بيع مال ، او اداء مال غير مستحق ، كان اكرها) .

لانه لا يفعل البيع الا فراراً من بدله او وعيده المضرين، كما لو اكرهه على بيع داره، واشرب الخمر فان ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الاخرى بيد له، او التضرر الدنيوى بوعيده .

ثم ان اكره احد الشخصين على فعل واحد، بمعنى الزامه عليهما كفاية وايعادهما على تركه .

فكل من الفردين مكروه عليه، فاذا باع كان باطلا .

(لانه لا يفعل البيع الا فراراً من بدله) المذى هو اعطاء مال غير مستحق (او) فراراً من (وعيده المضرين) صفة: بدله، او: وعيده .

فيكون حال هذا المثال (كما لو اكرهه على بيع داره واشرب الخمر) فباع الدار، كان البيع باطلاً (فان ارتكاب البيع) فى هذا الحال انما هو للفرار عن الضرر الاخرى بيد له) اى شرب الخمر (او التضرر الدنيوى بوعيده) باخذ المال منه .

(ثم ان اكره) المكروه (احد الشخصين على فعل واحد، بمعنى الزامه عليهما كفاية) .

كما لو قال: لزيد وعمرو، لا بد وان يشرب احدكما الخمر، او قال: لا بد وان يبيع داره، او قال: لا بد لا احدكما ان يشرب الخمر او يبيع داره بالزامه عليهما كفاية (وايعادهما على تركه) .

سواء كان الايعاد لهما، كما لو قال: فان لم تفعل قتلتكما .

او الايعاد لاحدهما، كما لو قال: قتلت احداكما

اذ العقاب المردداً يضا محل خوف الضرر الموجب لجواز الارتكاب

.....

كالكراه شخص واحد على احد الفعلين في كون كل منهما مكرها .
 واعلم : ان الاكراه قد يتعلق بالمالك والعاقده كما تقدم .
 وقد يتعلق بالمالك ، دون العاقده ، كما لو اكراه على التوكيل في
 بيع ماله فان العاقده قاصد مختار ، والمالك مجبور ، وهو داخل في العقد
 الفضولي ، بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الاكراه

للحرام ، وارتفاع الاثر (كالكراه شخص واحد على احد الفعلين في كون
 كل منهما مكرها) يجوز ارتكاب الحرام معه .
 كما انه لو وقع العقد ، والايقاع لم يكن له اثر .
 (واعلم : ان الاكراه قد يتعلق بالمالك والعاقده كما تقدم) سواء
 كان اثنين ، او واحدا ؟

(وقد يتعلق بالمالك ، دون العاقده ، كما لو اكراه على التوكيل في
 بيع ماله) او اكراهه على البيع فوكل هو باختياره شخصا ليجري عقد البيع
 (فان العاقده) في صورتين (قاصد مختار ، والمالك مجبور ، وهو
 داخل في العقد الفضولي) لانه بيع بدون رضى المالك .
 اذ الفضولي اعم من عدم علم المالك ، وانهيه وعدم رضاه .
 نعم عدم الاجازة اللاحق للعقد الفضولي رافع لاثره ، كما حقق في باب
 الفضولي (بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الاكراه) .
 اذ : الاكراه في الوكالة يوجب عدم تحقق الوكالة ، بل وكذا لا
 تتحقق الوكالة فيما اذا اكراه على البيع ، وان وكل اختياراً .
 اذ متعلق الوكالة باطل ، فهو كما لو وكل في بيع مال غيره ، حيث تقع

وقد ينعكس .

كما لو قال : بيع مالى ، او طلق زوجتى ، والاقتلتك .

والاقوى هنا : الصحة لان العقد هنا - من حيث انه عقد - لا يعتبر

فيه سوى القصد الموجود فى المكره اذا كان عاقدا ، والرضا المعتبر من

المالك موجود بالفرض فهذا اولى من المالك المكره على العقد اذا رضى

لاحقا .

الوكالة باطله .

(وقد ينعكس) بان يكون الوكيل مجبورا دون الموكل .

اذ : قد يكونان مختارين ، وقد يكونان مجبورين وقد يكون الموكل مجبورا

دون الوكيل ، وقد يكون الوكيل مجبورا دون الموكل .

(كما لو قال) الجابر - لمن يريد توكيله - (بيع مالى ، او طلق زوجتى و

الاقتلتك) فطلق او باع مجبورا ، فى اجراء العقد والايقاع .

(والاقوى هنا : الصحة لان العقد هنا - من حيث انه عقد - فى

قبال العقد الذى وقع على الشئ المجبور فيه ، كما لو كان المالك مجبورا

على البيع (لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود فى المكره) بالفتح (اذا كان

المكره عاقدا ، والرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض) لفرض كونه

راضيا (فهذا) العقد (اولى) بالصحة (من) عقد المالك المكره على العقد

اذا رضى لاحقا) بعد العقد .

وجه الاولوية واضح ، اذ : فى المالك المكره ، لارضى بالمضمون ولا

باجراء العقد ، وهنا يوجد الرضا بالمضمون وانما لا يوجد الرضا بالاجراء

.....

واحتمل فى المسالك :عدم الصحة نظرا الى ان الاكراه يسقط

حكم اللفظ .

كما لو امر المجنون بالطلاق ، فطلقها .

ثم قال : والفرق بينهما ان عبارة المجنون مسلوبة بخلاف المكره

فان عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد ، فاذا كان الامر قاصدا لم يقدح

اكراه المأمور انتهى ، وهو حسن .

فقط .

(واحتمل فى المسالك :عدم الصحة) لما اذا كان العاقد كارهها

لاجراء العقد ، وان كان المالك راضيا ، (نظرا الى ان الاكراه يسقط حكم

اللفظ) لا طلاق دليل :رفع ما استكرهوا عليه .

(كما لو امر المجنون بالطلاق فطلقها) .

فكما ان لفظ المجنون لا اثر له ، كذلك لفظ المكره - بالفتح .

(ثم قال) المسالك (والفرق بينهما) اى المكره والمجنون (ان عبارة

المجنون مسلوبة) ذاتا ، فهى كعبارة الببغاء ، لا مقتضى لها (بخلاف ،

المكره ، فان عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد) .

فهنا المانع موجود ، لان المقتضى مفقود (فاذا كان الامر) الذى امر

المكره باجراء صيغة العقد (قاصدا) للمعاملة (لم يقدح اكراه المأمور) اى السكره

الحاصل فى جريان اللفظ (انتهى) كلام الشهيد (وهو حسن) وان كان يرد عليه ان

دليل رفع الاكراه منصرف عن مثل اللفظ ، فاللفظ اثر ، وان كان المكره

حاصلا فى اجرائه .

.....

وقال :ايضا لو اكره الوكيل على الطلاق ، دون الموكل ففى صحته
وجهاً ايضاً ، من :تحقق الاختيار فى الموكل المالك ، ومن :سلب
عبارة المباشرة ، انتهى .

وربما يستدل على فساد العقد فى هذين الفرعين بمادل على
رفع حكم الاكراه .

وفيه ماسيجي من انه :انما يرفع حكماً ثابته على المكره ، لولا الاكراه

(وقال) الشهيد (ايضا لو اكره الوكيل على الطلاق ، دون الموكل)
كما لو اجبر الزوج زيداً على ان يطلق زوجته ، فاجرى زيد صيغة الطلاق
(فى صحته وجهاً ايضاً) كالوجهين فى باب البيع (من :تحقق
الاختيار فى الموكل المالك) للفرج ، فيصح الطلاق (ومن سلب عبارة
المباشرة) لانه لا قصد له (انتهى) كلام الشهيد .

وربما يستدل على فساد العقد فى هذين الفرعين (البيع والطلاق
وكذا سائر العقود — او المراد بالفرعين ، فرع الكره لفظاً ، وفرع الكره لفظاً و
معنى — فى المالك المكره على اجراء العقد — حيث قلنا سابقاً انه اذا
لحقه الرضا ، صحّ (بمادل على رفع حكم الاكراه) فلا يصح الطلاق او البيع
اذا كان الوكيل فى اجراء الصيغة مكرهاً وكذلك لا يصح اذا اكره المالك
ثم رضى ، لعدم دليل :الاكراه .

(وفيه ماسيجي من انه) اى الاكراه (انما يرفع حكماً ثابته على المكره)
بالفتح (لولا الاكراه) .

مثلاً لو اكره المالك على البيع رفع اثر الانتقال الثابت لولا الاكراه

.....

ولا اثر للعقد هنا بالنسبة الى المتكلم به لولا الاكراه .

ومما يؤيد ما ذكرنا حكم المشهور ، بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا ، ومن المعلوم انه انما يتعلق بحاصل العقد الذى هو امر مستمر ، وهو النقل والانتقال .

واما التلفظ بالكلام الذى صدر مكرها فلا معنى للحقوق الرضائية ، لان ماضى وانقطع لا يتغير عما وقع عليه ، ولا ينقلب .

(ولا اثر للعقد هنا بالنسبة الى المتكلم به) المكره بالفتح (لولا الاكراه)
 اى لا اثر لولا الاكراه فسواء كان مجرى اللفظ مكرها ام لا ؟ لا اثر له .

(ومما يؤيد ما ذكرنا) من ان اللفظ لا اثر له ، ولذا الاكراه عليه غير ضار (حكم المشهور ، بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا) .

وجه التأييد ما ذكره بقوله (ومن المعلوم انه) اى الرضا اللاحق (انما يتعلق بحاصل العقد) وهو الامر الاعتبارى (الذى هو امر مستمر) من حين العقد الى وقت الرضا (وهو النقل) من المالك (والانتقال) الى المشتري .

(وامما التلفظ بالكلام الذى صدر مكرها) حيث كان اللفظ مكرها فى اجراء اللفظ (فلا معنى للحقوق الرضائية) .

وذ لك (لان ماضى وانقطع لا يتغير عما وقع عليه ، ولا ينقلب) .

اللهم الا ان يقال : بان العرف يرى الكلام حقا للمتكم ، فاذا تلفظ به مكرها كان اضا عة لحقه ، فاذا رضى كان بنظرهم ارجاعا للحق الى مستحقه ، وحيث ان الامرتابع للاعتبار لم يفرق بين اثر العقد ، و

.....
 نعم ربما يستشكل هنا فى الحكم المذكور بان القصد الى المعنى و
 لوعلى وجه الاكراه ، شرط فى الاعتناء بعبارة العقد ولا يعرف الا من قبل
 العاقد فاذا كان مختاراً امكان احرازه باصالة القصد فى افعال العقلاء
 الاختيارية دون المكره عليها .
 اللهم الا ان يقال :

بين استمرار الاكراه للفظ فى امكان الانقلاب .
 (نعم ربما يستشكل هنا فى الحكم المذكور) اى صحة العقد اذا كان
 اللفظ مكرها (بان القصد الى المعنى ولوعلى وجه الاكراه ، شرط فى
 الاعتناء بعبارة العقد) .
 اذ لولا القصد ، لم يكن عقد (ولا يعرف) القصد الى المعنى (الا من
 قبل العاقد) .
 فان القصد من الامور القلبية المربوطة معرفتها بنفس الانسان (فاذا ،
 كان) العاقد (مختاراً امكان احرازه) اى احراز القصد (باصالة القصد فى
 افعال العقلاء الاختيارية) .
 اذ : الظاهر من كل فاعل مختارانه يقصد ما فعله ، سواء كان تكلماً ،
 او عملاً (دون المكره عليها) .
 فان اصالة القصد ليست من بناء العقلاء .
 وعليه فلا يعلم قصد اللفظ المكره ، ولا يصح العقد حينئذ بمعنى انه
 لا يمكن ان يترتب عليه اثر الصحة .
 (اللهم الا ان يقال) فى وجه تصحيح عقد الالفاظ المكره على التلفظ

.....

ان الكلام بعد احراز القصد ، وعدم تكلم العاقد لاغيا او موريا ، ولو كان مكرها .

مع انه يمكن اجراء اصاله القصد هنا ايضا فتأمل

فرع

(ان الكلام بعد احراز القصد) بعد (عدم تكلم العاقد لاغيا) بان لا يقصد معنى اصلا (او موريا) بان يقصد معنى بغير المعنى الظاهر من اللفظ ، فاذا احرزنا ذلك لم يكن وجه لبطلان العقد من جهة كراهة اللفظ في اجراء اللفظ (ولو كان) العاقد (مكرها) : لو ، وصلية .

(مع انه يمكن اجراء اصاله القصد) لللفظ (هنا) في صورة اكراهه على اللفظ (ايضا) كما يجرى اصاله القصد في صورة عدم الاكراه (فتأمل)

اذ : ليس بناء العقلاء على اجراء الاصاله في صورة الاكراه وليس اصل شرعى يتمسك به كذلك .

(فرع)

الاكراه اما على الجنس او على الفرد .

ولو كان على الجنس :

فاما احد فرديه مستحق ، نحو : اعط ديني ، او بيع دارك .

او احد فرديه حلال غير مرفوع ، نحو : بيع دارك او اشرب الماء .

او احد فرديه حلال مرفوع نحو اشرب الخمر او بيع دارك .

ولو كان كلا فرديه حلالا ، او مستحقا ، او حلالا غير مرفوع ، فالاكراه ،

.....
ولواكرهه على بيع واحد غير معين من عبيدين ، فباعهما ، او باع نصف
احدهما ، وفى التذكرة اشكال .

انما يكون على الاخف .

ثم لواكره على بيع احد الشيئين ، فباعهما .

ففيه احتمالات ، الاكراه مطلقا ، والعدم مطلقا ، والاكراه بالنسبة
الى احدهما .

ولوباعهما تدريجا ففى كون الاول اكراه مطلقا ، او ايهما قصد كونه
مكرها عليه ، او كون الاول مطلقا الا اذا قصد كون الثانى اكراه .
احتمالات .

ولواكره على بيع النصف ، فباع الكل .

او اكراه على بيع الكل فباع النصف .

او اكراه على البيع ، فصالح

او اكراه على البيع نسبة فباع نقدا .

فالظاهر : فان كان تفصيا عن الاكراه صح ، وان كان بالاكراه لم يصح
وكذا اذا اكراه على البيع صباحا فباع مساء ، او العكس ، او باختلاف
سائر الشرائط والخصوصيات .

هذه بعض الفروع التى ذكرناها فى حاشية المكاسب فلنرجع
الى الشرح (ولواكرهه على بيع واحد غير معين عن عبيدين ، فباعهما ، او
باع نصف احدهما) قال (فى التذكرة) فيه (اشكال) حيث انه لم يفعل
المكره عليه ، فلا اكراه ، وحيث ان البيع صدر عن الاكراه بحيث انه لو لم

.....

اقول : اما بيع العبد ين فان كان تدريجا ، فالظاهر وقوع الاول مكرها

دون الثاني .

مع احتمال الرجوع اليه في التعيين سواء ادعى العكس ام لا ؟

ولوباعهما دفعة احتمل صحة الجميع لانه خلاف المكره عليه .

والظاهر انه لم يقع شئ منهما عن اكراه .

وبطلان الجميع لوقوع احدهما مكرها عليه

يكره لم يبيع فهو من مصاديق الاكراه .

(اقول : اما بيع العبد ين فان كان تدريجا ، فالظاهر) من صدق ،

الاكراه عرفا (وقوع الاول مكرها ، دون الثاني) فانه لما باع الاول انتهى ،

الاكراه ، فلا اكراه في بيع الثاني .

(مع احتمال الرجوع اليه) اي الى البائع المكره (في التعيين) و

ان قصد الاكراه بالاول او بالثاني ، ويؤخذ بقوله لانه اعرف بقصده (سواء

ادعى العكس) بان قال : قصدت الاكراه بالثاني دون الاول (ام لا) بان

ادعى قصده الاكراه بالاول .

(ولوباعهما دفعة) حال كون الاكراه كان على احدهما (احتمل

صحة الجميع لانه) اي البيع دفعة (خلاف المكره عليه) فان الاكراه ،

على احدهما لا على كليهما .

(والظاهر) من حال البائع عرفا (انه لم يقع شئ منهما عن اكراه)

فيصح البيع فيهما معا .

(و) يحتمل (بطلان الجميع لوقوع احدهما مكرها عليه) لانه اراد بيع

.....

• ولا ترجيح

• والاوّل اقوى

ولو اكره على بيع معين فضم اليه غيره ، وباعهما دفعة ، فالاقوى

• الصحة فى غير ما اكره عليه

واما مسألة النصف ، فان باع النصف بقصد بيع النصف الآخر امثالا

• للمكره ، بناء على شمول الاكره لبيع المجموع دفعتين

احد هما بدون الاكره فبيع الثانى اكرهى (ولا ترجيح) حتى نقول : ان

• البيع يصح فى احد هما دون الآخر

• (والاول) وهو صحة الجميع (اقوى)

وربما يقال : ان الحافله على بيع الجميع ان كان هو الاكره ، بطل

• فيهما والاصح فيهما

(ولو اكره على بيع) عبد (معين) مثلا (فضم اليه غيره) كعبد ثان

(وباعهما دفعة) فى صفقة واحدة (فالاقوى الصحة فى غير ما اكره عليه)

لانه صدر عن قصد واختيار ، ولا مانع فى صحة بعض العقد ، دون بعض

• كما لو باع الخمر والخل ، او ما يملكه وما لا يملكه

(واما مسألة النصف) فيما لو اكره على بيع تمام العبد فباع نصفه

(فان باع النصف) بعد الاكره على الكل (بقصد بيع النصف الآخر) او

فراعى النصف الاخر بزعم اكتفاء المكره ببيع النصف فقط (امثالا للمكره

بناء على شمول الاكره لبيع المجموع دفعتين) حتى يكون بيع النصف

• صاد راعن الاكره

.....

فلا اشكال فى وقوعه مكرها عليه ، وان كان لرجاء ان يقنع المكره
بالنصف ، كان ايضا اكراها .

لكن فى سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الامارات نظر .
بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور فى التحرير ، قال فى
التحرير : لو اكره على الطلاق ، فطلق ناويا ، فالاقرب وقوع الطلاق انتهى
ونحوه فى المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع ، لان الاكراه اسقط اثر
اللفظ .

(فلا اشكال فى وقوعه) اى بيع النصف (مكرها عليه ، وان كان) بيع
النصف (لرجاء ان يقنع المكره) بالكسر (بالنصف ، كان ايضا اكراها) لانه
بعث على البيع .

(لكن فى سماع دعوى البائع ذلك) وانه انما باع النصف لبيع النصف
الاخر مرة ثانية ولرجاء اكتفاء المكره بالنصف فقط (مع عدم الامارات
العرفية الدالة على صحة دعواه) نظر (لان النصف ليس مكرها عليه وانما
المكره عليه الكل ، ولم يفعله .

(بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور فى التحرير ، قال فى
التحرير : لو اكره على الطلاق ، فطلق ناويا) وقوع الطلاق (فالاقرب
وقوع الطلاق) لانه لم يكن مكرها على النية ، فاذا نوى كان طلاقا
اختياريا (انتهى ، ونحوه فى المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع)
للطلاق (لان الاكراه اسقط اثر اللفظ) فكانه لا لفظ .

.....

ومجرد النية لاحكم لها .

وحكى عن سبطه فى نهاية المرام انه نقله قولا .

واستدل عليه بعموم ما دل من النص والاجماع على بطلان عقد

المكره .

والاكراه يتحقق هنا اذ : المفروض انه لولاه لما فعله .

ثم قال : والمسئلة محل اشكال انتهى ، وعن بعض الاجلة انه لو علم

انه لا يلزمه الا اللفظ وله تجريده عن القصد

(ومجرد النية) للطلاق المقارنة لاجراء اللفظ الاكراهى (لاحكم

لها) اذ : لا بد فى العقود ، والايقاعات ، من اللفظ .

(وحكى عن سبطه) اى سبط الشهيد الثانى (فى) كتاب (نهاية

المرام انه نقله) اى عدم وقوع الطلاق اذ كان اللفظ مكرها (قولا) لبعض

الفقهاء ، لا مجرد الاحتمال كما فى كلام المسالك .

(واستدل عليه بعموم ما دل من النص والاجماع على بطلان عقد

المكره) مثل حديث : رفع الاكراه .

(والاكراه يتحقق هنا) فلا يقال : انه لا اكراه ، اذ : الزوج غير مكره

فى طلاق زوجته (اذ : المفروض انه لولاه) اى لولا الاكراه فى اجراء اللفظ

(لما فعله) اى لما جرى اللفظ المكره لفظ الطلاق .

(ثم قال) السبط : (والمسئلة محل اشكال) انتهى ، وعن بعض

الاجلة انه لو علم مجرى لفظ الطلاق (انه لا يلزمه الا اللفظ) يمكن

(له تجريده) اى اللفظ (عن القصد) بان لا يقصد الطلاق باللفظ

.....

• فلا شبهة في عدم الاكراه .

وانما يحتمل الاكراه مع عدم العلم بذلك سواء ظن لزوم القصد وان لم يرد المكره ام لا ؟ انتهى ، ثم ان بعض المعاصرين ذكر الفرع عن المسالك ، وبناء على ان المكره لا قصد له اصلا فرده بثبوت القصد للمكره ، وجزم بوقوع الطلاق المذكور مكرها عليه .

وفيه ما عرفت سابقا من : انه لم يقل احد بخلو المكره

(فلا شبهة في عدم الاكراه) لانه يتمكن من عدم اجراء لفظ الطلاق ، و مع التمكن من الفرع المكره لوجه لصدق الاكراه .

(وانما يحتمل الاكراه مع عدم العلم) من اللفظ (بذلك) اي بانه لا يلزمه الا اللفظ (سواء ظن لزوم القصد) الى وقوع الطلاق (وان لم يرد) اي لم يرد القصد (المكره) بالكسر (ام لا) بان لم يلتفت الى ذلك اصلا (انتهى ، ثم ان بعض المعاصرين ذكر الفرع) اي فرع الاكراه على التلفظ بلفظ الطلاق (عن المسالك ، وبناء) اي بنى كلام المسالك الذي قال : احتمال عدم الوقوع ، (على ان المكره) بالفتح (لا قصد له اصلا) .

• فقد زعم المعاصر ان الشهيد يريد عدم تمتشى القصد من المكره اطلاقا .
(فرده) اي رد المعاصر ، المسالك (بثبوت القصد للمكره) بالفتح (وجزم) المعاصر (بوقوع الطلاق المذكور) الذي كان مجريه مكرها في الاجراء (مكرها عليه) فيبطل ، فلا وجه لاحتمال الصحة .

(وفيه) اي في كلام هذا المعاصر (ما عرفت سابقا من : انه لم يقل احد بخلو المكره) بالفتح

.....

عن قصد معنى اللفظ .

وليس هذا مراداً من قولهم : ان المكره غير قاصد الى مدلول اللفظ
ولذا شرك الشهيد الثانى بين المكره والفضولى ، فى ذلك كما عرفت
سابقاً ، فبناءً على هذا الحكم فى هذا الفرع على ما ذكره ضعيف جداً .

(عن قصد معنى اللفظ) حتى يكون هذا هو مراد الشهيد فى المسالك
(وليس هذا) اى الخلو عن القصد (مراد من قولهم : ان المكره غير
قاصد الى مدلول اللفظ) .

بل مرادهم ان المكره لا يقصد وقوع المفهوم عن اللفظ .
اذ : هناك لفظ ، ومعنى ، و ارادةٌ وقوع المنشاء بهذا اللفظ .
والذى يقول ان المكره لا قصد له يريد نفى الشئ الثالث ، لا الشئ الثانى .
(ولذا) الذى ذكرنا ، من انه : ليس مرادهم ، عدم قصد المدلول
فى المكره . (شرك الشهيد الثانى بين المكره) بالفتح (و) بين
(الفضولى ، فى ذلك) اى فى عدم ارادة المعنى ، مع وضوح انه لا يقصد
ان الفضولى لا يريد المعنى ، بل قصد الشهيد ان الفضولى لا يقصد قصداً
جبرياً كقصد الملاك .

فهذا شاهد على ان مراده من نفى القصد عن المكره ، نفى قصد
الجديّة لانفى المعنى (كما عرفت سابقاً ، فبناءً) المعاصر (هذا الحكم)
اى بطلان الطلاق (فى هذا الفرع) اى فرع الاكراه فى اجراء لفظ الطلاق
(على ما ذكر) من عدم قصد المعنى من اللفظ (ضعيف جداً) .
اذ : القصد موجود سواء قلنا : بالصحة ام بالبطلان ؟ .

وكذا ما تقدم عن بعض الاجله من انه : ان علم بكفاية مجرد اللفظ المجرد
عن النية فنوى اختياراً صَحَّ ، لان مرجع ذلك الى وجوب التورية على
العارف بها المتفطن لها اذ : لافرق بين التخلص بالتورية وبين تجريد
اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً .

وقد عرفت ان ظاهر

(وكذا) في الضعف) ما تقدم عن بعض الاجله من انه : ان علم
المكره على لفظ الطلاق (بكفاية مجرد اللفظ المجرد عن النية) اى كفايته فسى
التخلص من الاكراه (فنوى) الطلاق (اختياراً) فى قصده (صح) الطلاق .
وانما قلنا : بضعف هذا الكلام (لان مرجع ذلك) الكلام (الى وجوب
التورية على العارف بها) اى بالتورية (المتفطن لها) حال اجراء اللفظ
اذ : مفاد كلام هذا البعض انه ان تمكن من التورية ولم يورّك ان
اختياراً منه فى ايقاع الطلاق فيوجب ذلك صحة الطلاق .

وانما قلنا : بان كلام بعض الاجله ضعيف ككلام المعاصر (اذ : لافرق
بين التخلص) عن الاكراه (بالتورية) بان يقصد غير المعنى المتعارف من
اللفظ (وبين) التخلص (بتجريد اللفظ) اى لفظ الطلاق (عن قصد
المعنى) بان يقول : اللفظ بدون قصد المعنى اطلاقاً (بحيث يتكلم)
المكره (به) اى باللفظ (لاغياً) .

فكلاهما يقولان : بصحة الطلاق ان تمكن من التصرف فى اللفظ ولم
يتصرف ، اما تصرفاً بالتورية او تصرفاً بتجريد اللفظ عن المعنى .

(و) انما كان كلا القولين ضعيفاً ، لما (قد عرفت) من (ان ظاهر

الادلة، والاخبار الواردة فى طلاق المكره وعقته، عدم اعتبار العجز عن التورية .

وتوضيح الاقسام المتصورة فى الفرع المذكور: ان الاكراه الملحق بوقوع الطلاق قصداً اليه راضيا به .

اما ان لا يكون له دخل فى الفعل اصلا بان يوقع الطلاق قصداً اليه عن طيب النفس، بحيث لا يكون الداعى اليه هو الاكراه لبنائه على تحمل الضرر المتوقع به .

الادلة، والاخبار الواردة فى طلاق المكره وعقته، عدم اعتبار العجز عن التورية) وبطريق اولى لا يعتبر العجز عن التجريد .

وعليه: فطلاق المكره باطل، وان لم يورّ ولم يلغى الكلام وقد كان عارفا بهما .

(وتوضيح الاقسام المتصورة فى الفرع المذكور) اى فرع الاكراه ، على اجراء لفظ الطلاق (ان الاكراه الملحق) اى الذى يلحق (بوقوع الطلاق قصداً اليه) اى الى الطلاق (راضيا به) اى بالطلاق بمعنى ان : الطلاق المقصود المرضى، اذ الحق الاكراه .

(اما ان لا يكون له) اى للاكراه (دخل فى الفعل) اى فعل الطلاق (اصلا بان يوقع) (الالفاظ) (الطلاق قصداً اليه عن طيب النفس بحيث لا يكون الداعى اليه) اى الى الطلاق (هو الاكراه) (وانما ليس داعيه الاكراه (لبنائه) اى مجرى لفظ الطلاق (على تحمل الضرر المتوقع به) فلا يكون طلاقه عن خوف ، اذ لا يبالى بالضرر اصلا .

.....

ولا يخفى بدهة وقوع الطلاق هنا ، وعدم جواز حمل الفرع المذكور

عليه فلا معنى لجعله فى التحرير اقرب .

و ذكر احتمال عدم الوقوع فى المسالك ، وجعله قولاً فى نهاية

المرام ، واستشكله فيه ، لعموم النص والاجماع .

وكذا لا ينبغى التأمل فى وقوع الطلاق لولم يكن الاكراه مستقلاً فى دأى

الوقوع ، بل هو بضميمة شئ اختيارى للفاعل .

(و لا يخفى بدهة وقوع الطلاق هنا) فى صورة عدم اهتمامه بالضرر

(وعدم جواز حمل الفرع المذكور) اى فرع بطلان الطلاق بسبب الاكراه (عليه)

اى على هذا الحال ، وهو حال عدم اهتمام المكره بالاكراه وانما يجرى الطلاق

عن اختياره وارادته (فلا معنى لجعله) اى وقوع الطلاق (فى التحرير اقرب)

اذ : لا وجه لعدم الوقوع اصلاً .

(و) كذلك لا معنى له (ذكر احتمال عدم الوقوع) للطلاق (فى المسالك)

اذ لا وجه لاحتمال عدم الوقوع (و) لا معنى له (جعله) اى وقوع الطلاق

(قولا) حيث قال : قيل بوقوع الطلاق (فى نهاية المرام ، واستشكله فيه)

فى وقوع الطلاق (لعموم النص والاجماع) علته للاستشكل فى الوقوع ، من

جهة النص والاجماع ، ببطلان ما اكراه عليه .

(وكذا لا ينبغى التأمل فى وقوع الطلاق لولم يكن الاكراه مستقلاً فى

دأى الوقوع ، بل) كان (هو) اى الاكراه (بضميمة شئ اختيارى للفاعل) بان

سبب الطلاق امران ، الاكراه وارادة الزوج التخلص من ثقل النفقة مثلاً .

وانما يصح الطلاق ، لان الاكراه لم يكن داعياً ، وانما هو جزء الدأى .

.....

وانكان الداعى هو: الاكراه .

فاما ان يكون الفعل لامن جهة التخلص عن الضرر المتوعد به بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره بالكسر ، كمن قال له ولده : طلق زوجتك ، والاقتلتك ، او قتلت نفسى ، فطلق الوالد خوفا من قتل الولد نفسه او قتل الغير له اذا تعرض لقتل والده .

او كان الداعى على الفعل شفقة دينية على المكره بالكسر ، او على المطلقة او

والظاهر من الادلة ان الاكراه الموجب للبطلان هو : ما اذا كان مجرد الاكراه (وانكان الداعى) الى الطلاق (هو : الاكراه) فقط بدون ضميمه شئ اليه .

(فاما ان يكون الفعل) الذى يأتى به اكراها (لامن جهة التخلص عن الضرر المتوعد به ، بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره بالكسر كمن قال له ولده : طلق زوجتك ، والاقتلتك ، او قتلت نفسى) على سبيل منع الخلو (فطلق الوالد) زوجته (خوفا من قتل الولد نفسه) اذا لم يطلق (او قتل الغير) الاجنبى (له) اى للولد (اذا تعرض لقتل والده) .

فالطلاق انما وقع فى هذه الصورة لخوف ضرر يلحق بالمكره بالكسر لالخوف ضرر يلحق بالمكره بالفتح ، وهذا المثال لما يلحق الضرر بالمكره بالفتح فى النتيجة ، وانكان الضرر ابتداءا لحقا بالمكره بالكسر .

ثم جاء المصنف بمثال ثان لما يكون الضرر محضاً للمكره بالكسر بقوله :

(او كان الداعى على الفعل) كالتطلاق (شفقة دينية) من المكره

بالفتح (على المكره بالكسر ، او على المطلقة او

.....

على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجة لثلايقع الناس في محرم .
والحكم في الصورتين لا يخلو عن اشكال؛ وان كان الفعل لداعى
التخلص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لاجل اعتقاد المكروه ان الحذر
لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة لغفلته عن ان التخلص غير متوقف على
القصد الى وقوع اثر الطلاق و حصول

على غيرهما) انسان ثالث (ممن يريد نكاح الزوجة) بعد طلاق الرجل
لها (لثلايقع الناس في محرم) .

مثلا علم ان المكروه يقع في الحرام بتزوجه اخته الرضاعية اذالم يطلق
زوجته ، فيأخذها المكروه بالكسر ، او علم انه اذالم يطلقها قتلت نفسها او
زنت مع صديق لها ، او علم انه اذالم يطلقها ، لتكون في دارها مشرفة على
اخوانها ، فسد الاخوان لعدم رقيب عليهم ، مثلا .

(والحكم) ببطلان الطلاق الاكراهي (في الصورتين) صورة كون
الداعى الى الطلاق الخوف على المكروه ، وصورة كون الداعى شفقة دينية
بان لا يقع الناس في الحرام (لا يخلو عن اشكال) .

فمن جهة انه لا ضرر على المكروه بالفتح ، يلزم القول لصحة الطلاق .
ومن جهة صدق الاكراه في الجملة يلزم القول بالبطلان (وان كان
الفعل) الاكراهي صا درا (لداعى التخلص من الضرر ، فقد يكون قصد
الفعل لاجل اعتقاد المكروه ان الحذر لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة)
بان ينوى الطلاق عند اجراء لفظه ، اكراها (لغفلته عن ان التخلص) عن
الحذر (غير متوقف على القصد الى وقوع اثر الطلاق و) القصد الى (حصول

.....
البينونة فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة، والاعراض عنها فيوقع
الطلاق قاصدا .

وهذا كثيرا ما يتفق للعموم ، وقد يكون هذا التوطيّن والاعراض من
جهة جهله بالحكم الشرعى او كونه رأى مذهب بعض العامة فزعم ان الطلاق
يقع مع الاكراه فاذا اكراه على الطلاق ، طلق قاصدا الوقوع لان القصد
الى اللفظ المكروه عليه بعد اعتقاد كونه سببا مستقلا فى وقوع البينونة يستلزم
القصد الى وقوعها فترضى نفسه بذلك ويوطنها عليه .

وهذا

البينونة) يكون غافلا عن هذا فيقصد الطلاق حقيقة (فيوطن نفسه على رفع اليد عن
الزوجة والاعراض عنها) زاعما انه مقتضى الاكراه (فيوقع الطلاق قاصدا) حصول البينونة
حقيقة . (وهذا) الزعم (كثيرا ما يتفق للعموم ، وقد يكون هذا التوطيّن)
للطلاق حقيقة (والاعراض) من الزوجة (من جهة جهله بالحكم الشرعى) بان
لم يعلم انه اذا لم يقصد لم يقع الطلاق ، بل زعم انه وان لم يقصد يحكم
الشارع بوقوع الطلاق (او كونه) اى المطلق (رأى مذهب بعض العامة
فزعم ان الطلاق يقع مع الاكراه) ولذا يطلق قاصدا (فاذا اكراه على الطلاق
طلق قاصدا الوقوع ، لان القصد الى اللفظ المكروه عليه) اى لفظ الطلاق ،
(بعد اعتقاد كونه) اى اللفظ (سببا مستقلا فى وقوع البينونة) وان لم
يقصد (يستلزم القصد الى وقوعها ، فترضى نفسه بذلك) الطلاق (و
يوطنها) اى النفس (عليه) اى على الطلاق .

(وهذا) اى الجهل بالحكم الشرعى او كونه رأى مذهب بعض

.....

ايضا كثيرا ما يتفق للعوام ، والحكم فى هاتين الصورتين لا يخلو عن اشكال .

الا ان تحقق الاكراه اقرب ،

ثم المشهور بين المتأخرين : انه لورضى المكره بما

العامه الخ (ايضا كثيرا ما يتفق للعوام ، والحكم) ببطلان الطلاق (فى هاتين الصورتين) اى ما ذكره بقوله : لاجل اعتقاد ، وما ذكره بقوله : وقد يكون هذا التوطين ، (لا يخلو عن اشكال) .

اذ : لم يكن مكرها واقعا ، وانما جهله وغفلته سببا زعمه انه مكره .
(الا ان تحقق الاكراه اقرب) لان العرف يرى انه مكره ، فالادلة الدالة على رفع الاكراه شاملة له .

ثم انه لو ظن الاكراه فيما لا اكراه واقعا ، بطل اذ : الفعل صدر عن غير الرضا ، وذلك موجب للبطلان ، كما لو زعم ان زيدا جاء ليقتله اذ الم يطلق ، وقد كان الجاني واقعا عمرو .

ولو ظن عدم الاكراه فيما كان اكراه واقعا صح كما انه لو لم يسمع التهديد ، وانما طلقها بمحض ارادته .

ولو شك فى الاكراه ، فان كان فى فعله منبعثا عن الاكراه فى المعاملة لم تصح ، اذ : الباعث له الخوف ، والاصح .

ثم ان الباعث على الفعل على خمسة اقسام لانه اما اكراه فقط ، او اختيار فقط ، او كلاهما متساويين ، او زيادة الاكراه ، او زيادة الاختيار .

(ثم ان) المشهور بين المتأخرين : انه لورضى المكره بالفتح (بما

.....
فعله صح العقد .

بل عن الرياض تبعا للحدائق : ان عليه اتفاقهم ، لانه عقد حقيقى
فيؤثر اثره مع اجتماع باقى شرائط البيع ، وهو طيب النفس .
و دعوى : اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد .
خالية عن الشاهد مدفوعة بالاطلاقات .
واضعف منها دعوى : اعتبارها فى مفهوم العقد اللازم منه

فعله) حال الاكراه .

كما لو طلق زوجته اكرها ثم رغب بنفسه عن الزوجة حتى استحسن فعله
السابق (صح العقد) او الايقاع .

(بل عن الرياض تبعا للحدائق : ان عليه) اى على ايجاب الرضا
اللاحق ، صحة العمل الاكراهى السابق (اتفاقهم ، لانه) حال وقوعه
(عقد حقيقى) وانما كان فاقداً لشرط الرضا ، فاذا الحقه ثم الاركان وصح
العقد (فيؤثر اثره مع اجتماع باقى شرائط البيع ، وهو) اى باقى الشرائط
الذى كان مفقودا ثم وجد (طيب النفس) .

(و دعوى : اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد) حتى يكون صحيحا - و
فى بعض النسخ : لصحة العقد

(خالية عن الشاهد) و (مدفوعة بالاطلاقات) الدالة على ان العقد
اذا كان معه طيب النفس كان صحيحا .

(واضعف منها) اى من هذه الدعوى (دعوى : اعتبارها) اى الرضاية و
طيب النفس (فى مفهوم العقد اللازم منه) اى من هذا الكلام وهذه الدعوى

.....

عدم كون عقد الفضولى عقداً حقيقياً .

واضعف من الكل دعوى : اعتبار طيب نفس العاقد فى تأثير عقده

اللازم منه عدم صحة بيع المكره بحق .

و كون اكراهه على العقد تعبد يالا لتأثير فيه .

ويؤيد فحوى صحة عقد الفضولى حيث ان المالك طيب النفس بوقوع اثر

العقد ، وغير منشئ للنقل بكلامه .

وامضاء انشاء الغير ليس الا طيب النفس بمضمونه وليس انشاء مستأنفا .

(عدم كون عقد الفضولى عقداً حقيقياً) اذ لا طيب نفس المالك حال العقد بل

ربما لا يعرف بالعقد اصلاً .

(واضعف من الكل ، دعوى : اعتبار طيب نفس العاقد فى تأثير عقده) .

وحيث ان العاقد اللافظ لا طيب لنفسه فلا يصح عقده (اللازم منه عدم

صحة بيع المكره بحق) كاكراه الكافر لبيع عبده المسلم ، وما شبه ذلك .

(و عطف على : عدم) كون اكراهه على العقد تعبد يالا بان اراد الشارع

ان يجرى المكره لفظ العقد فقط (لا لتأثير فيه) اى فى عقده ، لانه على هذا القول

لا تأثير لعقد المكره ، اذ : لا طيب لنفسه .

(ويؤيد) اى كلام المشهور (فحوى صحة عقد الفضولى حيث ان المالك

طيب النفس بوقوع اثر العقد ، وغير منشئ للنقل بكلامه) اذ : لا كلام للمالك .

(و) من المعلوم ان (امضاء انشاء الغير ليس الا طيب النفس بمضمونه)

فان المالك يمضى ما انشأه الفضولى (وليس انشاء مستأنفا) اى ليس

المالك ينشاء انشاء جديداً

.....

مع انه لو كان فهو موجود هنا فلم يصدر من المالك هناك الاطيب
النفس بانتقاله متاخرا عن انشاء العقد ، وهذا موجود فيما نحن فيه مع زائد
وهو انشائه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد .

لما عرفت من ان عقده انشاء حقيقى

وجه التامل انه يدل على ان طيب النفس حيث لحق بالعقد كفى
فى الصحة اذ: لخصوصية الفضولى من هذه الجهة .

(مع انه لو كان) طيب نفس الفضولى انشاء مستانفا (فهو موجود هنا)
فيما لورضى المكروه (فلم يصدر من المالك هناك) فى الفضولى (الاطيب
النفس بانتقاله) اى انتقال المال منه الى المشتري من الفضولى فى حال كون
هذا الطيب (متاخرا عن انشاء العقد ، وهذا) الطيب المتاخرا عن الانشاء
(موجود فيما نحن فيه) فيما لورضى المكروه بعد اجراء العقد (مع شئ
(زائد) عن الفضولى (وهو) اى الشئ الزائد (انشائه) اى المكروه (للنقل
المدلول عليه بلفظ العقد) .

فان المالك فى الفضولى لم ينشأ العقد ، والمالك المكروه قد انشأ
العقد .

وان قلت : ان انشاء المكروه ليس عقدا .

قلت : ليس كذلك بل هو عقد .

(لما عرفت من ان عقده انشاء حقيقى) اذ : لا يشترط فى الانشاء

الرضا النفسى .

وتوهم ان عقد الفضولى واجد لما هو به مفقود هنا و هو طيب نفس

العاقد بما ينشئه .

مدفوع بالقطع بان طيب النفس لا اثر له .

لا فى صدق العقدية اذ يكفى فيه مجرد قصد الانشاء المدلول عليه
باللفظ المستعمل فيه .

ولا فى النقل والانتقال ، لعدم مدخلية غير المالك فيه .

(وتوهم) الفرق بين الفضولى ، وبين لحوق الرضا فى المكره حتى
اذ اقلنا : بالصحة فى الاول ، لا يلزم منه الصحة فى الثانى (ان عقد
الفضولى واجد لما هو به مفقود هنا) فى المكره (وهو طيب نفس العاقد)
المجرى للفظ العقد (بما ينشئه) وفى المقام المفروض ان منشئ العقد
لا يرضى بانشاءه ، لانه مجبور فى الانشاء مكره عليه .

(مدفوع بالقطع بان طيب النفس) من العاقد (لا اثر له) اطلاقا .

(لا فى صدق العقدية) عرفا (اذ يكفى فيه) اى فى صدق العقد عرفا
(مجرد قصد الانشاء المدلول عليه) اى على هذا القصد (باللفظ المستعمل
فيه) اى فى الانشاء .

(ولا فى النقل والانتقال ، لعدم مدخلية غير المالك فيه) اى فى
النقل والانتقال ، والمفروض ان المالك راض ، وانما المجهور هو العاقد
فقط .

وعلى هذا فلا فرق بين الفضولى وبين اكراه العاقد .

نعم لوصح ما ذكر سابقا : من توهم ان المكره لا قصد له الى مدلول اللفظ اصلا ، وانه قاصد نفس اللفظ الذى هو بمعنى الصوت كما صرح به بعض ، صح انه لا يجدى تعقب الرضا ، اذ لا عقد حينئذ .

لكن عرفت سابقا انه خلاف المقطوع من النصوص والفتاوى فراجع فظهر مما ذكرنا ضعف وجه التأمل فى المسئلة ، كما عن الكفاية ومجمع الفائدة تبعاً للمحقق الثانى فى جامع المقاصد

(نعم لوصح ما ذكر سابقا : من توهم ان المكره لا قصد له الى مدلول اللفظ اصلا ، وانه) اى المكره (قاصد نفس اللفظ الذى هو بمعنى الصوت) فقط . (كما صرح به بعض ، صح) كلام من قال : (انه لا يجدى) فى صحة عقد المكره (تعقب الرضا ، اذ لا عقد حينئذ) اصلا ، فان مجرد اللفظ ليس بعقد (لكن عرفت سابقا انه) اى ان المكره لا قصد له (خلاف المقطوع من النصوص والفتاوى) لظهورها فى ان عقد المكره فاقد للرضا ، لا لمعنى العقدية (فراجع) النصوص والفتاوى ، لتظهر لك ذلك بالاضافة الى ما نجد به بالوجدان من قصد المكره المعنى .

(فظهر مما ذكرنا) وجه الكلام المشهور المتأملين بصحة عقد المكره اذا لحقها الرضا (ضعف وجه التأمل فى المسئلة ، كما) نقل التأمل (عن الكفاية ومجمع الفائدة تبعاً له) تأمل (المحقق الثانى فى جامع المقاصد) .

وقد استدل للبطلان ، بقوله : الا ان تكون تجارة عن تراض ، ويحدث رفع الاكراه ، وبانه كالهازل . وبانه لا قصد له ، وبإصالة عدم الانعقاد ، وبانه لورفض الاصيل ما باعه الفضولى ثم اجاز لم ينفع مع ان الكراهة متوسطة

.....
 وان انتصرلهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى : **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** ،
 الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي .
 مضافا الى النبوى المشهور الدال على رفع حكم الاكراه مؤيدا بالنقض
 بالهازل .

مع انهم لم يقولوا بصحته بعد لحق الرضا .
 والكل : كما ترى .
 لان دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن

وهنا الكراهة فى الاول والوسط (وان انتصرلهم) للمتألمين فى المسئلة
 الصحة عند لحق الرضا (بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى : **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً**
عَنْ تَرَاضٍ ، الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي) .
 وفى المقام لم يبين العقد على التراضي وانما لحقه التراضي ، فالمسئلة
 داخله فى : **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ** .
 (مضافا الى النبوى المشهور الدال على رفع حكم الاكراه) فالعقد المبني
 على الاكراه لا يترتب عليه حكم سائر العقود (مؤيدا) عدم الصحة (بالنقض
 بالهازل) فانه اذا جرى صيغة العقد هزلا ، ثم رضى به جدّا لم ينفع بلا
 اشكال .

(مع انهم لم يقولوا بصحته بعد لحق الرضا) .
 وما نحن فيه قريب منه اذ لفظ المكروه كلفظ المهازيل .
 (والكل : كما ترى) لا دلالة فيها على بطلان العقد الذى يحتمل الرضا .
 (لان دلالة الآية) الا ان تكون تجارة على اعتبار وقوع العقد عن

التراضى ، اما بمفهوم الحصر .

• واما بمفهوم الوصف

• ولا حصر كما لا يخفى

لان الاستثناء منقطع غير مفرغ

التراضى ، اما بمفهوم الحصر) حيث حصرت الآية الصحيح من العقد فيما
انشأ عن الرضا ، فحيث لا رضى هنا فلا صحة .

(واما بمفهوم الوصف) حيث ان الآية بمنزلة ان يقال: العقد الناشئ

عن التراضى صحيح ، ومفهومه ان ما لا ينشأ عن التراضى ليس بصحيح

فالبحر مثل ان يقول : لا تكرم الا الرجل العالم ، والوصف مثل ان يقول :

اكرم الرجل العالم .

• (ولا حصر كما لا يخفى)

اذ الحصر انما يتحقق مع كون الاستثناء متصلا ، مثل ان يقول : ما جئنى احد

الاريد وليست الآية كذلك ، لانها نهت عن الاكل بالباطل .

• ومن المعلوم ان التجارة عن تراض ليست اكلا بالباطل .

(لان الاستثناء منقطع غير مفرغ) ولو كان مفرغا كان الاستثناء متصلا

اذ لو كان بمنزلة ان يقال لا تأكلوا اموالكم ، بوجه من الوجوه لانه باطل الا

ان تكون تجارة عن رضائية .

لكن هذا خلاف ظاهر الآية فان ظاهرها النهى عن الاكل بالباطل و

تجوز الاكل بالتجارة .

فالآية بمنزلة ما جئنى انسان الاحمار وانما يستحسن هذا النحو من

.....

ومفهوم الوصف على القول به ، مقيّد بعدم ورود الوصف مورد

الغالب ، كما فى : رَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ .

و دعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة

الاستثناء ، لان السامع قد يتوهم عموم الحكم فى المستثنى منه الى المستثنى ، فلا استثناء يدفع هذا التوهم .

والحاصل انه : لا مفهوم للحصر فى المقام ، حتى يدل على ان : كل ما ليس تجارة عن تراض ، فهو باطل ، بل الآية تدل على ان : الا كل بالبطل حرام ، و التجارة عن تراض صحيح .

اما التجارة التى يلحقها الرضا فليس د اخلافى احدهما فيتمسك لصحته بعموم العقود ، وما اشبه .

(و مفهوم الوصف على القول به) اى بان للوصف مفهوم ما (مقيّد

بعدم ورود الوصف مورد الغالب) والا فلا مفهوم له (كما فى : رَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ)

حيث ان الوصف وارد مورد الغالب ، فلا مفهوم له ، والآية كذا

الغالب فى التجارات كونه عن تراض ، فلا تدل كلمة : عن تراض ، على اعتبار الرضا السابق فى صحة المعاملة .

(و دعوى وقوعه) اى الوصف وهو : عن تراض ، (هنا) فى الآية (مقام

الاحتراز) عن التجارة التى لم يسبقها الرضا (ممنوعة) .

اذ : لا ظهور للوصف فى ذلك .

.....
 و سيجيئ زيادةً توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضى فى بيع الفضولى .

واما حديث الرفع : ففيه اولاً : ان المرفوع فيه هى المؤاخذه ، و الاحكام المتضمنة لمؤاخذه المكره ، و الزامه بشئ .
 و الحكم بوقوف عقده على رضا ، راجع الى ان له ان يرضى بذلك و هذا حق له ، لاعليه

(و سيجيئ زيادةً توضيح ، لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضى) فى باب التجارة ، بل يكفى الرضا اللاحق (فى بيع الفضولى) متعلق بـ : سيجيئ .

(و اما حديث الرفع : ف) لا دلالة له على عدم صحة التجارة للمكره الملحوقه بالرضا .

اذ : (فيه اولاً : ان المرفوع فيه) اى فى الحديث (هى : المؤاخذه و الاحكام المتضمنة لمؤاخذه المكره ، و الزامه بشئ) و : الاحكام ، عطف على قوله : المؤاخذه ، اى لا مؤاخذه فى الآخرة على المكره اذا فعل حراما اكرهاها ، كما لا حكم عليه من جهة العمل المكروه فيه ، كوجوب التسليم فى البيع الاكراهى ، و النفقة فى النكاح الاكراهى ، و ما شبه ذلك .

(و) لا يدخل فى ذلك توقف عقده الاكراهى على رضا ، حتى يقال : بان هذا الحكم ايضا مرفوع ، اذ : (الحكم بوقوف عقده على رضا راجع الى ان له) اى للمكره (ان يرضى بذلك) العقد الاكراهى (وهذا حق له) اى للمكره (لاعليه) فلا يشمل : حديث الرفع ، اذ : الحديث يرفع

نعم قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ ، حتى يرضى المكروه ، او يفسخ
وهذا الزام لغيره ،
والحديث : لا يرفع المأخذة ، والالزام عن غير المكروه كما تقدم .
واما الزامه بعد طول المدة باختيار

الاحكام التى عليه ، ولا يرفع الاحكام التى له .
(نعم قد يلزم الطرف الآخر) كالمشتري فيما لو باع زيد ماله اكرها
(بعدم الفسخ حتى يرضى المكروه ، او يفسخ) .
فاذا اكره الجابر زيد اعلى بيع داره من عمرو ، يلزم على عمرو ان لا يفسخ
البيع حتى يظهر ان زيد ايرضى بهذا البيع ام لا ؟
فهذا الحكم الالزامى الذى لزم على الطرف الآخر لم يرفعه : الحديث
لكنه لا يضر بما قلنا : بان حديث الرفع يرفع الاحكام الالزامية .
(و) ذلك لان (هذا) الالزام ، بان لا يفسخ (الزام لغيره) اى لغير
المكروه ، وليس الزام ماله ، حتى يستشكل بانه كيف لم يرفع هذا الالزام حديث
الرفع ؟
(و) من المعلوم ان : (الحديث ، لا يرفع المأخذة ، والالزام عن غير
المكروه) وانما يرفعهما عن المكروه فقط (كما تقدم) .
فان قلت : ذكر جماعة من الفقهاء انه يلزم المكروه بان يفسخ ما وقع اكرها
او يمضيه ، وهذا اينافى رفع الاكره ، لانه حق عليه ، لاله .
قلت : (واما الزامه) اى المكروه (بعد طول المدة) مما يوجب ضرر الطرف
الآخر ، فى الصبر بدون معلومية ان المال انتقل اليه ام لا ؟ (باختيار) ،

.....

البيع ، او فسخه ، فهو من توابع الحق الثابت له بالاكره ، لا من احكام
الفعل المتحقق على وجه الاكره .
ثم ان ما ذكرنا ووضح على القول بكون الرضا ناقلا .

متعلق ب: الزامه ، (البيع) الذى وقع اكرها (او فسخه ، ف) ليس هذا احكاما
على المكره حتى يكون مرفوعا بحد يث الرفع ، بل (هو من توابع الحق الثابت
له بالاكره) فان الاكره اوجب له حقا ، وهو ان بيده اختيالا لفسخ والامضاء
و من توابع هذا الحق انه يكرهها الحاكم على احد الامرين (لا من احكام
الفعل) اى العقد (المتحقق على وجه الاكره) حتى يقال : ان الاكره يرفع
اثر العقد فكيف يترتب على هذا العقدان عليه ان يضى او يفسخ ؟
فما يثبت بسبب الاكره لا يرفعه الحديث ، وانما يرفع آثار الشئ المكره
عليه ، وذلك كما قالوا ان الاضرار انما يرفع الآثار التى لولا الاضرار كانت ،
امّا ما يترتب على نفس الاضرار فلا ، مثلا : اكل الميتة حرام ، هذا الحكم
يرفعه الاضرار ، اما الحلية المترتبة على نفس الاضرار فلا يرفعها الاضرار
لان الموضوع لا يرفع حكمه .

(ثم ان ما ذكرنا) من ان المكره لا يلزم بشئ ، وانه يتوقف صحة العقد
على رضاه (ووضح على) كلا (القول) بكون الاجازة ناقلة او كاشفة .
اما على القول (بكون الرضا ناقلا) فلانه حين الاجازة راض ، فلا اكره
و يصدق : تجارة عن تراض ، وقبل الرضا لا ملكية للمنقول اليه فى مال
المكره ، فلا يلزم المكره بشئ .

.....

و كذ لك على القول بالكشف بعد التأمل .

و ثانيا انه يدل على ان الحكم الثابت للفعل المكروه عليه لولا الاكراه
يرتفع عنه اذا وقع مكروها عليه كما هو معنى: رفع الخطاء ،

(وكذ لك على القول بالكشف بعد التأمل) اذ : قبل الرضا لا كشف ،

فلا يلزم بشئ ، واذا جاء الكشف كان من : التجارة عن تراض .

وانما قال : بعد التأمل ، لانه ربما يتوهم ان الكشف يقتضى الملكية
السابقة على الرضا ، فالمكروه ملزم من حين العقد .

و الجواب ان الالتزام الفعلى تابع للعلم ، ولا علم قبل الرضا ، اذ :
لا كشف .

(و ثانيا) عطف على : اولا ، فى مقام بيان ان : حديث الرفع ، لا
يدل على فساد البيع الاكراهى ، بعد ان لحقه الرضا من المكروه .

و حاصله ان اثر العقد اى النقل مرفوع بالاكراه ، اما : بعض الاثر ،
اى قابلية العقد لان يلحقه الرضا ، فلم يكن ثابتا للعقد حتى يرفع بالاكراه

اذ : الثابت للعقد تمام الاثر ، لا بعضه ، ف(انه) اى حديث رفع
الاكراه (يدل على ان الحكم الثابت للفعل المكروه عليه) اى العقد — و

الحكم هو النقل والانتقال — (لولا الاكراه) فانه لو لم يكن مكروها ثبت
النقل والانتقال (يرتفع) ذ لك الحكم (عنه اذا وقع) الفعل — اى العقد
— (مكروها عليه كما هو) ايضا (معنى رفع الخطاء) فانه لا يثبت الحكم على

الفعل الخطئى ، وان كان ثابتا على الفعل اذا صدر عن عمد ، مثلا : الحد
الثابت على الشرب العمدى لا يثبت على الشرب الخطئى

.....
والنسيان ايضا .

و هذا المعنى موجود فيما نحن فيه ، لان اثر العقد الصادر من المالك - مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه - السببية المستقلة لنقل المال ومن المعلوم انتفاء هذا الاثر بسبب الاكراه .
و هذا الاثر الناقص المترتب عليه مع الاكراه ، حيث انه

(و معنى : رفع) النسيان) فالشرب النسيانى لاحد عليه ، بينما الشرب العمدى عليه الحد (ايضا) اى لا يثبت الحكم على الاكراه ، كما لا يثبت على الخطاء والنسيان .

(وهذا المعنى) اى عدم ثبوت الحكم على الفعل الاكراهى (موجود فيما نحن فيه) عن العقد الاكراهى (لان اثر العقد الصادر من المالك) الذى عقد مكرها (- مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه -) فان : رفع الاكراه يرفع اثر العقد ، ونحن نلاحظ الاثر ، ثم نلحقه بحديث : رفع الاكراه ، لنرى ما هو الشئ الذى رفعه الاكراه

فأثر العقد (السببية المستقلة لنقل المال) ولو قال المصنف : لان العقد سبب ، كان احسن اذ : الاثر ، ليس سببا وانما : العقد سبب ،
(ومن المعلوم انتفاء هذا الاثر بسبب الاكراه) فان العقد الاكراهى لا يؤثر نقلا وانتقالا .

(و) ان قلت : ان للعقد الاكراهى بعض الاثر ، وهو : انه قابل لان يلحقه الرضا ، فيؤثر الاثر الكامل .

قلت : (هذا الاثر الناقص المترتب عليه مع الاكراه ، حيث انه) اى هذا

.....

جزء العلة التامة للملكية ، لم يكن ثابتا للفعل ، مع قطع النظر عن الاكراه ليرتفع به ، اذ : المفروض ان الجزئية ثابتة له ، بوصف الاكراه ، فكيف يعقل ارتفاعه بالاكراه ؟

و بعبارة اخرى : اللزوم الثابت للعقد ، مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه ، هو : اللزوم المنفى بهذا الحديث .
والمدعى ثبوته للعقد بوصف الاكراه ، هو : وقوفه على رضى المالك ، و هذا غير مرتفع بالاكراه

الاثر الناقص (جزء العلة التامة للملكية) و جزئها الآخر الرضا اللاحق (لم يكن ثابتا للفعل) اى العقد (مع قطع النظر عن الاكراه ليرتفع) هذا الاثر الناقص (به) اى بالاكراه .

فان الاكراه انما يرفع الآثار التي هي للفعل ، وليس الاثر الناقص اثرا للفعل (اذ : المفروض ان الجزئية) اى جزئية العقد للنقل ، وجزئه الآخر الرضا (ثابتة له) اى للعقد (بوصف الاكراه) فان : العقد الاكراهى ، يؤثر اثرا ناقصا (فكيف يعقل ارتفاعه) اى الاثر (بالاكراه ؟) فان الشئ المترتب على الاكراه لا يرتفع بالاكراه ، اذ : لا يعقل ان يكون الشئ موجبا لازالة اثر نفسه . (و بعبارة اخرى) فى بيان ان الاكراه لا يرفع قابلية العقد للحقوق الرضا به (اللزوم الثابت للعقد ، مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه هو اللزوم المنفى بهذا الحديث) اى بحديث نفى الاكراه .

(و المدعى) اى الشئ ندعى (ثبوته للعقد بوصف الاكراه ، هو وقوفه) فى اعطاء الاثر (على رضى المالك ، و هذا) الاثر (غير مرتفع بالاكراه) لانه اثر

.....
 لكن ير دعلى هذا : ان مقتضى حكومة الحد يث على الاطلاقات هو
 تقيد ها بالمسبوقية بطيب النفس ، فلا يجوز الاستناد اليها ، لصحة بيع
 المكره و وقوفه ، على الرضا اللاحق ، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره
 فيرجع الى اصاله الفساد .
 وبعبارة اخرى ادله صحة البيع : تدل على سببية مستقلة فاذا قيدت

نفس الاكراه .

(لكن ير دعلى هذا) اى ترتب الاثر الجزئى على عقد المكره ثم تحميلة
 بالرضا ، لحصول النقل والانتقال (ان مقتضى حكومة الحد يث) اى حد يث
 لا اكراه (على الاطلاقات) الدالة على تأثير العقد للنقل (هو تقيد ها) اى
 الاطلاقات (بالمسبوقية بطيب النفس) .

فالمعنى : انه لا اثر اطلاقا لا كلياً ولا جزئياً اذا لم يكن طيب النفس
 (فلا يجوز الاستناد اليها) اى الى الاطلاقات (لصحة بيع المكره ، و وقوفه)
 اى وقوف اثره اى النقل (على الرضا اللاحق) .

وعلى هذا (فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره) بعد سقوط الاطلاقات
 بسبب : حد يث الرفع (فيرجع) عند الشك فى الصحة اذ الحقه الرضا
 (الى اصاله الفساد) لان الاصل عدم الانعقاد .

(وبعبارة اخرى) لبيان ان حد يث : الاكراه لا يبقى مجالا لتأثير عقد
 المكره ولو اثر جزئياً (ادله صحة البيع) مثل : احل الله البيع ، و اوفوا
 بالعقود ، وما شبه (تدل على سببية مستقلة) وان البيع سبب مستقل لافادة
 الاثر والنقل (فاذا قيدت) ادله : البيع

.....

بغير المكره لم يبق لها دلالة على حكم المكره، بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الاعمن السببية المستقلة كان دليلا لا كراه حاكما عليه مقيداله، فلا ينفع .

اللهم الا ان يقال : ان الاطلاقات المقيدة للسببية المستقلة مقيدة بحكم الادلة الاربعة المقتضية لحرمة اكل المال بالباطل ومع عدم طيب النفس

(بغير المكره) بسبب دليل رفع الاكراه . (لم يبق لها) اي لا دلالة للبيع (دلالة على حكم المكره بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الاعمن السببية المستقلة كان دليلا لا كراه حاكما عليه مقيداله ، فلا ينفع) .

وعليه فلا تشمل الاطلاقات بيع المكره ويكون المرجع حينئذ اصاله الفساد

(اللهم الا ان يقال) في بيان عدم حكومة ادلة : الاكراه على

الاطلاقات ، فتشمل الاطلاقات بيع المكره ببيان ان الاطلاقات تقول :

البيع المرضى به ، صحيح ، ولو كان الرضا لاحق به .

وعلى هذا فدليل الاكراه لا يشمل البيع المرضى به اذا لا كراه بعد الرضا

ف (ان الاطلاقات المقيدة للسببية المستقلة) اي سببية البيع للنقل

بدون احتياج الى شئ آخر (مقيدة) تلك الاطلاقات (بحكم الادلة

الاربعة) اي ان التقيد انما نشأ من الادلة الاربعة (المقتضية لحرمة

اكل المال بالباطل ومع عدم طيب النفس) فان الكتاب والسنة والاجماع و

العقل : دللت على عدم جواز اكل اموال الناس بدون رضائهم ، .

وعليه ف : احل الله البيع ، مقيد ب : البيع عن طيب النفس ، وقوله :

.....

بالبيع المرضى به ، سبقه الرضا ، اولحقه ؟

ومع ذلك فلا حكومة للحد يث عليها •

اذ : البيع المرضى به سابقا لا يعقل عروض الاكراه له •

واما المرضى به بالرضا اللاحق فانما يعرضه الاكراه من حيث ذات

الموصوف ، وهو اصل البيع •

ولا نقول بتأثيره بل مقتضى الادلة الاربعة مدخلية الرضا فى تأثيره ، و

(بالبيع المرضى به) متعلق بـ : مقيدة ، وقوله بحكم الخ بيان لوجه التقييد (سبقه

الرضا) اى سبق البيع الرضا ، بان رضى البائع ثم باع (اولحقه) بان باع

مكرها ثم رضى به •

(ومع ذلك) اى بعد تقييد الاطلاقات بالبيع المرضى به (ملاحكومة

للحديث) اى حديث الاكراه (عليها) اى على تلك الاطلاقات •

(اذ : البيع المرضى به سابقا) اى ما كان الرضا سابقا على العقد

(لا يعقل عروض الاكراه له) فلاحكومة للاكراه على الاطلاق فى هذا القسم

من البيع •

(واما المرضى به بالرضا اللاحق) على العقد (فانما يعرضه الاكراه من

حيث ذات الموصوف ، وهو اصل البيع) قبل الرضا فان البيع قبل الرضا ،

مكره عليه •

(ولا نقول) نحن (بتأثيره) اى تأثير ذات البيع ، قبل لحقوق الرضا به

(بل) بالعكس نقول بعدم تأثيره •

لان (مقتضى الادلة الاربعة مدخلية الرضا فى تأثيره ، و) فى

.....

وجوب الوفاء به .

فالاطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد - المكروه

عليه - والرضا به لاحقا .

ولا زمه بحكم العقل ، كون العقد المكروه عليه بعض المؤثر التام ، وهذا

لا يرتفع بالاكراه ، لان الاكراه مأخوذ فيه بالفرض .

الا ان يقال : ان ادلة الاكراه ، كما ترفع السببية المستقلة التي

افادتها الاطلاقات قبل التقييد

(وجوب الوفاء به) فالذي نقول بتأثيره هو الموصوف مع الوصف لا الموصوف المجرد

(فالاطلاقات) لادلة البيع (بعد التقييد) اي تقييدها بالادلة

الاربعة الدالة على اشتراط الرضا (تثبت التأثير التام لمجموع العقد -

المكروه عليه - والرضا به لاحقا) اي مجموع العقد والرضا .

(ولا زمه) اي لازم كون التأثير للمجموع من العقد والرضا (بحكم

العقل) الذي يرى لكل جزء من اجزاء العلة مدخلية في التأثير (كون

العقد المكروه عليه بعض المؤثر التام ، وهذا) اي كون : العقد المكروه عليه ،

بعض المؤثر (لا يرتفع بالاكراه ، لان الاكراه مأخوذ فيه بالفرض) حيث اتا

فرضنا : العقد المكروه عليه ، فكيف يمكن ان يكون : الاكراه ، جزءا من الموضوع

و يكون حكما للموضوع .

(الا ان يقال) في بيان رفع الاكراه لكون العقد جزءا من السبب (ان

ادلة الاكراه ، كما ترفع السببية المستقلة التي افادتها) اي افادت السببية

المطلقة (الاطلاقات) لادلة البيع (قبل التقييد) لتلك الاطلاقات بالادلة

.....
ترفع مطلق الاثر عن العقد المكره عليه لان التأثير الناقص ايضا استفيد،
من الاطلاقات بعد تقييدها بالرضا الاعم من اللاحق .

وهذا لا يفرق فيه ايضا بين جعل الرضا ، ناقلا وكاشفا ، اذ : على الاول
يكون تمام المؤثر نفسه .

وعلى الثانى يكون الامر المنتزع منه العارض للعقد ، وهو تعقبه للرضا

الاربعة (ترفع) كذلك (مطلق الاثر عن العقد المكره عليه) حتى
الاثر الجزئى .

فدليل الاكراه يقول : لا اثر للعقد المكره عليه لا اثر اكليا ، ولا اثر جزئيا .
وانما نقول بان ادلة الاكراه ترفع الاثر الجزئى ايضا (لان التأثير
الناقص) للعقد المكره عليه (ايضا) كالتأثير الكامل (استفيد من الاطلاقات
بعد تقييدها) اى الاطلاقات (بالرضا) المستفاد من الادلة الاربعة (الا اهم
من اللاحق) .

فان الادلة الاربعة تقول : العقد المرضى به رضا سابقا ولاحقا ، صحيح
(وهذا) الذى ذكرنا من عدم التأثير للعقد المكره عليه ، حتى التأثير
الناقص (لا يفرق فيه ايضا) كما لا يفرق فيه — على القول الآخر وهو التأثير
الجزئى (بين جعل الرضا ناقلا ، وكاشفا ، اذ : على الاول) اى النقل
(يكون) الرضا (تمام المؤثر نفسه) : نفسه ، اسم : يكون .

(وعلى الثانى) اى الكشف (يكون) تمام المؤثر (الامر المنتزع منه) اى
من الرضا (العارض) ذلك الامر المنتزع (للعقد ، وهو) اى الامر المنتزع
(تعقبه) اى العقد (للرضا) فالمؤثر : الرضا ، على النقل والعقد المتعقب

.....

وكيف كان فذات العقد المكره عليه ، مع قطع النظر عن الرضا او تعقبه له ، لا يترتب عليه الاّ كونه جزء المؤثر التام .
وهذا امر عقلي قهري ، يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه ومن الرضا ، او وصف تعقبه له ، فتأمل .

للرضا ، على الكشف .

(وكيف كان) وهذا رجوع من المصنف عن حكم : الاّ أن يقال ، لتأييد ما ذكره قبل : يقال ، من تأثير عقد المكره بعض الأثر .
وحاصله : أنّ العقد تأثيره الجزئي عقلي ، فلا يمكن رفعه بدليل : الاكراه (فذات العقد المكره عليه ، مع قطع النظر عن الرضا) حين العقد (او تعقبه) اي الرضا (له) اي للعقد (لا يترتب عليه) اي على العقد (الاّ كونه جزء المؤثر التام) في النقل والانتقال .
(وهذا) الجزئية للعقد (امر عقلي قهري ، يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه و من الرضا) المقارن له (او وصف تعقبه) اي العقد (له) اي للرضا (فتأمل) فانه وان كان امرا عقليا ، لا يمكن رفعه تشريعا بالاصالة ، الاّ أنه يمكن رفعه برفع الكل ، بان يقول الشارع : العقد المكره عليه المعقب بالرضا ، لم اجعله مؤثرا ، كما يمكن الشارع رفع الزوجية برفع الاربعة ، وان لم يكن رفع الزوجية وحدها مع بقاء الاربعة موجودة .

ولا يخفى ان المصنف ره خرج عن المسئلة بالاشكال ، وانه متوقف في انه لو تعقب عقد المكره الرضا ، هل انمى عن في تأثير الاثر ، ام لا ؟

.....

بقى الكلام فى : ان الرضا المتأخر ناقل، او كاشف .

مقتضى الاصل ، وعدم حدوث : حل مال الغير الا عن طيب نفسه

هو الاول .

الا ان الاقوى بحسب الادلة النقلية ، هو الثانى ، كما سيجى فى

مسئلة الفضولى .

و ربما يدعى : ان مقتضى الاصل هنا ، وفى الفضولى ، هو : الكشف

(بقى الكلام فى) انه بناء على صفة العقد الاكراهى المتعقب بالرضا

فى (ان الرضا المتأخر) عن العقد (ناقل) حتى يكون الاثر من حين الرضا

(او كاشف) حتى يكون الاثر من حين العقد .

(مقتضى الاصل) الذى يقول : بعدم النقل والانتقال الا حين

اليقين بهما (و) مقتضى (عدم حدوث : حل مال الغير الا عن طيب

نفسه) لانه شئ لم يكن سا بقا فاذا اشكنا فيه وانه هل هذا الطيب المتأخر

اثر فى السابق ام لا ؟ كان الاصل العدم (هو : الاول) اى النقل .

(الا ان الاقوى بحسب الادلة النقلية) الظاهرة فى : ان المالك انما

يحدث بالعقد (هو : الثانى) اى الكشف (كما سيجى فى : مسئلة

الفضولى) انشاء الله تعالى .

(وربما يدعى : ان مقتضى الاصل هنا) فى عقد الكاره المتعقب بالرضا

(وفى الفضولى : هو : الكشف) فاذا اجاز المالك او الكاره ، كشف ذلك عن

تقدم النقل والانتقال .

.....

لان مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما افاده من نقل الملك
حين صدوره فامضاء الشارع للرضا بهذا المعنى ، وهو النقل من حين العقد •
وترتب الآثار عليه لا يكون الا بالحكم بحصول الملك فى زمان النقل •
وفيه ان مفاد العقد السابق ، ليس النقل من حينه بل نفس النقل ، الا
ان انشائه لما كان فى زمان التكلم فان كان ذلك الانشاء مؤثرا فى نظر الشارع
فى زمان التكلم حدث الاثر فيه •
وان كان مؤثرا بعد حصول امر حدث الاثر بعده •

(لان مقتضى الرضا) من المالك (بالعقد السابق) الذى وقع به
الفضولى ، او وقع المالك كارها (هو لرضا بما افاده) العقد (من نقل
الملك حين صدوره) •

وعليه (فامضاء الشارع للرضا) من المالك (بهذا المعنى) اى من
حين الصدور (وهو النقل من حين العقد) لا من حين الرضا والاجازة •
(وترتب الآثار عليه) اى على العقد (لا يكون الا بالحكم بحصول
الملك فى زمان النقل) وهو حال العقد •

(وفيه) اى فيما ادعى من الكشف نظرا (ان مفاد العقد السابق ،
ليس النقل من حينه) اى من حين العقد (بل) مفاده (نفس النقل الا ان
انشائه) اى انشاء العقد (لما كان فى زمان التكلم) باللفظ (فان كان ذلك
الانشاء مؤثرا فى نظر الشارع فى زمان التكلم) فى زمان ، متعلق ب : مؤثرا
(حدث الاثر فيه) اى فى زمان التكلم •

(وان كان مؤثرا) فى نظر الشارع (بعد حصول امر حدث الاثر بعده)

.....
 فحصول النقل فى نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما
 يعتبر فى الحكم .

ولذلك كان الحكم بتحقيق الملك بعد القبول
 او بعد القبض فى الصرف والسلم ، والهبة .
 او بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ .

اى بعد ذلك الامر ، والا مره هو الرضا فى المكره ، والاجازة فى الفضولى .
 (فحصول النقل فى نظر الشارع يتبع زمان حكمه) اى حكم الشارع
 بالنقل (الناشئ) ذلك الحكم (من اجتماع ما يعتبر فيه ، الحكم) من
 العقد ، والرضا .

(ولذلك) الذى ذكرنا من : ان حصول النقل يتبع زمان حكم الشارع
 وحكمه تابع لاجتماع الشرائط بنظر الشارع (كان الحكم) من الشارع
 (بتحقيق الملك بعد القبول) من المشتري .

(او بعد القبض فى الصرف) وهو بيع الاثمان اى الذهب والفضة
 (والسلم) وهو : ما كان الثمن حالا والمثمن مؤجلا ، عكس النسيئة (والهبة)
 فان الموهوب لا يملك الهبة ، الا بعد قبضها .

(او بعد انقضاء زمان الخيار ، على مذهب الشيخ) الطوسى ر ه ،
 فانه يرى ان الملك لا يحصل الا بعد انقضاء زمان الخيار .
 مثلا : الطرفان ما دام فى المجلس الذى هو زمان الخيار لا يملكان
 فاذا افترقا ملكا العوضين ،

وهذا خلاف نظر المشهور القائلين بالملك فى زمان الخيار .

غير مناف لمقتضى الايجاب ولم يكن تبعضا فى مقتضاه بالنسبة الى
الازمنة .

فان قلت : حكم الشارع بثبوت الملك ، وان كان بعد الرضا ، الا ان حكمه
بذلك لما كان من جهة امضائه للرضا بما وقع ، فكانه حكم بعد الرضا بثبوت

وانما الخيار فائدته التمكن من فسخ العقد .

فكان الحكم بتحقيق الملك بعد هذه (غير مناف لمقتضى الايجاب)

الذى هو ظاهر فى الملك حين الايجاب .

وقوله : غير مناف ، خبر لقوله : كان الحكم .

والحاصل : ان حكم الشارع بالملك يتوقف على اجتماع الشرائط ، لا

انه بمجرد العقد .

وفيما نحن فيه حكم الشارع بالملك فى عقد المكروه ، انما هو بعد الرضا

لاحين العقد (ولم يكن) الحكم بتأخير الملك عن العقد (تبعضا فى

مقتضاه) اى مقتضى الايجاب (بالنسبة الى الازمنة) حتى يقال : ان

الايجاب لو كان مؤثرا ، لا يترتب اول الازمنة ، ولولم يكن مؤثرا لم يؤثر حتى

بعد مدة ايضا .

(فان قلت) لبيان ان الرضا كاشف ، لا ناقل (حكم الشارع بثبوت

الملك وان كان) ذلك الحكم (بعد الرضا) من المكروه (الا ان حكمه بذلك)

بثبوت الملك (لما كان من جهة امضائه) اى امضاء الشارع (للرضا بما

وقع) فان الشارع قال : ان رضاك اياها المكروه بما وقع عن العقد ممضى

لدى (فكانه حكم بعد الرضا بثبوت

.....
الملك قبله .

قلت : المراد هو : الملك شرعا ، ولا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعى بالملك .

وسياتى توضيح ذلك فى بيع الفضولى انشاء الله تعالى وان شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ : مقتضى فسخ العقد ، فانه وان كان حلالا للعقد السابق ، وجعله كان لم يكن الا انه لا يرتفع به الملكية السابقة على الفسخ لان العبرة بزمان حدوثه ، لا بزمان متعلقه .

ثم على القول بالكشف هل للطرف غير المكره ان يفسخ قبل

الملك قبله) اى قبل الرضا ، فاللازم ان نقول بالكشف .

(قلت : المراد) من حصول الملك بعد الرضا (هو : الملك شرعا) لا الملك الذى قصده المالك (ولا معنى لتخلف زمانه) اى زمان الملك الشرعى (عن زمان الحكم الشرعى بالملك) الذى هو بعد الرضا .

(وسياتى توضيح ذلك فى بيع الفضولى انشاء الله تعالى ، وان شئت توضيح ما ذكرنا) من ان حكم الشارع بالملك ، من حين الرضا ، لا من حين العقد ، وانه لا يستلزم تبعية فى مقتضى الايجاب (فلاحظ : مقتضى فسخ العقد ، فانه) اى الفسخ (وان كان حلالا للعقد السابق ، وجعله) اى العقد للسابق (كان لم يكن الا انه لا يرتفع به الملكية السابقة على الفسخ بل الملكية من حين الفسخ (لان العبرة بزمان حدوثه ، لا بزمان متعلقه) الذى هو العقد السابق .

(ثم على القول بالكشف هل للطرف) الآخر (غير المكره ان يفسخ قبل

.....

رضا المكروه ام لا؟ يأتي بيانه في الفضولى انشاء الله تعالى .

رضا المكروه) وفسخه (ام لا) ليس له الفسخ (يأتي بيانه في الفضولى
انشاء الله تعالى)

و سيصدر القسم الثالث من كتاب البيع عن قريب
انشاء الله تعالى

محتويات الكتاب

الموضوع	الصفحة
فى المقبوض بالعقد الفاسد	٣
فى بيان قاعدة : ما يضمن بصحيحه	٧
فى مدرك قاعدة : ما يضمن بصحيحه	١١٠
فى عكس قاعدة : ما يضمن بصحيحه	٣٨
فى وجوب : فورية الرد الى المالك	٥٢
فى مالو كان للعين المبتاعة منفعة	٥٦
فى تعريف المثلى و القيمى	٧٣
فى حكم ما اذا لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل	١٠٢
فى مالو تعذر المثل فى المثلى	١٠٧
فى ضمان المثلى و تحقيق القول فيه	١٢٧
فى مالو دفع القيمة فى المثل المتعذر مثله	١٣٩
فى مالو كان التالف السبيع فاسدا	١٤١
فى ذكر صحيحه ابى ولاد	١٥٣
فى تحقيق معنى الخبر الشريف	١٥٩
فى نقل الاقوال فى الضمان	١٨٥

.....

الصفحة	الموضوع
١٩٦	 فى معنى ضمان العين
٢١٧	 فى ان الغرامة هل تعود ملكه الى الغارم ام لا ؟
٢٢٨	 فى شروط المتعاقدين
٢٤٦	 فى عدم جواز تصرفات الصبى
٢٧٦	 فى لزوم قصد مدلول العقد
٣٠٧	 فى اعتبار تعيين الموجب والقابل وعدمه
٣١١	 فى شرطية الاختيار للمتعاقدين
٣٨١	 فى صحة عقد المكره اذا تعقبه الرضا
٣٩٩	 محتويات الكتاب

xx

+++++

درالى الاسواق

(مقصود الطالب)

فى تقرير مطالب الحاشية

• هو: كتاب نفيس يتضمن شرح حاشية ملا عبد الله فى المنطق •

• لمؤلفه : العلامة المحقق الشيخ محمد على الكرامى •